

2 de febrero de 2004

Proceso Contencioso  
Administrativo de  
Plena Jurisdicción.

Contestación de la demanda.

El licenciado Arcelio Vega,  
en representación de **Cable &  
Wireless Panamá, S.A.**, para  
que se declare nula, por  
ilegal, la Resolución N°JD-  
3996 de 12 de junio de 2003  
emitida por el **Ente Regulador  
de los Servicios Públicos.**

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

Con el respeto que nos distingue, concurrimos ante el  
despacho a su cargo, 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. Nuestra intervención.**

Esta Procuraduría interviene en el proceso debidamente  
fundamentada en el artículo 5, numeral 2, de la Ley 38 de  
2000, según el cual a este despacho le corresponde defender  
los intereses de la Administración Pública.

También sustenta nuestra actuación el traslado que nos  
ha conferido el Magistrado Sustanciador.

**II. La pretensión.**

La sociedad demandante solicita que sea declarada nula,  
por ilegal, la Resolución N°JD-3996 de 12 de junio de 2003  
emitida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, por  
medio de la cual se le ordena que mantenga la facilidad  
denominada "restricción por Código" que ofrece a los clientes

del servicio de telecomunicaciones N°101 (Servicio de Telecomunicación Básica Local), toda vez que dicha imposición no está fundamentada en la Ley, ni en su reglamento ni en el Contrato de Concesión suscrito entre INTEL, S.A. (hoy Cable & Wireless Panamá, S.A.) y el Estado Panameño.

El texto integral de la parte resolutive de la Resolución impugnada, mantenido en la Resolución JD-4138 de 20 de agosto de 2003 es el que a seguidas se copia:

**"RESUELVE:**

**PRIMERO: ORDENAR** a la empresa **CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A.**, que **MANTENGA** la facilidad "Restricción por Código" que ofrece a los clientes del servicio de telecomunicaciones No. 101 denominado SERVICIO DE TELECOMUNICACION BASICA LOCAL.

**SEGUNDO: ADVERTIR** a la empresa **CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A.**, que de conformidad con lo que dispone el Artículo 21 de la Ley No. 26 de 29 de enero de 1996 y sus modificaciones, contra la presente Resolución sólo procede la interposición del Recurso de Reconsideración ante el propio Ente Regulador de los Servicios Públicos, el cual deberá ser presentado dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su notificación personal, en la Dirección Jurídica del Ente Regulador, con lo cual se agotará la vía gubernativa.

**TERCERO: DAR A CONOCER** que la presente Resolución regirá a partir de su notificación.

**Fundamento de Derecho:** Ley No. 26 de 29 de enero de 1996 y sus modificaciones; Ley No. 31 de 8 de febrero de 1996 y su modificación; Decreto Ejecutivo No. 73 de 9 de abril de 1997; Contrato de Concesión No. 134 de 29 de mayo de 1997."

Adicional a lo anterior, la sociedad recurrente solicita a vuestra Sala que se le restablezcan los derechos subjetivos violados y, en ese sentido, se reconozca que la facilidad "restricción por código" es un producto o facilidad

adicional, accesorio, complementario y opcional que puede ofrecer o dejar de ofrecer libremente a sus clientes la empresa Cable & Wireless Panamá, S.A. y se reconozca que el mismo no es un servicio de aquellos que debe prestar de manera regular y continua según lo establecido en el contrato de concesión.

Esta Procuraduría observa que la sociedad demandante no está asistida por el derecho, motivo por el cual solicita a los Honorables Magistrados desestimar las pretensiones incoadas en el libelo de la demanda.

**III. Los hechos u omisiones en los que se fundamenta la acción, los contestamos de la siguiente manera:**

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

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

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

**Cuarto:** Este hecho no es cierto como se redacta; por tanto, lo negamos.

**Quinto:** Este hecho lo contestamos como el anterior.

**Sexto:** Este hecho es falso como viene redactado, porque la Resolución JD-025 de 12 de diciembre de 1996 ciertamente establece la lista de los servicios de telecomunicaciones, pero la sociedad demandante olvida que la restricción por código emerge del servicio de telecomunicación básica local; por tanto, lo negamos.

