

25 de octubre de 2002

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

**Contestación de la
Demanda.**

La Licda. Silka Correa en representación de **CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A.**, para que se declare nulas, por ilegales, las Resoluciones N°JD-3114 de 19 de diciembre de 2001 y N°JD-3177 de 29 de enero de 2002, dictadas por el Ente Regulador de los Servicios Públicos y para que se hagan otras declaraciones.

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

Con el respeto acostumbrado acudimos ante ese Honorable Tribunal de Justicia, a fin de dar contestación a la demanda interpuesta en el Proceso Contencioso Administrativo de Plena Jurisdicción enunciado en el margen superior del presente escrito.

Como es de su conocimiento, en estos tipos de procesos actuamos en defensa de los intereses de la Administración Pública, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5, numeral 2, Libro Primero, de la Ley N°38 de 31 de julio de 2000, que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración.

I. La pretensión de la parte demandante:

Se pide al Tribunal de lo Contencioso Administrativo declare lo siguiente:

A. Que es nula, por ilegal, la Resolución N°JD-3114 de 19 de diciembre de 2001 dictada por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, mediante la cual se resolvió sancionar a la empresa CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., con una multa por

la suma de cien mil balboas (B/.100,000.00), por infringir el numeral 10 del artículo 56 de la Ley N°31 de 8 de febrero de 1996, incumplimiento de normas vigentes en materia de telecomunicaciones, por incumplir con lo establecido en el artículo 73 del Decreto Ejecutivo N°73 de 9 de abril de 1997 y en la Cláusula 37 del Contrato de Concesión N°134 de 29 de mayo de 1997.

B. Asimismo se pide se declare nulo, por ilegal, el acto confirmatorio, la Resolución N°JD-3177 de 29 de enero de 2002, mediante la cual se deniega el recurso de reconsideración presentado en contra de la Resolución N°JD-3114 de 19 de diciembre de 2001 y se mantiene en todas sus partes el acto originario.

II. Los hechos u omisiones en que se fundamentan los demandantes, los contestamos de la siguiente manera:

Primero: Este no es un hecho, sino una transcripción parcial del Pliego de Cargos formulado en contra de CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A.; como eso se le tiene.

Segundo: Este hecho se responde como el primero.

Tercero: La primera parte de este hecho no es cierta de la manera en que lo expone el demandante; por tanto, la negamos. El resto es una transcripción parcial del acto impugnado y sólo como tal se le tiene.

Cuarto: Este hecho es cierto; por tanto, lo aceptamos.

Quinto: Este hecho no es cierto de la forma en que se plantea; por tanto, lo negamos.

Sexto: Este no es un hecho, sino apreciaciones subjetivas y alegaciones de la apoderada judicial de la sociedad demandante; como tales las negamos.

Séptimo: Este hecho es cierto; por tanto, lo aceptamos.

Octavo: Este no es un hecho, sino apreciaciones subjetivas y alegaciones de la abogada de la recurrente; por tanto, los negamos.

Noveno: Este hecho lo contestamos igual que el anterior.

Décimo: Este hecho lo respondemos como el noveno.

III. Las disposiciones jurídicas invocadas por la parte actora como violadas y los conceptos de infracción a las mismas, son las que a seguidas se copian:

A. El numeral 6 del artículo 5 de la Ley N°31 de 1996:

"Artículo 5. La política del Estado en materia de telecomunicaciones objeto de esta Ley, será la siguiente:

...

6. Establecer un régimen que imprima certeza y seguridad jurídica, en materia de regulación de las telecomunicaciones".

Concepto de infracción:

"El Ente Regulador de los Servicios Públicos omitió la aplicación de esta norma, violentando en forma directa la política del Estado consagrada en esta norma, toda vez que el cargo imputado y el proceso sancionador dista de garantizar certeza y seguridad jurídica al régimen en materia de telecomunicaciones, desconociéndose el principio legal de la fuerza mayor e imponiendo un proceso sancionador para infracciones en materia de telecomunicaciones, frente a un supuesto incumplimiento contractual".

