

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 1324

Panamá, 7 de diciembre de 2016

Proceso Contencioso Administrativo de
Plena Jurisdicción.

Concepto de la Procuraduría de la
Administración.

La Licenciada Luznella Saavedra Riquelme, actuando en representación de **Claro Panamá S.A.**, solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución AN 9323-CS de 19 de noviembre de 2015, emitida por la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos**, el acto confirmatorio y 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 31 de julio de 2000, para intervenir **en interés de la Ley** en el proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción descrito en el margen superior, en el que se impugna el acto administrativo contenido en la Resolución AN 9323-CS de 19 de noviembre de 2015, emitida por la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos**, el acto confirmatorio, dictadas dentro del procedimiento sancionador iniciado por esta entidad reguladora contra la empresa **Claro Panamá S.A.**, a raíz de la queja presentada por el señor **Ricardo R. Martínez**.

I. Disposiciones que se estiman infringidas.

La apoderada judicial de la demandante sostiene que el acto administrativo censurado de ilegal infringe las siguientes disposiciones:

A. El artículo 57 de la Ley 31 de 8 de febrero de 1996, por la cual se dictan normas para la regulación de las telecomunicaciones en la República Panamá, referente a los tipos de sanciones administrativas para las infracciones señaladas en el artículo 56 de la referida ley (Cfr. fojas 13-14 del expediente judicial).

- B. El artículo 58 de la Ley 31 de 8 de febrero de 1996, por la cual se dictan normas para la regulación de las telecomunicaciones en la República Panamá, referente a los criterios a considerar para imponer las sanciones administrativas (Cfr. fojas 14-16 del expediente judicial).**
- C. El artículo 318.2 del 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, que establece las atenuantes a considerar para la aplicación de sanciones administrativas (Cfr. fojas 16-17 del expediente judicial).**
- D. El artículo 145 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el Procedimiento Administrativo General y dicta disposiciones especiales, que establece el sistema de valoración de las pruebas por medio de la sana crítica dentro del procedimiento administrativo general (Cfr. fojas 17-18 del expediente judicial).**
- E. El artículo 146 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el Procedimiento Administrativo General y dicta disposiciones especiales, que señala la obligación de exponer razonadamente en el acto administrativo los elementos probatorios y el mérito que corresponda (Cfr. fojas 18-19 del expediente judicial).**
- F. El artículo 34 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el Procedimiento Administrativo General y dicta disposiciones especiales, que señala los principios de las actuaciones administrativas (Cfr. fojas 19-20 del expediente judicial).**
- G. El artículo 88 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el**

Procedimiento Administrativo General y dicta disposiciones especiales, referente a los términos para agotar la investigación de denuncia o queja administrativa (Cfr. fojas 20-21 del expediente judicial).

II. Antecedentes.

Mediante la Resolución AN 4793-TELCO del 23 de septiembre de 2011, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, dio por concluida la Consulta Pública sobre el documento denominado "Normas para la Homologación, Registro y Activación de Terminales Móviles con el objeto de eliminar barreras a la competencia y promover el proceso de Portabilidad Numérica que adelanta la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos.", en la cual se dispuso en su parte resolutive:

PRIMERO: ORDENAR a los Concesionarios de los Servicios de Telefonía Móvil Celular (No. 107) y de Comunicaciones Personales (No. 106) y/o comercializadores, que los equipos vendidos con algún tipo de bloqueo, antes y después de la entrada en vigencia de la presente resolución, deberán ser desbloqueados a requerimiento del cliente una vez expire el periodo de subsidio establecido o el cliente le solicite su desbloqueo, para lo cual deberá cancelar el saldo del subsidio pendiente.

SEGUNDO: ADVERTIR a los Concesionarios de los Servicios de Telefonía Móvil Celular (No. 107) y de Comunicaciones Personales (No. 106), que una vez el cliente y/o usuario haya cancelado el subsidio del equipo terminal y solicite portar su número, el mismo deberá ser desbloqueado inmediatamente por el Concesionario Donante.

TERCERO: ADVERTIR a los Concesionarios de los Servicios de Telefonía Móvil Celular (No. 107) y de Comunicaciones Personales (No. 106), que el desbloqueo de los terminales móviles podrá ser realizado por sí mismos o a través de terceros debidamente autorizados por los Concesionarios de dichos servicios, sin costo alguno para el cliente.

CUARTO: COMUNICAR que la presente Resolución empezará a regir en noventa (90) días calendarios contados a partir de su publicación.

FUNDAMENTO LEGAL: Ley No. 26 de 29 de enero de 1996; Decreto Ley No. 10 de 22 de febrero de 2006; Ley No.31 de 8 de febrero de 1996; Ley No.6 de 22 de enero de 2002; Ley No.70 de 9 de noviembre de 2009; Decreto Ejecutivo No.73 de 9 de abril de 1997; Decreto Ejecutivo No.21 de 12 de enero de 1996, adicionado a través del Decreto Ejecutivo No.58 de 12 de mayo de 2008; Resolución No.JD-179 de 12 de febrero de 1998; Resolución AN No.3064-Telco de 11 de noviembre de 2009.”

La génesis del acto administrativo cuya ilegalidad se demanda a través de la presente acción, surge en razón de una queja presentada por el señor **Ricardo R. Martínez**, presentada ante la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos** en contra de la empresa **Claro Panamá S.A.**, prestataria de los servicios de telefonía celular, en razón que la misma no había desbloqueado su equipo marca Nokia, modelo 5138, situación que motivó para la Dirección Nacional de Telecomunicaciones, mediante el Memorándum DTEL-0207-12 de 2 de abril de 2012, solicitara el inicio de un procedimiento administrativo sancionador por el presunto incumplimiento de la Resolución AN 4793-TELCO del 23 de septiembre de 2011, detectados a raíz de una diligencia de inspección realizada en el Centro de Atención del Cliente de la referida empresa, en la ciudad de David (Cfr. foja 58 del expediente judicial).

Iniciados los trámites de rigor por parte de la Comisión Sustanciadora a efectos de realizar la investigación respectiva, la Dirección Nacional de Telecomunicaciones remitió a la Comisión señalada, el Memorándum DTEL-1064-12 de 8 de octubre de 2012, mediante el cual se le pone en conocimiento de una nueva queja, esta vez, presentada por la señora Evigilia Boniche Pérez, la cual fue adjuntada al expediente administrativo (Cfr. foja 60 del expediente judicial).

Acreditados los hechos que emergieron de la investigación respectiva, la Dirección Nacional de Telecomunicaciones formuló cargos a la empresa Claro Panamá S.A., por la infracción del numeral 10 del artículo 56 de la Ley 31 de 8 de

febrero de 1996, por la cual se dictan normas para la regulación de las telecomunicaciones en la República Panamá, que a la letra señala:

“Artículo 56. Constituyen infracciones en materia de telecomunicaciones:

...

10. El incumplimiento de las normas vigentes en materia de telecomunicaciones.”

El incumplimiento señalado, consiste en la infracción del artículo segundo de la Resolución AN 4793-TELCO del 23 de septiembre de 2011, consistente en:

“SEGUNDO: ADVERTIR a los Concesionarios de los Servicios de Telefonía Móvil Celular (No. 107) y de Comunicaciones Personales (No. 106), que **una vez el cliente y/o usuario haya cancelado el subsidio del equipo terminal y solicite portar su número, el mismo deberá ser desbloqueado inmediatamente por el Concesionario Donante.**” (Lo resaltado es nuestro).”

