

16 de octubre de 2003

**Proceso Contencioso  
Administrativo de  
Plena Jurisdicción.**

La firma forense **Arias, Fábrega & Fábrega**, en representación de **TELEFON, S.A.**, solicita la declaración de nulidad, por ilegal, de la Resolución N°J.D. 3738 de 4 de febrero de 2003, dictada por la **Junta Directiva del Ente Regulador de los Servicios Públicos** y el acto confirmatorio y para que se hagan otras declaraciones.

**Contestación de  
la demanda**

**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, procedemos 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 nula, por ilegal, la Resolución N°JD 3738 de 4 de febrero de 2003, expedida por la Junta Directiva del Ente Regulador de los Servicios Públicos, mediante la cual resolvió sancionar con una multa de mil balboas (B/.1,000.00) a TELEFON, S.A.

B. Que es ilegal y por lo tanto nulo, el acto administrativo No. JD-3908 de 11 de abril de 2,003 expedida por la Junta Directiva del Ente Regulador de los Servicios Públicos, manteniendo la Resolución No. 3738 de 4 de febrero de 2003 y con ello la multa de Mil Balboas a Telefun, S.A.

C. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se deje sin efecto la sanción de multa por la suma de MIL BALBOAS (B/.1,000.00) impuesta a TELEFON, S.A., mediante la resolución demandada.

**II. La contestación de los hechos y omisiones a cargo de la Procuraduría de la Administración.**

**Primero:** Aceptamos este hecho, sólo en aquello que resulte de las pruebas.

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

**Tercero:** Lo expuesto no constituye un hecho si no la explicación subjetiva de la demandante; por tanto, la negamos.

**Cuarto:** No, nos consta tal señalamiento, sin embargo, si ocurrió de esta manera, debe entenderse que se hace en cumplimiento de sus funciones.

**Quinto:** Es cierto y se acepta.

**Sexto:** Igual se acepta.

**Séptimo:** No nos consta, sin embargo la Autoridad demandada a foja 64, en su informe explicativo señala que el período de investigación se surtió entre el 20 de mayo al 7 de junio en cumplimiento del numeral 4 artículo 59 de la Ley 31 de 1996.

**Octavo:** Lo expresado no corresponde a un hecho si no a alegaciones de la actora que pueden ser acogidas como tales y deben ser expuestas en la fase de alegación.

**Noveno:** No es un hecho es la referencia al acto administrativo acusado y así se recibe.

**Décimo:** Lo expuesto no corresponde a un hecho, pues se trata de alegaciones subjetivas que corresponden a la fase de alegato.

**Undécimo:** Este no es un hecho, sino argumentaciones que negamos por subjetivas y carentes de sustento legal.

**Duodécimo:** Consideramos que esto no es un hecho. El demandante no expresa situaciones fácticas, sino inferencias y argumentaciones apropiadas a la etapa de alegato; por tanto, se recibe en ese concepto.

**Décimo Tercero:** No es un hecho, sino argumentaciones apropiadas a la etapa de alegato y como tal se reciben, sobretodo porque los señalamientos que hace el demandante los respalda en deducciones particulares y subjetivas. Por tanto, lo negamos.

**Décimo Cuarto:** No nos consta la exactitud de este señalamiento; por tanto, lo negamos.

**Décimo Quinto:** Lo expuesto no corresponde a un hecho, son alegaciones subjetivas que corresponden a la etapa de alegatos y como tal se recibe.

**Décimo Sexto:** Es cierto, y así lo aceptó el Ente Regulador de los Servicios Públicos.

**Décimo Séptimo:** Esto no es un hecho, es el acto confirmatorio o que mantiene el acto administrativo acusado y como tal se recibe.

**Décimo Octavo:** Es cierto, tal como consta a foja 49.

**Décimo Noveno:** Es cierto y se acepta.

**III. Disposiciones jurídicas que se dicen infringidas y su concepto.**

A. Señala el demandante que el artículo 34 de la Ley 38 de 2000, ha sido infringido, por el acto administrativo acusado, en concepto de violación directa por omisión. El artículo 34 de la Ley 38 de 2000, señala:

**"Artículo 34:** Las actuaciones administrativas en todas las entidades públicas se efectuarán con arreglo a normas de informalidad, imparcialidad, uniformidad, economía, celeridad y eficacia, garantizando la realización oportuna de la función administrativa, sin menoscabo del debido proceso legal, con objetividad y con apego al principio de estricta legalidad. Los Ministros y las Ministras de Estado, los Directores y las Directoras de entidades descentralizadas, Gobernadores y Gobernadoras, Alcaldes y Alcaldesas y demás Jefes y Jefas de Despacho velarán respecto de las dependencias que dirijan, por el cumplimiento de esta disposición.

