

Vista 317
Panamá, 18 de mayo de 2006.

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

**Contestación
de la demanda.**

El licenciado Ariel Fernando Quijano Martínez, en nombre y representación de **NXGENTELE DE PANAMÁ, S.A.**, para que se declare nula, por ilegal, la Resolución JD-5256 del 19 de abril de 2005, dictada por el **Ente Regulador de los Servicios Públicos**, y para que se hagan otras declaraciones.

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

Acudo ante usted en ejercicio de la atribución contenida en el numeral 2 del artículo 5 de la Ley 38 de 2000, con la finalidad de contestar la demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción descrita en el margen superior.

I. Los hechos en los que se fundamenta la demanda, se contestan de la siguiente manera:

Primero: Es cierto; por tanto, se acepta. (Cfr. punto 12 de la foja 3 del expediente administrativo).

Segundo: Es cierto; por tanto, se acepta. (Cfr. fojas 2 a 12 del expediente administrativo).

Tercero: Es cierto; por tanto, se acepta. (Cfr. numeral 2 del literal C del artículo 1 de la Resolución CT-1399 del 27 de enero de 2003 visible a foja 5 del expediente administrativo).

Cuarto: Es cierto; por tanto, se acepta. (Cfr. numeral 3 del literal C del artículo 1 de la Resolución CT-1399 del 27 de enero de 2003 visible a foja 5 del expediente administrativo).

Quinto: Se acepta únicamente lo que consta en la foja 93 del expediente administrativo.

Sexto: Se acepta lo que consta en la foja 93 del expediente administrativo.

Séptimo: Se acepta lo que consta en la foja 93 del expediente administrativo.

Octavo: Se acepta lo que consta en las fojas 25 a 28 del expediente administrativo.

Noveno: Se acepta lo que consta en las fojas 15 a 20 del expediente administrativo.

Décimo: Se acepta lo que consta en las fojas 21 a 24 del expediente judicial.

Undécimo: Se acepta lo que consta en la foja 29 del expediente administrativo.

Duodécimo: Se acepta lo que consta en las fojas 105 a 110 del expediente administrativo.

Décimo Tercero: No consta; por tanto, se niega.

Décimo Cuarto: Se acepta lo que consta en la foja 93 del expediente administrativo.

Décimo Quinto: Se acepta lo que consta en la foja 38 del expediente administrativo.

Décimo Sexto: Se acepta lo que consta en las fojas 39 y 42 del expediente administrativo.

Décimo Séptimo: No consta; por tanto, se niega.

Décimo Octavo: Se acepta lo que consta en las fojas 1 a 4 del expediente judicial.

Décimo Noveno: Se acepta lo que consta en las fojas 5 a 9 del expediente judicial.

Vigésimo: No consta; por tanto, se niega.

Vigésimo Primero: Es cierto; por tanto, se acepta. (Cfr. fojas 5 a 9 del expediente judicial.

II. Disposiciones jurídicas que se aducen violadas y los correspondientes conceptos de las supuestas violaciones.

Como primera norma violada se aduce el artículo 46 de la Ley 31 de 1996, que faculta al Estado, a través del organismo concedente y mediante resolución motivada, de conformidad con las causales indicadas en la misma Ley o en el contrato de concesión respectivo, para declarar la resolución administrativa de un contrato de concesión, previo informe razonado del Ente Regulador de los Servicios Públicos.

El apoderado judicial de la sociedad demandante manifiesta que la norma invocada fue infringida, porque ni en las consideraciones previas ni en la parte resolutive de las resoluciones se señala específicamente el motivo o el artículo que sirvió como fundamento legal en el que el Ente Regulador de los Servicios Públicos se basó para denegar la solicitud de prórroga para el inicio de operaciones presentada por la empresa demandante.

Añade dicho apoderado judicial, que el Ente Regulador de los Servicios Públicos en las consideraciones previas de la Resolución JD-5256 de 2005 simplemente hizo énfasis en el hecho que NXGENTELE DE PANAMÁ, S.A., no tenía físicamente los

equipos de interconexión como justificación para su negativa de otorgar la prórroga solicitada. De acuerdo a su criterio, tal hecho no constituye infracción a ninguna de las normas vigentes en materia de telecomunicaciones ni se encuentra tipificado como conducta que merezca la pérdida de la concesión como sanción.

