

REPÚBLICA DE PANAMÁ
ASAMBLEA NACIONAL
LEGISPAN
LEGISLACIÓN DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ

Tipo de Norma: FALLO

Número: 1

Referencia:

Año: 2007

Fecha(dd-mm-aaaa): 10-05-2007

Título: EL LIC. ROBERTO MEANA, ACTUANDO EN REPRESENTACION DEL ENTE REGULADOR DE LOS SERVICIOS PUBLICOS, SOLICITA SE DECLARE NULA POR ILEGAL, LA ADDENDA No.2 AL CONTRATO DE CONCESION No.134 DE 29 DE MAYO DE 1997, OTORGADO A CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A.

Dictada por: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA TERCERA DE LO CONTENCIOSO

Gaceta Oficial: 26282

Publicada el: 15-05-2009

Rama del Derecho: DER. ADMINISTRATIVO

Palabras Claves: Concesiones, Contratos públicos, Comunicaciones, Teléfonos

Páginas: 8

Tamaño en Mb: 0.652

Rollo: 564

Posición: 2290

QUINTO: ORDENAR la publicación en la Gaceta Oficial del presente acto una vez se encuentre ejecutoriado.

SEXTO: EJECUTORIADA la Resolución se ordena el cierre y archivo del expediente.

Fundamento de Derecho: artículos 2º, 12º, 13º, 14º, 15º, 16º del Decreto de Gabinete N°36 de 10 de febrero de 1990; artículos 1, 36, 38, 39, 40, 44, 45 del Decreto N°65 de 23 de marzo de 1990; artículos 17 y 20 de la Ley 32 de 8 de noviembre de 1984; artículos 1089 y 1090 del Código Fiscal y artículo 150 de la Ley 38 de 31 de julio del 2000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LASTENIA DOMINGO

Magistrada Sustanciadora

LOURDES I. ARIAS

Magistrada

OSCAR VARGAS VELARDE

Magistrado

MARÍA CRISTINA DOVAL

Secretaria General

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

SALA TERCERA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

Panamá, diez (10) de mayo de dos mil siete (2007).

VISTOS:

El Lcdo. Roberto Meana, actuando en representación del Ente Regulador de los Servicios Públicos, ha presentado demanda contencioso administrativa de nulidad, con el objeto de que se declare nula por ilegal, la Addenda N°002 al Contrato de Concesión N°134 de 29 de mayo de 1997 otorgado a la empresa Cable & Wireless Panamá, S.A.

EL ACTO IMPUGNADO

En la demanda se formula pretensión consistente en una petición dirigida a la Sala Tercera con el objeto de que declare que es nula por ilegal, la Addenda N°002 al Contrato de Concesión N°134 de 29 de mayo de 1997, calendada 30 de diciembre de 1999, suscrita por el Ministerio de Gobierno y Justicia en nombre y representación de la República de Panamá, denominada EL ESTADO, y la empresa CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., mediante la cual se modifican las Metas Nos. 1: Instalación de Servicios Telefónico Básico; 2: Reparación de Averías del Servicio Telefónico Básico Fijo; 4: Averías Reportadas Pendientes de Reparación; 9: Solicitudes Pendientes de Servicio Telefónico Básico; y, 16: Llamadas Contestadas Vía Operadora de Larga Distancia Internacional, contenidas en el Anexo C del mencionado Contrato de Concesión N°134 de 29 de mayo de 1997.

FUNDAMENTO DE LA DEMANDA

Entre los hechos u omisiones fundamentales de la acción, medularmente se argumenta que para modificar el contrato de concesión de la empresa Cable & Wireless Panamá S.A., se requiere además del mutuo consentimiento entre las partes que suscribieron el contrato, que se cumpla con las formalidades señaladas en las leyes vigentes, razón por la cual se debe cumplir con lo que ordena el Artículo 20 de la Ley N°5 de 9 de febrero de 1995, para la validez y perfeccionamiento de cualquier modificación al contrato de concesión en referencia, es decir, que en el caso de la Addenda N°002 demandada, la misma debe ser aprobada mediante resolución motivada por la Asamblea Legislativa, requisito con el cual cumplió, en su momento, el Contrato de Concesión N°134 de 29 de mayo de 1997. A ello añade que el Ministerio de Gobierno y Justicia, en nombre y representación de la República de Panamá, suscribió con la empresa concesionaria Cable & Wireless Panamá, S.A., el 30 de diciembre de 1999, la Addenda N°002 al Contrato de Concesión N°134 de 29 de mayo de 1997, la cual fue refrendada por la Contraloría General de la República el 24 de enero de 2000, mas de su contenido se desprende que no fue sometida con posterioridad a su firma a la aprobación del Consejo de Gabinete ni de la Asamblea Legislativa.

Como disposición legal infringida, la parte actora aduce la cláusula 64ª del Contrato de Concesión N°134 de 29 de mayo de 1997, en relación con lo que dispone el artículo 20 de la Ley N°5 de 9 de febrero de 1995 que dice:



"ARTICULO 64: MODIFICACION DEL CONTRATO

Este Contrato sólo podrá ser modificado por mutuo acuerdo de las partes y con las formalidades señaladas en la Leyes vigentes."

"ARTICULO 20: Finalizadas las negociaciones con acuerdo entre las partes, se someterán a la aprobación del Consejo de Gabinete los documentos que 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 de INTEL, S.A., éstos elaborarán los documentos finales para la licitación incluyendo el contrato de concesión y el pliego de cargos los cuales deberán ser aprobados por Consejo de Gabinete."