**Séptimo:** Aceptamos únicamente que el Ente Regulador le impuso a Cable & Wireless Panamá, S.A. la obligación de mantener la restricción por código, por tratarse de un servicio derivado del servicio de telecomunicación básico local. El resto, lo negamos.

**Octavo:** Este hecho no nos consta; por tanto, lo negamos.

**Noveno:** Este hecho lo contestamos como el cuarto.

**Décimo:** Este hecho no nos consta; por tanto, lo negamos.

**Undécimo:** Este hecho lo contestamos como el anterior.

**Duodécimo:** Aceptamos el contenido de la Resolución JD-2802 de 11 de junio de 2001; el resto, lo negamos.

**Décimo Tercero:** Este hecho no es cierto como se expone; por tanto, lo negamos.

**Décimo Cuarto:** Este hecho es falso; por tanto, lo negamos.

**Décimo Quinto:** Este hecho es falso; por tanto, lo negamos.

**Décimo Sexto:** Éste no es un hecho, sino una argumentación del demandante, que negamos.

**Décimo Séptimo:** Éste lo contestamos como el anterior.

**Décimo Octavo:** Éste no es un hecho, sino una apreciación subjetiva del demandante, que negamos.

**IV. Las disposiciones que se dicen infringidas y los conceptos en que supuestamente lo han sido, son las que a seguidas se analizan:**

a. Artículo 5 de la Ley 31 de 1996.

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

1...

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

7..."

**Concepto de la violación.**

"La Resolución JD-3996 de 12 de junio de 2003 del Ente Regulador viola en el concepto de violación directa, por omisión, el artículo 5, ordinal 6, de la Ley 31 de 1996, que regula las telecomunicaciones en nuestro país, al desconocer el texto claro, preciso y

explícito de la referida disposición, que es aplicable al caso, al no tomarlo en consideración para ofrecer certeza y seguridad jurídica en materia de telecomunicaciones al resolver el tema de la facilidad de Restricción por Código que ofrece CWP y a la cual no está obligada legalmente..." (Fs. 34)

b. Artículo 42 de la Ley 31 de 1996.

**"Artículo 42.** El concesionario tendrá las siguientes obligaciones, además de las que se consignan en los reglamentos y en el respectivo contrato de concesión:

1. Operar los servicios objeto de la concesión en forma ininterrumpida, en condiciones de normalidad y seguridad, y sin incomodidades irrazonables para los clientes, salvo las interrupciones que sean necesarias por motivos de seguridad, mantenimiento y reparación, las cuales deberán sujetarse a las directrices del Ente Regulador;

2..."

**Concepto de la violación.**

"La Resolución JD-3996 de 12 de junio de 2003 del Ente Regulador viola en el concepto de aplicación indebida el artículo 42, ordinal 1, de la Ley 31 de 1996, que regula las telecomunicaciones en nuestro país, al aplicar dicha disposición a un supuesto de hecho no regulado en ella..." (Fs. 35)

c. Artículo 73 de la Ley 31 de 1996.

**"Artículo 73.** En adición a las funciones y atribuciones generales del Ente Regulador de los Servicios Públicos señaladas en su ley constitutiva, éste tendrá las siguientes atribuciones en materia de telecomunicaciones:

1...

4. Adoptar las medidas necesarias, para procurar que los servicios de telecomunicaciones se brinden en forma eficiente, ininterrumpida, sin interferencias y discriminaciones;

5..."

**Concepto de la violación.**

"El Ente Regulador al emitir la Resolución JD-3996 de 12 de junio de 2003 viola en el concepto de violación directa, por comisión, el ordinal 4 del artículo 73 de la Ley 31 de 1996, al desconocer un texto claro, preciso y explícito en la referida disposición legal y que es su obligación velar porque sea cumplido en la prestación del servicio de telecomunicaciones frente a los concesionarios de dicho servicio como frente a los usuarios del mismo.