Las actuaciones de los servidores públicos deberán estar presididas por los principios de lealtad al Estado, honestidad y eficiencia y estarán obligados a dedicar el máximo de sus capacidades a la labor asignada."

El demandante manifiesta que la violación directa por omisión se evidencia en la actuación parcializada, a lo largo de todo el expediente, en contra de TELEFON, y especialmente durante la inspección realizada por el Ente Regulador el seis de mayo de 2002.

Además, refiere que el Ente Regulador sanciona por una actuación no descrita ni tipificada como falta o delito. En principio, ni siquiera se ha determinado cuando un mensaje de

audio texto está o no dirigido a mayores de edad, de modo que el funcionario no puede sancionar.

Señala, que ni la resolución recurrida ni el expediente administrativo puso de manifiesto en qué consistían los mensajes de auto texto, cuyo contenido se limitaba a adultos lo que impidió el derecho a ejercer el contradictorio y bilateralidad.

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

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.

En consecuencia, el meollo del asunto es determinar cual es la situación jurídica planteada.

En este caso, se trata de que el Ente Regulador cumpla la función de controlar y fiscalizar la prestación, por los concesionarios de servicios públicos o bien atienda las quejas, denuncias o reclamos que los concesionarios u órganos competentes del Estado formulen en relación con las actividades bajo su jurisdicción. Tal como se actúa en razón del memorando No. DTEL-322-2002 de 17 de mayo de 2002 de la Dirección Nacional de Telecomunicaciones, la cual solicitó la investigación en contra del concesionario TELEFON, S.A., por el supuesto incumplimiento de los términos establecidos en el artículo 4 de la Resolución No. JD-102 de 1 de septiembre de 1997.

Conforme a lo señalado, el artículo 34 de la Ley 38 de 2000 no es la norma legal que *decide* ni *resuelve* la situación jurídica planteada. Pues la normativa legal correspondiente

está contenida en la ley 26 de 1996, las leyes sectoriales y el contrato de concesión respectivo.

El artículo 34 de la Ley 38 de 2000 es una disposición de carácter programático, y por tal, poco susceptible de ser directamente infringida.

Además, no es cierto que se haya afectado el debido proceso, por falta de objetividad o desapego al principio de estricta legalidad, pues el Ente Regulador se ha ceñido a la Ley.

El Ente Regulador de los Servicios Públicos concede a TELEFON, S.A., a través del Contrato de Concesión No. CT-01278 de 3 de diciembre de 2001, la calidad de concesionaria del servicio identificado No. 400, denominado Servicio de Valor Agregado de Telecomunicaciones para uso comercial, comprometiéndose a su vez a cumplir con las obligaciones determinadas en el artículo 4 de la Resolución No. JD-102 de 1 de septiembre de 1997.

Sin embargo, el 17 de mayo de 2002, la Dirección Nacional de Telecomunicaciones, comunica, al Ente Regulador de los Servicios Públicos, mediante el Memorando DTEL-322-2002 de 17 de mayo de 2002, el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 4 de la Resolución No. JD-102 de 1 de septiembre de 1997, por lo que la comisionada sustanciadora ordena la apertura de la investigación.

La investigación se inicia con una inspección el 6 de mayo de 2002, a la empresa TELEFON, S.A., para establecer el mérito de la denuncia.

La diligencia en mención se realiza con la intervención de personal técnico del Ente Regulador, ceñiéndose al artículo

59 de la Ley 31 de 8 de febrero de 1996, guardadas las proporciones, de la misma manera que se utiliza el personal técnico para verificar si existe fraude en los medidores de energía eléctrica, o en el caso que se señale que se está explotando una frecuencia, por quien no le corresponda.

El personal seleccionado para hacer la inspección correspondiente no actuó en calidad de perito, si no en el desempeño normal de sus funciones y por tanto, se dirigió a cotejar si el procedimiento utilizado por TELEFON, S.A., cumplía las exigencias dispuestas en el artículo 4 de la Resolución No. JD-102 de 1 de septiembre de 1997.

De manera que el asunto no se centra en determinar el contenido del mensaje de audio texto, como tampoco si está dirigido a mayores. La esencia de la intervención del Ente Regulador de los Servicios Públicos es, que se estén cumpliendo las previsiones dispuestas en el artículo 4 de la Resolución No. JD-102 de 1 de septiembre de 1997, que tienen la intención de que este tipo de conversaciones y su contenido llegue a un determinado auditorio o si se quiere a un determinado cliente, en nuestro caso a adultos. Tal como se plasma en el artículo 4 de la Resolución DJ-102 de 1 de septiembre de 1997, numeral 2 y 3 literal b. De allí que el meollo del asunto no sea el contenido del mensaje de auto texto, sino el no ajustarse a la política de seguridad para que el servicio 400 de valor agregado en comunicaciones, sólo sea utilizado en la población adulta.

