

Vista N° 356

16 de Julio de 2001

Proceso Contencioso

Administrativo de

Plena Jurisdicción.

Contestación de

la Demanda.

Propuesto por el Licdo. Carlos Morales, en nombre y representación de Cheun Sun Ping, para que se declare nula, por ilegal, la Resolución N°JD-2491 de 23 de noviembre de 2000, emitida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos y para que se hagan otras declaraciones.

Señora Magistrada Presidenta de la Sala Tercera, Contencioso Administrativa, de la Corte Suprema de Justicia.

Con nuestro habitual respeto concurrimos respetuosos ante Vuestro Despacho, con la finalidad de darle formal contestación a la Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción, enunciada en el margen superior de la presente Vista Fiscal.

I. Intervención de la Procuraduría de la Administración.

Nuestra intervención en el proceso se sustenta en el traslado que nos corrió la Sala a su cargo, mediante providencia fechada 30 de mayo de 2001.

También fundamentamos nuestra actuación en el artículo 5, numeral 2, Libro Primero, de la Ley N°38 de 2000, que contiene el Estatuto Orgánico de la institución, según el cual a esta dependencia del Ministerio Público le corresponde la defensa de los intereses de la Administración.

II. Las pretensiones del demandante.

El señor Cheun Sun Ping solicita a vuestra Sala que se formulen las siguientes declaraciones:

¿1. Que se declare nulo, por ilegal, el Acto Administrativo que contiene la Resolución N°J.D. 2491, de fecha de 23 de noviembre de 2000 proferida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, por el cual se impuso al señor Cheun Sun Ping, propietario del establecimiento comercial ELECTRÓNICA Y VIDEO NEW YORK, multa por la suma de DOSCIENTOS CINCUENTA MIL BALBOAS (b/.250,000.00).

2. Que en virtud de lo relacionado en el petitorio anterior es NULO, por ilegal, el Acto Administrativo contenido en la Resolución N°J.D.-2633 de 8 de febrero de 2001, emitida por el ENTE REGULADOR DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS, en la cual se manifiesta DENEGAR el Recurso de Reconsideración interpuesto por el Apoderado Judicial del señor CHEUNG SUN OING en contra de la resolución N°JD-2491 de 23 de noviembre de 2000 y MANTENER en todas sus partes dicha Resolución.

Este Despacho observa que las pretensiones del demandante carecen de sustento jurídico, por lo que solicitamos que se desestimen.

III. Los hechos u omisiones en los que se fundamenta la acción, los contestamos en los siguientes términos:

Primero: Éste no es un hecho, sino argumentaciones del demandante, que negamos.

Segundo: Éste no es un hecho, sino aseveraciones falsas del demandante; por tanto, lo negamos.

Tercero: Éste no es un hecho, sino conclusiones del demandante que, además, no son ciertas, por tanto, lo negamos.

Cuarto: Aceptamos únicamente que se interpuso Recurso de Reconsideración; el resto, son alegaciones del demandante, que no son oportunas en esta etapa procesal y que, además carecen de veracidad; por tanto, las negamos.

Quinto: Este hecho lo aceptamos, porque así se constata en las fojas 10, 11 y 12 del expediente judicial.

Sexto: Este hecho lo aceptamos, porque así se constata en las fojas 12 y 14 del expediente judicial.

IV. Las disposiciones jurídicas que se invocan y su concepto, son las que a continuación se analizan:

a. El artículo 56, numeral 8, de la Ley N°31 de 8 de febrero de 1996, que dispone:

¿Artículo 56. Constituyen infracciones en materia de telecomunicaciones:

1...

8. La promoción, mercadeo y reventa de servicios de telecomunicaciones sin concesión propia, o sin convenio con el correspondiente concesionario;

9...¿ (Las negrillas son de la Procuraduría de la Administración)

Concepto de la violación:

Al externar su inconformidad, el apoderado judicial del demandante señaló que el artículo transcrito, que le sirvió de fundamento al funcionario sustanciador para la aplicación de la sanción pecuniaria, no es aplicable al caso sub júdice.

