

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 947

Panamá, 28 de Agosto de 2017

Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.

Alegato de conclusión.

La firma forense Alemán, Cordero, Galindo & Lee, actuando en nombre y representación de **Cable & Wireless Panamá, S.A.**, solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución AN 10388-CS de 31 de agosto de 2016, emitida por la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos**, sus actos confirmatorios, y para que se hagan otras declaraciones.

Señor 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 artículo 61 de la Ley 135 de 1943, modificado por el artículo 39 de la Ley 33 de 1946, para presentar el alegato de conclusión de la Procuraduría de la Administración dentro del proceso contencioso administrativo descrito en el margen superior, el cual nos permite reiterar lo ya planteado en nuestra contestación de la demanda, en el sentido que no le asiste la razón a la recurrente en cuanto a su pretensión que se declare nula, por ilegal, la Resolución AN 10388-CS de 31 de agosto de 2016, emitida por la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos** (Cfr. fojas 48 - 50 del expediente judicial).

Tal y como indicamos en nuestra vista de contestación, el caso que nos ocupa se origina debido a que, de conformidad a la actora, la **ASEP** carece de competencia para resolver controversias derivadas del Contrato de Concesión 134 de 1997, ya que, según ella, en su cláusula 65, se establece que toda controversia relativa a la celebración, ejecución, desarrollo y terminación o liquidación del Contrato, será sometida al procedimiento del arbitraje (Cfr. fojas 9 - 11 del

expediente judicial).

En este sentido, la demandante indica que la ASEP no podía conocer y resolver una controversia contractual, condenando a **Cable & Wireless Panamá, S.A.**, por un supuesto incumplimiento de esa naturaleza, ya que la cláusula 65 del Contrato de Concesión establece que tal controversia es competencia de un tribunal arbitral (Cfr. fojas 11 – 12 del expediente judicial).

En atención a lo anterior, resulta necesario reiterar lo indicado en nuestra contestación de la demanda, en el sentido que, **no nos encontramos ante un incumplimiento contractual, sino ante una deficiente prestación de un servicio público.**

En este orden conceptual, el Contrato de Concesión N° 134 de 29 de mayo de 1997, otorgado al INTEL S.A., hoy CABLE & WIRELESS S.A., para la prestación de servicios telecomunicaciones, en las Cláusulas 4°, 5°, 35° y 64°, efectúa la clasificación de los **servicios** a prestar e incluye como "parte integrante" del contrato, los Anexos entre los que figura, para los efectos del caso sometido a la consideración de la Sala Tercera, el Anexo C sobre "Metas de Expansión y Calidad de **Servicios**".

En este mismo sentido, la Ley 31 de 8 de febrero de 1996, "Por la cual se dictan normas para la regulación de las Telecomunicaciones en la República de Panamá", de igual forma prevé en el artículo 25, entre otras condiciones, las "**Metas de calidad en la prestación de servicios**" y sobre la concesión para la prestación de este servicio detalla en su artículo 17 lo siguiente:

"ARTICULO 17: El Estado, por conducto del Consejo de Gabinete o del **Ente Regulador**, según proceda, otorgará a los particulares, ya sean personas naturales o jurídicas, para la operación y explotación de servicios de telecomunicaciones, siempre que se salvaguarde el bienestar social y el interés público. El Estado, **por conducto del Ente Regulador, fiscalizará y controlará** las concesiones que se otorguen, **con sujeción a las normas que existan en materia de telecomunicaciones**

y al contrato de concesión respectivo." (El resaltado es nuestro).

Por su parte, el Decreto Ejecutivo 73 de 9 de abril de 1997, "por el cual se reglamenta la Ley 31 de 8 de febrero de 1996", define en el artículo 4, entre otros términos en materia de telecomunicaciones, el concepto de **"METAS DE EXPANSION Y/O CALIDAD DE SERVICIOS"** de la siguiente manera:

"Artículo 4... Metas de Expansión y/o Calidad de Servicios: Aquellos objetivos que puede establecer el Ente Regulador o que se definan en las concesiones para cada servicio clasificado y que serán de obligatorio cumplimiento por los concesionarios de cada uno de los servicios **a fin de asegurar una calidad mínima del servicio de telecomunicaciones y o extensión geográfica de éstos...**" (El resaltado es nuestro).