Disentimos con el cargo, pues no se evidencia parcialidad en las actuaciones del Ente Regulador, durante los actos constitutivos ni en el propio acto administrativo acusado.

B. Menciona, además el demandante la violación directa por omisión del artículo 150 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, por la Resolución No. JD-3738 de 4 de febrero de 2003.

El artículo 150 de la Ley 38 del 2000, señala:

**“Artículo 150:** Incumbe a las partes probar los hechos o datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que le son favorables. No requieren prueba los hechos afirmados por una parte y admitidos por la contraria, respecto a los cuales la ley no exige prueba específica, los hechos notorios, los que estén amparados por una presunción de derecho y el derecho escrito que rige en la Nación o en los Municipios.

Se prohíbe a la Administración Pública solicitar o requerir del peticionario documentos que reposen, por cualquier causa en sus archivos y que el interesado invoque como fundamento de su petición.”

El demandante explica tal violación en el hecho de que la Resolución No. JD-3738 se respalda en una prueba cuya validez y eficacia jurídica no determina la existencia de mensajes de audio-texto transmitidos por TELEFON, S.A., con un contenido dirigido a mayores de edad. Agrega, que los funcionarios del Ente Regulador no transcribieron el contenido de los mensajes que estaban grabados en dichas líneas, de manera que equivocan en la constitución y presentación de la prueba.

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

Como hemos señalado, la situación jurídica planteada no es la determinación del contenido del mensaje de audio texto, transmitido por Telefon, S.A., sino el que esta empresa no estuviese cumpliendo con las normas dispuestas en el artículo

4, numerales 1, 2, 3 y 5 de la Resolución No. JD-102 de 1 de septiembre de 1997.

De manera que la verificación llevada a cabo por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, en cuanto al cumplimiento o no de las disposiciones establecidas en la Resolución No. JD-102 de 1 de septiembre de 1997, en TELEFON, S.A., como concesionaria de Servicios de Valor Agregado de Telecomunicaciones de Audio-Texto va más allá de la determinación del contenido de esos mensajes y si éste es apropiado a otro público no clasificado como adulto. De allí que, el argumento del demandante en cuanto a la violación del artículo 150 de la Ley 38 de 2000, por el acto administrativo demandado, no tiene asidero jurídico, pues tanto la oportunidad de agregar el elemento de convicción, como aportarlo a la investigación (constitución y presentación de pruebas), corresponde al objeto del proceso.

El Ente Regulador al verificar las condiciones en que Telefon, S.A., presta el servicio Tipo B, de Valor Agregado de Telecomunicaciones (servicio de Audio-texto), está cumpliendo con las funciones y atribuciones dispuestas en el artículo 19 de la Ley 26 de 1996, es decir, vigilar el cumplimiento de los niveles de calidad de los servicios en los aspectos técnicos, comerciales, legales y ambientales. Además de comprobar que los concesionarios se ajustan a las normas definidas para asegurar el objeto del servicio.

De modo que, bajo este prisma es difícil comprender que el Ente Regulador de los Servicios Públicos sea considerado como *parte* en la diligencia que realiza para verificar el cumplimiento de las pautas o normas prescritas en la Resolución No. JD-102 de 1997 y los niveles de calidad del

servicio que presta Telefun, S.A., cuando la Ley 26 de 1996, destaca su carácter de regulador, fiscalizador y sancionador del incumplimiento de las normas vigentes en materia de telecomunicaciones.

Por otra parte, es innegable el carácter inquisitivo en los procesos de investigación y juzgamiento de faltas administrativas, de modo que la investigación que realiza el juzgador al igual que la actividad probatoria no es una actuación limitada a las partes.

El demandante ha centrado el asunto a decidir en la falta de pruebas relacionadas con el contenido de los mensajes de audio-texto, y al respecto, señala que el Ente no ha emitido norma que establezca cuando un mensaje tiene contenido para adulto, de manera que se ha fallado sin la prueba que sostenga la existencia de la falta.

Desestimamos tal cargo, porque el Ente Regulador de los Servicios Públicos, realizó su función fiscalizadora y sancionadora en base a que la concesionaria TELEFON, S.A., no está cumpliendo con las normas o condiciones determinadas en el artículo 4 de la Resolución DJ-102 de 1 de septiembre de 1997, normativa que tiende a garantizar los niveles de calidad del servicio público y que entre otros sienta las bases de la prestación del servicio público.

