

Algunas Consideraciones sobre el Contrato Colectivo y la llamada Concesión Gatlin

Por IVAN TEJEIRA

O sea el Contrato N° 2 de 13 de Enero de 1917, que regula básicamente las relaciones contractuales entre la empresa jurídica conocida como Cía. Panameña de Fuerza y Luz y el Estado Panameño.

El día 3 de Julio próximo pasado, en el Diario "La Prensa" que se edita en esta ciudad, apareció en forma destacada la opinión emitida por cinco distinguidos abogados, sobre el problema surgido entre la Cía. Panameña de Fuerza y Luz y la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, por razón de negarse dicha empresa a reconocer los mandatos del Decreto Ley 31 de 1958, acogiéndose para ello en lo dispuesto en la llamada Concesión Gatlin.

De la lectura de las opiniones en referencia y por conversaciones sostenidas con personas estudiosas de la problemática nacional, nos hemos percatado de que existe una marcada tendencia a identificar contratos de derecho privado, tales como la compraventa, el arrendamiento, la hipoteca, el préstamo, con la concesión de servicios públicos, que es típicamente un contrato administrativo.

Nos parece que para poder comprender a cabalidad los problemas que surgen de la aplicación del Contrato N° 2 de 1917, es menester tener una idea clara de los principios doctrinales que rigen la contratación administrativa.

Por eso nos ha parecido que puede tener algún interés y utilidad determinar el régimen jurídico, el contenido y alcance, en la forma más somera posible, de las relaciones surgidas en virtud de ese encuentro de

voluntades que se da entre el particular y la Administración (Estado) cuando se ponen de acuerdo para que se lleve a efecto una serie de actividades tendientes a la satisfacción del interés público.

Nos parece oportuno entonces, ocuparnos en primera instancia de la evolución que ha sufrido el concepto de contrato; luego ocuparnos de los principales criterios que establecen la existencia de los contratos administrativos, cuál es su elemento caracterizador y posteriormente, de la llamada Concesión Gatlin en relación con algunos problemas que jurídicamente suscita.

Evolución del Concepto de Contrato.

Casi todas nuestras instituciones de derecho, fueron concebidas inicialmente por el pensamiento jurídico romano. Hay tratadistas que sostienen que en ese estadio histórico de la ciencia del derecho, los jurisprudencistas se preocuparon más por ofrecer una lista de figuras contractuales que de elaborar un concepto de contrato.

La Revolución Francesa, con su secuencia, la vigencia de los principios individualistas, transformó profundamente el pensamiento jurídico. El individualismo encontró su forma de expresión más categórica en el contrato. El Código Napoleónico, al establecer que las convenciones legalmente formadas tienen fuerza de ley para aquellos que la celebran, determinó el imperio de la voluntad soberana, libre, para disponer de casi todas las cosas.

La autonomía de la voluntad es la creadora del acto y determina sus efectos. Todo está sometido a la voluntad de las partes, quienes pueden organizar como bien tengan sus derechos y obligaciones recíprocas, sin más limitaciones que la moral.

Nuestro Código Civil, típicamente clásico, recoge la orientación anterior. Define el contrato como "el acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa y disponiendo que el contrato es ley entre las partes contratantes" (Artículo 1105 y 976).

Así pues, en la época moderna el contrato está caracterizado por la absoluta libertad de las partes para su formación, ejecución y disolución.

Pero nada ha permanecido estático en la historia, el progreso operado en todos los órdenes de la vida, también ha tenido su trascendencia en el campo jurídico. El advenimiento de la era capitalista con sus grandes fortunas, el maquinismo industrial, etc., ha determinado la estructuración de una sociedad en donde la voluntad individual poco cuenta en las relaciones donde los grandes intereses económicos están en juego.

La igualdad de hecho ha desaparecido, y apenas se puede hablar de una igualdad jurídica, proviniendo así la quiebra del principio de la autonomía de la voluntad. El Estado se ha percatado de que no puede dejar las cosas al arbitrio de las fuerzas ingentes de los detentadores de los medios de producción y ha legislado en el sentido de establecer limitaciones a la libertad contractual y ha dispuesto que la función del Juez deje de ser puramente mecánica confiriéndole poderes discrecionales para la aplicación de una justicia más humana.

