

6 de agosto de 1999

Demanda Contencioso  
Administrativa de  
Nulidad.

Concepto. Interpuesta por la firma Cochez-Pages-Abogados en representación de Ansaldo Energía, S.A., para que se declaren nulos, por ilegales, los Contratos de Cesión suscritos entre el Instituto De Recursos Hidráulicos y Electrificación (IRHE) y la Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A.

Señor Magistrado Presidente de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia:

Con nuestro habitual respeto concurrimos ante ese Honorable Tribunal, a fin de emitir concepto sobre la Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad que se enuncia en el margen superior del presente escrito.

En estos procesos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 348, numeral 1, del Código Judicial, actuamos en interés de la Ley.

I. La pretensión de la parte actora.

El demandante, en ejercicio de la acción popular, pide a su Digno Tribunal que se declaren nulos, por ilegales, los Contratos de Cesión de 28 de septiembre y 2 de octubre de 1998, suscritos entre el Instituto de Recurso Hidráulicos y Electrificación (IRHE) y la Empresa de Transmisión Eléctrica (ETESA), mediante los cuales el IRHE cedió a ETESA los derechos y obligaciones dimanantes de los Contratos N°DG-309-94 y N°DG-003-95, celebrados entre el IRHE y la empresa ANSALDO GIE, S.R.L, (ANSALDO ENERGÍA, 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:

a. El artículo 54 del Código Fiscal, el cual dice así:

¿Artículo 54: Los contratistas podrán ceder los derechos que nazcan del contrato siempre que no éste prohibida la cesión por leyes o disposiciones que regulen el mismo, o por las condiciones consignadas en los pliegos de cargos que hayan servido de base a la licitación. Sin embargo, en todos los casos será preciso que el cesionario reúna las condiciones y preste las garantías exigidas al contratista, y que el Ministerio o entidad respectiva consienta con la cesión, haciéndolo constar así en el expediente respectivo¿.

Concepto de la Infracción:

¿A ambos de los contratos que fueron cedidos, objetos de la presente acción, el DG309-94 y el DG003-95, suscritos entre el INSTITUTO DE RECURSOS HIDRÁULICOS Y ELECTRIFICACIÓN y ANSALDO ENERGÍA SpA en 1994, se les aplica el Artículo 54 del Código Fiscal...

Lo anterior es así en función de lo que disponen las cláusulas vigésimas de ambos contratos, el DG-309-94 y DG003-95, antes mencionados, la cual textualmente dicen lo siguiente:

´VIGESIMA: La cesión de los derechos que emanen de este Contrato, se ajustará a las normas específicamente contenidas en el Artículo 54 del Código Fiscal de Panamá y con las limitaciones establecidas en el Pliego de Cargos de la Licitación Pública...

...

Del artículo 54 del Código Fiscal, vigente antes de la Ley 56 de 1995, estimamos que esta norma ha sido violada en el caso de los contratos objeto de esta acción de nulidad, ambos suscritos en 1995 (DG309-94 y DG003-95), al momento de la privatización del IRHE por omisión, ya que no fue tomado en cuenta el contenido de dicha imperativa norma del Código Fiscal. (Cf. f. 104 y 106)

b. El artículo 75 de la Ley N°56 de 27 de diciembre de 1995:

¿Artículo 75: Los contratistas podrán ceder los derechos que nazcan del contrato, previo el cumplimiento de las formalidades establecidas por la Ley, el reglamento, o por las condiciones consignadas en el pliego de cargos que haya servido de base al procedimiento de selección de contratista. Sin embargo, en todos los casos, será preciso que el cesionario reúna las condiciones y preste las garantías exigidas al contratista y que el ministerio o entidad respectiva y el garante consientan en la cesión, haciéndolo constar así en el expediente respectivo¿.

En cuanto al concepto de infracción, expresa el recurrente que en todos los contratos vigentes entre el IRHE y ANSALDO ENERGÍA, SpA, suscritos después de la vigencia de la Ley N°56 de 27 de diciembre de 1995, aparece una cláusula como la vigésima de los contratos DG-309-94 y DG-003-95, que reflejan el espíritu que sobre la materia de cesiones siempre ha existido entre el IRHE y ANSALDO ENERGÍA SpA.

