

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 1166

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 21 de julio de 2023

Proceso Contencioso Administrativo de Nulidad.

Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Expediente 227982023.

El Licenciado **Herbert Young Rodríguez**, actuando en su propio nombre y representación, solicita que se declare nulo, por ilegal, el numeral 4 de la Cláusula Cuarta de la Adenda Complementaria 1 de 12 de noviembre de 2009, al Contrato de Administración 143 de 19 de diciembre de 1997, suscrito entre la **Junta de Control de Juegos** del Ministerio de Economía y Finanzas y la sociedad **Gaming & Services de Panamá, S.A.**

Honorable Magistrado Presidente de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia.

Acudo ante usted de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 5 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, con el propósito de emitir el concepto de la Procuraduría de la Administración respecto a la demanda contencioso administrativa de nulidad descrita en el margen superior.

I. La pretensión.

A través de la acción que ocupa nuestra atención, Licenciado **Herbert Young Rodríguez**, actuando en su propio nombre y representación, solicita que se declare nulo, por ilegal, el numeral 4 de la Cláusula Cuarta de la Adenda Complementaria 1 de 12 de noviembre de 2009, al Contrato de Administración 143 de 19 de diciembre de 1997, suscrito entre la **Junta de Control de Juegos** del Ministerio de Economía y Finanzas y la sociedad **Gaming & Services de Panamá, S.A.** (Cfr. fojas 65-67 del expediente judicial).

II. Disposiciones que se aducen infringidas.

El accionante manifiesta que la disposición acusada vulnera las siguientes regulaciones:

A. Los artículos 5 y 46 del Decreto Ley 2 de 10 de febrero de 1998, alusivos a que los juegos de suerte y azar, así como las actividades que originen apuestas que se efectúen en la República de Panamá deberán ser autorizadas, reglamentadas y supervisadas; y, que no se concederán contratos para la instalación de nuevas salas de máquinas tragamonedas tipo "A",

excepto en el caso que formen parte de proyectos turísticos ubicados fuera del área designada, debidamente calificados por la Junta de Control de Juegos (Cfr. fojas 15-16 del expediente judicial);

B. Los artículos 34, 35, 36, 52 y 162 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, que establecen los principios que informan al procedimiento administrativo general; el orden jerárquico del ordenamiento jurídico patrio; que ningún acto podrá emitirse o celebrarse con infracción de una norma jurídica vigente; el vicio de nulidad absoluta; y, la desviación de poder (Cfr. fojas 16-22 del expediente judicial); y

C. El artículo 52 de la Ley 49 de 17 de septiembre de 2009, que menciona que quedan resueltos los contratos de administración y operación de salas de máquinas tragamonedas tipo “A” a las personas naturales o jurídicas que los obtuvieron en virtud de los artículos 57 y 58 del Decreto Ley 2 de 10 de febrero de 1998, a quienes se les ofreció un plazo improrrogable de seis (6) meses para el cierre de sus operaciones, lo que constituye un estatuto de orden público con efecto retroactivo (Cfr. fojas 22-23 del expediente judicial).

III. Conceptos de las violaciones planteados por el actor.

El activador judicial plantea en su demanda que el artículo 46 del Decreto Ley 2 de 1998, dice que no se concederán contratos para la instalación de Nuevas Salas de Máquinas Tragamonedas tipo “A”, excepto en el caso que formen parte de proyectos turísticos ubicados fuera del área designada, debidamente calificados por la Junta de Control de Juegos; y que, a pesar de tal previsión regulatoria, la entidad demandada, a través del numeral 4 de la Cláusula Cuarta de la Adenda Complementaria 1 de 12 de noviembre de 2009, al Contrato de Administración 143 de 19 de diciembre de 1997, objeto de este proceso, puntualiza que *“... la operación de estas 12 salas tragamonedas tipo ‘A’ queda regida por las mismas obligaciones, términos, derechos, condiciones y estipulaciones señaladas en el Contrato de Administración No. 143 de 19 de diciembre de 1997, que comprende entre otras la inexistencia de limitaciones en torno al número de máquinas a operar dentro de cada una de las respectivas salas y la exclusividad a que tiene derecho El Administrador/Operador para operar salas de máquinas tragamonedas tipo A dentro del área designada...”*. A juicio del accionante, la transgresión radica en el “derecho de exclusividad” que se aplica a las nuevas salas indicadas, lo que,

según señala, vulnera el principio de legalidad y la jerarquía normativa, además, que incurre en desviación de poder y en el vicio de nulidad absoluta (Cfr. fojas 15-22 del expediente judicial).

Aunado a lo anterior, el activador judicial sostiene que el acto administrativo que se examina transgrede el artículo 52 de la Ley 49 de 2009, que modifica el Código Fiscal y los artículos 57 y 58 del Decreto Ley 2 de 1998; ya que, específicamente, resuelve de pleno derecho los contratos de las Salas de Máquinas Tragamonedas Tipo "B" convertidas en tipo "A" (Cfr. foja 22 del expediente judicial).