La Autoridad Nacional de los Servicios Públicos desarrolló el contradictorio procesal en sede administrativa, en salvaguarda del principio constitucional del debido proceso, y la respectiva práctica de pruebas, no obstante, la empresa **Claro Panamá S.A.**, presentó a través de apoderada judicial, advertencia de ilegalidad contra los puntos segundo y cuarto de la Resolución AN 4793-TELCO del 23 de septiembre de 2011, emitida por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, la cual fue resuelta por la Sala Tercera mediante la Sentencia de 31 de marzo de 2015, en la cual se **DECLARA QUE NO SON ILEGALES**, los puntos señalados, manifestando lo siguiente:

“Tal como viene expuesto, en la presente advertencia de ilegalidad, la parte consultante sugiere que se revise la legalidad de los Resueltos Segundo y Cuarto de la Resolución AN N° 4793-Telco. de 23 de septiembre de 2011, emitida por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (ASEP), en vista que el procedimiento administrativo sancionador no ha terminado, y en el cual se está observando si se aplica o no dicha norma contenida en la Resolución advertida de ilegal.

En este sentido, vale reiterar que de acuerdo con el segundo párrafo del artículo 73 de la Ley 38 de 2000, la advertencia de ilegalidad procede respecto de una norma o normas reglamentarias, o de un acto administrativo que el funcionario "debería aplicar para resolver el proceso". Es decir, que la norma advertida de ilegal, debe ser aquella que ha de aplicarse para solucionar o decidir de fondo una controversia. Siendo así, es requisito indispensable para que una advertencia de ilegalidad sea procedente, que exista un proceso administrativo pendiente de la decisión en que ha de aplicarse la norma o acto objeto de la advertencia. Pues si ya ha resuelto la Autoridad administrativa el proceso administrativo o aplicado la norma, sería inoperante la utilización de este recurso jurídico, circunstancia con la que nos encontramos en el presente caso.

En este punto conviene resaltar, que la solicitud promovida por la parte advirtiente, se subsume en forma prístina al contenido del artículo 73 de la Ley N° 38 de 31 de julio de 2000, previamente citado; ya que, en efecto, se encamina sobre un acto que se pretende aplicar para resolver sanciones, adquiriendo vicios de ilegalidad.

Tomando de referencia estos presupuestos, hemos podido determinar que en efecto, el procedimiento administrativo sancionador adelantado por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (ASEP), no ha sido resuelto; sin embargo, se han adelantado ciertas gestiones, tal como lo indica la propia Resolución AN N° 4793-Telco, en el sentido de operar, mantener e implementar la portabilidad numérica, cónsono con la Ley del Mercado de Telecomunicaciones.

Otra de las singularidades de la Resolución AN N° 4793-Telco., cuyos resueltos Segundo y Cuarto han sido advertidos de ilegales, es que la misma se produjo luego de concluida la etapa de consulta pública sobre el documento denominado: *"Normas para la Homologación, Registro y Activación de Terminales Móviles, con el objeto de eliminar barreras a la competencia y promover el proceso de portabilidad numérica que adelanta la Autoridad"*, consulta pública que fuera puesta a disposición de todos los intervinientes en este mercado de telecomunicaciones, incluida la empresa CLARO PANAMÁ, S.A., tal cual lo regula el Decreto Ejecutivo N° 279 de 2006, con lo cual la Autoridad no desconoció las pretensiones de la empresa advirtiente en este sentido.

De igual modo, hemos advertido que la advertencia de ilegalidad que nos ocupa, no contiene

ninguna modificación al procedimiento establecido en materia de telecomunicaciones, en el Reglamento de Portabilidad Numérica, dispuesto en la Resolución AN 3064-Telco de 11 de noviembre de 2009, dictada con fundamento en la Ley N° 31 de 1996.

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, y en virtud al razonamiento que antecede, se concluye que las normas consideradas infringidas por el advirtiente, no se han producido, por lo que el acto administrativo censurado de ilegal, no puede ser declarado en esta forma.”

Al resolver la Sala Tercera la advertencia formulada, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos entró a resolver el fondo del procedimiento administrativo sancionador, mediante la Resolución AN 9323-CS de 19 de noviembre de 2015, debidamente motivada, resolvió sancionar a la empresa Claro Panamá S.A. con una multa por la suma de veinticinco mil balboas (B/.25,000.00) por infringir el numeral 10 del artículo 56 de la Ley 31 de 8 de febrero de 1996, específicamente en lo dispuesto en el resuelto segundo de la Resolución AN. 4793-Telco de 23 de septiembre de 2011; además de advertir a la precitada empresa que debe cumplir con lo ordenado en resuelto segundo de la referida resolución, en el que se advierte a los operadores 106 y 107, que una vez que el cliente y/o usuario cancele el subsidio del equipo terminal y solicite portar su número, dicho equipo debe ser desbloqueado inmediatamente por el concesionario donante (Cfr. fojas 58-66 del expediente judicial).

Una vez notificada la parte sancionada, presentó en tiempo oportuno, recurso de reconsideración, el cual fue resuelto mediante la Resolución 9509-CS de 28 de diciembre de 2015, en la cual se denegó el recurso de reconsideración y se mantuvo en todas sus partes la resolución impugnada.

III. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Los servicios públicos, de acuerdo a la doctrina, son las actividades por la cual mediante una organización propia, la Administración Pública realiza de forma regular y continua la prestación de una utilidad singular a los ciudadanos, que

satisface una necesidad general que se considera esencial para el funcionamiento de la sociedad, como el caso de las telecomunicaciones, en especial en un mundo globalizado y de avances tecnológicos, los cuales puede brindar por sí misma o a través de organismos particulares a través de contratos de concesión.

La Administración Pública mantiene un rol fundamental en la prestación de los servicios públicos. El jurista español y catedrático de derecho administrativo Luis Cosculluela Montaner, señala:

“La Administración Pública titular del servicio tiene atribuida una serie de potestades con relación al servicio público. En primer lugar, la potestad reglamentaria para regular la gestión y uso del servicio de que se trate. En segundo lugar, la potestad de policía del servicio, que comprende la inspección de la forma en que el servicio se presta y el control de la forma en que los usuarios cumplen el reglamento de servicio. Directamente relacionada con la anterior potestad, la Administración titular tiene la potestad sancionadora, frente a los incumplimientos del gestor o del usuario, por incumplimiento de sus obligaciones impuestas por el reglamento del servicio. Y finalmente, la potestad tarifaria, ya que los servicios públicos, con excepción de los de carácter gratuito, obligan al usuario a pagar una contraprestación por la prestación recibida, que tiene la naturaleza de precio público o de tasa.” (Luis Cosculluela Montaner, Manual de Derecho Administrativo – Parte General, Editorial Aranzadi, 21ra. ed., Navarra, 2010, p.615.).