B. El artículo 41 de la Ley N°31 de 1996:

"Artículo 41. Los concesionarios y los clientes de los servicios de telecomunicaciones, tendrán los derechos y 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 contenidos en los Códigos Fiscal, Civil, Penal y demás normas pertinentes de la legislación panameña, en lo que les sea aplicable y no sean contrarios a esta Ley y a las leyes especiales sobre la materia".

Concepto de infracción:

La norma ha sido violentada en forma directa por omisión, toda vez que el Ente Regulador de los Servicios Públicos en el Acto Principal y Confirmatorio ha desconocido el concepto jurídico fundamental de fuerza mayor, reconocido expresamente en la Cláusula 15ª del Contrato de Concesión y contenido en el Artículo 34D del Código Civil Panameño. Esa norma violada está dentro del Capítulo IV de la Ley N°31 de 1996, titulado Obligaciones y Derechos, específicamente para los concesionarios y clientes, por tanto, el Ente Regulador de los Servicios Públicos, en fiel cumplimiento de la ley debe reconocer los derechos consagrados en la misma, en el Contrato de Concesión N°134 de 1997, específicamente cumplir con los principios de derecho consagrados en el Código Civil, por tanto los actos demandados surgen en abierta violación al orden jurídico instituido".

C. El artículo 49 de la Ley N°31 de 1996:

"Artículo 49: Con excepción de los casos previstos en los numerales 4 y 5 del artículo 47, el Ente Regulador le otorgará al concesionario un plazo razonable para corregir la falta. Transcurrido este plazo sin haberse subsanado el incumplimiento, el Ente Regulador podrá recomendar a la entidad concedente, mediante informe motivado y documentado, la resolución administrativa del contrato de concesión."

Concepto de infracción:

"...

Así vemos que según la Ley N°31 de 1996, para los casos graves que califiquen de incumplimiento sustancial, que conlleva la posible resolución administrativa de la concesión, se establece para este caso extremo, un plazo razonable a favor del

concesionario para corregir la falta, por lo que tratándose de un simple incumplimiento de las obligaciones derivadas del Contrato de Concesión, que no califica de incumplimiento sustancial, debió aplicarse como mucho lo señalado en el Artículo 49 de esta Ley N°31 de 1996. No obstante, el Ente Regulador de los Servicios Públicos desconoce la aplicación de dicha norma iniciando un proceso sancionador, imponiendo una sanción económica que solo es aplicable para las contravenciones o infracciones en materia de telecomunicaciones. Si de darse un incumplimiento de una obligación contractual con calificativo de sustancial, el cual pudiera ameritar la resolución administrativa de la concesión, permite el establecimiento de un plazo de cura para subsanar el incumplimiento, el espíritu de la norma no puede ser interpretado de que en caso de un simple incumplimiento, este reciba el calificativo de infracción en materia de telecomunicaciones ejecutándose un proceso sancionador".

D. El artículo 58 de la Ley N°31 de 1996:

"Artículo 58: El Ente Regulador impondrá las sanciones administrativas previstas en el artículo anterior en forma excluyente, tomando en cuenta los siguientes criterios:

1. Circunstancias agravantes o atenuantes de la infracción;
2. Grado de perturbación o alteración de los servicios;
3. Cuantía de los daños o perjuicios ocasionados.

Las multas ingresarán al Tesoro Nacional y se impondrán, sin perjuicio de otras acciones legales a que haya lugar a favor del Estado o de terceros."

Concepto de infracción:

"...

De la lectura de la norma se colige que la facultad sancionadora atribuida al Ente Regulador de los Servicios Públicos no se otorga para ejercerla a discrecionalidad, por el contrario, la norma impone el tener que tomar en cuenta dichos criterios, previa la imposición de

la sanción, actuar sin tomar en cuenta los criterios señalados por la ley, violenta el principio del debido proceso lesionando los derechos subjetivos de Cable & Wireless Panamá, S.A. en violación directa de dicho precepto legal que sujeta la imposición de sanciones a los criterios antes señalados.

En el Pliego de Cargos no existen circunstancias agravantes, ya que los hechos no han demostrado intencionalidad, dolo, negligencia, culpa, ni reincidencia por parte de Cable & Wireless Panamá, S.A., por el contrario, la actuación de Cable & Wireless Panamá, S.A. corresponde a circunstancias que califican de atenuantes, ya que existe historial de buena conducta, cooperación con la autoridad, reporte oportuno y voluntario, así como situaciones de fuerza mayor que disminuyen la gravedad de la supuesta " infracción" en materia de telecomunicaciones, y que se desconocieron al momento de imponerse la sanción administrativa, violentándose esta norma que garantiza el principio del debido proceso".