En opinión de quien recurre según lo dispuesto en la Cláusula 64ª del Contrato de Concesión N°134 de 29 de mayo de 1997, este contrato sólo podrá ser modificado por mutuo acuerdo de las partes y con las formalidades señaladas en la leyes vigentes, y, en el caso que nos ocupa se encuentra vigente la Ley N°5 de 9 de febrero de 1995, por lo que cualquier modificación al contrato se debe ceñir a los trámites y procedimientos establecidos en ese cuerpo legal, dado que las normas de carácter general que regulan la contratación pública no son aplicables a este caso, por razón de los principios establecidos en el Artículo 14 del Código Civil, cuyo numeral 1 indica que la disposición relativa a un asunto especial, o a negocios o casos particulares, se prefiere a las que tenga carácter general. Sostiene el recurrente que al no haber cumplido la Addenda N°002 del Contrato de Concesión N°134 de 29 de mayo de 1997, otorgado a la empresa Cable & Wireless, S.A., con las formalidades establecidas en el artículo 20 de la Ley N°5 de 1995, la misma se debe considerar nula por ilegal, de acuerdo con el Artículo 26 de la Ley N°135 de 1943, que establece dentro de los motivos de ilegalidad de los actos administrativos, cuando los mismos incurran en el quebrantamiento de las formalidades que deben cumplirse para su validez y perfeccionamiento. En virtud de ello, aduce la violación directa del artículo 20 de la Ley N°5 de 9 de febrero de 1995.

INTERVENCIÓN DE TERCEROS INTERESADOS

Mediante resolución de 25 de febrero de 2000 (f.104), se admitió a CABLE & WIRELESS PANAMA S.A., representada por la firma Alemán, Cordero, Galindo & Lee, como parte para impugnar la demanda contencioso administrativa de nulidad interpuesta por el Lcdo. Roberto Meana en representación del Ente Regulador de los Servicios Públicos.

En la oposición a la demanda se expone que la modificación del Contrato de Concesión N°134 contenida en la Addenda N°002 de 30 de diciembre de 1999, fue aprobada por el Consejo de Gabinete mediante Resolución de Gabinete N°133 de 29 de diciembre de 1999, la cual fue publicada en la Gaceta Oficial N° 23,964 de 7 de enero de 2000, siguiendo el mismo procedimiento utilizado para la modificación de la cláusula 40 y la corrección del Anexo E del mismo contrato.

Según la firma Alemán, Cordero, Galindo & Lee, el Contrato de Concesión N°134 no es un contrato-ley, pues, la celebración del mismo fue autorizada y reglamentada mediante la Ley N°5 de 9 de febrero de 1996, "por la cual se reestructura el Instituto de Telecomunicaciones", y sus estipulaciones se ajustan a lo dispuesto en esa ley; ello lo demuestra el que dicho contrato no fue aprobado mediante una Ley formal, tal como se hizo con otras concesiones otorgadas por el Estado, como la de los Puertos de Cristóbal y Balboa, el Puerto de Manzanillo, el Puerto de Coco Solo, el Ferrocarril de Panamá y la Refinería de Panamá. Aclara que el Contrato N°134 establece en su cláusula 64, un mecanismo especial de reforma, señalando que su modificación puede hacerse con el mutuo consentimiento de las partes, o sea, con el concurso de voluntades del Estado y del INTEL, S.A., y el cumplimiento de las formalidades señaladas en las leyes vigentes que supone, que la modificación del contrato sea por escrito; que los que firmen en representación de las partes estén debidamente facultados para ello y que la Contraloría General de República refrende la actuación. Afirma que en lo relativo a la intervención de la Asamblea Legislativa, se trata de una intervención sumamente específica, relacionada con el proceso de negociación entre el Estado y las compañías precalificadas en la Licitación Pública Internacional N 06-96 que ya fue ejercida, operándose el fenómeno jurídico de la "consunción", de modo entonces que el mandato contenido en el artículo 20 en cuestión, no tiene aplicación a situaciones posteriores, como es el caso de la modificación del contrato de concesión.

En cuanto a la opinión brindada mediante Nota N°C-20 de 3 de febrero de 2000, por la Procuradora de la Administración con motivo de la consulta formulada por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, la firma Alemán, Cordero, Galindo & Lee, sostiene que contrario a lo expuesto por la Procuradora de la Administración, que afirma que en el Contrato de Concesión N°134 intervienen tres voluntades, la de la entidad particular INTEL S.A., la del Organó Ejecutivo y la de la Asamblea Legislativa, el contrato tiene únicamente dos partes, que son el Estado en calidad de concedente y la sociedad anónima INTEL S.A. como concesionaria. Tampoco es un contrato con autorización legislativa como afirma la Procuradora de la Administración, pues, la celebración de dicho contrato está prevista y regulada en la Ley N°5 de 9 de febrero de 1995. Finalmente se señala que la Procuradora de la Administración da a entender de que la Addenda no fue aprobada por el Consejo de Gabinete, no obstante, ella fue aprobada mediante Resolución de Gabinete N°133 de 29 de diciembre de 1999, publicada en la Gaceta Oficial N° 23,964 de 7 de enero de 2000.



