

*Arreglado*

C-20

Panamá, 4 de Febrero de 2000

Ingeniero  
José Guanti  
Director Presidente del  
Ente Regulador de los Servicios Públicos.  
E. S. D.

Respetado Director:

Acusamos recibo de su comunicación del pasado 18 de enero del 2000, mediante la cual se nos formulan varias interrogantes relacionadas con las modificaciones a las Metas de Expansión y Calidad de Servicio estipuladas en el Contrato de Concesión N°134 de 29 de mayo de 1997, suscrito entre el Estado y la empresa Cable & Wireless Panamá, S.A.

**I. Preguntas:**

1. ¿Debe la Addenda al contrato de concesión otorgado a la empresa Cable & Wireless Panamá, S. A., de que trata el Artículo Primero de la Resolución N°133 de 29 de diciembre de 1999, para su perfeccionamiento y validez correspondientes ser aprobada por la Asamblea Legislativa tal como ocurrió con el contrato de concesión antes citado, que en su momento, fue aprobado por la

Asamblea Legislativa mediante la Resolución N°24 de 12 de mayo de 1997?

- 2. - ¿Puede modificarse, a través de una Addenda al contrato de concesión otorgado a la empresa Cable & Wireless Panamá, S. A., suscrita y/o formalizada en el año 2000, las metas de calidad y expansión de servicio de ese contrato que debieron cumplirse en el año 1999?

En ese sentido, ¿Podría una Addenda al contrato de concesión otorgado a la empresa Cable & Wireless Panamá, S. A., tener efectos retroactivos?

- 3. - ¿Asumiendo que, según su opinión, la Addenda en comentario deba ir a la Asamblea Legislativa, para recibir la aprobación correspondiente, como en su momento la recibió el Contrato de Concesión original, durante el tiempo que transcurra entre la firma de la Addenda y la aprobación de la Asamblea Legislativa qué metas tocaría verificar al Ente Regulador de los Servicios Públicos, en cumplimiento de sus funciones?. Es decir, ¿Le correspondería al Ente Regulador verificar el cumplimiento de las metas del contrato original o las que surjan como consecuencia de la Addenda?

- 4. - ¿Si del contenido de la Resolución de Gabinete N°133 de 29 de diciembre de 1999, se concluye que la autorización otorgada al Ministerio de Gobierno y Justicia mediante dicho instrumento, es únicamente para que suscriba, en nombre y representación de la República de Panamá, la Addenda al contrato de concesión N°134 ya señalado, en forma idéntica a la solicitud realizada por la empresa Cable & Wireless Panamá, S. A., para modificación de

las metas Nos. 1: Instalación de 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 citado contrato de concesión?

5. - En ese sentido, quisiéramos conocer si la Addenda N°1 para su perfeccionamiento y validez también requiere de la aprobación de la Asamblea Legislativa?

#### **Opinión de este Despacho:**

La situación fáctica de la consulta, debe analizarse detalladamente, ya que estamos en presencia de una situación de trascendencia nacional; por tratarse de la prestación de un servicio público, por una empresa privada. Las modificaciones o Addendas se refieren al Contrato de Concesión N°134 de 29 de mayo de 1997, suscrito entre el Estado y la empresa Cable & Wireless Panamá, S. A., y las atribuciones del Ente Regulador de los Servicios Públicos, en relación con estas modificaciones.

Por lo anterior, este dictamen estará encaminado a examinar las normas jurídicas que regulan la concesión administrativa, específicamente el servicio de telecomunicaciones y las facultades del Ente técnico especializado, encargado de su fiscalización, control y seguimiento.

Ante el primer planteamiento sobre el perfeccionamiento y validez de las Addendas al Contrato de Concesión consideramos que las Addendas que versen sobre modificaciones sustantivas al

objeto del contrato, deben someterse al mismo procedimiento seguido en la expedición del Contrato de Concesión.

En cuanto al Segundo cuestionamiento, sobre si tienen efecto retroactivo las modificaciones a las metas de calidad y expansión de las telecomunicaciones, opinamos que, no tienen efectos retroativos tratándose de la alteración de las condiciones contractuales acordadas con la empresa concesionaria, obligada ésta a ofrecer un buen servicio de telecomunicaciones a la comunidad.