E. El numeral 1 del artículo 59 de la Ley N°31 de 1996:

"Artículo 59. El Ente Regulador de los Servicios Públicos impondrá las sanciones previstas en el numeral 1 del artículo 57, previo 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 formalismo, publicidad e imparcialidad, todo ello con pleno respeto al derecho de iniciativa y de defensa del acusado.

...".

Concepto de infracción:

"El procedimiento establecido en esta norma es aplicable a las sanciones establecidas en el numeral 1 del Artículo 57, relacionadas con las infracciones en materia de telecomunicaciones, por tanto, el instaurar un proceso administrativo contra Cable & Wireless Panamá, S.A., sustentado en esta norma, ocasiona la

violación de la misma por indebida aplicación, ya que los cargos imputados obedecen a una obligación que se origina del Contrato de Concesión más no en una infracción en materia de telecomunicaciones.

A este respecto reiteramos lo señalado en la Vista N°46 de 7 de febrero de 2002 emitida por la Procuraduría de la Administración, dentro del Proceso Contencioso Administrativo de Plena Jurisdicción interpuesto por Cable & Wireless Panamá, S.A. para que se declaren nulas por ilegales las Resoluciones N° JD-2725 de 19 de abril de 2001 y JD2838 de 22 de junio de 2001 emitidas por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, entre otras conclusiones señala:

'En ese sentido, claramente no son aplicables en el presente caso las normas del Título III, Infracciones, Sanciones y Procedimiento Sancionador, Capítulo I, artículos 56 a 60 inclusive, de la Ley N°31 de 1996, pues los actos impugnados no han determinado la violación de la normativa sobre telecomunicaciones, sino el incumplimiento de obligaciones contractuales contraídas por parte de CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., en el Anexo C del Contrato de Concesión N° 134 de 1997'.

F. El artículo 693 del Código Judicial:

"Artículo 693. (682). Cuando el Juez halle probados los hechos que constituyen una excepción, aunque ésta no se haya propuesto ni alegado, debe reconocerla en el fallo, una vez surtida la tramitación del proceso y decidir el pleito en consonancia con la excepción reconocida; sin embargo, respecto de las excepciones de prescripción y de compensación, es preciso que se aleguen.

La resolución que decide el incidente de previo y especial pronunciamiento en cualquiera de las materias antes indicadas, tendrá carácter de sentencia."

Concepto de infracción:

"El Ente Regulador de los Servicios Públicos ha infringido esta norma por

violación directa por omisión al omitir su aplicación por ser un hecho público el vandalismo telefónico, el cual constituye una excepción dentro del proceso y el no haberla reconocido en el fallo, emitiendo una decisión no cónsona con dicha excepción, contraviene esta norma lesionando los derechos subjetivos de Cable & Wireless Panamá, S.A., la cual al tenor de esta norma procesal, no requería alegar dicho hecho público que se considere probado".

G. El artículo 1001 del Código Civil:

"Artículo 1001. Las condiciones imposibles, las contrarias a las buenas costumbres y las prohibidas por la ley, anularán la obligación que de ellas dependa.

La condición de no hacer una cosa imposible se tiene por no puesta."

Concepto de infracción:

"El Ente Regulador de los Servicios Públicos ha infringido en forma directa por omisión el precepto legal establecido, toda vez que estando informado de la imposibilidad del cumplimiento de obligación por los hechos vandálicos que afectaron mensualmente los porcentajes de cumplimiento, y cuyo impuesto se plasma al momento de prorratear el porcentaje anual, debió dispensar a Cable & Wireless Panamá, S.A. de dicha obligación por resultar la misma imposible de cumplir".

H. La Cláusula 15 del Contrato de Concesión N°134 de 1997:

"CLAUSULA 15a: FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO

No se considerará que el CONCESIONARIO haya incumplido obligación alguna derivada del presente CONTRATO DE CONCESION, incluyendo las obligaciones contempladas en las metas de calidad y expansión del Anexo C de este Contrato, si el incumplimiento se debe a cualquier circunstancia que se encuentre fuera de su control por razones de fuerza mayor o caso fortuito, tal y como éstos se

definen en las Cláusulas 8.5.1 y 8.5.2 de este Contrato."