Agrega el apoderado de la demandante, que en la parte resolutive de la Resolución JD-5256 de 19 de abril de 2005 el Ente Regulador de los Servicios Públicos se limitó a enunciar en términos generales como fundamento de Derecho, las siguientes leyes y reglamentos en materia de telecomunicaciones: Ley 26 del 29 de enero de 1996, modificada por la Ley 24 del 30 de junio de 1999 y por Ley 15 del 7 de febrero de 2001; la Ley 31 del 8 de febrero de 1996; el Decreto Ejecutivo 73 del 9 de abril de 1997; la Resolución JD-2802 del 11 de junio de 2001 y la Resolución CT-1399 del 27 de enero de 2003 que otorga la concesión del servicio 103, pero no señala específicamente qué artículos de dichas resoluciones infringió NXGENTEL DE PANAMÁ, S.A.

Además manifiesta, que en las disposiciones indicadas no existe ningún artículo que señale expresamente cuáles son los motivos por los cuales se niega la prórroga de los servicios de telecomunicaciones una vez hayan transcurrido 24 meses, contados a partir del otorgamiento de la concesión. Tampoco precisan según expresa el apoderado judicial de la demandante cuál es el procedimiento ni los criterios de valoración que deben utilizarse para decidir la concesión de la prórroga.

También se indica que no obstante lo anterior, en el contexto de la Resolución acusada de ilegal, el propio Ente Regulador de los Servicios Públicos señala que el criterio utilizado para justificar su decisión de no otorgar la prórroga para el inicio de operaciones del servicio 103, fue un informe (no una norma específica) elaborado por la Dirección Nacional de Telecomunicaciones, en el que se recomienda que no se conceda a NXGENTEL DE PANAMÁ, S.A., una prórroga de 12 meses para iniciar la prestación del referido servicio. La parte actora finaliza sus argumentos relativos a la infracción alegada, invocando que las razones que justifican la decisión no fueron plasmadas en la resolución acusada de ilegal ni se hizo referencia a ellas como parte de dicho informe.

La parte actora aduce, como segunda norma violada el artículo 26.1 del Anexo A de la Resolución JD-2802 de 2001, el cual señala que los concesionarios del servicio de telecomunicación básica internacional deben iniciar operaciones comerciales a más tardar 24 meses después de haber sido otorgada la concesión. De acuerdo con tal norma, no se cumple con ese plazo, el concesionario pierde su concesión y los derechos que pudiera haber logrado en virtud de ella, como el código de acceso, entre otros. También dispone el artículo en referencia, que a solicitud justificada del concesionario, efectuada por lo menos 60 días calendarios antes de la expiración del plazo, el Ente Regulador de los Servicios Públicos podrá prorrogarlo hasta por un período de 12 meses adicionales.

Conjuntamente con la anterior, el apoderado de la demandante señala la infracción del numeral 2 de la sección C del artículo Primero de la Resolución CT-1399 del 27 de enero de 2003, que exige al concesionario el inicio de operaciones comerciales a más tardar 24 meses después de haber sido otorgada la concesión para la prestación del servicio de telecomunicación básica internacional. Según lo establece dicho numeral, de no cumplirse con ese plazo, el concesionario pierde la concesión y los derechos que pudiera haber obtenido en virtud de ella, según lo indica la Resolución JD-2802 del 11 de junio de 2001. De acuerdo con la norma que se aduce infringida por el acto acusado, el Ente Regulador de los Servicios Públicos podrá prorrogar el plazo de inicio de operaciones por un período de hasta 12 meses adicionales, previa solicitud justificada del concesionario, la cual deberá ser presentada por lo menos con 60 días de anticipación antes de la expiración del plazo.

En este apartado, el apoderado judicial de la sociedad demandante manifiesta que de las disposiciones que fundamentan la Resolución JD-5256 de 2005, éstas son las únicas que específicamente hacen alusión al tema de la pérdida de la concesión por no haber iniciado operaciones comerciales dentro del término de 24 meses a partir del otorgamiento de la concesión, porque ambas establecen básicamente lo mismo.

