

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 592

Panamá, 17 de marzo de 2022

Proceso Contencioso Administrativo
de Plena Jurisdicción.

Contestación de la demanda.

Expediente 595902021.

La firma forense Morgan & Morgan, actuando en nombre y representación del **Grupo de Comunicaciones Digitales S.A. (antes Telefónica Móviles Panamá, S.A.)**, solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución AN No. 1106-ADM de 15 de diciembre de 2020, emitida por la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos**, su acto confirmatorio, 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 numeral 2 del artículo 5 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, con el propósito de contestar la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción descrita en el margen superior.

I. Los hechos en que se fundamenta la demanda, los contestamos de la siguiente manera:

Primero: No es un hecho; por tanto, se niega.

Segundo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Tercero: No es un hecho; por tanto, se niega.

Cuarto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Quinto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Sexto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Séptimo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Octavo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Noveno: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo primero: No es un hecho; por tanto, se niega.

II. Disposiciones que se aducen infringidas.

La apoderada judicial del actor refiere como normas vulneradas las siguientes:

A. De la Ley No. 31 de 8 de febrero de 1996, por la cual se dictan normas para la regulación de las telecomunicaciones en la República de Panamá, publicada en la Gaceta Oficial No. 22,971 de 9 de febrero de 1996, los siguientes artículos:

- **Artículo 4 (numeral 3)**, que determina las tres clases de derechos a cargo de los concesionarios, los cuales se harán constar cuando sean aplicables, en el contrato de concesión, enfatizando lo referente a la tasa de regulación que el ente regulador establezca de manera proporcional y equitativa entre los concesionarios, para cubrir gastos de operación eficiente (Cfr. foja 18 del expediente judicial).

- **Artículo 25**, que guarda relación a los condiciones y requisitos que establezca el ente regulador para el otorgamiento de concesiones, siendo iguales para todos los que ofrezcan el mismo servicio (Cfr. fojas 19-20 del expediente judicial).

- **Artículo 5 (numeral 4)**, que se refiere a la política de Estado, en materia de telecomunicaciones, con el fin de promover y garantizar el desarrollo de la leal competencia entre los concesionarios de los servicios (Cfr. foja 21 del expediente judicial).

B. Del Texto Único adoptado por el **Decreto Ejecutivo No. 143 de 29 de septiembre de 2006**, de la Ley 26 de 29 de enero de 1996, adicionada y modificada por el Decreto Ley 10 de 22 de febrero de 2006, por la cual se reorganiza la estructura y atribuciones del ente regulador de los Servicios Públicos, publicado en la Gaceta Oficial No. 25,676 de 21 de noviembre de 2006, la siguiente disposición:

- **Artículo 2**, por el cual se determinan los parámetros que rigen a la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, como un organismo autónomo del Estado, con personería jurídica y patrimonio propio y con fondos separados e independientes del Gobierno Central, quien ejercerá el control y la fiscalización de los servicios públicos de conformidad al margen de la ley, pero contará con independencia en el ejercicio de sus funciones y estará sujeta a la fiscalización de la Contraloría

General de la República, de conformidad con lo determinado en la Constitución y la leyes aplicables (Cfr. fojas 22-23 del expediente judicial).

C. Del **Decreto Ejecutivo No. 73 de 9 de abril de 1997**, por el cual se reglamenta la Ley No. 31 de 8 de febrero de 1996, referente a la regulación de las telecomunicaciones en la República de Panamá, publicado en la Gaceta Oficial No. 23,263 de 10 de abril de 1997, las siguientes normas:

- **Artículo 39**, que establece que el ente regulador tratará a todos los concesionarios de manera igualitaria y no discriminatoria, exigiendo las mismas metas de calidad, en iguales términos y condiciones (Cfr. foja 24 del expediente judicial).

- **Artículo 47**, que estipula el objetivo del ente regulador, en el sentido de fomentar y preservar una libre, leal y efectiva competencia entre los concesionarios del servicio de telecomunicaciones, para asegurar la mayor calidad de servicios a precios asequibles (Cfr. 25 del expediente judicial).

D. Del **Código Civil**, la siguiente norma:

- **Artículo 974**, por el cual se determina que las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasicontratos, y de los actos y omisiones ilícitos en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia (Cfr. foja 26 del expediente judicial).