La tercera interrogante versa sobre el objeto del Control de Calidad que ejerce el Ente Regulador respecto al cumplimiento de las metas de calidad y expansión que se comprometió a cumplir la empresa concesionaria, opinamos que el Ente Regulador está obligado legalmente para verificar trimestralmente el cumplimiento de las metas del contrato de concesión, para que al final de cada año rinda un informe evaluativo de dicho cumplimiento. En consecuencia, dicho informe debe elaborarse conforme a los parámetros fijados para ese período; es decir que, en el evento de la modificación las metas de calidad, al Ente Regulador, le corresponde evaluar estas metas a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial. (Ver artículo 167 y 73 de la Constitución Política).

La cuarta interrogante guarda relación con los poderes del Órgano Ejecutivo en la modificación del objeto del Contrato de Concesión. Si bien el ordenamiento jurídico le confiere al Ministerio de Gobierno y Justicia la facultad de suscribir las modificaciones a los contratos de concesión de telecomunicaciones, en nombre y representación de la República de Panamá, es imperativo que se consulte al organismo rector y técnico especializado en la vigilancia y control de este servicio especial a fin de que se evalúe si, efectivamente, se ha alterado, por razones unilaterales de la administración, el equilibrio económico financiero.

En cuanto al último tema sobre si la reforma o Addenda debe ser sometida a la aprobación de la Asamblea Legislativa, reiteramos lo expuesto en líneas precedentes al absolver la primera interrogante.

### **Fundamento de nuestra opinión:**

#### **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 lo que respecta al tema de la modificación de las metas de expansión y calidad de servicio contenidas en el Contrato, vía Addenda, es importante destacar lo siguiente:

El artículo 4 del Decreto Ejecutivo N°73 de 9 de abril de 1997. (G.O.23,263 de 10 de abril de 1997), establece que las metas de expansión y/o calidad de servicio son: "Aquellos objetivos que puede establecer el Ente Regulador o que se definan en las concesiones para cada servicio clasificado y que serán de obligatorio cumplimiento por los concesionarios de cada uno de los servicios a fin de asegurar una calidad mínima del servicio de telecomunicaciones y/o extensión geográfica de éstos. Estas Metas y/o Calidad de Servicios se entenderán para las concesiones Tipo A como el Programa de Inversiones, el Programa de Expansión y Modernización de la Red al que se refiere el Numeral 1 del Artículo 47 de la Ley"

Es de anotar que las metas de expansión y/o calidad de servicio son los objetivos que definen la concesión del servicio de telecomunicación, de ésto da cuenta el artículo 25 de la Ley 31 de 1996, que a la letra expresa:

"Artículo 25. Las condiciones y requisitos que establezca el Ente Regulador para el otorgamiento de concesiones, serán iguales

para todos los concesionarios que ofrezcan el mismo servicio.

Para la prestación de los servicios tipo A, el contrato de concesión incluirá, además de los requisitos establecidos en las normas que existen en materia de telecomunicaciones para las concesiones tipo A, lo siguiente.

1. Metas para el suministro de los servicios de telecomunicaciones;
2. Metas de calidad en la prestación de los servicios;
3. Responsabilidades inherentes a los servicios que prestará el concesionario;
4. Medidas para la protección de los clientes;
5. Disposiciones que garanticen que se competirá con los restantes concesionarios;
6. Los derechos a cargo de los concesionarios.”

Sobre el mismo, la cláusula 35, del Contrato establece lo siguiente:

**“CLÁUSULA 35<sup>a</sup>: METAS DE  
EXPANSIÓN Y CALIDAD DE SERVICIO**

Las Metas de Expansión y Calidad de Servicio tienen por objeto la mejora, expansión y, en su caso, la instalación y



organización de los servicios contenidos en la Cláusula 4ª de este **CONTRATO DE CONCESIÓN**. El **CONCESIONARIO** se obliga a (i) dar cumplimiento a las metas de expansión y calidad de servicio en los términos y condiciones establecidas en el Anexo C, el cual forma parte de este 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 contenidos en la Cláusula 4ª del presente **CONTRATO DE CONCESIÓN** por el término de éste.