Estima que esta norma de la Ley de Contratación Pública ha sido violada por omisión. Hacer notar que ANSALDO ENERGÍA SpA, desconoce a que empresas ha cedido o traspasado el IRHE los contratos pendientes, a pesar de que desde hace tiempo dicha empresa le solicitó a esa institución que le proporcionara detalles sobre el proceso de privatización.

Afirma, ANSALDO ENERGÍA S.p.A., es consciente de que no podía cuestionar el contenido del artículo 161 de la Ley N°6 de 1997; no obstante, a su juicio, el texto de la norma debió ser interpretado cónsonamente con lo dispuesto en el Artículo 75 de la Ley N°56 de 1995.

Agrega que las consecuencias de la falta de comunicación son funestas y producirán daños a terceros provenientes de un proceso de privatización que debió cumplirse ordenadamente, respetando los contratos ya existentes, y sobre todo respetando el derecho que tienen los contratistas de conocer los términos de la cesión contractual.

c. El artículo 3, numeral 17, de la Ley N°56 de 1995.

¿17. Pliego de Cargos. Conjunto de requisitos exigidos unilateralmente por la entidad licitante, que especifican el suministro de bienes, la construcción de obras públicas o la contratación de servicios, incluyendo los términos y condiciones del contrato a celebrarse, los derechos y obligaciones de los oferentes y el contratista, y el mecanismo procedimental a seguir en la formalización y ejecución del contrato.

El pliego de cargos constituye la fuente principal de derechos y obligaciones entre proponentes y la entidad licitante, en todas las etapas de selección de contratista y

ejecución del contrato y, en consecuencia, incluirá reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la participación de los interesados en igualdad de condiciones.

Concepto de la violación.

Constituye el Pliego de Cargos, la fuente principal de derechos y obligaciones entre proponentes y la entidad licitante, tanto en la etapa de preselección contractual como en la ejecución del contrato. Siendo intuitu personae los contratos objeto de la presente demanda, y no estipulando los Pliegos de Cargos de los contratos que tenían el IRHE y ANSALDO ENERGÍA SpA., nada al respecto de la posibilidad de ceder los derechos y obligaciones a un cesionario que no fuera lo estipulado en la cláusula prototipo que a continuación transcribimos (vigésima en el contrato N°DG-142-96, por ejemplo, objeto de similar acción que se tramita hoy en día en la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia).

La cesión de los derechos que emanen de este contrato, se ajustará a las normas específicamente contenidas en el Artículo 75 de la Ley 56 de 27 de diciembre de 1995 y con las limitaciones establecidas en el Pliego de Cargos de la Licitación Pública N°028-93.

Este artículo tiene relación con el Artículo 75 de la Ley N°56 de 1995, y por lo tanto fue igualmente desconocido por el IRHE al momento de hacer la cesión, ya que como podemos probar, el cesionario (EMPRESA DE TRANSMISIÓN ELECTRICA, S.A.) no ha hecho gestión alguna de cumplir con las garantías exigidas, ni las empresas garantes, como tampoco se notificó al contratista. (Cf. f. 107)

d. El artículo 66, numeral 2, de la Ley N°56 de 1995.

Artículo 9: El artículo 4 de la Ley N°2 de 2 de junio de 1987 queda así

....

2. Los celebrados por servidores públicos que carezcan de competencia absoluta para contratar;

....

Concepto de la infracción.

Nótese que los contratos de cesión entre el IRHE y la EMPRESA DE TRANSMISIÓN ELECTRICA, S.A., no fueron firmados por su Director General en calidad de representante legal y funcionario competente para dicho acto de acuerdo a la Ley. Cualquier otro funcionario en virtud de una delegación de funciones expresa autorizada por la Junta Directiva de dicha entidad podría firmar dicho contrato en representación o reemplazo del señor Director General.

En el caso que nos ocupa exigimos la presentación de este documento pero no se nos ha presentado prueba de que tal delegación se haya dado, por lo tanto se viola directamente lo dispuesto en el Artículo 66, numeral 2 de la Ley N°56 de 1995.

e. El artículo 73 de la Ley N°56 de 1995.

Artículo 73: Facultad de contratación.

La celebración de los contratos corresponde al ministro o representante legal de la entidad pública correspondiente por parte del Estado, de acuerdo con el modelo de contrato incluido en el pliego de cargos y las disposiciones legales pertinentes.