EL INFORME EXPLICATIVO DE CONDUCTA RENDIDO POR EL MINISTRO DE GOBIERNO Y JUSTICIA Y LA VISTA FISCAL DE LA PROCURADORA DE LA ADMINISTRACIÓN

Mediante Nota N°775-D-L- de 8 de junio de 2000, el Ministro de Gobierno y Justicia rindió el respectivo informe explicativo de conducta, legible de fojas 127 a 128 que dice:

"Dentro del término legal, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 33 de 11 de septiembre de 1946, procedemos a presentar el informe de conducta en los términos siguientes:

1. El día 29 de mayo de 1997, se otorgó a la empresa Cable and Wireless Panamá S.A., el contrato de concesión para la prestación de servicios de telecomunicaciones, de acuerdo a lo establecido en el artículo 7 de la Ley N°5 de 9 de febrero de 1996.
2. Cable and Wireless Panamá S.A., solicitó al Organismo Ejecutivo que se modificaran los términos en que se mide el cumplimiento de las siguientes metas: 1: Instalación de Servicio Telefónico Básico; 2: Reparación de Averías del Servicio Telefónico Básico Fijo; 4: Averías Reportadas Pendientes de Reparación; 9: Solicitudes Pendientes de Servicio Telefónico Básico y 16: Llamadas Contestadas Via Operadora de Larga Distancia Internacional, del Anexo C del Contrato de Concesión N°134 de 29 de mayo de 1997;
3. El Organismo Ejecutivo consideró que la solicitud realizada por la empresa Cable and Wireless, Panamá S.A., establece que este contrato solamente puede ser modificado por mutuo acuerdo de las partes y con las formalidades señaladas en las leyes vigentes;
4. En virtud de lo anterior, el Consejo de Gabinete mediante Resolución de Gabinete N°133 de 29 de diciembre de 1999, autorizó al Ministro de Gobierno y Justicia para que, en nombre y representación de la República de Panamá, suscribiera la Addenda al Contrato de Concesión otorgado a la empresa Cable and Wireless Panamá S.A

Por todo lo anteriormente expuesto el Ministro de Gobierno y Justicia, procedió a suscribir la Addenda N°002 de 30 de diciembre de 1999, al Contrato de Concesión otorgado a la empresa Cable and Wireless Panamá S.A., para la prestación de Servicios de Telecomunicaciones, para lo cual estaba autorizado por el Consejo de Gabinete.

OPINIÓN DE LA PROCURADORA DE LA ADMINISTRACION

Por su parte, la Procuradora de la Administración, mediante la Vista Fiscal N°127 de 23 de marzo de 2001, se declaró impedida de asumir el conocimiento del presente negocio, sobre la base de que opinó jurídicamente sobre aspectos relacionados con las modificaciones o Addendas al Contrato de Concesión N°134 de 29 de mayo de 1997, suscrito entre el Estado y la Empresa Cable & Wireless Panamá, S.A., y las atribuciones del Ente Regulador de los Servicios Públicos, respecto a estas modificaciones. Ello, según la Procuradora de la Administración, tiene fundamento en la causal de impedimento contemplada en el numeral 5 del artículo 749 del Código Judicial. En resolución de 30 de abril de 2001, la Sala Tercera estimó que la situación descrita por la Procuradora de la Administración se ajusta a la norma jurídica invocada, razón por la que se accedió a lo solicitado.

El Procurador de la Administración, Suplente, asumió entonces el conocimiento del presente negocio y mediante la Vista Fiscal N° 227 e 18 de mayo de 2001, solicita la Sala que declaren nula, por ilegal, la Addenda N°002 de 30 de diciembre de 1999 al Contrato de Concesión N°134 de 29 de mayo de 1997, suscrita por el Ministro de Gobierno y Justicia en representación del Estado. El Procurador de la Administración Suplente, acepta que el Contrato N°134 de 29 de mayo de 1997 puede ser modificado por mutuo acuerdo de las partes, no obstante, aclara que la voluntad pública dirigida a producir esos efectos jurídicos tiene que reunir las formalidades señaladas en leyes vigentes, y, en este caso concreto, la voluntad del Estado expresada en la Addenda N°002 de 30 de diciembre de 1999 al mencionado contrato, 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 Organismo Legislativo.

DECISION DE LA SALA

Una vez surtidos todos los trámites pertinentes a este tipo de procesos, la Sala procede al análisis de la controversia planteada.

I. Generalidades

Queda visto, mediante el proceso administrativo incoado, se demanda la nulidad de la Addenda N° 002 de 30 de diciembre de 1999 al Contrato de Concesión N°134 de 29 de mayo de 1997, suscrita por el Ministro de Gobierno y Justicia y la empresa Cable & Wireless Panamá S.A., en la que decidieron modificar los índices de cumplimiento para las metas de expansión y calidad de servicios, contenidas en el Anexo C del Contrato, de esta forma: N°1: Instalación del Servicio Telefónico Básico, N°2: Reparación de Averías al Servicio Telefónico Básico, N°4: Averías Reportadas Pendientes de Reparación, N°9 Solicitudes Pendientes de Servicio Telefónico Básico y N°16: Llamadas Contestadas Via operadora de Larga Distancia Internacional, para los años 1999 y 2000, contenidas en el Anexo C del mencionado contrato.



Mediante el Contrato de Concesión N°134 de 29 de mayo de 1997, la República de Panamá y la empresa denominada INTEL S.A. llamada luego CABLE & WIRELESS PANAMA S.A., celebraron convenio a través del cual concedieron a la mencionada sociedad la prestación, en régimen de exclusividad temporal, de los servicios básicos de telecomunicaciones que son:

- 101 Servicio de telecomunicación básica local;
- 102 Servicio de telecomunicación básica nacional
- 103 Servicio de telecomunicación básica internacional
- 104 Servicio de terminales públicos y semipúblicos
- 105 Servicio de alquiler de circuito dedicados de voz

En la demanda, quien recurre alega que la Addenda N°002 de 30 de diciembre de 1999 al Contrato de Concesión N°134 de 29 de mayo de 1997, es nula en la medida que de conformidad a lo previsto en la cláusula 64 del mismo contrato y el artículo 20 de la Ley N°5 de 9 de febrero de 1995, esa modificación al contrato requería de la intervención y aprobación, mediante resolución de la Asamblea Legislativa.