"8.5.2 Para los efectos del presente CONTRATO DE CONCESION se considerarán casos de fuerza mayor, entre otros, los siguientes eventos: guerras, revoluciones, insurrecciones, disturbios civiles, bloqueos, embargos, huelgas, restricciones o limitaciones de materiales o servicios necesarios para la prestación de los servicios objeto de este Contrato, así como cierres y cualesquiera otras causas, que sean o no del tipo antes señalado que ocurran dentro del área de concesión de este Contrato, siempre y cuando ocasionen de manera directa y principal que el CONCESIONARIO no pueda cumplir oportunamente con las obligaciones contenidas en este Contrato."

Concepto de infracción:

"Del expediente se desprende que al momento de ordenarse a la Comisionada Sustanciadora que se adelantaran las diligencias de investigación para la verificación de los hechos, no fueron considerados los motivos que pudieron influir para que se diera la infracción que se pretende imputar, no se verificó la naturaleza de los hechos ni las consecuencias jurídicas de los mismos, no se verificaron ni evaluaron las razones de los resultados obtenidos, ni la existencia de eximentes de responsabilidad, obviándose la búsqueda objetiva de la verdad, por tanto faltándose a principios básicos que deben regir toda actuación administrativa tales como imparcialidad, uniformidad, claridad, sin menoscabo del debido proceso legal, con objetividad y con apego al principio de estricta legalidad como indica la Ley N°38 de 2000 relativa al Procedimiento Administrativo General aplicable a las actuaciones de los funcionarios públicos.

Adicionalmente, el Ente Regulador de los Servicios Públicos en el Acto confirmatorio infringe literalmente el precepto contractual de esta cláusula, toda vez que le da un sentido distinto al establecido por dicha cláusula, cuando en el Considerando 4.18 indica:

'4.18 Por otro lado, la situación de vandalismo no puede considerarse como un evento de fuerza mayor eximente de responsabilidad para el cumplimiento de la Cláusula 37a, sencillamente porque esta Cláusula establece plazos para la reparación de los teléfonos públicos desde el momento en que se detecta o notifica que el teléfono público ha sufrido un daño, por lo que la fuerza mayor debe estar en función del hecho que impida a la empresa reparar los teléfonos (sic) en dentro de tales plazos y no en función de cómo se genera el daño o de que causa el daño. Es decir, la causal de fuerza mayor no permite que el concesionario pueda reparar el teléfono público dañado dentro de los plazos de reparación que contempla la referida Cláusula 37a, que en nuestro caso específico, definitivamente no lo constituye el vandalismo, debido a que el vandalismo es la supuesta causa del daño en el teléfono público'

Discrepamos de esta interpretación, ya que el vandalismo no solo es la causa de un alto porcentaje de daños en los teléfonos públicos sino que es una causa recurrente la que escapa del control inclusive de las autoridades de policía y cuya reincidencia afecta la disponibilidad de los recursos técnicos y humanos de que debe disponer Cable & Wireless Panamá, S.A. para enfrentar el volumen impredecible de actos vandálicos, lo que indica que si los daños por dichos actos exceden de los proyectados o estimados, evidentemente los plazos de reparación se afectan, ya que resulta insostenible los esfuerzos que el personal asignado debe asumir para lograr con el estándar establecido.

...

Cable & Wireless Panamá, S.A. no pretende excusarse en el vandalismo por no haber cumplido, lo que se pretendió desde el momento en que se informó al Ente Regulador de los Servicios Públicos es de que, por derecho, se reconozcan estos actos como eximentes de la obligación y por tanto, al tenor de la Cláusula 15a del Contrato de Concesión N°134 de 1997, se exonere a Cable & Wireless Panamá, S.A. del incumplimiento de dicha

obligación por haber incidido estos actos en forma directa y principal en que Cable & Wireless Panamá, S.A. no pudiera cumplir oportunamente con los porcentajes establecidos. Esto resulta así, toda vez que era del conocimiento del Ente Regulador de los Servicios Públicos que Cable & Wireless Panamá, S.A., para mantener la operabilidad de los teléfonos públicos afrontó altos índices de vandalismo que exigieron de planes de acción que involucraron la utilización de recursos económicos y humanos no presupuestados para afrontar una situación extraordinaria, impredecible e incontrolable inclusive para las autoridades de policía".

