

Vista 109
Panamá, 15 de marzo de 2007.

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

Concepto.

La firma forense Alemán, Cordero, Galindo & Lee, en representación de **Cable & Wireless Panamá, S.A.**, para que se declare nula, por ilegal, la resolución JD-5752 del 28 de diciembre de 2005, emitida por el **Ente Regulador de los Servicios Públicos**, el acto confirmatorio 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 de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 5 de la Ley 38 de 2000, con la finalidad de intervenir en interés de la Ley en el proceso Contencioso Administrativo de Plena Jurisdicción descrito en el margen superior, mediante el cual se demanda como pretensión principal que se declare nula, por ilegal, la resolución JD-5752 de 28 de diciembre de 2003, emitida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos (ahora Autoridad de los Servicios Públicos), confirmada por esa entidad mediante la resolución JD-5918 de 23 de marzo de 2006 y, que de manera subsidiaria y en defecto de tal pretensión, se declaren nulas, por ilegales, ciertas disposiciones del esquema transitorio al acuerdo de interconexión existente entre Cable & Wireless Panamá, S.A., y Galaxy Communications, Corp.,

fijadas en la resolución JD-5752, ya mencionada, y mantenidas por su acto confirmatorio.

I. Normas que se aducen infringidas, conceptos en que lo han sido, y el concepto de la Procuraduría de la Administración.

Con respecto a lo que la parte demandante denomina como pretensión principal, se estiman violadas las siguientes disposiciones:

1. De manera directa, por omisión, el artículo 12 de la Ley 76 de 22 de diciembre de 1976, que dispone que, además de las previstas en dicha Ley, la Dirección General de Ingresos podrá establecer las formalidades y condiciones que deben reunir las facturas, sus copias y otros documentos con el objeto de permitir un mejor control y fiscalización de los tributos.

De acuerdo con la citada norma, cuando el giro, volumen o naturaleza de las actividades del contribuyente requieran sistemas de facturación o archivo de documentos de carácter tributario, distintos a los especializados, esa dependencia ministerial, a petición de parte o de oficio, podrá aceptar o establecer formas especiales de facturación.

2. De manera directa, por omisión, el artículo 36 de la Ley 45 de 14 de noviembre de 1995 que establece que la Dirección General de Ingresos establecerá mecanismos de fiscalización, pudiendo a su vez autorizar para tal propósito el uso de sistemas, programas computacionales o mecanismos o instrumentación de registros, datos y de consignación de inventarios y asientos contables, siempre que, a su juicio,

garanticen la inalterabilidad de su contenido para la fiscalización y determinación de los tributos.

La apoderada judicial de la actora sustenta los cargos de violación de estas normas de fojas 45 a 47 del expediente judicial.

Contrario a lo argumentado por la parte actora, en las normas antes citadas, la Procuraduría de la Administración es del criterio que al emitir la resolución acusada de ilegal, su acto confirmatorio y el esquema transitorio al acuerdo de interconexión existente entre Cable & Wireless Panamá, S.A., y Galaxy Communications, Corp., el Ente Regulador actuó con estricto apego a las disposiciones legales establecidas en la Ley 31 de 8 de febrero de 1996 "por la cual se dictan normas para la regulación de las telecomunicaciones en la República de Panamá" y en el Decreto Ejecutivo No. 73 de 9 de abril de 1997, que la reglamenta.

De conformidad con lo establecido por estas normas, el Ente Regulador (ahora Autoridad de los Servicios Públicos) está facultado para establecer las directrices técnicas y de gestión que se requieran en materia de telecomunicaciones, y los concesionarios de estos servicios están obligados a cumplirlas.

En el informe de conducta presentado al Magistrado Sustanciador por el Administrador General de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, antes Ente Regulador de los Servicios Públicos, se señala que el servicio de facturación, cobranza y atención de reclamos, constituye una de las condiciones esenciales que deben pactar las partes

dentro del acuerdo de interconexión. Este servicio, según señala el mencionado funcionario, tiene como finalidad evitar inconvenientes a los usuarios y facilitarle sus pagos bajo una factura única. Actualmente, Cable and Wireless Panamá, S.A., presta este servicio a distintos concesionarios de servicios de valor agregado, sin haber presentado aprobación alguna de su sistema de facturación de impuestos que haya sido emitida por la Dirección General de Ingresos. (Cfr. foja 61 del expediente judicial).

Asimismo, en el punto 4.1.5 de la resolución JD-5918 de 23 de marzo de 2006, la entidad reguladora manifestó que "la telefonía de larga distancia internacional no está sujeta a ningún impuesto ya que éste fue eliminado a través de la Ley 6 de 2 de febrero de 2005, por la cual se implementó un programa de equidad fiscal; sin embargo, el servicio de telefonía móvil celular sí está gravado, para el cual la operadora debe seguir utilizando el mismo sistema de cuentas y facturación que viene utilizando en sus operaciones." (Cfr. foja 5 del expediente judicial).