Arguye que la conducta que presuntamente materializó su representado, no ha sido objetivamente demostrada mediante la práctica de la diligencia de investigación llevada a cabo a través de una diligencia de allanamiento ordenada por el Ente Regulador de los Servicios Públicos.

Sostiene el letrado que de las pruebas practicadas se lograron decomisar teléfonos, uno marca Panasonic y otro Data Port, un celular marca Nokia, que el señor Cheun Sun Ping tenía amparados legalmente mediante Contrato de Servicio de telefonía con la empresa CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., mediante Cuenta N°80269920-0000 a nombre de la empresa Electrónica y Video New York.

Agrega que otro elemento probatorio que logró el funcionario de instrucción, al momento del allanamiento fue un letrero en idioma chino, el cual fue traducido al español en el que se leía: ¿LLAMADA TELEFÓNICA FAVOR ENTRE¿.

El abogado del señor Cheun Sun Ping, menciona en su concepto que se le tomó Declaración Notarial Jurada a una presunta cliente que declara ante una Notaría, no así ante el funcionario competente de la investigación, lo siguiente: ¿me presenté aproximadamente a las 10:30 a.m. del día de ayer martes 18 de abril de 2000, al local denominado Electrónico y Video New York, ya que me informaron que en dicho lugar se podían hacer llamadas internacionales a costos más bajos.

Una vez llegué a dicho lugar pude observar propaganda en la puerta de entrada de llamadas a bajo costo.¿

Sostiene el abogado del demandante que dicha declaración jurada fue aportada por la empresa denunciante CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A. suscrita por el técnico Rogelio Kowalsky, en el cual no sólo se remite a justificar técnicamente la comisión de la conducta de su mandante, sino que, además, sugiere al funcionario sustanciador que dichas conductas realizadas podrían infringir los artículos 298.1, 298.8, 298.9 y 298.10 del Decreto Ejecutivo N°73 de 9 de abril de 1997, el cual reglamenta la Ley N°31 de 8 de febrero de 1996.

El apoderado judicial del recurrente se apoya en una doctrina, que dice: ¿el fin del Acto Administrativo debe corresponder al fin de la Ley, y en caso de no ajustarse a ello surge el vicio denominado Desviación de Poder¿; dicho sustento le permite colegir que al pretender tipificar una conducta que no corresponde a la actuación del investigado, sólo por pretender una sanción pecuniaria ejemplar que satisfaga y reivindique el honor de la empresa denunciada, valiéndose de pruebas no idóneas, de argumentos improcedentes, el funcionario delega esa función de competencia al servicio de un interés meramente particular de justicia privada.

b. En segundo lugar, el demandante considera que se ha vulnerado el artículo 298.8 del Decreto Ejecutivo 73 de 9 de abril de 1997, que puntualiza:

¿Artículo 298: Constituyen infracciones en materia de telecomunicaciones:

...

298.8 La promoción y reventa de servicios de telecomunicaciones sin concesión propia o sin convenio con el correspondiente concesionario.¿

Concepto de la violación:

Como concepto de la supuesta violación el abogado del demandante esgrimió que a su mandante se le condenó a pagar multa por la suma de DOSCIENTOS CINCUENTA MIL BALBOAS (B/.250,000.00), de acuerdo a lo que establece el artículo 313 del Decreto Ejecutivo N°73 de 9 de abril de 1997, por razón de que, según los funcionarios del Ente Regulador promovió, mercadeó y revendió servicios de telecomunicación tipo A sin concesión propia y autorización previa del concesionario.

Acota, además, que observan el marcado interés del Ente Regulador de los Servicios Públicos de atribuirle responsabilidad a su representado, desde la génesis de la denuncia promovida por la empresa CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., por la promoción y reventa del servicio de llamadas internacionales utilizando el método conocido como CALL-BACK (llamadas revertidas).

A su juicio, no existen en el expediente pruebas objetivas y contundentes que logren incluir en tan desproporcional pena.

Agregan que, todo se reduce a indicios, supuestos, testigos sin idoneidad y dictámenes técnicos sospechosos.

