

6 de noviembre de 1995.

ni en el capital social del operador de la Banda A de telefonía móvil celular y viceversa."

La norma reproducida promueve en forma clara y terminante, que el que ha obtenido la concesión de la Banda A participe en la licitación para la venta de las acciones y operación de la Banda B. Licenciado S.A. Por tanto, esta Procuraduría, es del criterio de ARISTIDES ROMERO JR. y, en consecuencia no está facultado para el Contralor General de esta República un calidad de gestor, en la República natural y jurídica, que haya obtenido la concesión para el servicio de telefonía móvil celular a través de la Banda

Señor Contralor General:

de interés señalar, que la prohibición contenida en la Nota Núm. 74-S.G. de 24 de octubre pasado, en la que tuvo a bien elevar consulta a este Despacho, relacionada con la tramitación del acto público para la privatización y la concesión del INTEL, S.A. y las Bandas A y B.

Su principal interrogante es la siguiente: "¿pueden participar en la licitación para la adquisición de las acciones de INTEL, S.A., que conlleva la concesión para la operación de la Banda B, asignada a INTEL, S.A., y en cadenas de establecimientos mercantiles al por menor, en forma que haga" **Sobre la viabilidad de que una empresa que participe y obtenga la concesión para la operación del servicio de telefonía móvil celular de la Banda A, pueda participar en la licitación para la adquisición de las acciones de INTEL, S.A., que conlleva la concesión para la operación de la Banda B, asignada a INTEL, S.A.?"**

De su Nota se desprende el interés que tiene en todos los actos públicos relacionados con la privatización y la concesión del INTEL, S.A., y especialmente lo atinente a las concesiones para las opciones de las Bandas A y B, las que se agotan ante los tribunales en la celebración de cualquier

De su interrogante emerge el saber, si los concesionarios de la Banda A pueden o no participar en la licitación mediante la cual se escogerá el comprador del 49% de las acciones de INTEL, S.A. y el operador de la Banda B asignada a la sociedad anónima.

Sobre el particular vale transcribir lo señalado en el artículo 29 de la Ley 5 de 1995, el cual señala: "En el artículo 5:"

"ARTICULO 5: El proponente que adquiera las acciones del INTEL, S.A., y el contrato de concesión, no podrá participar en la operación mediante el establecimiento de sucursales, será sancionado con prisión de uno a seis años y de

ni en el capital social del operador de la Banda A de telefonía móvil celular, y viceversa."

La norma reproducida prohíbe en forma clara y terminante, que quien ha obtenido la concesión de la Banda A participe en la licitación para la venta de las acciones y operación de la Banda B de INTEL, S.A. Por tanto, esta Procuraduría, es del criterio que no es ilícito y, en consecuencia, no está facultado para participar en la última licitación, en calidad de postor, la persona natural y jurídica que haya obtenido la concesión para brindar el servicio de telefonía móvil celular a través de la Banda A.

Es de interés señalar, que la prohibición contenida en la norma jurídica en comento, tiende entre otras cosas a evitar los monopolios particulares, los cuales están prohibidos por el artículo 290 de la Constitución Política, cuyo tenor literal dice así:

"ARTICULO 290: Es prohibido en el comercio y en la industria toda combinación, contrato o acción cualquiera que tienda a restringir o imposibilitar el libre comercio y la competencia y que tenga efectos de monopolio en perjuicio del público.

Pertenece a este género la práctica de explotar una sola persona natural o jurídica series o cadenas de establecimientos mercantiles al por menor, en forma que haga ruinoso o tienda a eliminar la competencia del pequeño comerciante o industrial.

Habrá acción popular para impugnar ante los tribunales la celebración de cualquier combinación, contrato o acción que tenga por objeto el establecimiento de prácticas monopolizadoras. La ley regulará esta materia."

