

(fdo.) JANINA SMALL
Secretaria

=====
=====

DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE NULIDAD, INTERPUESTA POR EL LICENCIADO GIOVANI A. FLETCHER EN SU PROPIO NOMBRE Y REPRESENTACIÓN, PARA QUE SE DECLARE NULO, POR ILEGAL, EL ACUERDO MUNICIPAL N° 4 DICTADO EL 10 DE MARZO DE 1997, POR EL CONSEJO MUNICIPAL DE SONÁ. MAGISTRADA PONENTE: MIRTZA ANGÉLICA FRANCESCHI DE AGUILERA. PANAMÁ, DOCE (12) DE MAYO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SIETE (1997).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

VISTOS:

El licenciado Giovanni A. Fletcher, en su propio nombre y representación, ha interpuesto demanda contencioso-administrativa de nulidad, para que se declare nulo, por ilegal, el Acuerdo Municipal N° 4 dictado el 10 de marzo de 1997, por el Concejo Municipal del Distrito de Soná.

A foja 13 del expediente el demandante solicita al Magistrado Sustanciador que, previa a la admisión de la demanda, solicite a la Secretaria del Concejo Municipal del Distrito de Soná copia autenticada del citado acuerdo municipal, y presenta como prueba de que la solicitó al Presidente de esa Corporación y no le fue entregada el escrito que se lee a la foja 1 del expediente.

El artículo 46 de la Ley 135 de 1943, dispone que el Magistrado Sustanciador puede solicitar, antes de admitir la demanda, y cuando así lo solicite el recurrente con la debida indicación de la oficina correspondiente, copia del acto impugnado, en aquellos casos en los cuales el acto no ha sido publicado, o se deniega la expedición de la copia y el petente prueba que gestionó la obtención de dicha copia.

En consecuencia, la Magistrada Sustanciadora en representación de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, antes de admitir la demanda contencioso administrativa de nulidad interpuesta por el licenciado Giovanni A. Fletcher, en su propio nombre y representación, DISPONE solicitar por Secretaría a la Secretaria del Concejo Municipal del Distrito de Soná, que expida y envíe a la Sala copia autenticada del Acuerdo Municipal N° 4 de 10 de marzo de 1997.

Notifíquese.

(fdo.) MIRTZA ANGÉLICA FRANCESCHI DE AGUILERA
(fdo.) JANINA SMALL
Secretaria

=====
=====

DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE NULIDAD INTERPUESTA POR EL LICENCIADO GUILLERMO A. DE LEÓN LEE, EN REPRESENTACIÓN DEL CONTRALOR GENERAL DE LA REPÚBLICA, PARA QUE SE DECLAREN NULAS, POR ILEGALES, LAS RESOLUCIONES N° 62-91, DE 20 DE JUNIO DE 1991, LA N° 72-93, DE 1° DE ABRIL DE 1993, LA N° 142-93, DE 8 DE MAYO DE 1993 Y LA N° 167-93, DE 24 DE JUNIO DE 1993, EMITIDAS POR LA JUNTA DIRECTIVA DEL INSTITUTO DE RECURSOS HIDRÁULICOS Y ELECTRIFICACIÓN. MAGISTRADA PONENTE: MIRTZA ANGÉLICA FRANCESCHI DE AGUILERA. PANAMÁ, TRECE (13) DE MAYO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SIETE (1997).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

VISTOS:

El licenciado Guillermo De León Lee, actuando en nombre y representación del Contralor General de la República, interpuso ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia demanda de nulidad para que se declare nulas, por ilegales,

las Resoluciones N° 62-91, del 20 de junio de 1991; N° 72-93, del 1° de abril de 1993; N° 142-93, del 28 de mayo de 1993 y N° 167-93, del 24 de junio de 1993, emitidas por la Junta Directiva del Instituto de Recursos Hidráulicos y Electrificación (IRHE).

Mediante la primera de las resoluciones mencionadas, la Junta Directiva del IRHE aprobó la ejecución del proyecto "SIPAC" (Sistema de Interconexión Eléctrica de los países de América Central), "con el fin ulterior de contar con una línea de interconexión de alta capacidad entre los países del Istmo Centroamericano y hacia los países limítrofes", al igual que autorizó al Director General de la citada entidad para realizar las gestiones encaminadas a concretar la realización del aludido proyecto. Dicho funcionario también fue autorizado para refrendar "el documento de Acuerdo para la constitución de la Sociedad Gestora del Proyecto SIPAC, S. A.", a través de la Resolución 72-93.

En la Resolución 142-93, además de corregirse el nombre de la sociedad gestora SIPAC, S. A., por el de SIEPAC, S. A., se autorizó al Director General del IRHE para viajar a España para "la firma de la Escritura de Constitución y Estatutos de la Sociedad Gestora, S. A."; se designó a los representantes del IRHE, en calidad de Consejeros, ante el Consejo de Administración de la sociedad gestora y se facultó a dichos representantes para participar en el primer Consejo Administrativo de la sociedad gestora SIEPAC, S. A. y para que adoptaran cuantos acuerdos estimasen oportunos respecto de los asuntos incluidos en el Orden del Día, salvaguardando los mejores intereses del IRHE y del país (fs. 16-19)

En la última de las resoluciones que se impugna, N° 167-93 del 24 de junio de 1993, la Junta Directiva del IRHE insistió al Contralor General de la República para que refrendara los viáticos autorizados por el Ministerio de la Presidencia para el viaje que realizarían los representantes de Panamá a España, así como el pago de la cuota de capital como accionista de la sociedad gestora SIEPAC, S. A.

En la referida demanda, que fue oportunamente aclarada y adicionada (Cfr. fs. 92-181), se cita como violados el inciso único y los literales d y h del artículo 2 del Decreto de Gabinete N° 235, del 30 de julio de 1969; los artículos 64 (inciso primero), 68, 71, 74, 78, 79 y 1706 (ordinal 1°) del Código Fiscal; los numerales 1, 11 y 12 del acápite segundo del artículo 98 del Código Judicial; los artículos 2 (numeral 2°), 76 y 77 de la Ley N° 32 del 8 de noviembre de 1984 y los artículos 1 y 25 (numeral 10°) del Decreto de Gabinete N° 35, de 10 de febrero de 1990.

