



Panamá, 25 de julio de 2007

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

**Concepto de la
Procuraduría de la
Administración.**

La firma Alemán, Cordero, Galindo & Lee, en representación de **Cable & Wireless Panamá, S.A.**, para que se declare nula, por ilegal, la resolución JD-5530 del 19 de septiembre de 2005, dictada por el **Ente Regulador de los Servicios Públicos**, el acto confirmatorio y para que se hagan otras declaraciones.

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

Acudo ante usted de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 5 de la ley 38 de 31 de julio de 2000, con la finalidad de contestar la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción descrita en el margen superior.

I. Acto acusado de ilegal.

La firma forense Alemán, Cordero, Galindo & Lee, actuando en nombre y representación de Cable & Wireless Panamá, S.A., demanda la nulidad de la resolución JD-5530 del 19 de septiembre de 2005, dictada por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, mediante la cual se resolvió ordenar a la empresa Cable & Wireless Panamá, S.A., que proceda a programar, de manera inmediata, en el sistema de telefonía móvil celular Banda "B", el código de acceso 088 asignado a

la empresa TELECARRIER, INC., para que los usuarios y clientes de postpago de esta empresa puedan realizar llamadas de larga distancia nacional e internacional. Así mismo se demanda su acto confirmatorio, constituido por la resolución JD-5677 de 1 de diciembre de 2005. (Cfr. fojas 1 a 6 del expediente judicial).

II. Disposiciones legales que se aducen infringidas y los conceptos de las supuestas infracciones.

A. El párrafo 13 y el literal "d" del párrafo 15 del artículo 1057-V del Código Fiscal, por el cual se establece un impuesto sobre la transferencia de bienes corporales muebles y la prestación de servicios que se realicen en la República de Panamá; párrafos en los que se señala la información que debe contener la factura o documento equivalente con el fin de que se efectúen las deducciones a las que tiene derecho el contribuyente y la facultad de la Dirección General de Ingresos para autorizar procedimientos especiales para instrumentar operaciones gravadas con el mencionado impuesto, cuando a su juicio, esa autorización facilite el normal desenvolvimiento de las actividades que el contribuyente desarrolla y, al mismo tiempo, permita una adecuada fiscalización por parte de la dirección en mención.

La parte actora manifiesta que la norma antes señalada ha sido infringida de forma directa, por omisión, por las razones expuestas a fojas 104 y 105 del expediente judicial.

B. El artículo 93 del Código de Comercio, el cual dispone que todo comerciante o corredor está obligado a conservar sus registros indispensables de contabilidad, por

todo el tiempo que dure su gestión y hasta cinco (5) años después de cerrar su negocio. En cuanto a los registros auxiliares, comprobantes y documentación que sustenten las operaciones mercantiles, señala la norma que los mismos deberán conservarse hasta la prescripción de toda acción que pueda derivarse de ellas, y que deberán ser mantenidos en el establecimiento para que puedan ser examinados por la autoridad competente para ello, prohibiéndose el traslado de los mismos fuera del país.

La parte actora alega que la norma en mención ha sido infringida, de forma directa, por omisión, por las razones que expone a foja 106 del expediente judicial.

C. El artículo 974 del Código Civil que establece que las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasicontratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia.

Según indica el actor, esta norma ha sido violada de forma directa, por omisión, por las razones que expone a foja 107 del expediente judicial.

D. El acápite 3.7 del anexo A de la resolución JD-4448 de 2003 que establece que los concesionarios del servicio de telefonía móvil celular, bandas A y B, prestarán el servicio de facturación, cobranza y atención de reclamos a título oneroso y a precios justos y razonables a los concesionarios de los servicios de telecomunicación básica nacional e internacional.

El demandante señala que la norma en mención ha sido infringida de forma directa, por comisión, por las razones que expone a fojas 107 y 108 del expediente judicial.