Lo hasta aquí expuesto, nos permite reiterar que, si bien las metas de expansión están contenidas en el contrato de concesión del cual fue beneficiario **Cable & Wireless Panamá, S.A.**, dichas obligaciones hacen alusión a las **obligaciones en materia de prestación del servicio público de telecomunicaciones** que tenía la hoy demandante, encontrándose, en consecuencia, sometida al control y fiscalización del entonces Ente Regulador de los Servicios Públicos, hoy, Autoridad Nacional de los Servicios Públicos.

Lo arriba planteado se cimienta aún más cuando analizamos el artículo 1 de la Ley 26 de 29 de enero de 1996, el cual es del tenor siguiente:

"Artículo 1. Creación. Créase el Ente Regulador de los Servicios Públicos, el adelante llamado el Ente Regulador, como organismo autónomo del Estado, con personería jurídica y patrimonio propio, con derecho a administrarlo y con fondos independientes del Gobierno Central.

El Ente Regulador tendrá a su cargo **el control y fiscalización de los servicios públicos** con sujeción a las disposiciones de esta Ley y las respectivas normas vigentes sectoriales en materia de servicios públicos.

..." (El resaltado es nuestro).

De igual manera, el artículo 2 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 de Panamá, establece lo siguiente:

“Artículo 2. El Ente Regulador de los Servicios Públicos, denominado también el Ente Regulador, tiene la finalidad de **regular, ordenar, fiscalizar y reglamentar eficazmente**, entre otros, la operación y administración de los servicios de telecomunicaciones, en cumplimiento de las disposiciones de la presente Ley.” (El resaltado es nuestro).

Tal y como mencionamos en párrafos que anteceden, es función del otrora Ente Regulador de los Servicios Públicos, hoy **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos**, regular, ordenar, fiscalizar y reglamentar eficazmente, entre otros, la operación y administración de los servicios de telecomunicaciones, motivo por el cual, pretender restarle dichas facultades a la Autoridad bajo el pretexto que nos encontramos ante un incumplimiento contractual, sería desconocer la esencia, naturaleza y función de la ASEP, pudiendo traer esto como consecuencia un perjuicio grave no solo en el caso que nos ocupa, sino para cualquier acto de fiscalización que se pueda dar en el futuro sobre esta o cualquier otra concesionaria.

En abono a lo arriba expuesto, debemos indicar que el tema de las competencias que le han sido atribuidas a la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos** ya ha sido materia de pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, en la Sentencia de 18 de junio de 2009, la cual consta en el expediente administrativo sancionador de foja 343 a 439, indicó que **la Autoridad es la responsable del control y la fiscalización de los servicios públicos, en los términos dispuestos en el artículo 2 de la Ley 6 de 1996, pudiendo imponer sanciones de conformidad con lo que dispone el Capítulo X, en la Cláusula 58 del propio Contrato de Concesión 134** (Cfr. foja 22 del expediente judicial).

En atención a lo antes expuesto, consideramos que no le asiste la razón a la actora en lo que respecta a la supuesta violación del artículo 52 (numeral 2) de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, así como de los artículos 976 y 1106 del Código Judicial, ya que nos encontramos ante un escenario de control y fiscalización en lo que respecta a la prestación de un servicio público, y no ante un incumplimiento contractual como pretende hacer ver la actora.

Por otra parte, la demandante es de la consideración que se ha vulnerado lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 31 de 1996, ya que según ella, en ninguno de los numerales de ese artículo se establece como una infracción, en materia de telecomunicaciones, el incumplimiento al contrato de concesión celebrado con el Estado (Cfr. fojas 13 – 14 del expediente judicial).

En cuanto al argumento emitido por la actora en relación a los cargos de infracción del artículo arriba mencionado, consideramos necesario hacernos eco del informe de conducta emitido por la entidad demandada en el siguiente sentido:

“2.1 La Cláusula 35 del Contrato de Concesión 134 de 29 de mayo de 1997 le exige a **CWP** que **a partir del 1 de enero de 2003 debe mantener el mínimo de las metas de calidad exigidas en el Anexo C**, por lo menos las que mantenía hasta el año 2002. **Para el caso de los teléfonos públicos debe mantener la densidad mínima de los mismos, es decir 10,951 teléfonos públicos instalados hasta que finalice su Contrato.**

2.2. Por otro lado, en la Cláusula 35 del Contrato de Concesión, se establece que a partir del 1 de enero de 2003, la operadora **CWP debe mantener el mínimo de las metas de calidad exigidas en el Anexo C**, por lo menos las que mantenía hasta el año 2002, entendiéndose con esto, que no debe desinstalar los teléfonos públicos.

