



República de Panamá
Procuraduría de la Administración

Panamá, 5 de febrero de 2016.
C-12-16.

Su correspondencia ha sido registrada 12-feb-2016 09:55:58
Su código de registro es: EXT-MEF-2016-2514
Fue registrado por: Ortega Valencia, Elka Hibeth
y sera enviada a: De La Guardia, Dulcidio para procesarla.

Su Excelencia
Dulcidio de la Guardia
Ministro de Economía y Finanzas
E. S. D.

Elka Hibeth Ortega V.

Señor Ministro:

Nos dirigimos a usted en ocasión de dar respuesta a la nota N°DS/AL No. 004, por la cual plantea a esta Procuraduría algunas interrogantes en relación a la naturaleza de la obligación contenida en las Cuentas de Pago Parcial correspondientes a los Contratos No. AL-3-82-10 de 17 de noviembre de 2010, celebrado entre el Ministerio de Obras Públicas y la empresa Telespazio Argentina, S.A. y No. DA-043-2010 de 7 de diciembre de 2010, suscrito entre el Ministerio de Seguridad Pública y la empresa Selex Ex, S.p.A. (originalmente Selex Sistemi Integrati, S.p.A.); y sobre la cancelación de los intereses moratorios causados por el pago tardío de tales títulos de crédito.

En relación a su primera y segunda interrogantes, relacionadas con la validez y autonomía de las cuentas de pago parcial emitidas en cumplimiento de los aludidos contratos, este Despacho opina que al tenor de lo dispuesto en la Cláusula Quinta de ambos convenios, en concordancia con el artículo 4 del Decreto Ejecutivo 85 de 25 de agosto de 2010, emitido por el Ministerio de Seguridad y el artículo 4 de la Resolución 319-10 de 20 de septiembre de 2010, emitida por el Ministerio de Obras Públicas, **una vez emitidas y aprobadas, cada Cuenta de Pago Parcial constituirá una obligación autónoma, incondicional e irrevocable, sujeta tan sólo a la ley y a dichos reglamentos.**

Los citados instrumentos reglamentarios, se encuentran revestidos de la presunción de legalidad que ampara a los actos administrativos, principio que de conformidad con el artículo 15 del Código Civil, en concordancia con el criterio jurisprudencial vertido por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en reiterados pronunciamientos (ver sentencias de 11 de marzo de 2014, 27 de abril de 2009 y auto de 12 noviembre de 2008), profesa que **los reglamentos tienen fuerza obligatoria y deben ser aplicados, mientras no sean declarados contrarios a la Constitución Política o a las leyes por autoridad competente.**

Sin embargo, es importante advertir que tal como lo dispone el artículo 76 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, anteriormente el 67 de la Ley 22 de 2006, "Los créditos que se generen de un contrato podrán cederse en la forma que establezca el **Ministerio de Economía y Finanzas para las entidades del Gobierno Central.** Las entidades del sector descentralizado podrán utilizar este procedimiento, adecuándolo a sus respectivas leyes

La Procuraduría de la Administración vive en Panamá, de vivo a vivo

orgánicas”. No obstante, se observa que de manera autónoma cada entidad del gobierno central desarrolla su propio procedimiento de cesión de crédito, situación que se aleja de lo dispuesto en la norma anteriormente citada.

Una vez señalado lo anterior, y luego de analizar ambos instrumentos contractuales, observamos que en la Cláusula Quinta de ambos contratos, se dispone que los créditos evidenciados en las Cuentas de Pago Parcial (en adelante, CPP) **podrán ser cedidos**, previa notificación al Estado, **conforme a lo previsto en el reglamento respectivo**, en cuyo caso, serán pagaderos a las cesionarias, incluso en el supuesto de que el contratista resultare responsable frente al Estado o un tercero, bajo el contrato; reafirmando dicha cláusula que la responsabilidad del contratista no afectará el pago íntegro y puntual a las cesionarias de las CPP emitidas y aprobadas.

La citada cláusula contractual le confiere **“autonomía”** a las CPP emitidas y aprobadas que hubieren sido objeto de cesión, aun en el supuesto de que el contratista hubiere incurrido en responsabilidad contractual. Igualmente prevé que la cesión de dichos títulos de crédito se sujetará a lo dispuesto en el **“reglamento respectivo”**.

En el caso que nos ocupa, tanto el Ministerio de Obras Públicas como el Ministerio de Seguridad Pública, reglamentaron la cesión de créditos contractuales derivados de sus contratos llave en mano, y es precisamente en esos reglamentos que se establece que **una vez expedida, cada CPP constituirá una obligación “autónoma, incondicional e irrevocable”**.