En cuanto a la supuesta infracción del párrafo primero del artículo 2 del Decreto de Gabinete N° 235 de 1969, el actor manifiesta que su violación se dio en forma directa, por omisión, porque, mediante las resoluciones acusadas, se asume el desarrollo y ejecución de un proyecto de interconexión eléctrica que rebasa las fronteras de la República, a pesar de que el IRHE es una institución estatal cuyos propósitos se limitan a la atención de la generación, transmisión y distribución de la energía eléctrica **"en el territorio nacional"**. La ley no otorga al IRHE atribuciones que corresponden al desarrollo, ejecución ni operación del citado proyecto de interconexión con los sistemas eléctricos de Centroamérica y su ulterior interconexión con los países limítrofes al istmo centroamericano (incluida Venezuela) (fs. 111- 112).

El recurrente estima que el literal d) del artículo 2 ibídem, que establece entre las funciones del IRHE, la "transmisión y distribución de energía eléctrica de su propiedad", fue violado en forma directa, por omisión, ya que esta norma no se refiere o alcanza a la transmisión y distribución de energía eléctrica bajo el sistema de interconexión generada por otros países y por ende propiedad de éstos. Tampoco autoriza que la energía producida por el IRHE sea transmitida y operada con destino extraterritorial, por una sociedad comercial en que la Institución tendría la calidad de un simple accionista minoritario.

Respecto del literal h) del mismo artículo, el demandante afirma que se violó en forma directa, por omisión, ya que si bien esta norma faculta al IRHE para celebrar empréstitos o contratos con organismos internacionales, o nacionales de otro Estado, se entiende que debe tratarse de contratos de derecho

público, con vínculo sinalagmático directo, en los cuales existe un vínculo de dependencia recíproca entre las prestaciones de las partes. En el presente caso, no se está en presencia de este tipo de contratos, al pretender constituir una sociedad al amparo del derecho privado.

Agrega el licenciado De León, que los contratos que puede celebrar el IRHE con organismos internacionales o nacionales de otro Estado, de acuerdo con el literal h) del artículo 2 del Decreto de Gabinete N° 235 de 1969, tienen que acceder a los propósitos y funciones de esta entidad, además de que debe tratarse de una contratación de derecho público y no de derecho privado. Además, el hecho de suscribir un pacto social y los estatutos de una sociedad anónima de derecho privado extranjera, no es celebrar contratos con esos organismos nacionales de otro Estado.

En cuanto al artículo 64 del Código Fiscal, el demandante estima que esta norma ha sido violada al expedirse los actos impugnados, ya que los estatutos de la sociedad española SIEPAC, S. A., cuya suscripción autorizan los actos impugnados, no es un acto ni contrato administrativo celebrado con sujeción a las disposiciones del Título I del Libro I del Código Fiscal, sino un acto de derecho privado, regido por las leyes comerciales españolas.

Sostiene, que sobre la mencionada sociedad española recae la gestión o administración del proyecto, con posibilidad de desarrollar lo concerniente a su objeto social y negociar con otras sociedades, inclusive, las concesiones hechas por los Estados de la interconexión al suscribir sus Estatutos. En síntesis, respecto a este cargo de violación se trata, afirma el actor que, SIEPAC, S. A., atenderá lo referente a la construcción de una obra pública panameña, que se construirá con fondos públicos panameños; que además licitará y supervisará su construcción y se encargará de operar dicha obra, sin que exista un acto administrativo en que se fijen los derechos y obligaciones de la concesionaria (foja 122).

En opinión del licenciado De León, los actos impugnados infringen el artículo 68 del Código Fiscal, el cual se refiere a las distintas cláusulas que debe contener todo contrato administrativo que celebre el Estado, así como a cada una de las causales de resolución administrativa de los mismos. En concepto del actor, la infracción de este precepto se dio al autorizarse, mediante los actos impugnados, la suscripción de instrumentos jurídicos que no cumplieran con ninguno de los requisitos enumerados en aquella norma, como la indicación de la partida presupuestaria o fuente de financiamiento de donde se obtendrían los fondos que demande el cumplimiento del contrato.

A juicio del demandante las resoluciones impugnadas también violan de manera directa, por omisión, el artículo 71 del Código Fiscal. Esta norma ordena que, en los contratos aprobados por la Asamblea Legislativa de acuerdo al ordinal 15 del artículo 153 de la Constitución, se inserte la cláusula que exprese dicha circunstancia y se sometan a la consideración de este ente legislativo dentro de los quince días siguientes a su celebración, por parte del Ministro del ramo o el representante legal de la entidad descentralizada correspondiente. Como dicha cláusula no se incluyó en el pacto social ni en los estatutos de SIEPAC, S. A., cuya suscripción autorizan los actos impugnados, se infringió el artículo 71 supracitado.

El actor estima también, que con la expedición de los actos acusados se infringió en forma directa, por omisión, el artículo 74 del Código Fiscal. Para una mayor ilustración, veamos el contenido de esta norma:

"Artículo 74. Las sociedades en las cuales el Estado tenga participación económica o control efectivo o cuya propiedad total sea del Estado y que se dediquen a actividades a actividades comerciales o industriales, se regirán por las normas de derecho privado en sus relaciones contractuales con terceros, salvo que las normas previstas en la presente ley o en sus respectivas leyes orgánicas dispongan otra cosa. La fiscalización y los lineamientos generales, así como los principios y normas para la contratación de bienes y servicios que requieran, deberán ser establecidos por el

Órgano Ejecutivo, previo concepto del Consejo de Gabinete, Dichas empresas procurarán adquirir bienes y servicios dentro de los principios de libre concurrencia de proponentes y del mayor beneficio para el Estado. Las disposiciones del Código Fiscal en materia de contratación pública tendrán carácter subsidiario, siendo de aplicación preferente a esta ley las disposiciones del Código Civil o el Código de Comercio, que sean compatibles con el régimen jurídico de dichas entidades."

