

Panamá, 25 de febrero de 2002.

Honorable Legislador

RUBEN AROSEMENA VALDES

Presidente de la Asamblea Legislativa

E. S. D.

Señor Presidente:

Cumpliendo con nuestras funciones constitucionales y legales de servir de consejera jurídica, procedemos a dar respuesta a su Nota AL/PRES/N-411-01 de fecha 12 de noviembre del 2001, mediante la cual solicita nuestra opinión sobre las cláusulas 59 y 94 del Contrato 24DA/97, suscrito entre el Consorcio HNTB DESIG/BUILD PANAMA, INC. y la Asamblea Legislativa para el financiamiento, diseño, planos, construcción y equipamiento del edificio que serviría de nueva sede a la Asamblea Legislativa. Debido a la importancia del tema consultado hemos procurado revisar toda la documentación disponible y obtener la información relacionada al tema.

Observaciones Previas:

Solicitamos copias de la documentación existente tanto en la entidad que Usted preside como en el Ministerio de Economía y Finanzas (Consejo Económico Nacional), circunstancia que ha retardado la respuesta de este Despacho sobre este delicado asunto.

La documentación demuestra algunas gestiones hechas, tales como la entrega de la orden de proceder, sobre el financiamiento en los Estados Unidos y en Panamá, las opiniones de los distintos abogados de la Asamblea Legislativa, etc.

Sin embargo, no se nos proporcionó la copia del Contrato, debidamente firmado y refrendado, razón por la cual nos vemos impedidos a precisar fechas de este documento fundamental.

Para los efectos de absolver la consulta formulada, presumimos que el Contrato firmado y refrendado corresponde en forma fiel a las cláusulas del contrato, que corren de la número uno (1) a la ciento diecinueve (119) cláusulas inclusive, aprobadas mediante Ley 41 de 18 de noviembre de 1997.

Consideraciones Generales:

En nuestra opinión, desde el punto de vista de la técnica contractual, el Contrato muestra deficiencias en cuanto al objeto de la contratación, así como el cumplimiento de las obligaciones por parte del Contratista:

Veamos:

La cláusula primera de dicho contrato que trata del objeto, no especifica quién contrata con quién y para qué. Esta circunstancia es aclarada y especificada en diferentes cláusulas en el curso del Contrato, lo que le resta precisión al mismo.

No obstante ello, los derechos y las obligaciones de las partes están bastante bien definidas en el curso del mismo.

De conformidad con la cláusula quinta, en el numeral 32 y la cláusula veinte, las obligaciones de HNTB DESIGN BUILD, S.A. son las siguientes:

- A. Conseguir un financiamiento para construir un edificio de la Asamblea Legislativa;
- B. Diseñar dicho edificio;
- C. Elaborar los planos correspondientes, con sus sellos de aprobaciones;
- D. Elaborar las especificaciones respectivas;
- E. Construir dicho edificio; y
- F. Equiparlo.

Todo ello por el precio de treinta millones cuatrocientos mil balboas (B/.30,400,000.00).

En correspondencia, la Asamblea Legislativa le otorgaría una concesión administrativa para "...el financiamiento, diseño, construcción, operación y administración de un centro comercial que complementa el Proyecto, y que constará de locales comerciales, hotel de lujo y las demás edificaciones y mejoras requeridas para estos propósitos..."

La confusión en el tratamiento del problema surge por efectos de que, a nuestro juicio, todo el contrato dependía de la condición de la obtención previa del financiamiento por parte del Contratista y el Contrato debió prever qué sucedería en caso de que no se cumpliera con esta condición.

Tal como está configurado el contrato, HNTB DESIGN BUILD, S.A. estaba obligado a cumplir con todas las demás obligaciones simultáneamente a las gestiones que adelantara para obtener el financiamiento, o sea, hacer un diseño y obtener su aprobación, elaborar los planos con sus aprobaciones y especificaciones.

La documentación remitida a nuestras oficinas sólo refleja la gestión en torno al financiamiento.

A nuestro juicio, por la propia naturaleza del contrato llave en mano, la no obtención del

financiamiento debe conducir a la terminación del Contrato, ya que ésta es la fuente generadora de los recursos financieros que permiten el efectivo cumplimiento de las demás obligaciones.

Entendemos que "contrato llave en mano" es aquel que tiene por objeto la confección de una obra material, incluyendo suministro de equipos e instalación, en condiciones tales que el contratante pueda ponerla en marcha al momento en que se le entrega.

