

18                    veintiocho                    2001.

Proceso Contencioso  
Administrativo de  
Nulidad

La firma Arcia, Vargas & VeThsquez, en representaci6n del H.L. Miguel Bush R~os, para que se declare nula, par ilegal, la Resoluci6n de Gabinete N0133 de 29 de diciembre de 1999, "par la cual se autoriza al Ministro de Gobierno y Justicia a suscribir una Addenda al Contrato de Concesi6n otargado a la empresa Cable & Wireless Panama, S.A.

I)

Nulidad

I,

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

En atenci6n al traslado de la demanda contencioso administrativa descrita en el margen superior derecho de este escrito, ordenado mediante resoluci6n del 8 de febrero de 2001, visible a foja 46, modificada par el auto de 24 de mayo de 2001, visible a foja 87, arribas del cuaderno judicial, procedemos a emitir nuestro concepto legal, segiln la atribuci6n sefialada en el articulo 5, numeral 3, de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, que contiene el Estatuto Org~nico de la Procuraduria de la Administraci6n.

I. Disposiciones Legalos que me estiman infringida. y conceptos de infracci6n expuestos en la demanda:

Art~culo 20 de la Ley 5 de 9 de febrero de 1995.

"Articulo 20: Finalizadas las negociaciones con acuerdo entre las partes, se someter~n a la aprobaci6n del Consejo de Gabinete los documentos de la licitaci6n que se hubiesen

convenido, debiéndose aprobar la

2

1.~

concesión respectiva mediante  
resolución motivada por parte de la

I.

Asamblea Legislativa."

Concepto de la infracción:

"En esta norma el legislador consagró  
un requisito sine qua non para crear  
legalmente la concesión que se

lj

otorgaría en el campo de las  
telecomunicaciones, y solo aquí, no en  
otro servicio. Con esta finalidad  
obliga a buscar, previamente a su  
suscripción, por un lado, la anuencia  
formal del Ejecutivo, y por otro lado,  
lo mismo de la Asamblea Legislativa.  
Sin la concurrencia de ambas anuencias,  
no nacerá la criatura llamada  
CONCESIÓN.

El Consejo de Gabinete en su Resolución  
133 de 29 de diciembre de 1999,  
autoriza suscribir la modificación al  
Contrato de Concesión No. 134 de 29 de  
mayo de 1997, única y exclusivamente  
con base a esta Resolución, sin  
percibir que el carácter de interés  
público del servicio de  
telecomunicaciones condujo al  
legislador en este campo a obligar al  
Estado a formalizar esta Concesión con  
dos autorizaciones, una del Consejo de  
Gabinete, y otra de la Asamblea  
Legislativa. Por esta razón las  
autorizaciones de estos Organos para el  
Contrato de Concesión No. 134 tienen  
fechas anteriores. La del Consejo de  
Gabinete es la N066 de 16 de abril de  
1997 y la de la Asamblea Legislativa es  
la N024 de 12 de mayo de 1997.

Significa ella que una de las partes de  
ese Contrato de Concesión, el Estado,  
actuó autorizado por las dos  
resoluciones señaladas, a la que es la  
misma, la voluntad estatal se conformó  
a raíz de ambas autorizaciones, con  
arreglo al mandato del Artículo 20 de

la Ley 5 de 1995. La consecuencia jurídica en esta materia es que si así se hizo, solo repitiendo el mismo procedimiento podrá deshacerse. Se trata de una violación directa, por omisión." (Cf. f. 39 - 40)

U

3

Artículo 3 de la Ley 26 de 29 de enero de 1996  
(modificada por el artículo 43 de la Ley 24 de 30 de junio de  
1999)

"Artículo 3: El Ente Regulador ejercerá el poder de regular y controlar la prestación de los servicios públicos de abastecimiento de agua potable, alcantarillado sanitario, electricidad, telecomunicaciones, radio y televisión, así como la transmisión y distribución de gas natural, en adelante llamados servicios públicos, según lo establecen la presente ley y las leyes sectoriales".