El demandante estima que la norma transcrita fue violada en forma directa, por omisión, ya que la suscripción del pacto social y estatutos de SIEPAC, S. A. por parte del IRHE, autorizadas por los actos impugnados, darán lugar a la organización de una empresa de economía mixta, pero organizada y regida bajo las leyes españolas. La regulación que expida el Órgano Ejecutivo no constituye una ley española, como tampoco lo son el Código Civil, el Código de Comercio y el Código Fiscal panameños, a cuyo contenido se remite el precepto transcrito, el que, por tanto, no tendrá aplicación en la mencionada empresa española. De ello resulta, necesariamente, que las empresas estatales o de economía mixta a las cuales se refiere el artículo 74 ibídem, sólo pueden organizarse de acuerdo con la ley panameña y no permite su constitución bajo la legislación extranjera.

Expresa el demandante que los actos acusados violan en forma directa, por omisión, el artículo 78 del Código Fiscal. De acuerdo con esta disposición, los contratos celebrados en Panamá con personas extranjeras se sujetan a la Ley panameña y a la jurisdicción de los tribunales nacionales y en ellos debe constar la renuncia del extranjero a reclamaciones diplomáticas en cuanto a los deberes y derechos originados del contrato, salvo en caso de denegación de justicia. De acuerdo con el párrafo único de la norma en cita, ésta, al igual que el artículo 79, se aplica a los accionistas extranjeros cuando se trate de sociedades en las que un extranjero sea propietario o tenga el control sobre acciones o participaciones sociales en la misma.

La violación consiste esencialmente en que para que un extranjero pueda ser accionista o tener participación social en una empresa de economía mixta, tiene que sujetarse a la ley y a la jurisdicción de los tribunales panameños y tiene que constar de modo escrito que renuncia a intentar reclamación diplomática por razón de las acciones legales que llegue a tener, por razón de conflictos que surjan por ser accionista o socio en una empresa de economía mixta, previsiones legales éstas que según el actor los actos administrativos atacados ignoraron.

En la demanda también se cita como violado el artículo 79 del Código Fiscal, el cual preceptúa que el Órgano Ejecutivo no permitirá el traspaso de un contrato a una persona extranjera si ésta no manifiesta expresamente que se somete a lo dispuesto en el supracitado artículo 78. Según el demandante, con "la modalidad ya comentada respecto de lo que puede hacer la sociedad SIEPAC, S. A. de acuerdo con sus estatutos, en el sentido de que su objeto social lo pueda cumplir parcial o totalmente a través de otras sociedades organizadas para ese propósito, SIEPAC, S. A., como ya se dijo, puede organizar otra sociedad para que opere la parte panameña del sistema de interconexión. Entonces, examinado a la inversa lo dispuesto por el artículo 79 del Código Fiscal, al resultar lesionados intereses panameños frente a la jurisdicciones extranjeras, el Órgano Ejecutivo, ni siquiera podría, en ese evento, tener acceso a la vía diplomática para hacer reclamaciones con el propósito de proteger intereses nacionales".

A juicio del licenciado De León, las resoluciones impugnadas violaron en forma directa, por omisión, el numeral 1º del artículo 1076 del Código Fiscal, el cual establece como uno de los requisitos que debe cumplir toda erogación del Tesoro Nacional, que esté aprobada en el presupuesto la partida correspondiente o que se haya abierto el correspondiente crédito adicional.

Según el demandante, la violación a la aludida norma se da porque la suscripción de las acciones por parte del IRHE en la empresa gestora SIEPAC, S. A. implica un desembolso "sin que en el Presupuesto del IRHE, existiese partida con saldo para afrontar esa erogación". Al respecto, el demandante afirma que las partidas asignadas en el presupuesto de dicha institución para Inversión Financiera, distinguidas con el Código 410 para adquisición de valores y bajo el

Código 480, para otras inversiones, tiene un saldo de cero (0).

El licenciado De León también estima que las resoluciones acusadas de ilegal, violan los numerales 1º, 11 y 12 del acápite 1º del artículo 98 del Código Judicial. Estas normas contienen algunas de las atribuciones que corresponde ejercer a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, como son: el conocer y decidir respecto de las demandas de ilegalidad, interpretación prejudicial y apreciación de validez, respectivamente.

En cuanto al ordinal 1º ibídem, el demandante manifestó que ésta se ha producido en forma directa, por omisión, ya que al autorizarse al IRHE para suscribir los estatutos y el pacto social constitutivo de una sociedad extranjera de nacionalidad española, sujeta a las leyes y jurisdicción de España, se sustrae del conocimiento de esta Sala un asunto que, por su propia naturaleza, está dentro de la esfera de su competencia.

En opinión del demandante, el numeral 11 del acápite 2º del mismo artículo resultó infringido por las resoluciones acusadas, pues, cuando corresponda a los funcionarios del IRHE dar cumplimiento a lo convenido, no podrán pedir a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia que se pronuncie acerca del alcance y sentido de los estatutos de una sociedad española. Agregó, que tanto el pacto social de la sociedad SIEPAC, S. A., como sus estatutos están muy lejos de ser actos administrativos y menos actos administrativos emanados de autoridades panameñas.

La infracción del numeral 12 del artículo 98 del mismo Código, fue sustentada por el apoderado judicial del actor en las mismas razones que expuso al comentar dos últimos cargos, sino que también indicó, que la autoridad encargada de administrar justicia en Panamá tendrá que consultar a los tribunales españoles y no a la Sala Tercera sobre la validez del pacto social y los estatutos de SIEPAC, S. A. Por consiguiente, serán los tribunales españoles o el árbitro único de que hablan los estatutos, quienes fijen las pautas del caso a la autoridad panameña.

