

Panamá, 21 de junio de 2022
DGCP-DJ-102-2022

Señor
Germán Rosón
Representante Legal
Mastercard Panamá S. de R.L.
E. S. D.

Estimado señor Rosón:

Damos respuesta a su nota sin número y sin fecha, por medio del cual presenta antes ésta Dirección una serie de consultas relacionadas a la implementación y aplicación del Texto Único de la Ley 22 de 2006 que regula la contratación pública, ordenado por la Ley 153 de 2020 y su reglamento.

Así las cosas, debemos indicar que la Dirección General de Contrataciones Públicas es el ente rector y fiscalizador de los procedimientos de contratación pública, con facultades destinadas a la adecuada interpretación y aplicación de los preceptos legales contenidos en el Texto Único de la Ley No. 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020.

En ese sentido, realiza una serie de interrogantes que guardan relación a la participación de empresas extranjeras como proponentes en una licitación pública y que además no se encuentren inscritas en el Registro Público de Panamá, las cuales respondemos en los siguientes terminos:

1. ¿Puede una empresa extranjera, participar como proponente de una licitación pública de cualquier entidad licitante?

Para dar respuesta, consideramos oportuno indicar que dentro del Texto Único de la Ley No. 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020, tal y como se establece en el numeral 13 del artículo 2 de la citada normativa se contempla la posibilidad para que una empresa extranjera pueda ser beneficiada como adjudicataria de un procedimiento de selección de contratista al señalar que:

Artículo 2. Glosario. Para los fines de la presente Ley, los términos siguientes se entenderán así:

...

13. *Contratista.* Persona natural o jurídica o consorcio o asociación accidental, nacional o **extranjero, domiciliado dentro o fuera del territorio de la República de Panamá**, que goce de plena capacidad jurídica, vinculado por un contrato con el Estado, producto de ser adjudicatario de un procedimiento de

selección de contratista o beneficiario de un procedimiento excepcional o de un procedimiento especial de contratación. (El resalto es nuestro).

2. ¿Puede la entidad licitante establecer criterios de exclusión de empresas extranjeras como proponentes en una licitación pública. De ser así, cuáles serían las causales de exclusión y cuál sería su fundamento legal?

Para dar respuesta, consideramos oportuno iniciar señalando que en el artículo 11 del Texto Único de la Ley No. 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020, se establece que cuando el objeto de la contratación recae en la construcción de obras a realizarse en la República de Panamá, siempre que dicha contratación no sobrepase el monto de B/, 5 000 000.00, la entidad licitante tiene la facultad de convocar la celebración del acto público de forma exclusiva para empresas nacionales. Veamos:

Artículo 11. Promoción de empresas nacionales. En los actos de selección de contratista para la construcción de obras en la República de Panamá que no sobrepasen los cinco millones de balboas (B/. 5 000 000.00), las entidades licitantes podrán realizar actos públicos para la participación **exclusiva de empresas nacionales, salvo cuando alguno de los aspirantes a participar invoque el contenido de un convenio o tratado internacional vigente entre su país de origen y la República de Panamá.**

Se entenderá por empresas nacionales aquellas que cumplan con los siguientes requerimientos:

1. Estar constituida de acuerdo con las leyes de la República de Panamá.
2. Los beneficiarios finales deben ser, por lo menos, 80 % panameños.
3. Estar inscrita en el régimen de la Caja de Seguro Social.

Fuera de lo señalado en la norma antes citada, toda empresa extranjera tiene la posibilidad de participar en cualquier procedimiento de selección de contratista, siempre que la misma no se encuentre dentro de las situaciones establecidas en el artículo 24 del Texto Único de la Ley No. 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020 que establecen la incapacidad legal para contratar con el Estado panameño.

3. ¿Pueden prestarse los servicios licitados desde el extranjero y puede la empresa extranjera como adjudicataria de una licitación pública, facturar desde el extranjero?

Para una mejor comprensión y por economía procesal, damos respuesta de forma unificada a éstas dos interrogantes en los siguientes términos. En los pliegos de cargos que confeccionen las entidades contratantes para sus procesos de selección de contratista, éstas tendrán la facultad de incorporar unilateralmente los requisitos

que consideren necesarios, siempre que estos no sean contrarios a las disposiciones contenidas en el Texto Único de la Ley No. 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020, tal y como se establece en el numeral 36 del artículo 2 de la citada normativa. Veamos:

Artículo 2. Glosario. Para los fines de la presente Ley, los términos siguientes se entenderán así:

...