En su opinión, tenía que ser de esa manera, porque el haber calificado esa acción en lo que establece el artículo 298.2 tal y como le recomendaron a su cliente que aceptara la responsabilidad para evitarle mayores perjuicios, configurándose la figura de la interconexión a cualquiera de las redes de telecomunicaciones, acarrearía una pena de acuerdo al artículo 302 del Decreto Ejecutivo N°73 de 9 de abril de 1997 de MIL BALBOAS (B/.1,000.00) ¿dadas las circunstancias atenuantes de un arrepentimiento, y por ser la primera vez, evitando así una situación de trauma y desesperación que se apodera de su representado, quien se dedica a humildes actividades comerciales de ventas al por menor de accesorios electrónicos, artefactos, artículos orientales, libros, revistas y el alquiler de video películas.¿

Defensa de la Procuraduría de la Administración.

Este Despacho considera que no le asiste el derecho al demandante, el mismo esgrime en su defensa únicamente los elementos probatorios que redundan en su beneficio.

Respaldamos nuestra afirmación en el hecho que Cheun Sun Ping, propietario del establecimiento comercial ELECTRÓNICA Y VIDEO NEW YORK fue sorprendido con documentación relativa a equipos para brindar (promover y vender), a particulares, el servicio de llamadas internacionales denominadas ¿Callback¿, sin contar con la licencia necesaria para ello.

Fundamentamos nuestra posición en el hecho que el día 19 de abril de 2000, la sociedad Cable & Wireless Panamá, S.A. presentó (mediante Nota N° NS/N.INT/00-075) el resultado de una investigación realizada al establecimiento comercial ELECTRÓNICA Y VIDEO NEW YORK, en la que se demuestra que esa empresa promueve y vende el servicio de llamadas internacionales utilizando el método conocido como CallBack (regreso de llamadas), sin contar con la correspondiente concesión del servicio de telecomunicaciones básicas internacionales y sin pagar el impuesto de B/.1.00 por cada llamada de larga distancia internacional efectuada.

El Ente Regulador de los Servicios Públicos acogió la Denuncia presentada por la empresa Cable & Wireless Panamá, S.A., mediante providencia calendada 19 de abril de 2000, realizó las diligencias de investigación, ordenó y practicó las pruebas tendientes a esclarecer los hechos y determinar las responsabilidades correspondientes.

Mediante la Nota N°DPER-1048 de 19 de mayo de 2000, el Ente Regulador de los Servicios Públicos le solicitó a la Fiscalía Auxiliar de la República la colaboración de un funcionario de ese Despacho instructor, con la finalidad de practicar Diligencia de Allanamiento y Registro a Cheun Sun Ping, propietario del establecimiento comercial ELECTRÓNICA Y VIDEO NEW YORK, local L-14, Galería Colonial, Altos del Chase, ubicada en el Dorado.

El día 24 de mayo de 2000 se practicó la diligencia de Allanamiento y Registro en el local L-14, Galería Colonial, Altos del Chase, ubicada en el Dorado, a las instalaciones ocupadas por la empresa ELECTRÓNICA Y VIDEO NEW YORK determinándose que la empresa propiedad del demandante se dedica al cobro en Panamá del servicio de llamadas internacionales conocidas como ¿Callback¿.

En dicha diligencia se incautaron dos teléfonos Panasonic, cada uno con líneas telefónicas identificadas con los números 236-1933 y 236-0095; además de listado de número telefónicos con número de cuenta y de identificación personal (PIN), además de una computadora, la cual tenía activo un programa de Net2Phone, utilizado para ese tipo de llamadas en reversa.

Aunado a lo anterior, al momento de la práctica de la diligencia de allanamiento, por parte de la Fiscalía Auxiliar, se encontró pegado a la puerta de vidrio de entrada al local comercial ELECTRÓNICA Y VIDEO NEW YORK un letrero en el idioma chino, mismo que fue traducido por intérprete público autorizado, al idioma español y que decía: ¿LLAMADA TELEFÓNICA FAVOR ENTRE¿.

