

Panamá, 12 de Septiembre de 1997.

Su Excelencia

**Licdo. Guillermo O. Chapman Jr.**  
Ministro de Planificación y Política Económica

E. S. D.

Distinguido Señor Ministro:

A través de la nota N° DdCP/388 del 8 de agosto de 1997, recibida el 13 de agosto de 1997, nos consulta sobre la aplicación o no del artículo 67 de la Ley N° 56 de 27 de diciembre de 1995 "por la cual se regula la Contratación Pública y se dictan otras disposiciones" (G.O. N° 22.939 de 28 de diciembre de 1995) sobre los Convenios que celebra el Estado panameño con Organismos Internacionales de Crédito en Panamá".

Antes de entrar al análisis jurídico de la presente consulta, es oportuno iniciar con algunas consideraciones doctrinales sobre contratación.

En primer lugar, el término contrato es definido por el autor CABANELLAS como el "convenio obligatorio entre dos o más partes, relativo a un servicio, materia, proceder o cosa... con efectos jurídicos." (CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, t.II, 21° edic., Edit. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina: 1989, pág. 337); mientras que el tratadista OSSORIO considera que hay un contrato "cuando dos o más personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos." (OSSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, 21° edic., Edit. Heliasta, Buenos Aires, Argentina: 1994, pág. 232).

En nuestro ordenamiento jurídico el Código Civil determina que debemos entender por contrato, así su artículo 1105 fija:

**ARTICULO 1105.-** "Contrato o convenio es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o muchas personas."

De las anteriores citas y transcripción podemos detectar que es indiferente utilizar la palabra contrato o convenio, y que constituye un acto mediante el cual dos o más personas naturales o jurídicas se obligan con la otra a dar, hacer o no hacer una cosa. En este caso como se trata de convenios que celebra el Estado con Organismos Internacionales de Crédito es preciso referirnos a la regulación de los Contratos en el ámbito del Derecho Administrativo.

Así, hay que distinguir los contratos civiles y comerciales, donde el Estado actúa como un particular, de aquellos contratos en los que el Estado ejerce su supremacía, su poder jurídico sobre el particular, regidos predominantemente por el Derecho Público.

Por ello, de manera sencilla, el jurista **DROMI** nos señala que Contrato Administrativo "es toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa." (DROMI, Roberto. Derecho Administrativo, 3º edic., Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, Argentina: 1994, págs. 56 y 211)

Debemos indicar que esta definición agrega otra característica propia de los contratos administrativos, es decir, una de las partes está en el ejercicio de una función administrativa (Gobierno Central, entidades autónomas y semiautónomas, municipios, organismos privados que ejerzan por delegación una función pública, etc.)

La actual corriente mundial de relaciones multilaterales está presionando nuestra rígida legislación nacional, sobre todo la del Derecho Administrativo, exigiéndole que sea flexible, dinámico, transparente, y que el Estado se ubique en un plano de igualdad no sólo frente a estos organismos internacionales, sino con las empresas nacionales o extranjeras (transnacionales), y con el particular. Se pretende que el Estado no se proteja con una jurisdicción especial, so pretexto de representar los intereses de todos, cuando su poderío ha ocasionado que los simples particulares se organicen en asociaciones de consumidores, ecológicas, etc., y que se instituyan nuevos mecanismos de defensa de los derechos ciudadanos.

En particular la tendencia en materia de convenios o contratos internacionales con empresas transnacionales cada día exigen que se pacten en un plano de igualdad, que se aparten de la aplicación del derecho nacional o por lo menos de su aplicación exclusiva, que se sometan a una jurisdicción arbitral (codificado o institucionalizado), y que no se les aplique el procedimiento interno de aprobación de un tratado internacional. (Cfr. NOVAK TALAVERA, Fabian. La Contratación entre Estados y Empresas Transnacionales, Conferencia dictada en el III Congreso de Derecho Internacional Económico)

Volviendo a los convenios en análisis, el mismo **DROMI** define el Contrato de Empréstito Público como aquel contrato a través del cual "el Estado obtiene recursos financieros destinados al cumplimiento de sus fines... donde la administración debe cumplir

con las condiciones estipuladas... tasa de interés, tipo de cambio, formas de amortización, etcétera” (DROMI, Ob. Cit. pág. 325) pero estos convenios no se celebran en un plano de igualdad sino de desigualdad en este caso a favor del Organismo Internacional de Crédito ante las imperiosas necesidades de financiamiento del Estado panameño para cumplir con sus planes de inversión, y por ende con su función pública.