Por su parte, el Código Penal en su Título XII, Delitos contra la Economía Nacional, Capítulo II, Monopolio, en su artículo 379, dispone:

"ARTICULO 379: El que restrinja o imposibilite el libre comercio y competencia mediante el establecimiento de monopolio, será sancionado con prisión de uno a seis años y de

cinquenta a doscientos días multa, sin perjuicio de las sanciones administrativas que se impongan." ^{considerado}

Por otra parte tenemos que el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, se ha referido a los monopolios así: ^{los}

"a) La firma forense Galindo, Arias y López, en representación de la Asociación Nacional de la Industria Pesquera Panameña (ANDELAIPP), solicitó al Pleno de la Corte Suprema de Justicia la declaración de inconstitucionalidad del Resuelto No. 164 de 19 de abril de 1983, dictado por el Ministro de Comercio e Industrias. Según los demandantes, el acto impugnado restringía e imposibilitaba, sin justificación legal alguna, el libre ejercicio de la actividad económica de pesca de camarones y violaba el principio del libre comercio, dándole lugar a que se infringieran los artículos 17, 18, 190 y 293 de la Carta Política. ^{de los}

El Procurador General de la Nación, al emitir concepto en su Vista No. 158 de 28 de junio de 1984, solicita que se acceda a lo pedido por los demandantes: ^{el}

En Sentencia de 22 de octubre de 1985, el Pleno de la Corte declaró ^{el} como inconstitucional el acto impugnado con fundamento en las siguientes razones: ^{de}

'Nuestra Constitución Política consagra los principios de igualdad jurídica de las personas, en donde se desprende el mandato de la no constitución de monopolios, así como del no otorgamiento de concesiones o privilegios a determinados grupos a fin de explotar de forma singular los recursos o servicios que se pretenden. En este caso, la determinación ministerial adolece de una apreciación subjetiva, en el sentido de haber entrado a considerar ^{de} las erogaciones ocasionadas por las pruebas de

factibilidad de pesca camaronera, como se colige del considerando segundo, visible a fojas 2.

Y es que el Estado, sea cual fuera la nacionalidad de los asociados que lo conforman, es un ente eminentemente impersonal, anónimo, del que se espera una

b) especial objetividad en lo que a economía nacional se refiere, y sobre todo, una decidida demarcación de las fronteras del lucro particular y el bienestar colectivo de los asociados.

Es por lo anterior que se afirma el carácter particularista de la resolución dimanada del despacho del señor Ministro, o sea, se infiere violación a los artículos invocados, esto es, el 17, sobre las funciones de los servidores públicos; el 18,

sobre los límites de deberes y responsabilidades de los particulares y servidores públicos; el 190, que taxativamente prohíbe el monopolio particular; el 290, el cual viene a

ser una pormenorizada exposición de las actividades a la que no se pueden conceder privilegios ni concesiones de ninguna índole sin que pasen a ser especies de monopolios. Y es notoria la contradicción de lo actuado por el Ministro y lo estatuido en el sentido de que las funciones del servidor público, sea cual fuere su jerarquía, se limitan a cumplir y hacer cumplir la Ley y la Constitución sin ningún distingo de clases, persona o gastos incurridos, ya que de lo contrario se incurre en responsabilidad frente al Estado por excederse de las funciones que legalmente le hayan sido asignadas. Y desde el momento que se extiende una

López
señor
Pleno
de
incon
inser
37/87
Direcc
denom
PANAMA
en su
1987.
incost
Por
de 19
solic
expres
de Pan

Belicia Prácticas monopolizadoras.

concesión o privilegio que se enmarca dentro de los postulados del artículo 290, párrafo primero, se cae en la figura que prohíbe el artículo 190, ésto es, el monopolio de particulares.

b) La firma de abogados Galindo, Arias y López, actuando en nombre y representación del señor Ildefonso Riande Peña, solicitó ante el Pleno de la Corte la declaratoria de inconstitucionalidad del vocablo 'exclusivo' inserto en la cláusula sexta del contrato 37/87 celebrado entre la entidad estatal Dirección de Aeronáutica Civil y la sociedad denominada MARRIOTT IN/FLITE SERVICES DE PANAMA, S.A. El Jefe del Ministerio Público en su Vista No. 40 de 30 de septiembre de 1987, consideró prudente la declaratoria de inconstitucionalidad solicitada.

