

, 18 de noviembre de 1991.

Licenciado

**JUAN MANUEL CASTULOVICH.**

Director Ejecutivo Suplente del  
Banco Interamericano de Desarrollo.

E. S. D.

**Apreciado señor Director:**

Me refiero a su interesante consulta en relación con la aplicación del Artículo 78 del Código Fiscal a los convenios de préstamo suscritos por el gobierno panameño, con el Banco Interamericano de Desarrollo, habida cuenta de la sujeción que a la jurisdicción nacional contiene el artículo mencionado. En efecto, la norma contiene un principio de subordinación a la Jurisdicción de los Tribunales Nacionales de los contratos que Panamá celebre con personas extranjeras y los somete a la Ley panameña. La disposición está concedida en los siguientes términos:

**"Artículo 78º: Los contratos celebrados en Panamá con personas extranjeras se sujetan a la ley panameña y a la jurisdicción de los tribunales nacionales.**

En todos los contratos de esta especie debe constar que el extranjero renuncia a intentar reclamación diplomática en lo tocante a los deberes y derechos originados del contrato, salvo en el caso de denegación de justicia.

No se entiende que hay denegación de justicia cuando el contratista ha tenido expedidos, sin haber hecho uso de ellos, los recursos y medios de acción que pueden emplearse conforme a las leyes panameñas.

**Parágrafo:** Esta disposición y la contenida en el artículo 792 se aplicará también en los accionistas extranjeros cuando se trate de sociedades en las que un extranjero sea propietario o tenga el control sobre acciones o participaciones sociales de la misma."  
(Gaceta Oficial No. 21,494 de 14 de marzo de 1990).

Es importante resaltar que el Artículo 78 se encuentra inserto en la Sección Tercera, del Capítulo IV del Título I del Código Fiscal, que se refiere a los Contratos que celebra el Estado para la Ejecución de Obras o Prestación de Servicios o para gestión de una Función Administrativa, los de suministros, los de explotación de bienes inadjudicables o de dominio público, así como los que sean complementarios a los de gestión de funciones administrativas o de servicios públicos y aquéllos en los que se haya convenido la resolución administrativa del mismo conforme al Artículo 68 del Código Fiscal, circunscribiendo la aplicación de ésta Sección a dichos contratos.

La caracterización de los contratos según su naturaleza o finalidad que hemos expuesto, está prohibida en el Artículo 64 del Código Fiscal del cual nos permitimos transcribir lo siguiente:

**"ARTICULO 64:** .....

Los contratos que no se encuentren en el supuesto anterior se regirán:

- a. En cuanto a su preparación y celebración, por las normas contenidas en sus leyes orgánicas, las disposiciones en materia de licitaciones públicas, concurso de precios o solicitud de precios, cuando procediere, y las normas sobre aprobación u otorgamiento de concepto favorable que determinen las leyes

~~especiales~~ por el Consejo de Gabinete u otro organismo o entidad, los que tendrán la naturaleza de actos reparables sujetos a su anulación, conforme el derecho administrativo.

b. Por las normas de derecho privado que no se opongan al interés público y que le sean aplicables en cada caso, salvo que exista una disposición legal especial, y supletoriamente por las disposiciones del presente Título."

Como se puede apreciar aún tratándose de personas naturales o jurídicas que contraten con el Estado, se establece una excepción que permite la preparación y celebración de los contratos según las Leyes orgánicas de las respectivas instituciones y en cuanto deban ser aprobados o tener el otorgamiento de concepto favorable, -según las Leyes especiales por el Consejo de Gabinete,- se estará en lo dispuesto en éstas Leyes sobre el particular.

El punto que preocupa al Banco Interamericano de Desarrollo es el relativo a la jurisdicción a la que quedarían sujetas o sometidas cualesquiera controversia que puedan surgiren la aplicación de las normas para la ejecución del contrato, así como también en lo concerniente a las reclamaciones que se deriven de las cláusulas del convenio para las partes.

