



**REPÚBLICA DE PANAMÁ
ÓRGANO JUDICIAL**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Panamá, tres (3) de julio de dos mil diecisiete (2017).

VISTOS:

La firma forense GALINDO, ARIAS & LÓPEZ, actúa en nombre y representación de la sociedad denominada CLARO PANAMÁ, S.A. inscrita a la Ficha 534958, Documento 994855 de la Sección de Micropelículas Mercantil del Registro Público, ha interpuesto formal Demanda Contenciosa Administrativa de Plena Jurisdicción para que se declare nula, por ilegal, la Resolución AN N° 6877-CS de 3 de diciembre de 2013, expedida por la Administradora General de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, su acto confirmatorio y se hagan otras declaraciones.

I. EL ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO:

La parte actora solicita mediante demanda visible a foja 3 a 87 que se declare nulo por ilegal el acto contenido en la Resolución AN No. 6877-CS de 3 de diciembre de 2013, emitida por la Administradora General de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, por medio del cual se resolvió lo siguiente:

PRIMERO: SANCIONAR a la concesionaria CLARO PANAMÁ, S.A., por infringir lo establecido en el artículo 56, numeral 10 de la Ley 31 de 8 de febrero de 1996 y el punto 5.2 de la Resolución AN No. 4805-Telco de 5 de octubre de 2011.

SEGUNDO: EXONERAR a la concesionaria CLARO PANAMÁ, S.A. por la supuesta infracción del punto 14.1 de la Resolución AN No. 4805- Telco de 5 de octubre de 2011.

TERCERO: IMPONER a la concesionaria CLARO PANAMÁ, S.A., una multa por la suma de DIEZ MIL BALBOAS (B/ 10,000.00).

CUARTO: ORDENAR a la concesionaria CLARO PANAMÁ, S.A. retornar al concesionario donante los números de teléfono objeto de las portabilidades numéricas tramitadas los días 11,12,13 y 14 de febrero de 2012, en la cual aparecen como "cliente y/o usuario" los señores DAVIS MANUEL ARJONA ALVAREZ, YANISKA ELIZABETH DAWKINS MORENO, JENIFFER POLETT CERRUD MÉNDEZ, ISI YASMIN GIRÓN MORENO y ELBA QUINTERO.

QUINTO: REMITIR copia autenticada de este expediente administrativo sancionador a la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia (ACODECO) actuando en concordancia con lo estatuido en los artículos 27,28, 32 y concordantes del Decreto Ejecutivo 279 de 14 de noviembre de 2006.

SEXTO: ADVERTIR que esta resolución rige a partir de su notificación y que contra la misma solo cabe el Recurso de Reconsideración, el cual deberá ser interpuesto dentro del término de cinco (5) días hábiles, contados a partir del día siguiente de su notificación.

De igual manera, el demandante solicita que sea nula la RESOLUCIÓN AN No. 7003-CS de 14 de enero de 2014, expedida por la Administradora General de la ASEP, que confirma el contenido de la Resolución AN No. 6877-CS de 3 de diciembre de 2013.

Cabe añadir, que la parte actora arguye que CLARO PANAMÁ, S.A. no ha incurrido en infracción alguna de normas vigentes en materia de telecomunicaciones, por tanto, no se encuentra obligada a pagar la multa impuesta por la ASEP y, en igual sentido, no ha incurrido en la comisión de conductas monopolísticas, anticompetitivas o discriminatorias, que deban ser investigadas o sancionadas por ACODECO, por lo que estima que la ASEP no debe remitir a dicha entidad, el expediente administrativo sancionador dentro del cual se expidió la Resolución AN No. 6877-CS de 3 de diciembre de 2013 y su acto confirmatorio.

Por último, indica el actor, que en caso de que no se acceda a la petición de suspensión o en caso de que se acceda luego de haber aplicado el acto impugnado, se solicita a la Sala que declare que CLARO PANAMÁ, S.A. tiene derecho a que la ASEP le reembolse todo lo que haya pagado en cumplimiento de las resoluciones demandadas más los intereses legales causados, así como se le indemnice por los daños y perjuicios que haya sufrir por la remisión del expediente administrativo a la ACODECO.

II. FUNDAMENTO DE LA DEMANDA.

Los apoderados judiciales de la sociedad CLARO PANAMÁ, S.A., explican en los hechos que sirven de fundamento de su demanda que, es una empresa dedicada al servicio público de telecomunicaciones bajo el Contrato de Concesión No. 11-2008, publicado en la Gaceta Oficial No. 26081 de 11 de julio de 2008, para la prestación de dicho servicio público, conforme lo estipula la Ley 31 de 8 de febrero de 1996, la cual dicta las normas que regulan las telecomunicaciones en la República de Panamá.