Teniendo este panorama inicial, observamos que la pretensión de la sociedad demandante para que la Sala Tercera declare nulo, por ilegal, el acto administrativo impugnado en sede jurisdiccional, se fundamenta en lo siguiente:

A. Artículo 57 de la Ley 31 de 8 de febrero de 1996, por la cual se dictan normas para la regulación de las telecomunicaciones en la República Panamá:

“**Artículo 57.** Existirán dos tipos de sanciones administrativas para las infracciones señaladas en el artículo anterior, sin perjuicio de la resolución administrativa del contrato de concesión, en los casos en que esto último proceda:

1. Multa de mil balboas (B/.1,000.00) hasta un millón de balboas (B/.1,000,000.00), dependiendo de la

gravedad de la falta, sin perjuicio de la obligación de reparar el daño correspondiente, o

2. Para los casos que requieran una acción inmediata, multa de cien balboas (B/.100.00) a diez mil balboas (B/.10,000.00) por día, dependiendo de la gravedad de la falta, sin perjuicio de la obligación de reparar el daño correspondiente. Estas multas serán reiterativas, esto es, se causarán por día hasta que se dé cumplimiento a la orden impartida por el Ente Regulador. Este tipo de sanción conllevará una orden de hacer o no hacer, para subsanar el incumplimiento de las normas vigentes en materia de telecomunicaciones, o una orden de suspender el acto prohibido.”

Según la demandante, la norma transcrita ha sido violada de manera directa por omisión, toda vez que el procedimiento administrativo sancionador adelantado por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos se fundamentó en el numeral 1 de la referida norma, sin tomar en cuenta la gravedad de la falta y las circunstancias del caso, agregando que *“El incumplimiento en que pudo haber incurrido CLARO en cuanto a que no desbloqueó inmediatamente los equipos celulares de los dos usuarios mencionados en el proceso sancionador, se debió a razones de fuerza mayor (los códigos de desbloqueo proporcionados por el fabricante no funcionaron), que escaparon de sus manos, sin que mediara mala fe de su parte o intenciones de impedir la migración de los usuarios y sin que se infligieran daños y perjuicio de ninguna clase.”* (Cfr. foja 13 del expediente judicial).

La Procuraduría de la Administración no comparte la tesis expuesta por la sociedad demandante por las siguientes consideraciones:

Como preámbulo, es necesario destacar la importancia del servicio público brindado en concesión por el Estado y su finalidad. Como señala el célebre autor francés, Gastón Jéze, profesor de la Universidad de París:

*“La concesión de un servicio público propiamente dicho y no una empresa particular importante, fiscalizada por la Administración pública. Esta idea capital se traduce en la fórmula de que **‘siendo decisivo el interés general, a él deben subordinarse los intereses privados.’**”* (Gastón Jéze, Principios Generales del Derecho Administrativo, Axel

Editores, Bogotá, 2010, p. 284). (Lo resaltado es nuestro).

En primer término, la legislación de telecomunicaciones vigente en la República de Panamá, tiene como objeto, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 1 de la Ley 31 de 1996, acelerar la modernización y el desarrollo del sector, promover la inversión privada en el mercado, extender su acceso, mejorar la calidad de servicios provistos, promover tarifas bajas al usuario y la competencia leal, en la provisión de los servicios de telecomunicaciones. En tal sentido, uno de los mecanismos para lograr y promover las tarifas bajas a los usuarios y la competencia leal en la prestación de estos servicios, es la llamada “Portabilidad Numérica”, la que consiste en la posibilidad de que un cliente y/o usuario pueda mantener su número de teléfono, de línea fija o móvil, cuando decide cambiarse de una compañía telefónica a otra compañía telefónica distinta. La Portabilidad numérica está limitada por restricciones geográficas, área de cobertura o aspectos tecnológicos.

Las ventajas de la portabilidad numérica, para los usuarios de las telecomunicaciones, consiste en que el usuario puede conservar su número, es de naturaleza voluntaria, se puede migrar de operador cuantas veces el usuario o cliente quiera, teniendo la oportunidad de escoger el operador que más se ajusta a sus condiciones y necesidades, así como la accesibilidad a mejores tarifas, calidad, equipos y valores agregados y lograr una mayor competitividad entre los concesionarios.

El artículo 34 d del Código Civil, tal como fue adicionado por el artículo 1 de la Ley 7 de 27 de enero de 1961, define el concepto de fuerza mayor:

“Artículo 34 d. Es fuerza mayor la situación producida por los hechos del hombre, a los cuales no haya sido posible resistir, tales como los actos de autoridad ejercidos por funcionarios públicos, al apresamiento por parte de enemigos, y otros semejantes.

Es caso fortuito el que proviene de acontecimientos de la naturaleza que no hayan podido ser previstos, como un naufragio, un terremoto, una conflagración y otros de igual o parecida índole."

Consideramos que no nos encontramos en un caso de fuerza mayor, toda vez que los equipos bloqueados son vendidos directamente por los concesionarios de los servicios de telefonía celular, a aquellos clientes que se someten al financiamiento del equipo al suscribir el respectivo contrato de servicios. Es decir, que la empresa que brinda el servicio vende el equipo al usuario, por lo que ella debe, previamente, tener todas las especificaciones, claves y demás elementos necesarios para dar el servicio correspondiente. Esto implica, que la empresa concesionaria tiene la obligación y la responsabilidad de contar con todos los elementos requeridos para dar el servicio adecuado a sus clientes.

Mediante la Sentencia de 27 de junio de 2008, la Sala Tercera señaló:

"Esto es así, toda vez que, la moderna jurisprudencia alemana y suiza señalan que por fuerza mayor entienden un acontecimiento que no guarda relación con la industria o actividad y que se produce al margen de ella con fuerza inevitable (Diccionario de Derecho Privado, T.1, Editorial Labor, S. A., Barcelona, Madrid, 1961, p. 2005). En este caso, las medidas tomadas por la empresa no fueron suficientes o no se conformaron con lo señalado en el numeral 8 del artículo 128 del Código de Trabajo que establece con claridad meridiana como obligación del empleador, específicamente, "Tomar las medidas indispensables y las prescritas por las autoridades para prevenir accidentes..."

De lo anterior es fácil colegir que, no estamos ni frente a fuerza mayor ni tampoco de caso fortuito, porque, **lo ocurrido no encuadra dentro de los conceptos expresados, por no ser un acontecimiento de la naturaleza que no haya podido ser previsto, razón por la cual, la doctrina excluye expresamente los acontecimientos provocados por el incumplimiento de las obligaciones, de aquellos que pueden invocarse como fuerza mayor o caso fortuito que, se pueda considerar como eximentes del cumplimiento de las obligaciones como las establecidas en el numeral 8 del artículo 128 ibidem.**" (Lo resaltado es nuestro).

Cuando un cliente ha cumplido a cabalidad con las condiciones del contrato de prestación de servicios, si el equipo ha sido adquirido bajo el financiamiento por parte de la prestataria del servicio de telecomunicaciones, una vez finiquitado el financiamiento, tiene la prerrogativa de solicitar que dicha unidad sea liberada, de manera inmediata para acogerse al derecho de la portabilidad numérica, como lo ordena la Resolución AN 4793-TELCO del 23 de septiembre de 2011, emitida por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos.