A ese respecto, añade:

"Para mejor ilustración de la Sala son los mismos contratos que la Junta de Control de Juegos en su contestación del 22 de mayo de 2022, -páginas 6 y 7 describe- (aportado como prueba a este memorial), siendo 3 contratos que sumados contabilizan doce (12) Salas de Máquinas Tragamonedas Tipo 'A'.

Irónicamente, se pretende mediante Addenda Complementaria No. 1 de 2009, darlos nuevamente en concesión en concepto de 'salas adicionales' a un contrato suscrito previo al Decreto Ley No. 2 de 1998.

Es decir, NO SÓLO SE VIOLA lo establecido en el Decreto Ley No. 2 de 1998, sino que además SE OMITE y se BURLA mediante formato de 'adenda' con lo ordenado por una norma de rango legal, como lo es la Ley 49 de 2009, en específico el artículo 52.

Y es que cuando en sus descargos el ente regulador hace referencia en página 8 párrafo 4 '*... mas no nuevas ... se desprendían al propio Decreto Ley No. 2 de 10 de febrero de 1998*' está ratificando que se refiere a las Salas de Máquinas Tragamonedas Tipo 'B' convertidas en Tipo 'A' conforme al artículo 57 y 58 de dicho Decreto Ley. Mismas que fueron eliminadas por el artículo 52 de la Ley No. 49 de 2009, antes que se firmara la Addenda Complementaria, objeto de la presente Advertencia de Ilegalidad." (Cfr. fojas 22-23 del expediente judicial).

IV. Intervención de la Tercera Interesada.

4.1. Sobre la litis pendencia.

La apoderada judicial de la sociedad Gaming & Services de Panamá, S.A. (G.S.P.) plantea en primer lugar, que el expediente que ocupa nuestra atención, identificado con el número **227982023**, se encuentra en litis pendencia con el proceso de Advertencia de Ilegalidad, contenido en el infolio con la entrada **381522022**, que según señala, concuerdan en los apartados denominados "lo que se demanda" y "acto acusado de ilegalidad", por lo que invoca el artículo 674 del Código Judicial (Cfr. foja 114 del expediente judicial).

Al revisar nuestro tarjetario, este Despacho observa que, en efecto, la entrada **381522022**, corresponde a una Advertencia de Ilegalidad, interpuesta por Hípica de Panamá, S.A., en contra del

Ministerio de Economía y Finanzas y la empresa Gaming & Services de Panamá, S.A., que es admitida a través de la Providencia de 22 de abril de 2022, de la que se le corrió traslado a la Procuraduría de la Administración para que emitiera su concepto de Ley, el cual quedó consignado en la Vista 1444 de 30 de agosto de 2022, en la que se le solicitó a la Sala Tercera que la declarara NO VIABLE por defectos de forma.

En efecto, en la Vista 1444 de 30 de agosto de 2022, este Despacho manifestó que observa que *"...la activadora judicial le atribuye supuestos vicios de ilegalidad a la Cláusula Tercera y el numeral cuatro de la Cláusula Cuarta de la Adenda Complementaria 1 de 12 de noviembre de 2009; sin embargo, lo cierto es que dichas estipulaciones no serán aplicadas para resolver proceso administrativo alguno, dado que la sociedad Gaming & Services de Panamá, S.A., ostenta los derechos derivados del contrato celebrado y su modificación, al ser adjudicataria de la Licitación Pública JCJ-12-97, en virtud de lo cual, ha venido ejerciendo la administración y operación de las veintiséis (26) Salas de Máquinas Tragamonedas Tipo A, y en donde la sociedad Hípica de Panamá, S.A., no figura como parte; por lo que resulta evidente que en la presente causa la Advertencia de ilegalidad no es la figura idónea para debatir lo pretendido por la actora, al no enmarcarse en los supuestos contemplados en los artículos 73 y 201 (numeral 9) de la Ley 38 de 31 de julio de 2000."*

"Del análisis precedente, se infiere que las disposiciones antes mencionadas se tratan de cláusulas contractuales que, a juicio de esta Procuraduría, no son susceptibles de ser objeto de análisis a través de este recurso; frente a lo cual no puede perderse de vista que de acuerdo con la jurisprudencia que sobre esta materia ha desarrollado la Sala Tercera, la Advertencia de ilegalidad: '...está reservada para el examen de aquellas normas reglamentarias u otros actos administrativos que deban ser aplicados al momento de decidir definitivamente el conflicto jurídico que constituye el Procedimiento Administrativo dentro del cual se presenta...' (Cfr. Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia, Auto de 6 de agosto de 2020)."

*"La sentencia antes reproducida nos permite colegir, sin lugar a dudas, que **las cláusulas advertidas de ilegal resultan contrarias a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 73 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000**; por tanto, este Despacho es de la opinión que **la presente acción***

no es viable, ya que la actora ha equivocado el objeto de la Acción de Advertencia de ilegalidad."