Como antes se expuso, al proceso concurrió como tercero interesado, la empresa Cable & Wireless Panamá S.A., representada por la firma Alemán, Cordero, Galindo & Lee, que se opuso a la demanda y sostiene, contrario a lo que en ella se alega, que la Addenda N°002 al Contrato de Concesión N°134, no requiere de la aprobación de la Asamblea Legislativa, pues, ese requisito se cumplió al ser aprobada, mediante resolución motivada, la concesión, mas no el contrato en sí.

En autos puede apreciarse que con la expedición de la Resolución N°24 de 12 de mayo de 1997, la Asamblea Legislativa "aprueba el Contrato de Concesión suscrito entre el Estado y la empresa Instituto Nacional de Telecomunicaciones, S.A. (I.N.T.E.L. S.A.), para ejercer los derechos de explotación, instalación y operación de los servicios de telecomunicaciones en el territorio nacional" (fs.25 y 26). Asimismo se observa que la modificación del Contrato de Concesión N°134 contenida en la Addenda N°002 de 30 de diciembre de 1999, se dio luego de que, ciertamente, se autorizara al Ministro de Gobierno y Justicia para que en nombre y representación de la República de Panamá, la suscribiera, ello mediante Resolución de Gabinete N°133 de 29 de diciembre de 1999, publicada en la Gaceta Oficial N°23,964 de 7 de enero de 2000 (de fojas 27 a 28).

2. Examen de la Sala

Para resolver, importante resulta efectuar un breve análisis en lo que concierne a la concesiones administrativas de conformidad a como está contenida en nuestro ordenamiento, a la luz de lo que específicamente está dispuesto en las normas que regulan las concesiones administrativas del servicio de telecomunicaciones y el Contrato de Concesión N° 134 de 29 de mayo de 1997.

El Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales define concesión administrativa de la siguiente forma:

"El otorgamiento administrativo, ante oferta privada o por ofrecimiento público que se hace a particulares o empresas, para la apropiación o aprovechamiento de bienes de dominio público, como aguas, minas y montes; para construir obras de interés público o para explotar servicios generales o locales. Las concesiones se dan por contratación directa y, con mayor frecuencia, mediante licitación o subasta al mejor postor, que habrá de sujetarse al pliego de condiciones. El concesionario deberá ajustarse al presupuesto y plan de la obra, cuando se trate de una construcción o reparación, y entonces obtiene la parte de beneficios permitida; por ejemplo un 15% o un 20%. En otro caso, se encuentra en el deber de abonar la cuota señalada o el tanto por ciento determinado por la explotación de alguna fuente de riqueza o de un servicio público, caso en el cual obtiene como ganancia el rendimiento que logre"(OSORIO, MANUEL, Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, 23ª edición, actualizada, corregida y aumentada por GUILLERMO CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Editorial Heliasta, 1996, pág.203).

La Ley N°5 de 9 de febrero de 1995, "por la cual se Reestructura el Instituto Nacional de Telecomunicaciones", autoriza al Consejo de Gabinete, para que mediante Licitación Pública, efectúe la venta de las acciones del INTEL S.A., acto que tendrá como resultado el otorgamiento al INTEL S.A., de una concesión que le permita mantener las redes y prestar los servicios de telecomunicación que provee el INTEL. (Art.7). El artículo 20, tal como sostiene el recurrente, sujeta el otorgamiento de la concesión de que trata la Ley en referencia, a la aprobación de la concesión, mediante resolución motivada de la Asamblea Legislativa.

Se trata, pues, de una Ley que autoriza o aprueba un contrato que es un acto distinto de la Ley misma. El Doctor Harley James Mitchell D., Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, en su obra Introducción al Estudio de la Ley, ampliamente nos ilustra cuando analiza la naturaleza jurídica de estas leyes así:



"B. Naturaleza Jurídica

La Ley que aprueba el contrato no forma parte de él, pues, el legislador no interviene en la elaboración de las cláusulas, es decir, su voluntad no es parte constitutiva, sino que representa un requisito externo de convalidación, ratificación o aprobación del contrato.

En la esfera o ámbito interno del acto, existen dos voluntades: la administración y el particular. Estas voluntades acuerdan el contenido del contrato. Estas voluntades constituyen un elemento de **esencia** o condición de validez del acto, en cuanto a su perfeccionamiento o integración para "formarlo". Es requisito de eficacia del acto la aprobación parlamentaria para su formación jurídica completa" (Subraya la Sala). (MITCHELL D. Harley James., Introducción al Estudio de la Ley, Imprenta de la Universidad de Panamá, Panamá, 1999, págs 151 y 152)

El Contrato de Concesión N° 134 de 29 de mayo de 1997, otorgado al INTEL S.A., hoy CABLE & WIRELESS S.A, que fue aprobado como antes se indicó, por la Resolución N°24 de 12 de mayo de 1997 para la prestación de servicios telecomunicaciones, en las Cláusulas 4°, 5°, 35° y 64°, efectúa la **clasificación** de los servicios a prestar e incluye como "parte integrante" del contrato. Anexos entre los que figura, para los efectos del caso sometido a la consideración de la Sala, el Anexo C sobre "Metas de Expansión y Calidad de Servicios", de las que el Ente Regulador de los Servicios Públicos previa autorización del Consejo de Gabinete, puede **dispensar del cumplimiento** de una o varias metas o ajustarlas siempre que sea con anuencia del Ente Regulador; también **está contemplado** que la modificación sea por mutuo acuerdo de las partes y "con las formalidades señaladas en las leyes vigentes".

