

Vista N° 355

16 de Julio de 2001

Proceso Contencioso
Administrativo de
Nulidad.

Concepto.

Promovido por el Licdo. Florencio Barba en su propio nombre y representación, para que se declare nula, por ilegal, la Addenda N° 3 de 27 de noviembre de 2000, al Contrato de Concesión N°134 de 29 de mayo de 1997, suscrita por el Ministro de Gobierno y Justicia y Cable & Wireless Panamá, S.A.

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 Nulidad 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 declaren nula, por ilegal, la Addenda N°3 de 27 de noviembre de 2000, mediante la cual se modifica el Anexo E del 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.

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, por omisión, lo estipulado en el artículo 20 de la Ley N°5 de 9 de febrero de 1995, que se lee de la siguiente manera:

"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". (Énfasis y subrayado suplido por el demandante).

Como concepto de infracción, el apoderado judicial de la demandante señala que "Esta norma fue infringida en concepto de violación directa por omisión, ya que al no remitirse a la Asamblea Legislativa la addenda No 3 que ha experimentado el Contrato de Concesión No 134, se ha pretermitido un elemento indispensable para su validez y existencia jurídica."

Agrega, por otro lado que, con sujeción a lo dispuesto en la Cláusula 64ª del Contrato de Concesión N°134 de 29 de febrero de 1997, este contrato sólo podrá ser modificado por acuerdo de las partes y con las formalidades señaladas en las leyes vigentes.

Según lo indicado en un dictamen jurídico de la Procuraduría de la Nación, dice el actor que "Así, como "la aprobación del contrato es un requisito de la forma o

emunidad, ya que es la manera de 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."

Basándose en los hechos y argumentos expuestos, el demandante solicita a esa superioridad judicial que declare por ilegal, la Addenda No 3, suscrita en torno al Contrato de Concesión No 134 de 29 de mayo de 1997, publicado en la Gaceta Oficial No 23, 311 de 17 de junio de 1997.

III. Concepto.

Mediante Contrato de Concesión N°134 de 29 de mayo de 1997, la República de Panamá y la empresa denominada INTEL (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.

Las Cláusulas principales que acuerdan las partes ante la Addenda No 3 impugnada, señalan:

PRIMERO: Ambas partes convienen en adicionar y establecer para el año 2001, un (sic) Tarifa de Servicio Popular con un cargo básico de B/ 2.50 mensuales y un cargo por minuto o fracción de minuto de B/ 0.04.

SEGUNDO: Ambas partes convienen modificar para el año 2001, el cargo Básico Mensual Residencial del Plan 3 de B/ 27.00 mensuales a B/ 29.00 mensuales.

TERCERO: Las partes declaran que los términos y condiciones del Contrato No 134

de 29 de mayo de 1997 continuarán en pleno vigor y efecto, tal como los mismos son modificados mediante las cláusulas anteriores."

A juicio de la demandante la Addenda N°3 de 27 de noviembre de 2000, al Contrato de Concesión N°134 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 N°134 de 29 de mayo de 1997 y en el artículo 20 de la Ley N°5 de 9 de febrero de 1995, dicha la modificación al Contrato de Concesión requería de la intervención y aprobación, mediante resolución, de la Asamblea Legislativa.

En nuestra opinión, acompaña la razón al demandante que en este caso coincide con el criterio de la señora Procuradora de la Administración, expuesto en su Nota C-020 de 3 de febrero de 2000; toda vez que como lo señala la demanda mencionada y la demandante, 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 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 Órgano Ejecutivo, representado por el Ministro de Gobierno y Justicia; la empresa, identificada en la persona de su representante legal; y el Órgano Legislativo, es nuestro criterio que la modificación del Contrato de Concesión N°134

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 expresa dirigida a producir esos efectos jurídicos tiene que cumplir las formalidades señaladas en las leyes vigentes y, en el caso concreto, la voluntad del Estado expresada en la Addenda N° 3 de 27 de noviembre de 2000, 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 se cumplió uno de los elementos formales necesario para su perfeccionamiento: la aprobación por parte del Organismo Legislativo.

A mayor abundamiento, nos permitimos transcribir especialmente el criterio de la señora Procuradora de la Administración contenido en la Nota mencionada, que en sus términos 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 Tercera, de lo Contencioso Administrativo, declaren que NULA, POR ILEGAL, la Addenda N° 3 de 27 de noviembre de

al Contrato de Concesión N°134 de 29 de mayo de 1997,
escrita por el Ministro de Gobierno y Justicia en
representación del Estado y la empresa Cable & Wireless
Panamá, S.A.

De la Honorable Magistrada Presidenta,

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

Dr. José Juan Ceballos
Procurador de la Administración
Suplente

EF/10/17/bdec.

Licdo. Víctor L. Benavies P.
Secretario General