En efecto, al imponerse en la resolución impugnada la obligación de CWP de mantener la prestación de una facilidad adicional, complementaria y accesorio creada por la propia voluntad de CWP, sin que dicha facilidad constituya una obligación en materia de prestación de servicios de telecomunicaciones y peor aún, en total desventaja y discriminación frente a los demás concesionarios de tales servicios, los cuales, por el hecho de que ni siquiera cuentan con dicha facilidad, no están obligados a brindarla..."

d. Artículo 20 del Decreto Ejecutivo 73 de 9 de abril de 1997.

**"Artículo 20.** No se considerará que el concesionario ha incumplido las obligaciones derivadas de su contrato de concesión, si el incumplimiento se debe a cualquier circunstancia que se encuentre fuera de su control por razones de fuerza mayor o caso fortuito."

**Concepto de la violación.**

"El Ente Regulador al emitir la Resolución JD-3996 de 12 de junio de 2003 viola en el concepto de aplicación indebida el artículo 20 del Decreto Ejecutivo No. 73 de 1997, toda vez que al expedir el acto administrativo dice fundarse en esta disposición legal para sostener que CWP no justificó su solicitud de dejar la facilidad de restricción por Código, en situación de fuerza mayor o caso fortuito, en circunstancias en que esa disposición sólo aplica para supuestos en que se

sustente un incumplimiento al Contrato de Concesión.

En este caso, no nos encontramos ante el incumplimiento del Contrato de Concesión No. 134 de 29 de mayo de 1997, de hecho, tal incumplimiento no existe, ya que tal como se establece en las Cláusulas 4 y 20 del referido contrato, en CWP no existe la obligación de brindar la facilidad de Restricción por Código..." (Fs. 37 y 38)

e. Artículo 39 del Decreto Ejecutivo 73 de 9 de abril de 1997.

**"Artículo 39.** El Ente Regulador tratará a todos lo concesionarios de manera igualitaria y no discriminatoria. Las metas de calidad exigidas a un concesionario para la prestación de un determinado servicio, se exigirán en iguales términos y condiciones a todos los concesionarios que presten el mismo servicio, incluidos los casos en que haya reclasificación de servicios."

#### **Concepto de la infracción.**

"El Ente Regulador al emitir la Resolución JD-3996 de 12 de junio de 2003 viola en el concepto de violación directa por comisión el artículo 39 del Decreto Ejecutivo No. 73 de 1997, al desconocer un texto claro, preciso y explícito contenido en la referida disposición legal y que además, contiene la obligación que recae en el Ente Regulador, de velar porque sea cumplido en la prestación del servicio de telecomunicaciones, frente a los concesionarios de dicho servicio como frente a los usuarios del mismo.

En efecto, al imponerse en la resolución impugnada la obligación de CWP de mantener la prestación de una facilidad adicional, complementaria y accesoria creada por la propia voluntad de CWP, sin que dicha facilidad constituya una obligación en materia de prestación de servicios de telecomunicaciones y se deja a nuestra representada en total desventaja y discriminación frente a los demás concesionarios..." (Fs. 38)

f. Artículo 74 del Decreto Ejecutivo 73 de 9 de abril de 1997.

**"Artículo 74.** Para prestar cualquier servicio de telecomunicaciones es necesaria la obtención previa de la correspondiente concesión. Los concesionarios operarán sus redes y prestarán los servicios concedidos dentro de su área de concesión, de forma regular, continua y eficiente, en condiciones de normalidad y seguridad, de acuerdo con los términos de su contrato de concesión, la Ley, el presente Reglamento, los acuerdos internacionales suscritos y ratificados por la República de Panamá y demás disposiciones aplicables, vigentes al momento de otorgar la concesión."

#### **Concepto de la infracción.**

"El Ente Regulador al emitir la Resolución JD-3996 de 12 de junio de 2003 viola en el concepto de violación directa, por omisión el artículo 74 del Decreto Ejecutivo No. 73 de 1997, al desconocer un texto claro, preciso y explícito contenido en la referida disposición legal.