E. De la **Ley No. 38 de 31 de julio de 2000**, que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el procedimiento administrativo en general y dicta otras disposiciones especiales, los siguientes artículos:

- **Artículo 34**, que establece los parámetros por los cuales se regirán las actuaciones administrativas en todas las entidades públicas, indicando la objetividad y el apego al principio de estricta legalidad, además, determina que los servidores públicos deberán actuar bajo los principios de lealtad al Estado, honestidad y eficiencia, obligados a dedicar el máximo de sus capacidades a la labor asignada (Cfr. foja 28 del expediente judicial).

- **Artículo 36**, que determina que ningún acto podrá emitirse o celebrarse infringiendo una norma vigente, así como no podrá ser emitido por autoridad que no sea competente (Cfr. foja 29 del expediente judicial).

III. Breves antecedentes del caso y descargos de la Procuraduría de la Administración, en representación de los intereses de la entidad demandada.

3.1. Antecedentes.

Para dar inicio a nuestros descargos es indispensable hacer referencia al origen de la litis que ocupa nuestra atención, en ese contexto, debemos señalar que el Estado panameño por conducto del Ministerio de Gobierno, suscribió con la empresa **Telefónica Móviles Panamá, S.A.**, el Contrato No. 01-OAL-2014 de 27 de marzo de 2014, refrendado el 2 de abril de 2014, publicado en la Gaceta Oficial No. 27587-A de 28 de julio de 2014, mismo que entró en vigencia el 6 de febrero de 2016, de conformidad con lo establecido en la cláusula denominada duración, en la que se determina que el acuerdo celebrado sería por veinte años, contados a partir del 5 de febrero de 2016 (Cfr. fojas 74-128 del expediente judicial).

Ahora bien, la entidad demandada, al momento de emitir su informe de conducta, por medio de la Nota No. DSAN-0097-2022 de 17 de enero de 2022, hace referencia al antecedente de la contratación que sustenta la emisión del acto impugnado, de manera que nos permitiremos citarlo, para alcanzar una mayor aproximación a los argumentos que esta Procuraduría expondrá en defensa de la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos**, veamos:

"II. ANTECEDENTES

El Estado panameño suscribió el contrato de Concesión No. 30-A de 5 de febrero de 1996. Mediante el cual se otorgó por un término de 20 años, el derecho a la empresa **BSC DE PANAMA, S.A.**, para instalar, mantener, administrar, operar y explotar comercialmente, a cuenta y riesgo, el servicio de Telefonía Móvil Celular en la Banda "A". Habiendo culminado todo el procedimiento establecido en la Licitación Pública Internacional 02-96.

En el año 1997, el Estado suscribió el Contrato de Concesión No. 309 de 24 de octubre de 1997. Mediante el cual se otorgó por un término de 20 años, el derecho a la empresa **CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A.**, para instalar, mantener, administrar, operar y explotar comercialmente, a cuenta y riesgo, el servicio de Telefonía Móvil celular en la Banda 'B', habiendo culminado el proceso de venta de las acciones de **INTEL, S.A.**, a **GABLE & WIRELESS PANAMA, S.A.**

En el Contrato No. 30-A de 1996 se estableció en la Cláusula 12 denominada 'Aporte a la Entidad Reguladora', el cobro de la tasa tal como fue establecida, correspondiente al 0.25% de los ingresos brutos

anuales durante los 20 años del periodo de vigencia el cual venció el 4 de febrero del año 2014.

Es importante destacar que el mismo porcentaje fue el establecido por el Estado en el Contrato de Concesión No. 309 de 1997 suscrito con la empresa **CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A.**, garantizando, sobre esta Cláusula las condiciones regulatorias, técnicas y económicas iguales tanto para el operador de la Banda A como para el operador de la Banda B, quien entraba en competencia.

Posteriormente, en el año 2008, cuando el Estado suscribe con las nuevas empresas entrantes en el mercado, **DIGIEL (PANAMA), S.A.**, y **CLARO PANAMA, S.A.**, los Contratos de Concesión No. 10-2008 y No. 11-2008, se estableció en la cláusula 12 denominada 'Aporte a la Entidad Reguladora' que el concesionario quedaba sujeto al pago de la tasa de control, vigilancia y fiscalización a la que hace referencia los artículos 4 y 5 de la Ley No. 26 de 1996, no obstante lo anterior, basados en los principios de equidad y trato igualitario, **la tasa no podrá ser mayor a la que LA AUTORIDAD establezca anualmente a los operadores de los Servicios de Telefonía Móvil Celular**, lo que representó en ese momento, y durante la vigencia de estos Contratos, mantener el cobro con los mismos porcentajes, es decir, 0.25% para los 4 operadores.

