

4 de junio de 1996.

Doctor
Juan Ramón Porras
Gerente General
Instituto Nacional de Telecomunicaciones, S.A.
E. S. D.

Señor Gerente General:

Pláceme acusar recibo de su Nota N2.13.96.124, de fecha 10 de mayo de 1996, mediante la cual se sirvió consultarnos:

"si el numeral 5 del artículo 18 de la Ley 5, por la cual se reestructura el Instituto Nacional de Telecomunicaciones, ha sido derogado por el artículo 29 de la Ley 31 de 1996, por la cual se dictan normas para la regulación de las telecomunicaciones en la República de Panamá."

Gustosamente procedo a absolver su interesante Consulta, previas las siguientes consideraciones:

Por la relación que guarda con el punto consultado, primeramente analizaremos el artículo 280 de la Constitución Política, pilar normativo del tema en estudio:

"Artículo 280. La mayor parte del capital de las empresas privadas de utilidad pública que funcionen en el país, deberá ser panameña, salvo las excepciones que establezca la Ley, que también deberá definirlas."

La norma constitucional, sostiene que la mayoría del capital de empresas privadas que exploten servicios públicos será nacional, excluyendo del dominio de tales empresas al capital extranjero, pero señala que se podrán dar excepciones por medio de Ley.

En la Ley N°5 de 9 de febrero de 1995, por la cual se reestructura el Instituto Nacional de Telecomunicaciones, en su artículo 21 se preceptúa lo siguiente:

"Artículo 21. Para efecto de lo establecido en el artículo 280 de la Constitución Política, se autoriza la participación mayoritaria privada extranjera en el capital de las empresas que exploten servicios de telecomunicaciones, de conformidad con las disposiciones de la presente Ley.

En ningún caso un gobierno extranjero o una empresa o consorcio en el que tenga dominio, control o participación mayoritaria un gobierno extranjero, podrá explotar por sí o por interpuesta persona, los servicios de telecomunicaciones; o ser accionista o socio mayoritario, directa o indirectamente, de empresas que exploten servicio de telecomunicaciones de acuerdo con la presente Ley."

Cabe señalar, que una típica excepción a lo establecido en el artículo 280 del Texto Constitucional lo constituye lo señalado en la primera parte de la norma reproducida, ya que esta permite, la participación mayoritaria privada extranjera en el capital de las empresas que explotan servicios de telecomunicaciones. No obstante lo expresado, debemos recalcar que la norma en comento prohíbe que un gobierno extranjero o una empresa o consorcio en el que tenga dominio, control o participación mayoritaria un gobierno extranjero, explote por sí o por interpuesta persona, los servicios de telecomunicaciones, o el ser accionista o socio mayoritario, directa o indirectamente de empresas de esa índole.

Ahora bien, en cuanto a las disposiciones objeto de su Consulta, tenemos que el numeral 5 del artículo 18 de la Ley 5 de 1995, dispone:

"Artículo 18. Además de lo establecido en el artículo anterior, los consorcios deberán cumplir con los siguientes requisitos:

1. ...

5. No se permitirá la participación de empresas cuya mayoría de acciones sea de propiedad de Estados extranjeros."

La norma citada, adiciona cinco requisitos, para la formación de los consorcios licitantes en la venta de las acciones del INTEL, S.A., a los enunciados en el artículo 17 de la excerta legal mencionada. Entre dichos elementos el numeral 5 prohíbe expresamente, el concurso de empresas que Estados extranjeros sean accionistas mayoritarios.

Dicha prohibición, se fundamenta en la naturaleza de las telecomunicaciones, cuya explotación, constituye un servicio público de dominio del Estado, y cuyo ejercicio se otorga mediante concesión.

Este artículo, está inserto en el Capítulo II, sobre "AUTORIZACIÓN PARA LA VENTA DE ACCIONES DEL INTEL, S.A.", de la Ley 5 de 9 de febrero de 1995, relativo al procedimiento para la venta de acciones del INTEL, S.A. y por tanto, dice relación directa y exclusiva con el control a las empresas aspirantes a adquirir acciones de dicha corporación.

Por su parte el artículo 29 de la Ley 31 de 8 de febrero de 1996, es del siguiente tenor:

"Artículo 29. Solo podrán participar en las etapas subsiguientes de la licitación, las personas que hubiesen precalificado. Sin embargo, estas personas podrán asociarse en consorcio con otras personas no precalificadas, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

1. El candidato precalificado tendrá, y así se hará constar en el contrato mediante el cual se constituya el consorcio, la responsabilidad de operar y administrar la concesión en su carácter de socio operador, sea por si mismo o por medio de la persona jurídica bajo la cual licite;

2. El socio operador será el representante de todos los miembros del consorcio, y como tal, tendrá plenos poderes para obligar individual y colectivamente a todos los asociados;

3. Todos los socios del consorcio serán solidariamente responsables para con el Estado, de las obligaciones y responsabilidades derivadas de las actuaciones y contratos en los que sea parte el consorcio.

