

Aportes internacionales sobre *contratación pública* y su influencia en el sistema panameño

Por
Ian Bayless*

Resumen: *La contratación pública, está íntegramente asociada con los intereses públicos y sociales, así como con el crecimiento, el desarrollo económico y la buena gobernanza de los Estados. Su evolución está ligada al interés internacional, y su objetivo es la armonía en que funcione con las políticas internas de cada país, desarrollando buenas prácticas que garanticen el intercambio efectivo y recíproco del comercio internacional.*

Palabras claves: *Transparencia, eficiencia, economía, globalización, eficacia, innovación interoperabilidad, transaccionalidad, sostenibilidad e inclusión.*

Abstract: *Public procurement is a system entirely associated with public and social interests, as well as with the economic growth, with the development, and good governance of States. Its evolution is linked to international interest, and its objective is to harmonize it with the internal policies of each country, developing good practices that guarantee the effective and reciprocal trading of international commerce.*

Keywords: *Transparency, efficiency, economy, globalization, effectiveness, innovation, interoperability, transaction banking, sustainability and inclusion.*

*Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de la Paz. Estudios en Posgrado y Maestría en Derecho Penal con énfasis en Sistema Penal Acusatorio UDELAS; estudios en Posgrado y Maestría en Derecho Procesal en la universidad de Interamericana de Panamá. Diplomado en Contrataciones Públicas. Estudios en Especialización en Derecho Administrativo y Financiero de la Universidad de Salamanca. Formó parte del equipo negociador de los Tratados de Libre Comercio y Tratados de Promoción Comercial entre Panamá y los diferentes socios comerciales: Canadá, Unión Europea, México, Colombia, Perú, implementación del tratado con Estados Unidos de América; EFTA; Acuerdo del Sistema de Integración Centro Americano.

Las compras públicas tienen una conexión directa con el crecimiento económico de cada país, son también de gran importancia para las corrientes comerciales internacionales. La manera en que los gobiernos administran los fondos públicos y generan confianza en la ciudadanía, a través de una participación y acceso a la información, son los objetivos fundamentales de los avances en la regulación de esta materia.

1. Organismos internacionales y sus aportes.

A lo largo de los años las distintas organizaciones mundiales han perfeccionado acuerdos y tratados como una vía de globalización para unificar la manera en que los países aplican su derecho doméstico y desarrollar un solo lenguaje de comunicación en cuanto a compras gubernamentales se refiere.

Para entender la influencia del derecho comercial internacional en la contratación pública, es importante mencionar tres de las más relevantes organizaciones que han implementado sistemas innovadores y que han sido aplicados por diversos países:

OMC – Organización Mundial del Comercio

Dentro del plan de acción de la Organización Mundial del Comercio, surgió el primer Acuerdo Plurilateral sobre Contratación Pública (ACP) en 1994, con la intención de encontrar un mecanismo que garantizara a los proveedores nacionales y extranjeros la libre participación en igualdad de condiciones. Posteriormente este acuerdo fue sometido a negociaciones en 2012, y entró en vigencia en abril del 2014.

Son 83 países los que actualmente forman parte de este acuerdo, divididos en 48 países como miembros Partes y 35 países como observadores. Según datos de la OMC, encontramos del continente americano, a Estados Unidos (1996-2014) y Canadá (1996-2014) como miembros Partes. De América Latina; Argentina (1997), Brasil (2017), Chile (1997), Colombia (1996), Costa Rica (2015), Ecuador (2019), Panamá (1997), Paraguay (2019), participan en el Comité en calidad de observadores¹.

Acuerdo Plurilateral sobre Contratación Pública (ACP) 2014

Este acuerdo constituye un procedimiento especial aplicable a las medidas relativas a una contratación abarcada, es decir, a las contrataciones realizadas a efectos gubernamentales, independientemente de que se realice, exclusiva o parcialmente, o por medios electrónicos.² Dicho de esta forma, mencionaremos sus principales aportes:

- a. *La no discriminación.* Trata de que los Estados Partes se comprometen a conceder a los proveedores y a los bienes y/o servicios que sean de cualquier otra parte, un trato no menos favorable que al local.
- b. *El uso de medios electrónicos.* Se han implementado sistemas de tecnología y programas informáticos que fuesen accesibles e interoperables³, con amplia difusión y de acceso público, con algunas regulaciones para proteger la información.