Vale indicar, que la Ley N°31 de 8 de febrero de 1996, "Por la cual se dictan normas para la regulación de las Telecomunicaciones en la República de Panamá", de igual forma prevé en el artículo 25, entre otras condiciones, las "Metas de calidad en la prestación de servicios" y sobre la concesiones para la prestación de este servicio detalla en el artículo 17 que:

"ARTICULO 17: El Estado, por conducto del Consejo de Gabinete o del Ente Regulador, según proceda, otorgará a los particulares, ya sean personas naturales o jurídicas, para la operación y explotación de servicios de telecomunicaciones, siempre que se salvaguarde el bienestar social y el interés público.

El Estado, por conducto del Ente Regulador, fiscalizará y controlará las concesiones que se otorguen, con sujeción a las normas que existan en materia de telecomunicaciones y al contrato de concesión respectivo."

Por su parte, el Decreto Ejecutivo N°73 de 9 de abril de 1997, publicado en la Gaceta Oficial N° 23,263 de 10 de abril de 1997, "por el cual se reglamenta la Ley N°31 de 8 de febrero de 1996", define en el artículo 4, entre otros términos en materia de telecomunicaciones como "METAS DE EXPANSION Y/O CALIDAD DE SERVICIOS:

"ARTICULO 4...

METAS DE EXPANSION Y/O CALIDAD DE SERVICIOS: Aquellos objetivos que puede establecer el Ente Regulador o que se definan en las concesiones para cada servicio clasificado y que serán de obligatorio cumplimiento por los concesionarios de cada uno de los servicios a fin de asegurar una calidad mínima del servicio de telecomunicaciones y o extensión geográfica de éstos. Estas Metas y/o Calidad de Servicios se entenderán para las concesiones Tipo A como el Programa de Inversiones, el Programa de Expansión y Modernización de la Red al que se refiere el Numeral 1 del Artículo 47 de la Ley."(destaca la Sala)

Visto lo anterior la Sala procede entonces, para mayor abundamiento, a formular algunas consideraciones respecto a la expresión "Addenda", locución Latina comúnmente empleada en nuestra legislación.

a) Concepto y naturaleza jurídica de la Addenda.

El Diccionario Del Latín Jurídico, define "Addenda" como "Sust. Adición, apoyado o complemento a lo escrito" (NICOLIELLO, NELSON, Diccionario Del Latín Jurídico, J.M. Bosch Editor y Editorial Julio César Faira, España, 1999, pág. 12.)

El Diccionario de la Real Academia Española por su parte, la contempla en su acepción al Español como "Adenda" y la define así: "Del Latín Addenda, las cosas que se han de añadir" (Diccionario de la Real Academia Española, Vigésima 1ª Edición, Madrid, 1992, Pág. 29).

Una traducción libre al español del concepto legal de "Addendum" o "Addenda" que es la locución latina en singular y plural respectivamente, establece que es una adición a un documento escrito completo. Más comúnmente es una propuesta de cambio o explicación (tal como una lista de bienes a ser incluidos) en un contrato, o algún punto que ha sido sujeto de negociación después que el contrato fue originalmente propuesto por una parte. Aunque a menudo no lo son, las adendas deben ser firmadas por separado y adjuntadas al convenio original para que no haya confusión acerca de que está incluido o acordado, ya que adendas sin firmar pueden ser confundidas con borradores o propuestas no aceptadas o incluidas fraudulentamente (<http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/addendum>).



En nuestro medio, las modificaciones o addendas a los contratos administrativos, figuran contempladas en la Ley 56 de 1995. En sentencia de cinco (5) de noviembre de 2002, la Sala manifestó en ese sentido lo siguiente:

Por otra parte, la misma Ley 56 de 1995 (Sobre Contratación Pública), contiene dentro sus normas el Capítulo XII (Del Contrato), dedicado especialmente a regular distintos aspectos del contrato, como son: la firma, los medios para el cumplimiento del objeto contractual, la terminación unilateral del contrato, las cláusulas y condiciones usuales, entre otras.

Dentro de la normativa mencionada, que comprende desde el artículo 67 al 81, inclusive, encontramos dos normas que se refieren a la modificación de los contratos administrativos. La primera de ellas es el artículo 71, que permite a la entidad contratante modificar unilateralmente un contrato en la etapa de ejecución a fin de evitar la paralización o afectación grave del servicio público que deba satisfacerse con él (con el contrato), caso en el cual, la entidad puede expedir un acto administrativo debidamente motivado para suprimir o adicionar obras, trabajos, suministros o servicios necesarios.

La segunda norma es el artículo 76, que regula lo relativo a las modificaciones y adiciones a los contratos en base al interés público. Esta norma admite expresamente la posibilidad de que un contrato administrativo sea modificado, siempre que ellos sea necesarios por razones de interés público y se cumplan las siguientes reglas:

1. No puede modificarse la clase ni el objeto del contrato;
2. Los nuevos costos requerirán las autorizaciones o aprobaciones de acuerdo a su cuantía;
3. Las modificaciones que se introduzcan forman parte del contrato original e integran una sola relación contractual;
4. El contratista tiene la obligación de continuar la obra;
5. Se podrá revisar el precio unitario de un renglón o el valor total del contrato, si las modificaciones alteran en un 25% o más, las cantidades del renglón o el valor inicial del contrato, respectivamente.