Para estos efectos, cada uno suscribirá un documento a favor del Estado, que formará parte del contrato de concesión, ratificando esta solidaridad;

4. La cesión, parcial o total, de las participaciones de cada asociado, deberá ser previamente aprobado por el Ente Regulador;

5. Los asociados extranjeros deberán inscribirse previamente en el Registro Público, y se someterán a las Leyes y a la Jurisdicción de los tribunales de la República

de Panamá;

6. El contrato por el cual se constituya el consorcio deberá ser aprobado por el Ente Regulador, antes de la publicación del aviso de convocatoria para el acto de presentación de las propuestas, y no se admitirán nuevos miembros una vez se apruebe;

7. Los consorcios de que trata la presente Ley, se regularán subsidiariamente por las disposiciones del Código de Comercio sobre asociaciones accidentales o cuentas en participación."

La excerta legal, abre la posibilidad de asociación entre personas precalificadas y no precalificadas, a fin de integrar una sola propuesta en las subsiguientes etapas de la Licitación Pública de Concesiones Tipo A. Señala el procedimiento, que se requiere precalificar (aprobar la primera etapa) para avanzar a las etapas subsiguientes.

A continuación, se enumeran los requisitos a cumplir por los consorcios, cuyo objeto, es que el candidato precalificado sea el responsable directo de la concesión ante el Estado, la dirección del consorcio, y la capacidad de obligar a los asociados. Así mismo, se establecen controles relacionados a los miembros del consorcio y la venta de las participaciones (aprobación previa del Ente Regulador, tanto del contrato constitutivo como de las cesiones de derechos, y sometimiento de los asociados extranjeros a la jurisdicción panameña).

Esta Procuraduría, es del criterio que el numeral 5 del artículo 18 de la Ley 5 de 1995, no ha sido derogado por el artículo 29 de la Ley 31 de 1996. Tal opinión tiene su fundamento en las siguientes razones:

1.- La Ley N°5 de 1995, trata de la reestructuración del INTEL, S.A.; en cambio la Ley 31 de 8 de febrero de 1996, alude a las normas que regulan las telecomunicaciones en la República de Panamá. La primera Ley es especial, ya que se refiere exclusivamente a la nueva sociedad anónima denominada INTEL, S.A.; y la segunda Ley se dedica a dictar las normas generales sobre telecomunicación.

2.- El numeral 5 del artículo 18 de la Ley 5 de 1995, está incluido en el Capítulo II - Autorización para la venta de acciones de INTEL, S.A.-; Y el mismo versa sobre algunos requisitos que deben cumplir los Consorcios que aspiren a participar en la venta de las mencionadas acciones. Por su parte, el artículo 29 de la Ley 31 de 1996, se refiere exclusivamente al proceso de licitación

pública para las concesiones tipo A, y especialmente lo atinente a la etapa de precalificación y a la asociación de consorcios.

Es más, a pesar de que los mencionados Leyes, regulan materias correlacionadas entre sí, no apreciamos la incompatibilidad entre los artículos 18, numeral 5, y el artículo 29, ya mencionados.

3.- Otro aspecto que debemos destacar, es que el artículo 29 de la Ley 31, es casi una reproducción del artículo 17 de la Ley 5 de 1995, elemento que nos permite señalar que no fue la intención del legislador al dictar la Ley N°31, el que a través de su artículo 29 se derogara el artículo 18, numeral 5 de la Ley 5 de 1995.

4.- Repárese en el hecho, de que la adición establecida en el artículo 18 de la Ley 5 de 1996, es aplicable única y exclusivamente a los consorcios que participen en los actos públicos, relacionados con la venta de acciones de INTEL, S.A.

5.- El artículo 21 de la Ley 31 de 1996, amplía y reitera lo señalado en el numeral 5 del artículo 18 de la Ley 5 de 1995, lo cual nos da asidero jurídico para señalar que la intención del legislador fue clara, al determinar que las empresas cuya mayoría de acciones pertenezcan a gobiernos extranjeros, no podrán de ningún modo explotar las telecomunicaciones en Panamá.

6.- En este orden de ideas, el artículo 29 de la Ley 31 de 1996, no deroga el numeral 5 del artículo 18 de la Ley 5 de 1995, y en consecuencia, no se aplica el artículo 36 del Código Civil, ya que la Ley 31 de 1996, no regula en forma alguna la venta de acciones del INTEL, S.A.

Este Despacho no comparte el criterio esbozado por Usted; al señalar que en virtud del artículo 36 del Código Civil, se ha producido la derogatoria del numeral 5 del artículo 18 de la Ley 5 de 1995, por el artículo 29 de la Ley 31 de 1996, y ello es así, ya que del análisis que hemos realizado en párrafos precedentes, nos hemos percatado que en este caso no se dan los supuestos de derogación a que alude el artículo 36 del Código Civil.

Esperando haber satisfecho su solicitud, atentamente,

Licda. Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.