De igual manera hace referencia el actor, que mediante Resolución No. 3604-Telco de 11 de noviembre de 2009 se aprobó el Reglamento de Portabilidad Numérica, que estableció las causas y motivos por los cuales tanto el concesionario donante como el receptor podrían rechazar una portación, permitiéndole al concesionario presentar contraofertas y fija reglas claras para entender validada una portación, así como las inspecciones y sanciones aplicables.

Posteriormente señala el actor, que el reglamento antes señalado, fue objeto de modificación, dando como resultado la expedición de la Resolución 4805-Telco de 5 de octubre de 2011. Manifiesta el demandante, que se mantuvo la estructura ya establecida en la Resolución 3064 y señala, las causales de rechazo de la portación, las causales de cancelación, la posibilidad

de proponer contraofertas para evitar la portación y reiteró lo establecido en la Resolución No. 3064-Telco, que expresa “una vez que el cliente y/o usuario haya firmado el Formulario de Solicitud de Portabilidad Numérica, iniciado el proceso y aprobada dicha solicitud por el Concesionario Donante, la portación del número telefónico será válida y ejecutada, por lo que la misma no podrá ser cancelada”.

Advierte el demandante, que los primeros meses de la implementación de portabilidad numérica fueron de aprendizaje para las partes involucradas, así como el reglamento, tenía un mes y días de estar vigente, cuando el 29 de noviembre de 2011, se dio el lanzamiento de la Portabilidad numérica.

Al respecto, sostiene el actor que elevó varias consultas que no fueron resueltas de forma oportuna ni satisfactoriamente por la ASEP. Esto trajo consigo que la empresa CLARO PANAMÁ, S.A. como indica el demandante en el libelo de la demanda, *“de buena fe portó líneas de otro concesionario con el exclusivo propósito de llevar a cabo pruebas que le permitieran calibrar sus sistemas, evidenciar la efectividad de los procedimientos recién implementados y confirmar la solución de inconvenientes e inconsistencias, entre otros, con lo que no pretendía ni le causó daño a nadie y tampoco implica la comisión de una infracción por incumplimiento de normas vigentes en materia de telecomunicaciones, en especial, del numeral 5.2 del Anexo A de la Resolución 4805”* (foja 8)

Sigue explicando el actor, que mediante el Memorándum DTEL-12 de 20 de marzo de 2012, el Director Nacional de Telecomunicaciones, Encargado, comunicó al Comisionado Sustanciador de la ASEP, que el Departamento de Control y Fiscalización de dicha entidad, realizó una inspección a la concesionaria Cable & Wireless S.A., con referencia al rechazo de solicitudes de portabilidad numérica sobre líneas de prepago inactivas hacia la concesionaria

CLARO. Este hecho se llevó a cabo entre el 10 y 14 de febrero de 2012, y fueron rechazadas por Cable & Wireless S.A., porque los números a portar no estaban activos en dicha concesionaria, dando como resultado infracción de lo dispuesto en el numeral 5.2 del Reglamento de Portabilidad.

De allí entonces que se da inicio al procedimiento sancionador contra CLARO, con el Pliego de Cargos que expone que esta concesionaria adquirió *sim cards* de distintos operadores de telefonía celular con el objeto de realizar supuestas pruebas de portabilidad, pero advierte que no se les cargó saldo a la mayoría, por lo que no fueron números activos, los cuales debieron ser desconectados o dadas de baja y retornados al concesionario, y conforme la ASEP se contraviene el numeral 14.1 del Reglamento de Portabilidad Numérica, contenido en el Anexo A de la Resolución 4805.

A razón de lo anterior, y habiéndose cumplido el procedimiento correspondiente, indica el actor que pese a las pruebas que obran en el expediente administrativo sancionador que demuestran que la empresa CLARO no incurrió en falta alguna, la ASEP resolvió mediante la Resolución No. 6877-CS de 3 de diciembre de 2013 sancionar a la concesionaria CLARO PANAMÁ, por infringir lo establecido en el numeral 5.2 del Reglamento de Portabilidad y la exoneró de la infracción del numeral 14.1 del reglamento.

Sostiene el recurrente que tal decisión desconoció el principio de tipicidad, seguridad jurídica y buena fe. En cuanto a la tipicidad, indica el actor que la conducta infractora debe estar descrita expresamente, de forma detallada y clara, especificando la sanción a imponer. Con referencia a la seguridad jurídica y buena fe que alude el actor, que ha sido sancionado CLARO por conductas llevada a cabo, sin dolo, un año antes de la iniciación del proceso sancionador, lo que no da pie a que pueda ser sancionado por cualquier actuación pasada, a discreción de la administración.

Por último, refiere que contra la Resolución No. 6877-CS de 3 de diciembre de 2013, se interpuso el recurso de reconsideración y que éste fue denegado mediante la Resolución No. 7003-CS de 14 de enero de 2014. Sin embargo, considera el actor que al resolver este recurso, la ASEP no apreció correctamente los argumentos planteados, que demuestran que su mandante no ha incurrido en falta alguna y mantiene una ilegal aplicación del Reglamento de Portabilidad Numérica.