Sin embargo, en el Contrato que nos ocupa, el Proyecto Llave en Mano incluye además, la obtención del financiamiento por parte de HNTB.

Es en este extremo en donde radica la confusión cuando HNTB DESIGN BUILD, S.A. pretende mantener vigente un contrato en circunstancias en que ellos no han logrado obtener el financiamiento al cual se comprometieron.

La cláusula 59 fija el marco del cumplimiento por parte del contratista de la condición de la obtención del financiamiento, estableciendo los siguientes parámetros:

- A. El monto del financiamiento debe ser del ciento por ciento(100%) del Proyecto, o sea por un monto de B/30,400,000.00;
- B. Los planes de financiamiento deben ser concebidos en los más bajos términos financieros;
- C. El plazo del financiamiento debería ser entre 15 y 20 años, con dos(2) años de gracia a capital.

Además, el Contratista se obligaba a que la entidad prestamista depositara en el Banco Nacional de Panamá, el desembolso del financiamiento que correspondía conforme a lo

pactado en el Contrato de Financiamiento, dentro de los noventa (90) días siguientes, a que se hubiese aprobado el financiamiento o perfeccionado el Contrato.

Veamos su contenido:

"Cláusula 59:

1. La aceptación del financiamiento deberá ser emitida después de que los representantes del ESTADO hayan evaluado la factibilidad legal y financiera de las propuestas presentadas.

Se considerará perfeccionada la propuesta de financiamiento, una vez se hayan superado todas las instancias que para estos propósitos exige la Ley, lo cual concluye con el refrendo del Contrato por la Contraloría General de la República.

En el evento de que un financiamiento aceptable no pueda ser obtenido por causa imputable al Estado, HNTB deberá ser compensado por todos los servicios, trabajos y materiales suministrados hasta la fecha en relación con el Proyecto y se le devolverán las fianzas y/o garantías consignadas.

Tomando en consideración las bases generales de la propuesta original de HNTB en lo referente al financiamiento del ciento por ciento (100%) del Proyecto, se asume que las propuestas formales de los diferentes planes de financiamiento responderán a los más bajos términos financieros, y a un plazo de entre quince (15) y veinte (20) años, con dos (2) años de

gracia a capital y financiamiento del Proyecto hasta un monto de TREINTA MILLONES CUATROCIENTOS MIL DOLARES (US\$ 30,400,000.00).

Cualquier demora en la adquisición del financiamiento, como se define en este Contrato, que no esté bajo el control de HNTB, justificará una extensión del tiempo del Contrato no menor a la demora ocasionada.

2. Será responsabilidad de HNTB lograr que la entidad financiera deposite en el Banco Nacional de Panamá en la cuenta que para tal efecto se designe, dentro de los noventa (90) días siguientes a que se haya aprobado el financiamiento o perfeccionado el Contrato, el desembolso del financiamiento que corresponda conforme lo pactado en el Contrato de Financiamiento."

El incumplimiento de esta obligación originaba la Resolución Administrativa del Contrato, de acuerdo con la cláusula 86 que lo corrobora:

"Cláusula 86:

El Estado se reserva el derecho de resolver administrativamente este Contrato en el caso de incumplimiento por parte de HNTB de alguna de sus obligaciones bajo el mismo. En adición, también se considerará como causa de resolución administrativa lo siguiente:

1. El incumplimiento por parte de HNTB de iniciar el Proyecto dentro del término de veinte (20) días hábiles, contado a partir de la fecha establecida en la orden de proceder;
2. La declaración de quiebra de HNTB.
3. La disolución de HNTB.

4. La incapacidad financiera de HNTB
 5. El incumplimiento substancial de los documentos del Contrato.
- ..."

No existe ninguna colisión entre las normas antes transcritas y la cláusula 94 del Contrato en referencia.

La cláusula 94 reza así:

"Cláusula 94:

En caso de diferencias o discrepancias que no puedan ser resueltas por mutuo acuerdo entre EL ESTADO y HNTB, se pactará la existencia de un Comité de Mediación que recomendará soluciones a las mismas, según el artículo 83 de la Ley 56 de 1995.

Las controversias que surjan entre EL ESTADO y HNTB serán susceptibles de arbitraje, de conformidad con lo establecido en el artículo 79 de la ley 56 de 1995.