En todo caso, la empresa concesionaria del servicio de telefonía celular, que ofrece a la venta un equipo, debe contar con todas las competencias técnicas por parte del fabricante, para afrontar todas las situaciones que se presenten dentro de la relación, entre ellas, el desbloqueo de los equipos en caso de expirado el periodo de subsidio establecido o el cliente le solicite su desbloqueo, previa cancelación del saldo del subsidio pendiente.

B. Artículo 58 de la Ley 31 de 8 de febrero de 1996, por la cual se dictan normas para la regulación de las telecomunicaciones en la República Panamá, que a la letra señala:

“Artículo 58. El Ente Regulador impondrá las sanciones administrativas previstas en el artículo anterior en forma excluyente, tomando en cuenta los siguientes criterios:

1. Circunstancias agravantes o atenuantes de la infracción;
2. Grado de perturbación o alteración de los servicios;
3. Cuantía de los daños o perjuicios ocasionados.

Las multas ingresarán al Tesoro Nacional y se impondrán, sin perjuicio de otras acciones legales a que haya lugar, a favor del Estado o de terceros.”

Según alega el demandante, la violación de este artículo se produce de manera directa por omisión, toda vez que las sanciones administrativas previstas en el artículo 57 de la ley en referencia, se aplican de manera excluyente, tomando en consideración las circunstancias atenuantes o agravantes de la infracción, grado de perturbación o alteración de los servicios y la cuantía de los

daños o perjuicios causados. Agrega que el actuar de la empresa Claro Panamá S.A. no conllevó conducta dolosa ni actividad mal entendida, ni provocada por la imprudencia, irreflexión, ni descuido ni ninguna otra o conducta parecida, tampoco de negligente, situación que no fue considerada por la entidad que emite el acto administrativo impugnado en sede jurisdiccional (Cfr. foja 14 del expediente judicial).

Sobre el particular, debemos reiterar el criterio expuesto anteriormente, en cuanto que **la empresa concesionaria del servicio de telefonía celular, que ofrece a la venta un equipo, debe contar con todas las competencias técnicas por parte del fabricante, para afrontar todas las situaciones que se presenten dentro de la relación, entre ellas, el desbloqueo de los equipos** en caso de expirado el periodo de subsidio establecido o el cliente le solicite su desbloqueo, previa cancelación del saldo del subsidio pendiente.

Cuando un usuario suscribe un contrato de prestación de servicios de telefonía celular y adquiere un equipo financiado por la misma, espera de buena fe, que tanto el servicio que contrata, así como el equipo que se le ofreció, estén garantizados por el proveedor, ante cualquier circunstancia normal dentro del giro de la actividad de las telecomunicaciones. Ante el hecho que aquel honre el respectivo contrato y cancele el monto del financiamiento otorgado, el equipo pasa finalmente a su propiedad, y la empresa vendedora debe garantizar el uso y disfrute del mismo, sin ninguna otra limitación, salvo aquellas que emanan de la ley y de la capacidad tecnológica del equipo. En todo caso, la limitación y demora por parte del concesionario del servicio de telefonía celular, en realizar las operaciones técnicas implícitas en el derecho de migrar a otro proveedor, por parte de lo que se conoce como portabilidad numérica, violenta el derecho al uso y disfrute de bienes adquiridos de acuerdo a lo que prescriben las leyes nacionales, lo que implica además un grave obstáculo a la libre competencia del mercado de telefonía.

Según expone el jurista galo André De Laubadere, catedrático de la Universidad de Derecho, Economía y Ciencias Sociales de París, mientras dure la concesión, el concedente (la Administración Pública) conserva sobre su ejecución poderes muy enérgicos que se explican por el carácter del servicio público de la actividad del concesionario.

“1°) Control. – En primer término **el concedente tiene un poder de control para velar porque el concesionario haga funcionar bien el servicio. Este control tiene su base directa en los derechos que la Administración posee sobre el servicio público** y esta lo puede ampliar más allá de los medios previstos en el acto de concesión, siempre y cuando que no termine en un verdadero acto de gestión directa (régie). (André De Laubadere, Manual de Derecho Administrativo, Editorial Temis, Bogotá, 1984, p.222). (Lo resaltado es nuestro).

El acto administrativo objeto de censura, está debidamente motivado, estableció una multa de veinticinco mil balboas (B/.25,000.00) a la empresa **Claro Panamá S.A.**, suma de dinero que está dentro del rango establecido en el numeral 1 del artículo 57 de la Ley 31 de 1996, la cual va de un mínimo de mil balboas (B/.1,000.00) hasta un millón de balboas (B/.1,000,000.00), dependiendo de la gravedad de la falta, en la que se evaluó toda la información suministrada por la precitada empresa durante los descargos presentados dentro del procedimiento administrativo sancionador.

C. Artículo 318.2 del Decreto Ejecutivo 73 de 9 de abril de 1997, por el cual se reglamenta la Ley 31 de 8 de febrero de 1996:

“**Artículo 318.** Las sanciones serán aplicadas tomando en consideración los siguientes criterios:

318.1 Agravantes: Son aquellas circunstancias tales como: intencionalidad, dolo, negligencia, culpa, reincidencia, entre otros, que aumentan la gravedad de la infracción cometida. Para estos casos el Ente Regulador impondrá un recargo de hasta el noventa por ciento (90%) de la multa respectiva.

318.2 Atenuantes: Son aquellas circunstancias tales como historial de buena conducta, cooperación con la autoridad, reporte oportuno y voluntario de las

infracciones, situaciones de fuerza mayor o caso fortuito que disminuyen la gravedad de la infracción cometida. Para estos casos el Ente Regulador podrá reducir el monto de la cuantía de la multa respectiva hasta en un noventa por ciento (90%).

318.3 El grado de perturbación o alteración de los servicios.

318.4 La cuantía de los daños o perjuicios ocasionados.”

De acuerdo a la demandante, la infracción de esta norma se produce de manera directa por omisión, toda vez la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos no tomó en cuenta el historial de buena Conducta de la empresa **Claro Panamá .S.A.**, cooperación con la autoridad, situaciones de fuerza mayor, que según ella, en este caso, disminuyen la gravedad de la infracción (Cfr. fojas 14 y 16 del expediente judicial).

Reiteramos el concepto vertido anteriormente en el sentido que en el presente procedimiento administrativo sancionador, no opera la fuerza mayor como situación atenuante, mucho menos excluyente de la responsabilidad de la empresa demandante.

El acto administrativo impugnado fue debidamente motivado, exponiendo con claridad cada uno de los hechos constatados en la investigación.