De las anotaciones hechas se puede advertir muy fácilmente que, aún cuando el pliego de cargos contiene las reglas básicas a las cuales han de atenerse tanto la entidad contratante como el contratista, según el numeral 17 del artículo 3 de la Ley 56 de 1995, ello no implica que una vez celebrado el contrato administrativo éste no pueda modificarse. Por contrario, los artículos 71 y 76 de la excerta legal citada permiten expresamente la modificación del contrato, pero con sujeción a las reglas o pautas que dichas normas establecen" (Sentencia de 5 de noviembre de 2002, dictada dentro de la solicitud de pronunciamiento sobre la viabilidad jurídica del Refrendo de la Addenda al Contrato de Suministro N°009-2002, suscrito entre la Secretaría Nacional de Ciencia y Tecnología (SENACYT) y la empresa Global Electric, Inc).

Carlos Gasnell, cuando analiza el artículo 76 de la Ley 56 de 1995 "Por la cual se Regula la Contratación Pública", y en el cual figuran contempladas las reglas a seguir para realizar "Modificaciones y Adiciones al Contrato en Base al Interés Público", antes citadas, afirma que estas modificaciones en la práctica son llamadas "addendas" o "acuerdos suplementarios", mas aclara que "la segunda expresión en algunas instituciones es más utilizada, debido a que el concepto de addendas también se maneja para modificar el pliego de cargos en la etapa precontractual..." De igual forma insta a unificar criterios con relación a la posición que deben mantener las instituciones gubernamentales cuando de materia de Addendas se trate, "...para evitar la incertidumbre que existe en algunas instituciones del Estado cuando se necesita realizar modificaciones a los contratos públicos." (GASNELL, CARLOS ¿Cómo contratar eficientemente con el Estado? (Un análisis crítico de la Ley 56 de 27 de diciembre de 1995 que regula la Contratación Pública en Panamá). Sistemas Jurídicos S.A., Impreso y Encuadernado por Legis S.A., Colombia, 2003, pág 210).

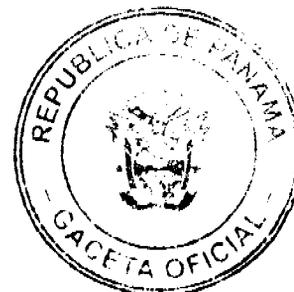
Sobre el perfeccionamiento y validez de la Addenda, la Procuradora de la Administración en la mencionada Nota N°C-20, efectúa un atinado análisis en ese sentido así:

Perfeccionamiento y validez de la Addenda:

A través del Contrato de Concesión, el Estado le otorga a la empresa Cable & Wireless Panamá 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 periodo 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.

La voluntad en el Contrato de Concesión N°134 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 N°5 de 9 de febrero de 1995 "Por la cual se Reestructura el Instituto Nacional de Telecomunicaciones", en el perfeccionamiento del Contrato de Concesión del Servicio de Telecomunicaciones intervienen tres voluntades: la entidad particular, el Ejecutivo y la Asamblea Legislativa.



El artículo que se comenta reza así:

"ARTICULO 20: Finalizadas las negociaciones con acuerdo entre las partes, se someterán a la aprobación del Consejo de Gabinete los documentos de la licitación que se hubiesen convenido, **debiéndose** aprobar la concesión respectiva mediante resolución motivada por parte de la Asamblea Legislativa..."

Por tanto, los sujetos de la voluntad contractual son el Organismo 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 Organismo Legislativo no puede ser sustituido por otros elementos. Es decir, que sólo con la concurrencia de estas tres expresiones de voluntad se puede perfeccionar el contrato de concesión del servicio de telecomunicación". (fs.29-46).

Ante el marco jurídico de referencia expuesto, no cabe duda que la Addenda N°002 de 30 de diciembre de 1999 al Contrato de Concesión N°134 de 29 de mayo de 1997, contraviene lo dispuesto en la Cláusula 64 del Contrato de Concesión y el artículo 20 de la Ley N°5 de 9 de febrero de 1995, pues, como bien apunta la Procuradora de la Administración al absolver consulta que le formulara el Director Presidente del Ente Regulador de los Servicios Públicos en la citada Nota C-20 de 3 de febrero de 2000, estamos ante un contrato celebrado con autorización legislativa por lo que en este caso los sujetos cuya manifestación de voluntad perfeccionaron la relación convencional, son: el Organismo Ejecutivo representado por el Ministerio de Gobierno y Justicia y la empresa, representada por su representante legal; el Organismo Legislativo si bien no forma parte de la relación contractual, su aprobación deviene como un requisito de eficacia para su formación jurídica.

No puede pasarse por alto que toda modificación a los términos del contrato debe tener como base el contrato original, por lo que debe ajustarse al mismo procedimiento utilizado para su aprobación, en atención al procedimiento previo que debe surtirse en toda actuación administrativa. A través del Procedimiento Administrativo, se exterioriza la actuación administrativa del Estado, que por su significación jurídica afecta derechos subjetivos públicos. Debemos tener presente, que los administrados tienen una participación efectiva en las dos (2) etapas procedimentales; en la primera de formación de la voluntad administrativa, su participación se centra por vía de peticiones y observaciones, etc., y, la segunda de fiscalización control e impugnación, que comienza cuando la primera concluye, y participa por vía de reclamaciones y recursos administrativos. Por lo tanto, es de suma importancia que el procedimiento administrativo regule la intervención de los interesados en la preparación e impugnación de la voluntad administrativa.

