

22 de noviembre de 2004

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción**

Contestación

La Firma Forense Katz y López, en representación de **Advanced Communication Network S.A.**, solicita la declaración de nulidad, por ilegal, de la Resolución N°J.D. 4521 de 13 de febrero de 2004, dictada por la **Junta Directiva del Ente Regulador de los Servicios Públicos**, el acto confirmatorio, y para que se hagan otras declaraciones.

**Honorable Magistrado Presidente de la Sala Tercera,
Contencioso Administrativa, de la Corte Suprema de Justicia.**

En virtud de traslado de la demanda contenciosa administrativa de Plena Jurisdicción, identificada en la marginal derecha, superior, del presente escrito, efectuada por la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia, procederemos a darle contestación formal, conforme a lo dispuesto en el artículo 5, numeral 2, de la Ley N°38 de 31 de julio de 2000.

La Procuraduría de la Administración en las demandas de Plena Jurisdicción, actúa en defensa de los intereses de la Administración Pública.

I. Las pretensiones de la parte demandante son las siguientes:

A. Que se declare que es nula, por ilegal, la Resolución N°JD-4521 de 13 de febrero de 2004, y su acto confirmatorio, ambas proferidas por la Junta Directiva del Ente Regulador de los Servicios Públicos.

B. Que se restablezca el derecho subjetivo de Advanced Communication Network, S.A., el cual ha sido conculcado con una multa de QUINCE MIL BALBOAS CON 00/100 (B/.15,000.00), lo cual evidentemente ocasiona una lesión directa al patrimonio de nuestra representada, al tener que realizar una erogación de tal magnitud.

C. Se declare libre de responsabilidad a la Empresa Advanced Communication Network, S.A., ya que la sanción impuesta además, ha violentado los derechos subjetivos de la empresa frente a los clientes, que al conocer que la empresa ha sido sancionada pierden la credibilidad en la misma, dejando de utilizar los servicios, todo esto motivado en una resolución que se sostiene en una culpabilidad no demostrada en estricto apego al procedimiento establecido para tal fin y con carencia de pruebas contundentes, que demuestren la intención de infringir la Ley.

D. En consecuencia pedimos que le sean restablecidos sus derechos subjetivos violentados.

II. Los hechos de la demanda, a cargo de la Procuraduría de la Administración, los contestamos así:

Primero: Aceptamos este hecho, sólo en lo que resulte de las pruebas aportadas.

Segundo: Al igual que el anterior, sólo se acepta por lo que surja de la prueba.

Tercero: Lo expuesto no constituye un hecho sino la explicación subjetiva de la demandante, por lo tanto la negamos.

Cuarto: Lo aceptamos por lo que conste en el expediente.

Quinto: Es evidente que el demandante se refiere a la parte motiva de la resolución atacada y además a la resolución confirmatoria, y no a un hecho en particular, que no es lo mismo a un hecho en el sentido procesal, por lo tanto, se niega el hecho frente a las argumentaciones subjetivas de la demandante.

Sexto: Igual que en el numeral que precede, lo expuesto no corresponde de manera técnica a la expresión de un hecho, si no a opiniones subjetivas sobre la valoración de las pruebas, que no es oportuno entrar a discutir. De manera que se niega el enunciado contenido en este "HECHO".

Séptimo: Éste no es un hecho, sino argumentaciones de la apoderada judicial de la sociedad demandante; por tanto, las negamos.

Octavo: No nos consta; por tanto, lo negamos.

Noveno: No nos consta; por tanto, lo negamos.

Décimo: Esto no es un hecho, si no el argumento subjetivo de la demandante.

Undécimo: Igual que en el numeral anterior, sólo se expresan argumentaciones subjetivas que, además, carecen de validez.

Duodécimo: Consideramos que esto no es un hecho. El demandante no expresa situaciones fácticas. Establece inferencias y argumentaciones apropiadas a la etapa de alegato.

Décimo Tercero: Consideramos infortunado discutir los señalamientos que hace el demandante, cuando éstos los respalda en deducciones particulares y

subjetivas. Sobre todo si estamos en la formulación de hechos y no en la fase de alegato, por lo tanto negamos lo que aquí se presenta.