Valga tener presente que el Ente no está imponiendo el contenido de los mensajes de audio texto, que deban transmitirse, como una medida de asegurar que este servicio se dirija únicamente a adultos; pero si puede exigir, como ya lo define la Resolución No. DJ-102 de 1 de septiembre de 1997, que la empresa concesionaria identifique que dicho servicio está dirigido a mayores de edad; que los usuarios

paguen el servicio mediante tarjeta de crédito, que permitirá identificar a través del código de acceso personalizado, la identificación, siempre que el concesionario haya cumplido la exigencia de emitir y entregar a un adulto, el pin correspondiente y en caso de que se haya perdido, robado o utilizado por un menor de edad, cancelar el código correspondiente. Además, la facturación y el cobro directo permiten que se pueda determinar ante qué tipo de usuario está el prestador del servicio.

Las condiciones señaladas, por la Resolución No. JD-102 de 1 de septiembre de 1997, a los concesionarios del servicio de valor agregado de telecomunicaciones de audio-texto, tienden a mantener la política de protección a la moral y las buenas costumbres, para personas que no son adultas, individuos sin criterio formado, por lo menos mientras su edad corresponde a la minoría de edad, con restricción de acceso semejante a los dispuestos a la programación de los medios de comunicación masiva, al acceso de éstos a los sitios de espectáculos y a la venta o alquileres de películas triple equis o bebidas alcohólicas. Disposiciones tendientes a que el Ente Regulador, le exija a sus concesionarios el cumplimiento de las normas mínimas determinadas en el artículo 4 de la Resolución 102 de 1997, para asegurar que este servicio esté dirigido a adultos.

Como quiera que la violación directa por omisión o falta de aplicación supone que se deje de aplicar una norma legal que decide o resuelve la situación jurídica planteada, manifestamos nuestro disentimiento con el cargo, porque la situación jurídica planteada no es el contenido de los mensajes de audio -texto, si no el cumplimiento de las normas

dispuestas en el artículo 4 de la Resolución No. 102 de 1 de septiembre de 1997, de modo que no existe violación directa por inaplicación del artículo 150 de la Ley 38 de 2000, en el acto administrativo acusado.

C. Según el demandante, el acto administrativo acusado viola de modo directo por omisión el artículo 971 del Código Judicial.

El artículo 971 del Código Judicial señala:

**"Artículo 971:** Cuando el Juez o las partes deban designar peritos, los escogerán del cuerpo de peritos.

Los nombres de las personas que integran el cuerpo de peritos figurarán en listas que serán publicadas y las cuales serán formadas por la Corte Suprema de Justicia.

Cada dos años se integrarán las listas con personas de reconocida honorabilidad y pericia; y al lado de cada nombre se expresará la rama de especialización.

**Los empleados públicos no podrán actuar como peritos en los casos en que el Estado sea parte o tenga interés."**

El demandante explica la violación al artículo reproducido, específicamente en el párrafo final que se destaca en negrita, aduciendo que el Ente Regulador utilizó a tres de sus empleados para realizar un peritaje.

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

Evidentemente, es necesario aclarar la confusión del demandante en cuanto señala que los funcionarios del Ente Regulador realizaron un peritaje para determinar el incumplimiento de las condiciones señaladas en el artículo 4 de la resolución No. JD-102 1 de septiembre de 1997.

En el informe explicativo enviado por el Director Presidente del Ente Regulador, visible a foja 62, se menciona entre los hechos fundamentales en que se basa la Resolución JD-3738 de 4 de febrero de 2003, que los funcionarios del Ente Regulador se apersonaron a Telefun, S.A., así como a otras concesionarios que brindan el servicio 400, denominado de Valor Agregado de Telecomunicaciones a inspeccionar éstos, atendiendo a la facultad que tiene el Ente Regulador, a través de sus empleados, para realizar, con o sin previo aviso las diligencias de inspección, tal como lo establece la resolución No. JD-189 de 20 de febrero de 1998.

Agrega el Director Presidente del Ente Regulador, que esta inspección se hizo en virtud a las numerosas quejas interpuesta por abonados al sistema de telecomunicaciones, que se vieron obligados a pagar cuentas, porque en apariencia se habían descuidado las exigencias de las advertencias o restricciones, por las concesionarias.

Como bien lo señala el demandante los funcionarios de la Dirección Nacional de Telecomunicaciones, adscrita al Ente Regulador, hicieron la inspección correspondiente para verificar si las concesionarias del servicio 400, estaban cumpliendo las condiciones dispuestas en el artículo 4 de la resolución No. JD-102 de 1 de septiembre de 1997, y entre estas se encuentra TELEFON, S.A., por lo que rindieron el informe de su labor, que no debe confundirse con la prueba pericial.

La prueba de informe está contemplada en el Capítulo IV, del Título VII, del Libro Segundo del Código Judicial, mientras que la Prueba Pericial y el Informe de Peritos está

dispuesto en el Capítulo IX del mismo Título y Libro del Código Judicial.