III. **NORMAS QUE SE ESTIMAN INFRINGIDAS Y EL CONCEPTO DE LA INFRACCIÓN:**

Los apoderados judiciales de la sociedad **CLARO PANAMÁ, S.A.**, señala que la Resolución No. 6877 de 3 de diciembre de 2013 y el acto confirmatorio, violan por lo menos veintisiete normas legales y reglamentarias que a continuación pasamos a detallar, así como el concepto de la violación alegada.

1. **Los puntos 2.1, 5.2, 12.2 y 36.1 de la Resolución AN No. 3064-Telco de 11 de noviembre de 2009, que adopta el Reglamento de Portabilidad Numérica, que fue modificado por la Resolución AN N° 4805-Telco de 5 de octubre de 2011.** Los puntos 2.1 y 5.2 indica el actor, que ha habido una interpretación errónea de la entidad demandada, pues los referidos puntos definen los términos usuarios, formulario de solicitud de portabilidad numérica, números asignados, así como dispone los requisitos que los usuarios prepago de la red fija y móvil deben cumplir para dar inicio al trámite del proceso de portabilidad numérica. Con respecto al punto 12.2 manifiesta el actor que ha sido violado de forma directa por omisión, pues la norma indica cuando la portación del número será válida y ejecutada, y que sólo podrá ser cancelada en atención a lo dispuesto en el punto 13.1 del Reglamento de Portabilidad. Por último, el punto 36.1 ha sido infringido de forma directa por comisión, pues alega el actor que la empresa CLARO PANAMÁ, S.A. no ha violado norma alguna en

materia de telecomunicaciones, en consecuencia, la ASEP no debió iniciar ningún proceso sancionador.

2. **Artículo 41, Numeral 10 del artículo 56, 57, 58, de la Ley 31 de 8 de febrero de 1996**, en orden, se describen así: guarda relación a los derechos y obligaciones de los concesionarios y los clientes de los servicios de telecomunicaciones, los cuales se encuentran en las normas que rigen la materia de telecomunicaciones, los contratos de concesión y las directrices del Ente Regulador, indica el actor que ha sido infringido de forma directa por omisión. De seguido, el numeral 10 del artículo 56 señala como conducta infractora en materia de telecomunicaciones, el incumplimiento de las normas vigentes, sin embargo, indica el recurrente que esta norma ha sido violada de forma directa por comisión, toda vez que las pruebas aportadas en el expediente administrativo, demuestran que la actuación de CLARO PANAMÁ, S.A. fue conforme al ordenamiento jurídico vigente. Por último, los artículos 57 y 58 mencionados, el primero prevé las sanciones administrativas por la infracción cometida y, el segundo indica que la ASEP, al imponer la sanción correspondiente, de forma excluyente, atenderá criterios como circunstancias agravantes o atenuantes de la infracción, el grado de perturbación o alteración de los servicios y la cuantía de los daños y perjuicios ocasionados, ambos, estima el actor que fueron infringidos de forma directa por omisión, pues señala que ante la ausencia de culpa en el proceder de CLARO, lo correcto era exonerar de toda responsabilidad a dicha empresa.

3. **Numeral 9 de la parte resolutive de la Resolución AN N°2001 – Telco de 20 de agosto de 2008, que fue adicionado por la Resolución JD-179 de 12 de febrero de 1998**, expedida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, que define el concepto de línea activa, entendiéndose éste como el número que se encuentra en uso durante el término comprendido desde la

activación de la línea o recarga de saldo hasta la expiración del tiempo de servicio de la última tarjeta utilizada para la recarga. El actor señala que la Resolución 6877 y su acto confirmatorio, violan, por indebida aplicación, la definición de línea actividad antes referida, pues en concordancia con el numeral 5.2 del Reglamento de Portabilidad, para que se porte un número éste requiere de un aparato que éste operativo o en capacidad de funcionar, y no es dable confundir la expresión terminal activa con línea activa, como lo hace la Autoridad de Servicios Públicos en el acto impugnado de ilegal.

4. **Artículo 9, 11, 976, 1109, del Código Civil.** Expone el actor que ha sido violado de forma directa por comisión el artículo 9, pues la ASEP ha realizado una interpretación forzada de los conceptos que establece la norma reglamentaria, como usuario, formulario de solicitud de portabilidad numérica, línea activa y terminal activo, para sancionar a la empresa CLARO PANAMA, S.A. Sigue indicando el actor, que el artículo 11 establece la regla de interpretación de las palabras técnicas de toda ciencia o arte, las cuales deberán ajustarse al sentido que le indica la ciencia o arte de que trate. Los dos últimos artículos que advierte el recurrente que estima que han sido infringidos son el 976, que establece que las obligaciones que nacen de los contratos tiene fuerza de ley entre las partes y deben cumplirse al tenor de los mismos; y el 1109 del Código Civil, en relación al perfeccionamiento de los contratos por el mero consentimiento y desde ese momento se obligan las partes.