E. El artículo 37 del decreto ejecutivo 21 de 12 de enero de 1996 que señala que todo concesionario de una red básica de telecomunicaciones estará obligado a proveer interconexión con su red, a los concesionarios de servicios de telefonía móvil celular que hayan obtenido la concesión correspondiente del Ministerio de Gobierno y Justicia, en iguales términos y condiciones técnicas y económicas, sin hacer discriminaciones injustas o no razonables, en favor o en contra de cualquier concesionario de servicios de telefonía móvil celular. Añade la norma que el concesionario de una red básica de telecomunicaciones no podrá colocar en una situación de desventaja a las personas con quienes compita. De lo contrario se presume que hay discriminación injusta o no razonable.

A juicio de la parte actora, la norma en mención ha sido infringida de forma directa, por omisión, por las razones expuestas de fojas 108 a 110 del expediente judicial.

F. El artículo 3.2 del anexo A de la resolución JD-4408 de 2003 que dispone que, para los efectos del pago de la factura única, los clientes deberán realizar el pago total de la misma, salvo que se trate de aquellas llamadas que, por algún motivo, se encuentran bajo reclamación ante el concesionario de acuerdo con lo establecido por la resolución JD-101 de 27 de agosto de 1997 y sus modificaciones, en la

cual se adopta el reglamento de deberes y derechos de los usuarios.

De acuerdo con el criterio de la parte actora, la norma antes señalada fue infringida de forma directa, por omisión, tal como lo expone a fojas 110 y 111 del expediente judicial.

III. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

La Procuraduría de la Administración luego de la revisión de las piezas que componen el expediente del presente proceso, advierte la existencia del contrato de interconexión suscrito entre la empresa Cable & Wireless Panama, S.A. y Telecarrier, Inc., que impone a ambas empresas la necesidad de llegar a un acuerdo con relación a la programación del código de acceso 088 asignado a Telecarrier Inc.; acuerdo que fue imposible concertar, por lo que Telecarrier, de conformidad con lo establecido en la resolución JD-4448 de 18 de diciembre de 2005, solicitó la intervención del antiguo Ente Regulador de los Servicios Públicos, hoy Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, con la finalidad de que la autoridad reguladora dirimiera la controversia y fijara los términos de un acuerdo transitorio, cuyo objeto, según el criterio de la entidad demandada, no es otro que "eliminar barreras de entrada al mercado y permitir a Telecarrier Inc., prestar un servicio que representa una alternativa adicional para los clientes del servicio móvil celular...".

En razón de lo anterior, el antiguo Ente Regulador de los Servicios Públicos expidió la resolución JD-5530 de 19 de

septiembre de 2005, acto administrativo objeto de impugnación, mediante la que se ordenó a la empresa Cable & Wireless Panamá, S.A., que procediera a programar en su sistema de telefonía móvil celular banda "B", el código de acceso asignado a la empresa Telecarrier, Inc., para que los usuarios y clientes de postpago de esta última pudieran realizar llamadas de larga distancia nacional e internacional. En dicha resolución también se fijó el esquema transitorio, adjunto a la resolución acusada, que constituye una addenda al contrato de interconexión suscrito por las mencionadas empresas, que incluye los términos, condiciones y precios para que Cable & Wireless Panamá, S.A. preste el servicio de facturación, cobranza y atención de reclamos a Telecarrier, Inc.

Es importante destacar, que el acceso a las redes es una de las consecuencias de la interconexión, al igual que lo es la facilidad de código de acceso que le permite al usuario de la red móvil o de cualquier red fija poder utilizar los servicios de cualquier prestador de telefonía nacional o internacional; por lo que resulta aplicable a esta situación lo dispuesto en el artículo 187 del decreto ejecutivo 73 del 9 de abril de 1997 que establece que la interconexión de las redes de los servicios de telecomunicaciones de uso público es obligatoria y constituye una condición esencial de la concesión, y en el artículo 36 del decreto ejecutivo 21 del 12 de enero de 1996 que dispone que todo concesionario está obligado a diseñar, construir y operar su sistema de telefonía móvil celular de forma tal que permita la

interconexión automática y uniforme de su sistema con la red básica de telecomunicaciones y con cualquier otro servicio de telecomunicaciones debidamente autorizado por el Ministerio de Gobierno y Justicia incluyendo cualquier otro sistema de telefonía móvil celular.

