

Panamá, 2 de noviembre de 2000.

Ingeniero

ALEX ANEL ARROYO

Director Presidente del

Ente Regulador de los Servicios Públicos

E. S. D.

Estimado Director Presidente:

Por este medio damos respuesta a su Nota N°DPER-2041 de fecha 6 de octubre del 2000, y recibida en este Despacho el 9 del mismo mes, mediante la cual somete a nuestra consideración lo referente "...al acto jurídico final en el que debe materializarse la concesión que se pretende otorgar a través de un programa de licitación pública, para la operación y explotación de los canales de televisión que revirtieron a la República de Panamá como consecuencia de la ejecución de los Tratados del Canal de Panamá..."

En vuestra Nota se señala que la Consulta se hace en virtud de la discrepancia de criterios existentes entre la Institución que Usted preside y la Contraloría General de la República.

La Contraloría General de la República sostiene que el acto final de la Licitación Pública 01-99 RTV que decide la Concesión del Servicio Público de frecuencias de Televisión Abierta en la Banda V.H.F debe ser mediante Contrato de Concesión, con la aprobación del Consejo de Gabinete y posterior refrendo de la Contraloría General.

El Ente Regulador de los Servicios Públicos sostiene, a su vez, que el acto final debe ser mediante Resolución debidamente motivada, adoptada por la mayoría de sus directores, la cual no requiere del refrendo de la Contraloría General de la República para su validez y eficacia.

Nuestra Opinión:

El punto sometido a nuestra consideración reviste gran importancia por las consecuencias que su solución acarrea. No obstante, consideramos, a si mismo, que la controversia suscitada entre el Ente Regulador de los Servicios Públicos y la Contraloría General de la República es producto de una confusión en el tratamiento del problema.

Veamos:

Las leyes principales que regulan la prestación de los servicios públicos de radio y televisión corresponden a la Ley N°26 de 29 de enero de 1996¹ y Ley N°24 de 30 de junio de 1999² y su Decreto Reglamentario, cuyo antecedente es la Ley 36 de 17 de octubre de 1980³.

La Ley 36 de 1980 otorgaba el derecho a la explotación del servicio público de televisión, mediante la obtención de una licencia expedida por el Organo Ejecutivo, a través del Ministerio de Gobierno y Justicia. Paralelamente a ello, de conformidad con el artículo 14 de dicha excerta, fijaba la obligación de las partes de celebrar los contratos propios de las concesiones que incluía a su vez las exoneraciones concedidas en esta materia por el Ministerio de Hacienda y Tesoro, el cual nos permitimos transcribir para una mejor comprensión:

“Artículo 14. Las personas naturales o jurídicas que obtengan licencia para instalar y operar Estaciones de Televisión a partir de la vigencia de esta Ley, tendrán las mismas concesiones y

¹ Gaceta Oficial N°22,962 de 30 de enero de 1996.

² Gaceta Oficial N°23,832 de 5 de julio de 1999.

³ Gaceta Oficial N° 19,182 de 22 de octubre de 1980.

exoneraciones que aquellas que se obtuvieron en base a los Decretos leyes anteriores. **Los Contratos** otorgados con anterioridad se prorrogarán por igual período que los **nuevos que se otorguen.**

El Organo Ejecutivo determinará las condiciones en que deben celebrarse los contratos que establezcan las concesiones y exoneraciones por conducto del Ministerio de Gobierno y Justicia, quien coordinará esta materia con el Ministerio de Hacienda y Tesoro." (negritas nuestras)

De conformidad con la Ley N°26 de 1996, el Ente Regulador de los Servicios Públicos es definido, al igual que el resto de las entidades autónomas del Estado, con personería jurídica, patrimonio propio, con derecho a administrarlo y con fondos separados e independientes del Gobierno Central, el cual está sujeto a la fiscalización de la Contraloría General de la República de conformidad con la Constitución Política y la ley que lo crea.

En efecto, esta Ley en comento establece en su artículo 17, que "...las decisiones del Ente Regulador serán adoptadas, mediante resoluciones, por el voto de la mayoría de sus directores..." También señala la misma, en el numeral 2, del artículo 19, referente a las funciones y atribuciones, que este ente colegiado puede "...Otorgar, en nombre del Estado según proceda, **las concesiones, licencias y autorizaciones** para la prestación de los servicios públicos de su competencia, de acuerdo con las normas fiscales y demás disposiciones vigentes, hasta tanto se aprueben las normas sectoriales correspondientes..."

La Ley 24 de 30 de junio de 1999 es una ley sectorial dictada con la finalidad de establecer el régimen o marco legal bajo el cual estarían sujetos los servicios públicos de radio y televisión dentro de la República de Panamá, estableciendo principios de competencia para

promover y proteger la inversión privada, dirigida a mejorar la calidad de tales servicios.

Esta Ley establece que la operación técnica de los servicios públicos de radio y televisión se dará a través de concesiones otorgadas por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, como entidad designada por el Estado para tal fin, respetando las concesiones o licencias otorgadas con el régimen jurídico anterior.