También, cabe señalar que la afirmación del demandante en cuanto a la participación de los empleados públicos en los peritajes no es tan absoluta como el lo presenta. Pues, si bien es cierto, que el artículo dispone la formación del listado oficial de Cuerpo de Peritos, la Corte Suprema de Justicia no lo ha ordenado, de manera que mientras no exista éste, las partes y los jueces podrán nominar a las personas que ellos dispongan.

En cuanto al señalamiento de que la infracción o violación del artículo 971 deviene por que se nombra, que no es el caso, como peritos a funcionarios públicos, la Sala Tercera, ha señalado en precedente de 26 de enero de 1996:

“Una vez efectuado el estudio del incidente de tacha y recusación y las disposiciones legales en que se fundamenta el mismo, estima la Sala que no le asiste la razón al incidentista toda vez que, si bien es cierto que el artículo 958 (971) del Código Judicial prevé que los empleados públicos no podrán actuar como peritos en los casos en que el Estado sea parte o tenga interés, no es menos cierto que el mismo contempla dentro de sus supuestos para que se considere esa imposibilidad, la existencia de un cuerpo de peritos cuyos nombres figuraran en una lista confeccionada por esta Corporación de Justicia, que hasta este momento no se ha confeccionado. En razón de lo anterior, a criterio de la Sala, es necesario, hasta la confección de la lista en mención, disponer de los funcionarios públicos que sean especialistas en las áreas necesarias para la práctica de peritajes cuando el Estado sea parte o tenga interés, como lo es en este caso...”

En consecuencia, la Sala Tercera (Contencioso Administrativa) de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la

República y por autoridad de la ley, NIEGA el incidente de tacha y recusación de peritos, incoada por el Lic. José Mena Barría, dentro de la demanda Contencioso Administrativa de plena jurisdicción, que interpuso en representación de Chiriquí Land Company, para que se declare nula por ilegal, la Resolución N°264-92 de 13 de octubre de 1992, emitida por la Comisión de Prestaciones de la Caja de Seguro Social."

De manera que la omisión o inaplicación de este artículo deviene de la falta de las condiciones señaladas en el mismo, algo que no es imputable a la autoridad acusada.

Por las consideraciones expresadas disintimos de este cargo.

D, E, F, G. Por razones de economía procesal y dado que mantienen el mismo hilo de razonamiento, examinaremos en conjunto, éstas supuestas violaciones o infracciones a la ley, por el acto administrativo acusado.

Señala el demandante la infracción en concepto de violación directa por omisión del artículo 1 de la Ley 26 de 29 de enero de 1996, resaltando en negrita la parte que considera infringida.

La Ley 26 de 29 de enero de 1996, señala en su artículo 1:

**"Artículo 1.** (Creación). Créase el Ente Regulador de los Servicios Públicos, en adelante llamado el Ente Regulador, como organismo autónomo del Estado, con personería jurídica y patrimonio propio, con derecho a administrarlo y con fondos separados e 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 Ente Regulador actuará con independencia en el ejercicio de sus funciones y estará sujeto a la fiscalización de la Contraloría General de la República, conforme lo establece la Constitución Política y la Ley."

El demandante ha señalado que el acto administrativo demandado infringe de la Ley 26 de 29 de enero de 1996, el artículo 19 numeral 1, por violación directa por omisión y el numeral 3 de ese mismo artículo, por indebida interpretación.

El artículo 19 de la Ley 26 de 29 de enero de 1996, señala:

**"Artículo 19:** (Atribuciones del Ente Regulador). Para el cumplimiento de sus objetivos, el Ente Regulador tendrá las funciones y atribuciones siguientes:

1. Cumplir y hacer cumplir esta Ley y las demás normas legales complementarias, así como las leyes sectoriales respectivas. Para ello, el ente Regulador realizará eficaz control, vigilancia y verificación del cumplimiento de las leyes y reglamentos por parte de las empresas de servicios públicos de agua potable y de alcantarillados sanitario, telecomunicaciones y electricidad;
2. ...
3. Verificar el cumplimiento de los niveles de calidad de los servicios, en los aspectos técnicos, comerciales, legales y ambientales. Con este fin dictará, mediante resoluciones la reglamentación necesaria para implementar dicha fiscalización;"

Además, se hace referencia a la violación de la Ley 31 de 8 de febrero de 1996, en sus artículos 41, por interpretación errónea y al artículo 56 numeral 10, por violación directa por comisión.

Los artículos 41 y 56 numeral 10 de la Ley 31 de 8 de febrero de 1996, señalan:

**"Artículo 41:** Los concesionarios y los clientes de los servicios de telecomunicaciones, tendrán los derechos y las obligaciones que

establezcan las normas que rigen en materia de telecomunicaciones, los contratos de concesión respectivos y las directrices del Ente Regulador.

