

LA APLICACIÓN DE LAS PENALIDADES Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS EN PANAMÁ

Víctor Leonel Benavides Pinilla

*Magistrado de la Sala Tercera de lo Contencioso-administrativo
y laboral de la Corte Suprema de Justicia de Panamá*

Recepción: 15 de junio de 2013

Aprobado por el Consejo de Redacción: 15 de julio de 2013

RESUMEN: El presente trabajo expone el régimen jurídico general de los contratos públicos en Panamá. Se analiza la naturaleza jurídica del contrato, la tipología de los contratos públicos, las potestades administrativas en la contratación pública y el régimen de impugnación.

PALABRAS CLAVE: contratos públicos, administración pública, derecho administrativo

ABSTRACT: This study analyzes the legal framework of public contracts in Panama: the legal nature, their types, the powers of government and the judicial review.

KEY WORDS: public contracts, public administration, administrative law

SUMARIO: I. ASPECTOS GENERALES DEL SISTEMA CONTRACTUAL PÚBLICO DE PANAMÁ. II. ASPECTOS GENERES DEL SISTEMA CONTRACTUAL PÚBLICO DE PANAMÁ: 1. Elementos que caracterizan el Contrato Público. 2. Conclusiones particulares. III. LA POTESTAD RECTORA Y COACTIVA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: 1. ¿Cuándo nacen las competencias rectoras y de coacción? 2. ¿En qué consisten las competencias de dirección y control? 3. Prevalencia del fin de la contratación pública. IV. IMPUGNACIÓN DEL ACTO DE SANCIÓN CONTRACTUAL.

I. ASPECTOS GENERALES DEL SISTEMA CONTRACTUAL PÚBLICO DE PANAMÁ

En Panamá, dentro de las relaciones jurídicas, el Contrato Administrativo abarca una noción amplia en la que caben conceptos como: los Contratos Públicos, las Compras Gubernamentales, la Contratación Gubernamental, el Contrato-Ley y la Concesión Administrativa, entre otras.

Muy ligado al sistema regulatorio común de todos los contratos administrativos, está la figura de la Contratación Pública, la cual es para Panamá el conjunto de regulaciones de carácter legal que disponen, desde una perspectiva general, lo relativo a la forma de producción de la voluntad administrativa contractual y a la misma modalidad y formalidad del contrato. Este sistema integral o común se encuentra principalmente en leyes especiales, dentro de las cuales la más relevante, es la Ley 22 de 27 de junio de 2006, la cual, desde su promulgación a mediados del indicado año 2006, ya lleva trece reformas¹.

En la actualidad, por mandato expreso de la Ley 48 de 2011, existe un texto único de la ley que regula la Contratación Pública en Panamá, el cual, a su vez, ha sido modificado por tres leyes subsiguientes².

Así pues, derivado de la indicada regulación común o general de la contratación administrativa, la Contratación Pública, se habla del Contrato Público.

Ahora bien, en nuestro sistema normativo el Contrato Público tiene la característica de ser un *acto administrativo* bilateral³, regido de manera estricta por procedimientos que orientan, entre otras, a la selección objetiva del contratista del Estado, al establecimiento de derechos y garantías de los participantes en los indicados actos de selección, sus recursos en

1 Con las reformas aprobadas por la Ley 35 de 2006, Ley 2 de 2007, Ley 21 de 2008, Ley 41 de 2008, Ley 69 de 2009, Ley 80 de 2009, Ley 12 de 2010, Ley 30 de 2010, Ley 66 de 2010 y Ley 48 de 2011.

2 Con posterioridad a la promulgación del Texto Único se han producido reformas por conducto de las leyes 15, 62 y 82 de 2012.

3 En este sentido, la Ley de Procedimiento Administrativo General (Ley 38 de 2000), al definir el acto administrativo incluye al contrato administrativo.

"Artículo 201. Los siguientes términos utilizados en esta Ley y sus reglamentos, deben ser entendidos conforme a este glosario:

1. Acto administrativo. Declaración emitida o acuerdo de voluntad celebrado, conforme a derecho, por una autoridad u organismo público en ejercicio de una función administrativa del Estado, para crear, modificar, transmitir o extinguir una relación jurídica que en algún aspecto queda regida por el Derecho Administrativo.

..."

vía gubernativa, la creación de entes de fiscalización y control de los actos administrativos en sedes gubernativas, entre otros.

II. GENERALIDADES: ASPECTOS CONSTITUCIONALES

El sistema contractual regido por el derecho administrativo en Panamá se sustenta en muy pocas disposiciones de carácter constitucional. Una de ellas, es la exigencia general o razón de ser de toda actividad administrativa: el brindar servicios públicos de calidad.

La razón de los diversos procedimientos aglutinados en torno a las compras gubernamentales se orienta a que la Administración Pública adquiera bienes y servicios, para que ofrezca al ciudadano y residente en Panamá "servicios públicos de calidad".

"ARTICULO 49. El Estado reconoce y garantiza el derecho de toda persona a obtener bienes y servicios de calidad, información veraz, clara y suficiente sobre las características y el contenido de los bienes y servicios que adquiere; así como a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.

La Ley establecerá los mecanismos necesarios para garantizar esos derechos, su educación y los procedimientos de defensa del consumidor y usuario, el resarcimiento de los daños ocasionados y las sanciones correspondientes por la trasgresión de estos derechos".

La otra norma constitucional que delimita el sistema de Contratación Pública está contemplada en el artículo 266 de la Carta Política, en donde establece:

"ARTICULO 266. La ejecución o reparación de obras nacionales, las compras que se efectúen con fondos del Estado, de sus entidades autónomas o semiautónomas o de los Municipios y la venta o arrendamiento de bienes pertenecientes a los mismos se harán, salvo las excepciones que determine la Ley, mediante licitación pública. La Ley establecerá las medidas que aseguren en toda licitación el mayor beneficio para el Estado y plena justicia en la adjudicación".

1. Elementos que caracterizan el Contrato Público

De la disposición constitucional contenida en el artículo 266 se coligen algunos componentes claramente diferenciadores:

1. El contrato se refiere a la construcción de obras, la adquisición de bienes o servicios y a la venta o arrendamiento de bienes estatales.
2. El contrato público solo se produce por medio de la utilización de fondos económicos del Estado.
3. El contratista del Estado debe provenir de un proceso objetivo de selección.
4. La materia de la contratación administrativa es materia de regulación legal. O sea, sobre esta materia hay reserva legal.
5. Los fines de la contratación pública son:
 - a. La obtención del mayor beneficio públicos y,
 - b. Plena justicia en la contratación

i. Contratos típicos: de obra, suministro y la venta o arrendamiento de bienes estatales.

Se desprende de la Carta Fundamental que el Contrato Público es una forma de relación convencional para la ejecución de obras de infraestructura, la adquisición de bienes o de servicios o la venta o arrendamiento de bienes públicos. Esta es la regla central; sin embargo, luego en la misma Carta Política, y sobre todo en la ley formal, se describen y regulan otros tipos especiales de Contratos Administrativos.

En efecto, a guisa de ejemplo: con todo y que en el artículo 266 de la Carta Fundamental no se alude de manera expresa al contrato de concesión pública, este es uno de los contratos típicos y a los cuales la Carta Fundamental se refiere con mayor frecuencia.