En cuanto al nuevo régimen que establece la Ley 24 de 1999, se indica claramente que la operación técnica de los servicios públicos de radio y televisión se dará mediante Concesiones, descartando la figura de las licencias, propia del régimen jurídico anterior.

Esta Ley sectorial de los servicios públicos de radio y televisión establece que la prestación de dichos servicios públicos por el sector privado, generará al Estado el cobro de los siguientes derechos: Derecho de Concesión, Cánón Anual y Tasa de Regulación.

Los servicios públicos de Radio y Televisión se clasifican, según la Ley, en servicios públicos Tipo A y en servicios públicos Tipo B.

Los servicios públicos Tipo A son aquellos que para su operación requieren por parte del Ente Regulador de la asignación de frecuencias principales (no de enlace) para la transmisión. En tanto que se denominan servicios públicos Tipo B, aquéllos que para su operación técnica no requieren de la asignación de frecuencias principales por parte del Ente Regulador.

También se clasifican como servicios públicos Tipo B, los que requieren por parte del Ente Regulador de la asignación de frecuencias principales (no de enlace) para la transmisión, con fines exclusivamente educativos, culturales, científicos, de asistencia médica o ambiental, de información meteorológica o de tránsito vehicular, los cuales no requieren de licitación pública y deberán ser prestados sin fines lucrativos.

Seguidamente, la Ley 24 de 1999 regula en el Título II, en sus Capítulos I, II y III el contrato de Concesión, fijando los criterios que se deben observar para la adjudicación de los servicios públicos de Radio y Televisión Tipo A y Tipo B.

Para los servicios Tipo A se establece, como procedimiento, la Licitación Pública como medio de selección, previa precalificación de proponentes, adjudicándose el derecho de la Concesión mediante Resolución motivada por parte del Ente Regulador.

En cuanto a la prestación de los servicios públicos Tipo B, la Administración decide el otorgamiento de la concesión respectiva en otros términos, apartándose de los procedimientos licitatorios, propios para el otorgamiento de las concesiones de servicio público, pues, las solicitudes, luego de haber sido presentadas oportuna y debidamente, y si cumplen con todos los requisitos legales y reglamentarios que para tal efecto haya dictado el Ente Regulador, se concederá el derecho de la Concesión mediante Resolución motivada.

Esta Ley fija los criterios bajo los cuales se deben otorgar estas concesiones, como son el objeto de la concesión, derecho y obligaciones de las partes, restricciones del concesionario, término de duración, causales de terminación del Contrato, etc.

En cuanto al punto medular, objeto de su Consulta, referente al acto jurídico mediante el cual debe materializarse la concesión de los servicios públicos de radio y televisión, consideramos que el instrumento idóneo legal por medio del cual se formaliza la concesión de la prestación de servicio público que nos ocupa, es el Contrato de Concesión, ya que, a nuestro juicio, solo a través de éste se pueden plasmar los elementos que la Ley dice debe contener la Concesión (objeto, derechos y obligaciones, término de duración, causales de terminación de la concesión, etc.).

El Contrato, como instrumento formal mediante el cual se concreta la voluntad de las partes, requiere, tal como lo contempla la Ley, del otorgamiento de ese derecho de concesión mediante Resolución

motivada por parte del Ente Regulador de los Servicios Públicos; es decir, para la prestación de los servicios públicos Tipo A, es la Resolución que adjudica la Licitación Pública y en los servicios públicos Tipo B, es la Resolución que dicta el Ente acogiendo la solicitud presentada por el particular, luego de cumplir con todos los requisitos legales y reglamentarios que para tal efecto haya dictado el Ente Regulador. Una vez queden ejecutoriadas las Resoluciones en mención, se deberá proceder a la confección del Contrato de Concesión respectivo.

Para una mejor comprensión de nuestra posición jurídica nos permitimos compartir con Ustedes algunas consideraciones doctrinales referentes a la fórmula concesional en la prestación de los servicios públicos.

En la evolución histórica del Estado, tenemos que, inicialmente, el Estado dejó a los particulares la dinámica económica; este abstencionismo del Estado o dogma de no intervención en materia económica, obedeció a la desconfianza que el Estado de la época merecía como gestor directo, como impulsor empresarial. Sin embargo, posteriormente, el Estado asumió la prestación de ciertas necesidades de interés público, como la asistencia social, educación y los servicios de primera necesidad. Además, el Estado decide competir en las actividades propias del sector privado e incursiona como Estado empresarial; no obstante, la experiencia no fue positiva y surge entonces, una fórmula salvadora, la idea del "contratista colaborador", a través de la cual, el Estado, conservando la titularidad del servicio, lo que le permite su reglamentación y vigilancia, se desprende de su gestión y la concede a un empresario particular. Se deslindan, entonces, los conceptos de **titularidad administrativa y ejercicio público**, convirtiéndose el particular en colaborador del Estado.