5. **Artículo 62 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006 que regula la Contratación Pública,** esta norma orienta que leyes regirán a los contratos públicos, e indica que se aplicarán las disposiciones de la Ley 22 de 2006 y complementarias, así como en lo que no disponga expresamente, se regirán por las normas del Código Civil o del Código de Comercio que sean compatibles con las finalidades de la contratación pública. Esta norma en relación con los

artículos 9, 11, 976 y 1109 del Código Civil, que han sido invocados por el demandante, como normas infringidas, y alega que ha sido violada en forma directa, por omisión, al momento que la ASEP emite el acto impugnado y su acto confirmatorio.

6. Los artículos 34, 36, 82, 145, numeral 31 del artículo 201 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, que regula el procedimiento administrativo en general, el actor invoca que se ha violado de forma directa por omisión, los principios que deben prevalecer en las actuaciones administrativas en todas las entidades públicas, haciendo énfasis en el debido proceso legal y el apego al principio de estricta legalidad, pues estima que no se le dio el traslado a la empresa CLARO PANAMÁ, S.A. de las supuestas quejas interpuestas por CABLE & WIRELESS, y que la ASEP utilizó la Resolución 2001 que no es aplicable en el caso en examen. En ese mismo orden de ideas, estima el actor que al emitir el acto impugnado, infringió el artículo 36 que establece que todo acto que emita alguna autoridad debe celebrarse con apego a las normas jurídicas vigentes. Establece el actor que no cumplió lo preceptuado en el artículo 82 que le indica a la autoridad pública que toda consulta debe ser absuelta dentro de los 30 días hábiles siguientes a su presentación, y las consultas que la empresa CLARO PANAMÁ, S.A. ante la ASEP, no fueron absueltas de forma oportuna y satisfactoria, pues, afirma el demandante que éstas fueron absueltas un año después de haber iniciado el proceso de portabilidad numérica.

Considera el demandante que la entidad demandada omitió aplicar la sana crítica para la valoración de la prueba aportada en el expediente sancionar, que demostraban que la empresa CLARO PANAMÁ, S.A. no incurrió en la infracción de normas en materia de telecomunicaciones, tal y como fue aseverado por la entidad demandada.

7. **Artículo 26, 27, 28, 31, 32 del Decreto Ejecutivo 279 de 14 de noviembre de 2006, por el cual se reglamenta la Ley 26 de 29 de enero de 1998, ha sido infringido de forma directa por omisión.** Las normas alegadas como infringidas establece que la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia es la facultada para conocer, investigar, verificar y sancionar a las prestatarias del servicio público (de telecomunicaciones, electricidad, radio, televisión, agua potable y alcantarillado sanitario), si se llega a comprobar que han realizado conductas monopolísticas, anticompetitivas o discriminatorias, que afecten el mercado, así como la verificación de concentraciones económicas. De igual manera, la ASEP puede solicitar el concepto favorable a la ACODECO, previo a la emisión de un reglamento o resolución regulatoria de carácter general y denunciar cualquier hecho o conducta ejecutada por las empresas prestadoras de servicio público, que puedan afectar la libre y legal competencia; actuaciones que deben enmarcarse en los principios de subsidiariedad, transparencia, proporcionalidad, economía y celeridad. De este corolario, el actor estima que la ASEP no estaba facultada para la remisión del expediente administrativo sancionador, pues la empresa CLARO PANAMÁ, S.A. bajo ninguna circunstancia realizó conducta que pueda ser considerada monopolística, anticompetitivas o discriminatoria, y que produjese una afectación al libre mercado.

8. **Artículo 318.2 del Decreto Ejecutivo No. 73 de 9 de abril de 1997, que reglamenta la Ley 31 de 8 de febrero de 1996, esta normativa define los criterios para que se produzca una circunstancia atenuante como el 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, lo que le permitiría a la ASEP reducir el monto de la cuantía de la multa respectiva hasta un noventa por ciento**

(90%). Sostiene la parte actora, que como no ha cometido ninguna infracción a la normativa en materia de telecomunicaciones, mal puede la entidad aplicarla, sin embargo, señala que al proceder la aplicación de una sanción, la ASEP debió considerar los criterios que atenúan la multa, por consiguiente, se alega que se ha infringido la norma de forma directa, por omisión.

