

5 de marzo de 1999

Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.

Concepto. Propuesto por la Firma Alemán, Cordero, Galindo & Lee, en representación de Cable & Wireless de Panamá, S.A., para que se declare nula, por ilegal, la Resolución N°JD-946 de 10 de agosto de 1998, expedida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos.

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

Con el respeto que nos distingue, concurrimos ante el Despacho que Usted preside, con la intención de externar formal concepto, en torno a la Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción, propuesta por la Firma Forense Alemán, Cordero, Galindo & Lee, en representación de Cable & Wireless de Panamá, S.A., para que se declare nula, por ilegal, la Resolución N°JD-946 de 10 de agosto de 1998, expedida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, en atención al traslado que nos ha corrido la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, mediante la Resolución calendada 26 de noviembre de 1998.

I. La intervención de la Procuraduría de la Administración.

Este Despacho fundamenta su participación en el artículo 348, numeral 3, del Código Judicial, el cual nos faculta para intervenir, en interés de la Ley, en los Procesos Contencioso Administrativos de Plena Jurisdicción en los que se impugnen resoluciones que hayan decidido procesos en la vía gubernativa, en los cuales haya controversia entre particulares, por razón de sus propios intereses. Precisamente, en el caso que nos ocupa, la controversia se dio entre Cable and Wireless Panamá, S.A. y la Universidad Tecnológica de Panamá, siendo el Ente Regulador de los Servicios Públicos, el organismo que adoptó una decisión.

II. Pretensiones de la demandante.

La sociedad Cable & Wireless de Panamá, S.A. solicita a Vuestra Sala que se declare nula, por ilegal, la Resolución N°JD-946 de 10 de agosto de 1998 expedida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos.

La parte demandante también solicita a los Señores Magistrados, que se sirvan declarar nula, por ilegal, la Resolución N°JD-1053 de 2 de octubre de 1998 expedida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos.

Este Despacho considera que la sociedad demandante no está asistida por derecho alguno, por lo que solicitamos a los Señores Magistrados se sirvan desestimar las pretensiones consignadas en el libelo de la demanda.

III. Las disposiciones que se aducen como infringidas y su concepto.

a. El artículo 31 de la Ley N°5 de 9 de febrero de 1995, que dispone:

¿Artículo 31: EL INTEL, S.A. mantendrá la vigencia de los convenios de cooperación técnica celebrados con instituciones públicas de educación superior y garantizará el servicio gratuito de comunicaciones que demanden las redes públicas de datos nacionales e internacionales, como un aporte al desarrollo académico de la Nación.¿

La norma transcrita se considera violentada por la entidad estatal, al emitir la Resolución N°JD-946 de 10 de agosto de 1998, en el concepto de interpretación errónea.

En desarrollo de dicho concepto, la parte actora indicó que al redactar las órdenes contenidas en los puntos segundo, sexto y séptimo de la Resolución N°JD-946 de 10 de agosto de 1998 del Ente Regulador de los Servicios Públicos, se interpretó erróneamente el citado artículo 31, en el sentido de considerar que CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A. debe concederle a la UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA DE PANAMA servicios ilimitados, sin tener en cuenta que, conforme a la letra y el sentido de dicho artículo 31, la obligación de CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A. es la de mantener los servicios gratuitos que preste a dicha institución pública de enseñanza en virtud del convenio de cooperación técnica que celebró con ella.

Agregan que, para el acceso a la red mundial Internet, CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., presta el servicio de subida al satélite y está en capacidad de proveer el medio segmento espacial para subir desde Panamá hasta el satélite, pero los servicios de bajada desde el satélite hasta el Puerto de Internet en los Estados Unidos de América, y de uso de dicho puerto, que se requiere para completar la comunicación internacional, lo prestan carriers u operadores norteamericanos que cobran una tarifa por sus servicios, que por tanto, técnica y legalmente, CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A. no puede prestar esos servicios, porque ella no opera en el territorio estadounidense, y no cuenta con la concesión requerida para ello por la autoridad competente de los Estados Unidos de América.

Criterio de la Procuraduría.

Este Despacho difiere del criterio esgrimido por la parte demandante, porque la norma invocada no ha sido vulnerada por las autoridades del Ente Regulador, sino por la propia demandante.

Decimos esto, porque la norma bajo análisis está contenida en la Ley N°5 de 9 de febrero de 1995, misma que está vigente y es de obligatorio cumplimiento.

El Instituto Nacional de Telecomunicaciones, al ser reestructurado, adoptó la denominación de INTEL, S.A., el cual estuvo sujeto a los requisitos y trámites del Código Fiscal y a la fiscalización de la Contraloría General de la República, mientras el Estado fue el propietario del cien por ciento (100%) de las acciones.

