

6 de agosto de 2004

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Nulidad.**

Concepto.

Interpuesto por **Guillermo Cochez y Víctor Martínez**, en su propio nombre y representación, para que se declare nulo, por ilegal, el Contrato N°30-A del 30 de enero de 1996, suscrito entre el **Estado** y la empresa BSC Panamá, 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 actuamos en interés de la Ley, en virtud de lo dispuesto en el numeral 3, del artículo 5 del Libro I de la Ley N°38 de 31 de enero de 2000, por la cual se aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración.

I. La pretensión de la parte actora.

La parte demandante, en ejercicio de la acción popular, pide a su Digno Tribunal que se declare nulo, por ilegal, el Contrato N°30-A del 30 de enero de 1996, suscrito entre el Estado y la empresa BSC Panamá, S.A., para el otorgamiento de la concesión para la prestación del servicio de telefonía móvil celular de la Banda "A".

Vale destacar que mediante auto de 26 de mayo de 2004, esta demanda fue acumulada con la presentada por los apoderados judiciales de la empresa C COMUNICA, S.A., para

que se declarara nula, por ilegal, la Licitación Pública N°2-96 y el Contrato N°30-A del 30 de enero de 1996, toda vez ambas acciones tenían la misma causa de pedir.

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

Los licenciados Cochez y Martínez consideran se han violado las siguientes normas:

a. El artículo segundo de la Resolución de Gabinete N°25 de 3 de febrero de 1996, por medio del cual se autorizó al señor Ministro de Gobierno y Justicia a suscribir con la empresa BSC DE PANAMA, S.A., el contrato de concesión de la Banda "A" del Servicio del Telefonía Móvil Celular.

Indican los demandantes que la Resolución de Gabinete N°25 de 3 de febrero de 1996, estableció claramente que la misma entraba a regir a partir de su aprobación. La resolución mencionada fue aprobada el 3 de febrero de 1996, por lo que la misma empezó a regir a partir del 3 de febrero de 1996.

Lo anterior, dicen, significa que a partir del 3 de febrero de 1996 era que el Ministro de Gobierno y Justicia estaba autorizado para suscribir el Contrato de Concesión de la Banda "A" del Servicio de Telefonía Móvil Celular con la empresa BSC DE PANAMA, S.A.

No obstante, el mencionado Contrato N°30-A de 30 de enero de 1996, fue suscrito por el Ministro de Gobierno y Justicia el 30 de enero de 1996, es decir, cinco (5) días antes de que hubiese sido autorizado por el Consejo de Gabinete para tal acto.

b. El artículo 60 de la Ley N°56 de 27 de diciembre de 1995, que señala son causales de nulidad absoluta, los actos que la Constitución o la ley señalen, aquellos cuyo contenido sea imposible o constitutivo de delitos, los celebrados por decisión de autoridad que carezca de competencia para adjudicar la licitación, o los que se hayan celebrado con prescindencia absoluta del procedimiento legalmente establecido. Las causales de nulidad absoluta, agrega, podrán plantearse en cualquier momento y por cualquier persona.

A juicio de los demandantes se ha producido la nulidad absoluta del Contrato N°30-A de 30 de enero de 1996, puesto que el mismo fue celebrado con prescindencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido. Ello es así, porque el convenio en mención fue suscrito por el Ministro de Gobierno y Justicia antes de que hubiere sido autorizado por el Consejo de Gabinete, tal y como se ha explicado en líneas anteriores.

c. Se considera violado el artículo 1112 del Código Civil, el cual estipula no habrá contrato sino cuando concurren los siguientes requisitos: consentimiento de los contratantes; objeto cierto que sea materia del contrato y causa de la obligación.

Los demandantes indican que en el acto impugnado es violatorio de la norma legal citada puesto que no se prestó el consentimiento para la celebración del contrato, ya que el Ministro de Gobierno y Justicia lo suscribió antes de que se le hubiera autorizado para ello. En otras palabras, el contrato es inexistente porque no reúne los requisitos que exige el artículo 1112 del Código Civil.

Por su parte, los apoderados judiciales de la empresa C COMUNICA, S.A., abogan por la declaratoria de nulidad de la Licitación Pública N°2-96 y el Contrato N°30-A del 30 de enero de 1996, considerando violadas las siguientes normas:

a. El artículo 17 de la Ley N°43 de 21 de julio de 1995, que señala el Consejo de Gabinete adjudicará definitivamente la licitación, mediante resolución motivada a la empresa que ofrezca el mejor precio por el derecho de concesión.