En lo que concierne a la infracción del inciso primero del artículo 2 de la Ley N° 32 del 8 de noviembre de 1984, es pertinente anotar, que si bien el demandante cita como violado el texto completo de este inciso, sólo subraya y alude en el concepto de la infracción a la acción que ejerce la Contraloría General de la República "sobre aquellas personas u organismos en los que tenga participación económica el Estado o las entidades públicas". En este sentido, sostiene que, a pesar de que el IRHE tiene participación económica en la sociedad SIEPAC, S. A., la Contraloría General de la República está impedida para ejercer su acción de control y fiscalización sobre las operaciones de dicha sociedad, por razón de las limitaciones jurisdiccionales obvias.

El artículo 76 de la mencionada Ley N° 32, que también se cita como violado, se refiere a la facultad de la Contraloría General de la República para examinar, fiscalizar y controlar las operaciones financieras de las empresas mixtas y de aquellas en que tome participación económica el Estado, un Municipio, una Junta Comunal, una empresa estatal o una institución autónoma o semiautónoma, tomando en consideración, para ejercer esta atribución, el grado de participación económica de las entidades públicas en la actividad de que se trate.

En el concepto de la infracción, el demandante expresó que el artículo 76 ibídem se violó porque al ser la sociedad SIEPAC, S. A. una sociedad extranjera, sujeta a la legislación de España, la Contraloría General de la República estaría impedida de cumplir con la función de fiscalizar, examinar y controlar las operaciones financieras de la misma, aún cuando en ella tendría participación económica el IRHE. Sería, entonces, la Junta General de accionistas de SIEPAC, S. A. a quien, con exclusión de la Contraloría, le correspondería examinar y aprobar las cuentas anuales del último ejercicio, censurar la gestión social y resolver sobre la aplicación del resultado, tal como establece el artículo 12 de los estatutos.

Señala el recurrente que las resoluciones emitidas por la Junta Directiva del IRHE violan el párrafo segundo del artículo 77 de la Ley N° 32 de 1984. Según

esta disposición, el funcionario encargado de emitir el acto, una vez improbadó éste por la Contraloría General de la República, puede someter la situación planteada a la consideración de la corporación administrativa que, según el caso, ejerza la máxima autoridad administrativa en la institución, tal como el Consejo de Gabinete, Junta Directiva, Patronato y otros, a fin de que ésta decida o no si debe insistir en la emisión del acto o cumplimiento de la orden; en caso afirmativo, la Contraloría deberá refrendarlo, pero la responsabilidad recaerá de manera conjunta y solidaria sobre los miembros que votaron afirmativamente y en caso de que la decisión sea negativa, el funcionario u organismo que emitió el acto o la orden se abstendrá de insistir en el refrendo.

A juicio del demandante, el precepto comentado se infringió porque la Resolución N° 167-93, de 24 de junio de 1993, dictada por la Junta Directiva del IRHE en su artículo único dispuso "Insistir a la Contraloría General de la República, con base en el artículo 77 de la Ley Orgánica de la Contraloría, para que refrende "... el pago de la cuota de capital como accionistas a la Sociedad Gestora SIEPAC, S. A.", pese a que el Director General del IRHE, no había ordenado ese pago, ni emitido acto administrativo alguno, destinado a cubrir el valor de esa cuota de capital. Por tal motivo, no cabía insistir en ese pago con base en el inciso segundo del artículo 77 citado. Lo mismo ocurre con los viáticos solicitados por la Junta Directiva para el viaje a España a fin de suscribir los estatutos y el pacto social de SIEPAC, S. A. En síntesis, esta norma ha sido conculcada en forma directa, por **comisión**, pues, por un lado, "la Junta Directiva insiste en el refrendo para un desembolso que nunca se pidió ni ordenó (el pago de la cuota de capital por parte del IRHE a SIEPAC, S. A.) y de otro, insiste en una solicitud de viáticos hecha por el Director General del IRHE, para un viaje autorizado por la propia Junta Directiva de la institución. Es decir, sin insistir en su propia autorización, la Junta Directiva del IRHE insiste en la solicitud del Director General hecha con base a la decisión de esa misma Junta Directiva" (f. 144).

Respecto de la supuesta violación del artículo 1° del Decreto de Gabinete N° 35 de 1990, que otorga al Presidente de la República la facultad de dirigir las relaciones internacionales con la cooperación del Ministro de Relaciones Exteriores, el actor señala que dicha infracción se produjo porque la Junta Directiva del IRHE, a través de las resoluciones acusadas, asumió atribuciones que corresponden al Presidente de la República y al Ministro de Relaciones Exteriores. Agrega, que con la constitución de la sociedad SIEPAC, S. A., se ha querido obviar la constitución de un organismo internacional de derecho público cuya creación corresponde a los mencionados entes de las relaciones internacionales.

Por último, el actor afirma que las resoluciones impugnadas violan el numeral 10 del artículo 25 del Decreto de Gabinete N° 35 de 1990. Este numeral enumera, entre las funciones del Departamento de Organismos, Conferencias y Tratados Internacionales de la Cancillería de la República, el atender los asuntos económicos y comerciales de carácter técnico en los cuales tenga que intervenir el Ministerio de Relaciones Exteriores por ser resultado de Convenios Internacionales o de la Política Internacional de Panamá. El demandante sostiene, que esta norma se violó porque en la gestión del proyecto de interconexión debió intervenir el Ministerio de Relaciones Exteriores, a través del Departamento de Organismos, Conferencias y Tratados Internacionales, por tratarse de un asunto de carácter económico y comercial de carácter técnico que forma parte de la política internacional de Panamá en Centroamérica. Así lo demuestra el hecho de que dicho proyecto haya recibido el respaldo de los Presidentes de estos países en la Cumbre de Presidentes celebrada en julio de 1991, en El Salvador (fs. 92-147).