El Estado, por conducto del Consejo de Gabinete autoriza mediante este Contrato de Concesión al **ENTE REGULADOR** para que pueda dispensar al **CONCESIONARIO** de su obligación de cumplir con una o varias de las metas o ajustar dichas metas para redistribuir las obligaciones del **CONCESIONARIO** en otras provincias en el evento de que éste demuestre a satisfacción del Ente Regulador, que dichas metas ya no son necesarias para satisfacer la demanda o no se justifican en atención a la necesidad de servicio a ser provistos para cumplir con las metas o por otros cambios materiales en circunstancias, las cuales a juicio del Ente Regulador justificarían la medida”

Según se desprende de esta cláusula 35, el objeto del contrato podrá ser modificado por mutuo acuerdo con la finalidad de realizar un ajuste económico.

Para la modificación de los contratos se acepta que el convenio se modifique sin mayores solemnidades y/o sin que concurra el Acto de Refrendo, si se trata de simples errores de escritura, expresión numérica, etc., ya que con ellos no se constituye una verdadera modificación esencial del contrato original, pues la modificación supondría que el acto contractual es el mismo. Si estamos en presencia de simples errores materiales en su emisión o instrumentalización se podría pensar en la retroactividad de sus efectos, considerándose el contrato corregido (Addenda), como si desde su nacimiento hubiese sido dictado correctamente.

Caso contrario ocurre cuando la modificación constituye una verdadera renovación de la voluntad contractual de las partes y se afecta con ello, el objeto o causa del contrato. 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.

Estas metas de cumplimiento podrán ser modificadas en tanto que incidan en el restablecimiento del equilibrio económico financiero del contrato de concesión. Sobre este aspecto, es el Ente

Regulador el organismo público que debe evaluar y constatar el desequilibrio económico y cobertura en la prestación de los servicios de telecomunicación básica local, básica nacional, básica internacional, servicios de terminales públicos y semipúblicos, y servicio de alquiler de circuitos dedicados de voz.

### **Observaciones sobre las facultades del Ente Regulador en relación con la concesión de los servicios de Telecomunicaciones.**

Por definición, el Ente Regulador es el organismo autónomo del Estado que tiene a su cargo el control y fiscalización del servicio público de telecomunicación. Al respecto, los artículos 1 y 3 de la Ley 26 de 29 de enero de 1996 "Por la cual se crea el Ente Regulador de los Servicios Públicos", disponen:

"Artículo 1. Creación. Créase el Ente Regulador de los Servicios Públicos, en adelante llamado el Ente Regulador, como organismo autónomo del Estado, con personería jurídica y patrimonio propio, con derecho a administrarlo y con fondos separados e independientes del gobierno Central.

El Ente Regulador tendrá a su cargo el control y fiscalización de los servicios públicos con sujeción a las disposiciones de esta Ley y las respectivas normas vigentes sectoriales en materia de servicios públicos.

El Ente Regulador actuará con independencia en el ejercicio de sus funciones, y estará sujeto a la fiscalización de la Contraloría

General de la República, conforme lo establecen la Constitución Política y esta Ley”

“Artículo 3. Competencia. El Ente Regulador ejercerá el poder de regular y controlar la prestación de los servicios públicos de abastecimiento de agua potable, alcantarillado sanitario, telecomunicaciones y electricidad, en adelante llamados servicios públicos, según lo establece la presente Ley y las leyes sectoriales respectivas”

A esta importante institución autónoma de nuestro país, le corresponde, entre otras atribuciones, verificar el cumplimiento de los niveles de calidad de los servicios en los aspectos técnicos, comerciales, legales y ambientales, y la de controlar el cumplimiento de las condiciones básicas para la prestación de los servicios públicos (Cfr. Numerales 3 y 7 del artículo 19 de la Ley N°26 de 1996). Es de resaltar que el Estado ha creado el Ente Regulador como una persona jurídica de derecho Público con una competencia especial, la cual le permite vigilar la buena prestación de los servicios públicos para procurar la promoción y mejora de la calidad de vida de los habitantes de nuestro país.