Concepto de la infracción:

"Esta norma sintetiza la principal consecuencia del carácter público y de interés social del servicio de telecomunicaciones cuando a la entidad oficial que vigilará su desarrollo se le faculta, primeramente, a dirigir sin obstáculos, es decir, ejercer el poder; de mandar y regir una actividad, es decir, regularla; y de inspeccionar y marcar el ritmo de esa actividad, es decir, controlarla. No tiene ningún sentido darle tales atribuciones a una entidad si el cambio de aquello que por ley está obligada a regular y controlar, puede realizarse sin su intervención.

Es precisamente esta omisión el resultado de la conducta del Consejo de Gabinete al acoger la supuesta solicitud del concesionario para modificar el Contrato de Concesión No. 134 y decidir unilateralmente, sin consultar previamente al organismo creado por el legislador especialmente para que regule y controle tal

actividad, firmar una modificación de dicho convenio, para demostrar sustancial. Esta decisión sólo podía materializarse con la opinión favorable de ese organismo legal especializado para verificar si técnica y contractualmente se justifica el cambio solicitado. La consideración de las razones que el concesionario pudo haber alegado no

4

competen al Consejo de Gabinete, ni pueden ser válidamente apreciadas por este organismo, por motivos legales y técnicos. El legislador también pensó en esta realidad cuando creó el Ente Regulador. Esta es una violación directa, por omisión." (Cf. f. 40)

I

34

Artículo 8 de la Ley 26 de 29 de enero de 1996  
(modificado por el artículo 45 de la Ley 24 de 30 de junio de 1999)

"Artículo 8: Jurisdicción. Las empresas prestadoras de servicios públicos de agua potable, alcantarillado sanitario, electricidad, telecomunicaciones, radio, televisión y las dedicadas a la transmisión y distribución de gas natural, están sujetas a la jurisdicción del Ente Regulador, en los términos señalados por las respectivas leyes sectoriales."

Concepto de la infracción:

"En esta norma reposa la decisión del legislador de elevar la calidad del Ente Regulador a la del organismo con capacidad para gobernar y poner en ejecución la actividad pactada en materia de telecomunicaciones; con la potestad para procurar el equilibrio entre CONCESIONARIO y usuarios; con la facultad delegada por el Estado de conocer y administrar las posibles controversias que se deriven de la relación contractual; esta es la jurisdicción."

Si la ley concede esta jurisdicción al Ente Regulador, mal puede el Consejo de Gabinete, unilateralmente, determinar lo que es vialatario a na en las actividades del CONCESIONARIO del servicio de telecomunicaciones. LJa determinación de este tipo solo puede ser producto de una verificación de los términos y condiciones contractuales y del examen de un informe técnica previamente elaborado y entregado por el CONCESIONARIO. Estas funciones son exclusivas del organismo que tiene jurisdicción sobre las empresas

5

~  
4,

prestadoras del mencionada servicio público, y ese no es el Consejo de Gabinete, sino el Ente Regulador.

Fuera de las autoridades judiciales en los casos pertinentes, el Cinico legalmente facultado para interpretar el respectiva contrata de concesión, par ejemplo, afirmar si hay a no cumplimiento, es el que posee la potestad de ejercer jurisdicción sobre el CONCESIONARIO, y ese organismo es el Ente Regulador. Mal puede el Consejo de Gabinete entonces, interpretar el Contrata de Concesion, y sostener, como hizo en la resolución atacada, que el Cinico requisito que se requiere para reformarla es el mutuo acuerdo de las partes y cumpliendo las formalidades señaladas en las leyes vigentes. Allí están las consecuencias: una de las partes, el Estado, compareció con el consentimiento viciado, en la medida que carece de otra autorización, la de la Asamblea Legislativa, para realizar ese tipo de actas. Además, tampoco se respetaron las leyes vigentes, que para el caso del servicio de telecomunicaciones, son las citadas leyes 5 de 1995 y 26 y 31 de 1996. Esta actuación del Ejecutiva constituye una violación directa, por omisión." (Cf. f. 41)

Artículo 19 de la Ley N026 de 29 de enero de 1996,

numerales 1, 8 y 9.