*"Dicho de otro modo, estimamos que un pronunciamiento con respecto a la supuesta ilegalidad de la **Cláusula Tercera y el numeral cuatro de la Cláusula Cuarta de la Adenda Complementaria 1 de 12 de noviembre de 2009**, al Contrato de Administración y Operación 143 de 19 de noviembre de 1997, no encuentra asidero de conformidad con lo planteado en párrafos precedentes, en la medida que **dichas estipulaciones no constituyen la norma aplicable para solucionar el requerimiento hecho por parte de la sociedad Gaming & Services de Panamá, S.A., a través de la solicitud de autorización preliminar de operación de Salas de Máquinas Tragamonedas Tipo A, sino, que es el objeto esta**; es decir, las mismas no serán aplicadas para resolver el proceso administrativo, presupuesto necesario contemplado en el **artículo 73 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000**, dado que los derechos de administración y operación de los veintiséis (26) dispositivos de juego emanan del acto administrativo contentivo de las mismas, lo cual permite que la empresa adjudicataria pueda solicitar su ampliación, remodelación o mudanza de su ubicación con arreglo a lo dispuesto en el **artículo 18 de la Resolución 92 de 12 de diciembre de 1997**, que fue modificado por el artículo 7 de la Resolución 83 de 19 de agosto de 1999, que regula lo relativo a la presentación de información referente a cambios en la propiedad (Cfr. página 14 de la Gaceta Oficial 23885 de 14 de septiembre de 1999)."*

*"Visto de esta forma, al analizar los componentes que hacen viables las Advertencias de ilegalidad, observamos que **resulta erróneo el planteamiento hecho por el apoderado de la parte actora, pues la Cláusula Tercera y el numeral cuatro de la Cláusula Cuarta de la Adenda Complementaria 1 de 12 de noviembre de 2009, no son las disposiciones reglamentarias que van a servir de fundamento en la decisión que tome la entidad para resolver la solicitud presentada por la sociedad Gaming & Services de Panamá, S.A.; en cambio, constituyen el fundamento sobre el cual descansa su pretensión y que da origen a sus derechos de administración y operación**; así entonces, la petición de autorización preliminar sobre alguna de las veintiséis (26) Salas de Máquinas Tragamonedas Tipo A, será aprobada o rechazada en función de*

lo establecido en el **artículo 18 de la Resolución 92 de 12 de diciembre de 1997**, modificado por el artículo 7 de la Resolución 83 de 19 de agosto de 1999.”

“En las generalizaciones anteriores, es importante señalar que tal como lo ha señalado esa Corporación de Justicia, **la pretensión de ilegalidad respecto de un acto administrativo tiene diversas figuras a través de las cuales puede encausarse la misma**, en este caso es evidente por lo explicado, que **la Advertencia de Ilegalidad no es la vía para cuestionar o debatir los aspectos planteados por la sociedad proponente del negocio, en la medida que la Cláusula Tercera y el numeral cuatro de la Cláusula Cuarta de la Adenda Complementaria 1 de 12 de noviembre de 2009, no constituyen normas reglamentarias y las mismas ya han sido aplicadas desde el 10 de marzo de 2010, fecha en que el acto fue publicado en la Gaceta Oficial y entró a regir, conforme lo establece la Cláusula Novena.**”

“En ilación con lo expuesto, resulta pertinente señalar que pese a que la **Adenda Complementaria 1 de 12 de noviembre de 2009**, ha cumplido los efectos jurídicos que le son propios, mal podría decirse que se ha producido el fenómeno jurídico que el jurista panameño Jorge Fábrega ha denominado como ‘obsolescencia procesal’, pues aun cuando el **Contrato de Administración y Operación 143 de 19 de noviembre de 1997, fue prorrogado por un periodo de veinte (20) años** adicionales, lo cierto es que los términos y condiciones establecidos en dicha extensión fueron pactados en función de lo estipulado en el acuerdo y su modificación que, como hemos indicado anteriormente, le confirió a la sociedad **Gaming & Services de Panamá, S.A.**, los derechos de administración y operación sobre catorce (14) Salas de Máquinas Tragamonedas Tipo A y, posteriormente, le otorgó doce (12) dispositivos de juego adicionales a los autorizadas inicialmente, haciendo un total de veintiséis (26).”

“Teniendo en consideración los aspectos legales, jurisprudenciales y doctrinales antes expuestos, este Despacho arriba a la conclusión que **la disposición que sea advertida de ilegal debe poder ser aplicada para resolver el fondo del negocio administrativo; situación que no se cumple en el presente caso; por tanto, la Cláusula Tercera y el numeral cuatro de la Cláusula Cuarta de la Adenda Complementaria 1 de 12 de noviembre de 2009, al Contrato de Administración y Operación 143 de 19 de noviembre de 1997, no resultan violatorios a los artículos 5 y 46 del**

Decreto Ley 2 de 10 de febrero de 1998, ni a los artículos 34, 36, 52 (numeral 1) y 162 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000.”