La situación precedente nos lleva a preguntarnos ¿qué ordenamiento jurídico se le aplica a estos convenios?. Aparte de las distintas teorías que se pueden esbozar en doctrina (Orden Jurídico Estatal, Un Tercer Derecho, Orden Jurídico Internacional, Normas del Organismo Internacional, etc.) lo cierto es que en principio se aplica, prevalece nuestro rígido ordenamiento jurídico en todo Convenio o Contrato que celebre el Gobierno panameño en nuestro país, fundamentado en el principio territorialista que inspira nuestra legislación.

Antecedentes relacionados al tema lo encontramos en su anterior consulta a la Procuraduría de la Administración (C-132 de mayo de 1997) relativa a “la aplicación de normas fiscales a los convenio de cooperación técnica no reembolsables, a las cartas acuerdos para operaciones individuales de la F.F.P., aplicación del refrendo del Contralor a las modificaciones de contratos de préstamos, cartas acuerdos o de cooperación técnica no reembolsables”. De dicho antecedente podemos citar lo siguiente:

“Es un principio de indiscutible significado contractual, el que reza, que el convenio es ley entre las partes, y ella también se extiende a los negocios jurídicos generadores de derechos y obligaciones en las que el Estado intervenga...

Siendo la voluntad de las partes contratantes, la que determina el halo jurídico de la relación, obligándolas recíprocamente, nos formulamos la interrogante: ¿Podría el Estado -quien debe siempre al contratar, procurar su mayor beneficio-, rebasar los límites del derecho público, o en caso extremo obviar dichas normas?

La respuesta es sin lugar a dudas negativa. Y es que resultaría injustificado el accionar del Estado fuera del contexto del derecho público. Por ello, en términos generales sus actuaciones, se rigen por esas normas, salvo las excepciones que la propia ley prevé (en los casos en que el Estado actúa como ente privado).

Puede observarse como en todo contrato, en el que se identifique al Estado como parte, actuando en calidad de ente de derecho público, que las normas de contratación pública, así como aquellas que ordenan la fiscalización y control de sus actividades y fondos por el ente que en nuestro medio ejerce

esa función, es decir, la Contraloría General de la República, en principio, son aplicables...

El otro aspecto a considerar, es la aplicabilidad de la Ley N°56 de 1995, o sea, la Ley de Contratación Pública...

**‘Artículo 14:** Contratos financiados por organismos internacionales de crédito. En las contrataciones para la ejecución de obras, adquisición de bienes, servicios o asesorías, servicios técnicos o de consultoría, podrán incorporarse las normas y procedimientos previstos en los contratos de préstamos con organismos internacionales o de gobiernos extranjeros. Los pliegos de cargos y demás documentos de las licitaciones para la ejecución de la obras, adquisición de bienes o servicios adquiridos con fondos provenientes de los contratos de préstamos, se elaborarán tomando en cuenta lo dispuesto en este precepto.’

Lo señalado (art. 1 y 14) permite concluir que sus normas son aplicables a los contratos que celebre el Estado, en términos generales. Sin embargo, aquellos que se rigen por leyes especiales, harán que ésta tenga carácter supletorio, y los que sean financiados por organismos internacionales de crédito podrán contar con disposiciones y procedimientos previstos para esta clase de convenios...”

Reiteramos la anterior cita en el sentido que la Ley de Contratación Pública es de aplicación supletoria a todos los contratos que celebre el Estado que tengan una Ley Especial, y es posible que los contratos financiados por los organismos internacionales o de gobiernos extranjeros incorporen disposiciones y procedimientos previstos por éstos para esta clase de convenio, pero agrego siempre que no contraríen el ordenamiento jurídico panameño, ya que existe en nuestro medio una jerarquía de normas encabezada por la Constitución Nacional, seguido por la Ley y es en este nivel que muchos juristas panameños ubican a los convenios internacionales.