La Procuraduría de la Administración considera pertinente anotar que el acápite b del parágrafo 8 del artículo 39 de la Ley 6 de 2006, que reforma el artículo 1057-V del Código Fiscal, detalla cuáles son las prestaciones de servicios que están exentas del Impuesto sobre la Transferencia de Bienes Corporales Muebles y la Prestación de Servicios; incluyéndose entre éstos el servicio de telefonía fija, que en el presente caso es prestado por Galaxy Communications, Corp., a través del sistema de telefonía

móvil celular banda "B" de Cable and Wireless Panamá, S.A., conforme lo pactado en el acuerdo de interconexión suscrito entre ambas empresas el 30 de diciembre de 2002.

Sobre la base de lo antes expuesto, este Despacho considera que al ser la sociedad Cable and Wireless Panamá, S.A., prestadora del servicio de telefonía móvil celular, está obligada por la Ley 6 de 2006 a facturar el tiempo aire de las llamadas originadas desde la red móvil y, en consecuencia, a pagar al fisco nacional el correspondiente Impuesto Sobre la Transferencia de Bienes Corporales Muebles y de Prestación de Servicios.

Por consiguiente, lo ordenado por la entidad reguladora en el artículo segundo de la resolución JD-5752 del 28 de diciembre de 2005, en la que se fija mediante Addenda los términos, condiciones y precios para que Cable & Wireless Panamá, S.A., preste el servicio de facturación, cobranza y atención de reclamos a Galaxy Communications, Corp., no vulnera los artículos 12 del Código Fiscal ni el 36 de la Ley 45 de 14 de noviembre de 1995.

En relación a lo que la actora denomina protección subsidiaria, la misma aduce las siguientes infracciones:

1. De manera directa, por omisión, del artículo 93 del Código de Comercio, el cual dispone que todo comerciante o corredor está obligado a conservar sus registros indispensables de contabilidad por el tiempo que dure su gestión y hasta cinco años después de cerrar su negocio.

2. De manera directa, por omisión, el artículo 974 del Código Civil que dispone que las obligaciones nacen de la

Ley, los contratos, los cuasicontratos y de los actos y omisiones ilícitos en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia.

Los conceptos de violación de estas normas, se encuentran sustentados de fojas 48 a 49 del expediente judicial.

La Procuraduría de la Administración procede a analizar estas normas de manera conjunta por encontrarse relacionadas entre si en los conceptos de violación.

Este Despacho considera que el antiguo Ente Regulador de los Servicios Públicos (hoy Autoridad de los Servicios Públicos) no infringió el artículo 974 del Código Civil ni el artículo 93 del Código de Comercio, porque la obligación de Cable & Wireless Panamá, S.A., de conservar en su sistema informático la información y documentación generadas por los clientes de Galaxy Communications Corp., que realicen llamadas nacionales e internacionales desde la red móvil de Cable & Wireless Panamá, S.A., mediante el Código de Acceso 055, nace del esquema transitorio de interconexión que rige para ambas empresas y que forma parte del acuerdo de interconexión vigente entre ambas.

Además, lo establecido en el acápite 4.3.10 del mencionado esquema transitorio constituye una reglamentación de esta materia, porque prevé que una vez se haya dado respuesta a un reclamo otorgándole el respectivo crédito al cliente, Cable & Wireless Panamá, S.A., luego de cumplidos 45 días calendario de dicho evento, podrá eliminar de sus

sistemas la información sobre el reclamo presentado. (Cfr. foja 20 del expediente judicial).

Lo mismo ocurre con lo dispuesto en el acápite 4.3.11 de este esquema transitorio, que prevé que en caso que el reclamo sea denegado al cliente y el mismo presente reclamo ante la autoridad reguladora, Cable & Wireless Panamá, S.A., deberá mantener el reclamo en su sistema de información, luego de haberse cumplido los 45 días calendario siguientes a la fecha en que se haya agotado la instancia gubernativa. (Cfr. foja 21 del expediente judicial).

En igual sentido, el acápite 4.3.12 de este esquema transitorio establece que en el caso que el cliente presente un recurso ante la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia, Cable & Wireless Panamá, S.A., mantendrá el reclamo en su sistema de información hasta que se emita un fallo final sobre el recurso presentado. (Cfr. foja 21 del expediente judicial).