En ese sentido, el artículo 4 del Decreto Ejecutivo 85 de 25 de agosto de 2010, emitido por el Ministerio de Seguridad Pública, **“Por el cual se reglamenta el reconocimiento de créditos resultantes de proyectos que desarrolla el Ministerio de Seguridad Pública, cuyo financiamiento haya sido aportado por el propio contratista”**, publicado en la Gaceta Oficial 26606-A de 25 de agosto de 2010; el cual se encontraba vigente en la fecha en que fue refrendado el contrato No. DA-043-2-10 (7 de noviembre de 2010), dispone lo siguiente:

“Artículo 4. La expedición de cada Cuenta de Pago Parcial estará sujeta a la ley, este reglamento, el pliego de cargos correspondiente, el contrato y sus adendas, de haberlas, y demás documentos relativos al proyecto. **Una vez expedida, cada Cuenta de Pago Parcial constituirá una obligación autónoma, incondicional e irrevocable del Ministerio de Seguridad Pública, sujeta tan sólo a la ley y este reglamento.** Con la expedición de cada Cuenta de Pago Parcial, nace una obligación líquida por el Estado por el monto indicado en la Cuenta de Pago Parcial correspondiente, pagadero por el Estado, a través del Ministerio de Economía y Finanzas, al contratista o las Cesionarias, según corresponda, sin deducción, retención o afectación alguna, en la fecha que se estipule en dicha Cuenta de Pago Parcial, incluso en caso de terminación anticipada, suspensión o resolución administrativa del respectivo contrato por cualquier causa e independientemente de que exista no disputa entre el Ministerio de Seguridad Pública, el Ministerio de Economía y Finanzas y cualquier otra entidad gubernamental y el contratista y/o cualquier fiador del mismo con respecto a cualquier asunto, relacionado o no con el proyecto, incluyendo sin limitación, que el proyecto no haya sido terminado y/o

entregado o que los bienes entregados objeto del contrato no se hayan ajustado a las especificaciones previstas.” (el resaltado es del Despacho)

De igual modo se expresa el artículo 4 de la Resolución 319-10 de 20 de septiembre de 2010, emitida por el Ministerio de Obras Públicas, “Que modifica la Resolución 030-08 de 17 de abril de 2008 y su anexo”, publicada en la Gaceta Oficial 26639 de 11 de octubre de 2010, vigente a la fecha en que se refrendó el contrato No. DA-3-82-10 (17 de noviembre de 2010); que atribuye a las CPP emitidas y aprobadas por dicho ente ministerial, los mismos caracteres conferidos por las normas reglamentarias anteriormente citadas a las emitidas y aprobadas por Ministerio de Seguridad Pública.

Es con fundamento en las citadas cláusulas contractuales y reglamentos que fueron emitidas las CPP a las cuales alude su consulta; títulos de crédito que entre otros aspectos certifican lo siguiente: “2) Que **una vez incluido el correspondiente refrendo por parte de la Contraloría General de la República en esta Cuenta de Pago Parcial, EL ESTADO queda por el presente acto definitivamente obligado a pagar a través de Ministerio de Economía y Finanzas la suma expresada en el párrafo 1 de esta Cuenta de Pago Parcial a EL CONTRATISTA o a LAS CESIONARIAS, según corresponda, ...**” y “5) Que esta Cuenta de Pago Parcial **constituye una obligación autónoma, incondicional e irrevocable de EL ESTADO, sujeta tan sólo a la ley y el Reglamento, (...)**incluso en caso de terminación anticipada o resolución administrativa del EL CONTRATO por cualquier causa e **independientemente de que exista o no disputa entre EL ESTADO y EL CONTRATISTA y/o EL GARANTE con respecto a cualquier asunto, relacionado o no con el proyecto, (...)**”

Cabe anotar, asimismo, que al tenor de la Cláusula 5.05 del Contrato de Cesión de Créditos, suscrito entre SELEX Sistemi Integrati S.p.A. (cedente), y CITIBANK EUROPE PLC (cesionario), CITIBANK, S.A. SUCURSAL PANAMA (fiador) y CITIBANK, S.A. (agente administrativo), “..., para la cesión de Cuentas de Pago Parcial que se emitan con posterioridad al otorgamiento de esta Escritura Pública, las partes acuerdan que bastará solamente la **entrega al CESIONARIO por parte del CEDENTE del original de la Cuenta de Pago Parcial firmada por el MSP y la Contraloría**”.

