

se,.-taembre

2)01

Proceso Contencioso  
Administrativo de  
Nulidad

Nulidad

La firma Arcia, Vargas & Velasquez, en representación del H.L. Miguel Bush R~os, para que se declare nula, par ilegal, la Resolución de Gabinete no 61 de 27 de noviembre de 1999, "par la cual se autoriza al Ministro de Gobierno y Justicia a suscribir una Addenda al Contrato de Concesión otorgado a la empresa Cable & Wireless Panamá~, S.A.

A

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

I.

En atención al traslado de la demanda contencioso administrativa descrita en el margen superior derecho de este escrito, ordenado mediante resolución del 8 de febrero de 2001, visible a foja 39, modificada par el auto de 25 de junio de 2001, visible a foja 80, ambas del cuaderno judicial, procedemos a emitir nuestro concepto legal, seguin la atribución sefialada en el artículo 5, numeral 3, de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, que contiene el Estatuto Org~nico de la Procuradur~a de la Administración.

I Disposiciones Legales que se estiman infringida. y  
conceptos de infracción expuestos en la demanda:

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

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

convenido, debiéndose aprobar la

f\*i~

'S

t'

2

'11  
F

concesión respectiva mediante  
resolución motivada por parte de la  
Asamblea Legislativa."

Concepto de la infracción:

"En esta norma el legislador consagró  
un requisito sine qua nom para crear  
legalmente la concesión que se  
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 nacería la criatura llamada  
CONCESIÓN.

j  
.31;  
\*v~4

El Consejo de Gabinete en su Resolución  
61 de 27 de noviembre de 2000, 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 percatarse 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.

K

~ I

Significa ello que una de las partes de  
ese Contrato de Concesión, el Estado,  
actuó autorizado por las dos  
resoluciones señaladas, o lo que es lo  
mismo, 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. íf. 23)

3

Artículo 3 de la Ley 26 de 29 de enero de 1996

-v

(modificado por el artículo 43 de la Ley 24 de 30 de junio de 1999)

I

"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."

r. .

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."

V

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, por dem~s sustancial. Esta decisi6n s6lo podia materializarse con la opini6n favorable de ese organismo legal especializado para verificar si t~cnica y contractualmente se justifica el cambio solicitado. La consideraci6n de las razones que el concesionario pudo haber alegado no compete al Consejo de Gabinete, ni pueden ser v~lidamente apreciadas por

4

este organismo, por motivos legales y t6cnicos. El legislador tambi6n pens6 en esta realidad cuando cre6 el Ente Regulador. Esta es una violaci6n directa, por omisi6n." (Cf. if. 34)

'.41

4.,.,.  
9 .r~

ArUculo 8 de la Ley 26 de 29 de enero de 1996

""I

(modificado por el arUculo 45 de la Ley 24 de 30 de junjo de 1999) .

"ArUculo 8: Jurisdicci6n. Las empresas prestadoras de servicios pCiblicos de agua potable, alcantarillado sanitario, electricidad, telecomunicaciones, radio, televisi6n y las dedicadas a la transmisi6n y distribuci6n de gas natural, est~n sujetas a la jurisdicci6n del Ente Regulador, en los t6rminos selialados por las respectivas leyes sectoriales".

,Th

K  
'14

Concepto de la infracci6n:

14

"En esta norma reposa la decisi6n del legislador de elevar la calidad del

'.4..

Ente Regulador a la del organismo con capacidad para gobernar y poner en ejecuci6n la actividad pactada en materia de telecomunicaciones; con la

I~.  
4'

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; esto es jurisdicción.

Si la ley concede esta jurisdicción al Ente Regulador, mal puede el Consejo de Gabinete, unilateralmente, determinar lo que es violatorio o no en las actividades del CONCESIONARIO del servicio de telecomunicaciones. Una determinación de este tipo solo puede ser producto de una verificación de los términos y condiciones contractuales y del examen de un informe técnico previamente elaborado y entregado por el CONCESIONARIO. Estas funciones son exclusivas del organismo que tiene jurisdicción sobre las empresas prestadoras del mencionado servicio

~;

--

'4'  
41~

5

i,1'  
.4.

pCiblico, y ese no es el Consejo de  
,,~.I Gabinete, sino el Ente Regulador.