I. El artículo 326 del Decreto Ejecutivo N°73 de 9 de abril de 1997:

"Artículo 326. El Contrato de Concesión de INTEL, S.A. podrá establecer un período de gracia, para el cumplimiento de las metas y obligaciones contenidas en este Reglamento, permitiéndole a INTEL, S.A. de esta manera alcanzar dichas metas y obligaciones."

Concepto de infracción:

"Al emitirse los actos demandados, el Ente Regulador cometió una infracción literal contra este precepto legal en forma directa por omitir su aplicación, toda vez que de configurarse un incumplimiento a obligaciones contenidas en el Reglamento, procedía reconocerse a Cable & Wireless Panamá, S.A. el período de gracia que el Contrato de Concesión otorga en la Cláusula 61, consistente en un período de ciento cincuenta (150) días calendario. Adicionalmente dicha cláusula señala respecto a la falta que: 'si la misma no es corregida en dicho plazo, se iniciará el procedimiento a que hace referencia el Artículo 54 de la Ley N°31'.

IV. Defensa de los actos impugnados por la Procuraduría de la Administración.

Por considerar que todos los conceptos de infracción se encuentran relacionados, este Despacho se permite contestarlos de forma conjunta.

El Estado celebró con la empresa CABLE & WIRELESS PANAMÁ, S.A., el Contrato de Concesión No. 134 de 29 de mayo de 1997, en virtud del cual se le otorgó a esta empresa el derecho de instalar prestar, operar y explotar por su cuenta y riesgo, dentro de su área de concesión, los servicios de telecomunicaciones que se describen en la Cláusula 4° del citado Contrato, hasta el 1° de enero del año 2003.

La cláusula 4° del citado contrato, autoriza al concesionario a prestar dentro de su área de concesión, de acuerdo a la clasificación de servicios contenida en la Resolución No. JD-025 de 12 de diciembre de 1996, emitida por el Ente Regulador, los siguientes servicios: 101 Servicio de telecomunicación básica local; 102 Servicio de telecomunicación básica nacional; 103 Servicio de telecomunicación básica internacional; 104 Servicio de terminales públicos y semipúblicos; y 105 Servicio de alquiler de circuito dedicado de voz.

La Cláusula No.37 del Contrato de Concesión No. 134 de 29 de mayo de 1999, estableció que la empresa CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., tiene la obligación de reparar los daños de los teléfonos públicos, desde la detección o notificación del daño, en un 95% de los casos anuales, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas, y en el 98%, dentro de las noventa y seis (96) horas.

De igual forma, tal obligación quedó establecida en el artículo 73 del Decreto Ejecutivo N°73 de 9 de abril de 1997.

Para determinar el cumplimiento o no de la obligación contenida en la referida la Cláusula No.37 del Contrato de Concesión y en el artículo 73 del Decreto Ejecutivo N°73 de 1997, Cable & Wireless Panamá S.A., debe presentar Declaraciones Juradas en los cuatro (4) cuatrimestres del año, remitiendo la información relacionada, de conformidad lo prevé la citada cláusula del contrato.

La Dirección Nacional de Telecomunicaciones del Ente Regulador de los Servicios Públicos, elaboró un Resumen Ejecutivo, en el que se analizó la información, y valores proporcionado por la empresa Cable & Wireless Panamá, S.A. en sus cuatro (4) Declaraciones Juradas presentadas los días **28 de abril de 2000 (primer trimestre), 31 de julio de 2000 (segundo trimestre), 18 de octubre de 2000, (tercer trimestre), 30 de enero de 2001 (cuarto trimestre).**

Las Declaraciones Juradas presentadas por la empresa Cable & Wireless Panamá, S.A. vinieron acompañadas de cuadros denominados "Porcentaje de reparación en teléfonos públicos en la Cláusula 37, en los que se detallan por Provincia, las averías reparadas por la empresa Cable & Wireless Panamá, S.A. y los porcentajes de cumplimiento de la Cláusula 37 en los parámetros de 48 y 96 horas, durante el año 2000.

