

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Nulidad**

Concepto.

El Licdo. **Florencio Barba Hart**, en su propio nombre y representación, solicita que se declare nulo, por ilegal, el contrato de compraventa suscrito entre el **Estado y Cable & Wireless PLC.**, mediante el cual la empresa adquirió el 49% de las acciones del INTEL, S.A., de 20 de mayo de 1997.

**Honorable Magistrada Presidenta de la Sala Tercera,
Contencioso Administrativa, de la Corte Suprema de Justicia.**

Comparecemos respetuosamente para dar cumplimiento a la atribución que nos adscribe el artículo 5, numeral 3, de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, "Que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración..."; es decir, intervenir en interés de la Ley, en los Procesos Contencioso Administrativos de Nulidad, que se surtan ante Vuestro Tribunal; en ésta oportunidad, respecto a la demanda corregida enunciada en el margen superior derecho del presente escrito, visible en las fojas 72 a 82 inclusive.

La Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad, presentada y corregida por el Licdo. Florencio Barba Hart, está dirigida a obtener la declaratoria de ilegalidad del Contrato celebrado entre El Estado panameño y La Empresa Cable & Wireless PLC, publicado en la Gaceta Oficial N°23,365 del viernes 29 de agosto de 1997, visible a fojas 1 hasta 28.

I. Normas que se estiman violadas y conceptos de violación expuestos por el demandante:

Artículo 90 de la Ley 32 de 1927:

"Una sociedad anónima extranjera podrá tener oficina o agencias y hacer negocios dentro de la República, después de haber presentado al Registro Mercantil para su inscripción los siguientes documentos:

- 1- Escritura de protocolización del pacto social;
- 2- Copia del último balance acompañado de una declaración de la parte del capital social que se utiliza o que se propone utilizar en negocios de la República;
- 3- Certificado de estar constituida y autorizada con arreglo a las leyes del país respectivo, expedido y autenticado por el Cónsul de la República en ese país; y, en su defecto, por el de una nación amiga."

Concepto de la violación:

"Esta norma fue infringida en concepto de VIOLACIÓN DIRECTA POR OMISIÓN al no haber la empresa CABLE & WIRELESS PLC. cumplido con lo en ella estipulado, en el sentido de que previo a efectuar el negocio de compraventa de la (sic) acciones del antiguo INTEL, S.A. debió inscribirse en el Registro Público de la República de Panamá, cosa que no hizo.

Esta obligatoriedad no estaba inmersa solamente en la norma in comento, sino que además ella estaba reiterada en el PLIEGO DE CARGOS que rigió dicho acto público como dijimos en el punto TERCERO de los HECHOS de este recurso.

Este punto del PLIEGO DE CARGOS no solamente hacia alusión expresa a que el COMPRADOR (CABLE & WIRELESS PLC.) debía estar inscrita en el Registro Público, sino que decía que los compradores debían cumplir con las demás disposiciones legales vigentes aplicables, es decir el ARTICULO 90 de

la Ley 32 de 1927 que es muy específico y aplicable al punto.

Esta norma no es un mero requisito burocrático y decorativo que el legislador a previsto para hacer engorrosa (sic) las actuaciones de las sociedades extranjeras en la República, sino que la norma tiende a la salvaguarda del interés de la colectividad que debe conocer de la existencia de dichas sociedades extranjeras con anotación en el Registro Público de información importante para los terceros que eventualmente se puedan ver afectados por los actos de comercio o negocios que efectúen con las mismas.

Es más la norma es bien clara al señalar que las sociedades extranjeras podrán efectuar negocios DESPUÉS DE HABER PRESENTADO AL REGISTRO MERCANTIL para su inscripción, los documentos correspondientes. Es decir previo a la inscripción NO PUEDE hacer negocios en Panamá, y si lo hace, es contrario a derecho y por lo tanto nulo o ILEGAL.

Esta importante previsión legislativa en el sentido de que las sociedades extranjeras se inscriban previo a la realización de actos de comercio es repetida en diversas disposiciones legales como lo son el numeral 5 del artículo 17 de la Ley 5 de 9 de febrero de 1995.

Esta norma que restructuro (sic) el antiguo INTEL y estableció pautas de su corporatización y posterior venta del 49% de las acciones no hace sino reiterar lo contemplado en la norma que en esta oportunidad señalamos infringida y que en consecuencia hacen innecesario que se cite como violadas otras normas que no hacen sino, repetir tal previsión.

