

6396
4



REPUBLICA DE PANAMA
ORGANO JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA—SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Panamá, cuatro (4) de agosto de dos mil ocho (2008).-

VISTOS:

El licenciado Florencio Barba Hart, quien actúa en su propio nombre y representación, ha interpuesto Demanda Contencioso-Administrativa de Nulidad, a fin de que se declare nula, por ilegal, la Addenda No. 1, suscrita entre el Estado y Cable & Wireless Panamá, S.A., mediante la cual se modificó el Contrato de Concesión No. 134 de 29 de mayo de 1997.

Dicha Addenda modificó la cláusula 40 del Contrato de Concesión en el sentido de limitar la tarifa de acceso universal para aquellos clientes del servicio telefónico residencial que cuenten con una sola línea telefónica por vivienda. De igual forma, se corrigió el Anexo E del Contrato de Concesión N° 134 de 29 de mayo de 1997, en el sentido de modificar el Tope de Precios establecido para llamadas de larga distancia internacional por operadora con Canadá.

I. FUNDAMENTO DE LA DEMANDA.

Según el licenciado Barba Hart, la Addenda No.3 del Contrato de Concesión No. 134 de 29 de mayo de 1997, suscrito entre la empresa Cable & Wireless Panamá, S.A. y el Estado, por conducto del Ministerio de Gobierno y Justicia, infringe el artículo 20 de la Ley No. 5 de 9 de febrero de 1995, “por la cual se reestructura el Instituto Nacional de Telecomunicaciones”, ya que al no remitirse a la Asamblea Legislativa la Addenda No. 3

que ha experimentado el Contrato de Concesión No. 134, “se ha pretermitido un elemento indispensable para su validez y existencia jurídica”, razón por la cual se infringe de forma directa, por omisión, el artículo 20 de la Ley N° 5 de 9 de febrero de 1995.

A fin de sustentar su disconformidad, señala igualmente que de acuerdo a lo dispuesto en la Cláusula 64 del Contrato de Concesión No. 134 de 29 de mayo de 1997, el contrato en mención sólo podía ser modificado por mutuo acuerdo de las partes y con las formalidades señaladas en las leyes vigentes. De acuerdo a la parte actora, la normativa vigente es la Ley N° 5 de 9 de febrero de 1995, a la cual se debe ceñir cualquier modificación al contrato, por ser una disposición de carácter especial. Finalmente, indica el recurrente que al no haber cumplido la Addenda N° 1 del Contrato de Concesión N° 134 de 29 de mayo de 1997, con las formalidades establecidas en el artículo 20 de la Ley N° 5 de 9 de febrero de 1995, la misma debe considerarse nula, por ilegal, en base al artículo 26 de la Ley N° 135 de 1943, que establece como un motivo de ilegalidad de los actos administrativos, el quebrantamiento de las formalidades que han de cumplirse para la validez y perfeccionamiento de los mismos.

II. INFORME DE CONDUCTA DEL MINISTRO DE GOBIERNO Y JUSTICIA.

De la demanda instaurada se corrió traslado al Ministro de Gobierno y Justicia para que rindiera un informe explicativo de su actuación, el cual fue aportado mediante Nota N° 837 D.L.-2001 de 22 de mayo de 2001, que consta de fojas 214 a 215 del expediente, y el cual en su parte medular señala lo siguiente:

“PRIMERO: Tengo que manifestar a usted que la ADDENDA N° 001 de 2 de marzo de 1998, al Contrato de Concesión N° 134 de 29 de mayo de 1997 fue autorizada mediante Resolución de Gabinete N° 225 de 10 de octubre de 1997; en virtud de la cual esta actuación contaba con el respaldo jurídico correspondiente para dicho Acto por lo dispuesto en la Resolución precitada.