Con relación al artículo 26.1 del Anexo A de la Resolución JD-2802 de 2001, la parte actora también señala que la intención del párrafo segundo de esta norma es brindar

una oportunidad de iniciar operaciones comerciales a aquellos concesionarios que hayan adelantado las gestiones para llevar a cabo la interconexión física de sus redes con la del operador local CABLE & WIRELESS DE PANAMÁ, S.A., pero que no las hayan podido culminar a los 24 meses después de otorgada la concesión.

En tal sentido, añade que NXGENTEL DE PANAMÁ, S.A., ya se encontraba muy adelantada en sus gestiones al haber suscrito el Acuerdo de Interconexión con CABLE & WIRELESS DE PANAMÁ, S.A., e incluso ya había iniciado las primeras fases de la interconexión física, tales como las reuniones de implementación y el envío de parte de la documentación necesaria para el proceso de interconexión física. Además, había realizado con más de 60 días de anticipación la solicitud de prórroga justificada establecida en el artículo 26.1 del Anexo A de la Resolución JD-2802 de 2001, por lo que se encontraba dentro del tiempo señalado por el Ente Regulador de los Servicios Públicos para efectuar dicho trámite.

En cuanto al numeral 2 de la sección C del artículo Primero de la Resolución CT-1399 del 27 de enero de 2003, el abogado de la demandante señala que el concepto de la violación radica en que el Ente Regulador de los Servicios Públicos negó la prórroga del inicio de operaciones del servicio 103, a pesar que NXGENTEL DE PANAMÁ, S.A., efectuó su solicitud de manera justificada, lo que trajo como consecuencia la pérdida del esfuerzo invertido luego de obtener la concesión.

Además agrega, que la entidad reguladora siempre estuvo al tanto de todas las actuaciones de NXGENTELE DE PANAMÁ, S.A., en relación con los adelantos de la interconexión con CABLE & WIRELESS DE PANAMÁ, S.A., porque recibió los 3 informes que justificaban dicha petición, por lo que no les es posible entender las razones de declarar injustificada la solicitud de prórroga.

En tercer lugar, se aduce la violación del artículo 54 de la Ley 31 de 1996 relativo a la resolución administrativa de un contrato de concesión, el cual debe regirse por el procedimiento establecido en el artículo 59 de la misma Ley, en lo que fuere aplicable y no contravenga las disposiciones de ese capítulo.

Por remisión del artículo anterior, el abogado de la demandante transcribe el texto del artículo 59 de la Ley 31 de 1996, que establece el procedimiento aplicable en los casos en que el Ente Regulador de los Servicios Públicos deba imponer las sanciones previstas en el numeral 1 del artículo 57 de la misma Ley.

Al respecto, la parte actora sostiene que de la lectura del artículo 54 de la Ley 31 de 1996 se infiere que para la resolución de un contrato de concesión, debe aplicarse el procedimiento establecido en el artículo 59 de la Ley 31 de 1996 en lo que fuera aplicable.

A juicio del abogado de la demandante, el artículo 59 en referencia, describe el procedimiento sancionatorio en los casos de aplicación de multas por violación a las normas de telecomunicaciones, ya sea por denuncia o de oficio, y no se

refiere a la prórroga solicitada por el concesionario cuando no medie violación de disposiciones legales. Sin embargo, sí establece los términos dentro de los cuales los funcionarios del Ente Regulador de los Servicios Públicos deberán resolver las investigaciones de las infracciones y la aplicación de sanciones.

Según su criterio, el concepto de la violación radica en que los términos establecidos en el artículo 59 de la Ley 31 de 1996 para decidir acerca de la imposición de una sanción, con base en el artículo 54 de la misma Ley, sumados todos, no justifican el período de 5 meses que empleó el Ente Regulador de los Servicios Públicos para emitir la decisión de no prorrogar el período de inicio de operaciones de la empresa NXGENTEL DE PANAMÁ, S.A., para la prestación del servicio 103. En este orden de ideas, el apoderado judicial de la demandante añade que el propio numeral 2 del artículo 59 de la precitada Ley establece que “para la investigación se señala al sustanciador un término improrrogable de hasta treinta (30) días”.

