



República de Panamá

Panamá

5 de septiembre de 1995
C-184

Secretaría de la Administración

SU EXCELENCIA
DR. GUILLERMO CHAPMAN
MINISTRO DE PLANIFICACION Y POLITICA ECONOMICA
PRESIDENTE DEL CONSEJO ECONOMICO NACIONAL
E. S. D.

Señor Ministro:

Procedemos a dar respuesta a su Nota CENA/269, fechada 25 de agosto del año en curso, a través de la cual solicita nuestro criterio en torno a:

1. "La legalidad de la sustitución de la fuente de financiamiento propuesta en la licitación pública..." No.004-93, para el Financiamiento, Desmantelamiento, Suministro, Transporte, Entrega en el Sitio de la Central 9 de Enero (Unidades 3 y 4) por la firma ANSALDO GIE, S.r.L., toda vez que la misma sirvió de base para la adjudicación definitiva y posterior celebración del contrato entre la entidad licitante y la mencionada empresa, al contar "...con las opiniones, conceptos y aprobaciones del Consejo Económico Nacional y del Consejo de Gabinete."

2. "Si el no cumplimiento oportuno de la disponibilidad del financiamiento y sustitución del mismo, puede ser causal para rescindir el contrato."

La primera interrogante dice relación con la Resolución No.61-95, de 18 de julio de 1995, de la Junta Directiva del Instituto de Recursos Hidráulicos y Electrificación, que aprueba la sustitución del financiamiento por el Agente Financiero MECFINT Ltd., para cubrir el 85% del costo extranjero del contrato firmado con la empresa ANSALDO GIE, S.r.L., para la rehabilitación de las unidades 3 y 4 de la Central 9 de Enero, proveniente de la Licitación Pública No.004-93, que es un acto administrativo amparado por una presunción de legalidad. El artículo 18 de la Constitución Política señala que toda actividad administrativa tiene que sustentarse en normas jurídicas (el servidor público solo puede hacer aquello expresamente previsto por la ley) y que consecuentemente se suponen válidas y legales todas sus actuaciones.

Esta presunción solo puede ser desvirtuada por declaración de la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, de la Corte Suprema

de Justicia, que tiene la potestad constitucional y legal de pronunciarse de manera privativa sobre el valor legal de los actos administrativos.

Sin embargo, dicha sustitución se encuentra pendiente de la opinión favorable del organismo asesor que usted dignamente dirige por lo que nos permitimos externar nuestro criterio sobre el particular, previas las consideraciones siguientes:

La licitación es el procedimiento de selección de contratista más utilizado, definido por nuestro ordenamiento positivo como el que, previa convocatoria, selecciona entre varias personas naturales o jurídicas, en igualdad de oportunidades, la propuesta más provechosa para el Estado, que reúne los requisitos que señalan la ley, los reglamentos y el pliego de cargos (artículo 29-A del Código Fiscal).

Panamá, al igual que muchos otros países en vías de desarrollo, enfrentan serios problemas de financiamiento ante obras de gran envergadura como la presente, que obligan a nuestras naciones a recurrir a fuentes foraneas de capitales para lograr la satisfacción del amplio y complejo sistema de las necesidades públicas.

En el caso en estudio estamos frente a dos contrataciones distintas derivadas de un mismo acto o procedimiento que se realizó para seleccionar entre varias empresas, aquélla que ofreciera la propuesta más ventajosa para la Nación, a fin de lograr, por una parte, la ejecución de una obra pública, y por la otra, la locación de empréstitos que financien la ejecución de dicha obra.

En consecuencia, nos encontramos ante dos contrataciones diferenciadas pero íntimamente relacionadas, toda vez que la primera (ejecución de obra pública) presupone la existencia de la segunda (financiamiento).

El deber de la empresa ANSALDO de obtener la fuente de financiamiento del proyecto objeto de la licitación se encontraba meridianamente previsto en el pliego de cargos al cual se obligaba desde el momento en que presentó su propuesta a la Institución. La no disponibilidad del financiamiento prometido, base para la adjudicación de los contratos, configura un incumplimiento claro de las condiciones pre-pactadas.