¹OMC | Contratación pública - El Acuerdo plurilateral sobre Contratación Pública (ACP) (wto.org)

²https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/rev-gpr-94_01_s.pdf

³Acuerdo Plurilateral de Contratación Pública, artículo IV "*Principios Generales*".

- c. Manifiesta la responsabilidad que tienen los Estados Partes considerados “*desarrollados*” de prestar una atención especial a las necesidades de desarrollo, financieras y comerciales de los Estados Partes considerados “*en desarrollo*”, a los cuales se les debe otorgar una preferencia única.
- d. Clasifica los métodos de contratación en *subasta electrónica, licitación restringida, licitación pública y licitación selectiva*.
- e. Sugiere a las entidades preparar, adoptar o aplicar dentro de sus especificaciones técnicas la promoción de la *conservación de los recursos naturales y proteger el medio ambiente*.

ONU – Organización de las Naciones Unidas

La ONU tiene como propósito reunir a los países de todo el mundo para dilucidar sus problemas internos y encontrar posibles soluciones a dichos conflictos. Con este fin, en 1966 encontró la manera de reducir los obstáculos para el comercio que eran creados por las contradicciones de las leyes nacionales que regían el comercio internacional, creando así una comisión encargada de la legislación mercantil a nivel mundial, modernizando y armonizando las reglas del comercio internacional. Esta comisión cuyas siglas en español son CNUDMI – Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional o en inglés UNICTRAL – United Nations Commission on International Trade Law, implementó una Ley Modelo sobre la Contratación Pública en 1994 como instrumento internacional de referencia para reflejar las nuevas prácticas. Esta ley fue reemplazada en 2011 para actualizar aquella ley de 1994, conforme a los avances culturales y tecnológicos de la época, sin modificar los principios o procedimiento básicos recogidos en la ley anterior.

La CNUDMI en la actualidad se encuentra integrada por 60 Estados miembros elegidos por la Asamblea General. Como miembros del continente americano están Argentina (1968-2022), Brasil (1968-2022), Canadá (1989-2025), Chile (1969-2022), Colombia (1968-2022), Ecuador (1992-2025), El Salvador (2007-2019), Estados Unidos de América (1968-2022), Honduras (1998-2025), México (1968-2025), Panamá (2013-2019), Perú (1980-2025), República Dominicana (2019-2025) y Venezuela (2004-2022)⁴.

Ley Modelo sobre la Contratación Pública (2011)

La ley modelo desde su creación en 1994 ha tenido como finalidad promover la rectitud y la equidad en el proceso de contratación, para que dicho proceso goce de la confianza pública, alcanzando una máxima economía y eficiencia.

Evaluando su más reciente modificación en 2011, la ley ha implementado unos aportes que han reforzado el manejo de las contrataciones públicas, dentro de los cuales podemos mencionar:

- a. Otorga a las entidades la facultad de *exigir las idoneidades* a los proveedores o contratistas, en la que deberán demostrar que poseen las cualificaciones profesionales y técnicas, el equipo y los medios materiales que se requieran.
- b. Incluye otros requisitos como la *exigencia de que los proponentes cumplan con las normas éticas, estar legalmente capacitados, no*

⁴Origen, mandato y composición de la CNUDMI | Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

haber incurrido en quiebra o insolvencia, haber cumplido con sus obligaciones fiscales, no haber sido condenados, ni ellos ni su personal directivo por algún delito imputable, etc.

- c. Evaluar de los proveedores o contratistas las características del objeto del contrato dentro del *margen funcional y ecológico*, es decir, primará aquellos participantes que ofrezcan en sus propuestas *políticas ecológicas, sociales y económicamente favorables*.
- d. Clasifica los métodos de contratación en *licitación abierta, licitación restringida, solicitud de cotizaciones, propuestas sin negociación, licitación en dos etapas, solicitud de propuestas con diálogo, propuestas con negociación consecutiva, negociación competitiva, subasta electrónica inversa y la contratación con un solo proveedor o contratista*.
- e. Implementa la *subasta electrónica inversa* como técnica de contratación en línea en tiempo real, de la que podrá valerse la entidad licitante para seleccionar la oferta ganadora. Los proveedores o contratistas presentan durante un plazo establecido ofertas más bajas, cuya evaluación es automática.
- f. Adiciona el *recurso de apelación* para que los proveedores o contratistas que sufran de un daño o perjuicio a causa de una decisión tomada por la entidad licitante que haya adoptado esta ley, puedan interponer un recurso contra esa decisión o medida.
- g. Añade también el *recurso de revisión* ante un órgano independiente.

