

Panamá, 31 de enero de 2001.

Licenciado

Alberto Alemán Zubieta

Administrador General de la
Autoridad del Canal de Panamá
E. S. D.

Señor Administrador General:

Con la presente damos respuesta a su interesante Consulta Administrativa fechada 12 de enero del 2001, llegada a la Procuraduría de la Administración en la misma fecha de emisión.

De su comunicación se deduce el interés de saber si jurídicamente le está permitido a la Contraloría General de la República refrendar, previamente a su ejecución, los Convenios o Contratos que celebre la Autoridad del Canal de Panamá, que en adelante denominaremos ACP.

Antecedentes jurídicos.

Para comprender la normativa jurídica que gobierna la contratación pública en general y la normativa de contratación en la ACP, en particular; es menester tener clara la naturaleza jurídica de esta nueva entidad de derecho público.

Naturaleza jurídica de la ACP

El criterio sobre lo que es una institución pública fuera del gobierno central, no se hallaba consignado en ley alguna, pero desde hace algún tiempo, la jurisprudencia nacional la ha definido como un ente descentralizado, de creación o autorización legal, dotado de personería jurídica y patrimonio propio

distinto del de la Nación o el Municipio, según el caso, encargado de la prestación de un servicio público. Sus elementos distintivos pueden ser apreciados con entera claridad, y especialmente es definido el concepto de patrimonialización del servicio como una desafección de los bienes o fondos del Estado para asignarlos de modo expreso al funcionamiento de esta entidad desmembrada de la Administración Central.

La Carta Política, y en especial los artículos que van del 309 al 317, al definir a al ACP y señalar sus elementos, no hicieron cosa distinta de elevar a la categoría “patrimonio inalienable de la Nación panameña” al objeto de gestión de esta nueva organización pública: el Canal de Panamá. Es decir, que esta persona jurídica de Derecho Público, tiene por cometido fundamental el gestionar un bien muy valioso por su valor económico, pero sobre todo histórico, para los panameños.

Al lado del establecimiento público clásico, y de otras formas de administración descentralizada, tales como las entonces denominadas “empresas oficiales” y “semioficiales”, dentro de las cuales cabrían las sociedades de economía mixta, aparece en la Reforma Constitucional de 1993 una entidad diferente, “sui generis”, que se denominó “Autoridad del Canal de Panamá”, para señalar bajo este rubro una entidad específicamente destinada a cumplir fines empresariales del Estado y de la política de servicio marítimo. Así apreciamos que la Ley 19 de 1997 en su artículo 1º al crear la Autoridad del Canal como entidad rectora de la empresa canalera, y al señalar su naturaleza, lo calificara como “una entidad autónoma de derecho público, con personería jurídica y patrimonio propio distinto de los bienes del Estado”.

La finalidad perseguida al darle vida jurídica a la ACP, fue la de crear un instituto público sumido a un tipo de gerencia corporativa oficial, pero no sujeto a las interferencias burócratas-administrativas y vaivenes de la política partidista.

Sin embargo, en el campo teórico y jurídico este ente especial, coincide con la noción, de establecimiento público no tradicional, dotándolo de los elementos característicos, para su eficiente desenvolvimiento. Ahora bien, en el caso presente, se observa una característica contrastante con resto de los servicios públicos; pues si bien es cierto que la ACP fue dotada de autonomía y

personalidad jurídica, su patrimonio no se hizo como en los establecimientos públicos, mediante la adscripción de bienes o rentas especiales tomadas del erario nacional, sino por los propios fondos ya generados cuando era administrado como una Agencia Federal del Gobierno de los Estados Unidos de América. Agrégase a lo anterior que para acentuar más aún su carácter de entidad especial, se le facultó para administrar sus bienes y rentas con criterio comercial y rentable, de modo que facilitara sus fines, y se le sustrajo del control previo ejercido por la Contraloría General de la República para sujetarla tan solo a un control fiscal posterior al pago o ejecución presupuestaria (artículo 314 de la Constitución Política).

Ahora bien, no existe duda sobre la pertenencia de la ACP al sector público, por el origen legal de su creación, por las disposiciones legislativas que regulan su organización, funcionamiento y tutela y por la naturaleza pública de los servicios que atiende.

Luego de estas consideraciones, procedemos a analizar el fondo de su interesante Consulta.

¿Se exige en la contratación pública de la Autoridad del Canal el control fiscal denominado Control Previo?

