

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 1453

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 11 de diciembre de 2017

Proceso Contencioso Administrativo de Nulidad.

Concepto de la Procuraduría de la Administración.

El Licenciado **Álvaro Antonio Hernández Zambrano**, actuando en su propio nombre y representación, solicita que se declare nula, por ilegal, la frase "*...interrumpa los servicios por más de setenta y dos (72) horas consecutivas contadas a partir de que la interrupción haya sido reportada...*" contenida en el **artículo 244 del Decreto Ejecutivo 73 de 9 de abril de 1997**, por el cual se reglamenta la Ley 31 de 8 de febrero de 1996, mediante la cual se dictan normas para la regulación de las telecomunicaciones de la República de Panamá.

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 3 del artículo 5 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, con la finalidad de intervenir en interés de la ley en el proceso descrito en el margen superior.

I. Pretensión.

El Licenciado **Álvaro Antonio Hernández Zambrano**, actuando en su propio nombre y representación, solicita que se declare nula, por ilegal, la frase "*...interrumpa los servicios por más de setenta y dos (72) horas consecutivas contadas a partir de que la interrupción haya sido reportada...*" contenida en el **artículo 244 del Decreto Ejecutivo 73 de 9 de abril de 1997**, que reglamenta la Ley 31 de 8 de febrero de 1996, mediante la cual se dictan normas para la regulación de las telecomunicaciones de la República de Panamá, instrumento

reglamentario publicado en la Gaceta Oficial 23,263 de 10 de abril de 1997 (Cfr. fojas 1-5 y 28 reverso del expediente judicial).

El contenido de esa disposición señala:

“Artículo 244. Los concesionarios reconocerán un crédito al cliente proporcional al número de días de interrupción del servicio respecto al cargo mensual fijo, cuando por causas no atribuibles a éste, **interrumpa los servicios por más de setenta y dos (72) horas consecutivas contadas a partir de que la interrupción haya sido reportada.** En todos los casos, el concesionario deberá restablecer el servicio interrumpido lo antes posible a los clientes afectados. El concesionario deberá incorporar todos los elementos del presente Capítulo en las condiciones contractuales de servicio.” (La frase destacada en negrita es la acusada de ilegal).

II. Disposiciones que se dicen infringidas.

El actor manifiesta que la frase acusada de ilegal vulnera las siguientes disposiciones:

a. El artículo 5 de la Ley 31 de 8 de febrero de 1996, que se refiere a la política del Estado panameño en materia de telecomunicaciones (Cfr. fojas 3-4 del expediente judicial); y

b. El artículo 42 de la Ley 31 de 8 de febrero de 1996, que guarda relación con las obligaciones del concesionario del servicio de telecomunicaciones, además de las que se consignan en los reglamentos y en el contrato respectivo (Cfr. fojas 4-5 del expediente judicial).

III. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

En cuanto a la violación del artículo 5 de la Ley 31 de 8 de febrero de 1996, el accionante sostiene que esa norma ha sido transgredida de manera directa, por omisión; ya que la misma contiene las directrices que debe imponer el Estado panameño en materia de telecomunicaciones, para que los concesionarios ofrezcan un servicio público eficiente y eficaz, que asegure continuidad y claridad (Cfr. foja 4 del expediente judicial).

En ese orden de ideas, el demandante opina que la frase acusada del decreto reglamentario desconoce la política estatal descrita en el párrafo previo,

puesto que promueve la falta de continuidad en la prestación del servicio público de telecomunicaciones (Cfr. foja 4 del expediente judicial).

En lo que respecta al artículo 42 de la Ley 31 de 8 de febrero de 1996, el recurrente manifiesta que esa disposición ha sido vulnerada por la frase acusada de ilegal, de manera directa, por omisión, debido a que esa legislación establece cuáles son las obligaciones que tiene el concesionario de telecomunicaciones con el cliente; entre éstas, la de operar los servicios de telecomunicaciones en forma ininterrumpida; sin embargo, estima que la norma reglamentaria vulnera lo anterior, puesto que incluye un período de tiempo no contenido en la Ley, para solucionar la interrupción por causas no atribuibles al cliente (Cfr. fojas 4-5 del expediente judicial).

Este Despacho se opone a los cargos de ilegalidad explicados por el recurrente, por las razones que expresamos a continuación.

El artículo 1 de la Ley 31 de 8 de febrero de 1996, señala que esa legislación regula las telecomunicaciones con el objeto de acelerar la modernización y el desarrollo del sector; promover la inversión privada en el mercado; extender su acceso; mejorar la calidad; promover tarifas bajas al usuario y la competencia leal en la provisión de los servicios públicos de telecomunicaciones sujeta a esa ley (Cfr. página 1 de la Gaceta Oficial 22,971 de 9 de febrero de 1996).