Así, tenemos las siguientes normas constitucionales:

1. El artículo 242, que indica que es competencia de los municipios (ayuntamientos) "La aprobación o el rechazo de la celebración de contratos sobre concesiones y otros modos de prestación de servicios públicos, y lo relativo a la construcción de obras públicas municipales".
2. El artículo 257, al indicar que pertenecen al Estado "las riquezas del subsuelo, que podrán ser explotadas por empresas estatales o mixtas o ser objeto de concesiones o contratos para su explotación según lo establezca la Ley"; "las salinas, las minas, las aguas subterráneas y termales, depósitos de hidrocarburos, las canteras y los yacimientos de toda clase que no podrán ser objeto de apropiación privada, pero podrán ser explotados directamente por el Estado, mediante empresas estatales o mixtas, o ser objeto de concesión u otros contratos para su explotación, por empresas privadas. La Ley reglamentará todo lo concerniente a las distintas formas de explotación señaladas en este ordinal".
3. En el artículo 256 se establece que las "concesiones para la explotación del suelo, del subsuelo, de los bosques y para la utilización de agua, de medios de comunicación o transporte y de otras empresas de servicio público, se inspirarán en el bienestar social y el interés público".
4. O lo establecido en artículo 315 de la Carta Política, en el sentido de que corresponde a la Junta Directiva de la Empresa Pública de mayor importancia en el país (nos referimos a la Autoridad del Canal de Panamá) "otorgar concesiones para la prestación de servicios a la Autoridad del Canal de Panamá (A.C.P) y a las naves que lo transiten".

Por lo indicado en la regulación constitucional se desprende que las entidades pueden convenir contrato de concesión de obras públicas o de concesión de gestión de servicios públicos.

En otro orden de ideas, la contratación pública no se agota en los tipos de convenios ya indicados, o en las concesiones públicas, sino que pueden abarcar contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado o los denominados contratos mixtos, es decir, figuras jurídica en las que se amalgaman tipos contractuales diversos, regidos por el derecho público y que no hayan sido regulados por ley especial.

En este sentido, el artículo 1 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, que regula la contratación pública, establece que son tipos contractuales "las concesiones o cualquier otro contrato no regulado por ley especial".

ii. El contrato involucra el uso de fondos públicos

Otro de los elementos característicos de la noción constitucional del contrato administrativo dice relación con la utilización de fondos económicos de carácter público. En este sentido se alude a fondos presupuestarios para hacer frente al gasto público. O sea que, si los fondos económicos no provienen del erario público, el contrato no puede ser considerado administrativo. Con todo y ello, habría que tener presente que las arcas del Estado no solo están conformadas por los fondos manejados por las cuentas ordinarias gestionadas por el Ministerio de Economía y Finanzas, el Banco Nacional de Panamá y la Contraloría General de la República; sino por todo fondo económico gestionado por alguna entidad pública, es decir, por cualesquiera persona de derecho público del gobierno central, intermediarios financieros o entidad descentralizada, como los municipios o la propia Autoridad del Canal de Panamá.

En este apartado hay que tener presente que los fondos provenientes de préstamos internacionales, de la cooperación extranjera o de la ayuda al desarrollo realizada por otras naciones amigas, en Panamá, pueden ser utilizados para la realización de obras públicas; sin embargo, se entenderá que, previo a su utilización, deben pasar al erario público, a fin de constituir causa de gasto público. De otra manera, si ellos son gestionados por fundaciones, asociaciones, ONG, o cualquier otro tipo de personas jurídicas del derecho privado, no son fondos públicos, y las relaciones contractuales que se suscriban, en ocasión de ello, no son contratos administrativos.

iii. El contratista proviene de una selección objetiva

La Carta Constitucional también plantea el requisito formal de la selección por medio de un acto licitatorio. Es decir que en este contexto la Carta Política plantea que el contratista del Estado debe surgir o ser elegido luego de una selección objetiva de mérito.

En este orden de ideas, la Carta parte del concepto lato o genérico de licitación, el cual es identificado como un procedimiento administrativo licitatorio, para la adquisición de suministros, realización de servicios o ejecución de obras que celebren las administraciones públicas.

Para estos fines es oportuno citar la definición que de contrato público nos brinda la Ley 22 de 2006, en el sentido de que: es un acuerdo de voluntades, celebrado conforme a Derecho, entre dos entidades estatales o un ente estatal en ejercicio de la función administrativa y un particular, sea persona natural o jurídica o consorcio o asociación accidental, nacional o extranjero, del cual surgen derechos y obligaciones para ambas partes y cuya finalidad es de carácter público.

Y a este respecto la misma ley afirma que uno de los parámetros jurídicos de la selección del contratista es la objetividad. Veamos lo indicado en el artículo 19 de la Ley 22 de 2006, que a la letra indica: "En las normas de selección y en los pliegos de cargos o en los

términos de referencia, para el escogimiento del contratista, se establecerán y cumplirán los procedimientos y las etapas estrictamente necesarios, a fin de asegurar la selección objetiva de la propuesta más ventajosa para el Estado. Con este propósito, se señalarán términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de selección, y las autoridades estarán obligadas a dar impulso oficioso a las actuaciones".

Otra norma de la Ley de Contratación Pública en donde se hace expresa mención del fin de selección objetiva es el artículo 130, al instituirse uno de los recursos en contra de los actos administrativos precontractuales. Aquí se señala que "todos los proponentes que se consideren agraviados por una resolución u otro acto administrativo que adjudique o declare desierto un acto de selección de contratista o por una resolución u otro acto administrativo en el que se rechazan las propuestas o cualquier otro acto que afecte la selección objetiva del contratista, en el cual consideren que se han cometido acciones u omisiones ilegales o arbitrarias, podrán presentar recurso de impugnación ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, acompañando las pruebas o anunciándolas al momento de formalizar la impugnación, si las hubiera".

Vistas así las cosas, aunque cuando la ley ha desarrollado los procedimientos objetivos de selección, y ha determinado que la licitación es apenas uno de ellos⁴, debemos entender que lo que procuró establecer el constituyente fue, el procedimiento objetivo de selección.

En su sentido contrario, la Constitución Política como regla general, proscribire las contrataciones directas, los procedimientos sin selección o discrecional o excepcional.

Así que, si la Administración o cualquier ente público, en ejercicio de facultades administrativas, quisiera contratar directamente a una persona determinada, debe ceñirse estrictamente a los parámetros de la ley formal (esto ya que, si no le es dable al reglamento regular los procedimientos objetivos de selección, con mucha menor razón podrá establecer procedimientos de escogimiento discrecional), y además sus elementos de interpretación deben estar restringidos al vocablo directo, claro y llano de la ley, no cabe interpretar de manera excesivas las excusiones.

iv. La materia de la contratación administrativa es materia de regulación legal

En nuestro sistema contractual según se desprende de la preindicada norma del artículo 266 constitucional, la reserva de ley se colige del hecho de que, por una parte, el

4 En este contexto la Ley 22 de 2006 enumera los procedimientos típicos de selección objetiva del contratista del Estado, en su artículo 40 de la siguiente forma:

"Artículo 40. Procedimientos de selección de contratista. Los procedimientos para seleccionar a quienes contraten con el Estado son los siguientes:

1. Contratación menor.
2. Licitación pública.
3. Licitación por mejor valor.
4. Licitación por mejor valor con evaluación separada.
5. Licitación para convenio marco.
6. Licitación de subasta en reversa.
7. Licitación abreviada.
8. Subasta de bienes públicos".

procedimiento de selección objetiva o las excepciones a éste deben estar establecidas en la ley formal y que, además, es la ley la que establecerá todas las medidas tendentes a la regulación del procedimiento licitatorio.