OEA – Organización de los Estados Americanos

La Organización de los Estados Americanos, como organismo regional que tiene como meta alcanzar un orden de paz y justicia, fomentar su solidaridad y robustecer su colaboración, tiene a su vez,

una importante participación en temas de contratación pública desde su alcance regional a través de la Red Interamericana de Compras Gubernamentales (RICG), en la que colabora dentro de su cuerpo político como Secretaría Técnica.

La Red Interamericana de Compras Gubernamentales (RICG)

Es un mecanismo de cooperación horizontal, que fortalece el intercambio de experiencias y moviliza las buenas prácticas en las compras públicas, promueve los vínculos entre gobiernos para colaborar estrechamente, enriquece el diálogo y los consensos entre sus miembros. Cuenta con el apoyo institucional y financiero del Banco Interamericano de Desarrollo (BID)⁵ y el Centro Internacional de Investigaciones de Canadá (IDRC).

Ha construido un repositorio de información proveniente de los países de la región, con la intención de dar a conocer las acciones que llevan a cabo para determinados temas. Además comparte a través de su sitio web, publicaciones, guías, artículos, conferencias, talleres técnicos, cursos, actividades y webinarios sobre compras públicas.

La red cuenta actualmente con 33 países miembros de América Latina y El Caribe, los cuales son: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, ST. Kitts y Nevis, ST. Lucía, ST. Vicente y las Granadinas, Surinam, Trinidad y Tobago y Uruguay.

⁵<http://ricg.org/es/junta-directiva/>

2. Influencia de los aportes internacionales sobre contratación pública en Panamá.

En el marco regulatorio de las compras gubernamentales, el derecho internacional ha sido el padre creador. A pesar de que respeta las leyes internas de los países que se adhieren a sus tratados, es fácil interpretar que éstos se encuentran identificados con sus aportes y por ende presentan características similares.

Panamá se ha visto influenciado por las corrientes internacionales de manera sustancial en la forma de estructurar su reglamentación, esto se deja ver desde la clasificación de los procedimientos de selección de contratista que regula nuestra ley. Mientras que el ACP y la Ley Modelo de la CNUDMI, otorgan otros sistemas de selección, ambas mantienen la semejanza en que todo procedimiento de selección de contratista debe hacerse a través de un concurso limitado por algunas exigencias mínimas establecidas en los pliegos de cargos conocidos internacionalmente como pliego de condiciones.

La creación y posteriormente las mejoras a nuestro sistema electrónico de contrataciones públicas, ha sido también uno de los aportes más significativos del modelamiento internacional. El portal “Panamá Compra” para el año 2006 fue diseñado con la intención de automatizar las operaciones y los procesos, vincular a los proveedores y contratistas en un sistema informático centralizado, intercambiando información en un entorno de seguridad responsable⁶. Para el 2016 surgió la iniciativa de ofrecer una nueva versión tomando en cuenta las últimas tecnologías del mercado a nivel global. Actual-

⁶Ley 22 de 2006, que regula la contratación pública (artículo 2, numeral 41).

mente, gracias al constante intercambio de información se ha logrado materializar esa propuesta del 2016, logrando grandes avances como emitir certificaciones vía web, el uso de firmas electrónicas calificadas, capacitar en línea, recibir propuestas de manera totalmente electrónica, evitar la dualidad de documentación, además de alcanzar una interconectividad con las entidades del Estado.

3. Panamá vs países de América Latina y el Caribe – Estudio normativo comparado

Luego de desarrollar los aportes que han realizado los organismos internacionales en cuanto a contratación pública e indicar la posición de Panamá en las distintas herramientas de diplomacia internacional, nos hallamos en el estudio comparado entre los países en igualdad o desigualdad de condiciones, para determinar más allá de los avances, las deficiencias que debemos mejorar como país en crecimiento.

Es significativo señalar que interoperabilidad en esta materia los países de América Latina y El Caribe estructuran su normativa en sus constituciones, como por ejemplo:

- Países como Brasil, Costa Rica, Honduras, México, Panamá y Perú, lo hacen para establecer la regla general de la licitación pública e imponer el carácter legal de las excepciones. En el caso de Panamá lo hace desde la Constitución de 1946 en el artículo 222, misma que ha sido reformada y que en la actualidad se enmarca en el artículo 266 de nuestra Carta Magna.
- Argentina, Bolivia y Chile, para consagrar los principios determinantes de los regímenes contractuales.