En efecto, al imponer en CWP la obligación de prestar facilidad adicional, accesoria y complementaria como si fuese un servicio de telecomunicación, en circunstancia en que dicha facilidad no requiere para su prestación de la obtención de una concesión, desconoce que por mandato del artículo 74 del decreto Ejecutivo No. 73 de 1996 para prestar cualquier servicio de telecomunicaciones es necesaria previa de la correspondiente concesión.

Por tanto, mal puede exigirse el cumplimiento de un servicio, que no existe como tal, sin tomar en consideración que para la prestación de cualquier servicio de telecomunicaciones se requiere una concesión..." (Fs. 39 y 40)

**Defensa de la institución demandada por la Procuraduría de la Administración.**

El Señor Augusto Gerbaud, en su calidad de apoderado general de la empresa **CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A.** le indicó al Ente Regulador de los Servicios Públicos mediante Nota número 3-2-03-N-233 calendada 10 de junio de 2003, que a partir de la fecha, su representada dejaría de ofrecer el producto conocido como "Restricción por Código", y que respecto a los clientes existentes que contaran con dicha facilidad, se los comunicarían oportunamente a través de su factura.

La empresa Cable & Wireless Panamá, S.A., en la referida nota No. 3-2-03-N-233, manifestó que estimaba que el proceso de comunicación y consecuente deshabilitación de la facilidad concluiría a finales del mes de julio.

Con relación a los hechos expuestos, es conveniente exponer los siguientes señalamientos de acuerdo con la normativa vigente:

La Ley 26 de 29 de enero de 1996 (y sus modificaciones), creó el Ente Regulador de los Servicios Públicos como un organismo autónomo, con patrimonio propio y personería jurídica, a cargo del control y fiscalización de los servicios públicos de agua potable, alcantarillado sanitario, electricidad, **telecomunicaciones**, radio y televisión, así como la distribución y transmisión de gas natural, de conformidad con las disposiciones contenidas en dicha Ley y las respectivas leyes sectoriales.

Los artículos 3 y 8 de la Ley 26 de 29 de enero de 1996 contienen la competencia y jurisdicción del Ente Regulador en materia de telecomunicaciones.

El artículo 19 de la Ley 26 de 29 de enero de 1996 establece las facultades generales que tiene el Ente

Regulador para cumplir con sus funciones de regular y controlar la correcta prestación de los servicios sujetos a su competencia.

La Ley 31 de 8 de febrero de 1996, reglamentada a través del Decreto Ejecutivo 73 de 9 de abril de 1997, dicta las normas para la regulación de las telecomunicaciones en la República de Panamá, constituyéndose en la respectiva Ley Sectorial, la cual establece que el Ente Regulador tiene la facultad de **regular, ordenar, fiscalizar y reglamentar eficazmente, entre otros, la operación y administración de los servicios públicos de telecomunicaciones.**

A partir del 2 de enero de 2003, en Panamá, se inicia la apertura del sector de las telecomunicaciones, puesto que el 1º de enero de ese año culminó el período de exclusividad temporal otorgado a la empresa **INTEL, S.A.**, ahora **CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A.**, mediante Contrato de Concesión número 134 de 29 de mayo de 1997, celebrado con el Estado para operar, prestar, administrar y explotar comercialmente los Servicios de Telecomunicaciones Básica Local, Nacional, Internacional, de Terminales Públicos y Semipúblicos y de Alquiler de Circuitos Dedicados de Voz, también conocidos como servicios básicos de telecomunicaciones.

El Ente Regulador, responsable de la elaboración de las normas que regirían la prestación de los servicios básicos de telecomunicaciones a partir del 2 de enero de 2003, emitió la Resolución JD-2802 de 11 de junio de 2001, por medio de la cual el adoptó las normas que rigen los servicios básicos de telecomunicaciones.