En los contratos Administrativos la Contraloría asume un papel de vigilante de la voluntad formal de la Administración, ya que sin su refrendo o visto bueno, la contratación no se perfecciona. Esto lo hace la Contraloría por medio de sus oficinas institucionales de control previo. Sin embargo para el caso de la ACP, este control previo precontractual no es exigible ya que el artículo 314 de la Carta Política, autoriza a la Contraloría a realizar solamente un control posterior.

“Artículo 314...

La ejecución del presupuesto estará a cargo del Administrador del Canal y será fiscalizado por la Junta Directiva, o quien esta designe, y **solamente mediante control posterior**, por la Contraloría

General de la República". (Destaca la Procuraduría de la Administración)

Así las cosas, la contratación pública en la ACP, no tiene como elemento formal de validez el visto bueno o refrendo de la Contraloría. Por esta razón, jurídicamente no le es obligante someter sus actos convencionales al control previo de la primera y más importante agencia de control del gasto público: la Contraloría General de la República.

Esta especial excepción en el manejo de los fondos públicos obedece, según se deduce de las Actas Legislativas levantadas al momento de discusión del Título Constitucional del Canal, el propósito de otorgar a esta empresa pública, la necesaria flexibilidad financiera y de gestión para cumplir con su cometido empresarial de competitividad en el ámbito marítimo internacional.

¿Qué requisitos exige el ordenamiento jurídico nacional para la contratación de la ACP con un Organismo Internacional?

Es oportuno saber ante qué tipo de compromiso contractual estamos, en el caso bajo estudio.

El convenio parece ser una donación condicionada a la aportación de fondos dinerarios y recursos humanos y logísticos. Ello se deduce de la cláusula séptima donde se establece que ACP, en razón de ser beneficiaria del convenio, "se compromete a realizar oportunamente, los aportes que se requieran, (con la denominación de aportes), en adición a la contribución... El total del aporte se estima en el equivalente a dos millones doscientos treinta y ocho mil dólares (US\$2.2238,000), con el fin de completar la suma equivalente a tres millones doscientos treinta y ocho dólares (US\$3.238,000), en que se estima el costo total del Programa, sin que estas estimaciones reduzcan la obligación del Beneficiario de aportar los recursos adicionales que se requieran para completar el programa".

En este sentido, el BID se compromete a asumir o reconocer con cargo al aporte de la Autoridad la suma de doscientos cincuenta mil dólares (US\$250,000.).

Los requisitos para los empréstitos, celebrados por la ACP, están definidos en el artículo 313 de la Carta Política en donde se dice que corresponde a la Junta Directiva de la Autoridad del Canal “contratar empréstitos, previa aprobación del Consejo de Gabinete...”

En el numeral siete (7) del artículo 18 de la Ley 19 de 1997, se deducen los requisitos legales de validez de los contratos que pudiera celebrar la ACP con organismos de financiamiento nacionales o internacional. Veamos:

“Artículo 18. Además de las facultades que le confiere la Constitución Política, la Junta Directiva ejercerá las siguientes funciones:

...

7. Autorizar, a propuesta del administrador, debidamente razonada o sustentada, la contratación de empréstitos y otras obligaciones crediticias, previa la aprobación del Consejo de Gabinete, dentro de los términos previstos en esta Ley...”

En otras palabras los requisitos se pueden enumerar así:

1. La autorización de parte de la Junta Directiva del Canal de propuesta de contratación de empréstito,
2. La sustentación y justificación de parte del Administrador de la propuesta de convenio de empréstito,
3. La aprobación previa del Consejo de Gabinete.

Otra norma que brinda una importante referencia a este respecto lo es el artículo catorce de la Ley 56 de veintisiete (27) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995)¹, en donde se establece que por regla general se aplica como derecho especialmente atinente a la materia contractual, en donde haya un organismo internacional como agente de financiación, las disposiciones del respectivo contrato.

¹ Publicada en la Gaceta Oficial numero 22, 939 de veintiocho de diciembre de mil novecientos noventa y cinco.

Conclusión General.

De lo antedicho, debe quedar clara la posición de esta Procuraduría de la Administración en el sentido de que, habida cuenta de la naturaleza jurídica especial y "sui generis" de la ACP, la contratación celebrada por esa entidad jurídicamente, no requiere del **refrendo previo** del señor Contralor General de la República, por expresa disposición constitucional en contrario².

Con la pretensión de haber colaborado con su despacho, quedo de usted,

Atentamente,

Original
Firmado }

Lda. Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/15/hf.

² Específicamente el artículo 314 del Estatuto Constitucional.