"Artículo 19: Atribuciones del Ente Regulador. Para el cumplimiento de sus abjetivas, el Ente Regulador tendr~ las funcianes y atribucianes siguientes:

1. Cumplir y hacer cumplir esta Ley y las dem~s normas legales complementarias, asi coma las leyes sectoriales respectivas. Para ella, el Ente Regulador realizar~ eficaz control, vigilancia y verificaci6n del cumplimiento de las leyes y reglamentos par parte de las empresas de servicios pCiblicas de agua potable y alcantarillado sanitaria, telecomunicaciones y electricidad;
2. .

'p

6

8. Reglamentar la aplicaci6n de principios generales, metodologfas y f6rmulas de c6.lcula de tarifas para la prestaci6n de los servicios pciblicos de su competencia, salvo que las leyes sectoriales indiquen que las precias ser~n fijados mediante r6gimen de competencia a par acuerdo entre las partes;
9. Supervisar y verificar la aplicaci6n del r6gimen tarifaria y de los valores tarifarios, de acuerda can las mecanismos que se prevean en las leyes sectoriales. Asegurar que la infarmaci6n sustentataria est6 disponible para canocimiento de las personas interesadas.~'

-w

Concepta de la infracci6n:

"La jurisdicci6n recanacida par ley al Ente Regulador se extiende a todas las normas legales complementarias. El eficaz control, vigilancia y verificaci6n del cumplimiento de estas instrumentos, consecuentemente, es ejercida par dicha entidad. Incluso, las metas de mejoramienta, que en este caso se fijan en el Anexa C del referida Cantrato de Concesi6n No. 134, deben ser verificadas par el Ente Regulador. El legislador es coherente con el objetivo de permitir un

verdadero y completa control respecta de las instrumentas con fuerza de ley que desarrallan la concesión de un servicio pública. La contraria sucedería si le reconociera jurisdicción al Ente Regulador para ejercer control, para vigilar el cumplimiento de la respectiva contrata de concesión se le atribuyera a otra órgana estatal.

Esta contradicción se da con la unilateral decisión del Consejo de Gabinete de cambiar a flexibilizar las metas de calidad que son parte integrante de la Contrata de Concesión No. 134. No olvidemos que el Contrato es ley entre las partes, para la que está inmerso dentro de esos instrumentas con fuerza de ley cuya jurisdicción es atribuida exclusivamente al Ente Regulador. Y

3

,1'

esta lo hace una ley cuya creación era requisito sine qua non para suscribir la concesión, condición que, además, es reconocida expresamente por las partes en el Contrato de Concesión respectivo.

K  
K

Artículo 2 de la Ley N031 de 8 de febrero de 1996:

"Artículo 2: El Ente Regulador de los Servicios Públicos, denominada también

[4 1~

el Ente Regulador, tiene la finalidad de regular, ordenar, fiscalizar y

I'

reglamentar eficazmente, entre otros, la operación y administración de los servicios de telecomunicaciones, en cumplimiento de las disposiciones de la presente ley."

Concepto de la infracción:

"Es lógico que sea al inicio, que la ley que regula las telecomunicaciones, exigencia de la Ley 5 de 1995, reconozca las facultades ya mencionadas del Ente Regulador para 'regular, ordenar, fiscalizar y reglamentar' la 'operación y administración' de los

servicios pCiblicas en cuesti6n. La norma infringida comparte otro elemento dave en la farina de ejercer tales facultades: debe hacerlo 'eficazmente' Es decir, el legislador consagra su voluntad de que este organismo realice funciones que produzcan todo el efecto que se desea.

