

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 206

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 8 de julio de 2005

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

El Licenciado Arcelio Vega, en representación de **Cable & Wireless Panamá, S.A.**, para que se declare nula, por ilegal, la Resolución N°JD-4392 de 17 de diciembre del 2003, emitida por la Junta Directiva del **Ente Regulador de los Servicios Públicos**, el acto confirmatorio y para que se hagan otras declaraciones.

**Contestación de
la demanda.**

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

Acudo ante usted con la finalidad de contestar la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción enunciada al margen superior, conforme a nuestras atribuciones legales.

I. Los hechos en que se fundamenta la demanda, los contestamos así:

Primero: Es cierto; por tanto, se acepta.

Segundo: Es cierto; por tanto, se acepta.

Tercero: No es cierto como se expone; por tanto, se niega.

Cuarto: No es cierto en la forma en que viene expuesto; por tanto, se niega.

Quinto: No es cierto; por tanto se niega.

Sexto: No es cierto como se expone; por tanto se niega.

Séptimo: No es cierto como se expone; por tanto, se niega.

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

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

Décimo: No es cierto como se expone; por tanto se niega.

Undécimo: No me consta; por tanto, se niega.

Duodécimo: Es cierto; por tanto, se acepta.

Décimo Tercero: No es cierto; por tanto, se niega.

Décimo Cuarto: No es cierto; por tanto, se niega.

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

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

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

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

Décimo Noveno: No es cierto; por tanto, se niega.

Vigésimo: No es cierto; por tanto, se niega.

Vigésimo Primero: No es cierto; por tanto, se niega.

Vigésimo Segundo: No es cierto; por tanto, se niega.

Vigésimo Tercero: No es cierto, por tanto, se niega.

II. Las normas que se aducen infringidas y sus conceptos, son las que a seguidas se analizan:

1. Según el demandante, se han infringido los artículos 38 de la Ley No. 31 de 8 de febrero de 1996 y 976 del Código Civil, transcritos en fojas 272, 273 y 278 del expediente judicial.

El apoderado especial de la sociedad demandante, aduce que la Resolución No. JD-4392, viola en el concepto de indebida aplicación el numeral 1 del artículo 38 de la Ley No. 31 de 8 de febrero de 1996, al aplicarse a supuestos de

hecho que no corresponden o no encajan con el contemplado en la norma.

Señala, que de conformidad con lo que establece el contrato de concesión, al concluir la obligación de CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., de prestar el servicio básico local a una tarifa de acceso universal, el Ente Regulador no puede, supuestamente fundamentado en el numeral 1 del artículo 38 de la Ley de Telecomunicaciones imponer barreras o límites no amparados en la Ley.

Por otro lado, aduce la parte actora, que a partir de la apertura del mercado de las telecomunicaciones, el día 2 de enero del año 2003, han entrado diversas empresas a prestar los servicios de telecomunicaciones que se encontraban en régimen de exclusividad hasta el día 1 de enero de 2003, por tanto, no existe un solo concesionario, aunado a que el Ente Regulador, no ha realizado una clasificación de los concesionarios de telecomunicaciones que permita determinar si CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., cuenta con posición dominante en el mercado.

En cuanto al artículo 976 del Código Civil, aduce que la Resolución No. JD-4392, produce una violación directa por omisión, al dejar de aplicar al caso pertinente una disposición clara y explícita que reconoce derechos subjetivos a favor de su representada.

Defensa del Ente Regulador por la Procuraduría de la Administración.

La Ley N°26 de 29 de enero de 1996 modificada mediante las Leyes N°24 de 30 de junio de 1999 y N°15 de 7 de febrero

de 2001, establece en su artículo 8, que las empresas prestadoras de servicios públicos de agua potable, alcantarillado sanitario, electricidad, telecomunicaciones, radio, televisión y las dedicadas a la transmisión y distribución de gas natural, **están sujetas a la jurisdicción del Ente Regulador, en los términos señalados por las respectivas leyes sectoriales.** Aunado a lo anterior, en el artículo 19 se establecen las facultades generales que posee el Ente Regulador para cumplir con sus funciones de regular y controlar la correcta prestación de los servicios sujetos a su competencia.

Acorde con lo anterior, la Ley N°31 de 8 de febrero de 1996, por la cual se dictan normas para **la regulación de las telecomunicaciones en la República de Panamá,** en su artículo 2, establece que la finalidad del Ente Regulador de los Servicios Públicos, es regular, ordenar, fiscalizar y reglamentar eficazmente entre otros, la operación y administración de los servicios públicos de telecomunicaciones, en cumplimiento de las disposiciones legales vigentes, y en su artículo 73 le atribuye entre otras, la función de establecer las directrices técnicas y de gestión que se requieran en materia de telecomunicaciones.

