

,26 de octubre de 1993.

Sres. Licenciados
JOSE CHEN BARRIA y
ANEL E. BELIZ.
E. S. D.

Apreciados Señores:

Atendemos con suma complacencia la Consulta que en forma conjunta se sirvieron elevar a este Despacho, la cual versa sobre lo siguiente:

"Tal como le consultamos y en vista de que se argumenta que la legislación existente al momento de la suscripción del contrato entre el Instituto Panameño de Turismo e ICA Continental no requería ni el refrendo de la Contraloría General ni la aprobación del Consejo de Gabinete, deseamos consultarle si además de la resolución No. 29 del 12 de julio de 1993 de la Junta Directiva se requiere que la misma sea ratificada por el CENA o el Consejo de Gabinete, conforme al Artículo 73 del Código Fiscal."

Sobre el particular tenemos que el Artículo 73 del Código Fiscal a que se refiere su consulta es del tenor siguiente:

"Artículo 73º. Cuando el interés público haga indispensable la incorporación de modificaciones en los contratos administrativos, se observarán las siguientes reglas:

- a. No podrá modificarse la clase y objeto del contrato;
- b. Debe reconocerse al contratista los nuevos costos

por trabajos adicionales provenientes de la modificación, si ésta accede a una decisión unilateral de la entidad pública contratante. Las adiciones deberán tener el concepto favorable de la Comisión Financiera Nacional y la aprobación del Consejo de Gabinete, según sea el caso, antes de que se realicen;

- c. Debe permitirse la posibilidad de introducirle variaciones a los mismos, así como la manera de acreditar y reconocer o disminuir los nuevos costos, previa evaluación técnica, con sujeción, en su caso, al artículo 37a de este Código;
- d. Los nuevos costos requerirán las mismas autorizaciones o aprobaciones que recibió el contrato original;
- e. Las modificaciones que se realizan mediante adiciones al contrato principal que formará parte integrante de la adición, considerándose toda la relación contractual como una sola, a todos los efectos legales; y
- f. Las demás condiciones que fije el Organó Ejecutivo, por conducto del Ministro de Hacienda y Tesoro."

En realidad nos encontramos frente a una situación que si bien está relacionada con los contratos y las modificaciones a que se refiere la norma preinserta, tenemos que aceptar que la etapa de contratación y modificación al contrato ha sido superada, por cuanto que la adición fue realmente autorizada y llevada a cabo por la empresa contratista, habiéndose recibido por la entidad pública contratante los trabajos convenidos. Nos encontramos en la fase de pago de esas adiciones ya cumplidas en cuanto su ejecución por parte del contratista, y en cuyo examen de cuentas se han objetado

algunos cargos que por distintos motivos presenta ICA-CONTINENTAL como incrementos de los costos y cuya variación es fruto de medidas adoptadas por el Estado panameño, tales son los aumentos en el precio de los combustibles, en el precio del cemento, ajustes salariales a los trabajadores, intereses bancarios etc; obteniéndose una cifra que por un lado ha sido aceptada por la empresa acreedora y por otro lado también la ha admitido la entidad deudora.

No se trata de una fase de contratación o anexos al contrato, los cuales requieren de la aprobación del Consejo Económico Nacional o del Consejo de Gabinete, cuando son contrataciones del Gobierno Nacional, o en las que sirve el Estado como aval.

El Decreto No. 75 del 30 de mayo de 1990 que crea el Consejo Económico Nacional define en su Artículo 2 las funciones que corresponden a esta entidad asesora, y no encaja en ninguna de las atribuciones allí señaladas el proceso de negociación para la disminución de una obligación reconocida y pendiente de pago, la cual corresponde realizar a la Junta Directiva del Instituto Panameño de Turismo, conforme lo dispone el Artículo 17 del Decreto Ley No. 22 de 1960, en su aparte k), que dice:

"Artículo 17º: La Junta Directiva tendrá las siguientes atribuciones:

- a)...
- b)...
- c)...
- d)...
- e)...
- f)...
- g)...
- h)...
- i)...
- j)...

k) Autorizar al Gerente para promover juicios respecto a los derechos del Instituto, para transigir o someter a arbitraje las cuestiones pendientes y dar los poderes que estime necesarios, para ello."...

A nuestro juicio no se trata de una transacción en los términos que prevee el Artículo 195 Numeral 4 de la Constitución Nacional, por cuanto que este precepto está sujeto a la existencia de un asunto litigioso es decir, de un pleito o proceso en el que el Estado sea parte y que se desee someter al arbitraje o arribar a una transacción.

La situación que se nos plantea es una negociación para el cumplimiento del pago por parte de la entidad, pendiente y en relación con trabajos ya realizados por el contratista, en virtud de contratos debidamente tramitados y aprobados en las instancias administrativas con facultad para intervenir en la aprobación y refrendo de los contratos. De tal suerte que la resolución emitida por la Junta Directiva del Instituto mediante la cual se reconoce el monto a pagar, es suficiente para que pueda cumplirse por parte de la entidad un compromiso derivado de un contrato que ha sufrido los trámites de rigor y que además ha sido cumplido por el contratista.

Siendo ello así, es la Junta Directiva del Instituto la que debe autorizar el pago para el cumplimiento de una obligación derivada de un contrato y sus adiciones, debidamente aprobados por las instancias que la Ley tenía previstas al momento de su celebración. Recibida como ha sido la obra, le corresponde a la entidad el pago de las obligaciones derivadas de la ejecución de la misma y como quiera que no se trata de celebrar un contrato o adicionarlo, puesto que ya ha sido firmado y ejecutado, correspondía al Instituto incluir en su presupuesto lo concerniente al pago y es la fase en la que realmente nos encontramos en este momento, por lo que debe procederse tal como hemos sugerido.

La resolución de la Junta Directiva del Instituto Panameño de Turismo que autorice el pago, debe ser acatada, especialmente sí como se nos indica, representa un sustancial ahorro para la entidad y consecuentemente para el Estado.

De Usted Atentamente,

**LIC. DONATILO BALLESTEROS S.
PROCURADOR DE LA ADMINISTRACION.**

20/ichdef.