Y fue bajo esa condición que el artículo 31 de la Ley N°5 de 9 de febrero de 1995 dispuso que el INTEL, S.A. mantendría la vigencia de los Convenios de Cooperación Técnica celebrados con instituciones públicas de educación superior y garantizaría el servicio gratuito de comunicaciones que demandaran las redes públicas de datos nacionales e internacionales, como un aporte al desarrollo académico de la nación.

La intención del Legislador fue fomentar y respaldar la educación superior, a través del INTERNET, para que las Universidades públicas del país tuvieran acceso real a la información que ofrece esa red informática.

De allí que se suscribiera el Convenio de Cooperación entre el INTEL y el Ingeniero Héctor Montemayor, en su calidad de Rector de la Universidad Tecnológica de Panamá; así como el Contrato N°217-98 suscrito entre el señor Troy W. Todd, Gerente General de Cable & Wireless Panamá, S.A. y el Dr. Gustavo García De Paredes, como Rector de la Universidad de Panamá y el Dr. Stanley Muschett Ibarra, como Rector de la Universidad Santa María La Antigua.

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 el Título II, denominado Concesiones para la Prestación de los Servicios de Telecomunicaciones, se ubica el artículo 17, que dispone, entre otras cosas, la facultad del Estado, a través del Ente

Regulador, de fiscalizar y controlar las concesiones que se otorguen con sujeción a las normas que existan en materia de telecomunicaciones y al contrato de concesión respectivo.

Siendo ello así, la sociedad Cable & Wireless de Panamá, S.A., al convertirse en concesionaria del Estado, para la prestación del servicio de telecomunicaciones, aceptó el contenido de las normas jurídicas existentes en materia de comunicaciones, entre las que se encuentran el artículo 31 de la Ley N°5 de 9 de febrero de 1995, que analizamos, y los Convenios de Cooperación que habían sido suscritos por el INTEL.

El texto del artículo 31 in comentario es claro y el mismo no concede alternativa alguna a la concesionaria, para que ella decida cuáles servicios brindará gratuitamente y cuáles estarán sometidas a un valor económico.

La norma se limita a señalar que EL INTEL, S.A. mantendrá la vigencia de los Convenios de Cooperación Técnica celebrados con instituciones públicas de educación superior y garantizará el servicio gratuito de comunicaciones que demanden las redes públicas de datos nacionales e internacionales, como un aporte al desarrollo académico de la Nación.¿, indicándose, también que se salvaguardará el bienestar social y el interés público.

Por tanto, las apreciaciones de la demandante carecen de sustento jurídico.

b. En segundo lugar, se señalan como infringidos, los artículos 976 y 1105 del Código Civil, que a la letra dicen:

¿Artículo 976: Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos.¿

A juicio de la demandante, la norma citada ha sido violada de manera directa, porque las órdenes del ENTE REGULADOR DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS contenidas en los puntos segundo, sexto y séptimo de la Resolución N°JD-946 de 10 de agosto de 1998 pretenden imponer a CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A. nuevas obligaciones, desconociendo los términos y condiciones acordados libremente entre dicha compañía de servicios públicos y la Universidad Tecnológica de Panamá, que se beneficia del Contrato de Cooperación Técnica.

Acota la demandante que el Acuerdo de Cooperación Técnica de 28 del febrero de 1997 celebrado entre INTEL, S.A. y la UTP contiene, en su cláusula décima séptima, una estipulación compromisoria, en la cual se establece que, en caso de disputa entre las partes en relación con dicho Acuerdo que no puede ser resuelta mediante negociación, tal controversia debe ser sometida a arbitraje, conforme a los Reglamentos de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio, Industrias y Agricultura de Panamá. Resulta de todo lo anterior que las órdenes acusadas violan de manera directa la letra del artículo 976 del Código Civil.

¿Artículo 1105: Contrato o convenio es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o muchas personas¿.

La parte actora argumenta que la norma transcrita ha sido también violada de manera directa por las órdenes contenidas en los puntos segundo, sexto y séptimo de la Resolución N°JD-946 de 10 de agosto de 1998.