Por otro lado, el Código Fiscal antes de la reforma de la Ley N° 56 de 27 de diciembre de 1995 establecía en su artículo 78 lo siguiente:

**ARTICULO 78.-** “Los contratos celebrados en Panamá con personas extranjeras se sujetan a la ley panameña y a la jurisdicción de los tribunales nacionales...”

La anterior disposición legal dejaba claramente establecido el principio de que todo contrato del Estado celebrado en Panamá se sujeta a las leyes de Panamá y sus tribunales, y recalcamos que todo contrato del Estado porque este artículo 78 formaba parte de la sección III de "Disposiciones Varias" del Capítulo IV de "Disposiciones Comunes a los Contratos de que se trata este Título", es decir, que el Código Fiscal no distinguía en cuanto a qué tipo de contrato, ni a qué instituciones se les aplicaba ya que el Código Fiscal es en principio de aplicación general.

En consecuencia antes de la reforma del Código Fiscal, su artículo 78 también regía a los Convenios celebrados en Panamá por el Estado con Organismos Internacionales de Crédito, dando lugar seguramente esta normativa a su comentada práctica de viajar el equipo negociador al extranjero para poder sujetar el convenio a una legislación y tribunales foráneos.

La Ley N° 56 de 1995 de Contratación Pública al derogar el antes citado artículo 78 por medio de su artículo 67, objeto de esta consulta, determina lo siguiente:

**ARTICULO 67.-** "Disposiciones Generales

Todo contrato que celebre el Estado se sujetará a las siguientes reglas:

- 1.- Los contratos celebrados en la República de Panamá se sujetarán a las leyes panameñas.
- 2.- En cuanto a su preparación..."

Observamos que el artículo 67 no distingue ahora si el contrato es celebrado entre el Estado con un extranjero o con un nacional puesto que lo que prima es que sea celebrado en el territorio nacional para que se le aplique las leyes panameñas, a diferencia de su antecesor que distinguía innecesariamente.

Este mismo artículo se refiere a "todo contrato que celebre el Estado" pero esto guarda relación con el artículo 1° de la Ley N°56 de 1995 que expresa lo siguiente:

**ARTICULO 1°.-** "Ambito de aplicación

La presente Ley se aplicará a las contrataciones que realicen el Estado, sus entidades autónomas o semiautónomas, para:

- 1.- La ejecución de obras públicas.
- 2.- Adquisición o arrendamiento de bienes.
- 3.- Prestación de servicios.

4.- Operación o administración de bienes.

5.- Gestión de funciones administrativas.

PARAGRAFO. En las contrataciones que realicen los municipios, juntas comunales y locales y, en general, en aquellas que se rigen por leyes especiales, se aplicará esta Ley en forma supletoria.”

Por tanto, el artículo primero de la Ley N°56 de 1995 limita la aplicación de la Ley de Contratación Pública, por ende el artículo 67, a determinados contratos y no a todos los contratos que celebra el Estado. Tampoco es aplicable esta ley a los contratos municipales, de juntas locales, de intermediarios financieros (por ejemplo: Banco Nacional, Caja de Ahorros) y demás entes que cuenten con una ley especial que los excluya o regule expresamente, y sólo se les podrá aplicar la Ley de contratación pública de manera supletoria.

Si bien los convenios celebrados en Panamá por el Estado con Organismos Internacionales de Crédito quedan en principio fuera del ámbito de aplicación de la Ley N°56 de 1995 sobre Contratación Pública, igualmente es cierto que la regla de hermenéutica legal de supletoriedad los afecta.

El derecho supletorio es definido por el Dr. OSSORIO como “aquel que rige sólo para el caso de que no exista disposición expresa en el sistema considerado principal” (OSSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, 21° edic., Edit. Heliasta, Buenos Aires, Argentina: 1994, pág. 327) de lo cual podemos deducir que si una institución jurídica carece de regulación se recurre a la aplicación supletoria de otra norma de la misma materia.