De este principio de reserva legal contractual se colige que le está prohibido a las entidades descentralizadas, como por ejemplo, la Caja de Seguros Social, la Empresa Pública que administra el Aeropuerto Internacional de Tocumen (Tocumen S.A), la Empresa de Trasmisiones Eléctricas S.A., dictar reglamentos o actos normativos tendentes a regular los contratos que realizan.

v. Los fines constitucionales de la contratación pública

Desde esta exigencia constitucional se deduce que la columna vertebral de la contratación pública son sus fines y objetivos públicos. Esto en cuanto a que existe en esta materia un evidente interés general tras las compras estatales.

En el artículo 13 de la Ley 22 de 2006 exige a los funcionarios que operan las compras estatales "obtener el mayor beneficio para el Estado y el interés público, cumpliendo con las disposiciones de la presente Ley, su reglamento y el pliego de cargos".

En relación con las excepciones a los procedimientos objetivos de selección, la Ley 22 de 2006, advierte que una forma excepcional puede ser la que sustente en "contratos considerados de urgente interés local o de beneficio social. Se entienden incluidos los proyectos relacionados con el desarrollo de recursos energéticos, hídricos y otros de importancia estratégica para el desarrollo nacional". O por ejemplo, "Tratándose de la venta de bienes del Estado en la que exista un interés social o esté relacionado con programas de titulación de tierras que adelante el propio Estado, solo se requerirá el informe técnico oficial de la autoridad con mando y jurisdicción responsable del programa o que establezca el beneficio en aras del interés social".

Es decir que, en casos de ventas de tierras a personas que llevan muchos años de estar poseyéndolas, la Administración puede contratar directamente con los poseedores, siempre y cuando ello redunde directamente en seguridad jurídica en la titulación de los predios de comunidades o localidades enteras.

En cuanto al interés público, dentro de los procedimientos precontractuales, la legislación especial determina que el Pliego de Condiciones o Cargo no puede contener cláusulas contrarias al interés público, con la siguiente redacción: "En el pliego de cargos no se podrán insertar requisitos o condiciones contrarias a la ley y al interés público. Cualquier condición contraria a esta disposición será nula de pleno derecho".

Y además dentro de este mismo giro conceptual se indica que, si bien debe ser redactado por la propia Administración, y puesto a consideración de los participantes, estos por medio de acuerdos homologados, pueden intervenir en su modificación; siempre y cuando dichos cambios no afecten los intereses públicos. Veamos lo señalado en el artículo 48 sobre un tipo especial de licitación (la Licitación Abreviada):

"En caso extraordinario, cuando la naturaleza o complejidad del acto público así lo amerite, se declarará en sesión permanente a los integrantes de la reunión previa, por un periodo

adicional hasta de cinco días hábiles. En caso de discrepancia con los interesados, si esta no pudiera ser resuelta, los documentos o, en su caso, su expedición por parte de la entidad licitante tendrá como efecto la aceptación sin reservas ni condiciones de tales documentos por los participantes en el acto público, siempre que no se opongan al interés público y al ordenamiento jurídico. En consecuencia, no procede ningún reclamo derivado del contenido de tales documentos por parte de los interesados en el acto público que corresponda”.

Otra de las medidas exorbitantes sustentadas en el interés públicos que tiene la Administración es cuando ella decida terminar unilateralmente el contrato. Esto según lo señalado en el artículo 73 de la ley de contrataciones públicas, veamos:

“Sin perjuicio de la resolución administrativa del contrato prevista en el Capítulo XV, la entidad contratante, en acto administrativo debidamente motivado, podrá disponer la terminación anticipada del contrato, cuando circunstancias de interés público debidamente comprobadas lo requieran, en cuyo caso el contratista deberá ser indemnizado por razón de los perjuicios causados con motivo de la terminación unilateral por la entidad contratante”.

Si bien la ley permite a los encargados de las compras estatales acordar todo aquello que consideren sea conveniente para el cumplimiento de los fines públicos, le prohíbe pactar o acordar cláusulas contrarias al interés público o el orden jurídico. Esto lo describe el artículo 75 la ley 22, en el siguiente sentido: “las entidades públicas podrán incluir, en los contratos que celebren, los pactos, las cláusulas y los usos de la plaza, dependiendo de la esencia y naturaleza del contrato, así como otros que considere convenientes, siempre que no se opongan al interés público o al ordenamiento jurídico existente, sin perjuicio de los privilegios y las prerrogativas del Estado, los cuales no podrán ser objeto de limitación, negación o renuncia por la entidad contratante. Cualquier condición contraria a esta disposición será nula de pleno Derecho”.

En este mismo contexto normativo la ley permite que se modifique un contrato ya perfeccionado, siempre y cuando ello sea acorde al interés público. Al indicar en el artículo 77 la regla de modificación y adición del contrato en base al interés público, que se atenderán las siguientes reglas:

1. No podrán modificarse la clase y el objeto del contrato.
2. Los nuevos costos requerirán las autorizaciones o aprobaciones de los entes que conocieron el contrato principal de acuerdo con la cuantía.
3. Las modificaciones que se realicen al contrato principal formarán parte de este, considerándose el contrato original y sus modificaciones como una sola relación contractual, para todos los efectos legales.
4. El contratista tiene la obligación de continuar la obra.
5. Se podrá revisar el precio unitario de un renglón o el valor total del contrato, si las modificaciones alteran en un veinticinco por ciento (25%) o más, las cantidades del renglón o el valor total o inicial del contrato, respectivamente.

En el caso de preindicados contratos mixtos, la regulación plantea la posibilidad de contratos “llave en mano”, pero bajo la advertencia de que en modo alguno se conculquen los intereses públicos. Esto se señala en el artículo 94 de la Ley 22 de 2006 al plantearse

que "cuando la administración pública pretenda proyectar una obra que, por su naturaleza o interés público, se tenga que realizar bajo la combinación de diferentes prestaciones que incluyan por regla general diseño, construcción, consultoría, suministros y prestación de servicios o la fusión de algunas de estas, se podrán elevar convocatorias llave en mano como única vía para contratar en un solo procedimiento y un solo texto jurídico dichas obligaciones".

En el caso concreto de los contratos de concesión, la Administración tiene a su alcance el llamado "rescate administrativo", que se suscita para que el Estado recupere la gestión, titularidad plena u operación de una obra o servicio público concesionado, por razones de interés público. Esto lo describe el artículo 114 de la Ley 22 de 2006, en siguiente tenor:

"Cuando se trate de contratos de concesión, la entidad contratante está facultada, por razones de interés público, para ordenar el rescate administrativo de los bienes y las obras dados en concesión, previa autorización del Consejo de Gabinete".

Una figura de tipo procesal que justifica la ley en base al interés público, es que se ejecute un tipo especial de fianza exigida al proponente de una oferta que se considere afectado y pretenda recurrir ante la instancia administrativa de control. En este caso, la persona del participante de un acto precontractual, para poder recurrir debe presentar la indicada caución denominada fianza de impugnación, y la misma puede ser ejecutada por razones de interés público. Esto lo determina el numeral 24 del artículo 2 de la Ley 22 de 2006, al definir la indicada fianza de impugnación, en el siguiente sentido:

"Garantía que el proponente debe adjuntar al recurso de impugnación, cuando este considere que se han violado sus derechos en un procedimiento de selección de contratista, con el objeto de garantizar los perjuicios y las lesiones que se le pudieran causar al interés público".