A través de la demanda, el proponente además solicitó la suspensión provisional del acto basado en el daño económico en perjuicio de la empresa CLARO PANAMÁ, S.A. y esta medida fue resuelta por la Sala, mediante la Resolución de 7 de enero de 2015, y dispuso no acceder a la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto demandado. (fojas 138 a 141)

IV. INFORME DE CONDUCTA DE LA ENTIDAD DEMANDADA:

A través de la Nota No. DSAN.0397-15 Ref. 099547 de 5 de febrero de 2015, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos remite el Informe de Conducta solicitado, en atención a la demanda contencioso-administrativa de plena jurisdicción interpuesta por la sociedad CLARO PANAMÁ, S.A.

Manifiesta la entidad demandada, que la Ley 31 de 8 de febrero de 1996 establece el procedimiento administrativo sancionador que puede iniciar la ASEP, en caso de que surgieran infracciones de las normas relativas al servicio público de telecomunicaciones.

En el caso particular, la ASEP inicia este proceso sancionador, en virtud de que hubo un incumplimiento del Reglamento de Portabilidad Numérica, específicamente en el numeral 10 del artículo 56 de la Ley 31 de 1996, que establece como una infracción **“el incumplimiento de las normas vigentes en materia de telecomunicaciones”**.

De lo expresado en el informe de conducta esencialmente señala que:

“Dentro del expediente administrativo esta Autoridad Reguladora pudo comprobar a través de un cúmulo de pruebas testimoniales y documentales, que colaboradores de CLARO, actuando bajo órdenes de sus superiores y

con conocimiento de los directivos de esta concesionaria de telecomunicaciones, portaron para sí, *sim cards* de otros operadores que adquirieron en el comercio local. Luego de culminar el proceso de Portabilidad Numérica, los números telefónicos permanecieron en la red de CLARO, sin generar tráfico de llamadas, mensajes de texto, ni datos. En la mayoría de los casos, el *modus operandi* utilizado era introducir la *sim card* del otro operador en un teléfono celular, iniciar la solicitud de Portabilidad Numérica y luego retirar la *sim card*, para seguidamente introducir otra *sim card* e iniciar otra solicitud de Portabilidad. Cabe señalar que al retirarse el *sim card* antes de concluir el proceso de portabilidad se viola, sin lugar a dudas, el punto 5.2 de la Resolución AN No. 4805-Telco de 5 de octubre de 2011, según el cual para el trámite de Portabilidad se requiere llevar el terminal telefónico activo en la red del concesionario donante” (foja 147)

Con referencia a las razones por las cuales la entidad demandada remite la copia del expediente administrativo que contiene el proceso sancionador seguido a CLARO PANAMÁ, S.A., ésta se fundamenta en los artículos 27, 28, 32 y concordantes del Decreto Ejecutivo No. 279 de 14 de noviembre de 2006, diciendo que éstas: “normas que obligan a esta Autoridad Reguladora a denunciar cualquier hecho o conducta de las prestadoras de servicios públicos que pudieran afectar la libre y leal competencia” (foja 148)

Finalmente, la Autoridad Reguladora considera que los actos impugnados fueron dictados con apego a la normativa legal y reglamentaria que rige el sector de las telecomunicaciones.

V. OPINIÓN DE LA PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN:

El Procurador de la Administración, mediante la Vista Número 342 de 10 de junio de 2015, da contestación a la demanda, manifestando que el acto impugnado que consiste en la Resolución AN 6877-CS de 3 de diciembre de 2013, el cual fue dictado por la Autoridad Nacional de Servicios Públicos, no ha infringido las normas legales que el actor señala, y le solicita respetuosamente a

este Tribunal se sirva declarar que NO ES ILEGAL la Resolución antes indicada, y en consecuencia, deniegue las pretensiones de la empresa demandante.

Sostiene sus argumentos señalando lo siguiente:

“Al efectuar el análisis de las constancias que reposan en el expediente judicial, esta Procuraduría advierte que no le asiste la razón a la actora, ya que de acuerdo con las constancias procesales, previo a la emisión de la resolución administrativa mediante la cual se procedió a sancionar a la concesionaria Claro Panamá, S.A., por infringir lo establecido en el numeral 10 del artículo 56 de la Ley 31 de 8 de febrero de 1996 y el punto 5.2 de la Resolución AN 4805- Telco de 5 de octubre de 2011, dicho acto administrativo se expidió luego de haber llevado a cabo el examen de los hechos alegados y considerado todas las pruebas documentales y testimoniales que fueron practicadas dentro del proceso administrativo sancionador; circunstancia que claramente se desprende del contenido de la Resolución AN 6877-CS de 3 de diciembre de 2013, acusada de ilegal (Cfr. fojas 89-103 del expediente judicial).”

