

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 1198

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 23 de noviembre de 2009

**Proceso contencioso
administrativo de
plena jurisdicción**

El licenciado Fernando Botacio, en representación de **Practical Solutions, S.A.**, solicita que se declare nula, por ilegal, la resolución, AN 1570 -CS de 3 de abril de 2008, emitida por la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos**, el acto confirmatorio y que se hagan otras declaraciones.

Concepto

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

Acudo ante ese Tribunal de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 5 de la ley 38 de 31 de julio de 2000, para intervenir en interés de la ley en el proceso descrito en el margen superior, ya que nos encontramos ante un proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción en el cual se impugna una resolución que en la vía gubernativa resolvió un proceso en el que existió controversia entre particulares en razón de sus intereses.

I. Las disposiciones que se aducen infringidas y los conceptos de las supuestas violaciones.

El apoderado judicial del demandante considera infringidas las siguientes disposiciones legales:

A- Los artículos 36, 94 y el numeral 31 del artículo 201 de la ley 38 de 2000, en los términos expuestos en las fojas 44 a 55 del expediente judicial.

B- El artículo 251 del Código de Comercio, de la forma expresada en las fojas 55 y 56 del expediente judicial.

II. Antecedentes

Según consta en autos, la génesis del presente proceso se encuentra en la denuncia que la empresa Cable & Wireless Panamá, S.A., presentó el 26 de septiembre de 2007 ante el antiguo Ente Regulador de los Servicios Públicos, en contra de las empresas Simple, S.A., y Practical Solutions, S.A., por comercializar las tarjetas prepagadas denominadas "Simple", las cuales podían ser utilizadas para efectuar llamadas locales, de larga distancia nacional, internacional y a celulares, utilizando de manera irregular el EI DID Bidireccional contratado a Cable & Wireless Panamá, S.A., por la empresa Practical Solutions, S.A., distinguido con el número 800-5668. (Cfr. foja 76 del expediente judicial).

Recibida la denuncia, la autoridad reguladora realizó una serie de investigaciones que, en conjunto con la documentación aportada por la denunciante, sirvieron para que se formularan cargos a la empresa Simple, S.A., por infringir lo dispuesto en los numerales 2 y 10 del artículo 56 de la ley 31 de 8 de febrero de 1996, y a Practical Solutions, S.A., por infringir el numeral 1 del artículo 56 de la mencionada ley. (Cfr. foja 77 del expediente judicial).

Notificados los cargos a las empresas antes indicadas y surtidas las diligencias probatorias que fueron admitidas, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos emitió la resolución 1570-CS de 3 de abril de 2008, en la que se resolvió sancionar a Simple, S.A., por infringir lo dispuesto

en los numerales 2 y 10 del artículo 56 de la ley 31 de 1996; el artículo 187 del decreto ejecutivo 73 de 9 de abril de 1997; y las resoluciones AN 1115-Telco de 5 de septiembre de 2007, AN 1117-Telco de 5 de septiembre de 2007 y AN 1156-Telco de 20 de septiembre de 2007. En dicha resolución igualmente se sancionó la empresa Practical Solutions, S.A., por infringir el numeral 1 del artículo 56 de la ley 31 de 1996. (Cfr. foja 85 y 85 del expediente judicial).

En la citada resolución también se dispuso imponer una multa de B/. 25,000.00, tanto a Simple, S.A., como a Practical Solutions, S.A. (Cfr. foja 85 del expediente judicial).

Contra dicha resolución las empresas antes indicadas presentaron un recurso de reconsideración, que fue decidido mediante la resolución AN 1712-CS de 19 de mayo de 2008, que dispuso mantener en todas sus partes el acto original (Cfr. fojas 86 a 98 del expediente judicial), de allí entonces que Practical Solutions, S.A., presentara ante la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, la demanda contencioso administrativa objeto de este proceso. (Cfr. fojas 37 a 60 del expediente judicial).

III. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

De acuerdo con lo que se desprende del contenido de la demanda, las alegaciones de la parte actora en torno a la ilegalidad del acto acusado se centran en que el mismo se dictó sin que se garantizara el debido proceso, tal como lo prevé el numeral 31 del artículo 201 y en contravención al artículo 94, ambos de la ley 38 de 2000, puesto que, según

afirma, se incumplió el principio de inmediación y se vulneró su derecho de defensa en virtud de una alegada falta de notificación.

El actor estima igualmente, que el acto acusado fue dictado en contravención a normas jurídicas vigentes, por lo cual se faltó a lo dispuesto en el artículo 36 de la mencionada ley 38 de 2000.

Además señala, que dicho acto vulneró la diferencia existente entre la identidad de la sociedad y la de los socios, es decir, que desconoció el velo corporativo regulado en el artículo 251 del Código de Comercio en una causa en la que no procedía tal acción.

Este Despacho disiente de lo expresado por la actora, por las siguientes razones:

1. En relación con el debido proceso, estimamos que el mismo ha sido respetado en el curso del procedimiento administrativo seguido por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos en contra de la sociedad demandante, toda vez que la supuesta falta de notificación que, según alega le impidió ejercer su derecho de defensa, no se ha materializado dentro de dicho procedimiento, puesto que, tal como consta en autos, la autoridad reguladora efectuó múltiples intentos para procurar la notificación personal del pliego de cargos formulado contra Practical Solutions, S.A.; diligencias que incluyeron visitas al domicilio de la empresa, reportado en la oficina 1802, situada en el piso 18 del edificio Global Bank, y en la cual previamente se había efectuado una

inspección para la formulación del pliego de cargos. (Cfr. foja 111 del expediente judicial).

Al resultar infructuosas las gestiones hechas por la autoridad reguladora para localizar al representante legal de Practical Solutions, S.A., se procedió a llamar telefónicamente al licenciado Mario Fonseca Imedia, quien además de ser secretario y representante legal de la misma, en ausencia del titular, era parte de la firma de abogados Fonseca y Asociados, agente residente de dicha sociedad, con el propósito que éste localizara al representante legal de la empresa con el fin de notificarlo del pliego de cargos. (Cfr. foja 111 del expediente judicial).

Frente al resultado igualmente negativo de esta gestión, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos procedió el 30 de noviembre de 2007, a fijar el edicto en puerta 42 en el domicilio reportado por la empresa al cual ya nos hemos referido en párrafos anteriores, con lo cual se dio por notificado el pliego de cargos formulado a Practical Solutions, S.A. (Cfr. foja 112 del expediente judicial).

De igual forma, fue necesario notificarle mediante edicto de la providencia que fijó el periodo a pruebas, toda vez que se habían efectuado 3 visitas al domicilio de la sociedad resultando imposible su notificación. (Cfr. foja 112 del expediente judicial).

Por otra parte, en lo que se refiere al supuesto desconocimiento del derecho de defensa de la demandante, puede advertirse que tal como lo indica el informe de conducta que corre de fojas 110 a 115 del expediente

judicial, la misma en ningún momento quedo en indefensión "... pues tuvo conocimiento desde el inicio, de la existencia de un Procedimiento Administrativo Sancionador en su contra, toda vez que su Representante Legal, el señor Rodrigo Caballero presentó un escrito el día 25 de octubre del 2007, mediante el cual solicitaba copia del expediente correspondiente. (Foja 241)". Igualmente consta en autos que Practical Solutions, S.A., presentó recurso de reconsideración en contra de la resolución AN 1570-CS de 3 de abril de 2008, lo que revela su conocimiento del proceso.

En torno a lo señalado por la demandante en cuanto a la supuesta violación al principio de inmediación, dado que un funcionario distinto al juzgador, es decir, el comisionado substanciador fue quien ejerció facultades de investigación y decisión, somos de la opinión que tal cargo igualmente resulta carente de sustento, toda vez que tal situación se fundamenta en el numeral 2 del artículo 59 de la ley 31 de 1996 "Por la cual se dictan normas para la regulación de las telecomunicaciones en la República de Panamá", que en tal sentido dispone lo siguiente:

"Artículo 59: EL Ente Regulador de los Servicios Públicos impondrá las sanciones previstas en el numeral 1 del artículo 57, previo cumplimiento del procedimiento que se indica a continuación:

1...