Como se aprecia, de conformidad con el texto de las CPP, en concordancia con la Cláusula 5.05 del Contrato de Cesión, una vez que las mismas son firmadas por la entidad respectiva, refrendadas por la Contraloría General de la República y entregadas al Cesionario, surge la obligación del Estado de pagar a éste el monto en ellas indicado. Igualmente, las CPP indican que dicha obligación es autónoma, incondicional e irrevocable, sujeta a la Ley y el Reglamento; y que subsiste aun en caso de existir litigio por cualquier asunto, relacionado o no con el proyecto, entre el Estado y el contratista y/o el garante. Se observa así que por virtud de lo dispuesto en los reglamentos citados, las CPP fueron revestidas de caracteres propios de ciertos títulos de crédito que comúnmente se negocian en el contexto de las relaciones mercantiles (es decir, de los atributos de autonomía, literalidad, circulación, presunción de legitimidad, entre otros), a semejanza con los pagarés que se emiten en los contratos de “factoring” comercial.

Siendo que la validez legal de estos *títulos de crédito* tampoco ha sido demandada ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, a juicio de este Despacho, los mismos también se encuentran amparados por la presunción de legalidad, conforme a lo establecido en el artículo 46 de la Ley 38 de 2000, que dispone que las órdenes y demás *actos administrativos* en firme, del Gobierno Central o de las entidades descentralizadas *de carácter individual*, tienen fuerza obligatoria inmediata, y serán aplicados mientras sus efectos no sean suspendidos, no se declaren contrarios a la Constitución Política, a la ley o a los reglamentos generales por los tribunales competentes.

Por las razones anotadas y en virtud del Principio de Presunción de Legalidad de los actos administrativos, este Despacho opina que las Cuentas de Pago Parcial *emitidas, aprobadas y refrendadas por la Contraloría General de la República*, con fundamento en los contratos No. DA-3-82-10 y No. DA-043-2-10, y en los reglamentos emitidos por el Ministerio de Seguridad Pública y el Ministerio de Obras Públicas, mediante el Decreto Ejecutivo 85 de 25 de agosto de 2010 y la Resolución 319-10 de 20 de septiembre de 2010, respectivamente; constituyen obligaciones de pago “autónomas, incondicionales e irrevocables”, a cargo del Estado.

En lo que toca a su tercera interrogante, sobre si el Ministerio de Economía y Finanzas deberá cancelar los *intereses moratorios* causados por el pago tardío de las Cuentas de Pago Parcial correspondientes al **Contrato DA-043-2-10**, suscrito entre el Ministerio de Seguridad y la empresa Selex Es, S.p.A. (originalmente celebrado con Selex Sistemi Integrati, S.p.A.), el cual es objeto de una suspensión provisional por parte de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, y al **Contrato A-3-82-10**, suscrito entre el Ministerio de Obras Públicas y la empresa Telespazio Argentina, S.A., en relación a los cuales se mantienen investigaciones penales abiertas por parte del Ministerio Público, a juicio de este Despacho, **resulta oportuno advertir que no le corresponde al Ministerio de Economía y Finanzas cancelar dichos intereses moratorios; posición que pasamos a explicar de la siguiente manera:**

Si bien es cierto que en el supuesto de que la administración demorase los pagos correspondientes a un contratista, éste tendrá derecho a cobrar intereses por dicha mora; no lo es menos que según se infiere de la Ley de Contrataciones Públicas y el Contrato respectivo, **la procedencia del pago de tales intereses moratorios no opera de manera automática, sino que está sujeta a la previa verificación por la entidad contratante, de que el retraso en el pago de las CPP no se debió a causa imputable al contratista o cesionario, según corresponda.**

En este sentido, el numeral 10 del artículo 12 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, el cual es concordante con el artículo 70 de la misma excerpta legal, tal cual como se encontraba vigente al momento que se perfeccionaron los contratos señala:

“Artículo 12. Obligaciones de las entidades contratantes. Son obligaciones de las entidades contratantes las siguientes:

...
10. Efectuar los pagos correspondientes dentro del término previsto en el pliego de cargos y en el contrato respectivo. Si dichos pagos los realiza la entidad contratante en fecha posterior a la acordada, por causa no

imputable al contratista, este tendrá derecho al pago de los intereses moratorios, con base en lo preceptuado en el artículo 1072-A del Código Fiscal. Esto también aplica en caso de que un contratista no pueda ejecutar la obra en el término pactado, debido al incumplimiento de las responsabilidades de la entidad estipuladas en el contrato respectivo.”

Como se aprecia, la norma legal citada no admite pacto en contrario, en cuanto a la comprobación de la no imputabilidad al contratista del retraso en los pagos, como presupuesto legal para que sea procedente el reconocimiento y pago de intereses moratorios.