~.

Fuera de las autoridades judiciales en los casos pertinentes, el cmnico

- ~.  
4\$  
~. ~  
...  
~,

legalmente facultado para interpretar el respectivo contrato de concesión, por ejemplo, afirmar si hay o 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 Contrato de Concesión, y sostener, como hizo en la resolución atacada, que el ~nico requisito que se requiere para

,

reformarlo es el mutuo acuerdo de las partes y cumpliendo las formalidades

A.

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 actos. 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 Ejecutivo constituye una violación directa, por omisión." (Cf. ítems 34 - 35)

1.  
y ~.t

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 objetivos, el Ente Regulador tendrá 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;
8. Reglamentar la aplicación de principios generales, metodologías y

6

fórmulas de cálculo de tarifas para la prestación de los servicios públicos de su competencia, salvo que las leyes sectoriales indiquen que los precios serán fijados mediante régimen de competencia o por acuerdo entre las partes;

9. Supervisar y verificar la aplicación

p

del régimen tarifario y de los valores tarifarios, de acuerdo con los mecanismos que se prevean en las leyes sectoriales. Asegurar que la información sustentatoria esté

1.4

A'

disponible para conocimiento de las  
personas interesadas."

V

Concepto de la infracción:

"La jurisdicción reconocida por ley al Ente Regulador se extiende a todas las normas legales complementarias. El eficaz control, vigilancia y verificación del cumplimiento de estos instrumentos, consecuentemente, es ejercida por 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 concesión de un servicio público. Lo contrario sucederá si se le reconociera jurisdicción al Ente Regulador para ejercer control, pero

[. -~

vigilar el cumplimiento del respectivo contrato de concesión se le atribuyera a otro órgano estatal.

ti'~

Esta contradicción se da con la unilateral decisión del Consejo de Gabinete de modificar el Tope de Precios consignados en el Contrato de Concesión No. 134. No olvidemos que el Contrato es ley entre las partes, por lo que está inmerso dentro de esos instrumentos con fuerza de ley cuya jurisdicción es atribuida exclusivamente al Ente Regulador. Y esto 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." (Cf. if. 36)

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

7

7

"Artículo 2: El Ente Regulador de los Servicios Públicos, denominado también el Ente regulador, tiene la facultad de regular, ordenar, fiscalizar y reglamentar eficazmente, entre otros, la operación y administración de los

servicios de telecomunicaciones, en cumplimiento de las disposiciones de la presente ley."

'1

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 públicos en cuestión. La norma infringida comporta otro elemento dave en la forma de ejercer tales facultades: debe hacerlo 'eficazmente'.

4~~

Es decir, el legislador consagra su voluntad de que este organismo realice

ifunciones que produzcan todo el efecto que se desea.

Un Consejo de Gabinete que se salta al Ente Regulador para coger una solicitud de reforma de un contrato de concesión y que autoriza suscribir esa modificación, lo que hace el Ministro de Gobierno y Justicia al día siguiente, protagoniza una actuación administrativa que atenta contra el confeso y claro objetivo de la reiferida norma: eficacia. Las ifunciones del Ente Regulador jam~s podr~n producir todo el efecto deseado con obstrucciones de este tipo. Se trata de una violación directa, por comisión." (Cf. if. 36 - 37)

II. 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 tal sentido, los demandantes están en

libertad de indicar las normas legales que estiman

'1  
4.

445

conculcadas, pero esto no impide que la Corte Suprema de Justicia al decidir el mérito del proceso, o la Procuraduría de la Administración, al momento de emitir su opinión objetiva sobre cada caso, tomen en consideración y analicen la posible infracción de normas legales no citadas en la respectiva demanda, sobre todo, si existe la posibilidad real que se halla producido su violación; todo ello con sustento en determinar objetivamente la legalidad de los actos

C

14

Sometidos a la revisión judicial por medio del Proceso Contencioso Administrativo de Nulidad.