El Estado en el año 2013 y 2014 inició, a solicitud de las empresas **CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A.**, y **TELEFONICA MOVILES PANAMA, S.A.** (antes **BSC DE PANAMA, S.A.**) el proceso de renovación de sus Contratos que estaban próximos a vencer, lo que representó revisar, negociar y consensuar entre las partes, tal como se realizó en los años 1996 y 1997 en los procesos de Licitación Pública que precedieron estos Contratos, las condiciones, derechos y obligaciones contractuales que suscribirían las partes para la vigencia de 20 años más explotando el Servicio de telefonía Móvil Celular **con un nuevo Contrato de Concesión**.

Es evidente que el Contrato No. 01-OAL-2014 que hoy se encuentra vigente, tal como hemos señalado, cuenta con modificaciones y que difiere en algunos aspectos de los contratos No. 10 y No. 11 suscritos en el año 2008. A lo largo de la vigencia del Contrato No. 01-OAL-2014, la empresa **TELEFONICA MOVILES PANAMA, S.A.**, gestionó el pago de su tasa de regulación a razón del 0.35 por ciento de sus ingresos, de conformidad con su nueva Cláusula." (Cfr. fojas 446-447 del expediente judicial).

El relato de los hechos expuestos de manera cronológica por la entidad demandada, en su condición de ente regulador de los servicios públicos, nos permite comprender que nos encontramos ante un acuerdo de concesión para el uso del servicio de telefónica, que data desde el año 1996.

3.2 Acto acusado de ilegal.

De la lectura del expediente objeto de análisis, observamos que el acto acusado lo constituye la Resolución AN No.1106-ADM de 15 de diciembre de 2020, emitida por la **Autoridad**

Nacional de los Servicios Públicos, a través de la cual se fijó la tasa de control, vigilancia y fiscalización que debe pagar a la empresa **Grupo de Comunicaciones Digitales, S.A.**, antes denominada **Telefónica Móviles Panamá, S.A.**, por la prestación del servicio público de telefónica móvil celular en los segmentos comprendidos desde el 1 de enero hasta el 5 de febrero de 2021, con la tasa del 0.35% y desde el 6 de febrero hasta el 31 de diciembre del mismo año, con la tasa del 0.50%; así como también se ordenó cancelar el periodo mensual dentro de los 30 días calendarios siguientes al vencimiento (Cfr. fojas 179-181 del expediente judicial).

Producto de su inconformidad, la accionante, interpuso un recurso de reconsideración, al cual se le dio respuesta mediante la Resolución AN No.16621-Telco de 5 de febrero de 2021 (Decisión), la que dispuso, entre otras cosas, confirmar la Resolución AN No. 1106-ADM de 15 de diciembre de 2020. Esta decisión fue notificada el 22 de abril de 2021, quedando así agotada la vía gubernativa (Cfr. fojas 192-199 del expediente judicial).

En ese orden de ideas, el 22 de junio de 2021, el **Grupo de Comunicaciones Digitales, S.A. (antes Telefónica Móviles Panamá, S.A.)**, a través de su apoderada judicial, presentó ante la Sala Tercera la demanda que dio origen al proceso que ocupa nuestra atención; la cual sustentó, entre otras consideraciones, que la entidad vulneró el principio de Garantía de Igualdad de Trato, al momento de emitirse el acto objeto de controversia, siendo la referida acción admitida a través de la Providencia de veintinueve (29) de diciembre de dos mil veintiuno (2021) (Cfr. fojas 2, 23 y 442 del expediente judicial).

3.4. Descargos de esta Procuraduría.

Luego de analizar las constancias que reposan en autos, esta Procuraduría advierte **que no le asiste la razón a la parte demandante**; en cuanto a la carencia de sustento que se advierte en la tesis planteada, referente a la actuación de la **Autoridad Nacional de Servicios Públicos** al emitir el acto objeto de reparo, que, en su opinión, es contrario a Derecho, por supuestamente haber vulnerado las normas mencionadas en líneas precedente, y en atención a ello, resulta necesario hacer referencia a algunos hechos que resultan de medular importancia en el caso que nos ocupa.

En primer lugar, debemos destacar que el proceso realizado por la entidad demandada, no es nuevo, pues se efectúa cada año, desde 1996, determinando así la tarifa de cada servicio por medio de una resolución, y en el caso particular, debe efectuarse una distinción entre el servicio de telefonía móvil celular, y otra para los operadores del servicio de comunicaciones personales, respetando el porcentaje establecido en la Cláusula 12 de los correspondientes Contratos de Concesión.

