

Proceso Contencioso Administrativo de Nulidad.

Concepto.

La firma Arcia, Vargas & VeLisquez, en representaci6n de Miguel Bush R., para que se declare nula, par ilegal, la Addenda N02 de 30 de diciembre de 1999, a]. Contrato de Concesi6n N0134 de 29 de mayo de 1997, suscrita par el Ministro de Gobierno y Justicia y Cable & Wireless Panama, S.A..

Sefiora 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, admitida mediante resoluci6n del treinta (30) de julio de dos mil uno (2001); la cual esa Superioridad Judicial se sirvi6 corrernos en traslado, en calidad de Procurador Suplente, segiin su resoluci6n del tres (3) de septiembrenbre de dos mil uno (2001), visible a foja 59 del cuaderno judicial.

I. La pretensi6n de la parte actora.

El demandante, en ejercicia de la Acci6n Popular, pide a su Digno Tribunal que se declare nula, par ilegal, la Addenda N02 de 30 de diciembre de 1999, mediante la cual se modifican algunas metas de calidad del Contrato de Concesi6n N0134 de 29 de mayo de 1997, suscrita par el Ministro de Gobierno y

2

Justicia en nombre y representaci6n del Estado y la empresa Cable & Wireless Panaxn~ S.A.

II. Las normas que se aducen coma infringidas y los conceptos de infracci6n a las mismas son:

1. Se considera violado, de forma directa, por omisi6n, lo estipulado en los numerales 1 y 4 del articulo 19 de la Ley N026 de 29 de enero de 1996, "Por la cual se crea el Ente Regulador de los Servicios RCiblicos", que dicen:

"Articulo 19 Atribuciones del Ente Regulador. Para el cumplimiento de sus objetivos, el Ente regulador tendr~ las funciones y atribuciones siguientes:

1. Cumplir y hacer cumplir esta Ley y las demás normas legales complementarias, así como las leyes sectoriales respectivas. Para ello, el Ente Regulador realizará eficaz control, vigilancia y verificación del cumplimiento de las leyes y reglamentos por parte de las empresas de servicios públicos de agua potable y alcantarillado sanitario, telecomunicaciones y electricidad.
- 2.
- 3.
4. Verificar el cumplimiento de las metas de mejoramiento, la expansión de los servicios y el mantenimiento de las instalaciones, que se establezcan en las leyes sectoriales, en sus reglamentos o en las concesiones, licencias o autorizaciones específicas.
5. . . .

El concepto de la violación:

"El concepto de la privatización de servicios públicos en general comprende la necesaria fiscalización de los mismos por un órgano estatal especializado. Así lo desarrolla la ley y por eso deposita en el ENTE REGULADOR esta responsabilidad.

3

No es posible respetar el deseo manifiesto de la ley cuando es otro ente estatal el que asume tales funciones y prescribe unilateralmente la supuesta justificación legal para ordenar suscribir una Addenda a fin de ejecutar cambios en la relación legal y contractual que precisamente su conocimiento es delegado en forma exclusiva por la propia ley al ENTE REGULADOR. La Addenda No.002 no es producto de un eficaz control, ni de una verdadera vigilancia, ni de una estricta verificación de la entidad creada por la ley para que garantice el cumplimiento de las leyes de telecomunicaciones y del respectivo contrato de concesión. Es resultado de todo lo contrario, por lo que han violado esta norma de manera directa, por omisión." (Negritas del demandante) . (Cf. f. 15 - 16)

2. Se estima violado el artículo 3 (primer párrafo) de la misma Ley 26 de 29 de enero de 1996:

"Artículo 3: Competencia 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 establece la presente Ley y las leyes sectoriales."

Concepto de la violación expuesto por el demandante:

"La competencia para justificar una modificación contractual en materia de concesiones en el campo de las telecomunicaciones es fijada por la ley a]. ENTE REGULADOR. Es lo mismo decir que ning(un otro 6rgano estatal puede actuar en direcci6n a la madificaci6n de este tipo de contratos si antes no existe la consideraci6n expresa de aquel ente que la propia ley reserv6 para ese prop6sito.

4

Darle legitimidad a una actuaci6n que desconoce este imperativo legal, no es m~s que una violaci6n de lo normado en esta materia. La suscripci6n de la atacada Addenda No.002 colisiona directamente con la delegaci6n de competencia que para tales fines le concede la ley a]. ENTE REGULADoR. Se trata de una actuaci6n que obvi6 esta competencia y procedi6 con la modificaci6n contractual a pesar de ser opuesta a la voluntad expresa y tenor literal de la ley. Es una violaci6n directa, par omisi6n." (Negritas del demandante). (Cf. f. 16)

3. Finalmente, tambi6n se considera violado el articulo 8 de la Ley 26 de 29 de enero de 1996:

"Art~cula 8: Jurisdicci6n. Las empresas prestadoras de servicios p6blicos de agua potable, alcantarillado sanitario, electricidad, telecomunicaciones radio, tel.evisi6n y las dedicadas a la transmisi6n y distribuci6n de gas natural, est~n sujetas a la jurisdicci6n del Ente Regulador, en los t6rminos seialados por las respectivas leyes sectoriales."