El señor Cheun Sun Ping, propietario del establecimiento comercial ELECTRÓNICA Y VIDEO NEW YORK rindió declaración jurada ante el Despacho de la Comisionada Sustanciadora manifestando que el local se encuentra ocupado desde abril de 1996, y que el mismo se dedicaba a la venta al por mayor de accesorios electrónicos, artefactos, artículos orientales, libros, revistas, video cassettes de películas y el alquiler de los mismos.

Que a cuestionamientos formulados por el Despacho de la Comisionada Sustanciadora, el señor Cheun Sun Ping, manifestó:

¿Que en el local ELECTRÓNICA Y VIDEO NEW YORK, no tenía actividad de `callback¿.

Que sobre la documentación encontrada al momento de la diligencia de allanamiento, éste manifestó que alguien los había dejado ahí, porque en ese negocio entraban y salían muchas personas y por la curiosidad los llegó a ver en su mesa.

Que el señor Cheun Sun Ping, manifestó que cualquier persona no tenía acceso a al segundo piso del local denominado ELECTRÓNICA Y VIDEO NEW YORK, solo su familia y que los cubículos eran utilizados por sus hijos.

Que el señor Cheun Sun Ping, manifestó que no se dedica a la reventa de llamadas en el celular de su propiedad, con número 675-0022.

Que el señor Cheun Sun Ping, manifestó que dedica a la reventa de llamadas internacionales y que no conocía al señor Luis Cheung.

Que sobre la declaración jurada notarial rendida por la señora Chi Man Chang, y aportada por la empresa Cable & Wireless Panama, S.A., a esta investigación, el señor CHEUNG SUN PING, manifestó no saber nada de eso.

Que sobre la realización de llamadas internacionales en el local denominado ELECTRÓNICA Y VIDEO NEW YORK, el señor CHEUNG SUN PING, indicó que no sabía nada de eso.¿

En las fojas 5 y 6 del expediente judicial, consta que el Representante Legal de la demandante ¿acepta que ha contravenido las normas contenidas en la Ley N°31 de 8 de febrero de 1996, en concordancia con el Decreto Ejecutivo N°73 de 9 de abril de 1997... En cuanto al cargo formulado, consideramos que la infracción cometida por nuestra representada se encuentra tipificada en el ... artículo 298 del Decreto Ejecutivo N°73 de 1997... Nuestra representada ha aceptado la transgresión de las normas de telecomunicaciones y se muestra arrepentida de tales acciones, por lo que solicita que al momento de la imposición de la sanción se tome en cuenta los elementos de aceptación de la culpabilidad voluntaria y el arrepentimiento manifiesto.¿ (Véase fojas 5 y 6 del expediente judicial).

Del Informe Técnico elaborado por el personal del Ente Regulador de los Servicios Públicos, el local denominado ELECTRÓNICA Y VIDEO NEW YORK, se dedicaba a la prestación del servicio de llamadas internacionales.

Dentro el período de investigación para el esclarecimiento de los hechos, se practicaron las diligencias y actuaciones que se detallan a continuación:

Se le tomó declaración jurada al señor CHEUNG SUN PING, propietario del local denominado ELECTRÓNICA Y VIDEO NEW YORK.

Se le tomó Declaración Jurada al señor Jorge Antonio Chu Yu, Gerente de Cómputo de la empresa Proyect Computer, el cual manifestó entre otras cosas:

Conoce al señor Luis Cheung, propietario del local ELECTRÓNICA Y VIDEO NEW YORK.

Las cuentas de Net2phone que se le pusieron de presente en el momento de la declaración, se las enviaba a ELECTRÓNICA Y VIDEO NEW YORK, en concepto de distribución, y que la compañía que proveía esos pines y códigos en Panamá, era The German Consulting Group.

La empresa The German Consulting Group, le facturaba a ellos las cuentas (Proyect & Computer) y a su vez ellos se las revendían a ELECTRÓNICA Y VIDEO NEW YORK.

The German Consulting Group le emitía un listado de cuentas de Net2phone, y ellos (Proyect & Computer) se las revendían a ELECTRÓNICA Y VIDEO NEW YORK.