- Ecuador, establece los criterios que deben regir las compras públicas.⁷

Cabe destacar que Panamá con relación a los demás países de la región concibe regímenes especiales para ciertos sectores o servicios, como la gestión del Canal de Panamá. Además, mantiene algunas excepciones tratadas mediante contrataciones directas como la compra de medicamentos (sistema similar al de Ecuador), el equipamiento del Ministerio de Educación a inicios de todos los años y las características especiales que rigen al Aeropuerto Internacional de Tocumen.

Según datos que podemos verificar en la RICG, los países de América Latina tienen la simetría de contar con autoridades encargadas de aprobar u otorgar autorizaciones a las entidades licitantes. Sin embargo podemos separarlos, ya que no todos poseen entidades autónomas e independientes, tal es el caso de:

<u>Entidades autónomas o descentralizadas</u>	<u>Direcciones o dependencias dentro del Ejecutivo</u>
Panamá Dirección General de Contrataciones Públicas (DGCP) Dependencia: autónoma	Chile Dirección Chile Compra Dependencia: Presidencia de la República (a través del Ministerio de Hacienda).
Colombia Agencia Nacional Colombia Compra Eficiente Dependencia: descentralizada	Argentina Oficina Nacional de Contrataciones (ONC) Dependencia: Jefatura de Gabinete de Ministros.

⁷Las Compras Públicas en América Latina y el Caribe y en los proyectos financieros por el BID.

Ecuador Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP) Dependencia: organismo desconcentrado	Costa Rica Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa Dependencia: Ministerio de Hacienda.
Perú Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) Dependencia: autónomo	El Salvador Unidad Normativa de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (UNAC) Dependencia: Ministerio de Hacienda.
	República Dominicana Dirección General de Contrataciones Públicas (DGCP) Dependencia: Ministerio de Hacienda.

Nuestro modelo de compras gubernamentales tiene dos entidades autónomas:

La Dirección General de Contrataciones Públicas (DGCP), emite los lineamientos generales para el diseño, administración, implementación y funcionamiento eficaz del portal electrónico, fiscaliza los procedimientos de selección de contratista, celebra las licitaciones de convenio marco y confecciona, estructura, depura y actualiza la tienda virtual, entre otros.

El Tribunal Administrativa de Contrataciones Públicas, dirime las controversias que surgen dentro de los procesos de contratación pública.

Adicionalmente, según datos obtenidos del estudio normativo comparado publicado por el BID en el 2016⁸, la clasificación que otorga

⁸Las compras públicas en América Latina y el Caribe y en los proyectos financiados por el BID.

Panamá y Ecuador en los procedimientos de Licitación por Mejor Valor⁹ (Panamá) o el “Mejor costo”¹⁰ (Ecuador), son interesantes, ya que, conceden una ponderación centrada en la evaluación sobre determinados aspectos, sin que el precio sea el factor determinante.

En tanto a las discrepancias, Panamá difiere de países como Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, Ecuador y México, ya que nuestro sistema no cuenta con la modalidad de licitación privada, misma que le da la facultad a la entidad de reservarse la invitación con una “convocatoria limitada”. Como ejemplo de esta modalidad tenemos los procedimientos en dos etapas, las licitaciones privadas y los procedimientos con definición de proyectos (Según la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contrataciones Públicas del 2011).

En la etapa que conocemos como *etapa precontractual*, cada país maneja la forma en qué los proveedores o proponentes pueden presentar su disconformidad, a través de reclamos o protestas, lo cual asegura el debido proceso que rige los actos públicos. En Panamá pueden presentarse acciones de reclamo ante la Dirección General de Contrataciones Públicas (DGCP), contra todo acto u omisión ilegal o arbitrario ocurrido durante el proceso de selección de contratista antes de que se adjudique¹¹. Sin embargo, en Costa Rica existen múltiples recursos contra varios actos del proceso, como por ejemplo, objeción al pliego de condiciones y el recurso de apelación o revocatoria en contra del acto de adjudicación, el que declare desierto o declare infructuoso el concurso.¹²

⁹Artículo 59 de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020.

¹⁰Artículo 6, numeral 17, 18 y 19 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

¹¹Artículo 153 de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 del 2020.