La situación se ve agravada por el hecho de que el Registro Público ha certificado que CABLE AND (SIC) WIRELESS PLC. NO APARECE INSCRITA y de que el supuesto poder de dicha compañía

a favor de Dominic Crolla, NO CONSTA REGISTRADO.

La certificación aportada consistente la misma en copia notariada de la certificación del Registro Público es una prueba contundente que no admite ninguna discusión por lo claro que ella es.

La actitud asumida por el Ministerio de Economía y Finanzas al de manera irresponsable e irrespetuosa no tramitar, ni atender una denuncia interpuesta contra esta compañía extranjera no es ninguna otra cosa que consecuencia del poder económico que estas transnacionales tienen.

Es evidente que el poder económico de esta compañía que adquirió ILEGALMENTE el 49% de la telefónica en más de 600 millones de dólares y que dice haber invertido en Panamá más de 520 millones de dólares, aplasta totalmente la platónica creencia de que el artículo 41 de la Constitución nacional (sic) y de que la Ley 15 de 1957 y de que la Ley 32 de 1927 van a ser respetado(sic).

Cuando el constituyente redactó esta norma que viene inveterada en nuestra historia constitucional, y cuando se expidió la Ley 32 de 1927 no se concebían empresas tan o más poderosas que los Estados.

Toca a los señores Magistrados demostrar que el poder ciudadano esta por encima de todo ese poder económico.

Es por todo lo anterior que reiteramos y señalamos la norma transcrita como violada de manera directa por omisión." (Cf. f. 76 - 78)

Artículo 195 del Código de Comercio:

"Los contratos de comercio no están sujetos para su validez a formas especiales. Cualquiera que sea la forma y el idioma en que se celebren, las partes quedarán obligadas de la

manera y en los términos que aparezca que quisieron obligarse.

Exceptuase de esta disposición los contratos que, con arreglo a este Código o a leyes especiales, deban reducirse a escritura pública o requieran formas o solemnidades necesarias para su eficacia."

Concepto de la violación:

"Esta norma fue infringida en concepto de VIOLACIÓN DIRECTA POR OMISIÓN ya que las solemnidades que requería este especial contrato con el Estado, para su validez fueron omitidas.

La norma transcrita reitera el concepto de que hay que cumplir con requisitos para que los contratos tengan validez. Esos requisitos, esas solemnidades son la inscripción de la sociedad extranjera contratante en el Registro Mercantil, y obviamente la existencia de una contraparte que como vemos no existe en el presente caso, ni mucho menos apoderado.

Con quién contrató Panamá ?, con nadie. Quien firmó por Cable and (sic) Wireless PLC ?, nadie que tuviese poder. En caso de incumplimiento por parte de CABLE AND WIRELESS PLC. ellos podrían aducir que ellos no firmaron nada ?. Yo creo que sí. Toda vez que en estricto juris, ni ellos, ni ningún representante autorizado han firmado nada.

El contrato como lo dice el artículo 1105 del Código Civil, que es un acto por el cual una parte se obliga para con otra y el cual se perfecciona por medio del consentimiento manifestado por la firma, no se cumple en el presente caso, toda vez no se cumplió (sic) con la solemnidad de la firma por persona autorizada. La representación debe cumplir con ciertos requisitos, lo cual sino se cumple hace nulo el contrato acorde al artículo 1110 del Código Civil." (Cf. f. 79)

Artículo 1112 del Código Civil:

"No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:

1. Consentimiento de los contratantes;
2. Objeto cierto que sea materia del contrato;
3. Causa de la obligación que se establezca."

Concepto de la violación:

"Esta norma fue VIOLADA DE MANERA DIRECTA POR COMISIÓN, en su numeral 1., ya que al no existir persona jurídica debidamente inscrita en el Registro Mercantil no hay contraparte contratante y al no existir o constar poder del que firmó tampoco hay consentimiento válido. Es decir no hay contrato, ya que se incurrió en los presupuestos que la norma señala." (Cf. f. 80)

Artículo 1141 del Código Civil:

"Hay nulidad absoluta en los actos o contratos:

1. Cuando falta alguna de las condiciones esenciales para su formación o para su existencia;
2. Cuando falta algún requisito o formalidad que la ley exige para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza del acto o contrato y no a la calidad o estado de la persona que en ellos interviene;
3. ..."

Concepto de la violación:

"Esta norma fue VIOLADA DE MANERA DIRECTA POR OMISIÓN, ya que al no existir persona jurídica debidamente inscrita en el Registro Mercantil no hay contraparte, no hay consentimiento, no hay nada. Hay nulidad, hay ILEGALIDAD.