Este Despacho observa, que de acuerdo con lo indicado por el Ente Regulador de los Servicios Públicos en la resolución JD-5918 del 23 de marzo de 2006, la concesionaria Cable & Wireless Panamá, S.A., cobra por la gestión de facturación, cobranza y atención de reclamos y, por esa razón, debe garantizar la existencia de los registros hasta que las reclamaciones que pudieran presentar los usuarios sean resueltas totalmente; concepto en el que se entienden incluidas las vías gubernativa y Contencioso Administrativa. También señala la citada resolución que Cable & Wireless Panamá, S.A., no ha presentado cifras que justifiquen que los

volúmenes de reclamos son de tal magnitud que le resulte oneroso conservarlos y, por consiguiente, se mantuvo la decisión en este aspecto. (Cfr. foja 28 del expediente judicial).

En este mismo sentido, el Administrador General de la entidad demandada al rendir el informe de conducta correspondiente, manifestó con respecto a este cargo de ilegalidad, que "si bien la actividad que desarrolla un operador de telecomunicaciones, puede calificarse como comercial, es en esencia una actividad regulada por leyes y normas especiales, pues involucra la prestación de un servicio público, cuya explotación el Estado ha cedido a particulares a través de la figura de concesión, pero que sigue teniendo intrínsecamente un interés de orden público, al tratarse de un servicio básico. Tanto es así, que nuestra propia Constitución Política dispone que el Estado intervendrá en todo tipo de actividad para hacer efectiva la justicia social y en especial, para regular la prestación y calidad de los servicios públicos, a través de organismos especializados".

En ese mismo orden de ideas, el mencionado servidor público señala que "es por esto que la Entidad Reguladora, a través de la resolución impugnada, establece que el operador celular está en la obligación de mantener registros de los reclamos presentados por los clientes que han utilizado el Código de Acceso de Galaxy Communications Corp., pues es la prueba que demuestra si el cliente realizó o no la llamada telefónica. Ésta no es una información a terceros como

menciona Cable and Wireless Panamá, S.A., sino del usuario que tiene el derecho de reclamar. Cable and Wireless Panamá, S.A., confunde la información que está obligado a guardar como comprobante de sus transacciones y para efectos de sus declaraciones de renta, con los registros o comprobantes de las llamadas que realizan los clientes para los efectos de las reclamaciones". (Cfr. foja 61 del expediente judicial).

Lo antes expuesto, hace evidente que la resolución JD-5752 de 28 de diciembre de 2005, que constituye el acto acusado, fue expedida por la autoridad reguladora con estricto apego al marco de la Ley, toda vez que al suscribir Cable & Wireless Panamá, S.A., y Galaxy Communications Corp., el acuerdo de interconexión previamente indicado, la concesionaria del servicio de telefonía móvil celular se comprometió a suministrar el acceso eficiente a su red, bajo condiciones equitativas, razonables y no discriminatorias, por lo que era obligación de las partes incluir en el Esquema Transitorio lo referente al servicio de facturación, cobranza y atención de reclamos, que deberá prestar Cable & Wireless Panamá, S.A., a Galaxy Communications Corp.

3. Por otra parte, la actora estima que la resolución JD-5752 de 2005 infringe de manera directa, por comisión, el artículo 3.7 del anexo A de la resolución JD-4408 de 2003, el cual dispone que los concesionarios del servicio de telefonía móvil celular bandas "A" y "B" prestarán el servicio de facturación, cobranza y atención de reclamos a título oneroso y a precios justos y razonables a los concesionarios de los

servicios de telecomunicación básica nacional e internacional.

4. La demandante también considera que la resolución administrativa impugnada viola de manera directa, por omisión, el artículo 37 del Decreto Ejecutivo 21 de 12 de enero de 1996 que dispone que todo concesionario de una red de telecomunicaciones estará obligado a proveer interconexión con su red, a los concesionarios de servicios de telefonía móvil celular que hayan obtenido la concesión correspondiente del Ministerio de Gobierno y Justicia, en iguales términos y condiciones técnicas y económicas, sin hacer discriminaciones injustas o no razonables, a favor o en contra de cualquier concesionario del mencionado servicio. Según la norma reglamentaria en mención el concesionario de una red básica de telecomunicaciones no podrá colocar en una situación de desventaja a las personas con quienes compita, presumiéndose que, de lo contrario, hay discriminación injusta o no razonable.

Los conceptos de las normas antes citadas, expuestos por la actora para sustento de la supuesta violación, son visibles en las fojas 50 y 51 del expediente judicial.