Los contratos serán refrendados por el Contralor General de la República.

El contrato cuyo monto exceda la suma de ciento cincuenta mil balboas (B/.150,000.00) deberá publicarse en la Gaceta Oficial, dentro de la mayor brevedad posible.

Concepto de violación.

¿NÓTESE QUE PRESENTAMOS COMO PRUEBA DOS EJEMPLARES EN FOTOCOPIA DE LOS CONTRATOS DE CESIÓN ENTRE EL IRHE Y LA EMPRESA DE TRANSMISIÓN ELÉCTRICA, S.A., ANTE LA IMPOSIBILIDAD DE OBTENER DICHOS DOCUMENTOS DEBIDAMENTE CERTIFICADA (SIC) SU AUTENTICIDAD POR EL IRHE (SIC)

OBSÉRVESE QUE ESTAS CESIONES NO CUENTAN CON EL REFRENDO DE LA CONTRALORÍA, LO QUE VIOLA DE MANERA DIRECTA LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 73 DE LA LEY N°56 DE 1995.

III. Opinión de la Procuraduría de la Administración.

Los actos atacados lo constituyen los Contratos Cesión de 28 de septiembre y 2 de octubre 1998, suscritos entre el Instituto de Recursos Hidráulicos y Electrificación (IRHE) y la Empresa de Transmisión Eléctrica S.A., (ETESA), por medio de los cuales el IRHE cedió a ETESA los derechos y obligaciones adquiridos a través de los Contratos N°DG-309-94 y N°DG-003-95, celebrados con ANSALDO GIE, S.R.L. (ANSALDO ENERGIA S.p.A.) para: el ¿FINANCIAMIENTO, INSPECCIÓN, MEJORAMIENTO, REHABILITACIÓN, SUMINISTRO, DESMONTAJE, MONTAJE, PRUEBAS Y PUESTA EN OPERACIÓN COMERCIAL DE EQUIPOS PARA LAS TURBINAS, GENERADORES Y AUXILIARES DE LAS UNIDADES N°1 Y N°2 DE LA CENTRAL HIDROELÉCTRICA BAYANO¿; y para el ¿SUMINISTRO, MONTAJES, PRUEBAS Y LISTO PARA OPERACIÓN DE UN TRANSFORMADOR DE POTENCIA DE 70/60/30 MVA 230/115/34.5 KV Y DE UN TRANSFORMADOR DE PUESTA A TIERRA DE 5 MVA PARA LA SUBESTACIÓN LLANO SANCHEZ¿, respectivamente.

Asevera el apoderado judicial de la parte actora, los convenios atacados infringen el artículo 54 del Código Fiscal, al cual remiten las cláusulas vigésimas de los contratos cedidos, y los artículos 3, numeral 17, y 75 de la Ley N°56 de 27 de diciembre de 1995, sobre Contratación Pública, toda vez que, a su juicio, el IRHE debió haber obtenido el previo consentimiento de ANSALDO ENERGIA S.p.A., para poder ceder los derechos y obligaciones derivados de los Contratos N°DG-309-94 y N°DG-003-95, a ETESA.

En opinión de esta Procuraduría, yerra la compañía demandante al estimar que el IRHE debía contar con el previo consentimiento de ella para realizar las cesiones de marras.

Las normas citadas por el demandante como fundamento de su pretensión, claramente señalan que es el contratista, no la entidad estatal contratante, la que debe obtener el previo consentimiento del Ministerio o entidad respectiva para poder ceder los derechos que nazcan de contratos suscritos con ésta.

En efecto, el artículo 54 del Código Fiscal, estipula que los contratistas podrán ceder los derechos que nazcan del contrato siempre que no éste prohibida la cesión por leyes o disposiciones que regulen el mismo, o por las condiciones consignadas en los pliegos de cargos que hayan servido de base a la licitación, y, en todo caso, será preciso que el cesionario reúna las condiciones y preste las garantías exigidas al contratista y, que el

Ministerio o entidad respectiva consienta en la cesión, haciéndolo contar así en el expediente respectivo.

Por otro lado, debe destacarse que la Ley N°56 de 27 de diciembre de 1995 no se encontraba vigente al momento de suscribirse los contratos cuya nulidad se solicita mediante la presente acción; por lo tanto, es claro que no pudieron ser infringidas por los contratos atacados ninguna de las normas de dicha Ley.