Esta disposición del Código Fiscal Panameño está dirigida a la reglamentación de los contratos que celebra el Estado con personas de carácter privado, naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, actúen individualmente o como un consorcio o grupo, pero en modo alguno podríamos aplicar dicha disposición a la celebración de contratos del Estado con organismos de carácter público internacional o con otros Estados, porque frente a los primeros, es decir, en la contratación con personas de carácter privado, el Estado puede imponer normas o cláusulas exorbitantes, mientras que en el segundo caso, esto es, en los convenios con organismos internacionales o con otros Estados, se

produce una igualdad en la celebración del contrato y carece el Estado de las facultades para resolverlo administrativamente como ocurre en el primer caso.

El hecho de que Panamá sea parte en la celebración de un contrato de préstamo o de otra naturaleza con un organismo internacional como en Banco Interamericano de Desarrollo, no obliga a la dirimencia de las cuestiones que surjan de su aplicación y ejecución en los Tribunales panameños, puesto que en el propio convenio puede establecerse la forma en que serán atendidas las diferencias que pudieran surgir y las soluciones posibles. Nuestra propia Constitución en el Artículo No. 4 indica que "la República de Panamá acata las normas del DERECHO INTERNACIONAL." Ello obliga a la observancia de las normas previstas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, prohibida en Panamá mediante la Ley No. 17 de 31 de octubre de 1979, promulgada en la Gaceta Oficial No. 19,106 de 7 de julio de 1980, fecha en que entró en vigor en Panamá.

Los anteriores argumentos son indicativos de que no pueden regir para los asuntos de carácter internacional lo relativo a la jurisdicción panameña, y con anterioridad ésta Procuraduría se pronunció a un caso práctico de la siguiente manera:

"Analizado el problema a la luz de las normas que regulan nuestro Derecho Positivo sería de fácil solución, porque podría argüirse que el contrato adolece de vicios que lo invalidan y que, de acuerdo con un aforismo de Derecho, lo que es nulo no produce ningún efecto. Pero a esto hay que oponer el reparo de que estamos en presencia de un contrato celebrado por una entidad estatal de la República del Perú con el Embajador de la República de Panamá acreditada en ese país y quien, por su calidad de tal, obraba en su nombre y representación. Entonces se torna el problema jurídico delicado y complejo, porque no se pueden invocar disposiciones de la Constitución y de las leyes de nuestro país como argumento eficaz para la defensa de una

posición contraria, pues, según la doctrina del Derecho Internacional Público y del respeto mutuo que se deben los Estados entre sí los problemas que surjan entre éstos no pueden quedar librados a las medidas del derecho interno. Sobre este punto considero pertinente transcribir conceptos del Dr. Alfaro:

"El Estado cuyos derechos han sido violados no está subordinado al Estado que ha originado la lesión sino, que por el contrario, es una persona jurídicamente igual a éste. Por consiguiente, la responsabilidad internacional surge en principio, con carácter objetivo, esto es, hay o no culpa de parte del Estado que ha originado el hecho y ya sea por acción u omisión de sus órganos, de sus funcionarios o de los habitantes." (V. "Apuntes de Derecho Internacional Público," preparado sobre la base de los textos de Antonio Sánchez de Bustamante, Luis A. Podestá Costa, Louis Le Fur y otros, y con referencia especial a los problemas internacionales de Panamá, Ricardo J. Alfaro, catedrático de Derecho Internacional Público en la Universidad de Panamá, 1949, pág. 346).

Coincidimos plenamente con las anteriores opiniones en cuanto a que el derecho interno, en este caso el Artículo 78 del Código Fiscal no es aplicable a los convenios de carácter internacional que celebra el Estado Panameño con el Banco Interamericano de Desarrollo o cualquier otro organismo de esta naturaleza, los cuales por supuesto no quedarían subordinados a la jurisdicción nacional.

En estos términos dejamos absuelta su interesante consulta, ocasión que aprovecho para consignarle una vez

más, los votos de mi estima y aprecio personal.

Atentamente,

LIC. DONATILO BALLESTEROS S.  
PROCURADOR DE LA ADMINISTRACION.

19/ichdef.