

Vista N°227

18 de Mayo de 2001

Proceso Contencioso
Administrativo de
Nulidad.

Interpuesto por el Licdo.
Roberto Meana en
representación del **Ente
Regulador de los Servicios
Públicos**, para que se declare
nula, por ilegal, la Addenda
N°002 de 30 de diciembre de
1999 al Contrato de Concesión
N°134 de 29 de mayo de 1997,
suscrita por el **Ministro de
Gobierno y Justicia**.

Concepto.

Señora Magistrada Presidenta de la Sala Tercera, de lo
Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia.

Con el respeto acostumbrado acudimos ante Vuestro
Honorable Tribunal, con la finalidad de responder a la
Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción que
se enuncia en el margen superior del presente escrito.

I. La pretensión de la parte actora.

El demandante, en ejercicio de la Acción Popular, pide a
su Digno Tribunal que se declare nula, por ilegal, la Addenda
N°002 de 30 de diciembre de 1999 al Contrato de Concesión
N°134 de 29 de mayo de 1997, suscrita por el Ministro de
Gobierno y Justicia en nombre y representación del Estado y
la empresa CABLE & WIRELESS PANAMA S.A., mediante la cual se
modifican la Metas N°s 1. Instalación del Servicio Telefónico
Básico; 2. Reparación de Averías del Servicio Telefónico
Básico Fijo; 4. Averías Reportadas Pendientes de Reparación;
9. Solicitudes Pendientes de Servicio Telefónico Básico; y
16. Llamadas Contestadas Vía Operadora de Larga Distancia

Internacional, contenidas en el Anexo C. del mencionado Contrato de Concesión.

II. Las normas que se aducen como infringidas y los conceptos de infracción a las mismas, son los que a seguidas se copian:

Se considera violado, de forma directa, lo estipulado en la Cláusula 64 del Contrato de Concesión N°134 de 29 de mayo de 1997, en relación con lo dispuesto en el artículo 20 de la ley N°5 de 9 de febrero de 1995, que se leen de la siguiente manera:

"CLAUSULA 64°: MODIFICACIÓN DEL CONTRATO

Este Contrato sólo podrá ser modificado por mutuo acuerdo de las partes y con las formalidades señaladas en las leyes vigentes".

"Artículo 20. Finalizada las negociaciones con acuerdo entre las partes, se someterán a la aprobación del Consejo de Gabinete los documentos de la licitación que hubiesen convenido, debiéndose aprobar la concesión respectiva mediante la resolución motivada por parte de la Asamblea Legislativa.

De no lograrse acuerdo dentro del período de tiempo que determine el Ministerio de Hacienda y Tesoro, en coordinación con el representante de la Junta Directiva y el Gerente General del INTEL, S.A., estos elaborarán los documentos finales, para la licitación, incluyendo el contrato de concesión y el pliego de cargo, los cuales deberán ser aprobados por el Consejo de Gabinete". (Enfasis y subrayado suplido por el demandante).

Como concepto de infracción, el apoderado judicial de la demandante señala que con sujeción a lo dispuesto en la Cláusula 64ª del Contrato de Concesión N°134 de 29 de mayo de

1997, este contrato sólo podrá ser modificado por mutuo acuerdo de las partes y con las formalidades señaladas en las leyes vigentes.

En el caso que nos ocupa, dice, se encuentra vigente la Ley N°5 de 9 de febrero de 1995, por lo que cualquier modificación al contrato se debe ceñir a los trámites y procedimientos establecidos en dicho texto legal, pues las normas de carácter general que regulan la contratación pública no son aplicables en este caso, por razón de los principios establecidos en el Artículo 14 del Código Civil, cuyo numeral 1 indica que la disposición relativa a un asunto especial, o a negocios o casos particulares, se prefiere a las que tengan carácter general.

Agregan que, en ese orden de ideas, al no haber cumplido la Addenda N°002 del Contrato de Concesión N°134 de 29 de mayo de 1997, otorgado a la empresa Cable & Wireless Panamá, S.A., con las formalidades establecidas en el artículo 20 de la Ley N°5 de 1995, la misma se debe reputar como nula, y, por tanto, ilegal, de acuerdo al artículo 26 de la Ley N°135 de 1943, que establece como motivo de ilegalidad de los actos administrativos, cuando los mismos incurran en el quebrantamiento de las formalidades que deben cumplirse para su validez y perfeccionamiento.