También regirán todos los principios de derechos y normas vigentes contenidas en los Códigos Fiscal, Civil, Penal y demás normas pertinentes de la legislación panameña, en lo que les sea aplicable y no sean contrarias a esta Ley y a las leyes especiales sobre la materia vigente."

- o - o -

**"Artículo 56:** Constituyen infracciones en materia de telecomunicaciones:

...  
10. El incumplimiento de las normas vigentes en materia de telecomunicaciones."

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

La Ley 26 de 29 de enero de 1996, es la Ley Orgánica del Ente Regulador de los Servicios Públicos. En su artículo 1, sienta las bases de su autonomía y cuál es su objeto o razón de ser. Destaca o resalta el demandante el que "el Ente Regulador tenga a su cargo el control y la fiscalización de los servicios públicos, con sujeción a las disposiciones de la Ley 26 de 29 de enero de 1996 y las respectivas normas vigentes sectoriales en materia de servicios públicos," advirtiéndole que la parte subrayada ha sido violada de manera directa por omisión, al sancionar el Ente Regulador de los Servicios Públicos a TELEFON, S.A., sin que exista una ley o resolución o norma jurídica emanada de autoridad competente que clasifique en el servicio de telecomunicaciones, tipo B, No. 400, Servicio de Valor Agregado de Telecomunicaciones (auto-texto), cuando el contenido de un mensaje es para todo público o para mayores de edad, cuáles son los parámetros que permitan a un concesionario de este servicio establecer que

se deberá o no incluir un mensaje, para todo público o, cuando se considera que este mensaje está dirigido para mayores de edad. Al no existir un desarrollo normativo, al respecto, según el demandante, el Ente Regulador de los Servicios Públicos no tiene facultad legal para exigir al concesionario la adopción de controles de acceso al servicio de audio-texto previsto en el artículo 4, numerales 1, 2, 3 y 5 de la Resolución No. JD-102 de 1 de septiembre de 1997.

A lo anterior, la Procuraduría de la Administración, disiente con el cargo que se formula en contra de la Resolución No. JD-3738 de 4 de febrero de 2003, es decir, que viola de modo directo, por omisión el artículo 1 de la Ley 26 de 29 de enero de 1996, pues esta disposición si fue considerada e incluida al momento de generar el acto administrativo acusado.

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

Sin embargo, una simple revisión a los fundamentos de derecho señalados por la autoridad demandada, así como la revisión de la parte motiva revelan que en la formación del acto administrativo acusado si se tomó en cuenta o se aplicó la norma supuestamente infringida por omisión.

La confusión aparente del demandante consiste en mantenerse atado en la consideración de que es el contenido del mensaje de los audio-texto, el meollo del asunto. Cuando esto es sólo un aspecto tangencial. El demandante pretende que la inexistencia de un reglamento para el contenido o mensaje de los audio-texto, deja sin efecto el que el Ente Regulador pueda realizar su función controladora o

fiscalizadora de los servicios públicos, ignorando el conjunto de disposiciones sectoriales vigentes.

Queda expuesto que la intervención del Ente Regulador se realiza en la medida que se presentan quejas a la Dirección Nacional de Telecomunicaciones, por la facturación de llamadas a un sistema comercial de telecomunicaciones, tipo B, Valor Agregado, audio-texto, que no estaba cumpliendo con los controles generales, normas dispuesta en la Resolución para los concesionarios que estuviesen explotando el servicio telefónico 400, de valor agregado.

Así mismo consta, que esto fue lo que los empleados de la Dirección Nacional de Telecomunicaciones fueron a investigar al acercarse a los concesionarios y que en el caso de TELEFON, S.A., se pudo determinar que no estaba cumpliendo con las normas de control señaladas.

De modo que no es cierto que se haya dejado de aplicar el artículo 1 de la Ley 26 de 1996, por lo tanto negamos el cargo.

Estrechamente relacionado con lo anterior está el artículo 19 de la Ley 26 de 29 de enero de 1996, que según el demandante ha sido infringida en cuanto al numeral 1, de manera directa por omisión y el numeral 3 por indebida interpretación.

En el primer cargo, se refiere a que no se aplicó la función de cumplir y hacer cumplir la Ley 26 de 1996 y las demás normas complementarias, así como las leyes sectoriales... sin embargo, es visible que el Ente Regulador se fundamenta en la Ley 26 de 29 de enero de 1996 y la Resolución No. JD-102 de 1 de septiembre de 1997, meollo

central del asunto a decidir o resolver. Este cargo lo negamos, por superfluo e inconsistente.