Es interesante señalar que por no ser parte de la relación no puedo promover un proceso civil por falta de legitimación, pero sí uno como este en que lo que se tutela es el cumplimiento

y acatamiento de la Ley." (Cf. f. 80 - 81)

II. Contestación de la Procuraduría de la Administración.

Como quiera que los cargos de ilegalidad planteados por el demandante giran en torno a un mismo punto, nos permitimos contestar los mismos de manera conjunta.

En forma alguna consideramos que el Contrato de Compraventa, celebrado entre el Estado y Cable & Wireless PLC., infringe el artículo 90 de la Ley 32 de 1927, sobre Sociedades Anónimas. Esto es así, por cuanto en las contrataciones públicas son de aplicación preferente las leyes y pliegos de cargos adoptados especialmente para regular su realización, respecto a las normas generales, como es el caso del citado artículo 90.

En efecto, mediante la Ley N°5 de 9 de febrero de 1995, por la cual se reestructura el Instituto Nacional de Telecomunicaciones, se adoptaron una serie de normas especiales, cuya aplicación en la realización del acto público correspondiente a la firma del Contrato bajo análisis, priman sobre las Leyes Generales, como la Ley 32 de 1927. Esta regulación de la Ley 5 de 1995, en particular, la podemos observar desde el artículo 12 hasta el 25 inclusive, pero cabe destacar lo dispuesto por los artículos 12, 13, 14, 17, 20, 24 y 25 de la siguiente manera:

"Artículo 12: La Licitación para la venta de hasta el cuarenta y nueve por ciento (49%) de las acciones del INTEL, S.A., se llevará a cabo de conformidad con las siguientes formalidades:

1. Elaboración del pliego de cargos y especificaciones por expertos en telecomunicaciones, financistas, economistas, juristas y cualquier otro técnico que se requiera;
2. Precalificación;
3. Negociación de los documentos de la licitación y fianza propuesta;
4. Firma de los contratos de concesión y de compraventa de las acciones por los proponentes;
5. Presentación de las propuestas;
6. Pago de las acciones; y
7. Adjudicación de las acciones y firma de los contratos de concesión y de compraventa de las acciones por parte del Estado."

- o - o -

"Artículo 13: El Ministerio de Planificación y Política Económica y el Ministerio de Hacienda y Tesoro, en coordinación con el Gerente General y la Junta Directiva del INTEL S.A., establecerán los requisitos para la precalificación de los interesados."

- o - o -

"Artículo 14: La precalificación deberá sujetarse al siguiente procedimiento:

1. El Ministerio de Hacienda y Tesoro y el Ministerio de Planificación y Política Económica, en coordinación con el Gerente General y la Junta Directiva del INTEL, S.A., establecerán las condiciones de idoneidad, capacidad técnica, capacidad financiera, capacidad administrativa y los compromisos de responsabilidad requeridos para la precalificación; y las publicarán por lo menos tres (3) días consecutivos, en tres (3) diarios de circulación nacional, en tres (3) publicaciones internacionales de circulación en Europa, Asia y América, y una sola vez en la Gaceta Oficial;
2. Los participantes acreditarán las condiciones de precalificación requeridas en el plazo que se fije para tal objeto. Este plazo no será menor de treinta (30) ni mayor de noventa (90) días calendario. Dentro de este plazo se concederá un período de consulta por escrito; y

3. El Gerente General del INTEL, S.A., un representante del Ministerio de Hacienda y Tesoro y un representante del Ministerio de Planificación y Política Económica, conjuntamente con los asesores técnicos y expertos a que se refiere el artículo 10, verificarán el cumplimiento de las condiciones de precalificación por parte de los participantes y someterán su recomendación a la consideración de la Junta Directiva del INTEL, S.A.

Para todos los efectos legales, el resultado de esta precalificación será determinado mediante resolución motivada de la Junta Directiva del INTEL, S.A., la que será notificada a todos los participantes por edicto, el que será fijado por dos (2) días hábiles en las oficinas del INTEL, S.A.

Contra esta resolución procederá el recurso de reconsideración, el cual deberá presentarse dentro de los términos que la ley establece. Con este recurso se agotará la vía gubernativa y el interesado tendrá expedita la vía contencioso administrativa."