Un Consejo de Gabinete que se salta al Ente Regulador para coger una salicitud de refarma de un cantrata de cancesi6n y que autariza suscribir esa inadificaci6n, la que hace el Ministra de Gabierna y Justicia al d~a siguiente, pratagoniza una actuaci6n administrativa que atenta contra eJ. canfesa y clara abjetiva de la referida norma: eficacia. Las funcianes del Ente Regulador jam~s padr~n praducir todo el efecta deseado con obstrucciones de este tipa. Se trata de una violacion directa, por camisi6n." (Cf. f. 43)

## II. Concepto de la Procuradurf a de la Administraci6n.

8

A trav6s de las Procesas Contenciosa Administrativas de Nulidad, se busca que la Sala Tercera de la Carte Suprema de Justicia determine la legalidad a ilegalidad de los actas administrativas sometidos a su consideraci6n par media de esta vfa judicial. En tal sentida, los demandantes est~n en libertad de indicar las normas legales que estiman conculcadas, pera esto no impide que la Carte Suprema de Justicia al decidir el m6rito del procesa, a la Procuradurf a de la Administraci6n, al momenta de emitir su apini6n objetiva sabre cada casa, tamen en consideraci6n y analicen

S  
~ 1~  
~

(. ~

A

V

V

K'1

la posible infracción de normas legales no citadas en la respectiva demanda, sobre todo, si existe la posibilidad real que se halla producida su violación; todo ello con sustento en determinar objetivamente la legalidad de los actos sometidos a la revisión judicial por medio del Proceso Contencioso Administrativo de Nulidad.

En el presente caso, precisamente, la Procuraduría de la Administración considera que las normas citadas por el demandante se refieren básicamente a las atribuciones técnicas que debe ejercer el Ente Regulador de los Servicios Públicos respecto a un Contrato de Concesión, en el cual no interviene su voluntad; no han sido violadas y por tanto, deben desestimarse dichas cargas.

Más bien, en lo que atañe al Ente Regulador de los Servicios Públicos, nos permitimos adherirnos a la opinión de la Procuraduría de la Administración, vertida en la Nota C-20 de 3 de febrero de 2000, que en lo pertinente dice:

"A esta importante institución autónoma de nuestro país, le corresponde, entre otras atribuciones, verificar el cumplimiento de los niveles de calidad de los servicios en los aspectos técnicos, comerciales, legales y ambientales, y la de controlar el cumplimiento de las condiciones básicas para la prestación de los servicios públicos (Cf r. Numerales 3 y 7 del artículo 19 de la Ley No. 26 de 1996). Es de resaltar que el Estado ha creado el Ente Regulador como una persona jurídica de Derecho Público con una competencia especial, la cual le permite vigilar la buena prestación de los servicios públicos para procurar la promoción y

mejara de la calidad de vida de las habitantes de nuestro pais."

En suma, la intervenci6n legal del Ente Regulador de las Servicios Piuiblicas en la madificaci6n del Contrato de Concesi6n de Telecomunicaciones que versa sobre las metas de calidad y/o expansi6n de servicia, debe alcanzar cuando rnucho, el nivel de opini6n t6cnica, pera no es necesaria que exprese su cansentimienta, coma lo ha planteado el demandante, para que las addendas sean juridicamente v~lidas.

Sin embargo, a juicio de este Despacho, con el acto demandado Si se ha producido la vialaci6n legal del articulo 20 de la Ley 5 de 9de febrero de 1995 y de otras disposicianes legales.

En efecta, mediante Contrata de Concesi6n N0134 de 29 de maya de 1997, la Rep6blica de Panam& y la empresa denaminada INTEL S.A., (pasteriamente, CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A.), celebraron convenia a trav6s del cual se concedi6 a la mencionada sociedad la prestaci6n, en r6gimen de exclusividad temporal, de los servicios b~sicos de telecomunicaciones.

10

Coma se ha dicho, en 6ste acto contractual no intervinan

,\*- formalmente el Ente Regulador de los Servicios PCiblicas.