En cuarto lugar, se aduce violado el artículo 36 de la Ley 38 de 2000 según el cual ningún acto podrá emitirse o celebrarse con infracción de una norma jurídica vigente, aunque éste provenga de la misma autoridad que dicte o celebre el acto respectivo. Dicha disposición igualmente señala que ninguna autoridad podrá celebrar o emitir un acto para el cual carezca de competencia, de acuerdo con la ley o los reglamentos.

El apoderado judicial de NXGENTELE DE PANAMÁ, S.A., manifiesta que antes de explicar el concepto de la violación de la norma invocada, resulta imprescindible señalar que de acuerdo con el artículo 37 de la Ley 38 de 2000, dicha "Ley se aplica a todos los procesos administrativos que se surtan en cualquier dependencia estatal, sea de la administración central, descentralizada o local, incluyendo las empresas estatales, salvo que exista una norma o ley especial que regule un procedimiento para casos o materias específicas. En este último supuesto, si tales leyes especiales contienen lagunas sobre aspectos básicos o trámites importantes contemplados en la presente ley, tales vacíos deberán superarse mediante la aplicación de las normas de esta ley."

El abogado de la demandante agrega que habiendo observado que existen lagunas en cuanto al procedimiento a seguir, específicamente para el caso de la evaluación de la solicitud de prórroga de las concesiones de telecomunicaciones en las leyes especiales, puesto que los artículos relacionados no establecen expresamente dicho trámite, debe entenderse que los procedimientos generales administrativos indicados en la Ley 38 de 2000 deben aplicarse complementariamente para llenar los vacíos que originen las leyes de telecomunicaciones.

Al explicar el concepto de esta infracción, el abogado de la demandante indica que el Ente Regulador infringió el artículo 36 de la Ley 38 de 2000, al haber emitido un acto administrativo como lo es la Resolución JD-5256 del 19 de

abril de 2005, infringiendo los artículos 40, 154 y 155 de la Ley 38 de 2000.

En quinto lugar, la parte actora considera que se ha infringido el artículo 40 de la Ley 38 de 2000, en concordancia con el artículo 41 de la Constitución Política de la República; disposición legal que se refiere a las reglas a seguir cuando se formulen peticiones que se fundamentan en el derecho constitucional de petición y según el cual la autoridad ante quien se dirige la petición deberá proferir la resolución correspondiente dentro de los 30 días siguientes a su presentación, salvo las excepciones de ley.

Con respecto a la alegada violación del referido artículo 40 de la Ley 38 de 2000, el apoderado de la sociedad demandante sostiene que el concepto de la violación de la norma invocada en este apartado radica en que el Ente Regulador de los Servicios Públicos emitió la Resolución JD-5256 del 19 de abril de 2005 5 meses después de haber sido solicitada oportunamente la prórroga para el inicio de las operaciones del servicio 103, a pesar de que la empresa NXGENTELE DE PANAMÁ, S.A., ya había remitido oportunamente para su consideración todos los documentos correspondientes para que dicha institución se formara un criterio que le permitiese tomar una decisión.

Finalmente, se aduce la infracción del artículo 154 de la Ley 38 de 2000, que establece como principio que la resolución que decida una instancia o un recurso, decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del expediente, que sean

indispensables para emitir una decisión legalmente apropiada. También se aduce el artículo 155 de la misma excerta legal, según el cual los actos administrativos estarán motivados con una sucinta referencia a los hechos y fundamentos de derecho.

A juicio del apoderado judicial de la sociedad demandante, la violación del primero de los artículos antes mencionados se produce debido a que la actuación del Ente Regulador de los Servicios Públicos se basa, como ya antes lo ha indicado, en un informe técnico elaborado por la Dirección Nacional de Telecomunicaciones de dicha entidad, el cual no se incorporó al texto de la resolución acusada de ilegal, ni tampoco se mencionó como referencia en la misma, por lo que en consecuencia, no podía servir como elemento de motivación de la mencionada resolución.