- o - o -

"Artículo 17: Participarán en las etapas subsiguientes de la licitación, las personas que hubiesen precalificado, o aquellas escogidas mediante negociación directa, al tenor del párrafo segundo del Artículo 15. Sin embargo, estas personas podrán asociarse en consorcios con otras personas no precalificadas, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:
<Tal como fue modificado por el Artículo 76 de la Ley 31 de 8 de febrero de 1996>.

<El párrafo original rezaba así>:
Participarán en las etapas subsiguientes de la licitación, las personas que hubiesen precalificado o aquellas escogidas mediante negociación directa, al tenor del párrafo segundo del Artículo 15. Sin embargo, estas personas podrán asociarse como socio accidental, en caso que no califiquen como socio operador, siempre que lo

autorice el Ministerio de Hacienda y Tesoro y se cumplan las siguientes condiciones:

1. El candidato precalificado tendrá, y así se hará constar en el contrato mediante el cual se constituya el consorcio, la responsabilidad de operar y administrar la concesión en su carácter de socio operador, ya sea por sí mismo o por medio de la persona jurídica bajo la cual licite;
2. El socio operador será el representante de los miembros del consorcio, y como tal, tendrá plenos poderes para obligar individual y colectivamente a todos los asociados;
3. Todos los socios del consorcio serán solidariamente responsables, para con el Estado, de las obligaciones y responsabilidades derivadas de las actuaciones y contratos en los que sea parte el consorcio. Para estos efectos, cada socio suscribirá el contrato de concesión, ratificando esta solidaridad;
4. La cesión parcial o total de las participaciones de cada asociado, deberá ser previamente aprobada por el Ministerio de Hacienda y Tesoro en coordinación con el Gerente General del INTEL, S.A.;
5. Los asociados extranjeros deberán inscribirse previamente en el Registro Público y someterse a las leyes panameñas y a la jurisdicción de los tribunales de la República de Panamá.
6. El contrato por el cual se constituya el consorcio deberá ser sometido por los interesados y aprobado por el Ministerio de Hacienda y Tesoro, antes de la publicación del aviso de convocatoria para el acto de presentación de las propuestas y no se admitirán nuevos miembros una vez sea aprobado; y
7. Los consorcios de que trata la presente Ley se regularán subsidiariamente por las disposiciones del Código de Comercio sobre asociaciones accidentales o cuentas en participación."

- o - o -

"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. De no lograrse acuerdo dentro del período de tiempo que determinen 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 cargos, los cuales deberán ser aprobados por el Consejo de Gabinete."

- o - o -

"**Artículo 24:** Antes de la firma del contrato de compraventa de las acciones del INTEL, S.A. y el de concesión, por parte de los Ministros de Hacienda y Tesoro y de Gobierno y Justicia, respectivamente, el proponente favorecido deberá presentar las fianzas y garantías que se establezcan en el contrato."

- o - o -

"**Artículo 25:** Una vez firmado el contrato de compraventa, el Ministerio de Hacienda y Tesoro entregará al comprador, previo su pago, las acciones del INTEL, S.A. que le correspondan. Para todos los efectos legales, la fecha de pago determinará la fecha de la transferencia de las referidas acciones, las cuales deberán registrarse en el libro de registro de acciones a nombre del comprador."

Tal como puede apreciarse, el Legislador panameño quiso revestir de formalidades especiales, la celebración del Acto Público relativo al Contrato que se impugna en este proceso contencioso administrativo; y en desarrollo de la facultad que concede el artículo 13 citado, las autoridades del Ministerio de Planificación y Política Económica y el entonces Ministerio de Hacienda y Tesoro, en coordinación con

el Gerente General y la Junta Directiva del INTEL, S.A., procedieron a establecer los requisitos para la precalificación de los interesados. De esta forma, el tema de la obligación para las empresas extranjeras de habilitarse mediante inscripción en el Registro Público, quedó regulado en el punto 7 del Pliego de Cargos de la Licitación Pública Internacional N°06-96 "Para la venta del 49% de las acciones del INTEL, S.A., con derecho a operar la empresa", de la siguiente manera:

"7: Conocimiento y observancia de disposiciones legales vigentes:

Los participantes deberán cumplir con la Ley 5 de 1995 y supletoriamente, con las disposiciones de la Ley 56 y del Código Fiscal y demás reformas, el Pliego de Cargos y demás disposiciones legales vigentes aplicables.

