

Panamá, 20 de septiembre de 2023
DGCP-DS-DJ-1755-2023

Licenciado
Roberto Ruíz Díaz
E. S. D.

Licenciado Ruíz Díaz:

Damos respuesta a su memorial sin número y sin fecha denominado “Escrito de Consulta”, por medio del cual presenta ante 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 conformación de las comisiones verificadoras o evaluadoras; a los requisitos establecidos en el pliego de cargos para la presentación de documentos notariados o con firma electrónica; a la validación de los documentos aportados con firma electrónica y a la expedición de la resolución administrativa que autoriza la realización de un proceso excepcional de contratación, las cuales respondemos en los siguientes términos:

- 1. ¿En los procesos de selección de contratista cuando se constituye la Comisión Verificadora o Evaluadora, los miembros de estas o por lo menos uno, puede ser parte de la entidad licitante o deben ser todas personas ajenas a la entidad que lleva adelante el proceso de Selección de Contratista?
¿De concurrir el hecho de que uno o más de uno de los miembros, son parte de la entidad, provoca la nulidad de todo el acto público o es subsanable, designando una nueva comisión verificadora?**

Para dar respuesta, consideramos oportuno indicar que el artículo 127 del Decreto Ejecutivo No.439 de 10 de septiembre de 2020 que reglamenta la Ley 22 de 2006, que regula la contratación pública, conforme fuera modificado por el Decreto Ejecutivo No. 34 de 24 de agosto de 2022, establece en su párrafo décimo primero, entre otras cosas, que el número de integrantes de una comisión siempre debe ser impar, además sostiene el citado artículo que la entidad licitante conserva la facultad de designar la minoría de sus integrantes y por último que en ningún caso la cantidad de comisionados podrá ser mayor de once (11) miembros. Veamos:

“Artículo 127. Conformación de las comisiones. Los integrantes de las comisiones verificadoras o evaluadores serán designados por el representante legal de la entidad o el servidor público delegado, antes del acto de recepción de propuestas mediante resolución, que será publicada junto con el informe de verificación o evaluación correspondiente.

...

Para la conformación de las comisiones, el número de los integrantes será impar para facilitar las decisiones que serán adoptadas por la mayoría de los miembros designados, entendiéndose que la mayoría, o su totalidad si a bien lo tiene la entidad, se tomarán del listado proporcionado por el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamaCompra”, **conservando la entidad licitante la facultad de designar la minoría de los miembros**. En ningún caso la cantidad de comisionados designados podrá ser mayor de once (11).”
(El resalto nos pertenece).

De la norma transcrita se desprende, que es viable, dada la facultad que ostenta la entidad licitante, que la misma pueda designar a la minoría de los integrantes de una comisión, es decir, que estos comisionados pueden ser funcionarios de la propia entidad. Por otro lado, en caso de que se traspasen los límites que impone la norma, en concordancia con los supuestos legales señalados por el artículo 166 de la Ley 22 de 2006, estaríamos frente a una nulidad absoluta por haber realizado la entidad un acto con prescindencia absoluta del procedimiento legalmente establecido.

- 2. Tomando en cuenta que el Pliego de Cargos en sus condiciones especiales, es la que establece las reglas del juego en un proceso de selección de contratista, y en el mismo no se establece diferentes alternativas para cumplir con la presentación de algunos requisitos, se consulta lo siguiente: Si el Pliego solicita documentos notariados o bajo declaración jurada ante notario y en el mismo pliego NO se establece que dichos requisitos se pueden suplir con documentos con firmas electrónicas certificadas, aun así, ¿pueden ser presentados con dichas firmas y darse por válido? Esto en el sentido de que la norma en la Ley 22 (artículo 3) y el Reglamento (artículo 2), habla de que se “podrá” aportar documentos electrónicos, pero asumimos que es siempre que el Pliego establezca esa posibilidad.**

Para dar respuesta, consideramos oportuno iniciar señalando que en el artículo 4 del Texto Único de la Ley No. 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020, se establece de forma diáfana el orden de prelación bajo el cual se deben interpretar las disposiciones legales dentro de la celebración de todo proceso de selección de contratista, artículo que establece que en primer lugar se debe garantizar el cumplimiento de la ley de contrataciones públicas y *posteriormente las estipulaciones contenidas en el pliego de cargos*. Veamos:

“Artículo 4. 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 esta Ley** y leyes complementarias, a las normas reglamentarias que se dicten al efecto, **a las estipulaciones contenidas en los pliegos de cargos** y a los contratos. **En caso de conflicto, se atenderá el orden de prelación indicado en este párrafo.**

Los vacíos en el procedimiento de selección de contratista, así como en el desarrollo del contrato hasta su liquidación, 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.”

(El resalto nos pertenece).

En ese sentido, teniendo claro que las disposiciones legales de la Ley 22 de 2006 están por encima de las estipulaciones contenidas en el pliego de cargos, debemos referirnos a que la normativa que regula la contratación pública, la cual contempla el uso de las firmas electrónicas calificadas para toda contratación amparada bajo la citada Ley, sin más limitantes que la de estar certificada por un prestador de servicios de certificación o en todo caso por el Registro Público de Panamá y ante lo cual debemos concluir indicando que su uso, aunque no este establecido en el pliego de cargos es legal y aceptable. Veamos:

Artículo 3. Uso de firmas electrónicas calificadas. En todos los procesos de contratación regulados por la presente Ley, el Estado podrá hacer uso de firmas electrónicas calificadas en su ámbito interno y en su relación con los particulares. De igual manera, los particulares que realicen contrataciones con el Estado podrán hacerlo utilizando firmas electrónicas calificadas emitidas por un prestador de servicios de certificación de firmas electrónicas o por el Registro Público de Panamá como prestador de servicios de certificación.