2.1 En lo que respecta a la Cláusula 37 del Contrato de Concesión, la misma obliga a la operadora CWP a **‘instalar y mantener los teléfonos públicos de acuerdo a las metas de expansión de teléfonos públicos establecidas en el Anexo C de este Contrato ...’**

2.2 La fiscalización del cumplimiento de la Meta 17 del Contrato de Concesión 134 de 29 de mayo de 1997 denominada 'Teléfonos Públicos en Operación por cada 1,000 habitantes' guardó relación con el análisis realizado por la Dirección Nacional de Telecomunicaciones de la ASEP a la información proporcionada por la propia concesionaria sobre la cantidad de teléfonos instalados en los años 2005, 2007 y 2008 en las provincias de Bocas del Toro, Coclé, Colón, Chiriquí, Panamá, Veraguas y la Comarca Kuna Yala.

2.3 El análisis técnico realizado permitió determinar el incumplimiento por parte de **CWP** a su Contrato de Concesión, **al haber desinstalado durante los años 2005, 2007 y 2008 terminales públicos sin justificación ni autorización de la ASEP, disminuyéndose con esto la densidad de los terminales públicos, contrario a lo que le exige su Contrato de Concesión.**

...

2.5 Otro punto a considerar es que la finalización del período de exclusividad para la prestación del Servicio de Terminales Públicos y Semipúblicos 105 **no modificó la obligación contractual de la empresa CWP, de mantener instalados y en operación los teléfonos públicos. Lo que se dio fue una modificación en las metas de calidad y expansión de ese servicio y establecer el trato igualitario con respecto al resto de las empresas que decidieran a partir del 2 de enero de 2003, brindar servicios básicos.**

2.6 En este sentido, la imposición de una sanción a la empresa **CWP** por medio de la Resolución AN 10388-CS de 31 de agosto de 2016, obedeció al incumplimiento de lo exigido en su Contrato de Concesión, toda vez que las obligaciones contractuales **no culminaron con el fin del período de exclusividad**, por cuanto el mismo le fue otorgado para que pudiese cumplir con los índices de calidad establecidos para cada meta y con la expansión de los servicios, así como para que eliminara de una manera gradual y planificada los subsidios cruzados existentes entre los servicios concesionados. Esto con el propósito de que una vez concluida la exclusividad, los precios de los servicios básicos reflejaran los costos en que fuera a incurrir la empresa para su prestación, más una ganancia razonable." (Cfr. fojas 221 – 222 del expediente judicial).

De lo anterior, se desprende con claridad que la sanción impuesta a **Cable & Wireless Panamá, S.A.**, obedeció a la desatención de ésta en lo que respecta a la instalación y mantenimiento de los teléfonos públicos de acuerdo a las metas de expansión, omisión que de manera incuestionable trae como consecuencia **una prestación deficiente del servicio público de telecomunicaciones.**

En este contexto, no debemos perder de vista que la Ley 26 de 1996, modificada por el Decreto Ley 10 de 22 de febrero de 1996 y el propio Contrato de Concesión 134 en su cláusula 54, la cual nos remite a los artículos 87, 88 y 93 del Decreto Ejecutivo 73 de 9 de abril de 1997, que permiten a la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos **medir y verificar que los concesionarios cumplan con los términos de su concesión**, tal y como se dio en el caso que nos ocupa.

En otro orden de ideas, en cuanto a la supuesta violación al artículo 39 del Decreto Ejecutivo 73 de 9 de abril de 1997, la actora indica que la **ASEP** no aplicó dicha disposición habida cuenta que **Cable & Wireless Panama, S.A.**, ha sido obligada a cumplir una meta de expansión (Meta 17) que no es exigida a ninguno de los otros concesionarios del mismo servicio de telecomunicaciones (Cfr. fojas 14 – 15 del expediente judicial).