El artículo 20, concluyen, resulta violado en forma directa, por omisión, porque dejó de aplicarse a un supuesto que lo requiriera.

III. Concepto.

Mediante Contrato de Concesión N°134 de 29 de mayo de 1997, la República de Panamá y la empresa denominada INTEL S.A., (posteriormente llamada CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A.), celebraron Convenio a través del cual concedieron a la mencionada sociedad la prestación, en régimen de exclusividad temporal, de los servicios básicos de telecomunicaciones.

La Cláusula 35 del Contrato de Concesión señala que las Metas de Expansión y Calidad de Servicios tienen por objeto la mejora, expansión y, en su caso, la instalación y organización de los servicios otorgados en régimen de exclusividad temporal, obligándose la empresa a: (i) dar cumplimiento a las metas de expansión y calidad de servicio en los términos y condiciones establecidos en el Anexo C del Contrato; (ii) conservar y mantener sus instalaciones en condiciones adecuadas para un eficiente funcionamiento y (iii) garantizar la calidad, seguridad y continuidad de los servicios que presta en virtud de dicho contrato.

En ese sentido, en el Anexo C del Contrato de Concesión se establecieron diecinueve (19) Metas de Expansión y Calidad de Servicio, cada una de las cuales señalaban los índices mínimos que estaba obligada a cumplir la empresa en cada año del período de la concesión.

Ahora bien, mediante Adendda N°002 de 30 de diciembre de 1999, al Contrato de Concesión N°134 de 29 de mayo de 1997, las partes contratantes, el Estado Panameño y CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., decidieron modificar los índices de cumplimiento para las Metas de Expansión y Calidad de Servicio N°1, Instalación del Servicio Telefónico Básico,

Nº2, Reparación de Averías al Servicio Telefónico Básico, Nº4, Averías Reportadas Pendientes de Reparación, Nº9, Solicitudes Pendientes de Servicio Telefónico Básico y Nº16, Llamadas Contestadas Vía Operadora de Larga Distancia Internacional, para los años 1999 y 2000.

A juicio de la demandante la Addenda Nº002 de 30 de diciembre de 1999 al Contrato de Concesión Nº134 de 29 de mayo de 1997 es nula por ilegal, toda vez que, de acuerdo a lo dispuesto en la Cláusula 64ª del Contrato de Concesión Nº134 de 29 de mayo de 1997 y en el artículo 20 de la Ley Nº5 de 9 de febrero de 1995, dicha modificación al Contrato de Concesión requería de la intervención y aprobación, mediante resolución, de la Asamblea Legislativa.

Es nuestra opinión acompaña la razón a la demandante y compartimos plenamente el criterio de la señora Procuradora de la Administración, expuesto en su Nota C-020 de 3 de febrero de 2000.

Como señalan la letrada mencionada y la demandante, de conformidad con el artículo 20 de la Ley Nº5 de 9 de febrero de 1995 "Por la cual se Reestructura el Instituto Nacional de Telecomunicaciones", en el perfeccionamiento del Contrato de Concesión del Servicio de Telecomunicaciones intervinieron tres voluntades: la entidad particular, el Ejecutivo y la Asamblea Legislativa.

Al ser los sujetos contractuales, cuya expresión de voluntad perfeccionó la relación jurídica convencional, el Organo Ejecutivo, representado por el Ministro de Gobierno y Justicia; la empresa, identificada en la persona de su

representante legal; y el Organó Legislativo, es nuestro criterio que la modificación del Contrato de Concesión N°134 de 1997, requería la intervención y aprobación de la Asamblea Legislativa.

Dicho de otra manera, si bien es cierto el Contrato de Concesión N°134 de 29 de mayo de 1997 puede ser modificado por mutuo acuerdo de las partes, la voluntad pública dirigida a producir esos efectos jurídicos tiene que reunir las formalidades señaladas en las leyes vigentes y, en este caso concreto, voluntad del Estado expresada en la Addenda N°003 N°002 de 30 de diciembre de 1999 al Contrato de Concesión N°134 de 29 de mayo de 1997, mediante la firma del Ministro de Gobierno y Justicia, se encuentra viciada pues no concurrió uno de los elementos formales necesario para su perfeccionamiento: la aprobación por parte del Organó Legislativo.