A juicio de la parte actora, esta omisión igualmente infringe el artículo 155 de la Ley 38 de 2000, que establece que los actos que infringen derechos subjetivos, resuelvan recursos o cuando así lo disponga la Ley, deben ser motivados.

III. Descargos legales de la Procuraduría de la Administración, en representación de los intereses de la institución demandada.

Luego de analizadas las resoluciones acusadas, las normas invocadas por la sociedad demandante y los conceptos de las supuestas violaciones, este Despacho observa que la Resolución JD-5256 del 19 de abril de 2005, cuya ilegalidad se demanda, fue dictada por el Ente Regulador de los Servicios Públicos de conformidad con lo dispuesto en las

disposiciones legales y reglamentarias vigentes en nuestro Derecho positivo en materia de telecomunicaciones.

En relación con lo actuado dentro del proceso administrativo que dio lugar a la emisión de la citada Resolución JD-5256 de 2005, esta Procuraduría debe anotar que la empresa NXGENTEL DE PANAMÁ, S.A., concesionaria del servicio de telecomunicación básica internacional, incumplió lo dispuesto en el artículo 26.1 del Anexo A de la Resolución JD-2802 de 2001 y en el numeral 2 de la sección C del artículo Primero de la Resolución JD-1399 del 27 de enero de 2003, habida cuenta que no inició operaciones comerciales en el plazo de 24 meses siguientes a la adjudicación de la concesión, lo que ameritaba la pérdida inmediata de la concesión y de los derechos que pudiera haber obtenido en virtud de ella. (Cfr. foja 5 del expediente administrativo).

Al respecto, también es importante señalar que mediante Resolución CT-1399 del 27 de enero de 2003 el Ente Regulador de los Servicios Públicos le otorgó a la empresa NXGENTEL DE PANAMÁ, S.A., una concesión para la prestación del servicio de telecomunicación básica internacional identificado como 103, sujeta a una serie de condiciones, entre ellas, que debía iniciar operaciones comerciales a más tardar 24 meses después de haber sido otorgada la mencionada concesión, período que vencía el 27 de enero de 2005. (Cfr. fojas 3, 4 y 5 del expediente administrativo).

La sociedad demandante no puede esgrimir a su favor que hubo contratiempos para llegar a un Acuerdo de Interconexión, porque en la Nota DPER-0271 del 26 de enero de 2005 consta

que mediante Resolución JD-4556 del Ente Regulador de los Servicios Públicos fechada 5 de marzo de 2004, se estableció el Acuerdo de Interconexión entre las empresas NXGENTELE DE PANAMÁ, S.A. y CABLE & WIRELESS PANAMÁ, S.A., lo que le permitía iniciar las operaciones para la prestación del servicio de telecomunicación básica internacional denominado 103. (Cfr. foja 93 del expediente administrativo).

El atraso en el inicio de las operaciones es atribuible únicamente a la empresa NXGENTELE DE PANAMÁ, S.A., porque existe una constancia documental en la que se evidencia que el apoderado judicial de la demandante, Ariel Fernando Quijano M., mediante comunicación dirigida al Chief Regulatory Officer de CABLE & WIRELESS PANAMÁ, S.A., fechada 28 de septiembre de 2004, le solicitó que de manera conjunta se confeccionara una Addenda al Acuerdo de Interconexión con el propósito de ampliar el alcance de la interconexión de las redes físicas de ambas empresas, a los servicios de telecomunicación básica nacional (102) y telecomunicación básica local (101), habida cuenta que NXGENTELE DE PANAMÁ, S.A., era concesionaria de esos servicios, otorgados mediante las Resoluciones CT-1502 del 26 de agosto de 2003 y CT-1586 del 12 de mayo de 2004 del Ente Regulador de los Servicios Públicos. (Cfr. fojas 16, 78 y 95 del expediente administrativo).

En adición a lo anterior, la Resolución JD-5256 de 2005 señala que el Ente Regulador de los Servicios Públicos no accedió a la solicitud de prórroga de la demandante, debido a su falta de consistencia e indecisión en la ubicación de los

equipos que se iban a utilizar para prestar el servicio de telecomunicación básica internacional. (Cfr. fojas 43 y 44 del expediente administrativo).