El surgimiento de estas nuevas condiciones, significó el debilitamiento de los principios liberales que orientaron toda la filosofía del Código Civil. Las nuevas situaciones de hecho creadas por la detentación de las grandes fuentes de riqueza por unos pocos, ha imprimido nuevas pautas al Estado y éste ha reclamado y obtenido un papel más beligerante en las actividades de los particulares.

El desarrollo de otras ramas del derecho han obligado a replantear el concepto de contrato para determinar hasta qué punto tiene validez el principio de la autonomía de la voluntad o la libertad absoluta en la contratación.

La aparición dentro del propio derecho civil de los contratos de adhesión, el surgimiento de los contratos colectivos de trabajo y la necesidad de la contratación administrativa, han determinado un reajuste del concepto contrato.

Concepto Actual del Contrato.

Hemos visto, a través de todo lo anteriormente expuesto, que se ha operado una profunda transformación en el concepto privatista del contrato.

Ante el hecho evidente de la caída de la autonomía de la voluntad y de la libertad absoluta en la contratación, cabe preguntarse si el concepto contrato tradicionalmente aceptado ha desaparecido, llegándose al caso de reemplazar la noción de contrato o si lo que se impone es un replanteo del problema para ajustar el concepto de contrato a la realidad imperante.

El problema como se ve es complejo.

No creemos en realidad que sea del todo correcto decir que la noción tradicional de contrato ha desaparecido o está desapareciendo. Más que una crisis del contrato, estamos viviendo una crisis del derecho.

Las grandes convulsiones sociales que ha sufrido y sufre la humanidad, han tenido su necesaria repercusión en el derecho. El derecho no es un dogma invariable y por tanto ha tenido que ir condicionando

sus principios a las circunstancias imperantes. El derecho, tiene que aceptarse así, va teniendo cada día más contenido social. El individualismo ha perdido su vigencia y en la actualidad todo se determina en función de la colectividad, en función de los grupos sociales, en función del interés público, al que debe supeditarse el interés particular.

Por eso, ha sufrido modificación el campo de acción de las relaciones contractuales y éstas aparecen en el campo del derecho público, en donde los caracteres que en el concepto de contrato tradicional aparecían como inconvenciones, sufren alteraciones.

Así las cosas, aparece la doctrina que concibe la existencia de un concepto contrato género.

Ahora bien, entendiéndose como contrato toda conjunción de voluntades encaminadas a producir efectos jurídicos y que pretendan intereses opuestos, se concluye diciendo que en el derecho existe el concepto genérico de contrato, dándose varias especies de éste en la rama del derecho privado y en la de derecho público. De manera que cuando se habla de contratos administrativos, que es para el caso lo que nos interesa ahora, se está hablando de una especie del género contrato, de la categoría de los de derecho público, lo que nos lleva a la certeza, entre otras cosas, de la existencia jurídica del contrato administrativo.

El concepto de contrato referido a las relaciones jurídicas en que una de las partes es el Estado, ha dado lugar a variadas controversias doctrinales. Hay autores que no conciben que pueda hablarse de contrato administrativo, pues el término contrato únicamente es dable entenderlo regulando relaciones de derecho privado.

Los autores que niegan la existencia del contrato administrativo, estiman que en éste no hay paridad jurídica, entendiéndose como tal, la necesaria igualdad de tutela para los contratantes.

DOCTRINA QUE SOSTIENE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.

No se crea que resulta fácil ubicar dentro de la doctrina las razones de existencia de los contratos administrativos. La tremenda influencia ejercida por el Código Napoleónico a través de las instituciones jurídicas creadas por dicho cuerpo legal, ha sido obstáculo casi que insalvable para las nuevas corrientes de derecho, que basándose en la realidad del acontecer imperante, tratan de justificar el nacimiento de nuevas instituciones de contenido y formas distintas, a las figuras jurídicas típicas del derecho civil.