La decisión del Tribunal de Arbitraje es final y las partes acuerdan que el proceso de arbitraje impide la presentación de reclamos en otras instancias procesales distintas.

Las partes deberán proceder con el avance del Proyecto durante el tiempo que cualquier reclamo esté pendiente de resolución por el Tribunal de Arbitraje, siempre y cuando dicho reclamo no exceda la suma de DOSCIENTOS CINCUENTA MIL DOLARES (US\$ 250,000.00).

En este supuesto, HNTB tendrá derecho a un reembolso en base a la revisión de la suma del Contrato por una cantidad igual a la reconocida por EL ESTADO, más una mitad (1/2) de la diferencia entre la cantidad reconocida y la cantidad reclamada por HNTB, a cuyos efectos el término de pago será ajustado proporcionalmente.

HNTB no estará obligado a proceder con trabajos relacionados a las Ordenes de Cambio que están pendientes de

resolución de disputas donde la diferencia entre los efectos reclamados por los participantes en la suma del Contrato es en exceso a CIEN MIL DOLARES (US\$100,000.00), o por cualquier disputa en particular donde la totalidad de la diferencia por disputas pendientes es en exceso de DOSCIENTOS CINCUENTA MIL DOLARES (US\$250,000.00)."

Esta cláusula es aplicable cuando el Contratista, HNTB, cumple con sus obligaciones al tenor del Contrato y las diferencias o discrepancias que puedan surgir son propias de la ejecución normal de un Contrato y el Contratista no está en la condición precaria de su incumplimiento.

La cláusula arbitral arriba transcrita, como hemos visto se fundamenta en el artículo 79 de la Ley 56 de 1995 y precisamente, dicho artículo establece en el último párrafo que "...El arbitraje se circunscribirá al tema objeto de la controversia y, pendiente su resolución, **no tendrá el efecto de suspender o retardar el cumplimiento de las obligaciones dimanantes del contrato**", lo que a nuestro juicio significa, que la ejecución del Contrato debería haberse iniciado. (resalta la Procuraduría)

En el caso que nos ocupa, el Contratista, además de no haber obtenido el financiamiento, no inició el Proyecto dentro del término legal establecido (30 días), contados a partir de la fecha en que se dio la orden de proceder, o sea, a partir del 17 de diciembre de 1997.

Este Contrato también adolece de una técnica contractual consistente en definir con claridad en qué circunstancias puede recurrirse al arbitraje.

La resolución administrativa conlleva la exclusión de un arbitraje, ya que ésta le pone término al

contrato, mientras que el arbitraje puede mantener vigente el contrato, por la aceptación previa de las partes, ya que en la cláusula 94 se dice exactamente que "...las partes deberán proceder con el avance del Proyecto durante el tiempo que cualquier reclamo esté pendiente de Resolución por el Tribunal de Arbitraje..."

Sobre este punto, consideramos que el Contrato confundió la naturaleza del financiamiento por parte del Contratista. Si estábamos ante la presencia de un contrato de llave en mano, ello significaría que el financiamiento era de completa responsabilidad del contratista y el Estado aquí se limitaría únicamente a establecer una forma de pago, ya fuese al final con la entrega de la obra a satisfacción o mediante la fórmula de pagos parciales durante el curso de su ejecución. Sin embargo, en este contrato apreciamos la participación del Estado en un financiamiento para la obra, que lo condujo, a través de las gestiones de obtención de dicho financiamiento, a sopesar su participación como garante, circunstancia extraordinaria en este tipo de contratación.

Tal como lo hemos señalado en párrafos anteriores, las causales que dan lugar a la terminación del Contrato están definidas en la Ley, siendo una de ellas el incumplimiento de las cláusulas pactadas, por tanto la decisión de la Asamblea Legislativa de resolver el Contrato 24DA/97 la consideramos factible, pues ha habido un incumplimiento del Contrato en virtud de que la principal obligación, la obtención del financiamiento en los términos pactados, no ha sido cumplida por parte de HNTB DESIGN BUILD, S.A.

Por tanto, deberá procederse con la Resolución Administrativa del Contrato de conformidad con lo dispuesto en la Ley 56 de 1995.

Por último, observamos un pago hecho el 17 de marzo de 1999 al Contratista HNTB por el monto de

B/.1,800,000.00, cuya justificación no la encontramos en el Contrato, ni en la documentación que se nos ha suministrado.

En la esperanza de haber colaborado con su Despacho, me suscribo, muy atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/12/hf.