La razón por la cual el Estado mantiene la titularidad del servicio dado en concesión se debe al poder de regulación y fiscalización que está llamado a cumplir, ya que debe garantizar que el servicio llegue de manera eficiente a todos los usuarios del Estado; es decir, debe asegurar la adecuada prestación de los servicios públicos.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la concesión, se dice que la misma es mixta, pues por un lado existe una relación típicamente contractual (bilateral), mientras que por otro se impone la voluntad del Estado (unilateral) al establecer cláusulas reglamentarias como un típico reglamento de servicio.

En este sentido, es importante citar lo que nos comenta la autora colombiana Gladys Vásquez Franco al respecto:

“...Cabe entonces hablar, y con respaldo en el mismo derecho positivo español, de la concesión de servicios en doble sentido. Como *contrato* entre la Administración y el concesionario, acuerdo de voluntades que nace con la *aceptación* por parte del concesionario de la oferta de la Administración contenida en el pliego de condiciones. **El acuerdo se formaliza en un contrato administrativo con todas las características.** Por otra parte **la *concesión es un típico acto administrativo* - el acto administrativo de adjudicación-, evento con el cual nace la concesión, que luego se formaliza en un contrato administrativo.**”⁴ (negritas nuestras)

En el caso que nos ocupa, el acto administrativo propio de la administración lo constituye en los servicios públicos Tipo A la Resolución de Adjudicación de la Licitación, la cual debe emitir el Ente Regulador y, además, debe ser motivada. Es mediante este acto que la Administración concede la Concesión y contra el cual caben los recursos gubernativo y contencioso administrativo.

⁴ Vásquez franco, Gladys. La Concesión Administrativa de Servicio Público. Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1991. Pág 60 y 61.

Señala el Decreto Ejecutivo N°189 de 13 de agosto de 1999, que ejecutoriada la resolución de adjudicación se otorgará la correspondiente concesión (art.105). Ello significa que, en caso de haberse interpuesto algún recurso contra dicha resolución, una vez resuelto, se procederá al otorgamiento de la Concesión, o sea, se procederá a la celebración del respectivo Contrato.

En cuanto a las Concesiones de Servicios Tipo B, el acto administrativo lo constituye, igualmente la Resolución motivada que emite el Ente Regulador concediendo la Concesión, la cual deberá perfeccionarse con la celebración del Contrato.

La figura del "Contrato" como instrumento idóneo legal mediante la cual se formaliza la Concesión de Servicio Público de Radio y Televisión, no es novedosa, ya que, como lo indicásemos en los primeros párrafos de esta Consulta, la Ley 36 de 1980 dejaba inferir que las Licencias que se otorgasen para instalar y operar Estaciones de Televisión debían formalizarse a través de Contratos, sin embargo, lo cierto es que las Licencias se concedieron sin cumplir con este mandato legal.

Es importante señalar que la Ley 24 de 30 de junio de 1999, que establece el régimen jurídico de los servicios públicos de radio y televisión determina que la Entidad reguladora de dichos servicios lo es el Ente Regulador de los Servicios Públicos, el cual tiene entre sus funciones el regular, ordenar, fiscalizar y reglamentar eficazmente la operación técnica de los servicios antes señalados.

También le adjudica al Ente Regulador la competencia privativa en relación con los servicios públicos de radio y televisión.

Observamos pues, que el Estado le asigna dos (2) funciones esenciales al Ente Regulador de los Servicios Públicos. Por un lado, le deposita el poder de decisión respecto al servicio público que da en concesión y, por otro lado, lo reviste de las facultades reguladoras y fiscalizadoras de la prestación de tales servicios, propias de los entes reguladores.

Por lo general, estas funciones son depositadas en entes de la administración diferentes.

Como se ha indicado previamente, lo que cede el Estado en las concesiones de servicio público no es la titularidad del servicio público, sino su ejercicio. Por tanto, conserva la función de policía que se traduce en la regulación y fiscalización que impone, tal como lo contempla la Ley 24 de 1999, que establece los criterios bajo los cuales se debe dar la prestación de los servicios públicos de radio y televisión, así como las sanciones aplicables por infracciones de las normas de dicha Ley.

En cuanto a la intervención que ejerce la Contraloría General de la República en las Concesiones de los Servicios Públicos de Radio y Televisión, es oportuno señalar que la Ley 24 de 1999 y su reglamentación, establece que dicha entidad participará únicamente en el proceso de Licitación Pública en las Concesiones de Servicio Público Tipo A.

A nuestro juicio, los Contratos de Concesión que celebre el Ente Regulador de los Servicios Públicos deben estar refrendados por la Contraloría General de la República, dado que el refrendo es un requisito de validez formal de los mismos. Además, debemos recordar que los actos del Ente Regulador de los Servicios Públicos como entidad de derecho público, están sujetos a la fiscalización de la Contraloría General de la República.

Esperando que nuestra opinión le sea de utilidad, me suscribo,

Atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración

AMde/12/hf.