El artículo 3 de ese mismo cuerpo normativo, dispone que **para los efectos de interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las telecomunicaciones, regirán las definiciones establecidas en la Ley 31 de 8 de febrero de 1996, los decretos que al efecto expida el Órgano Ejecutivo para reglamentarla**, las resoluciones técnicas y de gestión que emita la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, así como los tratados y los convenios internacionales vigentes en la República de Panamá que le sean aplicables.

En ese orden de ideas, observamos que el **artículo 5 de la Ley 31 de 8 de febrero de 1996**, establece la política del Estado panameño en materia de telecomunicaciones; particularmente, **en el numeral 2**, que se refiere a su **deber de promover que los concesionarios presten los servicios de telecomunicaciones** conforme a los principios de tratamiento igual entre usuarios, en circunstancias similares, y de acceso universal, **asegurando la continuidad**, la calidad y la eficiencia de esos servicios en todo el territorio nacional.

El artículo 5 antes citado, es concordante con las siguientes normas: el **artículo 73 (numeral 4) de la Ley 31 de 8 de febrero de 1996**, que establece como atribución específica de la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos**, la de: *“adoptar las medidas necesarias, para procurar que los servicios de telecomunicaciones se brinden de forma eficiente, **ininterrumpida**, sin interferencias y discriminaciones.”*; y el **artículo 42 de ese mismo cuerpo normativo**, que puntualiza que el **concesionario tendrá como una de sus obligaciones, la de operar el servicio público de telecomunicaciones en forma ininterrumpida**, en condiciones de normalidad y seguridad, y sin incomodidades irrazonables para los clientes.

El **artículo 42 de la Ley 31 de 8 de febrero de 1996**, contiene una excepción a la regla que señala que los servicios de telecomunicaciones se brindarán de forma **ininterrumpida**, cuando dice: *“...**salvo las interrupciones que sean necesarias por motivos de seguridad, mantenimiento y reparación, las cuales deberán sujetarse a las directrices del Ente Regulador**”*, hoy la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos.

Otras de las situaciones que causan la interrupción del servicio público de telecomunicaciones, son las que se mencionan en el **artículo 47 (numeral 8) de la Ley 31 de 8 de febrero de 1996**: el caso fortuito y la fuerza mayor, que

constituirán causa justificada de la interrupción del servicio público de telecomunicaciones, en grado significativo.

Las excepciones citadas, nos muestran con claridad que el servicio público de telecomunicaciones no siempre se proveerá “...asegurando la *continuidad*, la calidad y la eficiencia de los servicios en todo el territorio nacional...”, al tenor de lo señalado en el artículo 5 de la Ley 31 de 8 de febrero de 1996; tampoco, “...*en forma ininterrumpida*...”, conforme lo establecen los artículos 42 y 73 de esa misma excerpta legal.

Vale acotar, que la frase acusada forma parte del **artículo 244 del Decreto Ejecutivo 73 de 9 de abril de 1997**, por el cual se reglamenta la Ley 31 de 8 de febrero de 1996, mediante la cual se dictan normas para la regulación de las telecomunicaciones de la República de Panamá; mismo que se sitúa en el Título VII, Capítulo II (Cfr. página 45 de la Gaceta Oficial 23,263 de 10 de abril de 1997, que se visualiza en la foja 28 del expediente judicial).

En tal sentido, el Título VII se refiere al régimen de protección al cliente, cuyo **Capítulo 1**, guarda relación con la instalación del servicio; mientras que el **Capítulo 2**, regula lo atinente a la **interrupción temporal de las operaciones** (Cfr. páginas 45 y 46 de la Gaceta Oficial 23,263 de 10 de abril de 1997, que se visualiza en las fojas 28 y 28 reverso del expediente judicial).

Ese Capítulo 2 está compuesto por un par de artículos; a saber: el artículo 243 y el artículo 244, cuyos contenidos expresan:

“**Artículo 243.** Los concesionarios no podrán interrumpir intencionalmente la operación de la red telefónica o cualquier parte de la misma, ni la prestación de cualquier clase de servicio Tipo A sin haber antes comunicado por escrito al Este Regulador [Autoridad Nacional de los Servicios Públicos] las razones por las que se necesita la interrupción temporal del servicio y haber recibido la aprobación del Ente Regulador. Asimismo, avisará con razonable anticipación, a los clientes afectados, de la interrupción del servicio y la fecha prevista de restablecimiento del mismo. **Lo anterior no se aplicará si la interrupción se debe a una emergencia, caso fortuito o fuerza mayor.** Sin embargo, en todos los casos, el concesionario notificará por escrito en un plazo

de no más de cuarenta y ocho (48) horas al Ente Regulador la ocurrencia de dicha interrupción, sus motivos, las medidas adoptadas con el fin de restablecer el servicio, y la fecha prevista para el restablecimiento del servicio a los clientes afectados.” (Lo destacado es nuestro).

