

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 507

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 12 de mayo de 2017

**Proceso Contencioso Administrativo
de Plena Jurisdicción.**

La firma forense Alemán, Cordero, Galindo & Lee, actuando en nombre y representación de **Cable & Wireless Panamá, S.A.**, solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución AN 10388-CS de 31 de agosto de 2016, emitida por la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos**, sus actos confirmatorios, y para que se hagan otras declaraciones.

Contestación de la demanda.

Honorable Magistrado Presidente de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia.

Acudo ante usted de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 5 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, con el propósito de contestar la demanda contencioso administrativa descrita en el margen superior.

I. Los hechos en que se fundamenta la demanda que da origen al expediente 774-16, los contestamos de la siguiente manera:

Primero: No es un hecho; por tanto, se niega.

Segundo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Tercero: No es un hecho; por tanto, se niega.

Cuarto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Quinto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Sexto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Séptimo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Octavo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Noveno: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo primero: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo segundo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo tercero: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo cuarto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo quinto: No es cierto como viene expuesto; por tanto, se niega.

Décimo sexto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo séptimo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo octavo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo noveno: No es un hecho; por tanto, se niega.

Vigésimo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Vigésimo primero: No es un hecho; por tanto, se niega.

Vigésimo segundo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Vigésimo tercero: No es un hecho; por tanto, se niega.

Vigésimo cuarto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Vigésimo quinto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Vigésimo sexto: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. fojas 26 – 31 del expediente judicial).

II. Disposiciones que se aducen infringidas.

La recurrente manifiesta que el acto objeto de reparo es nulo, por ilegal, puesto que infringe las siguientes disposiciones:

A. El artículo 52 (numeral 2) de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, el cual establece que se incurre en vicio de nulidad si los actos administrativos son dictados por autoridades incompetentes (Cfr. fojas 9 – 11 del expediente judicial).

B. Los artículos 976 y 1106 del Código Civil, los cuales disponen que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y debe cumplirse al tenor de los mismos; y que los contratantes

pueden establecer los pactos, las cláusulas y las condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarias a la ley, a la moral ni al orden público (Cfr. fojas 11 – 13 del expediente judicial).

C. El artículo 56 de la Ley 31 de 8 de febrero de 1996, según el cual se establecen las conductas que constituyen infracciones en materia de telecomunicaciones (Cfr. fojas 13 – 14 del expediente judicial).

D. El artículo 39 del Decreto Ejecutivo 73 de 9 de abril de 1997, el cual establece que el Ente Regulador tratará a todos los concesionarios de manera igualitaria y no discriminatoria (Cfr. fojas 14 – 15 del expediente judicial).

III. Descargos de la Procuraduría de la Administración, en representación de los intereses de la entidad demandada.

Luego de haber realizado un análisis de las constancias que reposan en autos, **esta Procuraduría** considera que **no le asiste la razón a la recurrente**, en cuanto a la carencia de sustento que se advierte en la tesis por ella planteada, referente a lo actuado por la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos**, al emitir el acto objeto de reparo, que en su opinión, es contrario a Derecho, pues infringe el artículo 52 (numeral 2) de la Ley 38 de 31 de julio de 2000; los artículos 976 y 1106 del Código Civil; el artículo 56 de la Ley 31 de 8 de febrero de 1996 y el artículo 39 del Decreto Ejecutivo 73 de 9 de abril de 1997.

En este orden de ideas, el artículo 52 (numeral 2) de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, es del tenor siguiente:

“Artículo 52. Se incurre en vicio de nulidad absoluta en los actos administrativos dictados, en los siguientes casos:

...

2. Si se dictan por autoridades incompetentes.”

De conformidad a la recurrente la norma arriba transcrita ha sido vulnerada de manera directa, ya que la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos** carece de competencia para resolver controversias derivadas del Contrato de Concesión 134 de 1997, ya que, según ella, en su cláusula 65, se establece que

toda controversia relativa a la celebración, ejecución, desarrollo y terminación o liquidación del Contrato, será sometida al procedimiento del arbitraje (Cfr. fojas 9 – 11 del expediente judicial).

En este mismo sentido, y a fin de sustentar su posición, la actora hace alusión a la Sentencia de 2 de diciembre de 2008, mediante la cual la Sala Tercera declaró ilegal la Resolución JD-5999 de 19 de abril de 2006, a través de la cual se sancionó a la empresa **Cable & Wireless, S.A.**, por infringir lo establecido en las cláusulas 35 y 37, así como la Meta 17 del Contrato de Concesión 134 de 29 de mayo de 1997, denominada “Teléfonos Públicos en Operación por cada 1,000 habitantes” (Cfr. fojas 11 del expediente judicial).

