

Panamá, 30 de octubre de 2024
DGCP-DS-DJ-1656-2024

Ingeniero
ERIC RODRÍGUEZ
Coordinador
Departamento de Fondo Agropecuario
Regional de Los Santos
Ministerio de Educación
E. S. D.

Ingeniero Rodríguez:

Hacemos referencia a su correo electrónico de 09 de octubre de 2024, a través del cual ha solicitado aclaraciones sobre el acto público No.2024-0-07-07-07-CM-010767, para la “Compra de insumos para fumigaciones de control de malezas y servicios de maquinaria agrícola para aplicación de medicamentos y fertilizantes del proyecto de arroz”, por el monto B/.8,993.60, adjudicado a favor de Andrés Valentín Villarreal Solís, del cual se suscribió la Orden de Compra No.17-2024 y el acto público No.2024-0-07-07-07-CM-011462, para la “Compra De Urea Nitrogenada para 23 Hectáreas del Proyecto de Arroz del IPTA de Tonosí”, por el monto de B/.4,550.00, adjudicado a favor de Cesar Guillermo Torres Watts, ambos sin refrendo de la Contraloría General de la República.

Sostiene en su consulta que, las compras no fueron autorizadas previamente por la Oficina de Fondo Agropecuario de la Dirección Regional de la provincia de Los Santos, lo cual constituye un incumplimiento al procedimiento administrativo, que exigen los artículos 7 y 8 Decreto Ejecutivo No. 520 del 2005, por la cual se crea la oficina de coordinación del fondo de educación agropecuaria y se reglamenta el uso del dinero de los centros educativos oficiales.

Que identificaron en el Acto Público No.2024-0-07-07-07-CM-010767, sobrecostos en los renglones 17 y 18, relacionados con la contratación de maquinaria para la aplicación de fumigantes y fertilizantes, por lo cual consulta:

- 1. Si se puede realizar un ajuste a la orden de compra 17-2024 del acto público No.2024-0-07-07-07-CM-010767, en los rubros que no están acordes con la realidad del consumo por hora para bombadas de 600 litros en el proyecto de arroz.**

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.

Para dar respuesta, consideramos prudente reproducir lo establecido por el artículo 93 del Texto Único de Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020, que es del tenor siguiente:

*“...**Artículo 93. 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...”*”

De la norma transcrita se extrae con total claridad que, si un contrato público no es refrendado por la Contraloría General de la República, dicho documento no tiene efecto jurídico alguno, por lo que no podría considerarse legalmente viable aplicar una modificación a la citada orden de compra, toda vez que no se ha perfeccionado la relación contractual entre las partes.

En relación a lo señalado, al supuesto sobrecosto en el Acto público No.2024-0-07-07-07-CM-010767, en los regionales 17 y 18, tenemos a bien indicarle lo establecido en los artículos 47 y 48 del Decreto Ejecutivo N° 439 del 10 de septiembre de 2020, modificado por el Decreto Ejecutivo N° 34 de 24 de agosto 2020, que señalan:

*“...**Artículo 47. Estudios previos.** Las entidades deberán realizar los estudios previos para la elaboración del pliego de cargos, a fin de determinar la necesidad que requieren satisfacer con el proceso de contratación, el objeto a contratar con sus especificaciones, las autorizaciones, permisos y licencias requeridos para su ejecución, los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto, el tipo de procedimiento, criterios para seleccionar la mejor propuesta, el precio de referencia, incluyendo precios unitarios y totales, entre otros.*”

Artículo 48. Consultas al mercado. *Antes de la celebración del procedimiento de selección de contratista, las entidades licitantes podrán efectuar consultas o reuniones con proveedores, mediante llamados públicos y abiertos a través de medios electrónicos, con el objeto de obtener información acerca de los precios, costos asociados, características de los bienes, servicios u obras requeridos, tiempo de preparación de las propuestas o cualquier otra información que se requiera para la confección del pliego de cargos.*

La Dirección General de Contrataciones Públicas desarrollará una funcionalidad en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamaCompra”, para que los estudios y consultas al mercado puedan realizarse por esta vía y el resultado de estos será público. A esto le serán aplicables las disposiciones de acceso a la información establecidas en la Ley 6 de 2002.

En ningún caso, la Plataforma de Cotizaciones en Línea, podrá ser utilizada para los fines establecidos en este artículo.

Los procedimientos de contrataciones menores por cotización que no exceden de diez mil balboas (B/. 10 000.00), no requerirán de la publicación de resultados de un estudio de mercado o de solicitud de información, por tratarse de un procedimiento expedito, según lo establecido en el artículo 57 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020...”

De las normas transcritas, se extrae que las entidades al momento de realizar un procedimiento de selección de contratista, deberán realizar los estudios previos, esto con el principal objetivo, de recopilar, analizar e interpretar datos sobre un mercado para determinar lo más ajustado a la realidad, el precio estimado del mercado para los bienes y servicios que contempla adquirir. En cuanto al estudio de mercado se busca minimizar razonablemente la posibilidad de que la entidad licitante convoque un proceso de selección de contratista, con información inexacta que pueda tener como efecto inmediato establecer un precio de referencia que no es acorde para el bien o servicio que desea adquirir, lo que puede incluso provocar un perjuicio al Estado, si dicho precio es en exceso superior y ante lo cual debemos exhortar a la entidad a procurar el mayor beneficio para el Estado y el interés público.