*“Sobre la base del criterio antes expuesto, esta Procuraduría solicita al resto de los Honorables Magistrados que integran la Sala Tercera, se sirvan declarar que **NO ES VIABLE** la Advertencia de ilegalidad interpuesta por el Licenciado Herbert Young Rodríguez, actuando en nombre y representación de la sociedad **Hípica de Panamá, S.A.**, contra la **Cláusula Tercera y el numeral cuatro de la Cláusula Cuarta de la Adenda Complementaria 1 de 12 de noviembre de 2009**, al Contrato de Administración y Operación 143 de 19 de noviembre de 1997, suscrito entre el Estado Panameño y la sociedad **Gaming & Services de Panamá, S.A.**”*

Por consiguiente, este Despacho está atento a la decisión que adopte la Sala Tercera respecto de la Advertencia de ilegalidad, cuya etapa de alegatos ya culminó.

4.2. Falta de legitimación de Herbert Young Rodríguez y Obsolescencia de la pretensión.

A juicio de la empresa que constituye la tercera interesada, el demandante no está legitimado para presentar la acción en estudio, habida cuenta que no es parte del contrato; y que la acción dejó de tener eficacia desde la entrada en vigencia de la adenda del contrato (Cfr. fojas 115-117 del expediente judicial).

Al respecto, debemos recordarle a la tercera interesada que, de conformidad con lo regulado en los artículos 42a y 43b de la Ley Contencioso Administrativa, así como la doctrina panameña, la acción de nulidad puede ser propuesta por cualquier persona, natural o jurídica, y carece de término de caducidad para su interposición, de allí que no resulta viable la apreciación de la apoderada judicial de la sociedad **Gaming & Services de Panamá, S.A.**, respecto de las temáticas de legitimidad y obsolescencia; de allí que procedemos a estudiar el fondo del caso.

4.3. Contestación de la demanda.

La tercera interesada manifiesta que el artículo 46 del Decreto Ley 2 de 10 de febrero de 1998, alusivo a que no se concederán contratos para la instalación de nuevas salas de máquinas tragamonedas tipo “A”, excepto en el caso que formen parte de proyectos turísticos ubicados fuera del área designada, debidamente calificados por la Junta de Control de Juegos, no aplica al acuerdo en

estudio, ya que "...el número de licencias para operar salas de máquinas tragamonedas tipo 'A', fueron autorizadas desde el momento mismo de realizarse la Licitación Pública Internacional, que en número correspondían a 26, por lo que el Ministerio de Economía y Finanzas, conforme a las facultades legales vigentes y en aras de proteger los mejores intereses del Estado y de todas las personas vinculadas a la industria, de manera especial los trabajadores vinculados a la industria y los prestadores de servicios vinculados a ella, procedió a firmar la adenda con la empresa que resultó ganadora de la Licitación Pública Internacional, sujetando la operación a las mismas condiciones del Contrato No. 143 de 1997 y a la restante normativa vigente... La afirmación hecha por la demandante (sic) carece de fundamento, en tanto que la suscripción de la adenda no se traduce en el otorgamiento de **un nuevo contrato**, como sugiere; se trata de un mismo y único contrato al que se adicionan un grupo de licencias que se encontraban vigentes y fueron otorgadas en virtud del marco regulatorio del propio Decreto Ley 2 de 1998, licencias que, en virtud de la resolución de los contratos emitidos por mandato expreso de los art. 57 y 58 de la Ley 49 de 2009, son adicionadas al Contrato suscrito por el Estado con la empresa que resultó ganadora de la Licitación Pública Internacional celebrada por el Estado como parte de la reorganización de la industria de juegos de suerte y azar en el año 1998. Para que el artículo 46 se entienda violado, debe haberse concedido un nuevo contrato, y en este caso no es así, la adenda, tal como expresamente quedo (sic) convenido en ella, es la modificación del Contrato de Administración y Operación No. 143 de 19 de diciembre de 1997, suscrito entre el Estado Panameño y la empresa Gaming & Services de Panamá, S.A. y no un nuevo contrato presupuesto que señala el artículo 46 del Decreto Ley 2 de 1998." (Cfr. fojas 119-120 del expediente judicial).

V. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Este Despacho procede a revisar el contenido del Contrato de Administración y Operación de las Salas de Máquinas Tragamonedas Tipo "A", suscrito el 19 de diciembre de 1997, entre la Junta de Control de Juegos y la sociedad **Gaming & Services de Panamá, S.A.**, (Cfr. fojas 32-46 del expediente judicial).

En ese acuerdo se precisa, que las partes han convenido "... celebrar el presente CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN Y OPERACIÓN DE LAS SALAS DE MÁQUINAS TRAGAMONEDAS TIPO 'A' descritas en el Anexo 1 ubicadas en la República de Panamá, y de conformidad con el Artículo 94 de

la Ley 56 del 27 de diciembre de 1995, y sujeto a los siguientes términos y condiciones: **CLÁUSULA**

PRIMERA: OBJETO DEL CONTRATO Este contrato tiene por objeto otorgar la administración y operación de las SALAS DE MÁQUINAS TRAGAMONEDAS TIPO 'A' a un ADMINISTRADOR/OPERADOR según los términos y condiciones acordados en este Contrato." (Cfr. foja 32 del expediente judicial).