Esta atribución de funciones se sustenta en el principio de especialidad. Conforme a este principio de especialidad se delimita el ámbito de atribuciones del Ente que se encuentra previamente acordado en la Ley, y es de la Ley que se derivan las competencias propias, expresas e inherentes del Ente Regulador. Las competencias de este organismo surgen entonces, de sus fines y además de las políticas estatales, sectoriales de los servicios regulados. Dichas potestades implícitas, solo son factibles en tanto que se traten de actos favorables al servicio y a los usuarios.

En lo que respecta, al servicio de telecomunicaciones, el Decreto Ejecutivo N°73 de 9 de abril de 1997 “Por el cual se reglamenta la Ley N°31 de 8 de febrero de 1996, por la cual se dictan normas para la regulación de telecomunicaciones en la República de Panamá”, establece que el Ente Regulador de los Servicios Públicos tiene una decisiva participación en la evaluación de la prestación de este servicio.

En este sentido el artículo 3 establece lo siguiente:

“Artículo 3. El Ente Regulador constituye la única entidad con competencia para regular, ordenar, fiscalizar, entre otros, la y administración de los servicios de telecomunicaciones ...” (El subrayado es nuestro)

En cuanto al servicio de telecomunicaciones el Ente Regulador posee atribuciones particularmente esenciales, a saber:

- a. La intervención en el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato de concesión.
- b. En la ampliación o restricción del período de privilegio.
- c. En la evaluación del cumplimiento de las condiciones básicas del servicios.

En los contratos administrativos de concesión pueden producirse desequilibrios que afectan la base de lo acordado o la llamada ecuación económico financiera del contrato, para ello, la cláusula 12 del Contrato contempla una solución ceñida a la justicia conmutativa de todo contrato. Veamos:

**“CLÁUSULA 12ª: MODIFICACIONES  
DEL CONTRATO PARA MANTENER  
EL EQUILIBRIO ECONÓMICO  
FINANCIERO**

EL **CONCESIONARIO** tendrá derecho a exigir al **ENTE REGULADOR** el restablecimiento del equilibrio económico financiero de este **CONTRATO DE CONCESIÓN** a fin de salvaguardar la regularidad, continuidad, eficiencia, expansión y cobertura en la prestación de los servicios contenidos en la cláusula 4ª de este Contrato.

Durante el periodo de exclusividad temporal establecido en la Cláusula 8ª de este Contrato, que vence el 1º de enero del año 2003, el **CONCESIONARIO** tendrá derecho a obtener un reajuste económico para el restablecimiento del equilibrio económico financiero, cuando éste resulte substancialmente alterado y se tornen excesivamente onerosas las condiciones de ejecución del contrato como consecuencia directa y particular del ejercicio de actos gubernamentales de carácter unilateral. El restablecimiento económico financiero se efectuará mediante un reajuste del régimen tarifario de tope de precios establecidos en la Cláusula 39ª de este Contrato, o mediante una modificación de las metas de expansión y de calidad de servicio contempladas en el Anexo

C de este **CONTRATO DE CONCESIÓN**, o mediante cualquier otro mecanismo que acuerden las partes de este Contrato”.

La noción de equilibrio financiero del Contrato Administrativo de Concesión, está comprendida en el ordenamiento jurídico panameño, como un mecanismo de equivalencia honesta de las prestaciones, es decir, entre las ventajas que se otorgan al Contratista y lo que se le exige.

Según la cláusula doce transcrita, es al Ente Regulador a quien le compete la evaluación de los beneficios obtenidos y las cargas gravadas a la empresa concesionaria. Es decir, el Ente efectúa el balance entre contrapartidas (perdidas previstas) y beneficios probables. Este ejercicio se debe hacer durante la ejecución del contrato. Si el Ente determina la existencia de un desequilibrio económico o financiero provocado, “o como consecuencia directa y particular de actos gubernamentales de carácter unilateral”, podrá ordenar un ajuste al régimen tarifario o una modificación de las metas de expansión y/o de calidad de servicio que debe brindar la empresa.