2. Conclusiones particulares

De la caracterización constitucional de las reglas de compras públicas se puede componer una definición en el sentido de que el contrato administrativo en Panamá está relacionado con la ejecución o reparación de obras públicas a nivel nacionales y local, ya sea por el gobierno central, las entidades autónomas o semiautónomas o de los Municipios; las compras o suministros de bienes y servicios; la venta o arrendamiento de bienes pertenecientes a aquéllas administraciones; siempre y cuando se realicen con fondos del Estado; efectuados previo o mediante, licitación pública; y con la finalidad última lograr el mayor beneficio para el Estado, sin dejar de tener en cuenta que se garantice plena justicia en la adjudicación, es decir una verdadera tutela de los derechos de los participantes de los actos de selección de contratista y de los contratantes.

Así mismo se puede establecer que, desde un punto de vista formal, la materia de la contratación pública, y en especial el método de selección del contratista del Estado, es de reserva legal, así como las posibles excepciones a este sistema de méritos, debe constar por medio de ley. En otras palabras tanto la regla general de la selección por mérito, como las excepciones a dicha regla, son de raigambre legal.

III. LA POTESTAD RECTORA Y COACTIVA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Según se ha visto, derivado de la norma constitucional, el contrato público está caracterizado por sus fines públicos. Por esto, se puede afirmar que el fin del contrato público es inalterable; lo que sí se puede modificar o adaptar, es su objeto. Sin embargo esta mutabilidad del objeto del contrato no puede producir una falta de equidad y equilibrio económico-financiero del mismo. O sea, que no puede ser variado en el sentido de producir una situación de injusticia en la contratación, por ejemplo, al producirse un desmedro económico en contra de la empresa o persona que haya contratado con la Administración. Por lo indicado, ambas, la mutabilidad del objeto contractual y el equilibrio contractual del contrato, deben ser necesariamente armonizados.

Por otra parte, el hecho de que en el contrato público una persona privada realice o colabore con la Administración, no implica que ésta renuncie a la competencia de velar por el cumplimiento oportuno del contrato y la buena marcha y ejecución óptima de los servicios públicos y las actividades relacionadas él (al contrato). De este deber general de exigencia del mantenimiento, en la medida de lo posible, de la buena marcha de los servicios públicos, se desprende la carga de planificación y de seguimiento y supervisión de la ejecución del contrato.

1. ¿Cuándo nacen las competencias rectoras y de coacción?

La potestad rectora y coactiva de las entidades del Estado tiene una doble funcionalidad: desde un punto de vista de su aplicación, su funcionalidad estará referida a su potencial aplicación (es decir, que es una potestad en abstracto) o, si se trata de su aplicación inmediata, hablamos de potestades concretas.

En este último sentido, la Ley de Contrataciones Públicas establece que las competencias de dirección del contrato se inician a partir de varias situaciones y momentos, a saber:

- i. A partir del refrendo de la Contraloría General de la República. Fecha en las que el vínculo contractual nace a la vida jurídica.
- ii. Luego del refrendo, los contratos surten efectos o eficacia concreta a partir de la fecha específica en la que se le exige al contratista, el inicio del cumplimiento de lo pactado. Lo que, en términos de la indicada ley, desde la fecha de notificación de la "orden de proceder" o "de entrega".

A este respecto, una situación por demás discordante respecto de lo antedicho, se deduce de la inteligencia del artículo 89 de la Ley 22 de 2006, que a la letra señala:

"Artículo 89. Entrega de los bienes. La entrega de los bienes objeto del contrato de suministro se realizará en la fecha prevista en el contrato o en la orden de compra o antes de lo acordado, siempre que la entidad contratante esté en disposición de recibirlos y *el contratista de entregarlos*". (La cursiva es nuestra).

De esta disposición se deduce que la entrega de los bienes objeto del contrato de suministro deben ser entregados a requerimiento de la entidad, salvo que ésta no esté en disposición de recibirlos y el contratista de entregarlos. Como se puede colegir con facilidad,

el deber de exigencia del cumplimiento del objeto del contrato, y con ello, la permanencia del servicio, podría verse afectado por la simple notificación de parte del contratista que no está en disposición de entregar los suministros prometidos.

Con todo y lo enjuiciable de la norma pre-transcrita, de ella surge la exigencia concreta de las cargas contractuales, por lo que aplica para el régimen de contratación pública panameño la añosa distinción entre fecha o momento de perfeccionamiento del negocio jurídico y el momento de sus eficacia real.

En el artículo 74 de la Ley 22 de 2006 establece en términos concretos la anterior dicotomía, en los siguientes términos:

“Artículo 74. Facultad de contratación. La celebración de los contratos corresponde al ministro o representante legal de la entidad contratante correspondiente o a quien se delegue esta facultad, por parte del Estado, de acuerdo con las condiciones y los requisitos exigidos en el pliego de cargos y las disposiciones legales pertinentes. Los contratos se entenderán perfeccionados cuando sean refrendados por la Contraloría General de la República, y surtirán sus efectos a partir de la fecha de notificación o entrega de la orden de proceder al contratista. Se exceptúan los convenios marco, los cuales se perfeccionarán una vez sean suscritos por la Dirección General de Contrataciones Públicas.

Todos los contratos, independientemente de su cuantía, se deberán publicar en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamaCompra”.

Ahora bien, en la excepción planteada en el artículo 74 se desprende que, en el caso de las compras masivas o por catálogo electrónicos (pactas por medio del procedimiento de licitación para convenio marco), el acuerdo de voluntades no se perfecciona con el concurso obligatorio y vinculante de la Contraloría General de la República. Esto ya que habría que notar que el verbo empleado en la excepción es perfeccionar. Por ello es que desvinculación o excepción en respecto del refrendo de la Contraloría.

No obstante lo anterior, en este tipo especial de contratos denominados impropriadamente como “convenio marco”, ya que lo que lleva ese nombre en la ley es el procedimiento licitatorio de selección y no el mismo contrato, lo que se exceptúa no es la actividad del refrendo, sino la exigencia de entregar la “orden de proceder al contratista”.

En este tipo especial de contratos, la Administración selecciona al contratista, por medio de un procedimiento *sui generis*, en donde el propio regular del todo el sistema de contrataciones públicas, la Dirección General de Contrataciones Públicas (DGCP) actúa como entidad contratante para la adquisición de bienes y servicios de uso corriente como útiles y mobiliario de oficina, (como bolígrafos, papel, memorias removibles), automóviles, llantas, lubricantes y baterías de autos, combustibles, boletos aéreos, productos de limpieza en general, productos y programas informáticos, copiadoras, impresoras y sus derivadas o consumibles (tintas, tóner, etc.-), utensilios y desechables para cafetería, en representación de todas las demás entidades del Estado. Para ello se realiza un procedimiento para comprar de manera masiva y para todas las administraciones, con el fin de abaratar costos de gestión e incentivar la rebaja en las ofertas habida cuenta del tamaño de la transacción, habida cuenta de que este tipo de compras representan un ochenta por ciento de todas las adquisiciones

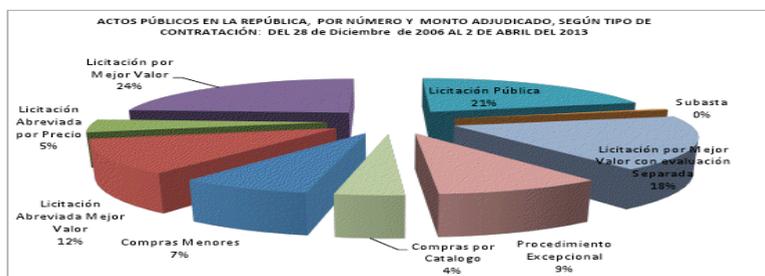
gubernamentales y a la fecha, por montos superiores a los tres mil millones de balboas (dólares americanos).