Comoquiera que el objeto del contrato está detallado en el anexo 1, procedemos a revisar su contenido, veamos:

"ANEXO 1

Salas de Máquinas Tragamonedas Tipo 'A' *

1. Bolerama
Ubicación: Calles 1a. y 2a., Los Ángeles, Bethania, ciudad de Panamá
Ubicado en un centro comercial.
Dimensión del área de juego 110 metros cuadrados
Cantidad de máquinas: 67
2. Carolina Star
Ubicación: Centro Comercial Plaza Carolina, ciudad de Panamá.
Ubicado en un centro comercial cerca de la pista de carreras.
Dimensión del área de juego: 475 metros cuadrados
Cantidad de Máquinas: 50
3. España
Ubicación: Imperio Vía España, Vía España, Bella Vista, ciudad de Panamá. Ubicado en un centro comercial
Dimensión del área de juego: 500 metros cuadrados
Cantidad de Máquinas: 84
4. El Dorado
Ubicación: Centro Comercial El Dorado, Vía Ricardo J. Alfaro, Betania, ciudad de Panamá, ubicado en un centro comercial.
Dimensión del área de juego: 449 metros cuadrados
Cantidad de Máquinas: 174
5. Hotel Caribe
Ubicación: Avenida Perú, Calidonia, ciudad de Panamá
Dimensión del área de juego: 110 metros cuadrados
Cantidad de Máquinas: 60
6. Santiago
Ubicación: Edificio Berta, Avenida Central y Calle 9a., ciudad de Santiago. Ubicación en un centro comercial.
Dimensión del área de juego: 298 metros cuadrados
Cantidad de Máquinas: 37
7. Hotel Plaza Paitilla Inn
Ubicación: Vía Italia, San Francisco, ciudad de Panamá

Dimensión del área de juego: 291 metros cuadrados
Cantidad de Máquinas: 21

8. Hotel Soloy
Ubicación: Avenida Perú y Calle 30 E, Bella Vista, ciudad de Panamá.
Dimensión del área de juego: 250 metros cuadrados
Cantidad de Máquinas: 77

9. Hotel El Doral
Ubicación: Avenida Central y calle 'J', Panamá.
Dimensión del área de juego: 236 metros cuadrados
Cantidad de Máquinas: 103

10. Hotel Sotelo (Colón)
Ubicación: Avenida Amador Guerrero entre las calles 10a y 11a, ciudad de Colón
Dimensión del área de juego: 119 metros cuadrados
Cantidad de Máquinas: 57

11. Hotel Internacional
Ubicación: Plaza 5 de Mayo
Dimensión del área de juego:
Cantidad de Máquinas: 0

* En adición a las once (11) Salas de Máquinas Tragamonedas identificados en este Anexo 1, la Junta de Control de Juegos otorgará Licencias de Juego para la operación de otras tres (3) Salas de Máquinas Tragamonedas Tipo 'A', cada una de las cuales deberán estar ubicadas en las siguientes regiones: Provincia de Chiriquí; Provincia de Coclé; y Provincia de Herrera; conforme a las estipulaciones contenidas en este CONTRATO." (Cfr. fojas 44-46 del expediente judicial).

Nótese, que en la Adenda 1 se detallan cada una de las once (11) Salas de las Máquinas Tragamonedas Tipo "A" que le fueron aprobadas preliminarmente a la sociedad **Gaming & Services de Panamá, S.A.** También se especifica la cantidad de aquéllas que serán colocadas en cada ubicación pactada, las que identificaremos en el cuadro a continuación y las totalizaremos, así:

" ...

Salas de Máquinas Tragamonedas Tipo 'A'	Cantidad
1. Bolerama	67
2. Carolina Star	50
3. España	84
4. El Dorado	174
5. Hotel Caribe	60
6. Santiago	37
7. Hotel Plaza Paitilla Inn	21
8. Hotel Soloy	77
9. Hotel El Doral	103
10. Hotel Sotelo (Colón)	57
11. Hotel Internacional	0
... " TOTAL =	730

Otro detalle muy importante, es que **en el título del acuerdo se colocó un asterisco**, como se copia a continuación: **"ANEXO 1 Salas de Máquinas Tragamonedas Tipo 'A' *..."** (Cfr. foja 44 del expediente judicial).

Al final del Anexo 1, se coloca la explicación del mencionado asterisco, veamos: *"* En adición a las once (11) Salas de Máquinas Tragamonedas identificados en este Anexo 1, la Junta de Control de Juegos otorgará Licencias de Juego para la operación de otras tres (3) Salas de Máquinas Tragamonedas Tipo 'A', cada una de las cuales deberán estar ubicadas en las siguientes regiones: Provincia de Chiriquí; Provincia de Coclé; y Provincia de Herrera; conforme a las estipulaciones contenidas en este CONTRATO."* (Cfr. foja 46 del expediente judicial).

Al darle lectura al texto citado en el párrafo previo, se tiene que la sociedad **Gaming & Services de Panamá, S.A., está autorizada para operar catorce (14) Salas de Máquinas Tragamonedas Tipo "A"**, obtenidas al sumar las primeras once (11) debidamente detalladas en el cuadro, así como las últimas tres (3) adicionadas en la explicación del asterisco (Cfr. foja 46 del expediente judicial).