Los apoderados judiciales de la parte demandante indican que antes de proceder a la firma del contrato el Consejo de Gabinete debió adjudicar definitivamente la licitación, lo cual no ocurrió pues la Resolución N°25 de 3 febrero de 1996, que entró a regir el mismo día de su promulgación, da cuenta que para el día 30 de enero de 1996, fecha en que fue firmado el Contrato de Concesión para la Prestación del Servicio de Telefonía Móvil Celular, entre BSC DE PANAMA, S.A., y el Estado, la licitación no había sido adjudicada definitivamente por el Consejo de Gabinete, y, consecuentemente carecía el Ministro de Gobierno y Justicia de legitimación para actuar en nombre y representación del Estado.

b. El artículo 18 de la Ley N°43 de 21 de julio de 1995, que dice:

"Artículo 18: Antes de la firma del contrato de concesión por parte del Ministerio de Gobierno y Justicia, el proponente que resulte ganador deberá pagar la suma ofrecida en su propuesta y consignar las fianzas y garantías que se establezcan en dicho contrato de concesión."

Se sostiene que el precepto citado ha sido violado, pues el Ministro de Gobierno y Justicia no sólo firmó ilegalmente el día 31 de enero de 1996 el Contrato de Concesión para la prestación del Servicio de Telefonía Móvil Celular, sino que antes de firmar, ilícitamente, el proponente que resultó ganador, en este caso BSC DE PANAMA, S.A., (posteriormente BSC DE PANAMA, S.A.), no había pagado la suma ofrecida en su propuesta.

c. Se dice los actos impugnados violan el artículo 68 de la Ley N°56 de 27 de diciembre de 1995, que establece como condición para poder suscribir contratos el que la resolución de adjudicación definitiva esté ejecutoriada.

Es el criterio de la parte actora que al haber firmado el Ministro de Gobierno y Justicia en nombre y representación del Estado, el día 31 de enero de 1996, el Contrato de Concesión para la prestación del Servicio de Telefonía Móvil Celular, se violó directamente el artículo 68 de la Ley N°56 de 1995, ya que para la firma de un contrato con el Estado se establece como condición que la resolución de adjudicación definitiva de la licitación que corresponda esté ejecutoriada.

III. Concepto en interés de la Ley de la Procuraduría de la Administración.

Este Despacho estima que no acompaña la razón a los demandantes, y, por el contrario, considera que el Contrato N°30-A del 30 de enero de 1996, no viola las normas legales invocadas como infringidas.

Como se observa, el punto central de la controversia, en el que se funda la supuesta ilegalidad del acto impugnado, estriba en que, supuestamente, el contrato de concesión tantas veces mencionado fue firmado por el

Ministro de Gobierno y Justicia el día 30 de enero de 1996, antes de que el Órgano Ejecutivo lo hubiera adjudicado definitivamente a la empresa ganadora de la licitación pública y antes de que se hubiera autorizado al Ministro de Gobierno y Justicia para suscribirlo.

En ese sentido, se aporta al expediente copia de la Gaceta Oficial N°23,054 de 10 de junio de 1996, en la que se publica el Contrato N°30-A del 30 de enero de 1996, para el otorgamiento de la concesión para la prestación del servicio de telefonía móvil celular de la Banda "A", en cuya página 31 aparecen las firmas de los representantes de las partes contratantes: por parte del Estado, el entonces Ministro de Gobierno y Justicia Raúl Montenegro Diviázo; por parte de BSC DE PANAMA, S.A., Luis La Roca; por BELLSOUTH PANAMA LIMITED, Rawdon W. McArthur; por BSC CAYMAN GENERAL PARTNERSHIP, Rawdon W. McArthur en representación de BELLSOUTH PANAMA LIMITED y Emmanuel González-Revilla Lince en representación de CELLULAR HOLDINGS, INC.; y, por último, Arístides Romero en su condición de Contralor General de la República.

Al pie de dicha página de la Gaceta Oficial, se observa un sello mediante el cual la Notaria Pública Décima del Circuito de Panamá certifica la autenticidad de las firmas de Luis La Roca, Rawdon W. McArthur y Emmanuel González, fechado 30 de enero de 1996.