Es una realidad la circunstancia de que estamos viviendo en un Estado de Derecho, en donde la administración no puede de manera alguna exigir un hacer o un no hacer a los ciudadanos, que no se encuentre enmarcado dentro de los límites de la juridicidad. Hoy por hoy, la administración sólo puede llevar a cabo unilateralmente un acto cuando la ley se lo permite en forma expresa, o cuando el poder discrecional del Estado, que no es limitado, lo estime conveniente. Cuando el Estado requiere el servicio de un particular tiene que mediar el consentimiento libre de quien voluntariamente se obliga a la realización de la prestación, que por tener como objeto un fin de utilidad pública, determina una subordinación jurídica por parte del particular que acepta libremente la obligación contractual o dicha subordinación.

Es de suma importancia distinguir cuando se está en presencia de un contrato de derecho privado y un contrato administrativo. Las consecuencias y efectos producidos por los contratos administrativos son tan diferentes y especiales, que es lógico que se trate de buscar en la doctrina, los caracteres específicos de los contratos de derecho público y hasta se pretenda encerrar esos caracteres en una definición.

Sería rebasar los límites de esta conversación y abusar de la paciencia de ustedes, hacer aquí un estudio de los distintos criterios que han surgido en la doctrina para diferenciar los contratos administrativos de los de derecho privado.

Por ello, vamos tan sólo a mencionarlos e indicar a cuál de ellos nos acogemos.

Tenemos así, el denominado criterio subjetivo; el llamado criterio de la jurisdicción; el conocido como criterio formal; el distinguido con Teoría del Servicio Público; el denominado Teoría del fin de utilidad pública; la Teoría del Contrato Administrativo por Naturaleza; Criterio que determina que todos los contratos de la Administración son administrativos; Doctrina de los contratos de la Administración; Teoría de la cláusula exorbitante y Tesis de la subordinación jurídica del particular a la Administración.

Para nosotros el elemento que diferencia al contrato administrativo, lo es la subordinación jurídica en que se coloca el contratista cuando pacta con la Administración, cosa que le permite a ésta (la Administración) modificar el contrato en forma unilateral, cuando lo estime más conveniente para los intereses de la colectividad.

Estando las relaciones contractuales de la administración bajo un régimen especial de derecho público, exorbitante del derecho privado, y aceptándose que lo que tipifica un contrato administrativo es la su-

bordinación jurídica del particular a la Administración, concluimos como el autor Bercaitz, en que son contratos administrativos, aquellos celebrados por la Administración con un fin público, que en su ejecución, pueden afectar la satisfacción de una necesidad pública colectiva, razón por la cual están sujetos a reglas de derecho público, exorbitantes del derecho privado, que colocan al contratista en una situación de subordinación jurídica con respecto a la Administración.

Tampoco vamos a ocuparnos aquí de los elementos esenciales de los contratos Administrativos. Pero sí queremos dejar sentado, que por razón de la esencia misma de los contratos administrativos éstos están sujetos a un régimen jurídico especial. Este régimen jurídico especial, repetimos, no es otro que el ordenamiento jurídico del derecho privado, lo que permite a la Administración modificar la relación contractual unilateralmente, llegaría a realizar directamente en caso necesario a declararla extinguida.

Para terminar con esta parte que podríamos denominar doctrinal, vamos a ocuparnos de la ejecución y extinción de los contratos administrativos.

Ya se ha señalado que los contratos administrativos presentan características diferentes a los contratos de derecho privado. En razón del fin de la actividad del Estado los contratos que concerta están sometidos a una jurisdicción especial.

Tiene la Administración en los contratos administrativos, un poder de dirección y control sobre la ejecución del contrato. Por ello, le corresponde: a) la facultad de vigilancia para que el contratista cumpla fielmente sus obligaciones; b) facultades de policía para asegurar autoritativamente el cumplimiento de las obligaciones contractuales; c) facultad para modificar y aún de dejar sin efecto el contrato por acto unilateral de la administración, si así lo exige el interés público.

