

, 19 de septiembre de 1990

Licenciado
Carlos García de Paredes
Gerente General
Caja de Ahorros
E. S. D.

Señor Gerente:

Me refiero a sus notas:

N°1831-90/161 de 10 de abril de 1990

N°1831-161 de 25 de julio de 1990

N°1831-161 de 8 de agosto de 1990

suscritas por el Dr. Carlos Sucre Camarano, Secretario de la Junta Directiva de esa institución, en las cuales solicitaba a esta Procuraduría opinión legal respecto al Convenio de Prestamo a suscribirse entre la Caja de Ahorros, institución autónoma de la República de Panamá (como "PRESTATARIO") y The International Commercial Bank of China, institución bancaria que opera dentro de la República de Panamá, por la suma de DIEZ MILLONES de Dolares de los Estados Unidos de America (US \$10,000,000.00), cuyo borrador está fechado 15 de febrero de 1990

Concretamente se requiere rinda dictamen, al tenor de lo establecido en la cláusula 9.1.7 (iv) de las "Condiciones Previas" sobre los siguientes extremos:

- (1) Responsabilidades obligantes del PRESTATARIO
- (2) Autorización debida: ausencia de conflictos
- (3) Autorización gubernamental
- (4) Prioridad
- (5) Obligaciones Comerciales
- (6) Impuestos
- (7) Ley que rige.

Es mi deber manifestarle que, como funcionario público que sirve como consejero jurídico del Sector Oficial del Gobierno (ver art. 217, num. 5 de la Constitución Nacional; art. 346, num. 6 del Código Judicial) y en conformidad con lo estatuido en el artículo 7 de la Carta Magna, el idioma oficial de la República de Panamá es el español. Por tal motivo, lamento no preferir esta opinión en inglés tal como fuera solicitada a exigencia de la institución financiera PRESTATARIA.

No obstante, esta restricción no necesariamente se aplicaría a los documentos que deba suscribir la Caja de Ahorros, toda vez que --sin perjuicio de ser una institución

autónoma del Gobierno de Panamá-- a los efectos de este Convenio de Préstamo se encuentra ejerciendo su carácter o condición de ente privado. Resulta de interés dar algunas definiciones de lo que es un Contrato Administrativo y su distinción respecto al Contrato de Derecho Privado celebrado por una entidad pública.

El tratadista Bielsa, en su obra Compendio de Derecho Administrativo, lo define así:

"Es Contrato Administrativo el que la Administración Pública celebra con otra persona pública o privada, física o jurídica y que tiene por objeto una prestación de utilidad pública." (Lo subrayado es nuestro).

- o - o -

De esta definición se destaca que lo que caracteriza al contrato administrativo es su objeto, cual es la prestación de una utilidad pública.

El jurista colombiano Pareja, en su obra Curso de Derecho Administrativo, define el Contrato Administrativo de la siguiente manera:

"Son Contratos Administrativos aquellos que la Administración Pública celebra en interés directo de un servicio público, para su organización o para su funcionamiento o en interés de un fin de utilidad pública conforme a normas de Derecho Administrativo y sobre bienes o cosas del dominio público." (El subrayado es mío).

- o - o -

En esta definición, se resalta que el fin primordial de los contratos administrativos es el servicio público, la utilidad pública y los bienes de dominio público de acuerdo con el derecho administrativo.

Estas dos definiciones señalan que la característica de los contratos administrativos es la prestación de un servicio público que ello persigue. De ahí que los contratos de crédito aludidos no pueden catalogarse como contratos administrativos, ya que tienen una finalidad particular o en interés eminentemente privado.

En este sentido, el criterio de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sobre la distinción entre contrato de derecho privado y contrato administrativo celebrados por el Estado, ha establecido lo siguiente:

En auto de 22 de agosto de 1961, expresó:

"Como se puede apreciar de la lectura y estudio de esta disposición legal, ninguna de estas cuestiones contempla la operación que dió origen a los Resueltos y Resoluciones acusadas, a saber, la compra de un globo de terreno de propiedad de La Nación, lo que pone de manifiesto la incompetencia, por parte de la Sala, para pronunciarse en esta materia de naturaleza puramente civil y no administrativa.

Por otra parte, el artículo 29 de la misma Ley 47 de 1956, remite a la Ley 33 de 1946 en cuyo artículo 17, numeral 1º, se establece que: 'no son acusables ante la jurisdicción contencioso administrativa las resoluciones de los funcionarios o autoridades del orden administrativo que tengan origen en un contrato civil celebrado por La Nación o el Municipio'; con lo cual se ve ahora también de manera expresa, que tampoco tiene la Sala jurisdicción para pronunciarse sobre este acto, que si bien lo es de la Administración, no es un acto administrativo típico; y, por consiguiente, no es acusable ante esta jurisdicción especial.

