

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Nulidad**

El Licenciado Víctor Almengor en representación de **T.L. KOM INTERNACIONAL SERVICES CORP.**, para que se declare nulo, por ilegal, el Contrato de Concesión suscrito por BSC DE PANAMÁ, S.A. (ahora Telefónica Móviles Panamá, S.A.) con el Estado, el día 30 de enero de 1996.

Concepto

Honorable Magistrado Presidente de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia.

Acudo ante esa Corporación de Justicia con la finalidad de emitir el concepto de la Procuraduría de la Administración en el proceso Contencioso Administrativo de Nulidad descrito en el margen superior, con fundamento en el numeral 3, del artículo 5 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000.

I. Las normas que se aducen infringidas.

a. Se señala la infracción del artículo 17 de la Ley 43 del 21 de julio de 1995, que se refiere a la facultad del Consejo de Gabinete para adjudicar definitivamente la Licitación Pública a la empresa que ofrezca el mejor precio por el derecho a la concesión del servicio de telefonía móvil celular de la Banda "A".

Se hace referencia al artículo 1110 del Código Civil relativo a la imposibilidad de contratar en nombre de otro

sin estar debidamente autorizado o sin tener la representación legal. También se menciona el artículo 66 de la Ley 56 de 1995 que se refiere a la nulidad de los Contratos y el artículo 1141 del Código Civil relativo a la nulidad absoluta en los actos o contratos.

El abogado de la sociedad demandante señala que el Ministro de Gobierno y Justicia de la época, en nombre y representación del Estado panameño firmó el día 31 de enero de 1996, de manera anticipada, el Contrato de Concesión para la prestación del servicio de telefonía móvil celular suscrito con la empresa BSC DE PANAMÁ, S.A., que luego se llamó BELLSOUTH PANAMÁ, S.A., y ahora se denomina TELEFÓNICA MÓVILES DE PANAMÁ, S.A.

Añade que de conformidad con el artículo 17 de la Ley 43 de 21 de junio de 1995, el Consejo de Gabinete debió adjudicar en forma definitiva la respectiva licitación antes de proceder a la firma de Contrato objeto del acto público, lo que a su juicio no ocurrió, porque el acto de adjudicación contenido en la Resolución de Gabinete Núm. 25 del 3 de febrero de 1996 entró a regir en esta misma fecha (cuando se dio su promulgación), mientras que la firma del Contrato de Concesión para la prestación del servicio de telefonía móvil celular de la banda "A", entre BELLSOUTH PANAMÁ, S.A. (antes BSC DE PANAMÁ, S.A., y ahora TELEFÓNICA MÓVILES PANAMÁ, S.A.) y el Estado panameño se produjo el día 31 de enero de 1996.

b. Se señala la infracción del artículo 18 de la Ley 43 del 21 de julio de 1995, relativo a la suma de dinero que debe pagar el proponente que resulte ganador de la Licitación

Pública, ofrecida en la propuesta, antes de la firma del Contrato de Concesión por parte del Ministro de Gobierno y Justicia.

También se citan los numerales 1 y 2 del artículo 1141 del Código Civil, que se refieren a la nulidad absoluta en los actos o contratos por falta de alguna de las condiciones esenciales para su formación o para su existencia, y cuando falta algún requisito o formalidad exigida por la Ley para el valor de ciertos actos o contratos, en concordancia con el artículo 66 de la Ley 56 de 1995, relativo a la nulidad de los contratos.

El abogado de la sociedad demandante manifiesta que el Contrato de Concesión del servicio de telefonía móvil celular de la Banda "A" fue ilegalmente firmado por el Ministro de Gobierno y Justicia el día 31 de enero de 1996, cuando el adjudicatario de la Licitación Pública 2-96 aún no había pagado la suma ofrecida en su propuesta; es decir, los US\$72,610,000.00.

c. Se señala la infracción del artículo 68 de la Ley 56 de 1995, que se refiere a la formalización del Contrato por parte del Ministro o representante legal de la entidad licitante, una vez ejecutoriada la resolución de adjudicación definitiva y constituida la fianza definitiva.

El abogado de la sociedad demandante reitera que la firma del Contrato de Concesión por parte del representante del Estado fue el día 31 de enero de 1996, sin que estuviera ejecutoriada y en firme la Resolución de adjudicación definitiva de la Licitación Pública respectiva.

d. Se señala la infracción del artículo 1112 del Código Civil, que se refiere a los requisitos necesarios para la validez de todo contrato.

El abogado de la sociedad demandante indica que ante la ausencia en el Contrato de Concesión de alguno de los requisitos esenciales consagrados en el artículo 1112 del Código Civil, como lo es la falta de consentimiento por parte del Estado panameño, se produce la inexistencia del acuerdo de voluntad contractual.

e. Se señala la infracción del artículo 60 de la Ley 56 de 1995, relativo a las causales de nulidad absoluta en materia de Contratación Pública.