En la Sentencia de 26 de mayo de 2004, la Sala Tercera señaló a propósito de la infracción del artículo antes citado:

“En relación a la supuesta violación del artículo 318 del Decreto Ejecutivo No.73 de 1997, la Sala considera que la misma no se ha producido, pues el Ente Regulador de los Servicios Públicos, sólo está facultado para imponer multas que oscilen entre mil balboas (B/.1,000.00) y un millón de balboas (B/.1,000,000.00), las cuales se establecerán atendiendo a varios criterios, entre ellos que existan circunstancias agravantes y atenuantes de la infracción, tal como lo disponen los artículos 57 y 58 de la Ley No.31 de 8 de febrero de 1996 que son del tenor siguiente:

“Artículo 57. Existirán dos tipos de sanciones administrativas para las infracciones señaladas en el

artículo anterior, sin perjuicio de la resolución administrativa del contrato de concesión, en los casos en los que esto último proceda:

1. Multa de mil balboas (B/.1,000.00) hasta un millón de balboas (B/.1,000,000.00), dependiendo de la gravedad de la falta, sin perjuicio de la obligación de reparar el daño correspondiente, o

2. Para los casos que requieran una acción inmediata, multa de cien balboas (B/.100.00) a diez mil balboas) por día, dependiendo de la gravedad de la falta, sin perjuicio de la obligación de reparar el daño correspondiente. Estas multas serán reiterativas, esto es, se causarán por día hasta que se dé cumplimiento a la orden impartida por el Ente Regulador. Este tipo de sanción conllevará una orden de hacer o de no hacer, para subsanar el incumplimiento de las normas vigentes en materia de telecomunicaciones, o una orden de suspender el acto prohibido.

Artículo 58. El Ente Regulador impondrá las sanciones administrativas previstas en el artículo anterior en forma excluyente, tomando en cuenta los siguientes criterios:

1. Circunstancias agravantes o atenuantes de la infracción;

2. Grado de perturbación o alteración de los servicios;

3. Cuantía de los daños o perjuicios ocasionados.

Las multas ingresarán al Tesoro Nacional y se impondrán, sin perjuicio de otras acciones legales a las que haya lugar, a favor del Estado o de terceros."

En virtud de lo antes expuesto, la Sala advierte que, precisamente, basándose en esta potestad que le otorga la Ley No.31 de 8 de febrero de 1996, el Ente Regulador le impuso la multa de seiscientos mil balboas (B/.600,000.00) a la empresa Cable & Wireless Panamá, S.A. a través de la Resolución N° JD-3092 de 11 de diciembre de 2001."

Ciertamente dentro de la doctrina del Derecho Administrativo, el tema de las sanciones que la Administración Pública puede imponer está en constante debate, siendo una medida aflictiva que retribuye la comisión de la infracción de la norma administrativa.

Según expone el autor Luis Cosculluela Montaner, antes citado:

"En relación con la multa se ha suscitado el problema de su graduación, y se ha argüido su carácter no igualitario, porque una multa de la misma cuantía tiene consecuencias muy diversas según la riqueza del

sancionado. A este problema, se ha intentado poner remedio mediante el establecimiento de multas que se gradúan en función de la renta del sancionado, es decir se establecen en un porcentaje de su renta; pero esta solución no es la más general, porque es de muy difícil gestión. Sin embargo, la multa si puede estar enmarcada entre cuantías máximas y mínimas, y puede fijarse en función de un porcentaje, sobre el presupuesto de la obra (así en la legislación urbanística) o del volumen de negocio (caso de la Ley de Defensa de la Competencia)." (Luis Cosculluela Montaner, Op. Cit., p.593).

D. Artículo 145 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el Procedimiento Administrativo General y dicta disposiciones especiales, el cual establece:

"Artículo 145. Las pruebas se apreciarán según las reglas de la sana crítica, sin que esto excluya la solemnidad documental que la ley establezca para la existencia o validez de ciertos actos o contratos."

De acuerdo con lo vertido por el demandante, esta norma ha sido infringida de manera directa por omisión, toda vez que la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos no valoró conforme a la sana crítica ninguna de las pruebas que obran en el expediente, y que según ella, demuestran fehacientemente que su representada no actuó de mala fe para concluir que no habían circunstancias atenuantes al momento de imponer la sanción respectiva, lo que considera una violación a la normativa vigente en materia de telecomunicaciones (Cfr. fojas 17-18 del expediente judicial).

Es difícil poder esgrimir el criterio de violación al sistema de valoración de la sana crítica, sin exponer cuales han sido las pruebas que específicamente el juzgador administrativo omitió valorar con este criterio. No basta enunciarla como causal para solicitar la nulidad del acto administrativo, sino que debe exponerse detalladamente a la Sala, como esa prueba, presuntamente mal valorada, determinó la emisión del acto administrativo demandado. En realidad, no sabemos

cuál de las pruebas aportadas al expediente contentivo del procedimiento administrativo disciplinario no fue valorada en debida forma.

En la Sentencia de 4 de marzo de 2012, la Sala Tercera manifestó:

“Se considera igualmente violado el artículo 145 de la Ley No.38 de 2000, el cual establece lo siguiente:

"Artículo 145. Las pruebas se apreciarán según las reglas de la sana crítica, sin que esto excluya la solemnidad documental que la ley establezca para la existencia o validez de ciertos actos o contratos".

El demandante plantea que el funcionario administrativo desconoció la regla de la sana crítica al valorar las pruebas incorporadas al expediente administrativo, ya que no consideró la prueba documental que certifica que los docentes, a la hora de los supuestos hechos, se encontraban en el plantel educativo.

Al respecto es importante en primer lugar señalar, que el método de la sana crítica para la valoración de las pruebas dentro de un proceso determinado, considera un conjunto de normas de criterios de los jueces, basadas en pautas de la lógica, la experiencia y la psicología, y aún del sentido común, que aunadas llevan al convencimiento humano.

Bajo este contexto, se entiende que el convencimiento debe basarse en las pruebas aportadas al proceso, y no apartarse de ellas, deben contar con certeza, y a través de ella aplicar la sana crítica. La prueba cuya valoración estima el actor no se hizo, consiste en una nota calendada 11 de julio de 2008, donde la subdirectora de la escuela de Cerro Viejo hace constar que los docentes Luis Quintero y Romelia Pérez, el día 23 de junio de 2008 marcaron sus tarjetas de asistencia a las 7:07 A.M. la entrada y a las 12:30 P.M. la salida, con lo cual pretende probar que los mismos no participaron de los hechos que dieron origen al proceso disciplinario que se les siguió. (f. 68 de los antecedentes)”

En realidad, sin la indicación de las pruebas que fueron objeto de la inaplicación del principio de la sana crítica, mal puede la Sala entrar a valorar dicha circunstancia.

E. Artículo 146 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el Procedimiento Administrativo General y dicta disposiciones especiales, que señala:

“Artículo 146. El funcionario expondrá razonadamente en la decisión el examen de los elementos probatorios y el mérito que les corresponda, cuando deba ser motivada de acuerdo con la ley.”

Según expresa la demandante, la violación de la norma se produce de manera directa por omisión, toda vez que la entidad que emite los actos administrativos impugnados, no se refirió en forma razonada al examen de las pruebas medulares que constan en el expediente administrativo y que la empresa sancionada aportó en el procedimiento disciplinario, por lo que no llegó a la “lógica conclusión” que existían circunstancias atenuantes que debieron ser consideradas al momento de imponer la multa a la empresa **Claro Panamá S.A.** (Cfr. fojas 18-19 del expediente judicial).

La Procuraduría de la Administración reitera sobre este punto, los conceptos vertidos con anterioridad en la presente Vista.