Finalmente, el Procurador de la Administración señala que se opone a los argumentos expresados por la demandante, con respecto a la remisión del expediente sancionador a la ACODECO, pues como el actor sostiene, que al no realizar ninguna conducta que pudiese ser considerada monopolística, anticompetitiva o discriminatorio, no existía razón alguna por lo cual la ASEP enviase el expediente sancionador. Al respecto el Ministerio Público sustenta de la siguiente manera:

“Nuestra oposición a este cargo de infracción se fundamenta en que la remisión de la copia del expediente administrativo a la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia, se fundamenta en los artículos 27,28 y 32 del Decreto Ejecutivo 279 de 14 de noviembre de 2006, disposiciones que obligan a la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos a denunciar cualquier hecho o conducta de las prestadoras de los servicios públicos que pudieran afectar la libre y legal competencia” (foja 163)

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cumplidos los trámites previstos para estos procesos, corresponde a los integrantes de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia pasar a dirimir el fondo del presente litigio.

Competencia de la Sala:

Resulta relevante señalar que esta Sala de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer de la acción contencioso-administrativa de plena jurisdicción promovida por la sociedad anónima denominada CLARO PANAMÁ, S.A., a través de la firma forense GALINDO, ARIAS & LÓPEZ, con fundamento en lo que dispone el artículo 206, numeral 2, de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 97, numeral 1, del Código Judicial y el artículo 42b de la Ley N° 135 de 1943, conforme fue reformado por la Ley N° 33 de 1946.

Legitimación Activa y Pasiva:

En el presente proceso la parte demandante lo es, la sociedad anónima CLARO PANAMÁ, S.A., inscrita a la Ficha 534959, Documento 994855 de la Sección Mercantil del Registro Público, quien posee la condición de persona afectada por el acto administrativo, que es objeto de la presente demanda.

El acto demandado fue emitido por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, entidad estatal, con fundamento en la Ley 26 de 29 de enero de 1996, por la cual crea el Ente Regulador de los Servicios Públicos, así como el quien funge como sujeto pasivo en el presente proceso Contencioso Administrativo de Plena Jurisdicción.

La Procuraduría de la Administración en la Demanda de Plena Jurisdicción, por mandato del numeral 2 del artículo 5 de la Ley No.38 de 31 de julio de 2000, que regula el Procedimiento Administrativo General, actúa en interés y defensa de la Administración.

Problema Jurídico y Decisión de la Sala:

El demandante en la acción contenciosa interpuesta, cuestiona la legalidad de la Resolución AN 6877-CS de 3 de diciembre de 2013, dictada por la Autoridad Nacional de Servicios Públicos, y su acto confirmatorio, donde la entidad demandada, sanciona a la empresa **CLARO PANAMÁ, S.A.** con una multa de diez mil balboas por infringir lo establecido en el artículo 56, numeral 10 de la Ley 31 de 8 de febrero de 1996 y el punto 5.2 de la Resolución AN No. 4805-Telco de 5 de octubre de 2011 y remite copia autenticada del expediente administrativo sancionador a la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia.

El recurrente alega que, contrario a lo sostenido en el acto administrativo objeto de impugnación, la actuación realizada por la empresa **CLARO PANAMÁ, S.A.**, de adquirir *sim cards* de otro concesionario, no contraviene norma alguna en materia de telecomunicaciones que involucre la imposición de una sanción pecuniaria, pues la acción realizada se justifica en el hecho de que la empresa requería ejecutar pruebas de portabilidad numérica, con la finalidad de que no hubiese problema en ese proceso.

El actor justifica su actuar señalando lo siguiente:

“De hecho, lo que ha ocurrido en el presente caso es que entre el 10 y el 14 de febrero, cuando apenas se estaba iniciando el proceso de portabilidad numérica (cuyo lanzamiento fue el 29 de noviembre de 2011), CLARO, de buena fe y en vista de que muchas de sus consultas y quejas no habían sido resueltas por LA AUTORIDAD NACIONAL, resolvió adquirir *sim cards* de otro concesionarios y portarlos a CLARO conforme a los reglamentos vigentes en materia de portabilidad numérica, para llevar a cabo pruebas que le permitieran calibrar sus sistemas, lo que no está prohibido en ninguna norma vigente en materia de telecomunicaciones y, por tanto, no constituye o implica la comisión, por parte de nuestra mandante de infracción alguna que amerite el inicio de un proceso sancionador ni mucho menos justifique que, eventualmente, esta entidad le imponga sanción alguna.

Ahora bien, que CLARO adquirió *sim cards* de otro concesionario única y exclusivamente para llevar a cabo pruebas, es un hecho que ha quedado plenamente

acreditado, pues así lo declararon tanto los señores Yaniska Elizabeth Dawkins Moreno, Davis Manuel Arjona Pérez y Jonathan Faustino Villamil Ventura, en sus declaraciones que obran en el expediente que contiene este Pliego de Cargos, ..." (foja 614 del expediente administrativo)

Teniendo en cuenta lo antes expuesto, la Sala pasa a determinar si los actos ejecutados por la empresa CLARO PANAMÁ, S.A., se realizaron en apego a legislación vigente, considerando necesario analizar los siguientes puntos: la competencia del organismo regulador del servicio público, el proceso de portabilidad numérica y el procedimiento sancionador llevado a cabo por la entidad demandada.