La licenciada Janina Small, en su condición de Procuradora de la Administración Suplente, contestó la demanda mediante Vista N° 522, del 15 de diciembre de 1994. En opinión de la representante del Ministerio Público, resulta temerario para Panamá comprometerse solidariamente mediante la suscripción de una sociedad comercial de derecho privado que está sometida a la jurisdicción extranjera. En este sentido, expresó que coincidía con el criterio vertido por esta Sala en el Auto del 25 de febrero de 1994, en el que se indicó que el literal h) del artículo 2 del Decreto de Gabinete N° 235 de 1969 no autoriza al

IRHE para constituirse en accionista de sociedades privadas de otro Estado y mucho menos para pactar cláusulas que impliquen la renuncia a la aplicación de las leyes panameñas. Señaló, finalmente, que no se opone a la ampliación y desarrollo del servicio público prestado por el IRHE, pero debe considerarse como hecho fundamental que la contratación que se pretende realizar respecto de la sociedad SIEPAC, S. A. no lesione nuestro ordenamiento jurídico (fs. 202-210).

Evacuados los trámites establecidos en la Ley, la Sala procede a resolver el fondo del presente asunto, de acuerdo con las siguientes consideraciones.

CONSIDERACIONES DE LA SALA TERCERA

Antes de entrar al estudio de cada uno de los cargos de ilegalidad que se formulan en la demanda, la Sala estima indispensable comentar brevemente algunos aspectos de la recién promulgada Ley N° 6 del 3 de febrero de 1997, por la cual se dicta el marco regulatorio e institucional para la prestación del servicio público de electricidad, relacionados con los puntos que se discuten en la demanda.

Lo primero que cabe indicar es que esta Ley introduce cambios verdaderamente sustanciales en el régimen jurídico del sistema eléctrico panameño. Su artículo primero establece que a este régimen "se sujetarán las actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica, destinadas a la prestación del servicio público de electricidad, así como las actividades normativas y de coordinación consistentes en la planificación de la expansión, operación integrada del sistema interconectado nacional, regulación económica y fiscalización."

Aún cuando la Ley N° 6 de 1997 entró a regir desde el 5 de febrero de 1997, fecha en que apareció publicada en la Gaceta Oficial N° 23,220, no derogó automáticamente el Decreto de Gabinete N° 235, del 30 de julio de 1969, Orgánico del IRHE, sino que pospuso su derogatoria a los veinte (20) meses contados a partir del 5 de febrero del presente año. En tal sentido, el inciso segundo del artículo 172 dispuso que "A los veinte meses de entrar en vigencia esta Ley, queda derogado el Decreto de Gabinete 235 de 1969".

Durante este período de veinte meses el IRHE deberá cumplir con un proceso de reestructuración (art. 159) que, según el artículo 160 de la citada Ley, consistirá en la conversión del IRHE en, por lo menos, seis empresas distribuidas así: dos empresas dedicadas a la generación hidroeléctrica; dos, a la generación termoeléctrica; una a la transmisión y otras dos, a la distribución de la energía eléctrica.

Todas estas anotaciones son importantes para el caso bajo estudio, porque, hasta que la prestación del servicio de energía eléctrica sea asumida por las mencionadas empresas, el IRHE está facultado para asegurar el suministro de energía eléctrica y tomar todas las medidas necesarias para cumplir con este objetivo, tal como se verá al examinar los dos primeros cargos.

Tomando como marco de referencia estos aspectos, pasamos al examen de los cargos de ilegalidad que se hace a los actos impugnados en la demanda.

Las dos primeras normas que se cita como violadas son el inciso único y el literal d) del artículo 2 del Decreto de Gabinete N° 235 de 1969, las cuales restringían la ejecución de las atribuciones del IRHE al ámbito del **territorio de la República de Panamá** y al empleo de la energía eléctrica **de su propiedad**. Esta situación, sin embargo, cambió sustancialmente con el establecimiento del nuevo régimen para la prestación del servicio público de electricidad, adoptado mediante la citada Ley N° 6 de 1997, en virtud de la cual, no sólo se permite la intervención de la empresa privada en el sector eléctrico nacional, sino que también, se autoriza a esta entidad estatal para que participe en asocio con empresas de economía mixta, nacionales o extranjeras, en el desarrollo de actividades tales como: la generación, distribución, transmisión, etc., de energía eléctrica.

El artículo 166 de la mencionada Ley establece al respecto lo siguiente:

"Artículo 166. Responsabilidad de suministro. Con el propósito de que haya continuidad y que se asegure el suministro ininterrumpido de energía al país, el IRHE tomará todas las medidas necesarias y continuará siendo responsable del suministro de energía, así como de hacer las inversiones necesarias, hasta el momento en que las empresas arriba indicadas asuman sus responsabilidades. Esta responsabilidad incluye la participación en empresas o sociedades de economía mixta, nacionales o extranjeras, que se dediquen a las actividades que regula esta Ley."

Tal como establece la norma transcrita, el IRHE tiene la responsabilidad de proveer de energía eléctrica al país, mientras cada una de las empresas a que alude el artículo 159 ibídem, asume la responsabilidad que le corresponde en la estructura del sector eléctrico panameño. Para cumplir con esta responsabilidad, el precepto autoriza al IRHE para que adopte **"todas las medidas que estime necesarias"** y haga las inversiones que sean indispensables.

Pero la aludida norma, lejos de limitar la ejecución y desarrollo de las atribuciones del IRHE al territorio nacional y a la utilización de la energía eléctrica de su propiedad, como ocurría con las normas del Decreto de Gabinete N° 235 ibídem que el actor cita como violado, le permite asociarse con empresas o sociedades mixtas, nacionales o extranjeras, dedicadas a la generación, transmisión y distribución de energía eléctrica o termoeléctrica. Como es evidente, estas empresas no sólo pueden ser propietarias de la energía que generan, transmiten o distribuyen, sino que sus actividades pueden trascender los límites del territorio nacional. Así lo confirman diversas disposiciones de la Ley en cita (Cfr., entre otras, los artículos 6, 61, 70, 71, 74, 77, 84, 85, 86, 87) y, en particular, el numeral 5° del artículo 61 que, al enumerar las entidades que pueden participar en la prestación del servicio de electricidad a través del sistema interconectado nacional, incluye a **"Las empresas localizadas en el extranjero, que podrán realizar intercambios internacionales de electricidad utilizando la red de interconexión"**.