F. Artículo 34 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el Procedimiento Administrativo General y dicta disposiciones especiales, que señala:

“Artículo 34. Las actuaciones administrativas en todas las entidades públicas se efectuarán con arreglo a normas de informalidad, imparcialidad, uniformidad, economía, celeridad y eficacia, garantizando la realización oportuna de la función administrativa, sin menoscabo del debido proceso legal, con objetividad y con apego al principio de estricta legalidad. Los Ministros y las Ministras de Estado, los Directores y las Directoras de entidades descentralizadas, Gobernadores y Gobernadoras, Alcaldes y Alcaldesas y demás Jefes y Jefas de Despacho velarán, respecto de las dependencias que dirijan, por el cumplimiento de esta disposición.

Las actuaciones de los servidores públicos deberán estar presididas por los principios de lealtad al Estado, honestidad y eficiencia, y estarán obligados a dedicar el máximo de sus capacidades a la labor asignada.”

De acuerdo con lo vertido por el demandante, esta norma ha sido infringida de manera directa por omisión, en razón que la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos no fue objetivo y se apartó del principio de estricta legalidad, y del debido proceso, toda vez que al momento de imponer la sanción administrativa, no tomó nota de las circunstancias atenuantes y agravantes (Cfr. foja 19 del expediente judicial).

Consideramos prudente fijar conceptualmente lo que implica el principio del debido proceso, visto desde la jurisprudencia de la Sala Tercera. En la Sentencia de 26 de abril de 2006, señaló lo siguiente:

“Después de examinar las constancias procesales, esta Superioridad considera que el acto demandado es ilegal toda vez que violó el principio del debido proceso legal, del cual haremos algunas anotaciones antes de examinar la cuestión de fondo.

A. El debido proceso como derecho fundamental:

El debido proceso constituye un derecho fundamental que nuestra Constitución Política recoge en su artículo 32, al establecer que nadie puede ser juzgado sino por autoridad competente, conforme a los trámites legales, ni más de una vez por la misma causa penal, policiva o disciplinaria.

Al interpretar la citada norma, la jurisprudencia de la Corte ha señalado que el debido proceso no se reduce a los aspectos que ésta menciona sino que involucra otros elementos vitales para la adecuada defensa de los derechos de las personas. Siguiendo al Dr. Arturo Hoyos, la Corte ha señalado que el debido proceso lo integran, entre otros elementos: el derecho de acceso a los tribunales, el traslado de la demanda, el derecho a aducir, aportar e intervenir en la práctica de pruebas, así como de contradecir las de la contraparte; el derecho de alegar, de obtener una sentencia motivada por el juez competente y el derecho de impugnar las resoluciones que afecten derechos subjetivos a través de los medios de impugnación

previstos en la Ley u otro instrumento jurídico, según el tipo de proceso.

La Corte también ha manifestado de forma reiterada, que no todo desconocimiento de un trámite legal implica una violación del debido proceso, sino únicamente cuando se pretermiten o desconocen trámites esenciales que afectan el derecho a una adecuada defensa.

B. El proceso administrativo y el debido proceso:

Como es sabido, la garantía fundamental del debido proceso tiene aplicación en los procesos administrativos que se sustancian en las distintas entidades públicas. Ya comentaba el extinto Magistrado Rogelio Fábrega Zarak sobre la necesidad de institucionalizar medidas que permitiesen a los afectados limitar, frenar o anular las actuaciones de la Administración, medidas dentro de las cuales "es obvio que ocupa una posición cimera la garantía del debido proceso, cuyos principios deben nutrir la legislación correspondiente, y debe, también, impedir aquellas actuaciones administrativas que se realicen con violación del derecho a ser oído o con prescindencia de los trámites, límites o condiciones que fije el ordenamiento para la adopción de tales medidas; y para colocar, también, al afectado, como coadyuvante de la Administración y del interés público, en posición de restaurar la legalidad vulnerada con dichas actuaciones por parte de la misma Administración Pública o, en su caso, por los órganos jurisdiccionales". Y agregaba, "La aceptación del principio del debido proceso en el actuar administrativo, su incorporación en todos los actos administrativos de las entidades públicas que tengan efectos jurídicos frente a terceros, equivale a convertir la relación de los particulares con la Administración de una relación fáctica, a una relación jurídica, en que las potestades administrativas deben ejercerse de conformidad con las disposiciones legales que las regulan, bajo la vigilancia de los particulares afectados" (El debido proceso en la Administración Pública, 1995).

Los acertados comentarios del Dr. Fábrega y de otros connotados administrativistas panameños tuvieron eco en la Ley 38 de 31 de julio de 2000, que vino a regular el procedimiento administrativo general en Panamá. Este cuerpo legal tiene, entre otras virtudes, la de señalar claramente los principios básicos que rigen todas las actuaciones administrativas, entre ellos, el del debido proceso, mencionado de forma preponderante en el artículo 34 ibidem, donde se exige a los funcionarios públicos la realización oportuna de la función pública, pero "sin menoscabo del debido

proceso legal, con objetividad y con apego al principio de estricta legalidad."

En otro fallo, mediante la Sentencia de 31 de octubre de 2014, la Sala Tercera señaló:

"En el ámbito del poder sancionador, lo anterior encuentra sentido, pues, como ha señalado el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, el "derecho al debido proceso busca confirmar la legalidad y correcta aplicación de las leyes dentro de un marco de respeto mínimo a la dignidad humana dentro de cualquier tipo de proceso, entendido este como "aquella actividad compleja, progresiva y metódica, que se realiza de acuerdo con las reglas preestablecidas, cuyo resultado será el dictado de la norma individual de conducta (sentencia), con la finalidad de declarar el derecho material aplicable" (Cfr. Pleno de la CSJ, Acción de Amparo, Leslie Samudio Patiño vs. INAC, Fallo de 29 de marzo de 2011, M.P. Harley J. Mitchell D.).

En el ámbito legal, este derecho se encuentra establecido de forma general en el artículo 34 de la Ley 38 de 2000, el cual, siguiendo lo establecido en el artículo 32 de la Constitución Política y el artículo 8 de la Convención Americana, determina que las actuaciones administrativas de todas las entidades públicas se efectuarán sin menoscabo del debido proceso legal, con objetividad y con apego al principio de estricta legalidad. Y en concreto, lo establece y desarrolla el artículo 200.31 de la Ley 38 de 2000, al supeditarle al cumplimiento de ciertos requisitos de procedimiento, como lo son *"el derecho a ser juzgado conforme a los trámites legales (dar el derecho a audiencia o ser oído a las partes interesadas, el derecho a proponer y practicar pruebas, el derecho a alegar y el de recurrir) y el derecho a no ser juzgado más de una vez por la misma causa penal, policiva, disciplinaria o administrativa"*.

Finalmente, en la Sentencia de 4 de mayo de 2015 del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, proferida por el Magistrado Abel Augusto Zamorano, citando la doctrina procesal panameña de los Doctores Jorge Fábrega Ponce y Arturo Hoyos, se han definido los criterios que componen el debido proceso:

"En este punto también es de lugar hacer mención al procesalista JORGE FÁBREGA que destaca, en sus "Instituciones de Derecho Procesal Civil" que la jurisprudencia ha llenado de contenido la garantía del debido proceso, integrado por los derechos que se indican a continuación:

1. Derecho a la jurisdicción, que consiste en el derecho a la tutela constitucional.
2. Derecho al Juez natural.
3. Derecho a ser oído.
4. Tribunal competente, predeterminado en la ley, independiente e imparcial.
5. Derecho a aportar pruebas lícitas, relacionadas con el objeto del proceso, y de contradecir las aportadas por la otra parte o por el juez.
6. Facultad de hacer uso de los medios de impugnación previstos en la ley contra resoluciones judiciales motivadas.
7. Respeto a la cosa juzgada.