El Anexo A de esa Resolución estableció en las definiciones contenidas para el servicio Telecomunicación

Básica Local (101) que dentro de los servicios incluidos en el servicio 101 se encuentran, de manera ilustrativa, entre otros, el servicio residencial básico, el servicio de facsímil en tiempo real, el servicio de marcación directa (DID), incluyendo las facilidades de "E1" cuando se utilizan para establecer líneas troncales, así como cualesquiera prestadas desde la central telefónica del concesionario, también conocidos como servicios verticales.

De acuerdo a la Cláusula 20 del Contrato de Concesión número 134 de 1997, la empresa **INTEL, S.A.**, ahora **CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A.**, deberá operar sus redes y prestar los servicios contenidos en la Cláusula 4ª del citado Contrato 134, entre los que se incluye el servicio básico local, dentro del área de concesión, **de forma regular, continua, eficiente y en condiciones de normalidad y seguridad.**

Las únicas excepciones aplicables para que la empresa **CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A.**, deje de prestar los servicios contenidos en la Cláusula 4ª se encuentran agrupadas en la Cláusula 15 denominada Fuerza Mayor o Caso Fortuito y en los artículos 96 y 127.8 del Decreto Ejecutivo 73 de 1997, sujetos a la Cláusula 53ª denominada Suspensión del Servicio a los Clientes, que para el caso que nos ocupa no aplican, ni tampoco la empresa **CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A.**, presentó argumentación alguna al respecto.

De igual manera la Entidad Reguladora es conocedora, como producto de auditorías realizadas a la empresa **CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A.**, que la facilidad de "Restricción por Código", ha sido un servicio implementado que ha tenido una gran aceptación por los clientes, debido a que dicha facilidad ayuda a evitar el fraude telefónico y las llamadas

realizadas a terceros no deseadas por clientes, que ha disminuido considerablemente las reclamaciones de los clientes.

La facilidad de "Restricción por Código" es un servicio vertical que forma parte del servicio de telecomunicaciones 101 descrito anteriormente, el cual es prestado desde la central telefónica de la empresa **CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A.**

Al Ente Regulador de los Servicios Públicos le corresponde emitir las directrices necesarias para garantizar la correcta prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones; como consecuencia de ello, tomó la decisión de emitir la Resolución N°JD-3996 de 12 de junio de 2003, basado en los siguientes fundamentos legales:

1. **Resolución JD-2802 de 11 de junio de 2001**, por la cual el Ente Regulador de los Servicios Públicos adoptó las normas que rigen los servicios básicos de telecomunicaciones desde el 2 de enero de 2003. El Anexo A de esa Resolución estableció en las Definiciones contenidas para el servicio de Telecomunicación Básica Local (101) que dentro de los servicios incluidos en el servicio 101 se encuentran, de manera ilustrativa y no limitativa, entre otros, el servicio residencial básico, el servicio de facsímil en tiempo real, el servicio de marcación directa entrante (DID), incluyendo las facilidades "E1" cuando se utilizan para establecer líneas troncales, así como cualesquiera facilidades prestadas desde la central telefónica del concesionario, también conocidos como servicios verticales.

2. **Contrato de Concesión N° 134 de 29 de mayo de 1997**, suscrito entre el Estado y la empresa INTEL, S.A., ahora

Cable & Wireless Panamá, S.A. el cual, en su Cláusula 20, detalla lo siguiente:

**"Cláusula 20. Operación de redes y prestación de servicios de telecomunicaciones de uso público.**

20.1 EL CONCESIONARIO operará sus redes y prestará los servicios contenidos en la Cláusula 4ª del presente CONTRATO DE CONCESIÓN dentro del área de concesión, **de forma regular, continua, eficiente y en condiciones de normalidad y seguridad**, de acuerdo con los términos de este Contrato, la Ley 31, su Reglamento, los acuerdos internacionales suscritos y ratificados por la República de Panamá y demás disposiciones aplicables.

20.2 En ningún caso, durante la vigencia de la presente CONCESIÓN, el CONCESIONARIO podrá dejar de prestar los servicios contenidos en la Cláusula 4ª del presente CONTRATO DE CONCESIÓN, salvo los casos contemplados en las Cláusulas 15ª y 53ª de este Contrato."