En una de las opiniones que aparecieron publicadas en el diario La Prensa, se hace referencia un tanto equivocada a la teoría de la imprevisión. Esta, que inicialmente fue elaborada para aplicarla a la concesión de servicios públicos y obras públicas, trabaja en beneficio del contratista. La Administración no contrata para lucrar sino para que se realice una prestación que el interés colectivo exige, y por tanto el hecho de que el servicio continúe prestándose sin interrupción debe ser su objetivo principal. Y cuando por circunstancias no imputables al contratista éste no puede satisfacer con su cumplimiento un fin público, un servicio público, una necesidad pública, debe el Estado, en caso de que el cumplimiento signifique la quiebra de aquél, evitar su ruina y asegurar la continuación de la prestación. Si se estima que la quiebra

del contratista debe evitarse, es porque ella traería para la administración mayores egresos al tener que realizar una nueva adjudicación, a más de las consecuencias sociales que la interrupción del servicio puede traer. En esto consiste, en síntesis, la teoría de la imprevisión aplicada a los contratos administrativos.

Pueden los contratos administrativos extinguirse, por expiración del plazo; por incumplimiento de la obligación contraída; por declaratoria de nulidad; por resolución; por revocación y rescisión.

Las tres primeras modalidades indicadas no se prestan a mayor confusión. Las otras operan así: puede haber resolución fundada en el incumplimiento; la Administración puede revocar un contrato administrativo por conveniencia para los asociados aún antes de que se venza el plazo para la expiración del mismo y puede haber revocación por ilegalidad.

Un modo especial de extinción de los contratos administrativos, es la llamada caducidad administrativa, distinta a la caducidad referida al derecho procesal y a las otras ramas de la ciencia jurídica.

Entendemos por caducidad administrativa una de las sanciones que impone unilateralmente la Administración al contratante cuando éste incurre en incumplimiento de sus obligaciones, siempre que dicho incumplimiento pueda ser imputado. La aplicación de dicha sanción determina la extinción del contrato y el consiguiente cese de los derechos del contratante, procediendo la declaratoria de caducidad de las causales previamente establecidas en el contrato o cuando sin haberse pactado se dan las siguientes circunstancias: a) incumplimiento manifiesto por parte del contratista, en detrimento del servicio público; b) muerte del contratista y c) quiebra del mismo.

Nos hemos estado refiriendo a los modos de extinguir los contratos administrativos en términos generales.

Pero importa señalar, que en materia de concesión de servicios públicos, la doctrina establece lo que se denomina el rescate de la concesión, que no es sino el derecho de la Administración de poner fin a la concesión, en cualquier momento.

De acuerdo con Jeze, en todo contrato de concesión de servicios públicos, el derecho de rescate se sobreentiende y el contrato no puede descartar el derecho de rescate.

Expuesto lo anterior, creemos que podemos ocuparnos ahora de algunos problemas que se derivan de la llamada Concesión Gatlin, naturalmente que desde el punto de vista jurídico.

Jurídicamente hablando el Contrato N° 2 del 13 de Enero de 1917, es una concesión de servicios públicos, entendiéndose como tal, un contrato administrativo en virtud del cual el Estado confiere a un particular la explotación y funcionamiento de un servicio de interés general, en su nombre y por cuenta propia, en las condiciones determinadas por la Administración.

Queda claro entonces que el contrato que nos ocupa es administrativo; por consiguiente está caracterizado por la subordinación jurídica en que se encuentra el concesionario frente a la Administración y está sometido a un régimen jurídico especial, de derecho público.

Por tanto es un error analizar el alcance y contenido de su articulado, con base al Código Civil, como lo hace uno de los abogados a que nos hemos referido, para concluir equivocadamente, creemos nosotros, en que la Administración no puede unilateralmente dar por terminada la relación contractual y que ésta existirá ad-infinitum, mientras el concesionario cumpla con lo dispuesto en el contrato.