En relación a lo anterior, debemos indicar que en el Contrato de Concesión 134 de 1997, se establecieron una serie de obligaciones que la beneficiaria de la concesión, a saber, **Cable & Wireless Panamá, S.A.**, debía cumplir.

En este sentido, la legalidad de dicho Contrato en ningún momento ha sido puesta en duda por parte de la actora, motivo por el cual indicar que una de sus cláusulas le resulta perjudicial constituye una discusión que se encuentra fuera del objeto de este proceso, toda vez que, de conformidad al principio de legalidad todas y cada una de las cláusulas que forman parte del *Contrato de Concesión*, así como de los Anexos que forman parte integral de éste, se deben presumir legales, salvo que exista un pronunciamiento formal de la autoridad competente

declarando la ilegalidad de uno u otro, razón por la que carece de fundamento jurídico indicar que se ha vulnerado el contenido del artículo 39 del Decreto Ejecutivo 73 de 9 de abril de 1997.

Actividad Probatoria.

Con el objeto de acreditar las razones de hecho sobre las cuales descansa su demanda, el recurrente adujo durante la etapa correspondiente, entre otras pruebas, el original del certificado de Registro Público de la sociedad Cable & Wireless Panamá, S.A.; la copia autenticada de la Resolución AN 10388-CS de 31 de agosto de 2016; la copia autenticada de la Resolución AN 10473-CS de 23 de septiembre de 2016; y otros documentos de similar naturaleza, sin embargo ninguna de ellas logra desvirtuar la presunción de legalidad de la cual se encuentra revestido el acto acusado y sus confirmatorios.

Como consecuencia del escaso material probatorio aportado, este Despacho estima que en el presente proceso el accionante **no cumplió con su obligación de probar los datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas en que sustenta su pretensión, tal como lo exige el artículo 784 del Código Judicial**; deber al que se refirió la Sala Tercera en su Auto de 30 de diciembre de 2011, señalando en torno al mismo lo siguiente:

“La Corte advierte que, al adentrarse en el análisis del proceso, **la parte actora no ha llevado a cabo los esfuerzos suficientes para demostrar los hechos plasmados en sus argumentos... Adicional a ello, consta en el expediente, que la actora no ha demostrado interés real de suministrar y/o practicar las pruebas por ellos solicitadas, que pudieran reflejar resultados a su favor, contrario a lo expresado en el artículo 784 del Código Judicial.**

‘Artículo 784. **Incumbe a las partes probar los hechos o datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que le son favorables...**’ (La negrita corresponde a la Sala Tercera).

Al respecto del artículo transcrito, es **la parte actora**

quien debe probar que la actuación surtida por la Entidad emisora de la Resolución recurrida, así como sus actos confirmatorios, carecen de validez jurídica.

Es oportuno en esta ocasión hacer alusión al jurista colombiano Gustavo Penagos, quien dice en relación a la carga de la prueba que: *'en las actuaciones administrativas se debe observar los principios de la carga de la prueba, la cual corresponde a los acusadores'*. (PENAGOS, Gustavo. Vía Gubernativa. Segunda Edición. Ediciones Ciencia y Derecho. Bogotá, Colombia, 1995. Pág. 14).

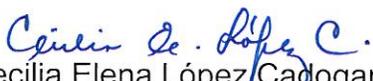
En este mismo sentido, Jairo Enrique Solano Sierra, dice que *'la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la acción corresponden al actor'*. (SOLANO SIERRA, Jairo Enrique. Derecho Procesal Administrativo y Contencioso. Vía Administrativa- Vía Jurisdiccional- Jurisprudencia-Doctrina. Primera Edición. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Santa Fe, Bogotá, D. C. Colombia, 1997. Pág. 399)..."

En razón de lo antes expuesto, reiteramos respetuosamente nuestra solicitud a los Honorables Magistrados consistente ésta en que se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL la Resolución AN 10388-CS de 31 de agosto de 2016**, emitida por la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos**, y en consecuencia, se denieguen las pretensiones de la empresa demandante.

Del Señor Magistrado Presidente,



Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Cecilia Elena López Cadogan
Secretaria General, Encargada