A mayor abundamiento, nos permitimos transcribir parcialmente la tantas veces mencionada Nota de la señora Procuradora, que en sus partes pertinentes señala lo siguiente:

"1. Perfeccionamiento y validez de la Addenda:

A través del Contrato de Concesión, el Estado le otorga a la empresa Cable & Wireless Panamá, S. A., (en lo sucesivo LA EMPRESA), el derecho de instalar, prestar, operar y explotar por su cuenta y riesgo, los servicios de telecomunicaciones en el territorio nacional con un período de exclusividad.

Este Contrato constituye la fuente primaria de los derechos y obligaciones asumidas tanto por LA EMPRESA, como por

el Estado, en el cual debe prevalecer el interés público, y se debe garantizar la seguridad de las telecomunicaciones nacionales e internacionales.

La voluntad en el Contrato de Concesión N°134 de 29 de mayo de 1997 (en adelante. EL CONTRATO), por definición, la expresan las partes contratantes en la concesión pública y constituye la sustancia misma del contrato administrativo. De conformidad con el artículo 20 de la Ley N°5 de 9 de febrero de 1995 "Por la cual se Reestructura el Instituto Nacional de Telecomunicaciones", en el perfeccionamiento del Contrato de Concesión del Servicio de Telecomunicaciones intervienen tres voluntades: la entidad particular, el Ejecutivo y la Asamblea Legislativa. El artículo que se comenta reza así:

'ARTÍCULO 20. Finalizadas las negociaciones con acuerdo entre las partes, se someterán a la aprobación del Consejo de Gabinete los documentos de la licitación que se hubiesen convenido, debiéndose aprobar la concesión respectiva mediante resolución motivada por parte de la Asamblea Legislativa ...'

Por tanto, los sujetos de la voluntad contractual son el Órgano Ejecutivo, representado por el Ministerio de Gobierno y Justicia; la Empresa, identificada en la persona de su representante legal y la Asamblea Legislativa, que interviene en esta clase especial de contrato de servicios.

En consecuencia, consideramos que estamos en presencia de un contrato celebrado con autorización legislativa en el cual la aprobación del Órgano Legislativo no puede ser sustituido por otros elementos. Es decir, que solo con la concurrencia de estas tres expresiones de voluntad se puede perfeccionar el contrato de concesión del servicio de telecomunicación.

Sobre este punto el jurista Bercaitz expresa, que el contrato con autorización legislativa constituye "una etapa de la forma jurídica de expresión de la voluntad del Estado, de su asentimiento para celebrar el Contrato". Bielsa, por su parte, citado por Bercaitz, expresa que: "el contrato que se realiza fundado en autorización legislativa es un acto distinto de la ley misma que permite el surgimiento o el nacimiento del acuerdo de voluntades, el contrato, es el que crea la relación jurídica". (BERCAITZ, Miguel Angel. Teoría General de los Contratos Administrativos. 2da. Edición Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1990 p.270).

Por ende, afirmamos que la aprobación legislativa del contrato es un requisito de la forma o solemnidad, ya que es la manera de expresar la voluntad pública de contratar, amén de ser un refrendo o un acto de control del Poder Legislativo a ciertas actividades contractuales mediante las cuales el Poder Ejecutivo otorga a un ente específico el privilegio de exclusividad o monopolio en la explotación de un servicio público.

...

... En estos casos de alteración de las condiciones esenciales del contrato, la corrección sólo puede ser dispuesta por los mismos órganos que dictaron el acto contractual, ya que ellos son los únicos que pueden dar fe de la alteración del contenido del contrato (voluntad contractual). En estos supuestos se espera que la modificación opere hacia el futuro.

En consecuencia, consideramos que la modificación de las Metas 1, 2, 4, 9 y 16 del Contrato de Concesión N°134 de 1997, Anexo C, es un nuevo parámetro de cumplimiento, y por esto, requiere de la intervención y aprobación de la Asamblea Legislativa, como organismo refrendador o de control".

Por las anteriores consideraciones, solicitamos respetuosamente a los Honorables Magistrados que componen la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, declaren que ES NULA, POR ILEGAL, la Addenda N°002 de 30 de diciembre de 1999 al Contrato de Concesión N°134 de 29 de mayo de 1997, suscrita por el Ministro de Gobierno y Justicia en representación del Estado.

De la Honorable Magistrada Presidenta,

Original } Licdo. JOSE JUAN CEBALLOS
Firmado } Procurador de la Administración
(Suplente)

Dr. José Juan Ceballos
Procurador de la Administración
Suplente

AMdeF/17/bdec.

Licdo. Víctor L. Benavides P.
Secretario General.