3. **Decreto Ejecutivo número 73 de 9 de abril de 1997**, por el cual se reglamenta la Ley 31 de 8 de febrero de 1996. Ese Decreto establece las excepciones aplicables a la suspensión del servicio, contenidas en los artículos 96 y 127, numeral 8, que dicen:

**"Artículo 96.** Previo aviso por escrito, el concesionario **podrá suspender la prestación de los servicios de telecomunicaciones concedidos a cualquier cliente por morosidad mayor de cuarenta y cinco (45) días calendario.** Los Concesionarios podrán establecer una tasa de reconexión y cobrar un interés por mora que no excederá el interés máximo que contempla la Ley para las obligaciones comerciales. **Por uso fraudulento o no autorizado, el corte podrá ser inmediato.** El concesionario cobrará, de conformidad con los precios vigentes en el momento en que se cometió el fraude o uso no autorizado, un cargo retroactivo por utilización fraudulenta o no autorizada del servicio a partir de la fecha en que el uso fraudulento o no autorizado se

pueda comprobar, y en caso de no poder probarse, un cargo retroactivo no superior a un importe prorrateado en los últimos seis (6) meses de consumo."

**"Artículo 127.** Los concesionarios amparados por concesiones Tipo A tendrán, además de las que se encuentren consignadas en la Ley y en el respectivo contrato de concesión, las siguientes obligaciones:

127.1 ...

127.8 Operar los servicios objeto de la concesión en forma ininterrumpida, en condiciones de normalidad y seguridad, y sin incomodidades irrazonables para los clientes, salvo las interrupciones que sean necesarias por motivo de seguridad, mantenimiento y reparación, las cuales deberán sujetarse a las directrices del Ente Regulador.

..."

Lo expuesto denota que el Ente Regulador sí le dio cabal cumplimiento al artículo 73 de la Ley 31 de 1996, porque adoptó medidas necesarias para procurar que los servicios de telecomunicaciones se brinden de manera eficiente, ininterrumpida, sin interferencia y discriminaciones.

Lo propio ocurre con el artículo 42 de la Ley 31 de 1996, porque el Ente Regulador ha procurado que el concesionario cumpla con su obligación de operar los servicios objeto de la concesión en forma ininterrumpida, en condiciones de normalidad y seguridad, y sin incomodidades irrazonables para los clientes, salvo las interrupciones que sean necesarias por motivos de seguridad, mantenimiento y reparación.

En el proceso que nos ocupa no se ha suscitado ninguna causa de caso fortuito o de fuerza mayor que justifique la omisión del concesionario, por lo que no es factible indicar que ha sido el Ente Regulador el que ha vulnerado el artículo 20 del Decreto Ejecutivo 73 de 9 de abril de 1997.

El Ente Regulador también le ha dado cabal cumplimiento al artículo 39 del Decreto Ejecutivo 73 de 9 de abril de 1997, porque ha tratado a todos los concesionarios de manera igualitaria y no discriminatoria.

En el Ente Regulador se ha preocupado porque los concesionarios cumplan el artículo 74 del Decreto Ejecutivo 73 de 9 de abril de 1997; velando para que los mismos operen sus redes y prestarán los servicios concedidos dentro de su área de concesión, de forma regular, continua y eficiente, en condiciones de normalidad y seguridad, de acuerdo con los términos de su contrato de concesión, la Ley, el presente Reglamento, los acuerdos internacionales suscritos y ratificados por la República de Panamá y demás disposiciones aplicables, vigentes al momento de otorgar la concesión.

Por lo expuesto, esta Procuraduría solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar la legalidad de la Resolución N°JD-3996 de 12 de junio de 2003.

**Pruebas:** Aceptamos las pruebas aducidas junto con la demanda, por cumplir con los requisitos del Código Judicial.

**Derecho:** Negamos el invocado.

**Del Honorable Magistrado Presidente,**

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

AMdeF/5/bdec

Lcdo. Víctor L. Benavides P.  
Secretario General