El abogado de la sociedad demandante indica que el Contrato de Concesión de Telefonía Móvil Celular de la Banda "A" fue celebrado con prescindencia absoluta del procedimiento establecido en la Ley para su nacimiento a la vida jurídica.

II. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

El artículo 9 de la Ley 43 del 21 de julio de 1995 estableció el procedimiento que debía seguirse para la Licitación Pública 2-96 de la Banda "A" del Servicio de Telefonía Móvil Celular, el cual debía regirse por las siguientes reglas: 1. Elaboración del pliego de cargos y especificaciones, 2. Precalificación, 3. Negociaciones de los documentos de la licitación y fianza de propuesta, 4. Homologación y **firma del Contrato de concesión por los proponentes**, 5. Presentación de la propuesta económica y 6. Adjudicación de la concesión, (cfr. páginas 4 y 5 de la

Gaceta Oficial número 22,833 del 25 de julio de 1995, que constituye la prueba #9 de la Administración).

Todas esas etapas se surtieron conforme a la Ley, según consta en las pruebas #1, #2, #3, #4, #5, #6, #7, #8, #9, #11 y #12 de la Administración.

El artículo 16 de la Ley 43 del 21 de julio de 1995 y el numeral 6, del artículo 10.5 del Pliego de Cargos establecían que cada participante -para formular su oferta en la Licitación Pública- entregaría un sobre cerrado que debía contener, entre otras cosas, el Contrato de Concesión aprobado por el Consejo de Gabinete y debidamente firmado por el proponente, (cfr. páginas 7 y 8 de la Prueba #1 de la Administración y la página 8 de la Prueba #9 de la Administración).

Efectivamente, **el día 31 de enero de 1996 se llevó a cabo la Licitación Pública 2-96** relativa a la Concesión para la Prestación del Servicio de Telefonía Móvil Celular de la Banda "A". La empresa BSC DE PANAMÁ, S.A. presentó la oferta más alta por el derecho de concesión; concretamente, la suma de US\$72,610,000.00. Junto con su oferta económica, **la empresa adjuntó un ejemplar del Contrato de Concesión debidamente firmado por el proponente**, según consta en la copia autenticada del Acto Público, (cfr. la prueba #11 de la Administración).

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 15.1 y 15.2 del Pliego de Cargos, al Consejo de Gabinete le correspondía efectuar la **Adjudicación Definitiva de la Licitación Pública 2-96** al participante que ofertara el

precio más alto por el derecho a la concesión, el cual debía ser pagado en su totalidad antes de la formalización del contrato de concesión, (cfr. página 14 de la Prueba #1 de la Administración).

En efecto, el Consejo de Gabinete **adjudicó de manera definitiva la Licitación Pública 2-96**, para el Otorgamiento de la Concesión de la Banda "A" del Servicio de Telefonía Móvil Celular, mediante Resolución de Gabinete Núm. 25 del 3 de febrero de 1996, publicada en la G.O. 22,968 del **6 de febrero de 1996**, (cfr., páginas 21 y 22 de la Prueba #12 de la Administración).

De acuerdo con lo indicado en los literales a, b y c del artículo 17.1 del Pliego de Cargos, después de la Adjudicación Definitiva de la Licitación Pública 2-96, el concesionario debía hacer entrega al Ministro de Hacienda y Tesoro de la suma de dinero que le correspondía pagar por razón de la concesión prevista en el Contrato. Simultáneamente, el concesionario debía entregar la fianza de cumplimiento exigida en el Pliego de Cargos y los demás documentos de la Licitación Pública 2-96. **Recibido el pago a satisfacción, el Ministro de Gobierno y Justicia procedería a firmar el Contrato, lo sometería al refrendo del Contralor General de la República** y le entregaría una copia del Contrato debidamente perfeccionado al concesionario, (cfr. página 16 de la Prueba #1 de la Administración).

El **día 26 de febrero de 1996** el Ministerio de Hacienda y Tesoro remitió al Banco Nacional de Panamá por cuenta de BSC DE PANAMÁ, S.A., la suma de US\$62,610,000.00 y el **día 27 de**

febrero de 1996 la suma de US\$10,000,000.00 para un total de US\$72,610,000.00, de conformidad con la fecha indicada en el artículo 17.1 del Pliego de Cargos. Simultáneamente, **el día 26 de febrero de 1996**, BSC DE PANAMÁ, S.A. entregó la Fianza de Cumplimiento del Contrato de Concesión para operar y explotar el Servicio de Telefonía Celular en la Banda "A", por un monto de US\$5,000,000.00, (cfr. las pruebas #15 y #16 de la Administración).