La Sala estima oportuno remitirse, a fin de apreciar la intención del Legislador en este sentido, a las Actas de las Sesiones Extraordinarias correspondientes a los días 17, 20, 23, 25 y 31 de enero de 1995, expedidas en ocasión del Segundo y Tercer Debate para la Aprobación de la Ley N°5 de 9 de febrero de 1995 "Por la cual se reestructura el Instituto Nacional de Telecomunicaciones". En aquella oportunidad se manifestó que:

"...Esa es una simple preocupación que mantendremos a lo largo de la discusión de este proyecto ley, porque vemos que es una constante que forma parte ya, pues, de una intensión (sic) posiblemente para agilizar el trámite, pero que nosotros sabemos que aquí no estamos hablando de cinco mil ni de diez mil balboas; aquí se está hablando de millones en valor y en utilidades, y a veces, pues, cuando hay tanto dinero de por medio, lamentablemente, no se timan las decisiones en función de lo que le conviene al país, sino en función de otros intereses económicos. Y esa es la experiencia en la historia de este país.

Así que a nosotros como legisladores, nos compete preocuparnos por estos aspectos que, lamentablemente, si se llega a aprobar el conjunto del articulado, de esa forma, le daría un nivel de discrecionalidad tremendo al Organismo Ejecutivo, para llevar a cabo una operación, donde la Asamblea, prácticamente, pues, la opinión que tendría que dar es la final. Nosotros escuchamos al doctor Porras señalar, estimados colegas, que aquí no hay ninguna venta de activos; pero el valor accionario es respaldado por los activos de una empresa, de manera tal que, al venderse el 49% lo que corresponde a los activos; esa proporción de los activos se está vendiendo, más valor agregado, a esa empresa que va a entrar a formar sociedad con el Estado.

El H.L. Rubén Arosemena explicó lo siguiente:

"Es para explicar que uno de los aspectos fundamentales que hemos introducido a esta propuesta conciliada es que la Asamblea Legislativa apruebe mediante una resolución motivada el contrato de concesión, porque no estamos hablando de la concesión de una frecuencia de radio, no estamos hablando de concesiones por períodos cortos y concesiones intrascendentes; aquí estamos hablando sobre una concesión que va a determinar el tiempo en que esta empresa, INTEL S.A., va a prestar en forma exclusiva los servicios de telecomunicación. Es decir, que la Asamblea Legislativa también tenga que opinar sobre el particular y decir si estamos de acuerdo o no en darle una concesión y por cuanto tiempo a la empresa INTEL S.A., para que preste estos servicios.



Nosotros hemos presentado esta propuesta, junto con los otros colegas, porque somos convencidos de que a este órgano del Estado, como fiscalizador de la Administración Pública, le compete dar su aprobación a cualquier contrato donde el Estado tenga interés fundamental y tratándose, en estos momentos, de un contrato de concesión donde estamos hablando de sumas cuantiosas no es posible que a la Asamblea se le pase por alto y que esto sea aprobado 'itso facto' (sic) mediante el Consejo de Gabinete. Es la Asamblea Legislativa, como primer Órgano del Estado y órgano más representativo de la sociedad panameña la que debe mantener esa facultad y no delegarla, de aprobar los contratos y las concesiones de acuerdo con los intereses nacionales. Entonces estimados colegas, creemos que en este artículo va definirse, realmente, si en un futuro va a ver competencia o no en el país para el beneficio de todos los consumidores y que se va a lograr mejores precios en la prestación de los servicios, llamadas internacionales y telefonía celular y demás. Nosotros les solicitamos el apoyo a esta propuesta que hemos presentado varios legisladores."

Seguidamente, al referirse al tercer debate, el H.L. Rubén Arosemena manifestó:

Nosotros en el transcurso de la discusión de este Proyecto pudimos señalar lagunas y vacíos que se daban, que nos indicaban que en el fondo se estaba dejando abierto el camino para una eventual privatización total de esta empresa. Pero aún pensado en que no lleguemos a una privatización total de estas empresas de servicios públicos, tenemos serias dudas de que todavía con una participación del Estado vaya a poder garantizarse la prestación del servicio social que ellas deben dar, y que esperamos todos los panameños puedan recibir. Sin embargo, es importante señalar que el Proyecto, tal y como ha quedado, se ha mejorado sustancialmente, porque era inverosímil, tal y como había sido presentado a este Órgano del Estado, que no se le introdujesen cambios al procedimiento. Era atentatorio contra el control de los poderes que debe existir en un sistema democrático. Nosotros no podíamos ceder a la facultad fiscalizadora y controladora de la administración pública. En la medida que ese Órgano del Estado suda sobre la base de dar mayor celeridad o de burocratizar, agilizar los procedimientos, en esa misma medida seremos responsables de la suerte que corran los panameños con las decisiones que tome el Órgano Ejecutivo, pero sin haber participado en ellas. Y yo creo que eso es ser irresponsable, señora Presidenta; y yo creo que la Asamblea Legislativa, a pesar de todo, a pesar de quienes estaban a favor, hubo una voluntad política de mejorar el Proyecto y establecer ciertos controles para garantizar que las empresas que aquí vayan a entrar a prestar el servicio en conjunción con el Estado, lo hagan tomando en cuenta las necesidades sociales del país.

Y nosotros tenemos que reconocer ese crédito a los colegas que prohijaron, apoyaron las propuestas que presentamos, solicitando que el Contrato de Concesión y el Pacto Social viniese aquí a la Asamblea Legislativa.

Sin embargo, eso no salva nuestras aprehensiones y nuestras dudas en función de que aquí se ha dicho, en una forma clara, que en otras experiencias estas empresas han estado reuentes a prestar el servicio en las áreas de poca rentabilidad. Y aquí cuando INTEL, S.A., o la empresa que sea parte del INTEL, S.A., no quiera prestar el servicio en Los Pozos o en las Minas o allá en Chupampa, entonces nosotros le recordaremos al Ejecutivo las dudas que teníamos en ese momento.