En este sentido, el gráfico que se presenta puede dar una idea de la posición de las licitaciones por convenio marco, dentro de los demás procedimientos de selección de contratista.

ACTOS PÚBLICOS EN LA REPÚBLICA, POR NÚMERO Y MONTO ADJUDICADO, SEGÚN TIPO DE CONTRATACIÓN: DEL 28 de Diciembre de 2006 AL 2 DE ABRIL DE 2013

Tipo de Contratación	Actos Públicos	
	Monto adjudicado (en balboas)	Número
TOTAL	B/. 16.110.917.324.16	716.835
Compras Menores	1,147,961,458.30	479,214
Licitación Abreviada Mejor Valor	1,861,436,715.96	1,074
Licitación Abreviada por Precio	729,083,642.88	1,002
Licitación por Mejor Valor	3,842,535,979.78	1,031
Licitación Pública	3,427,496,503.38	9,442
Subasta	79,179,098.07	438
Licitación por Mejor Valor con evaluación Separada	2,971,231,618.15	12
Procedimiento Excepcional	1,454,632,185.20	18,477
Compras por Catalogo	597,360,122.44	206,145

Fuente: Sistema PanamaCompra, Dirección General de Contrataciones Públicas.
 Nota: No se incluyeron todos los Tipos de Contratación, sólo Ley 22



En el contrato de compras masivas, la entidad contratante suscribe el contrato, luego de seleccionar a su contratista, pero como excepción a la regla, dicho contrato no requiere refrendo de la Contraloría. Sin embargo, dicho contrato no surte sus efectos concretos, sino hasta que las entidades, luego de tener el requerimiento interno de un bien o servicios específicos, lo soliciten al contratista (el cual según se ha visto, ya fue seleccionado por la DGCP). Para hacer esta solicitud, se han creado los "Catálogos Electrónicos", en donde se lista todos los bienes y servicios objeto de Compras Masivas, así como los proveedores seleccionados y contratados.

Pues bien, la solicitud de requerimiento específico u "orden de entrega", sí debe llevar refrendo de la Contraloría, por lo que la eficacia del contrato, si está determinada por el control externo de la Contraloría. Esto es reafirmado por el artículo 113 del decreto 366 de 2006, reglamentario de la Ley 22 de 2006 del siguiente tenor literal:

"Artículo 113: (Formalización del contrato y refrendo)

Una vez adjudicado el acto de licitación para convenio marco al proponente o proponentes favorecidos, se procederá a formalizar mediante contrato las condiciones generales y particulares con cada proponente.

El contrato que formalice el convenio marco no requerirá el refrendo de la Contraloría General de la República por no conllevar la erogación de fondos públicos. Sin embargo, las órdenes de

compra que emitan las instituciones del Estado para la adquisición de productos o servicios bajo la modalidad de convenio marco deberán ser refrendadas por la Contraloría General de la República. (Art. 42 L 22-2006, véase también el Art. 55 literal c, Ley 32 de 1984)".

- iii. Luego de la publicación en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas PanamaCompra, la relación jurídica surte efectos o eficacia abstracta para los terceros, es decir, cualquier persona.

Para los efectos del cumplimiento efectivo del principio de transparencia, el artículo 141 de la Ley 22 de 2006 ordena que sean publicados en el sistema PanamaCompra todas las actuaciones públicas relacionadas al contrato administrativo, al indicar que "... El Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra" será de uso obligatorio para todas las instituciones públicas incluidas en el ámbito de aplicación de esta Ley y a las que se les aplique la presente Ley en forma supletoria. Las entidades públicas deberán publicar en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra" toda la información que se genere en las contrataciones menores, en los procedimientos de selección de contratista, en los procedimientos excepcionales de contratación y en la etapa contractual...".

En torno de esta idea normativa se concluye que toda la actuación administrativa relacionada con el contrato administrativo⁵ debe publicarse en el PanamaCompra.

Así pues, las competencias rectoras o de dirección del contrato nacen para las partes, desde la suscripción y refrendo del contrato, además que, para efectos de su exigibilidad, ella surge desde el momento de la petición u orden de entrega. Y para los efectos de los terceros, ellos tienen derecho a actuar en la fiscalización del acto contractual, desde que la información es publicada en el sistema oficial de publicaciones PanamaCompra.

2. ¿En qué consisten las competencias de dirección y control?

Dentro de las diversas competencias públicas en relación con el contrato administrativo, y más específicamente del contrato público, la Ley 22 de 2006, en su artículo 12 enumera las siguientes:

"Artículo 12. Derechos de las entidades contratantes. Son derechos de las entidades contratantes los siguientes:

1. Exigir al contratista y al garante de la obligación, según el caso, la ejecución idónea y oportuna del objeto del contrato.
2. Repetir contra el contratista o los terceros responsables, según sea el caso, por las indemnizaciones que deban pagar como consecuencia del incumplimiento del contrato o su ejecución, sin perjuicio de la ejecución de la garantía.

5 Señalamos que esta es la regla para el contrato administrativo ya que la Ley 22 de 2006, pese a reconocer que hay regímenes contractuales especiales, o sea a los cuales no se aplica su normativa, señala que incluso a ellos, le es exigible la obligación de publicar toda la actuación contractual en el PanamaCompra. Esto es lo que indica en el artículo primero (sobre el ámbito de aplicación de la Ley 22 de 2006): "A las contrataciones que realicen las juntas comunales y locales, se les aplicará esta Ley en forma supletoria; no obstante, estas instituciones deberán someterse a las disposiciones contenidas en el artículo 141".

Cuando se trata de contratos de concesión, las entidades contratantes quedan facultadas para realizar inspecciones sobre las áreas, los bienes o los servicios objeto del contrato, a fin de verificar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los concesionarios". (La negrita es nuestra).

Dichas competencias o cargas públicas se especifican, en materia del poder de dirección del contrato, en los numerales 2, 4, 5, 6, 13 y 15 del artículo 13, de la siguiente manera:

"Artículo 13. Obligaciones de las entidades contratantes. Son obligaciones de las entidades contratantes las siguientes:

1. ...
2. Obtener el mayor beneficio para el Estado y el interés público, cumpliendo con las disposiciones de la presente Ley, su reglamento y el pliego de cargos.
3. ...
4. Revisar periódicamente las obras ejecutadas, los servicios prestados o los bienes suministrados, a fin de verificar que cumplan las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas, debiendo promover las acciones de responsabilidad contra ellos y/o sus garantes cuando dichas condiciones sean incumplidas, de conformidad con el contrato y el pliego de cargos.
5. Adoptar las medidas para mantener, durante el desarrollo y la ejecución del contrato, las condiciones técnicas, económicas y financieras prevalecientes al momento de contratar y de realizar sus modificaciones, cuando así estén autorizadas por la ley o el contrato, de acuerdo con el pliego de cargos.
6. Cumplir con las obligaciones que contractualmente les correspondan, de forma que el contratista pueda ejecutar oportunamente lo previsto en el contrato y en el pliego de cargos.
7. ...
13. Adelantar las acciones necesarias para obtener la indemnización correspondiente por los daños que sufra la entidad en virtud del incumplimiento de lo pactado en el contrato, y cuando este es atribuible al contratista. Igualmente, tienen personería jurídica para promover las acciones judiciales y ser parte en procesos relacionados con el incumplimiento, la interpretación, la ejecución o la terminación del contrato.
14. ..
15. Vigilar el estricto cumplimiento del contrato y denunciar todas las contrataciones públicas que lesionen el interés o patrimonio de la Nación".