De lo expuesto se puede afirmar que el Ente Regulador tiene un papel fundamental en las modificaciones del Contrato de Concesión, en virtud de ser el organismo técnico de revisión del equilibrio económico-financiero del Contrato.

Igualmente, el Ente Regulador asume un rol vital en la concesión del privilegio de exclusividad. Por un lado, puede por sí mismo prorrogar, desde 90 días calendarios a un año el privilegio de exclusividad. Por otro lado, por un período mayor de un año de exclusividad, recomendar al Poder Ejecutivo la prórroga del privilegio.

De lo antedicho, da cuenta el cuarto párrafo del artículo 14 del Decreto Ejecutivo 73 de 1997. Veamos:

“Artículo 14. El Ente Regulador podrá recomendar la extinción del privilegio de exclusividad temporal o de limitación numérica cuando los concesionarios no cumplan en forma sustancial las metas de expansión o calidad establecidas en sus respectivos contratos de concesión, siempre y cuando el Ente Regulador, al momento de la notificación del incumplimiento, otorgue un término de ciento cincuenta (150) días calendario para corregirlo.

Se entiende que un concesionario no ha cumplido en forma sustancial con las metas de expansión y/o calidad contenida en su respectivo contrato de concesión cuando ocurra cualquiera de los dos siguientes casos:

- a- El no cumplir al menos un ochenta por ciento (80%) de una misma meta de las contenidas en sus respectivos contratos de concesión durante dos (2) años consecutivos o no.
- b- El no cumplir al menos con el setenta y cinco por ciento (75%) del total de las metas contenidas en el contrato de concesión durante un (1) año.



Asimismo, el Ente Regulador extenderá el privilegio de exclusividad temporal o régimen de limitación numérica por un período no inferior a noventa (90) días calendario ni superior a un (1) año por fuerza mayor o caso fortuito. Cuando la fuerza mayor o el caso fortuito sea de una magnitud tal, que implique que el período de exclusividad temporal o régimen de limitación numérica requiera ser extendido por un período mayor de un (1) año, el Consejo de Gabinete lo extenderá previa recomendación favorable del Ente Regulador”.

Otra importante atribución es la de controlar el cumplimiento de las condiciones básicas de prestación de los servicios públicos, verificando el cumplimiento de las metas de mejoramiento, la expansión de los servicios y el mantenimiento de las instalaciones. (Ver numerales 3 y 7 del Artículo 19 de la Ley 26 de 1996).

Es indudable que durante el período de exclusividad temporal de que goza la concesionaria, el Estado ha confiado en el Ente Regulador la facultad de ejercer la vigilancia constante en la prestación de un servicio básico, en este caso el de las telecomunicaciones.

En relación con la finalidad de los Entes Reguladores, el eminente autor Gordillo afirma que: “La finalidad es de tutelar los deberes y derechos de los usuarios”, (GORDILLO, Augusto. Tratado de Derecho Administrativo. Editorial de Derecho Administrativo. Tomo II, P. VII-25 y sgts).

## V. Conclusión:

Realizado el examen de las normas legales, este Despacho se percata que las modificaciones al Contrato de Concesión de Telecomunicaciones que versa sobre las metas de calidad y/o expansión de servicio, deben cumplir con el procedimiento de ser aprobadas por mutuo acuerdo de la empresa concesionaria y el Consejo de Gabinete y aprobadas por la Asamblea Legislativa.

Por último, y no por ello menos importante, sino muy por lo contrario, en dichas modificaciones tiene un papel necesario y trascendental la opinión técnica y especializada del Ente Regulador de los Servicios Públicos, como organismo público independiente creado legalmente para garantizar la promoción y mejora de la calidad de vida de los panameños, como usuarios y beneficiarios de las prestación de los servicios públicos por parte de las empresas concesionarias.-

Esperando haber contribuido al esclarecimiento de sus interrogantes, me suscribo de Usted, atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher  
Procuradora de la Administración

Alma Montenegro de Fletcher  
Procuradora de la Administración.

AMdeF/15/8/hf.