Respalda sus planteamientos, en el hecho que INTEL, S.A. ha celebrado Convenios de Cooperación Técnica: uno con la UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA DE PANAMÁ, fechado 28 de febrero de 1997, la UNIVERSIDAD DE PANAMÁ y la UNIVERSIDAD SANTA MARÍA LA ANTIGUA identificado como el Contrato

Nº217-98 de 10 de junio de 1998, mediante los cuales se les garantiza el suministro gratuito de los servicios acordados contractualmente; y que con la UTP mantiene el acuerdo de cooperación técnica y con la UP y la USMA. Las órdenes contenidas en los puntos segundo, sexto y séptimo que se acusan de ilegalidad pretenden imponer a CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A. nuevas prestaciones de carácter exorbitante que desconocen el hecho de que, en virtud de los dos contratos de cooperación técnica antes mencionados, CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A. ya se ha comprometido a proveer a la UTP, la UP y la USMA los servicios gratuitos que las partes convinieron mediante negociación.

Criterio de la Procuraduría:

Nos oponemos a los planteamientos externados por la parte actora, porque el Convenio de Cooperación suscrito entre la Universidad Tecnológica de Panamá y el INTEL tiene su sustento legal en el artículo 31 de la Ley Nº5 de 9 de febrero de 1995.

Ambos documentos son los que le sirven de fundamento a la Resolución Nº JD-946 de 10 de agosto de 1998, expedida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, lo que invalida el argumento planteado por la demandante, cuando señala que la misma contiene nuevas obligaciones, desconociendo los términos y condiciones acordados libremente.

Ello es así, porque el Convenio de Cooperación (aportado como Prueba por este Despacho), recoge las necesidades informáticas de la Universidad Tecnológica de Panamá, mismas que fueron analizadas por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, al emitir la Resolución acusada de ilegal; estableciendo, incluso, limitaciones para el uso del INTERNET y facultando a la sociedad Cable & Wireless de Panamá, S.A. para que garantice el uso correcto de la información satelital.

Aunado a lo anterior, considera este Despacho que el Convenio entre el INTEL y la Universidad Tecnológica de Panamá tiene la categoría de un Contrato Administrativo, por lo que no es aplicable lo dispuesto en los artículos 976 y 1105 del Código Civil, cuyo ámbito de aplicación es el Derecho Privado.

La Corte Suprema de Justicia ya se ha pronunciado sobre la diferencia existente entre los Contratos Administrativos y los Contratos Civiles.

Para una mayor ilustración, procedemos a transcribir un extracto de dicha jurisprudencia; veamos:

¿Un sector de la doctrina considera que la diferencia entre los contratos administrativos y los contratos civiles debe buscarse en el `régimen jurídico¿ de los distintos vínculos contractuales, afirmando que los contratos administrativos se caracterizan por la existencia de cláusulas exorbitantes en relación con el derecho común o subordinación jurídica del particular a la administración, poniendo como ejemplo de ella la cláusula de caducidad.¿ (Resolución de 22 de julio de 1993 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en la excepción de prescripción dentro del juicio por cobro coactivo que le sigue el Banco de Desarrollo Agropecuario a CECILIO GERARDO STERLING Y CECILIA ANA STERLING DE RODRIGUEZ).¿

El autor Allan R. Briwer-Carias, citado por Miguel González Rodríguez, en su obra `La Contratación Administrativa en Colombia - Doctrina y Jurisprudencia¿, explicó que `las llamadas cláusulas exorbitantes¿ nos son cláusulas en el sentido de que no son estipulaciones contractuales sino que, en realidad, son manifestaciones del poder de acción unilateral propio de la administración¿ relacionadas con la posibilidad de adoptar decisiones unilaterales relativas a la dirección, interpretación, incumplimiento, sanción, modificación unilateral y extinción¿ y provienen de los poderes de acción unilateral de la administración como gestora del interés público; por ello en general, no necesitan

estar pactadas expresamente, y se toman por medio de actos administrativos que gozan tanto de privilegio de la ejecutoriedad, sin perjuicio de que sobre ellos se ejerza un control de legalidad por el Juez Administrativo.¿ (Cfr. González Rodríguez, Miguel. La Contratación Administrativa en Colombia (Doctrina y Jurisprudencia), Librería Jurídica Wilches, Colombia, 1990, p.p. 8, 12 y 13) (Sentencia de la Sala Tercera, fechada 18 de noviembre de 1994).

c. En tercer lugar, se dice infringido el artículo 337 del Código Civil, que establece lo siguiente:

¿Artículo 337: La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas por la ley.