“**Artículo 244.** Los concesionarios reconocerán un crédito al cliente proporcional al número de días de interrupción del servicio respecto al cargo mensual fijo, cuando por causas no atribuibles a éste interrumpa los servicios por más de setenta y dos (72) horas consecutivas contadas a partir de que la intervención haya sido reportada. En todos los casos, el concesionario deberá restablecer el servicio ininterrumpido lo antes posible a los clientes afectados. El concesionario deberá incorporar todos los elementos del presente Capítulo en las condiciones contractuales de servicio.”

Del **artículo 243 del Decreto Ejecutivo 73 de 9 de abril de 1997**, se destaca el hecho que **los concesionarios del servicio público de telecomunicaciones no podrán interrumpir intencionalmente la operación de la red telefónica o cualquier parte de la misma ni la prestación de cualquier clase de servicio Tipo A**, sin antes haber comunicado por escrito a la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos las razones por las que se necesita la interrupción temporal del servicio y haber recibido la aprobación de la institución. Esa prohibición **no se aplica si la interrupción se debe a una emergencia, caso fortuito o fuerza mayor.**

Nótese que esas causas por las cuales se puede interrumpir el servicio público de telecomunicaciones, ya estaban previstas en **el artículo 47 (numeral 8) de la Ley 31 de 8 de febrero de 1996**, que dice que **el caso fortuito y la fuerza mayor constituirán causa justificada de la interrupción del servicio público de telecomunicaciones, en grado significativo.**

A su vez, debemos reiterar que la frase acusada forma parte del **Título VII del Decreto Ejecutivo 73 de 9 de abril de 1997**, relativo al **régimen de protección al cliente**, de cuyo **artículo 244** debe destacarse que **los concesionarios reconocerán un crédito al cliente, proporcional al número de días de interrupción del servicio respecto al cargo mensual fijo** cuando, por

causas no atribuibles a ese consumidor, el prestador interrumpa los servicios por más de setenta y dos horas consecutivas contadas a partir que la intervención haya sido reportada.

Lo expresado en los párrafos precedentes, demuestra que la regla general en el servicio público de telecomunicaciones, es que el mismo debe ser prestado por el concesionario de forma ininterrumpida, pero que habrá excepciones a esa regla cuando se trate de emergencias y situaciones de caso fortuito o fuerza mayor, tal como lo prevé la Ley 31 de 8 de febrero de 1996, reglamentada por el Decreto Ejecutivo 73 de 9 de abril de 1997.

Además, se establece un régimen de protección al cliente en el que se le reconoce un crédito que es proporcional al número de días de interrupción del servicio, respecto al cargo mensual fijo, siempre que la paralización sea por más de setenta y dos (72) horas consecutivas contadas a partir que la intervención haya sido reportada; y que el motivo no le sea atribuible a ese consumidor.

Estas premisas nos permiten afirmar, que **la frase “*interrumpa los servicios por más de setenta y dos (72) horas consecutivas contadas a partir de que la intervención haya sido reportada*” contenida en el artículo 244 del Decreto Ejecutivo 73 de 9 de abril de 1997, no rebasa la potestad reglamentaria**, puesto que la misma resulta cónsona con lo estipulado en la Ley 31 de 8 de febrero de 1996, por lo que no se vulneran los artículos 5 y 42 de esa excerpta legal invocados en la demanda.

Para el jurista Carlos García Oviedo, en su obra: Derecho Administrativo, Tomo I, la potestad reglamentaria es reglada: “...*cuando el ente administrativo, al hacer uso de ella, debe regirse por determinado precepto jurídico, que anticipadamente le señala su actuación. De lo antes expuesto se puede fácilmente inferir que lo que caracteriza a la potestad reglamentaria reglada, es su subordinación a una norma jurídica superior. Cabe señalar que esta potestad*

reglada queda limitada por la norma jurídica superior, de tal modo que ésta no puede sobrepasar ni menos desconocer los términos fijados por esa norma. La potestad reglamentaria será discrecional cuando, al ejercerla, sólo se reconocen dos límites, cuales son: a) no infringir ningún precepto constitucional; y b) no invadir la esfera de la ley, esto es, aquel conjunto de cuestiones cuya regulación corresponde a la ley, en sentido formal.” (GARCÍA OVIEDO. Carlos. Derecho Administrativo. Tomo I. Madrid. 1943. Pág. 84, citado por ESCOLA, Héctor Jorge. Op. cit., pág. 47).