Décimo Cuarto: No nos consta la exactitud de este señalamiento, por lo tanto nos atenemos a la prueba.

Décimo Quinto: No me consta y por tanto, lo niego.

IV. Disposiciones jurídicas infringidas y el concepto en que lo han sido.

a. Según la demandante la Resolución impugnada viola el numeral 2 del artículo 59 de la Ley No.31 de 8 de febrero de 1996, que dice así:

"Artículo 59: El Ente Regulador de los Servicios Públicos impondrá las sanciones previstas en el numeral 1 del artículo 57, previo el cumplimiento del procedimiento que se indica a continuación:

1. El procedimiento administrativo...
2. Recibida la denuncia correspondiente, o de oficio, por conocimiento de una acción u omisión que pueda constituir una infracción de la presente Ley o una contravención administrativa, el Ente Regulador designará un Comisionado sustanciador, que adelantará las diligencias de investigación y ordenará cuantas pruebas y actuaciones conduzcan al esclarecimiento de los hechos y a la determinación de las responsabilidades correspondientes. El sustanciador puede delegar estas facultades en un funcionario subalterno.
3. ..."

Señala la demandante que la Resolución N°JD-4521 de 13 de febrero de 2004, violó en forma directa, por omisión, lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 59 de la Ley 31 de 8 de febrero de 1996

Al sustentar el concepto de la supuesta violación, la demandante señala que la Resolución Administrativa identificada como JD-4521 de 13 de febrero de 2004, proferida

por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, desconoce el procedimiento administrativo necesario para imponer la sanción y se limitó a dar por sentados o probados los hechos alegados por Cable & Wireless, atendiendo las pruebas producidas por ésta. Obviando que Advanced Communication Network, S.A., había remitido al Ente Regulador de los Servicios Públicos, el 30 de enero de 2003, una comunicación para la realización de las llamadas al exterior y el mecanismo a utilizar. Y así mismo se refiere a la nota DPER-0693-03 de 25 de febrero de 2003, a través de la cual el Ente Regulador expresa a Advanced que ha recibido su nota N° 300103 de 30 de enero de 2003, y en virtud de ello, le informa que el medio a través del cual solicita brindar el servicio de Telecomunicaciones Básica Internacional, va en contra de las disposiciones legales vigentes, motivo por el cual no autoriza la realización de las llamadas de la manera solicitada, quedando demostrada la fecha cierta a partir de la cual se tiene conocimiento del hecho, lo cual no coincide con el momento en que el Ente Regulador ordena a la Comisionada Sustanciadora la iniciación de la investigación, orden que como la misma resolución lo indica, es el producto de la denuncia presentada el 27 de febrero de 2003, por la Empresa Cable & Wireless Panamá, S.A., con lo cual se omite la obligación de investigar oficiosamente, lo cual debió ejercerse desde que se conoció el hecho.

Defensa del acto administrativo acusado a cargo de la Procuraduría de la Administración.

Este Despacho considera que al demandante no le asiste la razón cuando señala que el acto administrativo acusado, identificado como la Resolución JD-4521 de 13 de febrero de

2004, proferida por el Ente Regulador, viola en forma directa, por omisión, el numeral dos (2) del artículo 59 de la Ley 31 de 1996.

La violación directa por omisión o falta de aplicación ocurre cuando se deja de aplicar una norma legal que decide o resuelve la situación jurídica planteada.

La demandante al formular los hechos primero y segundo, de su demanda, señala que el Ente Regulador de los Servicios Públicos acogió la denuncia que presentara Cable & Wireless, en contra de Advanced Communication Network, S.A., **ordenando la investigación correspondiente, la cual origina la formulación de cargos en su contra;** pero, esto debió ordenarlo como una investigación de oficio, en virtud de la nota de 30 de enero de 2003 y no en virtud de la demanda de Cable & Wireless, de manera que en su opinión se incurre en violación directa por omisión, por que el Ente Regulador evitó utilizar la facultad oficiosa que se le señala en el numeral 2 del artículo 59 de la Ley 31 de 8 de febrero de 1996.