De igual manera, considera que se han vulnerado los artículos 976 y 1106 del Código Civil, debido a que, entre otras cosas, la **ASEP** no podía conocer y resolver una controversia contractual, condenando a **Cable & Wireless Panamá, S.A.**, por un supuesto incumplimiento de esa naturaleza, ya que la cláusula 65 del Contrato de Concesión establece que tal controversia es competencia de un tribunal arbitral (Cfr. fojas 11 – 12 del expediente judicial).

En lo que respecta al argumento externado por la demandante debemos indicar que, **no nos encontramos ante un incumplimiento contractual, sino ante una deficiente prestación de un servicio público.**

En este orden de ideas, y a fin de lograr una mejor aproximación al caso que nos ocupa, consideramos oportuno iniciar por definir el concepto de *Concesión* o *Concesión Administrativa* el cual, de conformidad al Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales es "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).

Así las cosas, el Contrato de Concesión N° 134 de 29 de mayo de 1997, otorgado al INTEL S.A., hoy **CABLE & WIRELESS S.A.**, para la prestación de servicios telecomunicaciones, en las Cláusulas 4º, 5º, 35º y 64º, 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 Tercera, el Anexo C sobre "**Metas de Expansión y Calidad de Servicios**".

En este mismo sentido, la Ley 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 concesión para la prestación de este servicio detalla en su artículo 17 lo siguiente:

"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." (El resaltado es nuestro).

Por su parte, el Decreto Ejecutivo 73 de 9 de abril de 1997, "por el cual se reglamenta la Ley 31 de 8 de febrero de 1996", define en el artículo 4, entre otros términos en materia de telecomunicaciones, el concepto de **"METAS DE EXPANSION Y/O CALIDAD DE SERVICIOS"** de la siguiente manera:

"Artículo 4... Metas de Expansión 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...**"

Lo hasta aquí expuesto, permite concluir que, si bien las metas de expansión están contenidas en el contrato de concesión del cual fue beneficiario **Cable & Wireless Panamá, S.A.**, dichas obligaciones hacen alusión a las **obligaciones en materia de prestación del servicio público de telecomunicaciones** que tenía la hoy demandante, encontrándose, en consecuencia, sometida al control y fiscalización del entonces Ente Regulador de los Servicios Públicos, hoy, Autoridad Nacional de los Servicios Públicos.

El argumento arriba expuesto se cimienta aún más cuando analizamos el artículo 1 de la Ley 26 de 29 de enero de 1996, el cual es del tenor siguiente:

"Artículo 1. Creación. Créase el Ente Regulador de los Servicios Públicos, el adelante llamado el Ente Regulador, como organismo autónomo del Estado, con personería jurídica y patrimonio propio, con derecho a administrarlo y con fondos independientes del Gobierno Central.

El Ente Regulador tendrá a su cargo **el control y fiscalización de los servicios públicos** con sujeción a las disposiciones de esta Ley y las respectivas normas vigentes sectoriales en materia de servicios públicos.
..." (El resaltado es nuestro).

En este mismo marco conceptual, el artículo 2 de la Ley 31 de 8 de febrero de 1996, por la cual se dictan normas para la regulación de las telecomunicaciones en la República de Panamá, establece lo siguiente:

“Artículo 2. El Ente Regulador de los Servicios Públicos, denominado también el Ente Regulador, tiene la finalidad de **regular, ordenar, fiscalizar y reglamentar eficazmente**, entre otros, la operación y administración de los servicios de telecomunicaciones, en cumplimiento de las disposiciones de la presente Ley.” (El resaltado es nuestro).

Tal y como mencionamos en párrafos que anteceden, es función del otrora Ente Regulador de los Servicios Públicos, hoy **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos**, regular, ordenar, fiscalizar y reglamentar eficazmente, entre otros, la operación y administración de los servicios de telecomunicaciones, motivo por el cual, pretender restarle dichas facultades a la Autoridad bajo el pretexto que nos encontramos ante un incumplimiento contractual, sería desconocer la esencia, naturaleza y función de la ASEP, pudiendo traer esto como consecuencia un perjuicio grave no solo en el caso que nos ocupa, sino para cualquier acto de fiscalización que se pueda dar en el futuro sobre esta o cualquier otra concesionaria.

En abono a lo arriba expuesto, debemos indicar que el tema de las competencias que le han sido atribuidas a la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos ya ha sido materia de pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, la que, mediante Sentencia de 18 de junio de 2009, la cual consta en el expediente administrativo sancionador de foja 343 a 439, indicó que **la Autoridad es la responsable del control y la fiscalización de los servicios públicos, en los términos dispuestos en el artículo 2 de la Ley 6 de 1996, pudiendo imponer sanciones de conformidad con lo que dispone el Capítulo X, en la Cláusula 58 del propio Contrato de Concesión 134** (Cfr. foja 22 del expediente judicial).