SEGUNDO: El contrato de Concesión N° 134 no es un Contrato-Ley. La celebración de dicho contrato fue autorizada y reglamentada mediante la Ley N° 5 de 9 de febrero de 1995 “Por la cual se reestructura el Instituto Nacional de Telecomunicaciones”, y sus estipulaciones se ajustan a lo dispuesto en esa Ley, así lo demuestra que dicho contrato no fue aprobado mediante una Ley formal, tal como se hizo con otras concesiones otorgadas por el Estado, la de los Puertos

de Cristóbal y Balboa, el Ferrocarril de Panamá y la Refinería Panamá, S.A. en otros.

TERCERO: Que el Contrato de Concesión N° 134 en su cláusula N° 64 establece un mecanismo especial de reforma señalando que su modificación puede hacerse con el mutuo consentimiento de las partes, a saber: **EL ESTADO** por una y por la otra, **CABLE & WIRELESS, S.A.** cláusula esta que a la letra dice:

“Este contrato sólo podrá ser modificado por mutuo acuerdo de las partes y con las formalidades en las leyes vigentes”.

Fundamento éste, previa autorización contenida en la Resolución N° 225 de 10 de octubre de 1997, en la cual se basó la actuación para en nombre del Estado suscribir la ADDENDA N° 001 de 2 de marzo de 1998, al Contrato de Concesión N° 134 de 29 de mayo de 1997.

CUARTO: Que de conformidad a lo dispuesto en la Ley N° 26 de 29 de enero de 1996 por el cual se crea el Ente Regulador de los Servicios Públicos, a éste se le asignan entre otras funciones la de cumplir y hacer cumplir dicha Ley; además de Verificar, Reglamentar y Supervisar las acciones del Concesionario. Pero es facultad del Estado, la de Negociar y Aprobar los Contratos de Concesión de los Servicios Públicos así como sus reformas.

En consecuencia, en virtud de todo lo expuesto mi actuación como representante del Estado para modificar el Contrato de Concesión N° 134 de 29 de mayo de 1997, mediante la ADDENDA N° 001, de 2 de marzo de 1998, se ajustó en todo momento a Derecho, ya que estaba debidamente facultado para ello por la Resolución de Gabinete N° 225 de 10 de octubre de 1997 y la cláusula N° 64 del Contrato de Concesión N° 134, que establece que el mismo puede ser modificado por voluntad de las partes. Por lo que no se puede tachar de NULA la ADDENDA N° 001, supra-cit por haber sido suscrita conforme a Derecho”.

III. OPINIÓN DEL PROCURADOR DE LA ADMINISTRACIÓN.

Mediante Vista N° 353 de 16 de julio de 2001, el representante del Ministerio Público, solicita a la Sala que acceda a las pretensiones de la parte actora, y en consideración a ello, se declare la ilegalidad de la Addenda No. 1 del Contrato de Concesión No. 134 de 29 de mayo de 1997, suscrito entre la empresa Cable & Wireless Panamá, S.A. y el Estado, por conducto del Ministerio de Gobierno y Justicia. A su criterio, “si bien es cierto el Contrato de Concesión N° 134 de 29 de mayo de 1997 puede ser modificado por mutuo acuerdo de las partes, la voluntad pública dirigida a producir esos efectos jurídicos tiene que reunir las formalidades señaladas en las leyes vigentes y, en este caso concreto, la voluntad del Estado expresada en la Addenda N° 1 de 2 de marzo de 1998, al Contrato de Concesión N° 134 de 29 de mayo de 1997, mediante la firma del Ministro de Gobierno y Justicia, se encuentra viciada pues no concurrió uno de los elementos formales necesario para su perfeccionamiento: la aprobación por parte del Organo Legislativo”.

IV. DECISIÓN DE LA SALA.

Una vez cumplidos los trámites previstos para estos procesos, corresponde a los integrantes de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia pasar a dirimir el fondo del presente litigio.

Como se encuentra plasmado en párrafos anteriores, la parte actora demanda la nulidad de la Addenda No. 1 del Contrato de Concesión No. 134 de 29 de mayo de 1997, suscrito entre la empresa Cable & Wireless Panamá, S.A. y el Estado, por conducto del Ministerio de Gobierno y Justicia, en virtud de la cual se modificó la cláusula 40 del Contrato de Concesión en el sentido de limitar la tarifa de acceso universal para aquellos clientes del servicio telefónico residencial que cuenten con una sola línea telefónica por vivienda. De igual forma, se corrige el Anexo E del Contrato de Concesión N° 134 de 29 de mayo de 1997, en el sentido de modificar el Tope de Precios establecido para llamadas de larga distancia internacional por operadora con Canadá.