Al respecto cabe reconocer si se trata de un acto facultativo o no el que se inicie de oficio una investigación. Según el numeral 2 del artículo 59 de la Ley 31 de 8 de febrero de 1996, la acusación particular o la investigación de oficio pueden motivar el conocimiento de una acción u omisión que pudiese constituir una infracción de la Ley 31 de 1996. Permitiendo que se pueda optar o acudir a cualquiera de las dos vías. ¿Cuándo y en que circunstancias? No se definen y donde no distingue la Ley no le es permitido al hombre distinguir. Lo cierto es que el Ente Regulador procede a ordenar la investigación correspondiente y a

recabar las pruebas correspondientes, poniendo en práctica el procedimiento definido en el numeral 2 del artículo 59 de la Ley 31 de 1996, de manera que no es cierto que se dejó de aplicar la norma señalada.

En consecuencia desestimamos este cargo.

b. Según el Demandante la Resolución impugnada viola el numeral 318.2 del Decreto Ejecutivo No. 73 de 9 de abril de 1997, el artículo 58 numeral 1 y el literal c del numeral 4 del artículo 59 de la Ley 31 de 8 de febrero de 1996, en concepto de violación directa por omisión, desconociendo las atenuantes y la colaboración de Advanced Communication Network, S.A., en la investigación correspondiente.

Argumenta el demandante que el Ente Regulador violó las normas señaladas, al no contemplar al momento de decidir las consideraciones y la cooperación de la empresa sancionada, así como omite el mencionar la comprobación de los hechos y el valor que se asignó a las pruebas incorporadas.

Defensa del acto administrativo acusado a cargo de la Procuraduría de la Administración.

El Ente Regulador de los Servicios Públicos ha aplicado la sanción correspondiente y el hecho que la empresa investigada permita las inspecciones realizadas no es cooperación si no la colaboración ética que le corresponde.

En cuanto a la alusión a las pruebas presentadas por la Empresa Cable & Wireless Panamá, S.A., así como las realizadas por el Ente Regulador, pudieron ser objetadas en el momento oportuno, sin embargo no se hizo, de modo que Advanced Communication Network, S.A., no pudo desvirtuar los cargos ni las pruebas que obran en su contra.

En nuestra opinión este cargo, como el anterior, simplemente pretenden distraer el cumplimiento de la obligación que les corresponde. Pues cada supuesta omisión pudo alegarse y ser saneada, si en realidad hubiese ocurrido, durante el proceso administrativo. Al no alegarse quedan saneadas. Pero, lo cierto es que las pruebas aportadas por Cable & Wireless junto con la demanda y las otras gestiones realizadas por el Ente Regulador no pueden ser desvirtuadas, bajo la consideración que el juzgador no señaló el valor que le daba a las pruebas o que no les permitió estar advertidos que eran investigados.

c. Señala el demandante que la Resolución demandada viola en forma directa por quebrantamiento de las formalidades legales al impedir a la empresa demandada su defensa, al no aplicar el procedimiento correspondiente definido en el artículo 59 de la Ley 31 de 1996.

Como quiera que estas normas se encuentran reproducidas en la demanda y por economía procesal omitiremos repetirla.

Igualmente, por economía procesal, analizaremos bajo el mismo hilo de pensamiento, la supuesta infracción del artículo 36 de la Ley 38 de 2000, señalada bajo el cargo de violación directa, por omisión.

Defensa del acto administrativo acusado a cargo de la Procuraduría de la Administración.

La violación directa por omisión es aquella que deviene de la omisión o falta de aplicación de una norma legal que resuelve o decide la situación jurídica planteada.

En el caso que nos ocupa el artículo 36 de la Ley 38 de 2000, no es la norma jurídica que decide la situación jurídica planteada, que en este caso es la aplicación de una

sanción por una falta cometida. Tampoco lo es el numeral 1 del artículo 59 de la Ley 31 de 1996, en cuanto alega que el Ente Regulador de los Servicios Públicos omitió el señalar la hora en que practicarían las inspecciones, afectando el derecho a que la empresa investigada participara de las mismas.