El concepto de la violaci6n legal aducida lo expone el demandante, como sigue:

"La jurisdicci6n reconocida por su Ley Org~nica, al Ente Regulador de los Servicios PCiblicos, se extiende a todas las normas legales sectoriales del ~mbito de su competencia (alcanzando las Telecomunicaciones) y las leyes complementarias (Reglamentos y Contratos de Concesi6n). El eficaz control, vigilancia y verificaci6n del cumplimiento de estos instrumentos, dentro de los cuales est~n las metas de mejoramiento a de calidad que se fijan en el Anexo C del Contrato No.134 de 29 de mayo de 1997, cansecuentemente, debe ser ejercida par dicha entidad. El Legislador es coherente con el objetivo de permitir un verdadero y completo control respecto de los instrumentos con fuerza de ley que desarrollan la concesi6n de un servicio

5

público. Lo contrario sucedería si le reconociera jurisdicción al Ente Regulador para ejercer control, pero vigilar el cumplimiento del respectivo contrato de concesión se le atribuyera a otro a otro (sic) órgano estatal. En abierta contradicción con las normas legales vigentes en la materia y que han sido transcritas previamente, el Consejo de Gabinete decidió introducir cambios que flexibilizan las metas de calidad que son parte integrante del Contrato de Concesión No.134, sin que se haya tenido en cuenta las funciones legales que sobre esa materia son competencia del Ente Regulador. La antijurídica decisión del Consejo de Gabinete se vierte en la Resolución de Gabinete No.133 de 29 de diciembre de 1999, mediante la cual se autoriza al Ministro de Gobierno y Justicia, para que en nombre y representación de la República de Panamá, suscriba una Addenda al Contrato de Concesión otorgado a la empresa Cable & Wireless Panama, S.A., autorización que ejerció el titular de la cartera al día siguiente. Con la Addenda impugnada, la cual flexibiliza cinco (5) de las metas de calidad convenidas originalmente en el Contrato 134 de 29 de mayo de 1997 (que es Ley entre las partes), coartándole las facultades y atribuciones que legalmente le corresponde al Ente Regulador, de conformidad con las normas arriba transcritas, resultando violadas las mismas, de manera directa, por omisión, porque dejaron de aplicarse a un supuesto que 10 requiere, tal y como ha quedado explicado." (Negritas del demandante). (Cf. f. 16 - 17)

4. Se estima que el acto impugnado, viola de manera directa, por omisión, el artículo 2 de la Ley Sectorial de Telecomunicaciones, N031 de 8 de febrero de 1996, cuyo texto dice:

"Artículo 2: El Ente Regulador de los Servicios Públicos, denominado también el Ente Regulador, tiene la finalidad de regular, ordenar, fiscalizar y

6

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

En cuanto al respectivo concepto de la infracción legal, expone el demandante lo siguiente:

"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 pCiblicos en cuesti6n. La norma infringida aporta otro elemento dave en la forma 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 salta a]. Ente Regulador para reformar un contrato de cancesi6n, dande se flexibilizan metas de calidad en la prestaci6n del servicia de telecomunicaciones y el acto administrativo derivado de tal decisi6n, la ADDENDA 002 impugnada, prataganiza una actuaci6n administrativa que atenta contra el confeso y clara objetivo de la referida norma: eficacia. Se trata de una violaci6n directa, par omisi6n." (Negritas del demandante). (Cf. f. 17)

5. Segiin el actor, el acta impugnada viola de manera directa, el articulo 3 del Decreta Ejecutivo N073, de 9 de abril de 1997, reglamentaria de la Ley N031 de 8 de febrero de 1996, par la cual se dictan normas para la regulaci6n de telecomunicaciones en la RepCiblica de Panama, cuya texta dice:

"Art~culo 3: El Ente regularadar constituye la Cinica entidad can competencia para regular, ardenar,

7

fiscalizar entre otros, la operaci6n y administraci6n de los servicios de telecomunicaciones Sus atribuciones generales se encuentran establecidas ,en las articulos 19 y 20 de la Ley N026, 'Par la cual se crea el Ente Regulador de los Servicios Piiblicos' Su organizaci6n estructura y competencias se regir~n par la Ley N026, la Ley N031, 6ste reglamento y dem~s normas aplicables El domicilio del Ente Regulador ser~ la Ciudad de Panama."