Es por ello, que resulta indispensable citar la cláusula en referencia del contrato de concesión vigente, celebrado por la actora y el Estado, para la prestación del servicio de telefonía, a fin de alcanzar una mayor aproximación al tema planteado, veamos:

"CLÁUSULA 12. APOORTE A LA AUTORIDAD REGULADORA.

El Concesionario estará sujeto al pago de la tasa de control, vigilancia y fiscalización a la que hace referencia los artículos 4 y 5 de la Ley 26 de 1996 de la siguiente forma:

Del primer al quinto año, pagará una cantidad equivalente hasta el cero punto treinta y cinco por ciento (0.35%);

Del sexto al décimo año, pagará una cantidad equivalente hasta el cero punto cincuenta por ciento (0.50%);

Del undécimo al decimoquinto año, pagará una cantidad equivalente hasta el cero punto setenta y cinco por ciento (0.75%); y,

Del decimosexto al veinteavo año, pagará una cantidad equivalente hasta el uno por ciento (1%).

Dentro del primer trimestre de cada año fiscal se hará un ajuste de lo que realmente haya debido pagar **EL CONCESIONARIO** o el reintegro que corresponda, de acuerdo a los estados financieros consolidados auditados al final del periodo fiscal, de conformidad con las normas de contabilidad aceptadas y de aplicación en la República de Panamá, previamente presentados por **EL CONCESIONARIO**.

Para efectos de esta Cláusula se consideran como ingresos brutos el total de los ingresos brutos provenientes exclusivamente por la operación y prestación del Servicio de Telefonía Móvil Celular especificada en las Cláusulas 1 y 2 del Contrato de Concesión, más los ingresos provenientes de los contratos de interconexión, menos los egresos ocasionados por los contratos de interconexión. Dichos pagos se efectuarán mensualmente, dentro de los treinta (30) días calendario siguiente al vencimiento del correspondiente periodo mensual, según los ingresos brutos facturados que **EL CONCESIONARIO** haya registrado el mes inmediato anterior y según los resultados financieros consolidados al cierre del mes." (Cfr. fojas 82-83 del expediente judicial).

Al verificar los aspectos acordados en el Contrato de Concesión No. 01-OAL-2014 de 27 de marzo de 2014, publicado en la Gaceta Oficial No. 27587-A de 28 de julio de 2014, queda claro que lo fijado y ordenado por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, corresponde precisamente a lo pactado por **Telefónica Móviles Panamá S.A.**, con el Estado panameño, de manera que el acto demandado es en realidad un mecanismo de comunicación sobre aspectos que ya son de conocimiento de los concesionarios, en atención a las cláusulas de los contratos.

En ese sentido, al tomar como referencia la fecha en que cobró vigencia el contrato de concesión celebrado en el 2014, queda claro que la empresa ha cumplido con lo pactado desde el 2016 hasta el 2020, y no es hasta el 2021, que pretenden invocar elementos para desvirtuar la integridad de los acuerdos alcanzados, que incluso, se han mantenido desde el año 1996, con el inicio de la prestación del servicio.

En este sentido, resulta pertinente citar el contenido del artículo 6 del Texto Único de la Ley No. 26 de 1996, referente al objeto de la decisión de la entidad, veamos:

“Artículo 6. Tasa de Control, Vigilancia y Fiscalización. Créase la tasa de control, vigilancia y fiscalización de los servicios públicos, a favor de la Autoridad. **El monto de la tasa aplicable a cada servicio será fijado anualmente por la Autoridad**, el cual guardará absoluta relación con el costo de cumplir su función racional y eficientemente y estará fundamentado en un presupuesto de gastos.

La referida **tasa no excederá del uno por ciento (1%) de los ingresos brutos de los sectores en el año inmediatamente anterior**, será pagada por las empresas prestadoras de servicios públicos y no podrá ser transferida a los usuarios a través de la tarifa.

La **obligación de pagar dicha tasa se establecerá en el contrato de prestación de servicios**. La Autoridad se asegurará de que la tasa correspondiente a cada uno de los servicios, no se utilice para sufragar gastos claramente identificados como relacionados con otro servicio y rendirá un informe de gestión anual sobre su utilización. Las sumas en concepto de tasa de control, vigilancia y fiscalización, que estén en mora y sean líquidas y exigibles, previa certificación contable, prestarán mérito ejecutivo para su respectivo cobro.” (Lo resaltado es de esta Procuraduría).