El segundo cargo, es por la *indebida interpretación* de la Resolución No. JD-102 de 1997. En el cual se mantiene la actitud del demandante a enfocar el motivo de la actuación del Ente Regulador, dirigida al contenido de los audio textos y no controlando o fiscalizando el cumplimiento de los niveles de calidad del servicio de telecomunicaciones, tipo B, valor agregado, dispuestas en la Resolución No. JD-102 de 1 de septiembre de 1997.

Anotamos, sólo con ánimo docente, que no existe entre las causales de ilegalidad la indebida interpretación, por lo que creemos que se trata de un híbrido, que no está contemplado en nuestro derecho positivo. Conocemos sin embargo, que la doctrina y la jurisprudencia se refieren como causales de ilegalidad a la violación directa por omisión o por comisión, a la indebida aplicación y a la interpretación errónea. De modo que si no existe la causal de ilegalidad nombrada, tal cargo no tiene asidero.

Otro artículo citado como infringido, en este caso por interpretación errónea, es el artículo 41 de la ley 31 de 8 de febrero de 1996.

La interpretación errónea, hace relación a que el funcionario al aplicar la norma le de un sentido distinto o diferente al establecido por la disposición o bien la entienda equivocadamente.

Consideramos que el Ente Regulador no le ha dado ningún sentido distinto o diferente al aplicar el artículo 41 de la ley 31 de 8 de febrero de 1996, pues si le exige a TELEFON, S.A., como concesionaria que haya cumplido con las normas

señaladas de cumplimiento obligatorio en los concesionarios del Servicio de Valor agregado, audio-texto, servicio 400, es a esto a lo que procede a exigir, con independencia del tipo de contenido de los mensajes que se comunica. Disentimos contra este cargo.

Según el demandante, otra norma infringida es el artículo 56 numeral 10 de la Ley 31 de 8 de febrero de 1996, por violación directa por comisión.

El Ente Regulador sanciona a TELEFON, S.A., considerando que el artículo 56 en su numeral 10 regula la conducta imputada, sin embargo no es cierto y por lo tanto esta norma no es imputable a la controversia.

La violación directa por comisión se da cuando el acto impugnado dispone alguna cosa contraria a lo que establece la Ley o una norma jerárquicamente superior. Al aplicar la ley se desconoce un derecho consagrado en forma clara en la disposición aplicada.

Como podemos destacar el artículo 56 contiene un listado de las conductas que en materia de telecomunicaciones constituyen falta, de modo que no se deduce derecho favorable consagrado en forma clara a favor de TELEFON, S.A., y además la resolución administrativa acusada no dispone ninguna cosa contraria a lo que establece el artículo 56 numeral 10 de la ley 31 de 1996.

El numeral 10 del artículo 56 de la Ley 31 de 8 de febrero de 1996 se refiere a la calificación de infracción en materia de telecomunicaciones "el incumplimiento de las normas vigentes en materia de telecomunicaciones."

TELEFON, S.A., obtuvo mediante el Contrato de Concesión CT-1278 de 3 de diciembre de 2001 la concesión para explotar

comercialmente, el servicio de telecomunicaciones identificado como servicio No. 400, denominado Servicio de Valor Agregado (audio-texto).

Las Concesionarias de servicio No. 400 de Valor Agregado en telecomunicaciones, adquieren la obligación de cumplir con las disposiciones del resuelto cuarto de la Resolución N°JD-102 de 1 de septiembre de 1997, sin embargo al visitarse esta empresa se pudo comprobar que no cumplía con los numerales 1, 2, 3 y 5 del resuelto cuarto de la Resolución 102 de 1997.

El numeral 10 del artículo 56 de la ley 31 de 1996, es claro al señalar que el incumplimiento de las normas vigentes en materia de telecomunicaciones es una conducta que constituye una infracción. De manera que el Ente Regulador de los Servicios Públicos no ha infringido norma alguna, razón por la cual también disiento con este cargo.

H. Menciona el demandante la violación por aplicación indebida del resuelto o artículo cuatro numerales 1, 2, 3 y 5 de la Resolución JD-102 de 1 de septiembre de 1997.

La norma en mención señala:

"Cuarto. Establecer para los concesionarios de servicios de telecomunicaciones de valor agregado, audio-texto, cuyo contenido está dirigido a mayores de edad, incluidos los de conversación en línea múltiple (chat line), LAS SIGUIENTES NORMAS:

1. Requerir el pago del servicio por medio de tarjetas de crédito.
2. Identificar que dicho servicio está dirigido a mayores de edad.
3. Permitir el acceso al servicio a través de un código de identificación personalizado en forma previa a la comunicación, siempre y cuando el prestador del servicio de valor agregado haya realizado lo siguiente:
  - a. Emitido y enviado el código por medio idóneo, luego de haber verificado que el solicitante es mayor de edad; y

- b. Establecido un procedimiento de cancelación inmediata del código ante la notificación de que el mismo ha sido hurtado, robado, perdido o utilizado por una persona menor de edad, o que el mismo ya no es deseado.
- 4. Informar claramente el costo..
- 5. Los concesionarios de estos servicios deberán facturar y cobrar directamente a los usuarios..”