La Sala concluye, pues, que la modificación del contrato de concesión que nos ocupa, ciertamente entraña una renovación a la voluntad de las partes y con ello se afecta el objeto sobre el que recae, por lo que debe ajustarse a las mismas formalidades requeridas para el acto contractual, que en este caso sería con la intervención de los mismos entes que participaron en su expedición, ya que, como afirma la Procuradora de la Administración en la Nota C-20, de ese modo "pueden dar fe de la alteración del contenido del contrato".

No debe perderse de vista que la Cláusula 35 del Contrato de Concesión N° 134 de 29 de mayo de 1997, relativa a "Metas de Expansión y Calidad de Servicios", prevé que éstas tienen por objeto "la mejora, expansión y en su caso, la instalación y organización de los servicios contenidos en la Cláusula 4ª de este CONTRATO DE CONCESIÓN", lo que atiende, según lo que está dispuesto en esa misma Cláusula, al "Alcance del Contrato", habida cuenta que de lo dispuesto en la Ley 31 de 1996 y el Decreto Ejecutivo N°73 de 1997 antes vistos, que regulan las telecomunicaciones en la República de Panamá, se infiere que estas metas son los objetivos que definen la concesión del servicio de telecomunicación.

La aprobación del contrato por parte de la Asamblea Legislativa, hoy Asamblea Nacional, como organismo de control, es un requisito de la forma para su perfeccionamiento, que se hace extensivo, para cuando se trate de modificaciones sustanciales al contrato, como es el caso no ocupa, que conlleva una verdadera alteración a las modificaciones del contrato y con ello los parámetros de cumplimiento.

Finalmente, la parte actora hace énfasis que la modificación de las Metas de Expansión, afecta el equilibrio económico financiero del contrato de concesión, de modo que debe modificarse el régimen tarifario Tope de Precios. La Sala le concede la razón, ya que debe tenerse en cuenta que por disposición expresa de la Cláusula 12 del Contrato N°134 de 1997, el reestablecimiento económico financiero se efectuará ya sea mediante un reajuste tarifario de tope de precios establecido en la Cláusula 39, o mediante una modificación de las metas de expansión y de calidad de servicios contempladas en el Anexo C de este CONTRATO DE CONCESIÓN...". Lo anterior claramente evidencia que la modificación a las Metas de Expansión y de Calidad de Servicio, no puede darse de forma aislada, pues, van directamente de la mano con un reajuste tarifario, en razón precisamente del reestablecimiento económico financiero, y en ello el Ente Regulador tiene un fundamental papel, como organismo técnico de revisión del equilibrio económico-financiero del Contrato.



Por las razones indicadas, la Addenda N°002 de 30 de diciembre de 1999 al Contrato de Concesión N°134 de 29 de mayo de 1997, suscrita por el Ministro de Gobierno y Justicia y la empresa Cable & Wireless Panamá S.A., en efecto, no se ajusta a derecho, ya que para su aprobación se requiere la intervención de la Asamblea Legislativa como organismo de control, y así debe declararse.

En consecuencia, la Sala Tercera (Contencioso Administrativo) de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA QUE ES NULA POR ILEGAL la ADDENDA N°002 de 30 de diciembre de 1999 al Contrato de Concesión N°134 de 29 de mayo de 1997, suscrita por el Ministerio de Gobierno y Justicia y la empresa Cable & Wireless Panamá S.A.

NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y PUBLIQUESE EN LA GACETA OFICIAL

VICTOR L. BENAVIDES P.

JOSÉ A. TROYANO

HIPOLITO GILL SUAZO

JANINA SMALL

Secretaría

REPÚBLICA DE PANAMÁ

MINISTERIO PÚBLICO

Procuraduría General de la Nación

RESOLUCIÓN N°9

(De 29 de enero de 2009)

"Por la cual se modifica la Resolución N°29 de 12 de noviembre de 2008"

LA PROCURADORA GENERAL DE LA NACIÓN,

en uso de sus facultades constitucionales y legales,

CONSIDERANDO:

1. Que mediante Resolución N°29 de noviembre de 2008, entre otras disposiciones, se creó la Fiscalía Especializada contra la Delincuencia Organizada, misma que a través de la Resolución N°05 de 9 de enero de 2009, se dispuso una moratoria de sesenta días (60), para que entrará en vigencia el 2 de marzo de 2009.
2. Que luego de estudios y análisis efectuados durante la moratoria establecida, se concluyó que debe modificarse la forma de conformación de las Unidades de Operación e Información, que fungirán como brazo operativo de la Fiscalía Especializada contra la Delincuencia Organizada.
3. Que el artículo 329 del Código Judicial faculta a la Procuradora General de la Nación a crear nuevas Agencias de Instrucción, así como introducir cambios en el número, nomenclatura, organización administrativa y ubicación de las Agencias del Ministerio Público.

RESUELVE:

PRIMERO: Modificar el Numeral Sexto de la Resolución N°29 de 12 de noviembre de 2008, el cual quedará de la forma siguiente:

"SEXTO: Las Unidades de Operación e Información, serán conformadas por los funcionarios que designen los Directores de Investigación Judicial y de Información Policial de la Policía Nacional respectivamente, previa coordinación y concepto favorable de la Procuradora General de la Nación.

Las funciones de las Unidades de Operación e Información, se enmarcarán como brazo operativo policial de la Fiscalía y en el análisis de información de las actividades relacionadas con la delincuencia organizada.

Las funciones de la Unidad de Investigación Financiera serán asumidas por la Sección de Investigación Financiera de la División de Delitos Contra la Economía Nacional, hasta que se dote de la partida presupuestaria pertinente para crear la Unidad de Investigación Financiera."