El Ministro de Gobierno y Justicia procedió a firmar el Contrato de Concesión para operar y explotar el Servicio de Telefonía Celular en la Banda "A" el día **27 de febrero de 1996**, según lo exigido en el literal c, del artículo 17.1 del Pliego de Cargos y acatando la instrucción contenida en el artículo segundo de la Resolución de Gabinete Núm. 25 de 3 de febrero de 1996; luego, lo sometió al refrendo de la Contraloría General de la República y le entregó una copia del Contrato debidamente perfeccionado al concesionario. Esa es la razón por la cual el Contrato 30-A del 5 de febrero de 1996, según se indica en la fe de erratas, fue publicado debidamente perfeccionado en la Gaceta Oficial Núm. 23,054 del 10 de junio de 1996, (cfr. las pruebas #5, #6 y #7 de la Administración, la página 16 de la prueba #1 de la Administración y la página 22 de la prueba #12 de la Administración).

En la página 31 del Contrato de Concesión, se observan las firmas de los representantes de las partes contratantes: por parte del Estado, el entonces Ministro de Gobierno y Justicia, Raúl Montenegro Diviazo; por parte de la empresa

BSC DE PANAMÁ, S.A., Luis La Rocca; por BELLSOUTH PANAMÁ LIMITED, Rawdon W. McArthur; por BSC CAYMAN GENERAL PARTNERSHIP, Rawdon W. McArthur en representación de BELLSOUTH PANAMÁ LIMITED y Emmanuel González-Revilla Lince en representación de CELLULAR HOLDINGS, INC., refrendado por Arístides Romero, en su condición de Contralor General de la República, (cfr. fojas 31 y 32 del expediente judicial y las Pruebas #5 y #6 de la Administración).

Al pie de la página 31 de la Gaceta Oficial 23,054 del 10 de junio de 1996 se observa un sello de la Notaría Pública Décima del Circuito de Panamá, mediante el cual se certifica la autenticidad de las firmas de **Luis La Rocca, Rawdon W. McArthur y Emanuel González-Revilla Lince**, el día 30 de enero de 1996, (cfr. foja 31 del expediente judicial y la Prueba #6 de la Administración).

Aunque el sello de la Notaría Pública Décima del Circuito de Panamá da la impresión que el Contrato de Concesión fue firmado antes de que fuera adjudicada definitivamente la Licitación Pública 2-96 y que el Ministro de Gobierno y Justicia estuviera autorizado para suscribirlo, de los elementos probatorios aportados al proceso y a los que se ha hecho referencia, se colige que la firma del Ministro que representó al Estado y que se observa en el Contrato de Concesión se rubricó el día **27 de febrero de 1996**, después que se verificara el pago de la suma de US\$72,610,000.00 ofertada por BSC DE PANAMA, S.A. por el derecho de concesión, la consignación de la fianza de cumplimiento y la autorización del Consejo de Gabinete, según se indica en los

Informes de Conducta de los expedientes 192-04 y 222-04 (acumulados) que se tramitan en la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia y cuyas causas de pedir coinciden con la pretensión del proceso que en esta Vista se analiza, (cfr. pruebas #13 y #14 de la Administración).

Por consiguiente, no se han infringido los artículos 17 de la Ley 43 de 1995, 1110 del Código Civil, 66 de la Ley 56 de 1995, 18 de la Ley 43 de 1995, 1141 (numerales 1 y 2) del Código Civil, 68 de la Ley 56 de 1995, 1112 del Código civil ni 60 de la Ley 56 de 1995, invocados por la sociedad demandante.

Por lo expuesto, esta Procuraduría solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que NO ES ILEGAL el Contrato de Concesión suscrito por BSC DE PANAMÁ, S.A. (ahora Telefónica Móviles Panamá, S.A.) con el Estado, el día 5 de febrero de 1996.

Pruebas:

Adjuntamos como pruebas de la Administración, las siguientes:

1. Copia autenticada del Pliego de Cargos de la Licitación Pública 2-96 denominado Otorgamiento de la Concesión para la Prestación del Servicio de Telefonía Móvil Celular de la Banda "A" y del modelo del Contrato de Concesión correspondiente.

2. Copia autenticada de la Gaceta Oficial Núm. 22,923 del 4 de diciembre de 1995, que contiene la Resolución de Gabinete Núm. 395 del 27 de noviembre de 1995, "por la cual se aprueba el Pliego de Cargos y el Contrato de Concesión de

la Banda "A" del Servicio de Telefonía Móvil Celular de conformidad a lo que establece la Ley 43 de 21 de julio de 1995."

3. Copia autenticada de la Convocatoria de Precalificación, Concesión de la Banda "A" para la Operación del Servicio de Telefonía Móvil Celular. Documento de Condiciones de Precalificación.