La cláusula 26 del Contrato N° 2 de 1913, establece que dicha concesión y los privilegios que la misma otorga, durarán en vigor desde la fecha en que dicho contrato fue aprobado por todo el tiempo en que el concesionario mantenga en servicios plantas o instalaciones eléctricas.

La inconstitucionalidad del citado contrato por razón de la existencia de la cláusula mencionada, fue demandada y nuestra Corte Suprema en sentencia que no es del caso comentar aquí, negó dicha demanda. Sabemos que en materia de inconstitucionalidad los fallos de la Corte son definitivos. Pero ello no es óbice para señalar aquí que dicha cláusula es nula de orden público, por importar renuncia por parte de la Administración de derechos inalienables.

“Cada generación —dice Jeze—, tiene el derecho de organizar y adoptar los servicios públicos en armonía con sus necesidades e ideales. Es decir, añade Bielsa, que una generación no puede trabar a la venidera. Lo contrario es un abuso de poder y como tal, jurídica y políticamente cuestionable”. Ninguna generación tiene derecho a comprometer indebidamente las generaciones futuras.

La concesión Gatlin es un monumento al entreguismo y demuestra hasta la saciedad la forma inicua en que hemos sido y estamos siendo explotados por el imperialismo norteamericano (la Cía Panameña de Fuerza y Luz es fundamentalmente de capital norteamericano). Para muestra basta leer su artículo 16 que dice:

16.—“El concesionario quedará exento por todo el tiempo que dure en vigencia este contrato del pago de todo impuesto o derecho de introducción nacional o municipal o de cualquier otro orden sobre los objetos que introduzcan para destinarlos a cualquiera de las empresas o negocios relacionados con este contrato, así como del pago directo o indirectamente de cualquier otro impuesto o derecho Nacional o Municipal o de cualquier otro orden que grave o pueda gravar las empresas o negocios del Concesionario relacionados también con este contrato, siendo entendido que tal exención no alcanza al impuesto de papel sellado y de timbre, ni al impuesto del registro de los documentos o escrituras que necesiten inscribirse de acuerdo con la legislación del país ni a los honorarios que los notarios u otros funcionarios públicos tengan derecho a cobrar por razón de los servicios que presten ni a los derechos consulares”.

Artículos como el citado, han permanecido vigentes y nuestros gobernantes han permitido y permiten la existencia del mismo, por cuanto que entienden que la Concesión Gatlin no podrá ser modificada ni reformada sin el consentimiento escrito de las partes, tal como reza el artículo 17.

Pero se han olvidado, que es un principio incuestionable que rige en materia de concesión de servicios públicos, el que la Administración tiene derecho a disponer las modificaciones que en interés público estime conveniente. Este principio es de carácter inalienable.

El Estado, expresa Jeze y así lo acepta la jurisprudencia francesa, la mexicana y la argentina, para citar algunas, no puede enajenar su derecho a intervenir a fin de imponer a las Clás. concesionarios, cuando se rehúsen de realizarlas de buen grado, todas las modificaciones que reclame el interés público y cuya necesidad se imponga imperativamente, para asegurar el libre desarrollo de la prosperidad del país. El Estado no puede ni estipular ni prometer a su concesionario que se convertiría en Jefe, en su reemplazo, de las necesidades de este servicio, invistiéndoselo así de un poder de apreciación que es patrimonio inalienable del poder público. Es evidente que el Poder Público no puede transigir respecto a sus obligaciones de proteger los intereses públicos, puesto que ella es una de sus principales razones de ser, debiendo adoptar por consiguiente, nuevas disposiciones, en cumplimiento de este deber, al que no puede sustraerse (Jeze).

El artículo 7º del Contrato N° 2, expresa: En poblaciones de más de 45.000 habitantes, el Concesionario no podrá establecer sistemas de alambres conductores de electricidad que no sean subterráneos. . . y el

14 establece que no se podrá aumentar el precio que se contrate con los particulares para el suministro de luz y fuerza motriz, sin autorización del Gobierno y previo aviso al público con cinco años de anticipación.