Ya el extinguido Tribunal de lo Contencioso Administrativo sentó varios precedentes sobre esta materia, de los cuales se puede citar y transcribir la parte pertinente de la Sentencia de 22 de enero de 1953, caso RAMON REAL vs. MINISTERIO DE HACIENDA Y TESORO, cuando dijo lo siguiente:

'Siendo ello así, el contrato de venta del lote N290 tiene que ser un contrato de naturaleza civil, por el cual La Nación vende parte de un bien patrimonial a determinada persona. Colocados dentro de este ángulo de la cuestión, tendríamos que las resoluciones acusadas, (suponiendo que la demanda se hubiese interpuesto en tiempo) versaría sobre actos originados en un contrato civil celebrado por La Nación, lo que coloca el caso fuera del radio de nuestra jurisdicción, al tenor del artículo 17 de la Ley 33 de 1946. El problema que surge aquí, pues, queda fuera del radio

de nuestra jurisdicción contencioso administrativa y tocaría resolverlo al Poder Judicial (justicia ordinaria) en caso que fuera planteado por el interesado'.

(JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, Centro de Investigación Jurídica, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá, Edic. Universitaria, Panamá, 1972, Págs. 44 - 45).

- o - o -

Por consiguiente, no existe impedimento para que esa institución a su signo cargo suscriba documentación en idioma inglés. Es necesario, sin embargo, que el contenido o texto de los mismos sea cuidadosamente revisado por un intérprete autorizado en tales menesteres.

Al emitir esta opinión, he revisado las siguientes copias autenticadas, copias simples o fotocopias y Gacetas Oficiales:

- (a) Borrador del Convenio de Préstamo con el formato del Pagaré adjunto al mismo.
- (b) Borrador de una garantía ("la Garantía") que deberá emitir el Gobierno de la República de Panamá ("el Garante").
- (c) Formato del certificado de expedientes de firmas expedido por un dignatario autorizado del Prestatario, certificando la autoridad y el espécimen de firma del representante autorizado por el Prestatario para firmar y entregar, en nombre del Prestatario, el Convenio y el Pagaré.
- (d) Formulario de nombramiento del Agente de Procesos en Nueva York y un consentimiento para actuar como Agente de Procesos en Nueva York.
- (e) Formulario de nombramiento del Agente de Procesos en Taipei.

Igualmente, he revisado las disposiciones correspondientes de la Constitución Nacional, las leyes, decretos, resoluciones y reglamentos que he considerado aplicables, así como otros documentos emitidos por la Caja de Ahorros que he considerado pertinentes o relevantes para ello; entre los cuales merece destacarse:

1.- Ley Nº87 de 23 de noviembre de 1960, por la cual se aprueba la Ley Orgánica de la Caja de Ahorros, así como todas sus modificaciones o enmiendas a la fecha.

2.- Decreto N°51 de 28 de diciembre de 1989, mediante el cual se nombró al Lic. Carlos García de Paredes como Gerente General de la Caja de Ahorros, suscrito por el Exclentísimo Señor Presidente de la República y Su Excelencia el Ministro de la Presidencia.

3.- Decreto N°93 de 30 de enero de 1990, mediante el cual se designan los integrantes de la Junta Directiva de la Caja de Ahorros, suscrito por el Exclentísimo Señor Presidente de la República y Su Excelencia el Ministro de la Presidencia.

4.- Certificación de 4 de abril de 1990 del Acta de la reunión de la Junta Directiva de la Caja de Ahorros celebrada el 1 de febrero de 1990, mediante la cual se ratifica por unanimidad la designación hecha por el Gerente General de esa institución, en la persona de Carlos Sucre para el cargo de Abogado Consultor y Secretario de la Junta Directiva, suscrita por el Secretario ad-hoc de la Caja de Ahorros.

5.- Decreto de Gabinete N°46 de 20 de febrero de 1990 (publicado en la Gaceta Oficial N°21.486 de 2 de marzo de 1990), por el cual el Consejo de Gabinete autoriza a la Caja de Ahorros a contratar un empréstito con The International Commercial Bank of China, por la suma de DIEZ MILLONES de Dolares de los Estados Unidos de América (US \$10,000,000.00) firmado por:

Excelencia Guillermo Endara Galimany, Presidente de la República.

Excelencia Ricardo Arias Calderón, Ministro de Gobierno y Justicia.

Excelencia Guillermo Ford B., Ministro de Planificación y Política Económica.

Excelencia Julio E. Linares, Ministro de Relaciones Exteriores.

Excelencia Rene Orillac, Ministro de Obras Públicas.

Excelencia Mario Galindo, Ministro de Hacienda y Tesoro.

Excelencia Ada L. de Gordón, Ministra de Educación.

Excelencia Jorge Rubén Rosas, Ministro de Trabajo y Bienestar Social.

Excelencia José T. Castellero, Ministro de Salud.

Excelencia Juan B. Chevalier, Ministro de Comercio e Industrias.

Excelencia Raúl E. Figueroa, Ministro de Vivienda.

Excelencia Ezequiel Rodríguez, Ministro de Desarrollo Agropecuario.

Excelencia Julio C. Harris, Ministro de la Presidencia.

Fundada en lo anterior, soy de las opiniones siguientes:

1.- Responsabilidades obligantes del Prestatario.