4. Copia autenticada de la Gaceta Oficial Núm. 22,883 del 4 de octubre de 1995 que contiene el Resuelto Núm. 386 del 22 de septiembre de 1995, por el cual se declaran precalificadas las empresas para participar en la Licitación Pública para la Concesión de la Banda "A" de la Telefonía Móvil Celular.

5. Copia autenticada del Contrato de Concesión relativo a la Licitación Pública 2-96 para el Otorgamiento de la Concesión para la Prestación del Servicio de Telefonía Móvil Celular de la Banda "A".

6. Copia autenticada de la Gaceta Oficial Núm. 23,054 del 10 de junio de 1996, que contiene el Contrato 30-A suscrito entre el Estado y BSC DE PANAMÁ, S.A.

7. Copia autenticada de la Gaceta Oficial Núm. 23,055 del 11 de junio de 1996 que contiene la fe de erratas, en la que se indica que la fecha correcta del Contrato 30-A es el día 5 de febrero de 1996.

8. Copia autenticada de la primera plana del periódico La Prensa del día miércoles 28 de febrero de 1996 en la que aparece publicada la noticia "Bell South paga US\$72.6 millones por la Banda "A"."

9. Copia autenticada de la Gaceta Oficial 22,833 del 25 de julio de 1995, que contiene la Ley 43 del 21 de julio de 1995, por la cual se modifican artículos de la Ley 17 de 1991 y se dictan otras disposiciones.

10. Copia autenticada de la Gaceta Oficial 22,957 del 23 de enero de 1996, que contiene el Decreto Ejecutivo Núm. 21 del 12 de enero de 1996, por el cual se dicta el Reglamento sobre la Operación del Servicio de Telefonía Móvil Celular".

11. Copia autenticada del Acta de la Licitación Pública 2-96 del 31 de enero de 1996, "Para el Otorgamiento de la Concesión para la Prestación del Servicio de Telefonía Móvil Celular de la Banda "A".

12. Copia autenticada de la Gaceta Oficial 22,968 del 6 de febrero de 1996, que contiene la Resolución de Gabinete Núm. 25 del 3 de febrero de 1996, "por la cual se adjudica definitivamente la Licitación Pública No. 2-96 para el Otorgamiento de la Concesión de la Banda "A" del Servicio de Telefonía Móvil Celular."

13. Copia autenticada de la Nota Núm. **247-D.M.-04** del 6 de mayo de 2004, que contiene el Informe de Conducta dictado por el entonces Ministro de Gobierno y Justicia, y remitido al Magistrado Sustanciador, en el que se indica que la firma del Contrato fue el día 27 de febrero de 1996, (**expediente número 192-04** que se tramita en la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia).

14. Copia autenticada de la Nota Núm. **265-D.M.-04** del 24 de mayo de 2004, que contiene el Informe de Conducta

rendido por el entonces Ministro de Gobierno y Justicia, y remitido al Magistrado Sustanciador, en el que indica que la firma del Contrato fue el día 27 de febrero de 1996 (**expediente número 222-04 acumulado con el expediente 192-04** que se tramitan en la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia).

15. Copia autenticada de la Nota Núm. 04(34040-01)830 del 11 de junio de 2004 en la que constan las fechas en las que el Ministerio de Hacienda y Tesoro recibió de BELLSOUTH PANAMÁ, S.A., los pagos correspondientes al derecho de concesión.

16. Copia autenticada de la Nota dictada por BSC DE PANAMÁ, S.A., del 26 de febrero de 1996, dirigida al Ministerio de Gobierno y Justicia y a la Contraloría General de la República, mediante la cual se remite la Fianza de Cumplimiento del Contrato de Concesión para operar y explotar el Servicio de Telefonía Celular de la Banda "A".

17. Copia autenticada de la Vista Núm. 409 del 6 de agosto de 2004, emitida por la Procuraduría de la Administración, con sus correspondientes firmas y el sello de recibido de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

Se aduce como prueba de la Administración, el expediente número 192-04 acumulado con el expediente número 222-04 que se tramitan en la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia y cuyas causas de pedir coinciden con la pretensión del proceso que en esta Vista se analiza.

Se aduce como prueba de la Administración, la Resolución de Gabinete Núm. 90 del 11 de agosto de 2004, "por la cual se

autoriza a TELEFÓNICA MÓVILES, S.A. para que sustituya a BELLSOUTH CORPORATION, como socio operador de BELLSOUTH PANAMÁ, S.A., dentro de la Concesión otorgada mediante el Contrato Núm. 30-A del 5 de febrero de 1996", que aparece publicada en la Gaceta Oficial Núm. 25,116-A del 16 de agosto de 2004, y es un documento público, (cfr. artículo 786 del Código Judicial).

Derecho: Negamos el derecho invocado.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Oscar Ceville
Procurador de la Administración

OC/5/iv.

Alina Vergara de Chérigo
Secretaria General, a.i.