Por lo indicado, es un deber ineludible de toda entidad contratante procurar y exigir que el contrato se realice oportunamente y conforme a las condiciones técnicas, económicas y financieras previstas al momento de su perfeccionamiento. No se trata pues de una carga pública de exigir el posible cumplimiento íntegro del contrato. Esto significa que las entidades no deben permitir que se alteren, sin causa legal justificativa las condiciones sustanciales del mismo.

Dentro de estas condiciones esenciales están las del plazo o tiempo de cumplimiento o la calidad mínima de los bienes o servicios que se esperan.

Así las cosas, se puede afirmar que la razón de la acción administrativa va en línea directa con los fines u objetivos del contrato público. Se trata de una actividad ceñida a los fines público-administrativos.

3. Prevalencia del fin de la contratación pública

Según se ha visto ya, desde la propia Carta Política panameña, en esta materia se exige el cumplimiento de ciertos principios: procura del mayor beneficio para el Estado y el interés público y la justicia en la contratación.

En este orden de ideas, el maestro argentino Héctor Jorge Escola, en su conocida obra, *El Interés Público como fundamento del derecho administrativo*, nos indica que "los contratos administrativos, siendo como son una parte o una forma de la actividad administrativa, tiene una finalidad específica y propia, distinta de la que es inherente a la generalidad de los contratos de derecho privado, y que no es otra que la satisfacción y el logro del interés público, de las necesidades colectivas, siendo esa finalidad, precisamente, la que le da y define su naturaleza jurídica como tales y los efectos y consecuencias que le son específicos. Es por esa circunstancia, por tener una finalidad de interés público... por lo que están sujetos a formalidades especiales, previstas por el derecho administrativo; por lo que pueden contener cláusulas que sean exorbitantes del derecho privado", colocando al contratista en "una posición de subordinación" respecto de la administración. Agrega el maestro argentino que, esta prevalencia del interés público explica que la Administración actuará con "prerrogativas y potestades que le son propias para el desarrollo de esas funciones"⁶.

Para los profesores Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón-Fernández, el propósito de alcanzar de manera inmediata la satisfacción de los fines e intereses públicos define un principio especial en esta materia: el principio general de prevalencia del fin sobre el objeto del contrato, que establece que "lo que se persigue con estos contratos es satisfacer de la mejor manera posible el interés público; se trata, ante todo, de construir la obra pública que demanda el interés general, de prestar el servicio público en las condiciones que exijan en cada momento las necesidades públicas que el servicio está llamado a cubrir, de facilitar a la administración las cosas muebles que ha menester. Si para conseguir estos fines, implícitos en el contrato y connaturales al mismo, es necesario adaptar a las nuevas necesidades los términos de lo pactado, esta adaptación es obligada"⁷.

Por lo indicado, en cuanto a las competencias de dirección del contrato, el principio de prevalencia del fin sobre el objeto del contrato, fundamenta la existencia de aquellas, en la regulación legal.

6 Escola, Héctor Jorge, *El Interés Público como fundamento del derecho administrativo*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1989., página 160-161.

7 García de Enterría, Eduardo y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Décimo Cuarta Edición . Thomson Civitas. Editorial Arazandi, S.A., Navarra, España, 2008.

En el ordenamiento jurídico panameño en los artículos 18, numeral 6; 19, numeral 3; 20 numeral 1 y 22, se establece la obligación de cumplir este principio:

"Artículo 18. Principio de transparencia. En cumplimiento de este principio, se observarán las siguientes reglas:

...

6. Las autoridades no actuarán con desviación de poder o abuso de autoridad y ejercerán su competencia exclusivamente para los fines previstos en la ley; además, les será prohibido eludir procedimientos de selección de contratista y los demás requisitos previstos en la presente Ley".

"Artículo 19. Principio de economía. En cumplimiento de este principio, se aplicarán los siguientes parámetros:

...

1. Se tendrá en consideración que las reglas y los procedimientos constituyen mecanismos de la actividad contractual para servir a los fines estatales, la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la protección y garantía de los derechos de los administrados.

...":

"Artículo 20. Principio de responsabilidad e inhabilidades de los servidores públicos. Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuestas personas, contratos con la entidad u organismo en que trabajen, ni participar en este en calidad de propietarios, socios o accionistas de la empresa o de administradores, gerentes, directores o representante legal del proponente en un acto público. Esta disposición también será aplicable a los miembros de las juntas y de los comités directivos de entidades públicas y empresas en que el Estado sea parte.

Los servidores públicos que participen en los procedimientos de selección de contratista y en los contratos:

1. Están obligados a procurar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto del contrato y a proteger los derechos de la entidad licitante, sin perjuicio de los intereses legítimos de los contratistas y terceros.

..."

"Artículo 22. Interpretación de las reglas contractuales. En la interpretación de las normas sobre contratos públicos, de los procedimientos de selección de contratista, de los casos de excepción de procedimiento de selección de contratista y de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrán en consideración los intereses públicos, los fines y los principios de esta Ley, así como la buena fe, la igualdad y el equilibrio entre las obligaciones y los derechos que caracterizan los contratos conmutativos".

4. Competencias propias del poder punitivo o sancionador

Según se ha visto, le compete a las entidades contratantes adelantar las acciones necesarias para obtener la indemnización correspondiente por los daños que sufra la entidad en virtud del incumplimiento de lo pactado en el contrato.

El imponer o aplicar sus facultades sancionatorias es, además de un derecho, una carga para la Administración. Así mismo, al ser un derecho a su favor (de la Administración) es una carga para el contratista. Esto según lo establecido en el numeral 9 del artículo 15 de la Ley 22 de 2006, que señala:

"Artículo 15. Obligaciones y deberes del contratista. Son obligaciones del contratista las siguientes:

...

9. Responder exclusivamente por las obligaciones o reclamaciones que surjan de las relaciones contractuales adquiridas dentro del periodo de vigencia contractual, incluyendo las de naturaleza administrativa, civil, comercial, laboral o cualquiera otra que implique algún tipo de responsabilidad en materia de obligaciones.

..."

En este orden de ideas, las competencias sancionatorias o punitivas en el ordenamiento jurídico tienen dos orígenes: uno, convencional o contractual y otro, legal. Estas son generalmente descritas como disciplinarias.

i. Las cláusulas penales

Dentro de las potestades sancionatorias de origen contractual generalmente se listan las cláusulas penales, las que generalmente tienen fines indemnizatorios, aunque de ser pacto también pueden tener efectos punitivos. Es decir, que una vez se produzca el incumplimiento del contrato administrativo, opera por mandato del mismo la posibilidad de que la Administración exija el resarcimiento de perjuicios y, excepcionalmente, se puede exigir la obligación del pago de una pena (generalmente una multa), independientemente de la indemnización por perjuicios.

Así las cosas, las cláusulas penales, por ser propias del derecho general de contratos (sean éstos públicos o privados), aplican al contrato administrativo y, en la práctica, suelen pactarse en ellos.