En el expediente administrativo (en los Anexos) se observan las llamadas internacionales realizadas por los clientes de la empresa ELECTRÓNICA Y VIDEO NEW YORK propiedad del demandante, en los que se detalla el lugar de origen, tiempo de duración, el costo de la llamada y el número de cuenta.

Cabe destacar que la Declaración rendida ante Notario es perfectamente válida, toda vez que los Notarios, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1714 del Código Civil, tienen como función ¿la recepción, extensión y autorización de las declaraciones, actos y contratos que a las personas naturales o jurídicas deban o quieran dar autenticidad y constancia públicas, conforme a la Ley...¿, por lo que no se ha vulnerado el artículo 298, numeral 8, del Decreto Ejecutivo N°73 de 9 de abril de 1997, citado por el demandante.

Posterior a la práctica de las diligencias relativas al esclarecimiento de los hechos, el día 30 de marzo de 2000 se formuló un Pliego de Cargos a la empresa ELECTRÓNICA Y VIDEO NEW YORK y a su propietario, como supuesto infractor de las disposiciones contenidas en el numeral 8, del artículo 56 de la Ley N°31 de 1996, y el punto 298.8 del artículo 298 del Decreto Ejecutivo N°73 de 9 de abril de 1997, por el cual se reglamenta la Ley N° 31 de 1996, que dicen:

¿Artículo 56. Constituyen infracciones en materia de telecomunicaciones:

1...

8. La promoción, mercadeo y reventa de servicios de telecomunicaciones sin concesión propia, o sin convenio con el correspondiente concesionario;

9...¿ (Las negrillas son de la Procuraduría de la Administración)

¿Artículo 298. Constituyen infracciones en materia de telecomunicaciones:

298.1...

298.8. La promoción, mercadeo y reventa de servicios de telecomunicaciones sin concesión propia, o sin convenio con el correspondiente concesionario.¿

Sin perjuicio de lo anterior, también se vulneraron los artículos 66 y 67 del Decreto Ejecutivo N°73 de 9 de abril 1997, que dicen:

¿Artículo 66. Se prohíbe la prestación, comercialización mercadeo y uso de los servicios de llamadas revertidas dentro del territorio nacional, independientemente de dónde sean facturados estos servicios, con excepción de los servicios de telefonía y un operador extranjero de una red pública internacional que involucra o permite la intervención de una operadora para completar la llamada.¿

¿Artículo 67. Los servicios de llamadas revertidas a que se refiere el artículo anterior constituyen una clase de servicios de reventa, iniciados en el territorio nacional, pero facturados como si fuesen originados fuera del territorio nacional. Estos servicios se inician mediante una señal de llamada no completada, un número internacional de acceso al servicio con cargo automático al destinatario de la llamada, una llamada completada mediante la cual el que llama transmite un código para iniciar la llamada de regreso, red internet, o cualquier otro medio para obtener sistemáticamente un tono de discado en el país de destino, mediante el cual se puede originar una llamada de larga distancia internacional que se registra como originada en el extranjero.¿

Luego de haberse verificado todas las etapas procedimentales, conforme a los artículos 56, 57, 58, 59 60 de la Ley N°31 de 1996, procedió a emitirse la correspondiente Resolución, misma que se fundamenta, además, en la Ley Sectorial de Telecomunicaciones, contenida en la Ley N°31 de 8 de febrero de 1996, la cual establece que el Ente Regulador de los Servicios Públicos está facultado para regular, ordenar, fiscalizar y reglamentar eficazmente, entre otros, la operación y la administración de los servicios de telecomunicaciones.

El numeral 6, del artículo 5 de la Ley N°31 de 1996, dispone que es política del Estado, en materia de telecomunicaciones, establecer un régimen que imprima certeza y seguridad jurídica en materia de la regulación de las telecomunicaciones.

El artículo 19, numeral 16, de la Ley N°26 de 1996, indica que el Ente Regulador de los Servicios Públicos, tiene como atribución conocer y atender las denuncias y reclamaciones que se le presenten, y que guarden relación con las actividades bajo su jurisdicción.