4  
-1

'~ 4'4

4'

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 intervino su voluntad; no han sido violadas y por tanto, deben desestimarse dichos cargos.

~

K

A..

)

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

9

\* 4

Ley N026 de 1996). Es de resaltar que

A

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

, ~

\*. ~ k

nuestro país."

A,

..

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/o expansión de servicio, debe alcanzar cuando mucho, el nivel de opinión técnica, pero no es necesario que exprese su consentimiento, como lo ha planteado el demandante, para que las addendas sean jurídicamente válidas.

Sin embargo, a juicio de este Despacho, con el acto

Ar,  
A' -

, I

demandado si se ha producido la violación legal del artículo 20 de la Ley 5 de 9 de febrero de 1995 y de otras disposiciones legales.

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, 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, Como se ha dicho, en 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

A.

p4

.1

.4"

I.

1...

10

'A  
4~S

~ \*~

de Telecomunicaciones intervinieron tres voluntades: la entidad particular, el Órgano 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

4 'P  
,

Ministro de Gobierno y Justicia; la empresa, identificada en la persona de su representante legal; y el 6rgano Legislativo, es nuestro criterio que la Resoluci6n de

4

Gabinete N061 de 27 de noviembre de 2000, por la cual se autoriza al Ministro de Gobierno y Justicia a suscribir una

4'  
I  
C".."

Addenda al Contrato de Concesi6n N0134 de 1997, es ilegal, por cuanto, para modificar dicho Contrato se requiere la intervenci6n y aprobaci6n de la Asamblea Legislativa, no asf

K

4A

la del Ente Regulador de los Servicios PCiblicos, ya que 6ste

IA

organismo debe ejercer todas sus atribuciones de fiscalizaci6n y control de acuerdo con las normas legales y cMusulas contractuales vigentes, sin intervenir en lo que respecta a otorgar el consentimiento para perfeccionar el contrato de Concesi6n N0134 de 1997, que celebr6 el Estado y la Empresa Cable & Wireless, Panama, S.A.

Dicho de otra manera, si bien es cierto el Contrato de Contrato de Concesi6n N0134 de 29 de mayo de 1997 puede ser rnodificado por mutuo acuerdo de las partes, la voluntad pi~blica dirigida a producir esos efectos jurfdicos tiene que reunir las formalidades sefialadas en las leyes vigentes.

A mayor abundamiento, nos permitimos transcribir parcialmente el criterio de la Procuradurfa de la

P.

14  
44A\*

Administración, contenido en la Nota mencionada, que en sus partes pertinentes señala lo 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 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 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 telecomunicaciones nacionales e internacionales.

I..

~

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

I..'

I,.  
e ~.

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::

ii

'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 ...'

i1~  
p.  
V.,

12

.44

.4. ii

. , ~ 4,

, .. Tw

Por tanto, los 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 contrato con 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, citado por Bercaitz, expresa que: 'el contrato que se realiza fundado en autorización legislativa es un acto distinto de la ley misma que permite el surgimiento o 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 forma o solemnidad, ya

que es la manera de expresar la voluntad pública de contratar, además de ser un refrendo o un acto de control del Poder Legislativo a ciertas actividades contractuales mediante las cuales el Poder Ejecutivo otorga a un ente específico el privilegio de exclusividad o monopolio en la explotación de un servicio público.

3

-N

13

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

Por las anteriores consideraciones, solicitamos respetuosamente a los Honorables Magistrados que componen la

11

4~g

Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, declaren que ES NULA, POR ILEGAL, la Resolución de Gabinete N061 de 27 de noviembre de 2000, "por la cual se autoriza al Ministro de Gobierno y Justicia a suscribir una Addenda al Contrato otorgado a la empresa Cable & Wireless Panama, S.A."

De la Honorable Magistrada Presidenta,

A,, -

o~i~i~ Licdo. JOSE JUAN CEBALLOS t  
FIwlado k'Iu~ur~dor de I~s Admnizap~

Dr. os4 Ju~~'~i~allos  
Procurador de la Administraci6n  
(Suplente)

AMdeF/10/mcs

Licdo. Vfctor L. Benavides P.  
Secretario General

'p

i~A

.~ bj.

L