Con relación al cargo de infracción del parágrafo 13 y del acápite "d" del parágrafo 15 del artículo 1057-V del Código Fiscal, alegado por la parte actora este Despacho observa que en el informe de conducta remitido por la Secretaría General del antiguo Ente Regulador de los Servicios Públicos al Magistrado Sustanciador, se señala lo siguiente:

"El servicio de Facturación, Cobranza y Atención de Reclamos, constituye una de las condiciones que deben pactar las partes dentro del acuerdo de interconexión. Este servicio tiene como finalidad evitar inconvenientes a los usuarios y facilitarles sus pagos presentándole una factura única. Actualmente, **CWP** presta este servicio a distintos concesionarios de Servicios de Valor Agregado, sin haber presentado aprobación alguna de su sistema de facturación de impuestos, que haya sido emitida por la Dirección General de Ingresos. Además, **la telefonía de larga distancia internacional no está sujeta a ningún impuesto, ya que éste fue eliminado a través de la Ley No. 6 de febrero de 2005**, que implementó un programa de equidad fiscal. El que sí está gravado es el servicio de telefonía móvil celular, para el cual, la operadora debe seguir utilizando el mismo sistema de cuentas y facturación que viene utilizando en sus operaciones." (Cfr. Foja 118 del expediente judicial).

A juicio de esta Procuraduría, lo manifestado por la entidad reguladora del servicio público de telefonía explica que al fijarse mediante el esquema transitorio adjunto a la resolución acusada, los términos, condiciones y precios para que Cable & Wireless Panamá, S.A. preste el servicio de facturación, cobranza y atención de reclamos a Telecarrier, Inc., no se vulnera en forma alguna lo dispuesto en el párrafo 13 y el literal d del párrafo 15 del artículo 1057-V del Código Fiscal.

Aunado a lo anterior, la entidad demandada explica que si bien la actividad que desarrolla un operador de telecomunicaciones puede calificarse como comercial, ésta es en esencia una actividad regulada por leyes y normas especiales, pues involucra la prestación de un servicio público cuya explotación ha sido cedida por el Estado ha cedido a particulares a través de la figura de concesión, pero que sigue teniendo intrínsecamente un interés de orden público al tratarse de un servicio básico.

Con relación a la infracción de los artículos 93 del Código de Comercio y 974 del Código Civil, este Despacho es del criterio que toda vez que la obligación de Cable & Wireless Panamá, S.A., de atender y capturar los reclamos presentados en relación con los servicios de larga distancia internacional y/o nacional de Telecarrier, Inc., nace del Esquema Transitorio de Interconexión que rige para ambas empresas, que de conformidad con la resolución impugnada constituye la addenda al contrato de interconexión, ésta constituye ley entre ambas partes, por lo que los cargos de

ilegalidad alegados por la parte actora carecen de sustento jurídico.

En cuanto a lo establecido en los acápites 4.3.10, 4.3.11 y 4.3.12 del esquema transitorio al acuerdo de interconexión (addenda), adicionado al contrato suscrito entre Cable & Wireless Panamá, S.A. y Telecarrier, Inc., a través del acto administrativo objeto de impugnación, somos del criterio que los mismos constituyen una mera reglamentación, puesto que prevén los procedimientos a seguir frente a distintas situaciones de reclamos, así como el período durante el cual debe la empresa Cable & Wireless Panama, S.A., mantener la información relacionada a los referidos reclamos. (Cfr. fojas 78 y 79 del expediente judicial).