Por medio de la Sentencia de 1 de febrero de 1988, el Pleno de la Corte accedió a lo solicitado por los demandantes. Los conceptos expresados por el máximo tribunal de justicia de Panamá, en lo pertinente fueron:

El Pleno, consecuente con los argumentos del recurrente y compartidos por el Jefe del Ministerio Público, debe concluir que el vocablo 'exclusivo' inserto en la cláusula sexta del contrato de concesión de servicios públicos celebrado entre la D.A.C. y MARRIOTT IN-FLITE SERVICES DE PANAMA, S.A., vulnera lo que dispone y concibe la Constitución Política Nacional en su artículo 290. La norma mencionada prohíbe expresamente cualquier acto jurídico proveniente de personas naturales o jurídicas que faculten la explotación en forma particular o aislada de una actividad económica o industrial, la cual perjudique la libre empresa creando de una u otra manera prácticas monopolizadoras.

De modo entonces, a juicio del Pleno, cualquier contrato o combinación celebrado por una entidad estatal y una empresa en la cual se establezcan términos o pautas como las indicadas en la cláusula sexta impugnada en el presente recurso, tiende a impedir o restringir el efectivo y cabal ejercicio del comercio al igual que el principio de la oferta y la demanda, por tanto, debe concluirse que el término 'exclusivo' expresado en dicho contrato viola el artículo 290 de la Constitución Nacional.

Para el Pleno de la Corte resulta obligante resaltar como cuestión evidente que la concesión otorgada a la empresa MARRIOTT IN-FLITE SERVICES DE PANAMA, S.A. choca abiertamente con lo preceptuado en el artículo 293 de la Carta Política Fundamental. El servicio de abastecimiento a las aeronaves que utilizan el Aeropuerto Omar Torrijos Herrera en sus vuelos internacionales prestando en forma exclusiva, restringe la explotación de una actividad comercial que debe ser de libre competencia entre todas las personas naturales o jurídicas, domiciliadas en el territorio de la República de Panamá que se consideren aptas para competir en la prestación de estos servicios de abastecimiento.

El vocablo "derecho exclusivo", inserto en la cláusula sexta del contrato in comento es violatorio del postulado esencial que se consagra en el artículo 293 de la Constitución. La prohibición que

En cuanto al concepto de monopolio, SEREA ROJAS, en su dictamen...

"El monopolio es un término privilegiado y discriminatorio que se dirige a evitar, en la forma absoluta, la existencia de cualquier tipo de monopolio entre particulares en actividades económicas, de artículos o de servicios, que la ley asiste, después de razón, y se contrae recurrente al señalar la infracción y al régimen del artículo 293 de la Constitución Nacional.

Una empresa posee un monopolio cuando es la única que produce un bien o servicio del cual se deriva un beneficio. El monopolista, sin embargo, como productor único viene más limitado por las disposiciones que se refieren a los diferentes tipos de monopolios. Terminado el estudio y análisis de las disposiciones que se refieren a los diferentes tipos de monopolios, se concluye que el acto objeto de censura, la Corte Suprema de Justicia -Pleno- arriba a esta conclusión: el Contrato No. 37/87, celebrado entre la Dirección de Aeronáutica Civil y Roger. En la sociedad denominada Marriott, Inc. de Flite Services de Panamá, S.A., es igualmente inconstitucional en lo referente a la cláusula sexta de dicho contrato, pues otorga a dicha empresa un derecho exclusivo, por el término pactado, de un servicio de abastecimiento de comidas y bebidas que el actual...

pero aspecto que no está... que aspira a... mercado... servicios... Torrijos Herrera'.

En cuanto a la explotación de la actividad económica comercial otorgada en forma exclusiva a la referida empresa, se encuentra en abierta contradicción con los artículos 17, 18, 290 y 293 de la Constitución Nacional, tal cual se ha explicado y demostrado en la elaboración del presente dictamen."

Tal como se ha explicado en el artículo 276, numeral 1.º de la Constitución, el Poder Ejecutivo tiene facultades para fiscalizar, regular y controlar los actos de manejo de los y otros bienes públicos, a fin de que se realicen con eficiencia y según lo establecido en la Ley."

En cuanto al concepto de monopolio, SERRA ROJAS, NOS COMENTA:

"El monopolio es una forma privilegiada y discrecional de concentración capitalista en la industria o en el comercio, y aun en la propia actividad del Estado democrático, para lograr el control unificado de actividades económicas, de artículos o de servicios, que le permiten -por el dominio del mercado y el control de la oferta- imponer los precios y un régimen exclusivista.