No obstante debemos determinar si dicho incumplimiento es imputable a la compañía adjudicataria y contratista.

Como consta en la documentación anexa que tuvo a bien adjuntar, en las Notas ANSGIEPAN/51EP-428G/859, de 29 de junio, y DcCP/139, de 12 de julio, suscritas por el representante legal del contratista y de Su Excelencia, respectivamente, la negativa de la entidad estatal italiana aseguradora del crédito, Asicurezza del Crédito All-Exportazione (SACE), a cubrir el financiamiento originalmente ofrecido por MECCANICA FINANZIARIA INTERNAZIONALE (MECFINT) para la ejecución de la obra, se debió a la exigencia de aquella entidad

aseguradora, en el sentido de que nuestro país llegara de manera previa a la "...conclusión formal del acuerdo con el Fondo Monetario Internacional", de modo que finalizara la situación, que los representantes de la Nación italiana calificaron de "contingencia financiera".

Por su parte expone, Su Excelencia en la Nota citada que: "Según lo establecido en el contrato comercial, no se especifica en parte alguna que sea condición previa al perfeccionamiento este contrato, que Panamá tenga vigente un acuerdo Stand By con el FMI.". Agrega que desde el año de 1990 Panamá ha procedido al "reconocimiento y atención a sus acreencias en el exterior" y que específicamente "Nuestro último acuerdo con el Fondo Monetario Internacional de marzo de 1992, llegó a su término en septiembre de 1994, y no se hizo gestión para uno nuevo, razón por la cual la República no tiene un acuerdo con el FMI a la fecha. Sin embargo, a principios del año en curso de común acuerdo con el FMI, iniciamos un proceso de negociaciones con el objeto de que a más tardar en octubre de 1995 se presente un acuerdo al directorio de FMI."

Las anteriores consideraciones hacen suponer que el contratista contaba con un financiamiento garantizado a través de una aseguradora de Crédito de Exportación estatal, que excluyó al Gobierno Panameño hasta que lograra una situación del servicio de la deuda estabilizada de manera discreta y confidencial, pues la supuesta exigencia nunca fue originalmente solicitada y además dicha entidad no explicó formalmente en ningún momento los motivos de su negativa. Este es un hecho que dentro del ofrecimiento de la empresa no pudo ser razonablemente previsto.

La buena fé de ANSALDO ENERGIA en el cumplimiento de sus obligaciones, se pone de manifiesto en sus posteriores gestiones en la búsqueda de mecanismos que, permitan obtener una nueva fuente de financiamiento, sin alterar substancialmente los originales parámetros impuestos por el pliego de cargos.

La sobrevivencia de estos hechos no imputables a ninguno de los dos contratantes configura el supuesto que la doctrina ha denominado teoría de los hechos imprevistos, de la cual FIORINI dice lo siguiente:

"...El carácter continuo y obligatorio de la gestión pública impone la necesaria realización de actos como medios de para poder satisfacer los fines públicos. El contrato administrativo se suscribe por la imposición de la necesidad y no como manifestación libre y caprichosa de una de las partes. La gestión administrativa está obligada a agotar todos los medios para obviar los imprevistos que se oponen a la presentación de satisfacción del interés público. Sólo cuando ya ésto no es imposible e insuperable, y no encuentra solución contractual, la fuerza mayor se aplica como posible medio de rescisión contractual sin culpa.

... Los hechos imprevistos en el derecho privado pueden ser calificados como acontecimiento de fuerza mayor. En el contractualismo administrativo esta regla no rige cuando los denominados hechos imprevistos pueden superarse sin perjuicio del reconocimiento del gravamen económico acarreado al contratante.