Al respecto, los convenios que celebra en Panamá el Estado con Organismos Internacionales de Crédito no poseen una ley marco que los regule, desarrolle u organice por lo cual debe recurrirse a la Ley N° 56 de 27 de diciembre de 1995 sobre Contratación Pública en general en aquellos aspectos que no les sean contrarios a la naturaleza de este tipo de convenio.

De acuerdo a nuestra Constitución Nacional el Ejecutivo reunido en Consejo de Gabinete está facultado a negociar y contratar empréstitos en los siguientes términos:

**ARTICULO 195.-** “Son funciones del Consejo de Gabinete:

1.- Actuar...

3.- Acordar la celebración de contratos, la negociación de empréstitos y la enajenación de bienes nacionales muebles e inmuebles, según lo determine la Ley.

4.- Acordar...

7.- Negociar y contratar empréstitos; organizar el crédito público; reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio; fijar y modificar los aranceles, tasas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas, con sujeción a las normas previstas en las Leyes a que se refiere el numeral 11 del artículo 153. Mientras el Organó Legislativo no haya dictado Ley o Leyes que contengan las normas generales correspondientes, el Organó Ejecutivo podrá ejercer estas atribuciones y enviará al Organó Legislativo copia de todos los Decretos que dicte en ejercicio de esta facultad.

8.- Dictar..." (el subrayado es nuestro)

El artículo 195 de la Constitución Política permite al Organó Ejecutivo negociar y contratar los empréstitos y demás funciones a pesar que el Organó Legislativo no haya dictado la respectiva ley formal (num. 11, art. 153 Constitución Nacional), lo cual no significa que el Organó Ejecutivo negociará o contratará a su libre albedrío sino respetando el ordenamiento jurídico vigente, o como sus asesores legales denominan el sano arbitrio, y no solamente por el imperio del interés nacional.

Hay que recordar que todo funcionario público puede hacer sólo aquello que expresamente la ley lo autorice, principio que limita las actuaciones, facultades y atribuciones del funcionario público. Aunque en la actualidad una fuerte corriente administrativista agrega que los funcionarios públicos no solamente están autorizados a hacer sólo aquello que expresamente la ley lo autorice sino también aquello que implícitamente la ley lo autorice, lo que se incluye en la ley sin que haya necesidad de explicarlo, se deduce o cae de su peso.

Por su parte, el Código Civil señala entre sus primeros artículos lo siguiente:

**ARTICULO 7.-** "La forma y las solemnidades de los contratos, testamentos y demás instrumentos públicos se determinan por la ley del país en que se otorguen; a menos que tratándose de actos o contratos que hayan de cumplirse o surtir efectos en Panamá, los otorgantes prefieran sujetarse a la ley panameña. Pero en todo caso, la autenticidad de tales instrumentos, actos o contratos, se probará según la reglas establecidas en el Código Judicial. La forma se refiere a las formalidades externas y la autenticidad al hecho de haber sido realmente otorgados y autorizados por las personas y de la

manera que en tales instrumentos se exprese.” (el subrayado es nuestro)

El propósito de transcribir el artículo anterior es recalcar la tendencia territorialista del Código Civil, y por ende del resto del ordenamiento jurídico positivo, que por lo menos en materia de forma y solemnidades los contratos en general deben sujetarse a las leyes, tribunales y procedimientos donde se otorguen, donde se celebren, o sea, si se celebran en Panamá, en este aspecto por lo menos se someterán a las leyes panameñas.

Por todo lo anterior concluimos que el artículo 67 de la Ley N° 56 de 27 de diciembre de 1995 “por la cual se regula la contratación pública y se dictan otras disposiciones” rige supletoriamente a todo convenio o contrato internacional que celebre en Panamá el Estado con los Organismos Internacionales de Crédito, mientras la Asamblea Legislativa no dicte una Ley sobre el particular.

De esta manera esperamos haber satisfecho su interrogante y poder colaborar con su encomiable labor, quedamos de usted,

Cordialmente,

**Alma Montenegro de Fletcher**  
Procuradora de la Administración

AMdeF/6/cch