En la Sentencia de fecha 29 de septiembre de 2014, la Sala Tercera, dijo: *“Sobre este tema, ha señalado la doctrina que el ejercicio de la potestad reglamentaria está sometido jurídicamente a límites que no deben ser violados. Estos límites derivan, de una parte, del principio constitucional de reserva de ley y, de otra, de la propia naturaleza de los reglamentos administrativos en cuanto a disposiciones subordinadas a la ley (SAINZ DE BUJANDA, F. Lecciones de Derecho Financiero. 8ª edición. 1990. Pág. 24).”*

La Corte Suprema de Justicia, en Pleno, en la Sentencia de 14 de febrero de 2003, en cuanto al tema de la potestad reglamentaria, ha señalado que:

“La potestad reglamentaria constituye, pues, una función del Ejecutivo para facilitar el cumplimiento o aplicación de las leyes, respetando el espíritu y sentido de la ley que regula, es decir, que no debe el Órgano Ejecutivo pretextando cumplir con la función reglamentaria que la constitución le encomienda, desbordar o contradecir sus preceptos. De allí, la frase acuñada por el administrativista Jaime Vidal Perdomo, que refiere que a mayor extensión de la Ley, menor extensión del reglamento, que la extensión del reglamento es inversamente proporcional a la extensión de la ley.

Los decretos ejecutivos o decretos reglamentarios han sido una potestad tradicional del Órgano Ejecutivo para la cumplida ejecución de las leyes, los que realiza mediante actos singulares o mediante normas reglamentarias de carácter general (leyes en sentido material, si se quiere), potestad ésta que se encuentra vinculada a la ley que se propone reglamentar, no pudiendo rebasar sus límites, sino que, como manifiesta el jurista Libardo Rodríguez, en su monografía Los Actos del Ejecutivo en el

Derecho Colombiano (Ed. Temis, 1977), el reglamento debe coincidir en su sentido general con la ley que pretende regular.

Como tales actos se dictan para la ejecución de las leyes, sus condiciones de fondo son dadas por el respeto debido a ellas y, lógicamente, a la Constitución Nacional.

Así lo considera sin vacilaciones la doctrina: 'El decreto reglamentario no puede adicionar la ley que reglamenta, ni variar su sentido, ni exceder sus términos. El reglamento debe coincidir en su sentido general con la ley. Su objeto no es crear normas, esa función normativa corresponde al legislador. El reglamento tiene por finalidad desarrollar los preceptos de la ley, desenvolverlos, precisarlos, concretarlos, crear los medios para su ejecución, dictar las medidas para su cumplimiento, sin que al hacer esto pueda modificar en ningún aspecto esa ley. Se trata de hacerla viable, activa, que produzca los resultados y los efectos que determinó el legislador'. (RODRÍGUEZ, Libardo. Los Actos Ejecutivos en el Derecho Colombiano. Editorial Temis, 1977).

..."

Cabe destacar que la Sala Tercera, en reiterados fallos se ha referido al tema de la potestad reglamentaria del Ejecutivo. Así, en el Fallo de 29 de octubre de 1991, señaló lo siguiente:

"Los límites de la potestad reglamentaria pueden ser de carácter formal o de índole material. Los primeros atañen a la competencia para dictar el reglamento, al respeto por las normas de superior jerarquía, sobre todo a la Constitución y a las leyes, según se prevé en el artículo 15 del Código Civil, y al respeto por el procedimiento legal para la elaboración y promulgación de los reglamentos. Los límites materiales hacen relación con la limitación de la potestad discrecional de reglamentar las leyes, que debe ejercerse en interés público y no con abuso o desviación de poder; a la materia que puede ser objeto del reglamento, entendiéndose que el mismo 'está ordenado inicialmente al propio campo de funciones que la Administración tiene atribuidas en el concierto público' (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomas-Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Pág. 216) y también se refiere a la irretroactividad de los reglamentos, en virtud del principio previsto en el artículo 43 de la Constitución que, si bien se refiere a las leyes, a fortiori es aplicable a los reglamentos, que están subordinados a las leyes."

En el marco de los hechos cuya relación hemos expuesto, esta Procuraduría solicita respetuosamente al Tribunal que se declare que **NO ES**

ILEGAL la frase “...*interrumpa los servicios por más de setenta y dos (72) horas consecutivas contadas a partir de que la interrupción haya sido reportada...*” contenida en el artículo 244 del Decreto Ejecutivo 73 de 9 de abril de 1997, por el cual se reglamenta la Ley 31 de 8 de febrero de 1996, mediante la cual se dictan normas para la regulación de las telecomunicaciones de la República de Panamá.

Del Honorable Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente 694-17