¹²Artículo 86 de la Ley General de Contratación Pública N° 9986.

En Panamá, a través de la DGCP se han estado realizando acciones conducentes al desarrollo integral de aquellos procesos que involucran a las instituciones estatales y empresas privadas. Hemos logrado múltiples avances desde el marco tecnológico y de control mediante los principios que regulan la contratación.

Desde el punto de vista del BID las empresas nacionales son las verdaderas generadoras de progreso para sus países, pues movilizan los recursos que impulsan las economías. En nuestro país representan el 70% del sector productivo y más del 90% del empleo, es por esto que en nuestra nueva legislación, se promovió la inclusión de las MIPYMES en las contrataciones públicas desde un plano regional, con la participación exclusiva de empresas nacionales, la promoción de empresas locales y la adquisición bienes y servicios producidos dentro de nuestro territorio¹³. A pesar que desde la escala internacional se consolidó este tipo de procedimiento desde el 2011, en el que se le concede a los países, la excepción de limitar la participación para sus empresas nacionales, fue hasta el 2020 que se materializó en nuestro país. Es así que, en nuestra última actualización se agregaron los artículos 11, 12 y 13 de la Ley 22 de 2006, y los artículos 88, 89, 90 del Decreto Ejecutivo No. 439 de 2020, regionalizado bajo un umbral la participación, además del beneficio que se le otorga a la hora de un desempate, si se acredita que son MIPYMES.

En ese sentido, países como Ecuador, Colombia, El Salvador, Uruguay, implementaron este sistema en sus legislaciones desde el 2013.

¹³Artículo 11, 12 y 13 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenando por la Ley 153 de 2020.

- En Ecuador se incluyó en el artículo 59.1 de la Ley Orgánica de Contratación, como *feria inclusiva*, método que se utiliza para adquirir obras, bienes y servicios de producción nacional.
- En Colombia se introdujo con el Decreto Nacional 1510 de 2013, como incentivos en la contratación pública, convocatorias restringidas a MIPYME y limitaciones territoriales.
- El Salvador, en el artículo 39 A, otorga a las micro pequeñas y medianas empresas nacionales, la participación en los procedimientos, abriendo el compás para que las MIPYME puedan asociarse para ofertar un determinado suministro o servicio.
- En Uruguay, el Decreto N° 371/010 de 14/dic/010, y su modificativo N° 164/013 de 28 de mayo de 2013, reglamentó el Subprograma de Contratación Pública para el Desarrollo de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas.

Como otro punto, resaltamos la implementación de nuevos sistemas como “Panamá Compra en Cifras” y “Panamá en Obras”, en vías al desarrollo de la norma que guarda relación con los datos abiertos, siendo esta una iniciativa liderada inicialmente por el Banco Mundial para promover la contratación abierta y el uso de la información de los procesos de compra y contratación para fomentar la colaboración, la innovación y la transformación de la entrega de bienes, obras y servicios a los ciudadanos. Las Contrataciones Abiertas (Open Contracting Partnership) definió un estándar de Datos Abiertos (Open Contracting Data Standard -OCDS- o Estándar de Datos de Contrataciones Abiertas -EDCA) para asegurar que los datos cubran las etapas de los procesos de compra y contratación, además de asegurar la legibilidad de los datos en las diferentes aplicaciones.

En Panamá, a pesar de los avances significativos en adquisiciones gubernamentales, la legislación debe mantenerse en constante actualización ya que las compras públicas son procedimientos dinámicos, reales y cambiantes.

Es por ello que, el sistema de compras públicas conlleva la implementación de diferentes componentes que agilicen y faciliten su interoperabilidad para atraer mayor participación de los proponentes.

Referencias

Acuerdo revisado sobre contratación pública y Textos Legales adicionales de la OMC. Texto del ACP modificado el 30 de marzo de 2012.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. *Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública.* Nueva York, 2014.

Red Interamericana de Compras Gubernamentales.<http://ricg.org/es/home/>.

Texto Único de la Ley 22 de 2006, que regula la contratación pública, ordenado por la Ley 153 de 8 de mayo de 2020.

José Luis Benavides, María Cecilia M' Causland Sánchez, Catalina Flórez Salazar, María Eugenia Roca. *Las compras públicas en América Latina y el Caribe y en los proyectos financiados por el BID.* Diciembre de 2016.