Es así como el debido proceso está constituido por una serie de elementos dirigidos a asegurar la efectiva o adecuada defensa de las partes en el mismo. A estos elementos procesales se refiere el Doctor Arturo Hoyos en su obra sobre el debido proceso, al indicar que:

"si se viola alguno de dichos elementos de tal manera que se afecte la posibilidad de las personas de defender efectivamente sus derechos (ya sea por violación del derecho a ser oído; por falta de la debida notificación, ausencia de bilateralidad, o contradicción del derecho a aportar pruebas; de la posibilidad de hacer uso de medio de impugnación contra resoluciones judiciales; falta total de motivación de éstas; tramitación de procesos no regulados mediante ley; pretermisión de una instancia; seguirse un trámite distinto al previsto en la ley - proceso monitorio en vez de uno ordinario; ejecución de sentencia en vez de proceso ejecutivo; notificación por edicto cuando debe ser personal; sentencia arbitraria que, por ejemplo, desconoce la cosa juzgada material-) ante tribunal competente, la sanción correspondiente será la nulidad constitucional" (HOYOS, Arturo. El Debido Proceso. Editorial Temis, S. A., Santa Fé de Bogotá, 1995, págs.89-90). (lo resaltado es del Pleno)."

Al analizar los criterios jurisprudenciales, se observa con claridad el acto administrativo impugnado, emitido por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, dentro del procedimiento administrativo sancionador seguido contra la empresa Claro Panamá S.A., se realizó con pleno respeto del procedimiento

fijado, por el juez natural y competente (la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, de acuerdo a lo fijado por la legislación panameña de telecomunicaciones), siendo escuchado a lo largo del mismo, con la posibilidad de aportar pruebas para ser consideradas dentro del contradictorio, así como la utilización de los medios de impugnación fijados por la ley.

En cuanto al señalamiento de violación al principio de legalidad, vale citar la opinión del jurista francés, Geroge Vedel, en su obra Derecho Administrativo, para quien *“la legalidad es la cualidad de aquello que es conforme a la Ley”*. (George Vedel, Derecho Administrativo, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1980, p.219).

Así mismo, don Libardo Rodríguez señala:

“Con fundamento en las ideas anteriores podemos decir que el principio de legalidad consiste en que la administración está sujeta en su actividad al ordenamiento jurídico, es decir, que todos los actos que dicte y las actuaciones que realice deben respetar las normas jurídicas superiores.

En sentido práctico, el principio de legalidad constituye una limitación a la actividad e la administración, por cuanto significa que ella no puede hacer todo cuanto quiera sino solamente aquello que le permita la ley, Esta idea es un presupuesto básico del llamado Estado de Derecho, de origen fundamentalmente liberal...” (Libardo Rodríguez, Derecho Administrativo General y Colombiano, Editorial Temis, 13ra ed., Bogotá, 2002, p.244).

En cuanto a la alegación del demandante, sobre la presunta violación del principio de legalidad, señalado en el artículo 34 de la Ley 38 de 2000, consideramos que la misma no se produce, toda vez que el Administrador de la Autoridad de los Servicios Públicos, al entrar a resolver el fondo del procedimiento disciplinario seguido a la empresa Claro Panamá S.A., se mantuvo en todo momento, dentro del ejercicio de las funciones que la ley le otorga, utilizando los criterios jurídicos correspondientes al valorar las pruebas y tomar la decisión correspondiente, a través de un acto administrativo debidamente motivado.

En la Sentencia de 24 de mayo de 2010, la Sala Tercera señaló a propósito del mismo: “

“En referencia al proceder de la ATTT, cabría preguntarse si esta podía exigir medidas de seguridad a los concesionarios del transporte terrestre público de pasajeros que no se encontraban establecidas en la ley. Respondiendo a esta interrogante, vale referirnos a nuestra Constitución, quien en su artículo 18, dispone "los particulares sólo son responsables antes las autoridades por infracción de la Constitución o de la Ley. *Los servidores públicos lo son por esas mismas causas y también por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas*". Este principio de legalidad que fluye del artículo en referencia, es hoy potenciado y reforzado específicamente por el artículo 34 de la Ley 38 de 2000, cuyo libro segundo regula el procedimiento administrativo general.

"Artículo 34. Las actuaciones administrativas en todas las entidades públicas se efectuarán con arreglo a las normas de informalidad, imparcialidad, uniformidad, economía, celeridad y eficacia, garantizando la realización oportuna de la función administrativa, sin menoscabo del debido proceso legal, con objetividad y con apego al principio de estricta legalidad. Los Ministros y las Ministras de Estado, los Directores y las Directoras de entidades descentralizadas, Gobernadores y Gobernadoras, Alcaldes y Alcaldesas y demás Jefes y Jefas de Despacho velarán, respecto de las dependencias que dirijan, por el cumplimiento de esta disposición.

Según este principio, los organismos y funcionarios sólo pueden hacer lo que la Ley manda u ordena, lo que exige que sus acciones u omisiones deban estar precedidas de una base normativa que los sustente. De esta manera queda bastante claro que la autoridad solo ha de hacer solo aquello que la ley la indique, contrario al particular que puede realizar todo aquello que la ley no le prohíbe.

Razón por la cual en este caso, en lo que respecta a la ATTT no podría exigirle esta al concesionario de transporte público de pasajeros requisitos de seguridad que no eran impuestos por ley alguna, recordando que la autoridad debe desempeñarse dentro del estricto marco de la legalidad.

"...

El Derecho público en general, y fundamentalmente el derecho administrativo, que representa y estudia, éste último, lo que el estado hace, no admite por regla general las interpretaciones análogas, como quiera que el derecho de la administración, en general, está gobernado por el principio de competencia, según el cual las autoridades públicas sólo pueden hacer aquello que la ley expresamente les permite.

....." Sistema de Fuentes en el Ordenamiento Jurídico Colombiano, Blanco Zúñiga Gilberto).