En otras palabras, las restricciones impuestas al IRHE por el inciso único y por el literal d) del artículo 2° del Decreto de Gabinete N° 235 ibídem, al ejercicio de sus atribuciones en el territorio panameño y con la energía eléctrica de su propiedad, han desaparecido con los cambios normativos introducidos por la tantas veces citada Ley N° 6 de 1997.

En concepto de la Sala, los vicios de ilegalidad de los actos administrativos demandados formulados respecto del inciso único y del literal d) del artículo 2 del Decreto de Gabinete N° 235 de 1969, han sido **"subsanaados"**, con la expedición de la Ley N° 6 de 1997, que permite al IRHE desarrollar algunas de sus actividades fuera del territorio nacional y con el empleo de la energía eléctrica que pertenece a las otras empresas con las cuales se asocia, tal como se ha visto. De allí que las resoluciones impugnadas (con excepción de la Resolución N° 167-93, del 24 de junio de 1993) han sido **"convalidadas"**, en lo que concierne a los dos primeros cargos.

La convalidación de un acto administrativo por subsanación de los vicios o defectos de que adolece ha sido reconocida por la doctrina y la jurisprudencia comparada. Al respecto, el Consejo de Estado de Colombia expresó, en su Resolución del 14 de agosto de 1991, que un acto administrativo que fue ilegal en el momento de su nacimiento, no se considera viciado de nulidad "si la norma señalada como quebrantada ha desaparecido de la vida jurídica en el momento de proferirse el fallo por el juez administrativo, por derogatoria, subrogación, o por haber sido declarada inexecutable o nula, o porque haya recibido sustento legal con posterioridad a su expedición." (PENAGOS, Gustavo. El acto administrativo. Tomo I. Ediciones Librería del Profesional. Quinta Edición. Santa Fe de Bogotá. 1992. pág. 43-45).

El jurista Gustavo Penagos, en su obra **"Nulidades y acciones del acto administrativo"** expresa que, una de las formas de convalidar o sanear el acto

administrativo de los defectos que lo vician de nulidad, es el cambio de legislación, pues la nueva ley, al no contemplar como causal de nulidad la tipificada en la norma anterior, dice que el acto se convalida automáticamente. Al respecto, cita la Sentencia del Consejo de Estado de Colombia, dictada el 15 de diciembre de 1993, cuya parte pertinente transcribimos a continuación:

"Si la Sala debiera fallar con prescindencia del artículo 58 de la ley 50 de 1990, la demanda estaría llamada a prosperar porque, en efecto, la legalidad existente al momento de la generación de los actos cuestionados impedían la fundación y existencia de los denominados **sindicatos mixtos**, entendiéndose por tales aquellos integrados por servidores públicos y trabajadores oficiales.

...

En consecuencia, si bien hasta la vigencia de la reforma introducida por la ley 50 de 1990 no se permitía la existencia de organizaciones sindicales mixtas, el carácter de norma de orden público, que tiene el artículo 58 de la ley en mención, purga hacia el futuro y desde su vigencia los que hasta la fecha de su vigor fueran impedimentos legales y sana el acto por mandato del Congreso, porque la observancia general de la ley obliga a la administración y a su juez, tanto más cuando en vigencia de la norma derogada no se produjo providencia de suspensión o de anulación contra ellos ni su revocatoria, como para hacer ultraactiva una prohibición luego de haber desaparecido, pero a través de un fallo judicial."

(PENAGOS VARGAS, Gustavo. Nulidades y acciones del acto administrativo. Ediciones Doctrina y Ley. Santa Fe de Bogotá. 1996. pág.

Todas estas razones, llevan a la Sala a descartar los vicios de ilegalidad formulados respecto del inciso único y el literal d) del artículo 2° del Decreto de Gabinete N° 235 de 1969.

En lo que concierne a la infracción del literal h) del artículo 2° del referido Decreto de Gabinete, la Sala estima, que los cargos que el actor formula contra esta norma tampoco prosperan, habida cuenta que la parte final del transcrito artículo 166 de la Ley N° 6 de 1997, faculta expresamente al IRHE para que participe en empresas o sociedades de economía mixta, nacionales o extranjeras, dedicadas a las actividades reguladas en dicha Ley. Es decir, que en este caso, también se ha producido una convalidación de los actos administrativos impugnados que autorizan, precisamente, la firma del pacto social y de los estatutos de la sociedad mixta extranjera SIEPAC, S. A., cuyo objeto social principal es el de gestionar la interconexión eléctrica de los países de América Central. Por lo demás, cabe remitirnos a los aspectos expuestos respecto de la "**convalidación**" al examinar los anteriores cargos.

En la demanda también se cita como violados los artículos 64, 71, 74, 78 y 79 del Código Fiscal. Al examinar el contenido de estos preceptos se advierte que los mismos aluden, en su conjunto, al régimen jurídico aplicable a los contratos administrativos celebrados por el Estado panameño (arts. 64, 74, 78 y 79), así como a algunos de los requisitos que éstos debían contener (art. 71 y 78).

Al estudiar estos cargos debemos tener presente, como premisa fundamental, que los actos administrativos impugnados no constituyen en sí mismos la celebración de un contrato por parte del Estado panameño, representado en este caso por el IRHE, sino que, precisamente, autorizan a esta entidad estatal para que suscriba el pacto social y los estatutos de la sociedad española SIEPAC, S. A. Tal circunstancia llevaría a la Sala a determinar si la ejecución de estos actos, cuyos efectos fueron suspendidos provisionalmente por la Sala mediante Auto del 25 de febrero de 1994 (Cfr. fs. 187-197), es jurídicamente posible frente a los cambios sustanciales introducidos por el Órgano Legislativo, mediante las leyes N° 56 de 1995 y N° 6 de 1997, para regular la contratación pública y la prestación del servicio público de electricidad, respectivamente.