Seguidamente, nos corresponde remitir el análisis a la **Adenda Complementaria 1**, en cuya cláusula primera se reitera la facultad de la empresa operadora para administrar las catorce (14) Salas de Máquinas Tragamonedas Tipo "A" descritas en el Contrato de Administración 143 de 19 de diciembre de 1997; y, en la cláusula segunda, se copian nuevamente los lugares donde éstas quedaron ubicadas (Cfr. foja 65 del expediente judicial).

Sin embargo, al leer el texto de la Cláusula Tercera de la **Adenda Complementaria 1**, **observamos que el objeto del Contrato de Administración y Operación 143 de 19 de diciembre de 1997, varía por completo, como si se tratara de un nuevo pacto**, habida cuenta que ahora establece: **"TERCERO: Acuerdan las partes que como resultado de la presente addenda, EL ADMINISTRADOR/OPERADOR tendrá el derecho a administrar y operar un total de doce (12) salas de Máquinas Tragamonedas Tipo A adicionales a las ya autorizadas,"** (Lo destacado es de la fuente y lo subrayado es nuestro).

Esta facultad acordada por las partes en la Cláusula Tercera de la **Adenda Complementaria 1**, llama nuestra atención, debido a que el Contrato de Administración y Operación 143 de 19 de

diciembre de 1997, fue preciso al pormenorizar en el **Anexo 1**, la autorización específica y detallada de las primeras once (11) máquinas tragamonedas Tipo “A”, así como las siguientes tres (3) que se adicionaron en la aclaración al asterisco introducido en el título y al final del mencionado anexo, sin que se haya dejado abierta la posibilidad de agregar más de éstas, dado que su redacción es cerrada (numerus clausus); de allí que somos del concepto que no se trata de una adenda complementaria, sino de una nueva contratación (Cfr. fojas 44 y 46 del expediente judicial).

¿Qué consecuencia tiene el hecho que se trate de un nuevo contrato al que se le ha llamado **Adenda Complementaria 1**?

La consecuencia radica en que **el artículo 46 del Decreto Ley 2 de 10 de febrero de 1998, prohíbe expresamente la concesión de contratos para la instalación de nuevas Salas de Máquinas Tragamonedas Tipo “A”**; con lo cual, de partida, es ilegal la facultad otorgada en la Cláusula Tercera de la **Adenda Complementaria 1**, para que la sociedad **Gaming & Services de Panamá, S.A., opere otras nuevas**; concretamente, las “doce (12) salas de Máquinas Tragamonedas Tipo A adicionales a las ya autorizadas,” (Cfr. foja 65 del expediente judicial).

¿En qué nos basamos para decir que la facultad antes descrita, contenida en la Cláusula Tercera de la **Adenda Complementaria 1**, es ilegal?

Nos basamos en el hecho que, como ya se dijo, la **Adenda Complementaria 1**, cambió por completo lo pactado en el Contrato del cual accede, por lo que estamos ante un nuevo convenio; y, porque a la fecha de entrada en vigencia de dicha adenda; es decir, el 12 de noviembre de 2009, ya se había expedido el **Decreto Ley 2 de 10 de febrero de 1998**, el cual, reiteramos, prohíbe expresamente la concesión de contratos para la instalación de nuevas Salas de Máquinas Tragamonedas Tipo “A”. Basta decir, que la misma **cláusula tercera** menciona que se rige por este último instrumento jurídico que tiene rango de Ley.

En efecto, la **cláusula tercera de la Adenda Complementaria 1**, dispone:

“TERCERO: Acuerdan las partes que como resultado de la presente addenda, EL ADMINISTRADOR/OPERADOR tendrá el derecho a administrar y operar un total de doce (12) salas de Máquinas Tragamonedas Tipo A adicionales a las ya autorizadas, dentro de los parámetros estipulados en el Contrato No. 143 de 19 de diciembre de 1997, y cuyo funcionamiento queda sujeto al Decreto Ley No. 2 de 10 de febrero de 1998 modificado por la Ley 49 de 17 de septiembre de 2009 y la Resolución No. 92 de 12 de diciembre de 1997 y sus reformas.

Igualmente, tendrá derecho EL ADMINISTRADOR/OPERADOR a administrar y operar cinco (5) Licencias para el funcionamiento de Agencias de Apuestas Deportivas (Sport Book).

Las Salas de Máquinas Tragamonedas Tipo A estarán ubicadas en los siguientes lugares:

Doce (12) de octubre, Fantastic Aguadulce, Colón (2), Río Abajo, Fantastic Penonomé, Chorrera, Changuinola, David, Bingo 90 y dos salas cuya ubicación se comunicará oportunamente a **LA JUNTA**." (La subraya es de esta Procuraduría) (Cfr. fojas 65-66 del expediente judicial).

A continuación, haremos una correlación entre **el párrafo final de la cláusula tercera de la Adenda Complementaria 1**, con el **artículo 46 del Decreto Ley 2 de 10 de febrero de 1998**, dado que este último tiene una excepción, que puntualiza: "*... excepto en el caso de que formen parte de proyectos turísticos ubicados fuera del Área Designada, debidamente calificados por la Junta de Control de Juegos.*" (Lo subrayado es nuestro).