Para analizar los valores consignados en dichos cuadros, la Dirección Nacional de Telecomunicaciones solicitó a dicha Concesionaria un cuadro adicional donde además de mostrar los porcentajes obtenidos en 48 y 96 horas, mostrara los valores del numerador para 48 y 96 horas respectivamente, el denominador, el total de reclamos presentados, discriminados, y pendientes por reparación y el porcentaje de pendientes.

Sobre la base de los valores proporcionados por la empresa Cable & Wireless Panamá, S.A., a lo exigido por la Cláusula 37 del Contrato de Concesión No. 134, y al análisis realizado en dicho Resumen Ejecutivo se obtuvieron los siguientes resultados:

CLÁUSULA No 37	48 horas	96 horas	Pendientes
Meta para el año 2000	95%	98%	2%
Nivel obtenido por CWP	90.31%	96.94%	2.52%

Esta claro pues, que la empresa Cable & Wireless Panamá, S.A., incumplió con normas vigentes en materia de telecomunicaciones, específicamente lo establecido en la Cláusula 37 del Contrato de Concesión No. 134 de 29 de mayo de 1997, al no reparar los daños en los teléfonos públicos en un 95% de los casos anuales, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas, y en el 98%, dentro de las noventa y seis horas.

El Decreto Ejecutivo No. 73 de 9 de abril de 1997, regula en los Artículos 70 y 72 el buen funcionamiento de un teléfono público, indicando que, "los teléfonos públicos deberán brindar a los usuarios servicios de telefonía local, nacional e internacional, de operadora y acceso gratuito a números de emergencia" y, "todo teléfono público ubicado en una zona en la que es el único medio de comunicación accesible al público deberá estar en capacidad de recibir llamadas".

El Servicio Básico de Terminales Público y Semipúblico, se inspira en el Principio de bienestar social y de interés público, toda vez que en las áreas rurales de difícil acceso, el mismo es el único medio de comunicación con las áreas más desarrolladas de la Ciudad.

Las situaciones de vandalismo alegadas por la Apoderada Especial de la empresa Cable & Wireless Panamá, S.A., como defensa de los cargos endilgados, y que a juicio de aquella afectaron el porcentaje de reparación de estos teléfonos públicos, no pueden ser tomadas en consideración para justificar la falta de cumplimiento en los parámetros establecidos en la Cláusula No.37 del Contrato de Concesión.

Ya desde antes de que entrara en vigencia la obligación de reparar los teléfonos públicos en los plazos que contempla la Cláusula N°37, o sea a partir del 1° de enero de 1999, casi dos años después de otorgada la concesión, los teléfonos públicos eran objeto de actos de vandalismo, como pudo comprobar el Ente Regulador en 1997, al realizar inspecciones generales para monitorear el funcionamiento de los teléfonos públicos instalados.

Toda vez que se tenía conocimiento de un alto índice de teléfonos públicos vandalizados, se emitió la Resolución No. JD- 1059 de 16 de octubre de 1998, modificada mediante las Resoluciones No. JD- 1148 de 23 de diciembre de 1998 y No. JD- 1857 de 1 de marzo de 2000, mediante la cual el Ente Regulador adoptó un procedimiento que permitió a la Concesionaria sustituir los teléfonos públicos mixtos vandalizados por teléfonos públicos que solamente utilizan tarjetas, en virtud de que, precisamente, los teléfonos públicos mixtos (utilizan monedas y tarjetas) eran los que más incidencia tenían en cuanto a vandalismo.

Al establecer los índices de reparación de los teléfonos públicos en el Contrato de Concesión, las partes, y en especial Cable & Wireless Panamá, S.A., conocían de los

riesgos y ventajas de operar el servicio de telefonía pública, siendo que el Contrato de Concesión No. 134 de 1997, fue un documento homologado previamente por todas las empresas precalificadas en el proceso de licitación pública para la venta del 49% de las acciones de INTEL, S.A., empresas que tuvieron la oportunidad de visitar y conocer todas las instalaciones y la información relacionada con la operación del otrora INTEL, S.A.. Por ello es que resulta inaceptable el argumento de la empresa al señalar que los porcentajes establecidos en el Contrato de Concesión obedecen a altos estándares de calidad y eficiencia considerando situaciones normales, puesto que todo negocio tiene en sí una situación de riesgo que asumen las empresas.