La infracci6n legal se produce, de acuerdo con el demandante porque:

"Siendo el Ente Regulador, la Entidad del Estado encargada de atender de manera privativa tado (sic) los aspectas relacionadas con el servicia p~iblico de telecomunicaciones, a]. haber suscrito el Ministeria de Gabierno y Justicia, la Addenda No.002 (el acto impugnado), sin cansideraci6n al producto de las gestiones legales propias del ENTE REGULADOR que podrian justificar una decisi6n de esa naturaleza, modificanda las metas de calidad en el servicia de telecomunicaciones convenidas en el respectivo cantrata, se ha vialado de manera directa, par amisi6n, el arUculo 3 del Decreto Ejecutivo No.73

de 9 de abril de 1997." (Negritas del demandante). (Cf. f. 18)

6. Indica el demandante que el acto impugnado, viola la cláusula 64 del Contrato de Concesión N0134 de 29 de mayo de 1997, que hace bloque legal y en consecuencia forma parte de la Ley N05 de 9 de febrero de 1995, en relación con la Ley N026 de 29 de enero de 1996, en sus artículos 19 (ardinales 1 y 4); 3 y 8, tal como fue reformada por la Ley N024 de 30 de junio de 1999.

La cláusula 64 del Contrato de Concesión N0134 de 29 de mayo de 1997 dispone, lo siguiente:

8

"CLAUSULA 64g. MODIFICACIÓN DEL CONTRATO
Este Contrato sólo podrá ser modificado por mutuo acuerdo de las partes y con las formalidades señaladas en las leyes vigentes." (La subrayado y las negritas, son del demandante)

En lo que debe ser el concepto de la infracción, la parte demandante se limita a expresar:

"Como quiera que son procedentes aquí, la sustentación del concepto de la infracción contenida en el punto 1.1. (violación a leyes orgánicas), téngase en el presente análisis, tales argumentos, para sustentar la violación directa, por omisión de la norma aquí comentada (cláusula 64 del Contrato 134 de 29 de mayo de 1997). (Cf. f. 18)

7. Finalmente, el actor señala como violado el artículo 1 del Decreto de Gabinete N026, de 7 de febrero de 1990, que exige la formalidad de publicación de este tipo de actos en la Gaceta Oficial.

"ARTÍCULO 10: La Gaceta Oficial es el órgano de publicidad del Estado, en el que se hará promulgación de las Leyes, Decretos expedidos por el Consejo de Gabinete, Decretos Ejecutivos, Resoluciones, Resueltos, Acuerdos y cualquier otra acta normativa, reglamentaria a que contenga actas definitivos de interés general. De igual manera, deberá publicarse en la Gaceta oficial los avisos, así como los contratos y cualquier instrumento o acta cuya publicación en la misma ordene expresamente la Ley." (Negritas del demandante)

El concepto de violación de esta norma, expuesto en la demanda es el siguiente:

"La actuación de la administración no

refleja la voluntad de los funcionarios, como sucede en el campo privada, sino que es una manifestación

9

de la voluntad del Estado, limitado por la Constitución y las Leyes de la República. Por tal razón nuestro legislador decide que estas manifestaciones sean canalicadas por toda la comunidad, mediante su publicación en la Gaceta Oficial de Panamá. La ADDENDA 002 aquí cuestionada, a la fecha, aún no ha sido publicada en la Gaceta Oficial. En esta forma NO se puede dar cumplimiento al requisito de publicidad de los actos del Estado, exigida por nuestro ordenamiento jurídico. Se trata de una violación directa, por omisión." (Negritas del demandante) . (Cf. f. 18 - 19)

III. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

A través de los procesos contencioso administrativos de nulidad, se busca que la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia determine la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos sometidos a su consideración por medio de esta vía judicial. En el presente caso, la Procuraduría de la Administración considera que las normas citadas por el demandante que se refieren a las atribuciones técnicas que debe ejercer el Ente Regulador de los Servicios Públicos respecta a un Contrato de Concesión y sus adiciones, en las cuales no interviene su voluntad, no han sido infringidas por el acto acusado; 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 la pertinente dice:

"A esta importante institución autónoma de nuestro país, le corresponde, entre otras atribuciones, verificar el cumplimiento de los niveles de calidad

10

de los servicios en los aspectos técnicos, comerciales, legales y ambientales, y la de contralorar el cumplimiento de las condiciones básicas para la prestación de los servicios públicos (Cfr. Numerales 3 y 7 del artículo 19 de la Ley N026 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 mejora de la calidad de vida de los habitantes de nuestro país."

En suma, la intervención legal del Ente Regulador de los Servicios Públicos en la modificación del Contrato de Concesión de Telecomunicaciones que versa sobre las metas de calidad y/a expansión de servicios, debía alcanzar cuando mucho, el nivel de opinión técnica, pero no era necesaria que expresara su consentimiento, como lo ha planteado el demandante, para que las adiciones sean jurídicamente válidas.