Asimismo, se adjunta con la demanda copia de la Gaceta Oficial N°22,968 de 6 de febrero de 1996, a cuya página 21 se encuentra la Resolución de Gabinete N°25 de 3 de febrero de 1996 del Consejo de Gabinete, que resuelve adjudicar definitivamente la Licitación Pública N°2-96 "... por la cual se da la concesión de la Banda "A" del

Servicio de Telefonía Móvil Celular a la empresa BSC DE PANAMA, que ofreció el precio más alto y que alcanza la suma de SETENTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS DIEZ MIL DOLARES AMERICANOS (\$72,610,000.00)"; y autoriza al Ministro de Gobierno y Justicia a suscribir con la empresa BSC DE PANAMA, el contrato de concesión de la Banda "A" del servicio de telefonía móvil celular.

Aunque el sello de la Notaria 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 y fuera autorizado el Ministro de Gobierno y Justicia para signarlo, de los elementos probatorios allegados al proceso se colige que no es cierto que el Ministro de Estado haya firmado el Contrato de Concesión para la prestación del servicio de telefonía móvil celular en la Banda "A" el día 30 o 31 de enero de 1996, sino que la **firma de dicho convenio se dio por parte del Premier el día 27 de febrero de 1996**, previo pago de la suma de B/.72,610,000.00 ofertada por BSC DE PANAMA, S.A., por el derecho de concesión, previa consignación de la fianza de cumplimiento y previa autorización del Consejo de Gabinete.

En efecto, según lo disponía el artículo 9 de la Ley N°43 de 1995, el procedimiento de licitación pública de la Banda "A" del servicio de telefonía móvil celular se realizó de acuerdo con 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.

6. Adjudicación de la concesión.

En igual sentido, el artículo 15 de la Ley N°43 de 1995, señala que sólo se admitiría un sobre cerrado por proponente que debía contener, entre otros documentos, "el contrato de concesión aprobado por el Consejo de Gabinete, debidamente firmado por el proponente".

El artículo 18 de la Ley N°43 de 1995 expresamente dispuso que antes de la firma del contrato de concesión por parte del Ministro de Gobierno y Justicia, el proponente ganador debía pagar la suma ofrecida en su propuesta y consignar las fianzas correspondientes.

Por su parte, el Pliego de Cargos establecía en su artículo 10.5, sub-párrafo 6, que el sobre cerrado que cada participante tendría que presentar para formular su oferta debía contener, entre otras cosas, el contrato de concesión aprobado por el Consejo de Gabinete debidamente firmado por el proponente.

El señor Ministro destaca en su Informe de Conducta lo que el Pliego de Cargos contemplaba debía ocurrir después del acto de licitación y antes de que el Ministro de Gobierno y Justicia pudiese firmar el contrato en representación del Estado. Por considerarlo revelante, nos permitimos transcribir:

"1. Se estableció que la adjudicación definitiva se haría al participante que hubiere ofertado el precio efectivo más alto por el derecho a la concesión, y que ese precio debía ser pagado en su totalidad antes de la formalización del contrato de concesión (artículo 15.2 del Pliego de Cargos). Con ese fin, a los

participantes se les exigió presentar en el mismo sobre de su oferta económica un documento de pago con un vencimiento de 120 días contados a partir de la fecha de la oferta.

2. Después que el Consejo de Gabinete expidiese la adjudicación definitiva, el Ministerio de Gobierno y Justicia debía requerir al participante ganador la presentación de la fianza de cumplimiento definitiva (artículo 16.1 del Pliego de Cargos).

3. Se estableció que el Ministerio de Gobierno y Justicia señalaría la fecha y hora en la cual se celebraría un acto único de pago de la suma ofrecida por el derecho de concesión y de firma del contrato. El procedimiento contemplado en el Pliego de Cargos suponía que en el mismo acto, el concesionario pagaría la suma ofrecida por la concesión y entregaría la fianza de cumplimiento. Seguidamente, recibido el pago a satisfacción por el Ministerio de Hacienda y Tesoro, el Ministerio de Gobierno y Justicia, en ese mismo acto, procedería a firmar el Contrato respectivo, lo sometería al refrendo del Contralor y entregaría una copia autenticada del contrato perfeccionado al concesionario (artículo 17.1 del Pliego de Cargos).