En los artículos 75 y 82, párrafo tercero, de la Ley 22 de 2006, se permite a la Administración convenir este todo tipo de cláusulas que se consideren convenientes a los fines públicos:

"Artículo 75. Cláusulas y uso de la plaza. Las entidades públicas podrán incluir, en los contratos que celebren, los pactos, las cláusulas y los usos de la plaza, dependiendo de la esencia y naturaleza del contrato, así como otros que considere convenientes, siempre que no se opongan al interés público o al ordenamiento jurídico existente, sin perjuicio de los privilegios y las prerrogativas del Estado, los cuales no podrán ser objeto de limitación, negación o renuncia por la entidad contratante. Cualquier condición contraria a esta disposición será nula de pleno Derecho".

"Artículo 82. Plazo máximo de los contratos. Las contrataciones con el Estado se otorgarán por un plazo máximo de veinte años y podrán ser prorrogadas a solicitud del contratista por un plazo que no exceda al señalado originalmente en el contrato. Para tal efecto, el contratista deberá solicitar dicha prórroga un año antes de su vencimiento.

Sin perjuicio de lo anterior, no será obligatorio para el Estado convenir en la prórroga de los contratos de concesión en los mismos términos y condiciones previstos en el contrato original.

El Estado tendrá derecho de incluir en los contratos cualquiera otra cláusula o condición que estime conveniente, a fin de asegurar sus intereses, respetando el principio de transparencia y el equilibrio contractual de las partes contenidos en esta Ley.

El Estado no podrá conceder periodos de gracia, entendiéndose que los pagos que deban hacer los contratistas serán exigibles desde el momento que se establezca en el respectivo contrato de conformidad con las reglamentaciones vigentes y en ningún caso podrán ser posteriores a la fecha de inicio de operaciones que impliquen ingresos".

Más especialmente, en el artículo 83 de la misma ley de contrataciones públicas, se establece el medio para pactar cláusulas penales en los contratos de obras, veamos.

"Artículo 83. Cláusula penal y de incentivos. Cuando por causas imputables al contratista se retrase la entrega de la obra, se le aplicará una cláusula penal, la cual será una multa que será entre el uno por ciento (1%) y el cuatro por ciento (4%) dividido entre treinta por cada día calendario de atraso del valor equivalente a la porción dejada de entregar o ejecutar por el contratista.

La entidad contratante podrá incorporar, en el pliego de cargos, el reconocimiento a favor del contratista de un incentivo o bonificación por el cumplimiento anticipado del contrato, el cual no podrá ser mayor del diez por ciento (10%) del monto total del contrato, cuando resulte ventajoso o beneficioso a la entidad contratante".

ii. Potestades disciplinarias

En cuanto a las potestades sancionatorias nacidas de la propia ley de derecho público, el artículo 72 de la ley de contrataciones públicas las lista de la siguiente forma:

"Artículo 72. Medios para el cumplimiento del objeto contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, la entidad contratante tendrá las siguientes potestades:

1. Ejercer la dirección general, la responsabilidad del control y la vigilancia de la ejecución del contrato, con el fin de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo, y de asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación.
2. Pactar las cláusulas excepcionales al Derecho Común de terminación, interpretación y modificación unilateral del contrato.
3. Resolver administrativamente el contrato por las causas establecidas en esta Ley, observando las formalidades en ella previstas, referentes al reconocimiento y pago de las compensaciones e indemnizaciones, a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas".

Según se puede inferir de esta norma, la Administración está facultada para adoptar mecanismos de apercibimiento, multas y la resolución administrativa del contrato. Las tres tienen en común que se producen ante el incumplimiento del contrato, por parte del contratista.

Por esta razón se puede afirmar que las medidas de sanción punitivas en la vía contractual, más que buscar el resarcimiento del perjuicio causado, con ellas lo que se pretende es desalentar el mencionado incumplimiento del contrato.

Claro está, ante el comprobado incumplimiento, la Administración está habilitada para tasar de antemano el quantum del daño y perjuicio que debe indemnizar el incumplidor.

Para concretar estas facultades la ley autoriza al ente contratante para que imponga multas ante el retraso injustificado en el cumplimiento del contrato, y otras situaciones que se detallan en los artículos 109, 110 y 111 de la Ley 22 de 2006. Veamos:

"Artículo 109. Prórroga. Corresponde a las entidades contratantes aprobar o negar las solicitudes de prórroga que soliciten los contratistas. Los retrasos que fueran producidos por causas de fuerza mayor no imputables a estos o por caso fortuito, darán derecho a que se extienda el plazo del contrato por un periodo no menor al retraso. Las prórrogas modificarán, proporcionalmente, los términos establecidos, y se documentarán como adiciones o adendas al contrato u orden de compra originalmente suscrito.

La facultad para otorgar las prórrogas de un contrato u orden de compra, así como para establecer el término de la prórroga es de la entidad contratante, tomando en consideración la urgencia o necesidad del suministro, servicio u obra contratados.

La Dirección General de Contrataciones Públicas quedará facultada para reglamentar la presente materia".

"Artículo 110. Multa. Las solicitudes de prórrogas que se presenten después de la fecha de vencimiento del plazo para la entrega del suministro o servicio o para la ejecución de la obra serán objeto de multas. La multa que se impondrá será entre el uno por ciento (1%) y el cuatro por ciento (4%) dividido entre treinta por cada día calendario de atraso del valor equivalente a la porción dejada de entregar o ejecutar por el contratista. El valor total de la multa no será en ningún caso superior al diez por ciento (10%) del valor del contrato y deberá ingresar al Tesoro Nacional".

"Artículo 111. Cálculo de la multa. Cuando el contrato u orden de compra establezca que las entregas se podrán realizar en forma parcial o por renglones y el contratista solicita la prórroga de un renglón específico, se impondrá la multa, cuando haya mérito, sobre el valor de los bienes no entregados correspondientes a ese renglón, excluyendo el Impuesto sobre la Transferencia de Bienes Corporales Muebles y la Prestación de Servicios o el Impuesto Selectivo al Consumo de ciertos Bienes y Servicios, cuando proceda.

En los contratos de obra y de servicios, en los cuales se estipule el pago parcial por avance de la obra o entrega de informe, la sanción se aplicará con base en la etapa dejada de ejecutar o el informe dejado de entregar por el contratista".

Según se colige de las sanciones ante transcritas, ellas se deducen de un incumplimiento. Incumplimiento visto desde un concepto lato, es decir que se incluyen en él el cumplimiento imperfecto, parcial o insuficiente, el incumplimiento inoportuno o a destiempo.

Así tenemos que, por ejemplo, se sanciona con mayor severidad el incumplimiento total que el incumplimiento parcial o el cumplimiento tardío.

Por lo indicado, le corresponderá a la Administración, al momento de imponer una medida de sanción contractual, explicar en qué consistió, a su juicio, el incumplimiento del contrato.

O sea que, previo al acto sancionador, o tal vez por lo mismo, el acto, pese a la presunción de su legalidad, debe ser debidamente motivado y además fundamentado. Es decir, probar que los hechos o situaciones fácticas que lo origina, son verdaderos y además explicar que tiene el derecho, es decir una norma jurídico-legal que la respalda, frente a la ocurrencia de los indicados hechos.

En torno a la ideal inmediatamente expresa, ver lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 18 de la Ley 22 de 2006, en donde se indica:

"Artículo 18. Principio de transparencia. En cumplimiento de este principio, se observarán las siguientes reglas:

...

5 . Los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, se motivarán en forma detallada y precisa e igualmente lo serán los informes de evaluación precontractual, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del acto.