El párrafo final de **la cláusula tercera de la Adenda Complementaria 1**, indica las zonas donde se colocarán esas **nuevas Salas de Máquinas Tragamonedas Tipo "A"**; y todas ellas están dentro del Área Designada, porque se ubican dentro de los límites establecidos en el **artículo 7 del Decreto Ley 2 de 10 de febrero de 1998**, que, entre otros, define el concepto de "área designada", como a seguidas se copia:

"Área Designada es el área que se encuentra dentro de los siguientes límites: al Norte colinda con los Distritos de Colón, Portobelo y Santa Isabel, Provincia de Colón; al Sur colinda con la Bahía de Panamá; al Este colinda con la Comarca de San Blas y el Distrito de Chepo; Provincia de Panamá; y al Oeste con el Distrito de La Chorrera, Provincia de Panamá. En el área descrita no se incluyen las aguas territoriales."

Todos los elementos contractuales y de Derecho previamente mencionados convergen en un solo hecho, la **cláusula tercera de la Adenda Complementaria 1**, que faculta a la sociedad **Gaming & Services de Panamá, S.A.**, para que **opere las nuevas "doce (12) salas de Máquinas Tragamonedas Tipo A adicionales a las ya autorizadas"**, **es ilegal**.

En ese orden de ideas, estamos obligados a hacer alusión al artículo 1106 del Código Civil patrio que señala que: "*los contratantes pueden establecer pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a la ley, a la moral ni al orden público.*" (La subraya es de este Despacho).

Señores Magistrados, ustedes pueden advertir que **la mencionada ilegalidad se extiende a la cláusula cuarta de la Adenda Complementaria 1**, cuando estipula: “**CUARTO:** *Declaran y aceptan las partes que la ADMINISTRACIÓN/OPERACIÓN de las 12 salas de máquinas tragamonedas tipo A objeto de la presente ADDENDA No. 1 COMPLEMENTARIA al Contrato de Administración No. 143 de 19 de diciembre de 1997, se regirán bajo las siguientes estipulaciones especiales, sin perjuicio en lo dispuesto en el Decreto No. 2 de 10 de febrero de 1998, Ley 49 de 17 de septiembre de 2009 y sus reglamentos: ...*”, habida cuenta que en ella se reitera la facultad a la sociedad **Gaming & Services de Panamá, S.A.**, para que **opere las nuevas “doce (12) salas de Máquinas Tragamonedas Tipo A adicionales a las ya autorizadas”** (Cfr. foja 66 del expediente judicial).

Lo anterior, se hace más evidente al estudiar el contenido del **numeral 4 de la Cláusula Cuarta de la Adenda Complementaria 1**, acusada de ilegal, que dice: “... 4. *La operación de estas 12 salas de máquinas tragamonedas tipo A, queda regida por las mismas obligaciones, términos, derechos, condiciones, y estipulaciones señaladas en el Contrato de Administración No. 143 de 19 de diciembre de 1997, que comprende entre otras la inexistencia de limitaciones en torno al número de máquina a operar dentro de cada una de las respectivas salas y la exclusividad a que tiene derecho EL ADMINISTRADOR/OPERADOR para operar salas de máquinas tragamonedas tipo A dentro del área designada*”, debido a que añade el elemento de la exclusividad que no estaba contemplado en el Contrato del cual accede, tal y como ella misma lo reconoce (Cfr. foja 66 del expediente judicial).

Es menester aclarar, que no es cierto lo señalado en el **numeral 4 de la Cláusula Cuarta de la Adenda Complementaria 1**, cuando manifiesta: “... , *que comprende entre otras la inexistencia de limitaciones en torno al número de máquina a operar dentro de cada una de las respectivas salas ...*”, porque en el cuadro que presentamos en páginas anteriores, quedó demostrado que el Contrato de Administración 143 de 19 de diciembre de 1997, sí detalló cuántas máquinas tragamonedas tipo “A” se establecerían dentro de cada área designada y se totalizó la cantidad de éstas.

La ilegalidad a la que nos hemos referido se hace extensiva a cualquiera autorización que la Junta de Control de Juegos haya emitido en ese sentido a favor de la sociedad **Gaming & Services de Panamá, S.A.** (Cfr. fojas 83-84 y 85-86 del expediente judicial).

Lo expresado en los párrafos precedentes, nos lleva a manifestar que en este proceso se han infringido los artículos 5 y 46 del Decreto Ley 2 de 10 de febrero de 1998; ya que los juegos de suerte y azar, así como las actividades que originen apuestas que se efectúen en la República de Panamá deberán ser autorizadas, reglamentadas y supervisadas; y, porque no se concederán contratos para la instalación de nuevas salas de máquinas tragamonedas tipo “A”, excepto en el caso que formen parte de proyectos turísticos debidamente calificados por la Junta de Control de Juegos, ubicados fuera del área designada, y este último supuesto no se ha cumplido.