De lo expuesto se observa la evidencia documental que prueba la actividad de la empresa ELECTRÓNICA Y VIDEO NEW YORK de promocionar y mercadear el servicio de llamadas revertidas a los clientes que se encuentran en la República de Panamá.

La sanción a la que se hizo acreedora la demandante, se aplicó con fundamento en la Ley N°26 de 29 de enero de 1996, que creó el Ente Regulador de los Servicios Públicos, y que ¿entre otras cosas- lo facultó para llevar a cabo las funciones de control y fiscalización de los servicios públicos de abastecimiento de agua potable, alcantarillado sanitario, telecomunicaciones y electricidad.

Doctrinalmente, Roberto Dromi define la sanción administrativa como ¿¿ un medio indirecto con que cuenta la Administración para mantener la observancia de las normas, restaurar el orden jurídico violado y evitar que puedan prevalecer los actos contrarios a derecho¿ Específicamente la sanción administrativa es la consecuencia dañosa que impone la Administración Pública a los infractores del orden jurídico administrativo¿. (Derecho Administrativo. 6ª ed. Buenos Aires; Ediciones Ciudad Argentina. 1997, pp. 281 y 282).

Por tanto, el Ente Regulador de los Servicios Públicos, lejos de vulnerar las normas invocadas, las mismas han sido acatadas a cabalidad en el caso sub júdice, pues las mismas son perfectamente aplicables, tal como se ha indicado; por tanto, no se han vulnerado los textos de las dichas normas.

c. En tercer lugar, se dice transgredido el artículo 29 de la Ley N°135 de 1943, que a la letra dice:

¿Artículo 29. Las resoluciones que ponen término a un negocio o actuación administrativa de carácter nacional deben notificarse personalmente al interesado o a su representante o apoderado, dentro de los cinco días siguientes a su expedición, debiendo expresarse los recursos que por vía gubernativa procedan y el término dentro del cual deban interponerse, todo bajo la responsabilidad del funcionario correspondiente.¿

Concepto de la violación:

El abogado del demandante plantea que la norma citada ha sido infringida, porque a su juicio, las resoluciones que ponen término a un negocio o actuación administrativa, deben notificarse personalmente.

El letrado agrega que, sin embargo se ha procedido de manera excepcional: la de edicto de puerta, que reitera constituye una excepción, y la de segunda instancia en que no es posible cumplir con el mandato expreso de los artículos 29 y 30 de la Ley 135 de 1943.

Argumenta, además, que para una persona que la han allanado, que se conoce perfectamente el domicilio, como es el caso de su representado, esta excepción no parece probable.

Defensa de la Procuraduría de la Administración:

Este Despacho observa que el abogado del demandante no logra visualizar el sentido y el alcance de las normas de la Ley N°135 de 1943 en materia de notificación.

Es cierto que las notificaciones, como la que nos atañe, deben efectuarse de manera personal, pero ello no implica únicamente el hecho que se conozca el domicilio de la persona a quien se quiera notificar, sino el hecho que esa persona se encuentre en su domicilio al momento en que fue visitado por los funcionarios encargados de ejercer tal acción. En caso que la gestión no logre llevarse a cabo, la Ley permite que se pueda efectuar la notificación en puerta, tal como se ha realizado en la situación que analizamos, por lo que no se ha vulnerado la norma invocada.

En consecuencia, esta Procuraduría reitera su 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-2491 de 23 de noviembre de 2000 y su acto confirmatorio.

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 y sus Anexos que puede ser solicitado al Ente Regulador de los Servicios Públicos.

Testimoniales:

Solicitamos, respetuosamente, al Tribunal se sirva citar, en calidad de testigo, al señor Jorge Nicolau, Director de Administración y Productos de Cable & Wireless Panamá.

Solicitamos, además, se sirva emitir la correspondiente boleta de citación, para que el testigo pueda ser localizado por el Tribunal.

Derecho: Negamos el invocado por la sociedad demandante.

De la Señora Magistrada Presidenta,

Licda. Alma Montenegro de Fletcher

Procuradora de la Administración

AMdeF/5/bdec.

Licdo. Víctor L. Benavides P.

Secretario General