De igual forma, el numeral 7, del artículo 5 de la Ley N°31, señala que constituye política de Estado en materia de telecomunicaciones, propiciar que los precios de los servicios sean justos y razonables y que las tarifas aplicables tiendan a reflejar los costos de proveer los servicios respectivos.

Por su parte, el artículo 37 de la Ley N°31, dispone que los precios de los servicios de telecomunicaciones ofrecidos en régimen de competencia, serán fijados por los concesionarios, salvo la excepción prevista en el numeral 1 del artículo 38, que señala que el Ente Regulador podrá establecer regímenes de tarifas para estos servicios, cuando exista un solo concesionario para la prestación de un determinado servicio a nivel nacional o en un área geográfica determinada.

Debemos señalar que el día 1 de enero del año 2003, culminó el período de exclusividad temporal otorgado a la empresa Cable & WIRELESS PANAMA, S.A., mediante Contrato de Concesión No. 134 de 29 de mayo de 1997, celebrado con el Estado, para operar, prestar, administrar y explotar los servicios básicos de telecomunicaciones. A partir del día 2 de enero de 2003 el mercado de los servicios básicos de telecomunicaciones se encuentra en régimen de libre competencia en la República de Panamá.

Es importante destacar que durante el período de exclusividad temporal otorgado a la empresa demandante, los servicios básicos de telecomunicaciones se encontraban sujetos al régimen de tope de precios, de conformidad con lo estipulado en el Anexo E, del Contrato de Concesión No. 134 de 1997.

Consta en el expediente, que la empresa Cable & Wireless Panamá, S.A., sin autorización alguna, anunció cambios en los planes de la tarifa telefónica a partir del día 2 de enero del año 2004, sin consultar con la entidad reguladora y

obviando lo que establece el contrato de concesión y las leyes sectoriales que rigen las telecomunicaciones, lo que motivó que el Ente Regulador de los Servicios Públicos, expidiera la Resolución No. JD-4392 de 17 de diciembre de 2003, donde entre otras cosas, comunicó a la empresa Cable & Wireless Panamá, S.A., que se abstuviera de modificar la estructura de planes tarifarios, hasta que los mismos fueran revisados y aprobados por la entidad reguladora.

Vale destacar, que la apertura del mercado se encuentra sujeta a la regulación de la Entidad Reguladora por la especial materia que tutela y que incide en los usuarios y clientes de los servicios públicos de telecomunicaciones.

Contrario a lo que aducen los apoderados legales de la sociedad demandante, no es cierto que el Ente Regulador de los Servicios Públicos esté imponiendo barreras o límites no amparados en la ley a la empresa CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., pues la Cláusula 42 del Contrato de Concesión indica lo siguiente:

"CLAUSULA 42: PRECIO DE LOS SERVICIOS RECLASIFICADOS

Una vez reclasificados los servicios de telecomunicaciones, contenidos en la Cláusula 4 de este Contrato, el CONCESIONARIO fijará libremente los precios de cada uno de estos servicios, **salvo que se aplique lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley No. 31...**"

(Lo resaltado es nuestro)

Por su parte, el artículo 38 de la Ley No. 31 de 1996, a la letra establece:

"Artículo 38: El Ente Regulador podrá establecer regímenes de tarifas para los servicios de telecomunicaciones, en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando exista un solo concesionario para la prestación de un determinado servicio a nivel nacional o en un área geográfica determinada;
2. ..."

Resulta evidente, que el Ente Regulador de los Servicios Públicos, actuó de conformidad con lo que establece la ley, al acreditarse en el proceso, que la empresa demandante, mantiene una posición de **operador dominante**, la cual se ha mantenido a pesar de la apertura de los servicios de telecomunicaciones, por ser el único concesionario que brinda el servicio en casi todo el territorio nacional, por ende, el acto impugnado, encuentra asidero jurídico en el numeral 1, del artículo 38 de la Ley, al corroborarse la ausencia de competencia efectiva.

En el Informe de Conducta remitido al Magistrado Sustanciador, mediante Nota No. DPER-3899-04, de 21 de diciembre de 2004, el Director Presidente del Ente Regulador de los Servicios Públicos, señala que de conformidad con la cláusula 40 del Contrato de Concesión No. 134 de 29 de mayo de 1997, CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., está obligado a mantener, mientras dure su contrato, una tarifa de acceso universal para el servicio de telecomunicaciones básica local, en los términos que el propio contrato dispuso en el Anexo E, en el cual se establecieron tres (3) planes para el servicio de telefonía básica residencial, siendo el Plan No. 1, el plan social o plan de acceso universal.