36. *Pliego de cargos.* **Conjunto de requisitos exigidos unilateralmente por la entidad licitante en los procedimientos de selección de contratista para el suministro de bienes, la prestación de servicios o la ejecución de obras públicas, incluyendo los términos y las condiciones del contrato que va a celebrarse, los derechos y las obligaciones del contratista y el procedimiento que se va a seguir en la formalización y ejecución del contrato.** En consecuencia, incluirá reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la mayor participación de los interesados en igualdad de condiciones.

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. (El resalto es nuestro).

Se colige de la norma transcrita, que será dentro del pliego de cargos o de los términos de referencia del acto público, donde la entidad licitante va a establecer todo lo relacionado al objeto de la contratación que desea llevar a cabo y dependerá de dicho objeto contractual y de las condiciones que de forma unilateral establezca la entidad, la viabilidad de ejecutar el contrato adjudicado fuera del territorio nacional.

En cuanto a si la empresa extranjera puede facturar desde el extranjero; debemos señalar que como hemos advertido en párrafos precedentes, esta Dirección tiene competencia exclusiva para pronunciarse sobre consultas que en materia de implementación y aplicación de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenada por la Ley 153 de 2020, le sean sometidas a su consideración; razón por la que recomendamos que en este particular tema dirija su consulta a la Dirección General de Ingresos del Ministerio de Economía y Finanzas, entidad competente para solventar las dudas en materia tributaria en la República de Panamá.

4. ¿Cuáles serían las fianzas requeridas normalmente por la entidad licitante para una licitación pública para la prestación de servicios y cuál sería el porcentaje de cobertura normalmente requerido para cada una?

Para una mejor comprensión y por economía procesal, damos respuesta de forma unificada a éstas dos interrogantes en los siguientes términos. Dentro del Texto Único de la Ley No. 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020, se desarrollan en los numerales 22, 24 y 25 del artículo 2 de la citada normativa, las

fianzas que habitualmente se establecen por las entidades licitantes en sus pliegos de cargos dentro de los procesos de selección de contratista que lleven a cabo, las cuales procedemos a explicar:

Artículo 2. Glosario. Para los fines de la presente Ley, los términos siguientes se entenderán así:

...

22. *Fianza de cumplimiento.* Garantía exigida al adjudicatario de un acto de selección de contratista, al beneficiario de un procedimiento excepcional o especial de contratación, de conformidad con lo establecido en esta Ley, 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.

...

24. *Fianza de pago anticipado.* Aquella que tiene por objeto garantizar el reintegro de una suma de dinero entregada en concepto de adelanto al contratista. Esta garantía es exigible en la medida en que el contratista no utilice las sumas de dinero adelantadas para la oportuna y debida ejecución del contrato.

25. *Fianza de propuesta.* Garantía precontractual establecida en el pliego de cargos y presentada en el acto de selección de contratista, con la finalidad de garantizar la oferta de los postores, así como de garantizar que el contratista firme el contrato y presente la fianza de cumplimiento, dentro de los plazos establecidos en esta Ley.

Se exceptúa la presentación de esta fianza en la licitación de subasta en reversa y de subasta de bienes públicos que se realicen de manera electrónica.

En este orden de idea, luego de citadas las fianzas que normalmente se establecen dentro de los procedimientos de selección de contratista, resulta importante indicar que para el caso de las Fianzas de Propuestas, estas son requeridas dentro de un proceso de selección de contratista cuando su precio de referencia supere los quinientos mil balboas (B/.500 000.00), la cual debe presentar todo proponente junto con su propuesta para garantizar el mantenimiento de su oferta y la posterior firma del contrato. Adicionalmente, tal y como lo establece el artículo 120 del Texto Único de la Ley No. 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020, pueden constituirse ya sea en efectivo, en títulos de crédito del Estado, en fianzas emitidas por compañías de seguros, o mediante garantías bancarias o en cheque certificado o de gerencia.

De igual manera, el artículo 121 del Texto Único de la Ley No. 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020, establece que es competencia de la Contraloría General de la República absolver las consultas sobre cualquier aspecto relacionado a la constitución, presentación, ejecución y extinción de las garantías

que se constituyan para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los contratistas frente a las entidades públicas.

Es por lo antes mencionado y previo a concluir, que debemos indicarle que la Contraloría General de la República a través del Decreto Núm.33-LEG de 8 de septiembre de 2020, estableció los márgenes porcentuales que cada una de las garantías mencionadas deben tener, los cuales deben ser incorporados en los pliego de cargos que realice la entidad contratante para la adquisición de bienes o servicios a través de los distintos procedimientos de selección de contratista.

Sin otro particular por el momento, se despide de usted,

Atentamente,

LICDA. MARLENE AGUILAR P.

Directora Jurídica

Dirección General de Contrataciones Públicas

/eb

eb