La situación de vandalismo alegada por la Apoderada Especial de la empresa Cable & Wireless Panamá, S.A. no es una causa de fuerza mayor, que imposibilite el cumplimiento de la obligación de reparación de los teléfonos públicos bajo los plazos o parámetros indicados en la Cláusula No.37 del Contrato No. 134, **toda vez que la fuerza mayor debe estar en función del hecho que impida a la empresa reparar los teléfonos dentro de tales plazos y no en función de cómo se genera el daño o de que causa el daño**, tomando en consideración los casos de fuerza mayor tratados en la Cláusula 8.5.2 del Contrato de Concesión No. 134.

La Cláusula 37 del Contrato de Concesión previó, que podían existir circunstancias que impidieran al concesionario cumplir con los plazos de reparación de los teléfonos públicos, de tal manera que estipuló que tales plazos

excepcionalmente se podían extender por motivos de fuerza mayor, caso fortuito y en aquellas áreas de difícil acceso.

El Artículo 77 del Decreto Ejecutivo No.73 de 9 de abril de 1997, le permite al Concesionario que incumpla cualquier condición de su concesión, el presentar un informe dentro de las setenta y dos (72) horas que siguen al inicio del incumplimiento, exponiendo los motivos del mismo y el plan establecido para subsanar, asimismo, la fecha en que cesó tal incumplimiento; condiciones estas que no fueron cumplidas por Cable & Wireless Panamá, S.A., en la nota presentada por la Vicepresidencia Ejecutiva de Servicio al Cliente.

Debe resaltarse que el incumplimiento de la Cláusula No.37 del Contrato de Concesión No.134 de 29 de mayo de 1997, no constituye "incumplimiento sustancial", toda vez que la misma no fue establecida como una de las diecinueve (19) metas indicadas en el Anexo C de dicho contrato; por tanto, el incumplimiento de dicha norma se entiende como una infracción en materia de telecomunicaciones, a la cual se le aplican las sanciones correspondientes, previo el cumplimiento del Procedimiento Sancionador establecido en el Artículo 59 de la Ley No. 31 de 8 de febrero de 1996.

En cuanto a las atenuantes alegadas por la Apoderada Especial de la empresa Cable & Wireless Panamá, S.A., es oportuno indicar que mediante Resolución No. JD-2322 de 29 de agosto de 2000, confirmada mediante Resolución No. JD-2450 de 10 de octubre de 2000, esta Entidad Reguladora le impuso a dicha empresa Concesionaria, previo Proceso Sumario, una multa diaria de B/.100.00 por cada uno de los diecinueve teléfonos públicos no reparados, y ubicados en las comunidades de

difícil acceso, por infringir la Resolución No. JD-1944 de 7 de abril de 200, que prorrogó los plazos de reparación de los teléfonos públicos instalados en las áreas rurales de difícil acceso, establecidos en la Cláusula 37 del Contrato de Concesión No. 134 de 29 de mayo de 1997.

Aun cuando para el caso anterior, no se alegaron causas de vandalismo, es de resaltar que, el Ente Regulador de los Servicios Públicos promueve que los Concesionarios presten los servicios de telecomunicaciones de acuerdo al Principio de Acceso Universal, asegurando la continuidad, calidad y eficiencia de los servicios de telecomunicaciones en todo el territorio nacional.

V. Solicitud.

Reiteramos nuestra solicitud a los Honorables Magistrados para que se denieguen todas las peticiones formuladas por parte de la parte demandante.

VI. Pruebas.

Aceptamos únicamente los originales y copias debidamente autenticadas que se han presentado con el libelo de la demanda.

Aducimos el expediente administrativo de la actuación demandada, mismo que puede ser solicitado al Director Presidente del Ente Regulador de los Servicios Públicos.

VII. Derecho: Negamos el invocado por la demandante.

Del Señor Magistrado Presidente,

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

AMdeF/17/bdec

Lcda. Martha García H.
Secretaria General, a.i.