'Una empresa posee un monopolio cuando es la única que produce un bien o servicio del cual no existe substitutivo... El monopolista, sin embargo, como productor único tiene más libertad de acción. Puede hacer dos cosas: fijar un precio y producir todo lo que pueda ser vendido a ese precio, o atenerse a una determinada tabla de producción y vender ésta al precio que los consumidores estén dispuestos a pagar. Lo que no puede hacer es determinar por sí mismo el precio y el volumen de producción, a la vez. Tiene que escoger. En cualquiera de los dos casos su finalidad es elevar al máximo sus ganancias. Esto lo hace igualando sus costos marginales con su ingreso marginal.' John V. Van Sickle y Benjamín A. Rogge. Introducción a la economía. Uteha, pág. 209."

Otro aspecto que es digno de mencionar, es que el actual Gobierno está preparando una Ley Antimonopolio, la cual entre otras cosas aspira a crear las condiciones óptimas para la liberalización del mercado, así como una eficaz competencia en la prestación de los servicios públicos.

En cuanto a si la "Contraloría General puede hacer las observaciones sobre el pliego de cargo previa su aprobación, pero no así intervenir directamente en la confección de los mismos", nos parece que ello es viable con fundamento en las siguientes consideraciones:

Tal como lo manifestamos en nuestra Nota No. C-162 de 11 de agosto pasado, en virtud de lo señalado en el artículo 276, numeral 2, la Contraloría General de la República, está facultada para "fiscalizar, regular y contratar todos los actos de manejo de fondos y otros bienes públicos, a fin de que se realicen con corrección y según lo establecido en la Ley."

En el caso específico del INTEL, dicho ente autónomo queda sujeto al control fiscal de la Contraloría General de la República, con fundamento en lo señalado en el artículo 33 de la Ley No. 5 de 9 de febrero de 1995, por la cual se reestructura el Instituto Nacional de Telecomunicaciones, y en el artículo 92, numeral 3, punto 3.7, de la Resolución de Gabinete No. 117 de 26 de abril de 1995, por la cual se deja sin efecto la Resolución de Gabinete No. 47-95 de 3 de marzo de 1995 y se otorga concepto favorable a los nuevos Principios y Normas para la Contratación de Bienes y Servicios por el Instituto Nacional de Telecomunicaciones, S.A., (INTEL, S.A.).

Así pues, apreciamos que la Contraloría General, en ejercicio de su función fiscalizadora y en aras de vigilar y defender los intereses del Estado, puede hacer las observaciones que a bien tenga sobre el Pliego de Cargos antes de su aprobación.

Por último, usted nos consulta si: "es viable, que se incluya en el contrato de concesión para la Banda A, una cláusula que limite la capacidad del concesionario, compañías filiadadas en el ramo de telefonía y/o interconectadas financieramente de participar en la licitación para adquisición de acciones del INTEL, S.A., y la concesión para la Banda B, asignada a dicho organismo."

En párrafos precedentes, manifestamos que el artículo 29 de la Ley 5 de 1995, es claro al establecer la prohibición atinente a que las empresas que se le otorguen la concesión para operar la Banda A, no pueden participar como proponentes para la venta de las acciones y operación de la Banda B. Ahora bien, no estaría de más incluir dicha prohibición en el contrato de concesión para la Banda A.

Este Despacho como consejero de los servidores públicos desea expresar, que cualquier estipulación consignada en el Pliego de Cargos que autorice a un concesionario de la Banda A participar en la compra de acciones de INTEL, S.A., y en la concesión de la Banda B, resultaría viciada de ilegalidad, que eventualmente podría generar la anulación de esa estipulación y en el evento de ser adjudicada esa licitación a la persona respecto de la cual media la prohibición mencionada, podría acarrear la nulidad del respectivo contrato.

En la esperanza de haber satisfecho su solicitud, con aprecio y consideración distinguida.

LICDA. ALMA MONTENEGRO DE FLETCHER
 PROCURADORA DE LA ADMINISTRACION .

VB/AMdeF/au