Dado que se encuentran relacionadas, la Procuraduría de la Administración procede a analizar las alegadas infracciones de manera conjunta, anotando en este sentido que la entidad reguladora de los servicios públicos estableció en el punto 4.4.5 de la resolución JD-5918 del 23 de marzo de 2006, que el porcentaje establecido por la prestación de los servicios que debe prestar la demandante por la impresión,

distribución de la factura, cobranza y atención de reclamos cumple con la regulación vigente, ya que le permite a Cable & Wireless Panamá, S.A., cubrir sus costos y obtener una ganancia razonable, ya que de no ser ello así, esa empresa concesionaria no lo hubiera pactado en el acuerdo de interconexión que mantiene con Telefónica Móviles Panamá, S.A., en el cual se contempla un 4% y la estimación en 4% de las cuentas incobrables, para los cual se tomó en cuenta la relación existente entre la provisión para las cuentas malas sobre la facturación del servicio de voz y celular, tal como se observa en el informe financiero de Cable & Wireless Panamá, S.A., para el período 2003-2004.

Por otra parte, el acápite f de la cláusula 62 del contrato de concesión 309, suscrito el 24 de octubre de 1997 entre el Estado Panameño y Cable & Wireless Panamá, S.A., estipula que la entidad reguladora velará porque el principio de igualdad y competitividad rija los contratos de interconexión, y se garantizase, entre otras cosas, el establecimiento de cargos de interconexión razonables entre las redes a ser interconectadas, atendiendo para ello los costos, el efecto de la interconexión y un margen de ganancia razonable. Según lo acordado por las partes contratantes, la estructura de cargos de interconexión debe ser tal que estimule la competencia y la eficiencia económica, y debe ser de fácil aplicación. Asimismo, esta estructura debe tener apropiadamente discriminados e identificados los componentes y servicios que incluya.

A juicio de este Despacho, lo antes expresado demuestra que la entidad demandada acató en debida forma lo dispuesto en el punto 28 de la resolución JD-4408 de 18 de diciembre de 2003, que establece que la citada reguladora conviene que el pago de los costos no recurrentes extraordinarios, lo mismo que la implementación en los servicios celulares de la facilidad de código de acceso, se establecerá utilizando el mismo mecanismo dispuesto para la recuperación de los costos de dichas facilidades en la red fija; razón por la cual los concesionarios de telefonía celular deberán presentar a dicha entidad, sus costos con sus respectivas facturas debidamente justificados, de ahí que pueda concluirse que la violación aducida por la actora resulta infundada.

4. Finalmente, la recurrente considera que la resolución JD-5752 de 2005 infringe de manera directa, por omisión, el artículo 3.2 del Anexo A de la resolución JD-4408 de 2003 emitida por el antiguo Ente Regulador, que dispone que para los efectos del pago de la factura única los clientes deberán realizar el pago total de la misma, exceptuándose aquellas llamadas que, por algún motivo, se encuentren bajo reclamación ante el concesionario, de acuerdo a lo establecido en la resolución DJ-101 del 27 de agosto de 1007 y sus modificaciones; misma que adopta el reglamento de deberes y derechos de los usuarios.

La demandante sustentó el cargo de violación a esta norma en la foja 53 del expediente judicial.

Contrario a lo argumentado por la parte demandante, la Procuraduría de la Administración advierte que en el punto

4.7.5 de la resolución JD-5918 del 23 de marzo de 2006, la entidad reguladora de los servicios públicos estimó que la aplicación íntegra de los pagos parciales a la cuenta del servicio móvil, coloca en desventaja a los operadores que brindan el servicio de telefonía nacional e internacional, observando así mismo, que de no aceptar Cable & Wireless Panamá, S.A., los pagos parciales estaría violando el derecho del usuario consagrado en el reglamento de deberes y derechos de los usuarios al que con anterioridad nos hemos referido.

De igual manera, este Despacho considera que el acto acusado se ciñe a lo establecido en el acápite 2 del artículo 42 de la Ley 31 de 1996, que prevé como una obligación de los concesionarios de los servicios de telecomunicaciones, permitir y mantener de manera equitativa la interconexión de otros concesionarios a sus redes, en los casos en que la entidad reguladora de los servicios públicos o los contratos de concesión lo autoricen; en el artículo 47 del Decreto Ejecutivo 73 de 1997 que señala como objetivos de la entidad reguladora de los servicios públicos, los de promover el interés público, fomentar y preservar la libre, leal y efectiva competencia entre los concesionarios de los servicios de telecomunicaciones, además de garantizar el cumplimiento de los principios de no discriminación, equidad y neutralidad de tratamiento en la prestación de dichos servicios. Por ende, los cargos de violación que aduce la actora carecen de sustento legal.

Por las consideraciones anteriores, esta Procuraduría solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se

sirvan declarar que NO ES ILEGAL la resolución JD-5752 del 28 de diciembre de 2005, dictada por el antiguo Ente Regulador de los Servicios Públicos y, como consecuencia de ello, se desestimen las pretensiones de la demandante.

Pruebas: Aducimos el expediente administrativo referente a este caso, para que sea solicitado por ese Tribunal a la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos.

Derecho: Se niega el invocado en la demanda.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Nelson Rojas Avila
Secretario General

OC/11/iv.