Toda documentación que deba ser presentada por los particulares dentro de los procesos de selección y contratación pública, establecidos en la presente Ley, podrá ser presentada utilizando medios electrónicos respaldados por firmas electrónicas calificadas.
(El resalto nos pertenece).

- 3. En los documentos que son aportados mediante la colocación de firma calificada, para su validación requieren que el mismo documento contenga adicionalmente la firma electrónica calificada del funcionario autorizado para dar fe pública, como lo establece el artículo 9 de la Ley 51 de 2008 ¿modificado por la Ley 82 de 2012? O ¿es validado con la sola firma electrónica estampada en el documento?**

Para dar respuesta, consideramos oportuno señalar que el artículo 2 del Decreto Ejecutivo No.439 de 2020, que reglamenta la Ley 22 de 2006, a la letra dice lo siguiente:

“Artículo 2. Presentación de documentos con firmas electrónicas. En los procedimientos de selección de contratista, en el procedimiento excepcional y en el procedimiento especial de contratación, así como en la etapa contractual, los proponentes o contratistas podrán presentar la documentación requerida, haciendo uso de la firma electrónica calificada, siempre que la misma sea emitida por el Registro Público de Panamá o por un prestador de servicios de certificación de firmas electrónicas. La documentación así presentada producirá los mismos efectos que tienen los documentos originales, **y no necesitará autenticación ante notario.”**
(El resalto nos pertenece).

Por lo anterior, esta Dirección reconoce la legalidad de los documentos presentados de manera electrónica, haciendo uso de la firma electrónica calificada emitida por el Registro Público de Panamá o por un prestador de servicios de certificación de firmas electrónicas.

- 4. En los procesos de Selección de contratistas, mediante el cual se exceptúa de la realización de un acto público (contratación directa), conforme el artículo 82 de la Ley 22 de 2006, adecuada por la Ley 153 de 2020 que señala lo siguiente:**

Artículo 82. Solicitud de autorización de procedimiento excepcional. Una vez cumplidos los requerimientos establecidos en los artículos anteriores, el representante legal de la entidad deberá solicitar formalmente a la autoridad competente la autorización de procedimiento excepcional. Junto con esta solicitud, la entidad deberá aportar toda la documentación que acredite el cumplimiento de los aspectos legales, técnicos y financieros de la contratación, así como las autorizaciones y aprobaciones institucionales correspondientes, de acuerdo con lo establecido en las disposiciones legales vigentes al momento de presentar la solicitud.

Frente a lo consultado, consideramos oportuno señalar que esta Dirección ya ha expresado su opinión a través de la nota No.DGCP-DJ-021-2022 de 09 de febrero de 2022, la cual se encuentra publicada en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamaCompra” en la Sección denominada “Biblioteca Sistematizada de la DGCP”, Consultas Jurídicas, en donde se establece que:

“Es importante tomar en cuenta que las entidades bajo el ámbito de aplicación de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 153 de 8 de mayo de 2020, al acogerse al procedimiento excepcional de contratación, con fundamento en alguno de los casos enumerados en el artículo 79 de la referida Ley, tienen la responsabilidad de sustentar a través de un informe técnico fundado ante el ente competente para su evaluación y aprobación, la justificación legal y técnica de contratar con un determinado proveedor, además de incluir en dicho informe la información mínima requerida por la Ley, así como los antecedentes, objetivo, motivación y razones objetivas.

...

El mismo, se trata de un procedimiento que puede llevarse a cabo cuando se produzcan hechos o circunstancias por las cuales la celebración de cualquiera de los procedimientos de selección de contratista establecidos en el artículo 56 de la norma, ponga en riesgo la satisfacción de los requerimientos o intereses del Estado.

En ese marco, la evaluación y aprobación de contrataciones mediante procedimiento excepcional es facultad de las autoridades competentes según el monto de la contratación, y se evalúa el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley, así como la conveniencia de la contratación, conforme a los planes y políticas del Estado, lo cual una vez cumplidos, se reviste de legalidad el procedimiento”.

¿Es necesario que la entidad competente emita una Resolución autorizando el procedimiento excepcional al Representante Legal de la entidad licitante, antes de la firma del contrato o lo puede hacer en forma posterior o de forma verbal?

Los entes aprobadores del procedimiento excepcional, según la cuantía que dictamina la Ley, evaluarán el cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa, así como la conveniencia de la contratación de acuerdo a las políticas del Estado; en este sentido, se entiende entonces que la solicitud para la autorización del procedimiento excepcional de contratación debe ser previo a la firma del contrato. Para esto, cada autoridad competente

una vez evaluada y aprobada la contratación emitirá un acto administrativo (Nota o Resolución), autorizando la contratación por procedimiento excepcional.

¿Puede el Contralor General refrendar un acto mediante el cual se exceptúa de acto público a una entidad, sin contar con la Resolución que autorizó dicha excepción?

Como hemos señalado en párrafos anteriores, para el procedimiento excepcional de contratación establecido en la normativa de contrataciones públicas, la autoridad competente deberá emitir una Nota o Resolución donde se exprese la autorización del procedimiento antes mencionado.

Por tanto, queda claro que una vez cumplidas todas las formalidades establecidas en la Ley para este tipo de contratación, se podrá remitir a la Contraloría General de la República el expediente, la cual podrá en uso de la facultad conferida por la Constitución Nacional, refrendar o no el contrato producto de un procedimiento excepcional.

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

Atentamente,

RAPHAEL FUENTES

Director General

MAP/eb

Map eb