Esta tarea, sin embargo, no es necesaria en el caso de los artículos 64, 71, 74, 78 y 79 del Código Fiscal, porque fueron derogados en forma expresa por el artículo 118 de la Ley N° 56, del 27 de diciembre de 1995, "Por la cual se regula la contratación pública y se dictan otras disposiciones" (Gaceta Oficial N° 22,939, del 28 de diciembre de 1995). Como aquéllas normas, que servían de fundamento al actor para sostener algunos de los vicios de ilegalidad, han desaparecido del mundo jurídico, es intrascendente confrontar con esas normas el acto acusado.

Por lo anterior, la Sala desestima las infracciones de las ahora derogadas normas invocadas por el demandante.

Del Código Fiscal, el demandante también cita como violado el numeral 1° del artículo 1076. Al exponer el concepto de la infracción, el demandante sostiene que las resoluciones impugnadas infringen la citada norma porque autorizan un desembolso, derivado de la suscripción de la escritura de constitución de la sociedad SIEPAC, S. A., así como de las acciones, sin que existiese en el presupuesto del IRHE partida con saldo para afrontar esta erogación.

De acuerdo con la exposición del concepto de la infracción, el actor considera que los actos impugnados, en su conjunto, infringen este precepto. Sin embargo, al confrontar el mismo con el contenido de las cuatro resoluciones impugnadas se advierte, que la única que guarda relación con gastos por razón del pago de la cuota de las acciones de la sociedad SIEPAC, S. A., que suscribiría el IRHE, es la Resolución N° 167-93, del 24 de junio de 1993 (fs. 20-21). De allí que, en concepto de la Sala, este cargo de infracción del artículo 1076 (N° 1) ibídem, se refiere exclusivamente a esta última resolución.

En este punto, la Sala estima que le asiste razón al demandante, ya que en la página 13 del informe relativo a la Ejecución Presupuestaria y Flujo de Caja al 31 de mayo de 1993, preparado por la Dirección Ejecutiva de Finanzas del IRHE (f. 13), se aprecia que, efectivamente, las partidas destinadas a adquisición de valores (Código 410) y a otras inversiones (Código 480), para esa fecha presentaban un saldo de cero (0). Con ello, la Resolución N° 167-93, del 24 de junio de 1993, infringió el precitado numeral 1° del artículo 1076 del Código Fiscal, que sujeta la validez de las erogaciones del Tesoro Nacional a la aprobación de la partida correspondiente en el Presupuesto General del Estado.

Cabe señalar, que el aspecto relativo a los viáticos para el viaje que realizarían los representantes del IRHE ante la SIEPAC, S. A., en julio de 1993, al que también se refiere la Resolución N° 167-93 ibídem, no fue objetado como ilegal por el demandante.

En la demanda también se cita como violados los numerales 1, 11 y 12 del artículo 98 del Código Judicial, normas que la Sala considera no aplicables en el presente caso.

En efecto, tal como se desprende de la parte inicial del precitado artículo 98, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia tiene competencia para conocer de los procesos que se originen por razón de actos, resoluciones, órdenes o disposiciones que, en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, "ejecuten, adopten o expidan los funcionarios públicos o autoridades nacionales, provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas" y, en consecuencia, para conocer de los procesos mencionados en los numerales 1, 11 y 12 del artículo 98 ibídem, que el actor cita como violados.

Sin embargo, los actos, resoluciones, órdenes o disposiciones que expida, adopte o ejecute la sociedad SIEPAC, S. A., de la cual el IRHE puede ser socio en virtud de la autorización dada por el artículo 166 de la Ley N° 6 de 1997, no son "actos administrativos", ni emanan de un funcionario, autoridad o entidad pública panameña, por lo cual, en modo alguno, podrían estar sujetos a la jurisdicción contencioso-administrativa panameña, tal como pretende el demandante. Por tanto, la Sala debe desestimar los cargos de infracción del numeral 1°, 11 y 12 del artículo 98 del Código Judicial.

El demandante estima, asimismo, que las resoluciones impugnadas infringen los artículos 2 (inciso primero) y 76 de la Ley N° 32 de 1984. En síntesis, considera que estas normas se violaron porque la Contraloría General de la República no puede ejercer su labor de fiscalización, examen y control sobre la sociedad SIEPAC, S. A., a pesar de ser ésta una empresa mixta en la cual el Estado tiene participación económica a través del IRHE.

En opinión de la Sala, no le asiste razón al apoderado judicial del demandante, ya que la sociedad denominada SIEPAC, S. A., es, por su propia naturaleza jurídica, una "**sociedad extranjera de derecho privado**", constituida con arreglo a la legislación española; domiciliada en España; regulada por sus Estatutos, por la Ley de Sociedades Anónimas, por el Código de Comercio y demás disposiciones de derecho privado de ese país. No se trata, por tanto, de una empresa mixta de las que se mencionan en las dos normas de la Ley N° 32 de 1984 que el actor cita como violadas, sino de una sociedad anónima española en la que el IRHE puede tener participación económica por virtud de la autorización concedida por el citado artículo 166 de la Ley N° 6 de 1997. Cabe agregar, que esa participación del Estado panameño es muy inferior al cincuenta por ciento del total de las acciones de la aludida empresa.