Bajo la denominación de hechos imprevistos se diferencian de los hechos provocantes de fuerza mayor, como acontecimientos inesperados por su anormalidad que dificultan o hacen gravoso el cumplimiento de las (o alguna) obligaciones contractuales. Se diferencian de la fuerza mayor porque hacen más gravoso el cumplimiento del contrato, pero no son acontecimientos irresistibles e imposibles de superarse. El hecho imprevisto no provoca la rescisión del contrato porque no lo hace imposible y puede ser superado.

Los hechos imprevistos son dificultades materiales o hechos naturales anormales que se presentan en la realización de la prestación contractual y que no pudieron preverse, sea por la administración o por el particular, cuando se formalizaron los proyectos presupuestales de la obra o cosa. El dato que acentúan es presentar un hecho inesperado que hace más gravoso económica y materialmente el cumplimiento del contrato. La doctrina los califica como contenidos contractuales imprevistos, pues se encuentran dentro del contrato administrativo, mientras que la fuerza mayor actúa al margen del mismo. La amplitud de los contratos administrativos y su mutabilidad conceden cierto rango a los hechos imprevistos, pues en el derecho privado no tienen tanta relevancia.

Nuevamente el dato de la imprevisibilidad, que domina a todas estas excepcionalidades del cumplimiento del contrato administrativo, se presenta como un acontecimiento que fue imposible preverse. No debe identificarse con el dato ignorado por el contratante cuando este proviene de su negligencia o incuria cuando hizo la oferta.

El hecho imprevisto debe tener carácter de anormal e imposible de haberse podido prever o conocerse. Puede acontecer por culpa de la misma administración en la preparación de la documentación, puede ser también de carácter fáctico y desconocido al más experimentado investigador, etcétera. En esto tiene importancia los simples hechos aparentes o de fácil conocimiento que difieren de aquellos ocultos o posibles en una investigación responsable que no corresponda realizar al contratante cuando hizo la oferta.

Los hechos imprevistos son hechos materiales

excepcionales que no producen por culpa del contratante. El hecho imprevisto se presenta durante la ejecución del contrato y donde la voluntad de las partes no concurre para que se produzca." (FIORINI, Bartolome. Manual de Derecho Administrativo; Editorial La Ley, Buenos Aires; 1968, pp 456,457.)

La teoría de los hechos imprevistos ha sido recogida en nuestro derecho positivo, en artículos 37A y 73 del Código Fiscal y en el artículo 990 del Código Civil, que a la letra preceptúa:

"Artículo 990. Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables."

Concluye este Despacho en afirmar, que sí es factible jurídicamente proceder a la sustitución de la fuente de financiamiento ofrecida originalmente por la empresa ANSALDO GIE, S.r.L., en la Licitación Pública N°004-93, para la rehabilitación de las Unidades 3 y 4 de Bahía Las Minas, toda vez que no le es imputable el incumplimiento del financiamiento originalmente ofertado. No obstante, deben lograrse todas y cada una de las aprobaciones que se requirieron para la contratación original, para que sea válida dicha sustitución, así como exigirse terminos y condiciones financieras iguales o más provechosas para la celebración del contrato correspondiente, para lo cual el Director de la institución involucrado esté debidamente facultado.

Respecto de su segunda interrogante reiteramos los conceptos antes expuestos, en el sentido que el no cumplimiento oportuno de la disponibilidades del financiamiento ofrecido por el contratista, constituye causal suficiente para rescindir el contrato original, aunque no parece conveniente al interes público la rescisión de estas contrataciones, pues pueden significar grave contratiempo a los programas y proyectos de expansión y mejoramiento del sistema energético, pieza fundamental en los planes de desarrollo nacional.

De esta forma, le externamos nuestra opinión sobre el tema consultado, esperando que la misma sirva a los propósitos de la misma.

Aprovechamos la ocasión para reiterar a usted, nuestro aprecio y consideración más distinguida.

Atentamente,

ALMA MONTENEGRO DE FLETCHER
PROCURADORA DE LA ADMINISTRACION.