Aunado a lo anterior, se observa que en el acápite 4.3.3. de la resolución JD-5677 de 1 de diciembre de 2005, mediante la cual se confirma la decisión adoptada en la resolución objeto de impugnación, la entidad demandada señaló que Cable & Wireless Panamá S.A., al cobrar por la gestión de facturación, cobranza y atención de reclamos, también resulta obligada a garantizar la existencia de los registros hasta que las reclamaciones sean resueltas totalmente, lo que incluye la vía gubernativa y la contenciosa administrativa. (Cfr. foja 6 del expediente judicial).

Con relación a la alegada infracción del acápite 3.7 del anexo A de la resolución JD-4448 de 2003 y del artículo 37 del decreto ejecutivo 21 de 12 de enero de 1996, la Procuraduría de la Administración anota que la entidad

demandada al emitir la resolución JD-5677 del 1 de diciembre de 2005, antes mencionada, señaló en la misma que el porcentaje establecido (8%) cumple con la regulación vigente, ya que dicho porcentaje le permite a Cable & Wireless Panamá, S.A., cubrir sus costos y obtener una ganancia razonable. Añade la mencionada resolución, que si ello no fuera así, esa concesionaria no lo hubiera pactado en el Acuerdo de Interconexión que suscribió con Telefónica Móviles Panamá, S.A., en el cual se contempla un 4% y la estimación en 4% de las cuentas incobrables, para lo cual se tomó en cuenta la relación entre la provisión para las cuentas malas sobre la facturación del servicio de voz y celular, tal como se observa en el informe financiero de Cable & Wireless Panamá, S.A. para el período 2003-2004, lo que denota que la demandada acató en debida forma la norma invocada.

Finalmente, con relación a la alegada infracción del artículo 3.2 del anexo A de la resolución JD-4408 de 2003, expedida por el antiguo Ente Regulador de los Servicios Públicos, la Procuraduría de la Administración advierte que en la resolución JD-5677 de 1 de diciembre de 2005 el citado ente regulador señaló que aplicar los pagos parciales totalmente a la cuenta del servicio móvil coloca en desventaja a los operadores que brindan el servicio de telefonía nacional e internacional, razón por la cual este Despacho considera que de adoptarse la postura de la parte actora, se contravendría el derecho del usuario consagrado en el Reglamento de Deberes y Derechos de los Usuarios, adoptado mediante la resolución JD-101 del 27 de agosto de 1997.

Del estudio de las normas que regulan la materia de interconexión, permite arribar a la conclusión que el acto administrativo impugnado se encuentra debidamente sustentado en el artículo 42 de la ley 31 de 1996, que establece como obligación de los concesionarios de los servicios de telecomunicaciones permitir y mantener de manera equitativa la interconexión de otros concesionarios a sus redes, en los casos en que la entidad reguladora de los servicios públicos o los contratos de concesión lo autoricen; así como en el artículo 47 del decreto ejecutivo 73 de 1997, que prevé como objetivos del antiguo Ente Regulador de los Servicios Públicos los de promover el interés público, fomentar y preservar la libre, leal y efectiva competencia entre los concesionarios de los servicios de telecomunicaciones a fin de asegurar la mayor calidad de los servicios a precios asequibles; así como garantizar el cumplimiento de los principios de no discriminación, equidad y neutralidad de tratamiento en la prestación de dichos servicios, lo que denota que al emitir el acto administrativo acusado, la entidad reguladora de los servicios públicos actuó en estricto apego a la norma invocada. (Cfr. foja 30 del expediente judicial).

Por todo lo expuesto, esta Procuraduría solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que NO ES ILEGAL la resolución JD-5530 del 19 de septiembre de 2005, dictada por el antiguo Ente Regulador de los Servicios Públicos, hoy Autoridad Nacional de los

Servicios Públicos y, en consecuencia, se denieguen las pretensiones de la parte actora.

IV. Pruebas.

Se aduce copia debidamente autenticada del expediente administrativo cuyo original reposa en los archivos de la institución demandada.

V. Derecho.

No se acepta el invocado por la parte actora.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Nelson Rojas Avila
Secretario General

OC/1085/iv