El propietario tiene acción contra el poseedor de la cosa para reivindicarla.¿

Desde la perspectiva de la parte actora, la norma transcrita ha sido violada de manera directa, por la orden contenida en el punto segundo de la Resolución N°JD-946 de 10 de agosto de 1996; concretamente, en la orden que el ENTE REGULADOR DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS le imparte a CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., para que suministre gratuitamente a la UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA DE PANAMÁ, entre otras cosas, el segmento de bajada satelital, desde el satélite hasta el Puerto de Internet en los Estados Unidos de América (literal b), que no son servicios prestados por CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A. sino por carriers u operadores estadounidenses, que cobran por ellos una tarifa a CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A. Por ello, la orden en mención equivale ni más ni menos que obligar a CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A. a que, con sus propios dineros, le pague a los carriers u operadores norteamericanos los servicios de bajada satelital y uso del Puerto de Internet en los Estados de América que la UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA DE PANAMÁ desea obtener.

El artículo 337 del Código Civil establece que la propiedad es el derecho a gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas por ley. A tenor de esta disposición, CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A. tiene derecho a usar sus ingresos o dineros en la forma que estima convenientes, y no puede ser obligada a usarlos para pagar por servicios que la UTP desee obtener de empresas norteamericanas.

Criterio de la Procuraduría:

La sociedad demandante yerra al externar tales argumentaciones, porque se olvida que, entre los elementos de toda Concesión Administrativa, se destacan dos que consideramos importantes, que son: el concesionario y la retribución.

El concesionario. Es la persona natural o jurídica a quien se le hace la concesión u otorgamiento, y es quien se obliga a realizar las obras o a brindar el servicio público, en subsidio del Estado. Para ello, debe contar con el capital necesario que le permita efectuar tales actividades. Es importante resaltar que el concesionario no actúa en nombre y representación de la Administración, sino por su cuenta y riesgo.

La retribución. Consiste en los derechos o tarifas que cobra el concesionario (previa autorización del Estado), por la realización de una obra o por brindar un servicio público a los particulares. También se denominan retribuciones económicas.

En este aspecto de la retribución, hay que señalar que la misma no es absoluta y debe abarcar y comprender los gastos de inversión, así como otros costos que sean necesarios para la prestación del o los servicios.

Como respaldo a nuestra posición, citamos a Andrés Serra Rojas, destacado autor mexicano de Derecho Administrativo, quien reconoce la justicia de las

retribuciones económicas, cuando acota que «el Estado no debe olvidar que si un particular adquiere una concesión, es para sacar un provecho razonable de ella, poniendo su capital y trabajo en una empresa que puede ofrecer beneficios o pérdidas» (Serra Rojas, Andrés. Derecho Administrativo. 5ª ed., Impresora Galve, S.A. México, 1972, Tomo II, pág. 970).

Siendo así, no es factible que la sociedad demandante se escude en un pretendido derecho de propiedad, como forma de evitar la obligación que asumió al constituirse en concesionaria del Estado, para prestar el servicio de telecomunicaciones, por lo que consideramos que el artículo 337 no ha sido vulnerado.

d. En cuarto lugar, la sociedad demandante considera que se han violentado los artículos 19 y 20 de la Ley N°26 de 29 de enero de 1996 que contienen las atribuciones del Ente Regulador y de la Junta Directiva.

Al conceptualizar la supuesta infracción, se dijo que las normas indicadas fueron infringidas directamente por la Resolución N°JD-946 de 10 de agosto de 1998.

Esa disposición lista las funciones y atribuciones del ENTE REGULADOR DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS y de la Junta Directiva y, a su juicio, ninguna de esas funciones incluye la facultad de fijar el contenido de los convenios de cooperación técnica para prestación de servicios gratuitos que una empresa concesionaria de un servicio público celebre con instituciones académicas.

Discrepamos del criterio esgrimido, porque el artículo 17 de la Ley N°31 de 1996 es enfático al indicar que el Estado, por conducto del Ente Regulador, fiscalizará y controlará las concesiones que se otorguen, con sujeción a las normas que existan en materia de telecomunicaciones y el contrato de concesión respectivo, ello sin perjuicio de lo contemplado en la Ley N°26 de 29 de enero de 1996, por la cual se crea el Ente Regulador de los Servicios Públicos.

Por lo expuesto, este Despacho reitera su petición a los Señores Magistrados para que se desestimen las pretensiones de la demandante y se confirme el contenido de la Resolución N°JD-946 de 10 de agosto de 1998.

Pruebas: Aceptamos las aducidas en su presentación, porque las mismas cumplen con los requisitos formales exigidos por el Código Judicial.

Derecho: Negamos el invocado por la demandante.

Del Señor Magistrado Presidente,

Licda. Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración

AMdeF/5/mcs.

Licdo. Víctor L. Benavides P.
Secretario General

Materias:
Ente Regulador
INTEL

CABLE & WIRELESS
SUBIDA SATELITAL
BAJADA SATELITAL
CARRIERS
OPERADORES NORTEAMERICANOS.