El prestatario posee plena facultad, autoridad y derecho legal para hacer y cumplir el Convenio y el Pagaré. El Convenio constitutivo y el Pagaré, cuando haya sido debidamente suscrito y entregado por él, constituirá obligaciones legales, válidas y obligantes del Prestatario, ejecutables de conformidad con sus respectivos términos.

2.- Autorización debida: ausencia de conflictos.

La ejecución y cumplimiento del Prestatario del Convenio y el Pagaré han sido debidamente autorizados por todas las acciones institucionales y gubernamentales necesarias bajo las leyes de la República de Panamá y la Ley Organica del Prestatario, tal como ha sido reformada. Por consiguiente, no violan ninguan disposición constitucional o legal aplicable y vigente a la fecha, del estatuto, tratado, ley, decreto o reglamento de la República de Panamá; así como tampoco la Ley Orgánica del Prestatario, tal como ha quedado reformada, ni otro acuerdo o instrumento a que esté sujeto el Prestatario.

3.- Autorización gubernamental.

(a) Todas las autorizaciones, aprobaciones, consentimientos o licencias de todas las entidades gubernamentales, ministerios, autoridades u otras autoridades, requeridas por las leyes de la República de Panamá, para todos los propósitos contemplados en este documento, han sido debidamente obtenidos.

(b) El Ministro de Hacienda y Tesoro o, en su defecto, el Viceministro de Hacienda y Tesoro, posee pleno poder y autoridad para otorgar la Garantía en nombre del Garante.

(c) La Garantía --cuando sea firmada por el Garante en cumplimiento con el artículo 3 de la Ley 87 del 23 de noviembre de 1960, tal como ha sido reformada (la cual se refiere a la creación del Prestatario y a la responsabilidad subsidiaria del Gobierno Panameño)-- constituirá obligaciones legales, válidas y obligates del Garante, ejecutables de conformidad con sus respectivos términos.

(d) El Consentimiento para actuar como Agente de Procesos, ya sea en Nueva York o en Taipei, cuando sean ejecutados por el Embajador de la República de Panamá ante las Naciones Unidas o por el Embajador de la República de Panamá en la República de China respectivamente, constituirán obligaciones legales, válidas y obligantes del Garante, ejecutables de conformidad con sus respectivos términos.

4.- Prioridad.

Las obligaciones del Prestatario bajo el Convenio y el Pagaré tendrán, en todo momento, prioridad sin preferencia ("pari passu") con cualquier otra deuda del mismo grado del Prestatario (ya fuere directa o condicional) que: de tiempo en tiempo esté pendiente de pago, que esté denominada en alguna moneda que no sea la moneda de curso legal de la República de Panamá y, que sea pagadera a cualquier parte que sea residente o esté incorporada fuera de la República de Panamá, salvo si el Prestamista hiciera constar lo contrario por escrito.

5.- Obligaciones comerciales.

(a) El Prestatario está sujeto a la ley civil y comercial con respecto a sus obligaciones bajo el Convenio y el Pagaré.

(b) La contratación del préstamo bajo el Convenio, constituye un acto privado y comercial. Por consiguiente y respecto a este Convenio, dicho acto es totalmente diferente a cualquier acto gubernamental o público de la República de Panamá (ya sea o no que el Convenio o cualquier parte del mismo o el propósito de cualquier Adelanto bajo el mismo este relacionado de cualquier manera con cualquiera de dichos acto gubernamentales o públicos del Gobierno de la República de Panamá).

6.- Impuestos.

No hay impuestos sobre ingresos u otros impuestos, tasaciones o cargos de la República de Panamá u otra autoridad fiscal de la misma, impuestos en forma de retención, deducción u otro, que sean aplicables a cualquier pago que deba ser efectuado por el Prestatario de conformidad con los términos del Convenio o del Pagaré, o que deban ser impuestos sobre o en virtud de la firma y entrega del Convenio o del Pagaré.

7.- Ley que rige.

La selección de la Ley del Estado de Nueva York para regir el Convenio, el Pagaré y la Garantía (salvo la aplicación de las leyes panameñas hasta cuanto sea necesario), es una opción válida de ley bajo las leyes de la República de Panamá en lo que respecta a este acto; y deberá ser aplicada por los tribunales de Panamá al determinarse los derechos y obligaciones de las partes bajo los mismos. El consentimiento a la jurisdicción otorgado por el PRESTATARIO en el Convenio y el Pagaré es válido y obligante para el PRESTATARIO. Dicho consentimiento no está sujeto a

revocacion, según los términos de la Cláusula 22. Cualquier sentencia obtenida sobre los mismos en su tribunal Estatal o Federal de Nueva York o en la Ciudad de Taipei, República de China, se hará cumplir en la República de Panamá de conformidad con las disposiciones aplicables en Panamá para la ejecución de sentencia extranjera.

Sin otro particular, hago propicia esta ocasión para reiterarle al Señor Gerente General las seguridades de mi consideración y aprecio.

AURA FERAUD
Procuradora de la Administración

AF/nder.