2. Recibida la denuncia correspondiente, o de oficio, por conocimiento de una acción u omisión que pudiese constituir una infracción a la presente Ley o una contravención administrativa, el Ente Regulador designará un comisionado substanciador, que adelantará las diligencias de investigación y ordenará cuantas pruebas y actuaciones conduzcan al esclarecimiento de los hechos y a la

determinación de las responsabilidades correspondientes. El sustanciador puede delegar estas facultades en un funcionario subalterno.

Para la investigación se señala un término improrrogable de hasta treinta (30) días. Contra las decisiones del sustanciador no procede recurso alguno. ...” (Lo subrayado es de la Procuraduría de la Administración).

De lo antes señalado, se puede inferir que en la presente causa no se ha producido la situación que señala la sociedad demandante, dado que las actuaciones de la comisionada sustanciadora estaban amparadas en la citada ley 31 de 1996.

2. Con respecto a lo expuesto por la empresa demandante en el sentido que la resolución acusada de ilegal fue dictada en contravención al artículo 36 de la ley 38 del 2000, consideramos que dicho señalamiento tampoco es acertado, puesto que el proceso sancionador desarrollado en su contra por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, se desarrolló en estricto cumplimiento de lo establecido en la mencionada ley 31 de 1996, y en el decreto ejecutivo 73 de 9 de abril de 1997 “Por el cual se reglamenta 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”, de allí que pueda afirmarse sin temor a equívoco que la sanción impuesta a Practical Solutions, S.A., sólo fue aplicada luego de la culminación de las diversas etapas propias de estos procesos, que encuentran su regulación en el artículo 59 de la ley 31 de 1996.

Cumplido el procedimiento llevado a efectos por la autoridad reguladora se confirmó que Practical Solutions, S.A., valiéndose del EI DID Bidireccional que había contratado con Cable & Wireless Panamá, S.A., lo configuró a fin de que, a través de dicho circuito, fuese posible establecer un sistema de telefonía prepagada, al cual se accedía por medio de las tarjetas prepagadas denominadas "SIMPLE", que eran de propiedad de la Empresa Simple, S.A., la cual a pesar de ser concesionaria de servicios de telecomunicaciones no contaba con ningún acuerdo de interconexión que le autorizara a generar llamadas locales, de larga distancia nacional, internacional y a celulares, lo cual revela la comisión de una abierta infracción legal por parte de ambas empresas. (Cfr. foja 110 del expediente judicial).

3. En relación a los argumentos expuestos por la parte actora en el sentido que al emitirse el acto acusado se quebrantó lo dispuesto en el artículo 215 del Código de Comercio, relativo a la diferencia existente entre la identidad de la sociedad y la de sus socios, puesto que, según señala, la comisionada sustanciadora, durante el desarrollo de la instrucción y el administrador de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, al momento de aplicar la sanción, asimilaron a las personas jurídicas Practical Solutions, S.A. y Simple, S.A., esta Procuraduría debe señalar que los mismos no encuentran sustento en el expediente, sobre todo cuando tal como se lee en el punto 7 de la resolución AN 1570 - CS de 3 de abril de 2008, a dichas

empresas, se le formularon cargos por separado (Cfr. foja 77 del expediente judicial).

Así mismo consta en los puntos 1 a 4 de la referida resolución, la responsabilidad que fue atribuida a cada parte y la sanción que les fue impuesta por separado a las mencionadas sociedades (Cfr. fojas 84 y 85 del expediente judicial).

Por las razones expresadas solicitamos respetuosamente a ese Tribunal, se sirva declarar que NO ES ILEGAL la resolución de 896-2007 D.G de 30 de octubre de 2007, emitida por el director general de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, ni su acto confirmatorio.

Del Señor Magistrado Presidente,

Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Nelson Rojas Avila
Secretario General