...".

En otro orden de ideas, ya se advirtió que de la atenta lectura de las medidas sancionatorias, permitidas por el ordenamiento legal panameño, se infiere que en realidad ellas no parecen estar orientadas necesariamente al resarcimiento frente al incumplimiento del contrato. Pues bien, esta aseveración se ve reforzada con la exigencia de presentación de fianza de cumplimiento del contrato.

Si nos detenemos en la definición que de ella da la ley, nos tendremos que preguntar si, la fianza de cumplimiento, previene la aplicación de sanciones administrativas contractuales

La Ley 22, en su glosario (artículo 2, numeral 20), define la fianza de cumplimiento como la "garantía exigida al adjudicatario de un acto de selección de contratista o beneficiario de una excepción de procedimiento de selección de contratista, para el fiel cumplimiento del contrato u obligación de ejecutar su objeto y, una vez cumplido este, de corregir los defectos a que hubiera lugar de ser el caso".

En este orden de ideas la ley de contrataciones públicas establece que en toda contratación de monto superior a los treinta mil balboas, se debe presentar fianza de cumplimiento y que el contratista tendrá un término no mayor de cinco días hábiles, contado a partir de la notificación de la resolución de adjudicación, para constituir la fianza de cumplimiento.

Así mismo en los artículos 101, 106 y 108 se establece el procedimiento para la ejecución de la fianza. Veamos la primera de esas normas:

"Artículo 101. Fianza de cumplimiento. Ejecutoriada la adjudicación, en la forma establecida en la presente Ley, de aquellos actos cuyo monto supere los treinta mil balboas (B/.30,000.00), la entidad contratante requerirá al proponente la presentación de la fianza de cumplimiento del contrato, conforme a lo establecido en el pliego de cargos.

Esta fianza garantiza el cumplimiento de un contrato u obligación de ejecutar fielmente su objeto y, una vez cumplido este, de corregir los defectos a que hubiera lugar. Su vigencia

corresponde al periodo de ejecución del contrato principal y al término de la liquidación, más el término de un año, si se trata de bienes muebles para responder por vicios redhibitorios, como mano de obra, material defectuoso o cualquier otro vicio o defecto en el objeto del contrato, salvo los bienes muebles consumibles que no tengan reglamentación especial, cuyo término de cobertura será de seis meses y por el término de tres años, para responder por defectos de reconstrucción o de construcción de la obra o bien inmueble.

El adjudicatario de un contrato de arrendamiento de un bien del Estado consignará una fianza de cumplimiento equivalente al importe de un mes de canon de arrendamiento por cada año de vigencia del contrato. Para los efectos de vicios redhibitorios, esta fianza tendrá una cobertura de seis meses de canon de arrendamiento.

En los contratos de cuantía indeterminada, la entidad contratante, en coordinación con la Contraloría General de la República, fijará el monto de la fianza de cumplimiento a consignarse.

En los casos de contrataciones por las vías excepcionales, se tendrá que consignar la respectiva fianza de cumplimiento atendiendo las reglas anteriores.

En los casos de adquisición de bienes mediante subasta en reversa, la fianza será el equivalente al diez por ciento (10%) del avalúo del bien.

Los contratos de servicios de promoción y publicidad para pautas publicitarias y servicios de relaciones públicas en el extranjero, señalados en el artículo 93, no requerirán fianza de cumplimiento, siempre que en los contratos se establezca que el pago al contratista se hará con posterioridad a la ejecución del objeto del contrato y la entidad emita una certificación de aceptación conforme, firmada por la autoridad nominadora".

Según se deduce de esta norma, la fianza es el medio que, por antonomasia, permite garantizar el cumplimiento resarcitorio-económico del contrato.

IV. IMPUGNACIÓN DEL ACTO DE SANCIÓN CONTRACTUAL

Al ser la imposición de penalidades contractuales actos administrativos, los mismos son susceptibles de ser revisados en la vía gubernativa y judicial.

Ahora bien, pese a haber sido creado el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas (TACP), como instancia de control en sede gubernativa de los actos administrativo-contractuales, las controversias que se susciten en relación con la imposición de penalidades distintas a la resolución administrativa del contrato, por ejemplo la imposición de multas, no pueden ser conocidas por ese Tribunal por no ser parte de sus competencias específicas.

Ciertamente, en el artículo 130 la legislación de contrataciones públicas⁸, le otorga al tribunal competencias amplias de revisión de la etapa precontractual, por medio del

8 "Artículo 130. Recurso de impugnación. Todos los proponentes que se consideren agraviados por una resolución u otro acto administrativo que adjudique o declare desierto un acto de selección de contratista o por una resolución u otro acto administrativo en el que se rechazan las propuestas o cualquier otro acto que afecte la selección objetiva del contratista, en el cual consideren que se han cometido acciones u omisiones ilegales o arbitrarias, podrán presentar recurso de impugnación ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, acompañando las pruebas o anunciándolas al momento de formalizar la impugnación, si las hubiera.
..."

"recurso de impugnación", al indicar que es recurrible ante él "cualquier ... acto que afecte la selección objetiva del contratista". Sin embargo, en la atapa contractual, el TACP no tiene esa amplitud competencial, pues en el artículo 131 es restringido al acto de resolución administrativa del contrato.

En este orden de ideas el artículo 120 de la Ley 22 de 2006, señala:

"Artículo 120. Creación. Se crea el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas como ente independiente e imparcial, que tendrá jurisdicción en todo el territorio de la República. Este Tribunal tendrá competencia privativa, por naturaleza del asunto, para conocer en única instancia de:

1. El recurso de impugnación contra el acto de adjudicación, la declaratoria de deserción o el acto o resolución por la cual se rechazan las propuestas emitidos por las entidades, en los procedimientos de selección de contratista.

2. El recurso de apelación contra la resolución administrativa del contrato y la inhabilitación del contratista.

..."

Vistas así las cosas, en la vía gubernativa no cabe presentar recurso alguno ante el tribunal especializado en asuntos contractuales, por lo que se deben presentar, como medio supletorio, los tradicionales Recursos de Reconsideración y/o de Apelación, ante la misma entidad que emita el acto de sanción, distinta a la resolución administrativa del contrato.

En efecto, por mandato expreso de los artículos 3 y 59 de la ley de contrataciones públicas, ante el vacío de ella, en materia procedimental, cabe acudir a aplicarla Ley 38 de 2000, norma de aplicación supletoria. Esos artículos señalan:

"Artículo 3. Normas reguladoras. En la celebración del procedimiento de selección de contratista y en las contrataciones públicas en general, se dará cumplimiento a las normas constitucionales, al contenido de la presente Ley y leyes complementarias, a las normas reglamentarias que se dicten al efecto y a las estipulaciones contenidas en los contratos y en los pliegos de cargos.

Los vacíos en el procedimiento de selección de contratista se llenarán con la aplicación de las normas de procedimiento administrativo general y, en su defecto, con los principios y las normas del procedimiento civil y comercial".

"Artículo 59. Vacíos en los procedimientos de selección de contratista. Cuando existan vacíos en el procedimiento de selección de contratista, se llenarán con la aplicación de las normas de procedimiento administrativo y, en su defecto, con los principios y normas del procedimiento civil".

Claro está, una vez agotada la vía gubernativa, se tiene el derecho a concurrir ante la jurisdicción contencioso administrativa que en la República de Panamá es ejercida por la Sala tercera de la Corte Suprema de Justicia.