El Ente Regulador de los Servicios Públicos se ha ceñido a cumplir con su papel y a las partes le corresponde ejercer sus derechos. Cable & Wireless interpuso su denuncia respaldada en un seguimiento de la actividad que Advanced Communication Network, S.A., realizaba de manera ilegal, además demuestra el procedimiento y la red establecida. A Advanced Communication Network, S.A., le correspondía en sus descargos, demostrar lo contrario, desvirtuar los hechos, pero simplemente no lo hizo y en su oportunidad de alegar, se limitó a expresar consideraciones subjetivas.

En consecuencia, la aplicación de sanciones por el Ente Regulador de los Servicios Públicos es lo correspondiente, cuando se ha determinado la existencia de una falta y se ha identificado la participación o responsabilidad de un sujeto.

En modo alguno, los artículos 59 de la Ley 31 de 1996 o el artículo 36 de la Ley 38 de 2000, han sido violados, por lo tanto, disentimos con estos cargos.

Evidentemente, el argumento del demandante pretende distraer la atención de los juzgadores basado en una supuesta definición limitativa de lo que es la actividad reguladora de las comunicaciones.

No obstante, en el expediente administrativo, iniciado por la denuncia de Cables & Wireless, ante el Ente Regulador de los Servicios Públicos, por el uso de la red de

comunicaciones para hacer llamadas internacionales, sin poseer el permiso de la denunciante ni del Estado Panameño, existen suficientes pruebas de que la actividad de Advanced Communication Network, S.A., no se limita a la simple interconexión para llamadas internacionales.

Existe en el expediente un Informe de Actividad Irregular en la red, que señala que Advanced Communication Network, S.A., **estaba acusada por el enrutamiento de tráfico saliente de llamadas de larga distancia internacional sin pasar por las centrales de Cable & Wireless, utilizando para ello un enlace E1-DID, bidireccional distinguido con el número 206-5200.** Al respecto, puede leerse desde la foja 33 a 38 inclusive, del cuaderno judicial, el informe explicativo de conducta enviado por el Director Presidente del Ente regulador de los Servicios Públicos.

Advanced Communication Network, S.A., no estaba autorizado por la entidad competente para interconectarse ni cursar tráfico de larga distancia internacional de acuerdo con la Resolución No. JD- 2802 de 11 de junio de 2001. Lo que se pudo observar que tenía conectado directamente los enlaces E1, contrario a lo establecido en las normas de telecomunicaciones.

En el caso que nos ocupa es importante destacar que la interconexión de las redes de los servicios de telecomunicaciones de uso público es obligatoria de manera que nadie que no esté autorizado por autoridad competente puede disponer este beneficio sólo avisando que el quiere hacerlo, antes requiere la concesión. Según el numeral 2 del artículo 56 de la Ley 31 de 1996, la interconexión a cualesquiera de las redes de telecomunicaciones o la

colocación de equipos terminales, sin la autorización correspondiente, en forma distinta de la autorizada o violando las normas vigentes en materia de telecomunicaciones constituye infracción en materia de telecomunicaciones. Y como infracción determinada y comprobada originó un proceso sancionador y una sanción determinada en B/.15,000.00.

En consecuencia, las irregularidades que denuncia Cable & Wireless, contra Advanced Communication Network, S.A., es una actividad que compete a la Junta Directiva del Ente Regulador de los Servicios Públicos; tal como se justifica en la Resolución JD-4521 de 13 de febrero de 2004.

En consecuencia, esta Procuraduría reitera la solicitud a los Señores Magistrados para que desestimen las pretensiones de la demandante y, en su lugar, se declare la legalidad de la Resolución N°JD-4521 de 13 de febrero de 2004.

Pruebas: Aceptamos únicamente los originales y las copias autenticadas de los documentos presentados junto con el libelo de la demanda.

Aducimos como prueba, el Expediente Administrativo instruido a ADVANCED COMMUNICATION NETWORK, S.A., y sus Anexos que puede ser solicitado al Ente Regulador de los Servicios Públicos.

Derecho: Negamos el invocado por la sociedad demandante.

Del Honorable Magistrado Presidente,

**Licda. Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración**

AMdeF/9/mcs

Mgter. Manuel A. Bernal H.
Secretario General, a. i.