a. Competencia del Organismo Regulador del servicio público

La presente controversia surge del ejercicio del poder del Estado en el desarrollo de las facultades de intervención administrativa que posee la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, como ente regulador, a través de la Ley 26 de 29 de enero de 1996 adicionada y modificada por el Decreto Ley 10 de 22 de febrero de 2006, donde establece en el párrafo segundo del artículo 2, que **la Autoridad tiene la competencia para regular y controlar la prestación de los servicios públicos** de abastecimiento de agua potable, alcantarillado sanitario, electricidad, telecomunicaciones, radio y televisión, así como la transmisión y distribución de gas natural, en adelante llamados servicios públicos.

Con respecto al vocablo ente regulador, que nos hemos referido en líneas anteriores, el autor Roberto Dromi lo define en los siguientes términos:

"La expresión "ente regulador" nos remite a las funciones que el órgano cumple. Entonces, los entes reguladores (o agencias de regulación) **tienen el poder para reglamentar, dictar normas**, tratándose en cada caso del legislador administrativo del servicio, del sujeto de aplicación de la policía del servicio. Regular es una de las formas que asume el control, porque estos entes

reguladores son los que se ocupan del control de las prestaciones de los servicios en particular.” (DROMI, Roberto. “Derecho Administrativo”. 12ª Edición. Año 2009. Página 923).

Siendo así las cosas, el Estado dentro del ejercicio de su potestad legal de regular la prestación de los diversos servicios públicos, como es el caso específico del servicio público de telecomunicaciones, se promulga la **Ley 31 de 8 de febrero de 1996**, la cual dicta normas para la regulación de esta materia en la República de Panamá, y consecutivamente se reglamenta dicha ley, mediante el Decreto Ejecutivo No. 73 de 9 de abril de 1997. De allí entonces, se le otorga al ente regulador, la facultad de establecer el marco regulatorio de la materia, en virtud del artículo 2 de la Ley 31 de 1996, lo señala:

”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.**” (Lo resaltado es de la Sala)

Igualmente la Sala analizando la legislación vigente, observa que, en el artículo 3 de la Ley 31 de 8 de febrero de 1996, se prevé que el marco jurídico de la actividad empresarial del operador del servicio público de telecomunicaciones, estará sujeto a las leyes, circulares, instrucciones, resoluciones que emanen de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, en virtud del ejercicio de poder de intervención y regulación que la ley especial le otorga.

Es por lo anterior, que a fin de materializar ese control y fiscalización de forma eficaz, esta entidad posee la facultad sancionadora, la cual se encuentra regulada en el Título III de Infracciones, Sanciones y Procedimiento, de la Ley 31 de 8 de febrero de 1996, entendiéndose el procedimiento administrativo

sancionador como “ el procedimiento que ha de tramitar la Administración Pública cuando pretenda imponer una sanción administrativa, es decir, cuando ejerza la llamada potestad sancionadora, potestad administrativa admitida por la propia Constitución y reconocida, con carácter general, a toda Administración Pública” (GONSÁLBEZ PEQUEÑO, Humberto. El Procedimiento Administrativo Sancionador – teoría y práctica. Editorial Dykinson. Madrid. 2013. Página 13).

Es de lugar también expresar que la empresa CLARO PANAMÁ, S.A., ejerce la función de prestadora del servicio público de telecomunicaciones, en virtud del Contrato de Concesión No. 11-2008 de 27 de mayo de 2008, que suscribió el Estado Panameño con la misma, y que fue publicado en la Gaceta oficial 26081 de 11 de julio de 2008.

Por todo lo antes expuesto, se establece el marco regulatorio del servicio público de telecomunicaciones, otorgándole la ley y el reglamento, los instrumentos jurídicos necesarios para llevar a cabo las atribuciones de control y fiscalización del servicio. Siendo así las cosas, este Tribunal procede a analizar el segundo punto a tratar que consiste en el proceso de portabilidad numérica, en el cual gira el conflicto administrativo que nos ocupa.

b. Proceso de Portabilidad Numérica.

Es necesario indicar que para el año 2008, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, dentro del marco regulatorio, emite la Resolución AN No. 1668-Telco de 30 de abril de 2008, donde comunica a los concesionarios de los servicios públicos de telecomunicaciones y al público en general, que la portabilidad numérica sería implementada en las redes fijas y móviles, con carácter obligatorio, dentro de los dos (2) años contados a partir de la promulgación de la citada Resolución, la que fue publicada en la Gaceta Oficial No. 26032 de 5 de mayo de 2008, iniciándose posteriormente esta actividad, el día 29 de noviembre de 2011.