En ese contexto, este Despacho es del criterio que la entidad actuó en debida forma al momento de emitir el acto impugnado, respecto al incremento del porcentaje a pagar, pues en definitiva, los aspectos señalados en dicha decisión se encontraban previamente pactadas por el

accionante a través del Contrato de Concesión, y mal puede pretender el ahora denominado **Grupo de Comunicaciones Digitales S.A.**, que se declare la ilegalidad de una actuación efectuada en debida forma.

Es precisamente en este orden de ideas, que resulta pertinente traer a colación un de los tantos aspectos relevantes que la entidad expresa en su informe de conducta, de manera que debemos referirnos a lo siguiente:

“Sorprende a esta Entidad Reguladora la posición alegada por la empresa **GRUPO DE COMUNICACIONES DIGITALES, S.A.**, que señalan que la **ASEP** se haya abstraído de lo consignado en el Contrato de Concesión, cuando por cinco (5) años, del primer año al quinto año que inició en el 2015, se ha procedido anualmente a anunciar la tasa de regulación sobre el equivalente al 0.35% de los ingresos, y en es la ocasión, al año sexto de vigencia del Contrato de Concesión No. 01-OAL-2014, esta Autoridad, al dictar la Resolución AN No. 1106-ADM de 15 de diciembre de 2020, publicada en la Gaceta Oficial No. 29,184 de 24 de diciembre de 2020, cumpliendo con anunciar el porcentaje establecido en la Cláusula 12, es decir, garantizado y respetando lo que a voluntad de las partes fue suscrito, la concesionaria advierta que no se ha respetado el contenido de dicha Cláusula.

De igual forma, llama poderosamente la atención de esta Autoridad el hecho que la demandante pretenda que las condiciones contractuales pactadas de manera formal con el Estado panameño, así como las condiciones firmadas por las empresas de Servicio de Comunicaciones Personales (PCS) y el Estado en los contratos No. 10-2008 y No. 11-2008, sean modificadas a través de una Resolución cuyo único objetivo, tal como hemos mencionado, es dar publicidad y transparencia al anunciar el porcentaje establecido.

Con dicho planteamiento, pareciera que la demandante pretenda sugerir que la ASEP desconozca el proceso formal que existe para modificar un Contrato de Concesión, cuyo ajuste sólo podría realizarse a través de una Adenda al Contrato, cumpliendo con todas las etapas y trámites necesarios que lleven a la firma formal de las partes, es decir, Estado panameño y la empresa concesionaria.” (Cfr. foja 449 del expediente judicial).

Así las cosas, lo hasta ahora expuesto nos lleva a poder afirmar que en el caso que nos ocupa, no hubo ningún tipo de violación al contenido de las normas invocadas por la actora, por lo que los cargos de ilegalidad no están llamados a prosperar, pues la decisión que ahora se impugna, es en realidad el cumplimiento de lo pactado en el contrato de concesión debidamente suscrito entre las partes y el incremento del porcentaje, se mantiene dentro de los parámetros y límites establecidos en la ley aplicable.

De ahí que, la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos**, definitivamente ha cumplido con el principio de equidad y de tratamiento igualitario establecido en la norma, pues desde el inicio de la contratación, cuando se forjaron las condiciones y requisitos para que las empresas entraran y prestaran el servicio de telefonía móvil celular, se ofrecieron las mismas condiciones a los posteriores interesados, se consignaron las condiciones en igualdad que permitieran que los nuevos actores entraran al mercado móvil y pudieran competir, con las empresas establecidas que contaban con más de 11 años de operación, como es el caso del ahora llamado **Grupo de Comunicaciones Digitales, S.A.**, de manera que el incremento obedece a los parámetros acordados en la Cláusula 12 del Contrato de Concesión No.01-OAL-2014.

Sobre la base de las consideraciones antes expuestas, este Despacho solicita respetuosamente a ese Tribunal se sirva declarar que **NO ES ILEGAL la Resolución AN No. 1106-ADM de 15 de diciembre de 2020**, emitida por la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos**, ni su acto confirmatorio, en consecuencia, que se nieguen las pretensiones de la recurrente.

IV. Pruebas.

4.1. Este Despacho **se opone a la admisión de los informes requeridos**, visibles a fojas 35 del expediente judicial, de conformidad con lo establecido en el artículo 784 del Código Judicial.

4.2. Se **aduce** como prueba documental de esta Procuraduría, la copia debidamente autenticada del expediente, cuyo original reposa en la entidad demandada.

V. **Derecho:** No se acepta el invocado por la actora.

Del Señor Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


María Lilia Urriola de Ardila
Secretaría General