Sin embargo, a juicio de este Despacho, con el acto demandado si se ha producido la violación legal de otras disposiciones legales citadas por el demandante, distintas a las que se relacionan con las funciones técnicas del Ente Regulador, que pasamos a explicar.

En efecto, mediante Contrato de Concesión N0134 de 29 de mayo de 1997, la República de Panamá y la empresa denominada INTEL S.A., (posteriormente llamada CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A.), celebraron convenio a través del cual se concedió a la mencionada sociedad la prestación, en régimen de exclusividad temporal, de los servicios básicos de telecomunicaciones. En

II

(

11

Este acto contractual no intervino formalmente el Ente Regulador de los Servicios Públicos.

A nuestro parecer, 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 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 N0134 de 1997, requería la intervención y aprobación de la Asamblea Legislativa, no así la del Ente Regulador de los Servicios Públicos, ya que este organismo debe ejercer todas sus atribuciones de fiscalización y control de acuerdo con las normas legales y cláusulas contractuales vigentes, sin intervenir en lo que respecta a otorgar el consentimiento para perfeccionar el contrato de Concesión N0134 de 1997, que celebró el Estado y la Empresa Cable & Wireless, Panama, S.A., y por tanto, menos en sus modificaciones o adiciones.

Dicho de otra manera, si bien es cierto el Contrato de Contrato de Concesión N0134 de 29 de mayo de 1997 puede ser modificada por mutuo acuerdo de las partes, la voluntad pública dirigida a producir esos efectos jurídicos tiene que reunir las formalidades señaladas en las leyes vigentes y, en

..1

12

este caso concreta, la voluntad del Estado expresada en la Addenda N0002 de 30 de diciembre de 1999, al Contrato de Concesión N0134 de 29 de mayo de 1997, mediante la firma del Ministro de Gobierno y Justicia, se encuentra viciada pues no concurre uno de los elementos formales necesarios para su perfeccionamiento: la aprobación por parte del Órgano Legislativo.

Por tanto, estimamos que se ha violado la cláusula 64a del Contrato de Concesión N0134 de 29 de mayo de 1997, que dispone:

"CLAUSULA 64a. MODIFICACIÓN DEL CONTRATO
Este Contrato sólo podrá ser modificada por mutuo acuerdo de las partes y con las formalidades señaladas en las leyes vigentes." (La subrayado y las negritas, son del demandante)

A mayor abundancia, nos permitimos transcribir parcialmente el criterio de la Procuraduría de la Administración, contenida en la Nota mencionada, que en sus partes pertinentes señala la siguiente:

"1. Perfeccionamiento y validez de la

Addenda:

A través del Contrato de Concesión, el Estado le otorga a la empresa Cable & Wireless Panama, S. A., (en la sucesivo LA EMPRESA), el derecho de instalar, prestar, operar y explotar por su cuenta y riesgo, los servicios de telecomunicaciones en el territorio de exclusividad de

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

13

telecomunicaciones nacionales e internacionales

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:

'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, las 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 contrata can

14

autorización legislativa constituye 'una etapa de la farina 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 distinta 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 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 farina a Solemnidad, ya que es la manera de expresar la voluntad pública de contratar, además 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 específica el privilegio de exclusividad a manopolia en la explotación de un servicio pública.

... En estas casos de alteración de las condiciones esenciales del contrato, la corrección sólo puede ser dispuesta por las 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 estas 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, Ariexo C, es un nuevo parámetro de cumplimiento, y por esto, requiere de la intervención y aprobación de la Asamblea Legislativa, como organismo refrendador a de control".

En cuanto a otro de los cargos de ilegalidad formulado por el demandante, éste despacho realizó su propia

15

investigación y no ha encontrado constancia que la Addenda N02 de 30 de diciembre de 1999 que se impugna, haya sido promulgada en la Gaceta Oficial. Siendo así, también estimamos que se ha infringido el artículo 1 del Decreto de Gabinete N026 de 7 de febrero de 1990, toda vez que se trata de un acta de efectos generales que obligatoriamente debió

publicarse en dicho órgano de publicidad, más aún si las
adendas, similares formalmente, hechas al mismo
Contrato N0134 de 29 de mayo de 1997, entre el Estado y Cable
& Wireless Panama, S.A., si fueron promulgadas en la Gaceta
Oficial.

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 Adenda N02 de 30 de diciembre de
1999 a). Contrata de Concesión N0134 de 29 de mayo de 1997,
suscrita por el Ministro de Gobierno y Justicia en
representación del Estado y la empresa Cable & Wireless
Panama, S.A.

De la Honorable Magistrada Presidenta,

Udo. JOSE JUAN CEBALLOS
Procurador de la Administración

(Suplente)

Dr. Juan Ceballos
Procurador de la Administración
(Suplente)

JJC/10/mcs

Licda. Víctor L. Benavides P.
Secretaria General