En torno a lo antes indicado, se observa que en el Acta número 1 del 4 de abril de 2005 consta que Janina Concepción, Ernesto Díaz y Fidel Navarro, funcionarios de la entidad reguladora, efectuaron una inspección a la empresa NXGENTEL DE PANAMÁ, S.A., en la que se comprobó la ausencia de los equipos necesarios para prestación del servicio de telefonía básica internacional, pese a que mediante nota de 24 de febrero de 2005 el apoderado especial de la empresa comunicó la decisión de su representada de ubicar los equipos de telecomunicaciones en las instalaciones de OPTYNEX TELECOM, ubicada en calle 40 Bella Vista, edificio 2-79, ciudad de Panamá, e informó las coordenadas de dicho punto que fueron proporcionadas por el Instituto Geográfico Nacional Tommy Guardia. (Cfr. fojas 38, 39 y 42 del expediente administrativo).

Igualmente consta en el Acta de Inspección número 1 de 4 de abril de 2005, que el licenciado Ariel Quijano, actuando en nombre de la empresa NXGENTEL DE PANAMÁ, S.A., manifestó que la empresa estaba en un proceso de negociación para la ubicación del sitio donde estaría el punto de interconexión y negociando para el arrendamiento de las facilidades y equipos para poder iniciar la interconexión. Asimismo reconoció que para esa fecha la empresa no contaba con equipos y que mientras no se definiera dicha negociación localmente tampoco tendría en trámite la "equipo del exterior de Panamá" , lo

que confirma que la decisión adoptada por la entidad reguladora no vulneró el derecho de petición contenido en el numeral 1 del artículo 40 de la Ley 38 de 2000. (Cfr. foja 39 del expediente administrativo).

Es importante señalar, que de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 31 de 1996 y la Ley 26 de 1996, modificada por la Ley 24 de 1999 y la Ley 15 de 2001, el Ente Regulador de los Servicios Públicos es la institución competente para fiscalizar las actividades de los concesionarios, asegurar la continua y eficaz prestación de los servicios públicos y el cumplimiento de las normas jurídicas y directrices técnicas correspondientes, y con fundamento en dichas disposiciones legales se emitió la Resolución 5256 de 2005, lo que evidencia que no se violó el artículo 36 de la Ley 38 de 2000.

La Resolución JD-5256 de 2005, por medio de la cual se negó el período de prórroga solicitado por la empresa NXGENTELE DE PANAMÁ, S.A., y la Resolución JD-5380 de 2005, por medio de la cual se confirmó la anterior, se emitieron expresando las correspondientes motivaciones y en ambas se hace referencia directa a las disposiciones legales y reglamentarias en las que se fundamentó la entidad reguladora para emitir su decisión; por lo tanto, no se han violado los artículos 154 y 155 de la Ley 38 de 2000.

Finalmente, los artículos 46 y 54 de la Ley 31 de 1996 invocados por el apoderado judicial de la sociedad demandante, no son aplicables al proceso que se analiza, porque los mismos se refieren a la resolución administrativa

del contrato de concesión, lo que constituye una materia diferente a la que contiene planteó en la resolución acusada de ilegal.

Por lo expuesto, la Procuraduría de la Administración solicita a los Honorables Magistrados de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia se sirvan declarar que NO ES ILEGAL la Resolución JD-5256 del 19 de abril de 2005, dictada por el Ente Regulador de los Servicios Públicos.

Pruebas: Se adjunta la copia autenticada del expediente administrativo relativo al proceso que ocupa nuestra atención.

Testimonios: Se solicita al Tribunal que se acojan los testimonios de las siguientes personas:

1. Janina Concepción.
2. Fidel Navarro.
3. Ernesto Díaz.

Los testigos declararán sobre los hechos de la demanda, motivo por el cual se le pide al Tribunal se sirva emitir las correspondientes boletas de notificación.

Derecho:

Se niega el invocado en la demanda.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Nelson Rojas Avila
Procurador de la Administración, Encargado

Alina Vergara de Chérigo
Secretaria General, Encargada

OC/5/iv-mcs