La demanda plantea en su parte medular que la Addenda No. 1 del Contrato de Concesión No. 134 de 29 de mayo de 1997, riñe con el artículo 20 de la Ley No. 5 de 9 de febrero de 1995, “por la cual se reestructura el Instituto Nacional de Telecomunicaciones”, toda vez que no fue observado el mandamiento que obligaba a obtener la aprobación de la Asamblea Legislativa (ahora Asamblea Nacional) para que la modificación al contrato de concesión en comento tuviese valor legal.

La Corte, al adentrarse en el análisis del cargo de ilegalidad imputado, observa que el mismo prospera en base a las consideraciones que detallamos en las líneas siguientes.

En primer término, la Sala estima oportuno hacer un análisis de lo que se entiende por contrato de concesión. En ese sentido, son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para

la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia o control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

El contrato estatal a través del cual se otorga la concesión de un servicio público, es un acto complejo, cuyos términos pueden verse afectados en tres casos: por decisiones de la administración pública dirigidas a la mejora del servicio, o por disposiciones legales o reglamentaciones posteriores, adoptadas por motivos de utilidad pública o de interés general, frente a los cuales deberá ceder el interés particular, o por voluntad de las partes.

Observa la Sala que, en el caso que nos ocupa, la Addenda No. 1 del Contrato de Concesión No. 134 de 29 de mayo de 1997 establece el acuerdo de las partes (Cable & Wireless Panamá, S.A. y la República de Panamá) de modificar la cláusula 40 del Contrato de Concesión en el sentido de limitar la tarifa de acceso universal para aquellos clientes del servicio telefónico residencial que cuenten con una sola línea telefónica por vivienda. De igual forma, se acuerda corregir el Anexo E del Contrato de Concesión N° 134 de 29 de mayo de 1997, en el sentido de modificar el Tope de Precios establecido para llamadas de larga distancia internacional por operadora con Canadá, Zona 2, teléfono a teléfono, tarifa plena, minuto o fracción, estableciendo la suma de Tres Balboas con Veinte Centésimos (B/ 3.20) en lugar de los Ochenta Centésimos (B/ 0.80) que indicaba el Anexo E del Contrato de Concesión No. 134.

La Sala debe expresar, en primer término, que la celebración de la Addenda N° 1 al Contrato de Concesión No. 134 de 29 de mayo de 1997, suscrito entre el Estado y la empresa Cable & Wireless Panamá, S.A. es producto de la autonomía de la voluntad de las partes, que se constituye como uno de los principios rectores que orientan la actividad contractual.

No obstante lo anterior, la Sala concede mérito a los planteamientos de quien demanda la nulidad de la Addenda N° 1. Ello es así, toda vez que en el caso específico de

las telecomunicaciones, la Ley No. 5 de 9 de febrero de 1995, “por la cual se reestructura el Instituto Nacional de Telecomunicaciones”, especifica el procedimiento legal que hará surgir a la vida jurídica el contrato de concesión.

En ese sentido, el artículo 20 de la Ley No. 5 de 9 de febrero de 1995 establece lo siguiente:

“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.

De no lograrse acuerdo dentro del período de tiempo que determinen el Ministerio de Hacienda y Tesoro, en coordinación con el representante de la Junta Directiva y el Gerente General del INTEL, S.A., estos elaborarán los documentos finales para la licitación, incluyendo el contrato de concesión y el pliego de cargos, los cuales deberán ser aprobados por el Consejo de Gabinete”.
(el subrayado es de la Sala)

Las actuaciones de la administración deben estar siempre precedidas de un procedimiento previo formativo de la voluntad. El procedimiento, según DROMI, es en rigor respecto de la voluntad administrativa el conducto por el que transita en términos de derecho, toda actuación administrativa. El procedimiento administrativo indica las formalidades que debe cumplir la administración y los administrados, siendo el modo típico de preparación de la voluntad administrativa, tanto de origen unilateral o bilateral, como de efectos individuales o generales. La manifestación de la voluntad contractual de la administración se exterioriza a través de un procedimiento administrativo especial –la licitación- que abarca la formación de la voluntad, la selección y adjudicación, y el posterior perfeccionamiento del vínculo contractual. (DROMI, Roberto. Licitación Pública, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, página 64).