De allí que, si bien la Cláusula CUARTA del Contrato DA-043-2-10, en su texto original, y como quedó modificado por la Adenda 2 al Contrato, no indica de modo expreso que la mora ha de deberse a causa no imputable al contratista; no debe perderse de vista que conforme a la cláusula novena de dicho acuerdo contractual, el mismo **“... se rige por y será interpretado de conformidad con las leyes de la República de Panamá. (...)”**, por lo que en todo caso, aun cuando no se hubiere pactado de forma expresa, ante ese vacío, deberá entenderse que conforme a las leyes panameñas, en los contratos públicos, el pago de intereses moratorios está sujeto a la debida comprobación de la imputabilidad del retraso.

En lo concerniente a los efectos de la suspensión provisional del Contrato DA-043-2-10, decretada por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, mediante auto de 25 de agosto de 2015, a juicio de este Despacho, **corresponderá en todo caso a dicho alto tribunal de justicia pronunciarse sobre el alcance de dicha medida cautelar y, en su caso, aclarar a las cesionarias si su efectos se extienden o no al reconocimiento y pago de los intereses moratorios derivados del pago tardío de las CPP, en el evento de que éstas hubieren concurrido al proceso.**

Tal como se desprende de la presente de su misiva, mediante Nota No. 088-Depto/Tes de 30 de octubre de 2015, el Ministerio de Seguridad le comunicó a Citibank Europe Plc, la medida de suspensión adoptada por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, a fin de justificar su negativa a realizar los pagos. De esta forma, al no existir una voluntad manifiesta por parte de la entidad contratante de reconocer dichos intereses moratorios, mal puede el Ministerio de Economía y Finanzas, por encima de la posición de la entidad contratante, reconocer los mismos, tomando en consideración la naturaleza conmutativa y sinalagmática que reviste a todo contrato público.

En el caso del Contrato A-3-82-10, a través de la presente consulta no se aclara si la solicitud del reconocimiento de intereses moratorios ha sido previamente elevada ante el Ministerio de Obras Públicas, quien como entidad contratante, y tal como lo contempla el numeral 10 del artículo 12 de la Ley 22 de 2006, según se encontraba vigente al momento de celebrarse dichos contratos, es la que está llamada a manifestar su posición en cuanto al reconocimiento de estos intereses.

Ya que en función a lo dispuesto en la Ley 22 de 2006, previo al reconocimiento y pago de intereses moratorios derivados del pago tardío de las CPP a las cuales alude su consulta, la

entidad contratante deberá corroborar que el cesionario haya acreditado fehacientemente que al momento de gestionar el cobro de dichos títulos de crédito, dio cumplimiento al procedimiento establecido en la Resolución 001-DTde de 24 de diciembre de 2015, "Por la cual se deroga la Resolución Ministerial No. 02-DT de 16 de septiembre de 2011, sus modificaciones y adiciones y se adopta un texto único para el trámite relacionado a la Gestión de Cobro para Contratos Llave en Mano Completos o Parciales y similares de la República de Panamá", emitida por el Ministerio de Economía y Finanzas.

En otras palabras, de conformidad con las normas jurídicas citadas, es la entidad contratante la llamada a acreditar si se configuran los presupuestos señalados, en aras de determinar si hay o no lugar al pago de intereses moratorios por parte del Estado.


Cabe señalar, además, que de acuerdo a lo dispuesto en los numerales 3 y 4 de la aludida Resolución Ministerial No. 001-DT de 24 de febrero de 2015, el Ministerio de Economía y Finanzas asumirá los intereses que se generen cuando el retraso en el pago sea atribuible a dicha entidad ministerial. Sin embargo, es importante aclarar, que en la nota contentiva de la presente consulta no se precisa si el retraso en la cancelación de las CPP correspondientes a los Contratos No. AL-3-82-10 de 17 de noviembre de 2010 y No. DA-043-2010 de 7 de diciembre de 2010, es atribuible al Ministerio de Economía y Finanzas; situación que nos impide precisar y emitir un criterio, en función de esta posibilidad.

A manera de conclusión, esta Procuraduría opina, en respuesta a las interrogantes planteadas, que:

- 1. Cada Cuenta de Pago Parcial, una vez emitida, aprobada, refrendada y entregada al contratista o cesionario, constituye una obligación autónoma, incondicional e irrevocable, sujeta tan sólo a la Ley y a los reglamentos que las rigen; y,**
- 2. Corresponde a la respectiva entidad contratante acreditar si se configuran los presupuestos señalados en Resolución 001-DTde de 24 de diciembre de 2015, a fin de determinar si hay o no lugar al pago de intereses moratorios con cargo a su presupuesto institucional, debiendo entenderse además, que el Ministerio de Economía y Finanzas solamente estará obligado a asumir dicha obligación cuando el retraso en el pago le fuere imputable.**

Hago propicia la ocasión para reiterarle los sentimientos de mi consideración y aprecio.

Atentamente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración.

RGM/hf.