Lo anterior está íntimamente ligado al principio de legalidad, del cual nos ilustra el autor Pedro Salazar Ugarte:

"...Efectivamente desde la perspectiva jurídica, el principio de legalidad (en sentido estricto) se enuncia de la siguiente manera: "todo acto de los órganos del Estado debe encontrarse fundado y motivado en el derecho en vigor". Es decir que todo acto de la autoridad pública debe tener fundamento en una norma jurídica vigente y, más allá, dicha norma jurídica debe encontrar su propio sustento en una norma superior. Este principio tiene un origen histórico antiguo y se ha venido enriqueciendo durante el desarrollo del pensamiento político y jurídico. Desde sus orígenes detrás del principio de legalidad descansa la contraposición entre "el gobierno de los hombres" y el "gobierno de las leyes": en el primer caso, los gobernados se encuentran desprotegidos frente al arbitrio del gobernante, y, en el segundo, los súbditos cuentan con más posibilidades de conocer de antemano los límites y alcances del ejercicio de la autoridad. Ciertamente, detrás de esta dicotomía existe un juicio de valor: donde impera la legalidad los administrados cuentan con un cierto grado de certeza y seguridad jurídica y disfrutan, en principio, de un estado de igualdad frente a la ley (ideal griego isonomía); donde la legalidad es un principio ausente, los gobernados cuentan con un margen discrecional absoluto para afectar la vida de sus súbditos. Sin embargo, en términos

estrictos, el principio de legalidad como tal poco nos dice del contenido de las normas jurídicas que rigen a una comunidad determinada. La existencia de un determinado cuerpo normativo que regule las condiciones del ejercicio del poder político (sistema jurídico vigente) no garantiza, por sí sola, la vigencia de un catálogo de garantías de seguridad jurídica para los súbditos de quien ejerce la autoridad. Por eso, el principio de legalidad en sentido amplio debe entenderse como un ideal jurídico que no hace referencia al derecho que "es", sino al derecho que debe "ser".

....." El resaltado es nuestro

Siguiendo con el principio de legalidad, esta Sala, en Sentencia de 11 de junio de 2002, en proceso contencioso administrativa de nulidad, interpuesto por el licenciado Carlos Broce, en contra de la frase "CERRO CASA", contenida en el artículo 12 del Decreto Ejecutivo No. 194, de 25 de agosto de 1999, expedido por el Presidente de la República, por conducto del Ministerio de Gobierno y Justicia, se dictaminó lo siguiente:

"..Siguiendo el hilo conductor, existe una vinculación ineluctable entre la facultad de reglamentar las leyes y el principio de legalidad, que marca las acciones y omisiones de los funcionarios y corporaciones públicas, por ello este Tribunal ha dicho siguiendo la doctrina iusadministrativista que "todas las actuaciones de la Administración están subordinadas a la ley, de modo que aquélla sólo puede hacer lo que ésta le permite con las finalidades y en la oportunidad previstas y ciñéndose a las prescripciones, formas y procedimientos determinados por la misma. La nulidad es la consecuencia jurídica de la no observancia del principio de legalidad" (ARCINIEGA, Antonio José. Estudios sobre jurisprudencia administrativa, Tomo I, Edit. Temis, Bogotá, 1982, pág. 10" (Caso. Jorge Sáenz contra Resolución No. 16 (JMC) de 10 de julio de 1996 de la Junta Calificadora Municipal del Consejo Municipal de Panamá).

El resaltado es nuestro

Así también en Sentencia de 16 de Abril de 2003 y 19 de mayo de 2003, esta Sala consideró lo siguiente:

Según este principio, los organismos y funcionarios sólo pueden hacer lo que la Ley manda u ordena, lo que exige que sus acciones u omisiones deben estar precedidos de una base normativa que los sustente. La télesis incuestionable del apotegma positivizado es someter a la Administración Pública a la observancia de la juridicidad que nuclea todo el ordenamiento, preserva la seguridad jurídica al ser garantía de protección de derechos de los asociados y deberes correlativos exigibles a éstos, y marca las pautas imprescindibles del correcto desenvolvimiento del aparato público, en consonancia con la noción y práctica del Estado Constitucional y Social de Derecho.”

G. Artículo 88 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el Procedimiento Administrativo General y dicta disposiciones especiales, referente a los términos para agotar la investigación de denuncia o queja administrativa.

“Artículo 88. Toda investigación por denuncia o queja deberá agotarse en un término no mayor de dos meses, contado a partir de la fecha de su presentación.

La resolución mediante la cual se resuelve sobre el mérito de una denuncia o queja, deberá emitirse dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que quedó agotada la investigación respectiva.”

De acuerdo al planteamiento señalado por la parte demandante, la norma señalada ha sido violada de manera directa por omisión, toda vez que el procedimiento sancionador estuvo suspendido desde el 23 de febrero de 2013 hasta el 19 de mayo de 2015 en virtud de la advertencia de ilegalidad presentada dentro del mismo, y que una vez levantada la suspensión el 19 de mayo de 2015, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos tardó seis (6) meses en expedir la Resolución correspondiente, cuando de acuerdo a lo previsto por el artículo 88 de

la Ley 38 de 2000, debió dictarla dentro del plazo concedido por la ley, atentando así contra la seguridad jurídica de su mandante, en clara infracción al debido proceso (Cfr. foja 20 del expediente judicial).

Ante este planteamiento, la Procuraduría de la Administración debe oponerse, toda vez que el artículo 49 de la Ley 38 de 2000, que a continuación transcribimos, establece los mecanismos que tienen las partes dentro de los procedimientos administrativos, para afrontar el tema de la demora injustificada en la tramitación de los mismos:

“Artículo 49. Es responsabilidad de la Administración y, de manera especial, del Jefe o la Jefa del Despacho respectivo y del funcionario encargado de la tramitación del proceso, el impulso de éste. Por tanto, ambos funcionarios serán solidariamente responsables de que el proceso se desarrolle conforme a los principios instituidos en esta Ley y demás normas pertinentes.

El retraso injustificado en la realización de un trámite a cargo de la Administración, constituirá impedimento de la autoridad para seguir conociendo del proceso. El incidente de recusación deberá ser presentado ante el superior jerárquico respectivo, quien deberá decidirlo en un término no superior a tres días hábiles, contado a partir de la fecha que quede en estado de decidir. La decisión que resuelve el incidente no admite recurso alguno.

De prosperar el incidente de recusación, la autoridad nominadora designará la autoridad ad hoc para conocer y decidir el proceso.

Si en el transcurso de un año prosperan dos o más incidentes de recusación contra una autoridad por la causa instituida en este artículo, la sanción será la destitución del funcionario.

Lo anterior es sin perjuicio de la queja que el afectado pueda presentar contra el funcionario moroso.” (Lo resaltado es nuestro).

En tal sentido, no existe constancia o evidencia alguna, que la empresa Claro Panamá S.A., a través de sus abogados, haya presentado incidente de recusación alguno contra los funcionarios de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, por la demora injustificada de la tramitación del procedimiento

administrativo sancionador seguido en su contra, por lo que consideramos que no es viable en estos momentos, esgrimir tal argumento, cuando en su momento, tuvo la oportunidad de presentarlo en debida forma.

IV. Solicitud de la Procuraduría de la Administración.

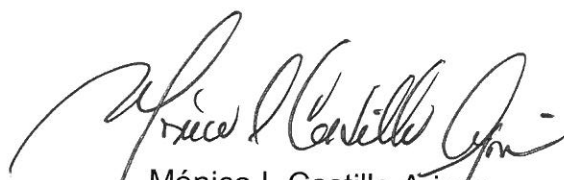
En atención a las consideraciones previamente expuestas, la Procuraduría de la Administración solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL la Resolución AN 9323-CS de 19 de noviembre de 2015**, emitida por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, así como sus actos confirmatorios y, en consecuencia, se denieguen las restantes pretensiones de la demandante.

IV. Pruebas: Se aduce como prueba documental de esta Procuraduría, la copia autenticada del expediente administrativo que guarda relación con este caso, cuyo original reposa en los archivos de la institución demandada.

V. Derecho: No se acepta el invocado por el demandante.

Del Honorable Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General