Tanto la empresa a favor de la cual se emitirá el certificado de acciones de INTEL, S.A., como la empresa administradora titular del Contrato de Administración, deberán habilitarse mediante su inscripción en el Registro Público Panameño, en caso de ser empresas extranjeras." (negritas de la Procuraduría de la Administración)

Con éste requisito especial, queda claro que, **solamente** las empresas a favor de las cuales se emitiría, el certificado de acciones de INTEL, S.A., y aquella titular del Contrato de Administración, tenían la obligación de inscribirse en el Registro Público Panameño. Si se presta atención, no cabe duda que la empresa a favor de la cual se emitió el Certificado de Acciones y el Contrato de Administración a que se refiere el Pliego de Cargos, es CABLE & WIRELESS (PANAMÁ HOLDINGS) LIMITED, en virtud de la cesión

de derechos y obligaciones que le hiciera CABLE & WIRELESS PLC, dimanantes del contrato de venta de acciones, celebrado entre esta última y el Estado Panameño. Por tanto, nada impedía jurídicamente que CABLE & WIRELESS PLC, una empresa trasnacional, participara directamente en el Acto Público Internacional que nos ocupa, toda vez que su regulación especial (Ley 5 y Pliego de Cargos) no exigía que estuviera inscrita en el Registro Público Nacional y menos aún el poder otorgado a su representante legal, a través del cual firmó el Contrato de Compraventa de Acciones de INTEL, S.A. (Sr. Dominic Crolla).

Lo anterior es confirmado en el Informe Explicativo de Conducta que remitió el Señor Viceministro de Finanzas al Honorable Magistrado Sustanciador, cuando expresó que: "El certificado de acciones de INTEL, S.A. fue emitido a favor de la empresa CABLE & WIRELESS (Panamá Holdings) Limited, cesionaria de CABLE & WIRELESS PLC, por lo cual es nuestro criterio que la obligación de cumplir con la inscripción en el Registro Público, correspondía a Cable & Wireless (Panamá Holdings) Limited y no a Cable & Wireless, PLC." (Ver foja 89).

Para mayor profundidad sobre el tema del valor jurídico de los pliegos de cargos o "pliego de condiciones" con relación a los contratos, veamos lo que dice el tratadista argentino Roberto Dormí:

"Pliego de condiciones. El pliego de condiciones contiene las disposiciones generales y especiales destinadas a regir el contrato en su *formación y posterior ejecución.*

El objeto, el procedimiento y la relación jurídica emergentes de la selección están contenidos en los pliegos. Su observancia por parte del licitante y de los oferentes, impuesta por la normativa jurídica, tiene por finalidad proteger los intereses de ambas partes, cumpliendo así una doble función.

Antes de nacer el contrato, indica a los interesados las condiciones que deben reunir sus proposiciones, las características de la prestación solicitada u objeto cuya contratación se demanda y el trámite procesal que debe seguirse (sistemas de cotización, forma de pago del precio, plazo de mantenimiento de la oferta, monto y forma de la garantía, lugar día y hora del acto de apertura de los sobres, procedimiento para las aclaraciones e impugnaciones, etcétera).

Cuando el contrato nace, el pliego se convierte en matriz contractual o sustancia obligacional rectora de los efectos jurídicos del vínculo. Por intermedio de él, el licitante controla las obligaciones del contratista (v.gr., plazo de entrega de la prestación, recepción provisional y recepción definitiva, cesión, subcontratación, rescisión, sanciones, etcétera). Al perfeccionarse el contrato, los pliegos se incorporan a él, adquiriendo el carácter de documentos integrantes del contrato y de normas de interpretación del mismo obligatorias para ambas partes. La incorporación al contrato es un imperativo de los pliegos y de las leyes reguladoras de la contratación administrativa" (Dromi Roberto. *Derecho Administrativo. Ediciones Ciudad Argentina. 6ª Edición actualizada. Buenos Aires. 1977*)

Por lo expuesto, solicitamos respetuosamente a los Magistrados que integran la Sala Tercera, Contencioso Administrativa, de la Corte Suprema de Justicia, que denieguen la pretensión al demandante y en su lugar,

confirmen la legalidad del Contrato de Compraventa celebrado entre el Estado panameño y la empresa Cable & Wireless PLC, publicado en la Gaceta Oficial N°23,365 del 29 de agosto de 1997.

III. Derecho: Negamos el invocado por el demandante.

IV. Pruebas: De las documentales presentadas, sólo aceptamos en calidad de tales los documentos debidamente autenticados y los originales.

De la Señora Magistrada Presidenta,

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

AMdeF/10/mcs

Licdo. Víctor L. Benavides P.
Secretario General