Además, se han infringido los artículos 34, 35, 36 y 52 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, que establecen los principios que informan al procedimiento administrativo general, particularmente, el de legalidad; el orden jerárquico del ordenamiento jurídico patrio; que ningún acto podrá emitirse o celebrarse con infracción de una norma jurídica vigente; y, el vicio de nulidad absoluta.

En efecto, en el proceso que ocupa nuestra atención se ha verificado la conculcación de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, concretamente, del artículo 52 que puntualiza: “*Se incurre en vicio de nulidad absoluta en los actos administrativos dictados, en los siguientes casos:*” (numeral 1), que dice: “*Cuando así esté expresamente determinado por una norma constitucional o legal*”, puesto que hay una prohibición directa en el artículo 46 del Decreto Ley 2 de 10 de febrero de 1998, que fue vulnerada, en concordancia con el artículo artículo 1106 del Código Civil, que plantea: “*los contratantes pueden establecer pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a la ley, a la moral ni al orden público*”, por lo que se da el supuesto de nulidad absoluta en la forma antes explicada.

El administrativista colombiano, Jaime Orlando Santofimio, en su obra Tratado de Derecho Administrativo – Tomo II (Acto Administrativo), manifiesta a propósito de lo anterior, lo que a seguidas se copia:

“De acuerdo a la doctrina, cabe señalar que la nulidad es la sanción al incumplimiento de los requisitos señalados para la perfección del acto jurídico. Se concreta esta penalidad en el desconocimiento de cualquier efecto jurídico a la manifestación de voluntad expresada con infracción a los necesarios requerimientos legales. Resulta evidente que si el ordenamiento prescribe condiciones de admisibilidad jurídica de una actuación que se proyecta al mundo del Derecho, debe así mismo indicar los mecanismos de protección para que sus previsiones no sean desconocidas. La doctrina identifica precisamente a la nulidad en los términos anteriormente expuestos. Para Alessandri Besa, la

nulidad es '...la sanción legal establecida para la omisión de los requisitos y formalidades que las leyes prescriben para el valor de un acto [...] la ley, por lo general, sanciona siempre la omisión de los requisitos que ella considera indispensables para que un determinado acto jurídico produzca todos los efectos que le son propios...'

...” (SANTOFIMIO, Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo – Tomo II (Acto Administrativo, Universidad Externado de Colombia, 4ta. ed., Bogotá 2003, p.227 y siguiente) (Lo resaltado es nuestro).

No compartimos el criterio de infracción planteado por el demandante, alusivo a la desviación de poder, regulada en el artículo 162 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, porque no se ha dado en este caso. Decimos esto, porque el jurista y sociólogo francés Maurice Hauriou, citado por el autor panameño, Doctor Eduardo Morgan, quien al definir esa figura, la describe como: *"el hecho de una autoridad administrativa que, **realizando un acto de su competencia con observancia de las normas prescritas y no incurriendo en violación formal de la ley**, usa de su poder con fines y por motivos distintos de aquellos en vista de los cuales le fue concedido tal poder; es decir, distintos del servicio."* (Morgan, Eduardo. Los recursos contencioso-administrativos de nulidad y de plena jurisdicción en el derecho panameño. Serie D. Vol. I. Panamá. 1961. pág. 189); y, reiteramos que ese supuesto no se ha producido en este proceso.

Tampoco compartimos la tesis del activador judicial, cuando invoca la infracción del artículo 52 de la Ley 49 de 17 de septiembre de 2009, que menciona que quedan resueltos los contratos de administración y operación de salas de máquinas tragamonedas tipo "A" a las personas naturales o jurídicas que los obtuvieron en virtud de los artículos 57 y 58 del Decreto Ley 2 de 10 de febrero de 1998, a quienes se les ofreció un plazo improrrogable de seis (6) meses para el cierre de sus operaciones, lo que constituye un estatuto de orden público con efecto retroactivo, porque esa opción resulta contradictoria con la nulidad absoluta que ha quedado evidenciada en este caso.

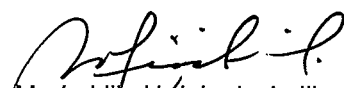
Ese es el motivo, por el que insistimos que la ilegalidad a la que nos hemos referido se hace extensiva a cualquiera autorización que en ese sentido haya efectuado la Junta de Control de Juegos a favor de la sociedad **Gaming & Services de Panamá, S.A.** (Cfr. fojas 83-84 y 85-86 del expediente judicial).

En razón de las anteriores consideraciones, la Procuraduría de la Administración solicita a los Magistrados de la Sala Tercera, que declaren que **ES ILEGAL** el numeral 4 de la Cláusula Cuarta de la Adenda Complementaria 1 de 12 de noviembre de 2009, al Contrato de Administración 143 de 19 de diciembre de 1997, suscrito entre la **Junta de Control de Juegos** del Ministerio de Economía y Finanzas y la sociedad **Gaming & Services de Panamá, S.A.**

Del Señor Magistrado Presidente,



Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración



María Lilla Urríola de Ardila
Secretaría General