Como consecuencia de lo anterior, la labor de control y fiscalización de la Contraloría General de la República no puede ser ejercida sobre la sociedad SIEPAC, S. A., sino que debe limitarse a las operaciones o transacciones que el IRHE, como entidad estatal, realice con respecto a dicha sociedad y que impliquen la utilización de fondos o bienes públicos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 25 del Decreto de Gabinete N° 235 de 1969, modificado por el artículo 5 de la Ley N° 6 de 1995, cuyo contenido expresa lo siguiente:

"Artículo 25. La Contraloría General de la República tiene la facultad discrecional de realizar el preáudito o control previo de las operaciones y transacciones que realice el Instituto, relacionado con el registro contable del gasto; la verificación de la existencia de la partida presupuestaria disponible, así como la verificación de que la erogación esté debidamente autorizada.

También podrá efectuar posteriormente las investigaciones y confrontaciones que estime convenientes, cuando alguna circunstancia o hecho así lo amerite.

El Instituto podrá, además, contratar los servicios de firmas de contadores públicos autorizados para el servicio de su auditoría externa."

De acuerdo con la norma transcrita, la Contraloría General de la República podría, por ejemplo, investigar y comprobar si los fondos destinados a la compra de acciones de dicha sociedad fueron invertidos correctamente; si la participación del IRHE en la sociedad SIEPAC, S. A. es rentable; si el IRHE está recibiendo o no los dividendos provenientes de esa participación, etc.

Por todas estas razones, la Sala desestima los cargos de infracción de los artículos 2 (inciso primero) y 76 de la Ley N° 32 de 1984.

A juicio del demandante, la Resolución N° 167-93, del 24 de junio de 1993 ha violado el artículo 77 de la misma Ley. Como se indicó anteriormente, esta Resolución alude a la insistencia por parte de la Junta Directiva del IRHE a la Contraloría General de la República "para que refrende los viáticos autorizados por el Ministerio de la Presidencia y el pago de la cuota de capital como accionistas a la Sociedad Gestora SIEPAC, S. A. correspondiente al viaje a verificar a Madrid, España, para que la misión del IRHE ejecute las acciones para las que fue facultada mediante Resolución N° 142-93, de 27 de mayo de 1993".

En concepto del Pleno de la Corte, no cabe pronunciarse sobre los cargos de ilegalidad formulados respecto de la Nota N° 167-93 ibídem, en primer lugar, porque la insistencia en el refrendo de los viáticos a que alude dicha nota, guarda relación con el viaje que los representantes del IRHE ante el Concejo

Administrativo de SIEPAC, S. A. debieron realizar a España **durante el mes de junio de 1993**. Por tanto, con respecto a este punto se ha producido el fenómeno jurídico conocido como sustracción de materia.

El punto relativo a las cuotas que el IRHE debe cubrir como socio de SIEPAC, S. A., al cual se refiere la Resolución N° 167-93 ibídem (Cfr. f. 20-21), ya fue estimado ilegal por la Sala al examinar el cargo de violación del artículo 1076 del Código Fiscal. Por tanto, resulta innecesario considerar los cargos de ilegalidad que contra este mismo punto formula el demandante, pero ahora, con relación al artículo 77 de la Ley N° 32 de 1984.

Finalmente, el actor estima que las resoluciones impugnadas violaron los artículos 1 y 25 (numeral 10) del Decreto de Gabinete N° 35 de 1990. Ciertamente, como sostiene el actor, las disposiciones generales que cita como violadas aluden, la primera de ellas, a la atribución del Presidente de la República de dirigir las relaciones internacionales de nuestro país y la segunda, a la función del Departamento de Organismos, Conferencias y Tratados Internacionales, de atender los asuntos económicos y comerciales de carácter técnico en los cuales tenga que intervenir el Ministerio de Relaciones Exteriores por ser resultado de convenios internacionales o de la política internacional de Panamá en esas materias.

A este respecto, la Sala debe reiterar, que con posterioridad a la expedición del Decreto de Gabinete que se cita como violado, la Asamblea Legislativa expidió la Ley N° 6 de 3 de febrero de 1997, cuyo artículo 166 facultó al IRHE para participar en empresas o sociedades de economía mixta, nacionales o extranjeras, dedicadas a las actividades reguladas en dicha Ley. Aun cuando los vicios de ilegalidad de los actos impugnados que en esta oportunidad alega el demandante, pudieran resultar ciertos, éstos quedarían saneados por efectos del artículo 166 de la Ley N° 6 de 1997, que otorga poderes expresos al IRHE para participar directamente en aquellas empresas. Como consecuencia, esta entidad pública puede suscribir el pacto social y los estatutos de la sociedad SIEPAC, S. A., tal como se ha explicado antes.

Por las razones anotadas, la Sala considera que únicamente es ilegal, la frase "el pago de la cuota de capital como accionista de la Sociedad Gestora SIEPAC, S. A.", contenida en la Resolución N° 167-93, del 24 de junio de 1997.

De consiguiente, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA: 1. QUE NO SON ILEGALES las Resoluciones N° 62-91, del 20 de junio de 1991; N° 72, del 1° de abril de 1993 y N° 142-93, del 27 de mayo de 1993, expedidas todas por la Junta Directiva del Instituto de Recursos Hidráulicos y Electrificación (IRHE);

2. QUE ES PARCIALMENTE ILEGAL la Resolución N° 167-93, del 24 de junio de 1993, emitida por la misma entidad, en cuanto al referendo por parte de la Contraloría General de la República del "pago de la cuota de capital que el IRHE debía pagar como accionista de la Sociedad Gestora SIEPAC, S. A." y,

3. QUE EXISTE SUSTRACCIÓN DE MATERIA con relación al referendo de los viáticos para el viaje a España que debían realizar los representantes del IRHE ante la SIEPAC, S. A., durante el mes de julio de 1993.

4. SE LEVANTA LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL de los efectos de las resoluciones impugnadas, decretada mediante auto de 25 de febrero de 1994.

Notifíquese.

(fdo.) MIRTZA ANGÉLICA FRANCESCHI DE AGUILERA

(fdo.) ARTURO HOYOS

(fdo.) EDGARDO MOLINO MOLA

(fdo.) ANAIS BOYD DE GERNADO
Secretaria

=====
=====