En atención a lo antes expuesto, consideramos que no le asiste la razón a la actora en lo que respecta a la supuesta violación del artículo 52 (numeral 2) de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, así como de los artículos 976 y 1106 del Código Judicial, ya que nos encontramos ante un escenario de control y fiscalización en lo que respecta a la prestación de un servicio público, y no ante un incumplimiento contractual como pretende hacer ver la actora.

Por otra parte, la demandante es de la consideración que se ha vulnerado lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 31 de 1996, ya que según ella, en ninguno de los numerales de ese artículo se establece como una infracción, en materia de telecomunicaciones, el incumplimiento al contrato de concesión celebrado con el Estado (Cfr. fojas 13 – 14 del expediente judicial).

En cuanto al argumento emitido por la actora en relación a los cargos de infracción del artículo arriba mencionado, consideramos necesario hacernos eco del informe de conducta emitido por la entidad demandada en el siguiente sentido:

“2.1 La Cláusula 35 del Contrato de Concesión 134 de 29 de mayo de 1997 le exige a **CWP** que **a partir del 1 de enero de 2003 debe mantener el mínimo de las metas de calidad exigidas en el Anexo C**, por lo menos las que mantenía hasta el año 2002. **Para el caso de los teléfonos públicos debe mantener la densidad mínima de los mismos, es decir 10,951 teléfonos públicos instalados hasta que finalice su Contrato.**

2.2. Por otro lado, en la Cláusula 35 del Contrato de Concesión, se establece que a partir del 1 de enero de 2003, la operadora **CWP debe mantener el mínimo de las metas de calidad exigidas en el Anexo C**, por lo menos las que mantenía hasta el año 2002, entendiéndose con esto, que no debe desinstalar los teléfonos públicos.

2.1 En lo que respecta a la Cláusula 37 del Contrato de Concesión, la misma obliga a la operadora CWP a **‘instalar y mantener los teléfonos públicos de acuerdo a las metas de expansión de teléfonos públicos establecidas en el Anexo C de este Contrato ...’**

2.2 La fiscalización del cumplimiento de la Meta 17 del Contrato de Concesión 134 de 29 de mayo de 1997 denominada ‘Teléfonos Públicos en Operación por cada

1,000 habitantes' guardó relación con el análisis realizado por la Dirección Nacional de Telecomunicaciones de la ASEP a la información proporcionada por la propia concesionaria sobre la cantidad de teléfonos instalados en los años 2005, 2007 y 2008 en las provincias de Bocas del Toro, Coclé, Colón, Chiriquí, Panamá, Veraguas y la Comarca Kuna Yala.

2.3 El análisis técnico realizado permitió determinar el incumplimiento por parte de **CWP** a su Contrato de Concesión, **al haber desinstalado durante los años 2005, 2007 y 2008 terminales públicos sin justificación ni autorización de la ASEP, disminuyéndose con esto la densidad de los terminales públicos, contrario a lo que le exige su Contrato de Concesión.**

...

2.5 Otro punto a considerar es que la finalización del período de exclusividad para la prestación del Servicio de Terminales Públicos y Semipúblicos 105 **no modificó la obligación contractual de la empresa CWP, de mantener instalados y en operación los teléfonos públicos. Lo que se dio fue una modificación en las metas de calidad y expansión de ese servicio y establecer el trato igualitario con respecto al resto de las empresas que decidieran a partir del 2 de enero de 2003, brindar servicios básicos.**

2.6 En este sentido, la imposición de una sanción a la empresa **CWP** por medio de la Resolución AN 10388-CS de 31 de agosto de 2016, obedeció al incumplimiento de lo exigido en su Contrato de Concesión, toda vez que las obligaciones contractuales **no culminaron con el fin del período de exclusividad**, por cuanto el mismo le fue otorgado para que pudiese cumplir con los índices de calidad establecidos para cada meta y con la expansión de los servicios, así como para que eliminara de una manera gradual y planificada los subsidios cruzados existentes entre los servicios concesionados. Esto con el propósito de que una vez concluida la exclusividad, los precios de los servicios básicos reflejaran los costos en que fuera a incurrir la empresa para su prestación, más una ganancia razonable." (Cfr. fojas 221 – 222 del expediente judicial).

De lo anterior, se desprende con claridad que la sanción impuesta a **Cable & Wireless Panamá, S.A.**, obedeció a la desatención de ésta en lo que respecta a la instalación y mantenimiento de los teléfonos públicos de acuerdo a las metas de expansión, omisión que de manera incuestionable trae como consecuencia una prestación deficiente del servicio público de telecomunicaciones.