No obstante lo anterior, y para reforzar nuestro criterio, dicho moderno cuerpo legal, la Ley N°56 de 1995, señala en su artículo 3, Definiciones, que contratista es ¿Persona natural o jurídica, consorcio o asociación accidental, nacional o extranjero, domiciliado dentro o fuera del territorio de la República, que goce de plena capacidad jurídica, vinculado por un contrato con el Estado, producto de ser adjudicatario de una licitación pública, concurso o solicitud de precios u otro tipo de contratación¿; y que entidad estatal contratante es el ¿Ente Público que, previo el cumplimiento del requisito de licitación pública, concurso o solicitud de precios, o la excepción de éstos, de ser procedente, suscribe un contrato para el suministro de bienes, construcción de obras públicas o la prestación de servicios, de acuerdo con los procedimientos y normas establecidas en la presente Ley¿.

Interpretando erróneamente las normas comentadas, el demandante ha entendido que la obligación que establecía el artículo 54 del Código Fiscal, al cual remitían las cláusulas vigésimas de los Contratos N°DG-309-94 y N°DG-003-95, era una obligación recíproca para ambas partes contratantes, cuando en realidad sólo establecía una obligación a cargo de los particulares que hubieren celebrado contratos con el Estado: los contratistas. Son éstos, y no las entidades públicas contratantes, los que al tenor de la norma invocada debían obtener el consentimiento de la contraparte, el Ministerio o entidad respectiva, a fin de poder ceder los derechos y obligaciones surgidos de un contrato administrativo.

Asimismo, estima la parte actora se ha infringido el artículo 66, numeral 2, de la Ley N°56 de 1995, pues considera que al no haber sido firmado el Contrato de Cesión por el Director General del IRHE y no haberse podido comprobar que el funcionario que firmó estaba debidamente autorizado por la Junta Directiva de dicha institución, los mismos adolecen de nulidad absoluta por haber sido celebrados por servidor público sin competencia para contratar.

Al respecto, el Gerente General de ETESA señala en su Informe de Conducta, foja 125 del expediente, que en proceso de cesiones intervino en algunos casos la Subdirectora General del IRHE, la cual actuó en la firma de algunos de dichos contratos autorizada por la Junta Directiva mediante Resolución N°41-98 de 27 de agosto de 1998.

Por tanto, no es cierto lo dicho por el demandante, pues si bien el Contrato de Cesión de 2 de octubre no fue firmado por el entonces Director General del IRHE, si lo fue por la Subdirectora General debidamente autorizada por la Junta Directiva de dicha institución pública.

Por último, se dice violado el artículo 73 de la Ley N°56 del 1995, toda vez que los contratos de cesión ya tantas veces mencionados, no fueron refrendados por el Contralor General de la República, tal y como lo ordena dicha norma legal.

Ya en líneas anteriores, este Despacho ha aclarado que la Ley N°56 de 1995 no se encontraba vigente al momento de firma de los Contratos de Cesión de 28 de septiembre y 2 de octubre 1998, celebrados entre el Instituto de Recursos Hidráulicos y Electrificación (IRHE) y la Empresa de Transmisión Eléctrica S.A., (ETESA), y que, por tanto, no pudieron ser infringidas por los contratos atacados ninguno de los preceptos de dicha Ley.

No obstante, dado que la acción intentada mediante la presente demanda es una acción de nulidad, cuya característica fundamental es ser una acción popular que tiene por finalidad la preservación del orden jurídico objetivamente considerado y no la reparación de derechos subjetivos particulares, este Despacho considera deben confrontarse los contratos impugnados con otras normas legales no aducidas por el demandante.

En ese sentido, el artículo 48 de la Ley N°32 del 8 de noviembre de 1984, Orgánica de la Contraloría General de la República, señala que la Contraloría refrendará todos los contratos que celebren las entidades públicas y que impliquen erogación de fondos o afectación de sus patrimonios.

Como puede verificarse en las copias autenticadas de los Contratos de Cesión aportados por la compañía estatal Eléctrica de Transmisión, fojas 118 a 121 del expediente, los mismos no cuentan con el refrendo de la Contraloría General de la República.