Nos preguntamos, ¿ha cumplido o cumple la Fuerza y Luz con dichas cláusulas? ¿Ha aplicado alguna vez la Administración alguna sanción administrativa por este incumplimiento?

Con base al artículo 133 del Decreto Ley N° 31 de 1959, la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, impuso una multa de B/. 500.00 a la Cía. Panameña de Fuerza y Luz, quien niega la legalidad de la resolución que impuso dicha multa, por estimar que está amparada por el Contrato N° 2 y por ende intocable.

Fácil es colegir, después de haberse analizado lo que es la contratación administrativa, que la Administración bien puede sancionar a la Fuerza y Luz, cuando ésta viola una norma de derecho público, al prestar sus servicios al consumidor.

Los personeros de la Cía Panameña de Fuerza y Luz han expresado en distintas oportunidades que según nuestra Carta Magna no es posible la nacionalización de empresas que presten servicios públicos. Para ello razonan en el sentido de que el artículo 228 sólo permite la expropiación.

Pero dicho precepto legal también establece que el Estado, asumirá cuando así fuere necesario al bienestar colectivo el dominio de los empresas de utilidad pública pertenecientes a particulares, siempre que cada caso lo autorice la Ley.

De conformidad con nuestro modesto modo de pensar, si la Administración, por ejemplo, revoca por incumplimiento o declara la caducidad administrativa del Contrato N° 2, bien puede, por razones de utilidad pública expropiar previa indemnización (que puede ser en distintas formas) y mediante la ley, las pertenencias de la Fuerza y Luz y asumir ella la prestación del servicio.

En esta forma pensamos, jurídicamente se puede nacionalizar un servicio público que ha venido siendo prestado por una empresa, en condiciones altamente privilegiada.

Concluimos expresando que según nuestro criterio:

- 1) Existe un concepto de contrato género que abarca dos especies de contratos: contratos de derecho privado y contratos de derecho administrativo.
- 2) Dentro de los contratos de Derecho Público aparece una categoría especial, con características propias, que son los contratos administrativos.

- 3) El contrato administrativo surge del encuentro de voluntades de la de la Administración y un particular tendiente a la satisfacción de una necesidad pública, en donde la relación está sujeta a un régimen exorbitante de derecho privado, colocándose el contratista en una situación de subordinación jurídica frente a la administración.
- 4) Que en Panamá está plenamente reconocida la existencia legal de los contratos administrativos, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 7º de la Constitución Nacional.
- 5) Que los contratos administrativos están sometidos a un régimen jurídico de derecho público.
- 6) Que el Contrato Nº 2 de 13 de Enero de 1917, es un contrato administrativo de concesión de servicios públicos.
- 7) Que el Estado Panameño puede poner fin a la llamada Concesión Gatlin, unilateralmente en cualquier momento.
- 8) Que la administración puede modificar el Contrato Nº 2 de 13 de Enero de 1917, en cualquier momento unilateralmente.
- 9) Que la Administración puede declarar la caducidad administrativa del Contrato Nº 2 tantas veces mencionado, por incumplimiento manifiesto del concesionario.
- 10) Que las sanciones que por violación de preceptos legales de orden público, en relación con la prestación de sus servicios y con base al Decreto Ley Nº 31 de 1958, imponga la Administración a la Fuerza y Luz, son legales, y
- 11) Que la Administración panameña actuando dentro de nuestro ordenamiento jurídico puede revocar, resolver, declarar la caducidad, unilateralmente del Contrato Nº 2 y expropiar las pertenencias de la Cía. Panameña de Fuerza y Luz por razones de utilidad pública, mediante una Ley y prestar ella, la Administración, directamente el servicio.

Panamá, Agosto de 1964.

BIBLIOGRAFIA:

- Bercaitz, Miguel A.: Teoría General de los Contratos Administrativos.
iBelsa Rafael: Derecho Administrativo. Tomo I.
Gaston Jeze: Principios Generales del Derecho Administrativo.
Quintero, César A.: Apuntes de Derecho Administrativo.