En este contexto, no debemos perder de vista que la Ley 26 de 1996, modificada por el Decreto Ley 10 de 22 de febrero de 1996 y el propio Contrato de Concesión 134 en su cláusula 54, la cual nos remite a los artículos 87, 88 y 93 del Decreto Ejecutivo 73 de 9 de abril de 1997, que permiten a la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos **medir y verificar que los concesionarios cumplan con los términos de su concesión**, tal y como se dio en el caso que nos ocupa.

Por otro lado, en cuanto a la supuesta violación al artículo 39 del Decreto Ejecutivo 73 de 9 de abril de 1997, la actora indica que la **ASEP** no aplicó dicha disposición habida cuenta que **Cable & Wireless Panama, S.A.**, ha sido obligada a cumplir una meta de expansión (Meta 17) que no es exigida a ninguno de los otros concesionarios del mismo servicio de telecomunicaciones (Cfr. fojas 14 – 15 del expediente judicial).

En lo que respecta a la supuesta vulneración de la norma arriba mencionada, debemos indicar que en el Contrato de Concesión 134 de 1997, se establecieron una serie de obligaciones que la beneficiaria de la concesión, a saber, **Cable & Wireless Panamá, S.A.**, debía cumplir.

En este sentido, la legalidad de dicho Contrato en ningún momento ha sido puesta en duda por parte de la actora, motivo por el cual indicar que una de sus cláusulas le resulta perjudicial constituye una discusión que se encuentra fuera del objeto de este proceso, toda vez que, de conformidad al principio de legalidad todas y cada una de las cláusulas que forman parte del *Contrato de Concesión*, así como de los Anexos que forma parte integral de éste, se deben presumir legales, salvo que exista un pronunciamiento formal de la autoridad competente declarando la ilegalidad de uno u otro, razón por la que carece de fundamento jurídico indicar que se ha vulnerado el contenido del artículo 39 del Decreto Ejecutivo 73 de 9 de abril de 1997.

En razón de lo antes expuesto, solicitamos respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL la Resolución AN 10388-CS de 31 de agosto de 2016**, emitida por la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos**, y en consecuencia, se denieguen las pretensiones de la empresa demandante.

IV. Pruebas:

1. Se **aduce** como prueba documental, la copia autenticada del expediente administrativo relativo al presente caso, el cual reposa en los archivos de la entidad demandada.

2. Por otro lado, **objetamos todas las pruebas de informe** solicitadas a la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, ya que de conformidad al artículo 784 del Código Judicial, incumbe a las partes probar los hechos o datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que le son favorables.

En este sentido, si bien el juez se encuentra facultado para pedir, entre otras cosas, copias y certificaciones, no debemos perder de vista que las faltas o carencias en lo que respecta a la actividad probatoria de las partes, no puede, ni debe, ser subsanado por el Tribunal, ya que un accionar en este sentido traería como consecuencia un desbalance procesal en favor de una u otra parte.

En ese escenario, resulta oportuno resaltar lo indicado por la Sala Primera en la Sentencia de 24 de septiembre de 1998, que en su parte medular señala lo siguiente:

“...El principio dispositivo contempla la carga en la aportación de la prueba por las partes a quienes favorezca, por lo que **la omisión de la parte no puede ser suplida por el tribunal, ya que éste tiene sus facultades restringidas al supuesto de hecho de que se requiera complementar las afirmaciones de las partes**, por lo que el juez debe ser muy cuidadoso en la adopción de pruebas de oficio, puesto que, de generalizarse esta tendencia, se estaría minando el principio de aportación de prueba de las partes.

La posibilidad de decretar pruebas de oficio está concebida como una facultad que se le confiere al juzgador para aclarar algún punto afirmado por las partes, **pero en modo alguno, puede suplir la carga que a cada parte procesal le impone el ordenamiento procesal, para acreditar los puntos que le favorezcan a los derechos cuya actuación pretende.** En este sentido se aprecia que la carga para probar que le correspondía al demandante se realizó por éste en forma defectuosa, por lo que tal conducta procesal no puede ser suplida por el tribunal para mejorar o salvar los defectos que tenía la prueba presentada, por cuanto no es ésta la finalidad de las pruebas de oficio, que, de admitirse, lesionaría gravemente el principio dispositivo y de la carga de la prueba." (Cfr. Registro Judicial, Septiembre, 1998, página 194) (La negrilla es nuestra).

En adición a lo antes expuesto, debemos destacar que no reposa en autos motivo alguno que haya imposibilitado a la actora la obtención de las pruebas que en esta oportunidad le está solicitando a la Sala Tercera que diligencie, motivo adicional que permite concluir que la demandante busca subsanar sus deficiencias en materia probatoria a través de ese Tribunal.

V. Derecho: Se niega el derecho invocado en la demanda.

Del Señor Magistrado Presidente,


Rigoberto González Monteregro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente 774-16