A nuestra parecer, de conforinidad can el artfcula 20 de 2a Ley N05 de 9 de febrero de 1995 "Par la cual se Reestructura el Instituto Nacional de Telecomunicaciones", en el perfeccionamiento del Cantrato de Concesi6n del Servicia de Telecomunicaciones intervinieron tres voluntades: la

J~u  
' 'I  
r.

I  
St.  
I  
~  
I C

entidad particular, el Organo Ejecutivo y la Asamblea

.9'

Legislativa. Al ser los sujetas contractuales, cuya expresi6n de voluntad perfeccion6 la relaci6n jurfdica convencional, el 6rgano Ejecutivo, representado por el Ministro de Gabierna y Justicia; la empresa, identificada en la persona de su representante legal; y el 6rgano Legislativo, es nuestro criterio que la Resoluci6n de Gabinete N0133 de 29 de dicieinbre de 2000, par la cual se autoriza al Ministro de Gobierno y Justicia a suscribir una Addenda al Contrato de Concesi6n N0134 de 1997, es ilegal, par cuanta, para modificar dicha Cantrato se requiere la intervenci6n y aprabaci6n de la Asamblea Legislativa, no asi la del Ente Regulador de los Servicios PCiblicos, ya que 6ste organisma debe ejercer todas sus atribucianes de fiscalizaci6n y cantral de acuerdo can las normas legales y cl~usulas contractuales vigentes, sin intervenir en la que respecta a otorgar el consentimiento para perfeccionar el contrato de Concesi6n N0134 de 1997, que celebr6 el Estada y la Empresa Cable & Wireless, Panama, S.A.

'I...

Dicha de otra manera, sibien es cierta el Cantrato de Contrato de Concesi6n N0134 de 29 de maya de 1997 puede ser

'v

11

modificado par mutua acuerdo de las partes, la voluntad p~iblica dirigida a praducir esos efectos juridicas tiene que reunir las farmalidades sefialadas en las leyes vigentes.

r ~

A mayor abundamiento, nas permitimos transcribir

parcialmente el criterio de la Procuraduría de la Administración, contenido en la Nota mencionada, que en sus partes pertinentes señala lo siguiente:

4

IA'S

"1. Perfeccionamiento y validez de la Adenda:

A través del Contrato de Concesión, el Estado le atarga 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 las 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.

'V

La voluntad en el Contrato de Concesión N0134 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 N05 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:

1~

12

p ~

~ d

~ 'I

~.

'ArUcula 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...'

\*1

Por tanto, las sujetas 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 celebrada 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

.4

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, citada por Bercaitz, expresa que: 'el contrato que se realiza fundada en autorización legislativa es un acto distinto de la ley misma que permite el surgimiento a el nacimiento del acuerdo de voluntades, el contrato, es el que crea la relación jurídica'. (BERCAITZ, Miguel Kigel. 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 a solemnidad, ya que es la manera de expresar la voluntad pública de contratar, amén de

ser un refrendo a un acta de control del Poder Legislativo a ciertas actividades contractuales mediante las cuales el Poder Ejecutivo otorga a un ente específico el privilegio de exclusividad a manapalia 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

A'S

las mismas órganos que dictaron el acta contractual, ya que ellas son las únicas 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 N0134 de 1997, Anexa C, es un nuevo parámetro de cumplimiento, y por esta, requiere de la intervención y aprobación de la Asamblea Legislativa, como organismo refrendador a de control."

Por las anteriores consideraciones, solicitamos respetuosamente a los Honorables Magistrados que componen la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, declaren que ES NULA, POR ILEGAL, la Resolución de Gabinete N0133 de 29 de diciembre de 2000, "por la cual se autoriza al Ministro de Gobierno y Justicia a suscribir una Addenda al Contrato otorgado a la empresa Cable and Wireless Panamá, S.A.

De la Honorable Magistrada Presidenta,

Oígnole Liado. JOSE JUAN CEBALLOS'  
Firmado Procurador de la Administración  
Dr. José Juan Ceballos  
Procurador de la Administración  
(Suplente)

JJC/ 10 Inc s