Ha sido criterio reiterado de la Honorable Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, que los contratos celebrados por el entidades Estatales que no reciben el refrendo por parte de la Contraloría General de la República no se perfeccionan, y que, por tanto, no pueden tener efectos vinculantes entre las partes contratantes. Sobre el particular, en fallo de 26 de abril de 1993, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, expresó lo siguiente:

¿Al vencimiento del contrato en el año de 1989, la citada sociedad solicitó a la Dirección de Aeronáutica Civil la renovación de este contrato. Acto seguido, la Junta Directiva de esta institución autorizó al Director General de la entidad para que previo cumplimiento de los requisitos fiscales correspondientes celebrase el nuevo contrato.

Este contrato se confeccionó y fue distinguido con el número 150/89, y suscrito el 14 de septiembre de 1990. Sin embargo, el mismo no recibió el refrendo por parte de la Contraloría General de la Nación, por lo cual no se perfeccionó.

Ello desvirtúa radicalmente lo esgrimido por la parte actora, en el sentido de que no se aplicaron en este negocio las leyes vigentes a las que está sujeto el contrato de concesión.

En efecto, si bien es cierto que Aeronáutica Civil había confeccionado el referido contrato, éste no podía tener efectos vinculantes hasta tanto recibiese el refrendo respectivo por parte de la Contraloría General de la Nación, tal como dispone el artículo 48 de la Ley 32 de 1984.

Este refrendo le fue negado al contrato N°150/89, por lo que debemos concluir, que este contrato nunca se perfeccionó, y que finalmente la institución estatal decidió negar la renovación de la concesión para la empresa PLACE CONCORD INTERNACIONAL, S.A.¿.

Sobre la falta del refrendo del Contralor General de la República a los Contratos de Cesión, el Gerente General de ETESA dice en su Informe de Conducta que: ¿Pese a no existir norma legal que obligase a someter a refrendo de la Contraloría... las Cesiones de Contratos celebrados entre la Entidad Contratante, como lo es en este caso el IRHE, y terceros, como lo son las empresas eléctricas surgidas de la reestructuración del IRHE, se remitieron las Cesiones de los Contratos N°.D.G.309-94 y N°.D.G.-003-95, a la Contraloría General de la República el 1° de diciembre de 1998, habiendo sido

devueltas las mismas mediante Nota de Devolución de Documentos N°2434-98-DINACOFI de 9 de diciembre de 1998, en la cual solicitaban que se adjuntaran los respectivos Endosos de las correspondientes Fianzas de Cumplimiento.

Contrario a lo argüido por el Gerente General de ETESA, esta Procuraduría considera que los Contratos de Cesión celebrados entre el Instituto de Recursos Hidráulicos y Electrificación (IRHE) y la Empresa de Transmisión Eléctrica S.A. (ETESA), debieron ser refrendados por la Contraloría General de la República, de acuerdo a lo previsto por el artículo 48 de la Ley 32 de 1984, pues si bien el artículo 161 de la Ley N°6 de 3 de febrero de 1997, por la cual se dicta el Marco Regulatorio e Institucional para la Prestación del Servicio Público de Electricidad, indicaba que el IRHE distribuiría y traspasaría sus trabajadores permanentes y sus activos y pasivos entre las nuevas empresas eléctricas, ni esta ni ninguna otra norma de esa Ley exceptuaba ese traspaso de activos y pasivos del requisito del refrendo del Contralor General de la República.

Por las anteriores consideraciones, solicitamos respetuosamente a los Honorables Magistrados que componen la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, declaren que Son Ilegales, los Contratos Cesión de 28 de septiembre y 2 de octubre 1998, suscritos entre el Instituto de Recursos Hidráulicos y Electrificación (IRHE) y la Empresa de Transmisión Eléctrica S.A., (ETESA), por medio de los cuales el IRHE cedió a ETESA los derechos y obligaciones adquiridos a través de los Contratos N°DG-309-94 y N°DG-003-95, celebrados con Ansaldo Gie, S.R.L.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Licda. Linette A. Landau  
Procuradora de la Administración  
(Suplente)

LL/17/mcs.

Licdo. Víctor L. Benavides P.  
Secretario General

MATERIA

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS ¿ REQUIEREN REFRENDO DE LA  
CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA PARA SU  
PERFECCIONAMIENTO