4. El perfeccionamiento del contrato de concesión con las firmas del Ministro de Gobierno y Justicia y del Contralor debía darse dentro de los 20 días hábiles contados a partir del acto público de presentación de las ofertas, salvo en caso de que presentase recurso de reconsideración (artículo 17.3 del Pliego de Cargos)". A foja 219 del expediente principal.

El acto público de licitación de la Banda "A" tuvo lugar el día 31 de enero de 1996, presentando la oferta más alta por el derecho de concesión la empresa BSC DE PANAMA, S.A., por la suma de B/.72,610,000.00.

Junto con su oferta económica, BSC DE PANAMA, S.A., presentó un ejemplar debidamente firmado del contrato, como lo exigían las normas legales y el pliego de cargos,

tal como se puede comprobar en la copia del acta del acto público a foja 572 del expediente.

Asimismo consta en autos, copia de recorte del diario La Prensa de 26 de febrero de 1996, en la que se informa sobre el acto protocolar en el que el presidente de Bellsouth International y el presidente de la filial panameña, hacían entrega al entonces Presidente de la República de un cheque simbólico por la suma de B/.72,610,000.00 en pago por los derechos de concesión de la Banda "A" del servicio telefonía móvil celular. A foja 680.

A foja 681 reposa la Nota 04(34040-01)830 de 11 de junio de 2004, del Gerente General del Banco Nacional de Panamá, en la que se hace constar que la fecha en que el Banco estatal recibió por cuenta de BSC DE PANAMA, S.A., la suma de B/.62,610,000.00 fue el 26 de febrero de 1996 y la suma de B/.10,000,000.00 el 27 de febrero de 1996.

Además, a foja 1173 se encuentra copia debidamente autenticada de la Nota de 26 de febrero de 1996, suscrita por el señor Charles Manley en representación de BSC DE PANAMA, S.A., por medio de la cual hace entrega al Ministerio de Gobierno de Justicia de 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 B/.5,000,000.00. A seguidas (fojas 1174 a 1178), se observa la copia autenticada de la fianza 08-14-303-1996 expedida por la Aseguradora Comercial de Panamá, S.A., (ASECOMER), a favor del Ministerio de Gobierno y Justicia y la Contraloría General de la República, de 23 de febrero de 1996.

Del contenido de las normas citadas y de los elementos de prueba que se encuentran en el expediente, este despacho concluye que el Contrato de Concesión de la Banda A de Telefonía Celular no se encontraba firmado al 30 enero de 1996 por el Ministro de Gobierno y Justicia, sino únicamente por Luis La Rocca, Representante Legal de BELLSOUTH PANAMA, y por los representantes de dos empresas accionistas extranjeras: Rawdon W. McArthur en representación de BELLSOUTH PANAMA LIMITED y por BSC CAYMAN GENERAL PARTNERSHIP, Rawdon W. McArthur en representación de BELLSOUTH PANAMA LIMITED y Emmanuel González-Revilla Lince en representación de CELLULAR HOLDINGS, INC.

Precisamente, de la situación descrita da fe la Notaria Pública Décima del Circuito de Panamá, pues ella solamente certifica la autenticidad de las firmas de Luis La Roca, Rawdon W. McArthur y Emmanuel González-Revilla, y fecha su actuación 30 de enero de 1996.

Por lo anterior, está debidamente probado que el Ministro de Gobierno y Justicia, Raúl Montenegro Diviázo, firmó el Contrato de Concesión de la Banda "A" de Telefonía Móvil Celular, después de consignarse la fianza de cumplimiento y pago de la suma ofrecida por BSC DE PANAMA, S.A., es decir, se suscribió el convenio por el representante del Estado el día 27 de febrero de 1996, fecha para la cual ya existía la autorización respectiva del Consejo de Gabinete.

Por las anteriores consideraciones, estimamos debe declararse NO ES ILEGAL el Contrato N°30-A del 30 de enero de 1996, suscrito entre el Estado y la empresa BSC Panamá, S.A., para el otorgamiento de la concesión para la

prestación del servicio de telefonía móvil celular de la Banda "A".

Del Honorable Magistrado Presidente,

**Licda. Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración**

AMdeF/17/mcs

**Licdo. Víctor L. Benavides P.
Secretario General**