Aunado a lo antes dicho, no podemos perder de vista lo señalado en los numerales 2 y 3 del artículo 28 del Texto Único de la Ley No. 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020, los cuales establecen la obligatoriedad para el servidor público que participe en los procesos de selección de contratista de realizar sus actuaciones con apego a la Ley:

*“...**Artículo 28.** 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.*

2. Serán legalmente responsables por sus actuaciones y omisiones antijurídicas, sin perjuicio de la responsabilidad penal o administrativa. En este último caso, la actuación indebida se considerará una falta administrativa grave.

3. Sus actuaciones estarán regidas por una conducta ajustada al ordenamiento jurídico, y serán responsables ante las autoridades por infracciones a la Constitución o a la ley, por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de esta...”

(Lo subrayado nos pertenece).

Siendo así, se extrae de la norma citada que, los servidores públicos están legalmente obligados a realizar sus actuaciones con apego a la Ley, el no hacerlo conlleva una responsabilidad penal. Por ello, frente a lo señalado en su consulta, esta Dirección, recomienda que la entidad realice las investigaciones necesarias a fin de corroborar si en efecto existe o no un sobreprecio en los precios establecidos en el acto público bajo estudio, lo que de validarse deberá ser puesto de conocimiento a las autoridades competentes, ya que se estaría frente a la comisión de un delito plenamente tipificado en nuestro ordenamiento penal en el artículo 364 del Texto Único del Código Penal de la República de Panamá, Capítulo IX, Fraude en los Actos de Contratación Pública.

2. Consulta la Oficina de Fondo Agropecuario de la Dirección Regional de Los Santos, que, si al ser dirigido al mismo proyecto de siembra y cultivo de arroz, se puede estar produciendo una división de materia.

Ante lo consultado, consideramos oportuno indicar que el artículo 15 del Decreto Ejecutivo 439 de 10 de septiembre de 2020 que reglamenta la Ley No. 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020, desarrolla el concepto de lo que se debe entender por presunción de división de materia al señalar que:

Artículo 15. Presunción de división de materia. Se presume que existe división de materia en las situaciones siguientes:

1. Cuando la entidad, con el fin de que la cuantía no llegue a la precisa para la celebración del acto público o el procedimiento que corresponda, o para evadir las competencias, autorizaciones o aprobaciones en las contrataciones, suscriba contratos para un mismo bien, servicio u obra, en un término de tres meses en el mismo período fiscal, con el mismo u otro contratista o suscriba contratos u órdenes de compra para bienes perecederos o productos alimenticios para escuelas o colegios ubicados en áreas de difícil acceso, en un término de un mes en el mismo período fiscal, con el mismo u otro contratista.
2. Cuando la entidad, para evadir la competencia de la Dirección General de Contrataciones Públicas, del Consejo Económico Nacional o del Consejo de Gabinete, realice dos o más contrataciones, mediante procedimiento excepcional de contratación, por un mismo bien, servicio u obra para no llegar al monto de aprobación correspondiente, en el mismo periodo fiscal. (El resalto nos pertenece).

Se debe entender entonces que la división de materia se da cuando las entidades del Estado con la intención de evadir un procedimiento establecido en la Ley, fraccionan las compras y realizan contratos con un mismo proveedor u otro contratista, **por un mismo producto o servicio** en un término menor a 3 meses en un mismo periodo fiscal, cuando sumadas las cuantías da lugar a un procedimiento de contratación distinta que conllevaba mayores requisitos, o bien si se realizan dos o más contrataciones mediante procedimiento excepcional por un mismo bien, servicio u obra en un mismo periodo fiscal, para no llegar al monto de aprobación de la autoridad que corresponda.

Esta Dirección ya ha emitido criterios indicando que al momento de evaluar si pudiese configurarse una violación al principio de división de materia hay que realizar un análisis objetivo de cada caso en particular, evaluando cada una de las distintas circunstancias o situaciones que pueden revestir los procesos de compras a ser realizados, y si existe una real intención de fraccionar las compras para evadir procedimientos, siempre poniendo por delante el interés público.

Es importante señalar que, conforme a la información proporcionada podemos colegir que las adquisiciones pertenecen a la misma unidad de compra el Centro Educativo IPTA-Tonosí, adjudicados a diferentes proponentes, Andres Valentin Villarreal Solís y Cesar Guillermo Torres Watts, con diferentes objetos contractuales de acuerdo con los rubros que requiere adquirir la entidad licitante.

En este sentido, esta Dirección es del criterio, que no se configura la división de materia, ya que lo requerido por la entidad licitante, tiene objetos contractuales diferentes, toda vez que lo que requiere adquirir no es el mismo producto, en cuyo

caso no se podría considerar que existe una intención de fraccionar las adquisiciones con la finalidad de evadir procedimientos.

3. Si no se determina la división de materia consultada por la Oficina de Fondo Agropecuario, se puede proceder con la aportación del refrendo o visto bueno de esta oficina y la firma de la comunidad educativa, y así proceder para adquirir estos productos esenciales para el cultivo del proyecto de arroz del I.P.T.A. de Tonosí.

Esta Dirección, recomienda a la entidad, junto con su equipo técnico-legal, realice las investigaciones necesarias a fin de corroborar si en efecto existe o no un sobrecosto en los precios establecidos en el acto público No.2024-0-07-07-07-CM-010767, con la finalidad de cumplir con las normas y los principios que rigen las contrataciones. Todo lo expuesto debe entenderse, sin perjuicio de la competencia que tiene la Contraloría General de la República, para aprobar o negar el refrendo del contrato como ente competente para la fiscalización de los fondos y bienes públicos.

Sin otro particular por el momento, se despide,

Atentamente,

JAVIER RAÚL MARQUINEZ DEJUD
DIRECTOR GENERAL

AA/MAP/JP
Map JP