El demandante insiste en considerar que se le ha sancionado por transmitir mensajes de audio-texto con contenido para mayores, cuando se le ha aplicado la sanción por no cumplir con las exigencias normadas a todos los concesionarios del servicio 400, servicio de valor agregado de telecomunicaciones. Y no es cierto que esta sanción deviene como ilegal cuando está descrita como infracción y se pudo corroborar.

I. Finalmente el demandante se ha referido a la infracción del artículo 59 numerales 1 y 2 de la Ley 31 de 8 de febrero de 1996. Considerando que la infracción a la norma se da de modo directo por omisión en el primer numeral y violación directa por comisión en el segundo supuesto. Sin embargo, a través de todo el expediente se puede observar que el Ente Regulador actuó de manera objetiva e imparcial. Y en cuanto al supuesto segundo se observa que el procedimiento se desarrolló, de manera objetiva e imparcial, concediéndole al concesionario todas las garantías para su defensa y el cumplimiento del proceso en el término legal.

El artículo 59 de la Ley 31 de 1996, señala:

**“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 se impulsará de oficio, ajustándose a

los principios de economía procesal, celeridad, eficacia, simplificación de trámites, ausencia de formalismos, publicidad e imparcialidad, todo ello con pleno respeto al derecho de iniciativa y de defensa del acusado.  
2. ...”

**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. 3738 de 4 de febrero de 2003, proferida por el Ente Regulador, viola en forma directa, por omisión, el numeral uno (1) del artículo 59 de la ley 31 de 1996.

Pues, la existencia de la violación directa por omisión o falta de aplicación, se realiza cuando se deja de aplicar una norma legal que decide o resuelve la situación jurídica planteada.

Es evidente que el numeral 1 del artículo 59 de la ley 31 de 1996 no es la norma legal que decide o resuelve la situación jurídica planteada. El numeral 1 del artículo 59 de la ley 31 de 1996 es una norma programática, una aspiración para el desarrollo del procedimiento, respaldado en los principios que sustentan el moderno Derecho Procesal.

De allí, que disentimos con el demandante, ante el criterio de que lo investigado y resuelto por el Ente Regulador, a través de la Resolución Administrativa JD-3738 de 8 de febrero de 2003, acto administrativo acusado de violar el numeral 1 del artículo 59 de la ley 31 de 8 de febrero de 1996.

Menciona el demandante en su libelo, que la Resolución Administrativa DJ-3738 de 8 de febrero de 2003, proferida por

el Ente Regulador de los Servicios Públicos, viola de manera directa, por comisión, el numeral 2 del artículo 59 de la ley N° 31 de 8 de febrero de 1996, sin embargo, se advierte que la comisionada sustanciadora se ciñó al término de ley,

En nuestra opinión este cargo, como los dos anteriores que lo preceden 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.

La violación directa por comisión, ocurre cuando el acto impugnado dispone alguna cosa contraria a lo que establece la Ley o una norma jerárquicamente superior al acto acusado. Cuando al aplicar la Ley se desconoce un derecho, consagrado en forma clara en la disposición aplicada. (MOLINO MOLA: 2001; 201).

Es obvio, que el Ente Regulador de los Servicios Públicos, al dictar la Resolución Administrativa acusada, es decir, la Resolución N°3738 de 8 de febrero de 2003, está cumpliendo y haciendo cumplir su Ley Orgánica, y las demás leyes complementarias y sectoriales. No existe en este sentido omisión de derechos, al perseguir el incumplimiento por parte de las empresas concesionarias para la explotación del servicio comercial.

El Ente Regulador de los Servicios Públicos se ha ceñido a cumplir con su papel y a las partes le corresponde ejercer sus derechos.

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 consecuencia, esta Procuraduría reitera la solicitud a los Señores Magistrados para que desestimen las pretensiones de la demandante y, en su lugar, se declare legal la Resolución N°JD-3738 de 4 de febrero de 2003.

**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 TELEFON, 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

Licdo. Víctor L. Benavides P.  
Secretario General

Materia: Ente Regulador de los Servicios Públicos,  
incumplimiento de las normas en materia de  
telecomunicaciones.

**BORRADOR DE VISTA REVISADO POR MANUEL BERNAL**

**15 DE OCTUBRE DE 2003.**