Aduce el Director Presidente de la entidad demandada, el señor José Galán Ponce, que la mencionada cláusula, estipula que la obligación de proveer el servicio de telefonía básica

local a la tarifa de acceso universal se extinguía un año después de concluido el período de exclusividad temporal, es decir el 1 de enero de 2004, y con fundamento en lo anterior, el Ente Regulador, entiende que si bien se extingue la obligación de proveer el servicio de telefonía local a la tarifa de acceso universal, no se extingue la obligación de mantener la estructura de planes estipuladas en el contrato. Es decir, la empresa debe mantener el Plan 1, Plan 2 y el Plan 3, denominados respectivamente, Plan Social, Plan Estándar y el Plan de Uso Ilimitado, independientemente de que surjan nuevos planes promocionales.

Por otro lado, tampoco se configura la supuesta violación del artículo 976 del Código Civil, al constatarse en el proceso, que no se ha impedido la ejecución del Contrato de Concesión, como aduce la sociedad demandante, puesto que el Ente Regulador de los Servicios Públicos, ha actuado de conformidad con lo que establecen las normas legales que rigen la materia y atendiendo la excepción prevista en la cláusula 42, que permite aplicar lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley No. 31 de 1996.

La Ley Sectorial de Telecomunicaciones atribuye al Ente Regulador la facultad de establecer las directrices técnicas y de gestión que se requieran en materia de telecomunicaciones, siendo política de Estado propiciar que los precios de los servicios de telecomunicaciones, sean justos y razonables y que las tarifas tiendan a reflejar los costos de proveer los servicios respectivos.

Otro aspecto digno de destacar, es que la existencia de competencia en el sector, no significa que el Estado, a través del Ente Regulador, no se encuentre facultado para imponer a los concesionarios un determinado régimen tarifario, ni que éstos, no tengan que justificar los precios de los servicios que prestan, cuando la entidad reguladora, considere que no cumplen con los principios consagrados en la reglamentación legal o incurran en actos que atenten contra la libre competencia.

En efecto, el Reglamento de Telecomunicaciones en concordancia con lo establecido en la Ley Sectorial establece en el artículo 44 que el Ente Regulador podrá dictar normas técnicas y de gestión; por consiguiente, la intervención del Ente Regulador es esencial para que exista un balance en el sector de telecomunicaciones. A lo expuesto se agrega que nuestra Constitución Política, en su artículo 279, impone la necesidad de salvaguardar el interés público y el bienestar social, respetando la seguridad jurídica, al disponer que El Estado intervendrá en toda clase de empresa, dentro de la reglamentación que establezca la Ley, para hacer efectiva la justicia social, exigiendo la debida eficacia en los servicios.

Es evidente que CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., interpreta de manera errónea lo dispuesto en el Anexo E del Contrato de Concesión No. 134 de 1997, ya que en ningún momento ahí se establece que vencida la exclusividad para la prestación de los servicios básicos, los planes tarifarios

quedaban a la discrecionalidad de la concesionaria, permitiéndole eliminar alguno de ellos.

Los argumentos planteados, son más que suficientes para concluir que no prosperan los cargos de ilegalidad contra la Resolución N°JD-4392 de 17 de diciembre del 2003, dictada por la Junta Directiva del Ente Regulador de los Servicios Públicos, al constatarse que la entidad reguladora, actuó acorde con lo que disponen las normas que rigen la materia, específicamente, la Ley No. 26 de 29 de enero de 1996, Ley No. 24 de 30 de junio de 1999, Ley No. 31 de 8 de febrero de 1996, y el Decreto Ejecutivo No. 73 de 9 de abril de 1997.

Por lo expuesto, este despacho, solicita a los Honorables Magistrados, que desestimen las pretensiones de la demandante y, en su lugar, se declare que NO ES ILEGAL la Resolución No. JD-4392 de 17 de diciembre de 2003, emitida por la Junta Directiva del Ente Regulador de los Servicios Públicos.

Pruebas: De las presentadas, aceptamos las identificadas como a), b), c), d), e) y g).

Objetamos la prueba identificada como "f) Reporte de Déficit Económico en la prestación del Plan de Acceso Universal", por no cumplir con lo que establece el artículo 792 del Código Judicial.

Aducimos como prueba de la Administración el expediente administrativo que contiene la actuación surtida en la vía gubernativa.

Oportunamente aduciremos y presentaremos el resto de las pruebas que estimemos pertinentes.

Derecho: Negamos el invocado por la sociedad demandante.

Del Señor Magistrado Presidente,

Oscar Ceville
Procurador de la Administración

OC/4/mcs

Licdo. Víctor L. Benavides P.
Secretario General