Como se observa de las constancias procesales, en el perfeccionamiento del Contrato de Concesión N° 134 de 29 de mayo de 1997 intervinieron dos voluntades: la entidad particular, representada por la empresa Cable & Wireless Panamá, S.A., y el Órgano Ejecutivo. Si bien es cierto el Órgano Legislativo no integra la relación contractual, durante el proceso de formación jurídica del acto se requiere la aprobación de este Órgano del Estado para que surta eficacia.

Resulta obvio entonces que para que se produzca alguna modificación en el contrato de concesión, las cuales deben tener siempre como base el propio contrato, es necesario seguir el mismo procedimiento de aprobación que el documento originario.

Para reforzar este criterio, la Cláusula 64 del Contrato de Concesión N° 134 de 29 de mayo de 1997, dispuso expresamente lo siguiente:

“Cláusula 64ª: MODIFICACIÓN DEL CONTRATO.

Este Contrato sólo podrá ser modificado por mutuo acuerdo de las partes y con las formalidades señaladas en las leyes vigentes”.

Es importante destacar que los cambios que acuerde la Administración en ese sentido, y que generen modificaciones a los términos de los contratos de los concesionarios que prestan el servicio, deberán referirse siempre a la prestación del mismo, por eso ellas son de obligatoria aceptación para el contratista, quien tiene la obligación, de carácter contractual, de adaptar sus actividades a las nuevas condiciones impuestas por la administración, las cuales, se presume, se adoptan para optimizar el servicio y por motivos de interés público o bienestar general.

En el presente caso, un estudio de las constancias procesales demuestra a esta Sala que se produjo un vicio de forma y procedimiento, toda vez que el acto demandado, es decir la Addenda No. 1 del Contrato de Concesión No. 134 de 29 de mayo de 1997, suscrito entre la empresa Cable & Wireless Panamá, S.A. y el Estado, se expidió sin respetar las formalidades consagradas legalmente. De esta manera, este vicio de forma se constituye en causal de ilegalidad toda vez que tanto el artículo 20 de la Ley No. 5 de 9 de febrero de 1995 como la Cláusula 64 del Contrato de Concesión N° 134 de 29 de mayo de 1997, exigían expresamente la aprobación del Órgano Legislativo para el perfeccionamiento de la voluntad de las partes.

Finalmente, es importante resaltar que, a foja 94 del expediente, reposa certificación AL/SGC/C-331/200 de 11 de abril de 2001, expedida por el Secretario General de la Asamblea Legislativa (ahora Asamblea Nacional) en que hace constar que dicho “Órgano del Estado, no ha conocido para su trámite de aprobación las Addendas

No. 1, No. 2 y No. 3, suscritas entre el Estado Panameño y la empresa telefónica Cable & Wireless Panamá, S.A.”.

Por consiguiente, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **DECLARA QUE ES NULA, POR ILEGAL**, la Addenda N° 1 de 2 de marzo de 1998 al Contrato de Concesión No. 134 de 29 de mayo de 1997, suscrito entre el Estado y Cable & Wireless Panamá, S.A..

NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y PUBLÍQUESE EN LA GACETA OFICIAL,

Hipólito Gill Suazo
HIPOLITO GILL SUAZO

Victor L. Benauides P.
VICTOR L. BENAVIDES P.

Alberto Cigarruista Cortez
ALBERTO CIGARRUISTA CORTEZ

Hazel Ramírez
LIC. HAZEL RAMÍREZ
SECRETARIA ENCARGADA

2008 8
ante
opeto
dico
Tramite rep la
Instruccion
[Signature]