Inicialmente es necesario preguntarnos *¿Qué debemos entender por Portabilidad Numérica?* Conforme al Reglamento de Portabilidad Numérica, en el artículo 2 numeral 2.1, el cual establece los significados de diversos términos para los efectos de la interpretación del Reglamento, la expresión se define así:

2.1 Portabilidad Numérica: Facilidad que le permite al Cliente y/o Usuario conservar su mismo número telefónico, al cambiar de concesionario del Servicio de Telecomunicación Básica Local, Servicio de Telefonía Móvil Celular o del Servicio de Comunicaciones Personales.

Con relación a dicho término, el autor Marcos M. Fernando Pablo, en su obra Derecho General de las Telecomunicaciones, lo considera un derecho, y dice:

“este derecho se traduce en la obligación de los operadores de redes públicas y servicios abiertos al público de facilitar tal conservación, mediante una suerte de “tráfico” de número, en el que es el abonado el que aminora o incrementa los números asignados a cada operadora, si bien una vez que cesa, en su abono a una operadora, esta pierde el derecho a explotar dicho número” (FERNANDO PABLO, Marcos M. Derecho General de las Telecomunicaciones. Editorial COLEX. 1998. Página 87).

Siendo este un derecho, para la implementación de la portabilidad numérica, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos precisó en la Resolución AN No. 1688-Telco, que se efectuarían las consultas públicas requeridas, cumpliendo así con el principio de transparencia en la gestión pública, tal como lo preceptúa la Ley 6 de 22 de enero de 2002, y se lleva a cabo, mediante el Aviso No. ANT-008-09 Telco de 11 de marzo de 2009, donde se les comunicó a todas las concesionarias del servicio de telecomunicaciones, incluyendo a la empresa CLARO PANAMÁ, S.A., que ésta forma de participación ciudadana se llevaría a cabo en el período comprendido del 16 al 30 de marzo de 2009, y así se realizó.

De estas consultas, surge el Reglamento de Portabilidad Numérica, que comprende dos posteriores reparos, los cuales se enuncian en la Resolución AN No. 3064-Telco de 11 de noviembre de 2009, por la cual la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos se pronuncia sobre la propuesta de "Reglamento de Portabilidad Numérica", sometida a Consulta Pública, del 16 al 30 de marzo de 2009 y la Resolución AN No. 4805- Telco de 5 de octubre de 2011, por la cual la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos se manifiesta sobre la propuesta de modificación de la Resolución AN No. 3064-Telco de 11 de noviembre de 2009, a través de la cual se adoptó el Reglamento de Portabilidad Numérica, sometida a Consulta Pública, del 22 al 26 de agosto de 2011.

En el caso en examen, **la empresa CLARO PANAMÁ, S.A. consideró llevar a cabo la compra de *sim cards* de otro concesionario, con el apoyo de algunos colaboradores de dicha empresa, según señalan, con la finalidad de realizar pruebas de portabilidad numérica, para verificar que ese proceso no tuviere inconvenientes.**

Ahora bien, en el expediente administrativo obran como pruebas, las declaraciones juradas rendidas por los colaboradores de CLARO PANAMÁ, S.A., como la joven Yanisca Elizabeth Dawkins Moreno (fojas 552 -553), Davis Manuel Arjona Álvarez (fojas 561 a 563), Jonathan Faustino Villamil Ventura (fojas 566 a 568), quienes firmaron los formularios de solicitud de portabilidad numérica, explican la actuación llevada a cabo por la empresa, en los siguientes términos.

A guisa de ejemplo citamos un extracto de la Declaración Jurada rendida por Yanisca Elizabeth Dawkins Moreno:

PREGUNTADO: Diga la declarante, si reconoce las solicitudes de portabilidad numérica que se le ponen presente (SE DEJA CONSTANCIA QUE SE LE HA PUESTO EN PRESENTE LAS FOJAS 6 a 31 DEL EXPEDIENTE EN LA CUAL OBRAN 13 SOLICITUDES DE PORTABILIDAD NUMÉRICA).

CONTESTÓ: Sí las reconozco y es mi firma. Estas son las solicitudes que se hicieron como una prueba al inicio de la portabilidad por órdenes del señor Tomás, quien es el Gerente de Claro en las oficinas centrales de la Torre Metrobank. PREGUNTADO: Diga el declarante, que tiene que decir respecto a las múltiples solicitudes de portabilidad numérica que Usted tramitó en CLARO? CONTESTO: Es que se hicieron unas pruebas con aproximadamente 200 chips de otras compañías para ver si funcionaba lo de la portabilidad. Nos decían que firmáramos las solicitudes, se nos daban los chips y se tramitaba la portabilidad, todos los *sim cards*, es decir, los chips quedaban en la empresa y fueron archivados en la empresa Torre Metrobank, piso 1 como prueba de portabilidad...." (Lo resaltado es de la Sala)

A fin de comprender si la actuación desarrollada por la empresa CLARO PANAMÁ, S.A., es legal o no, es necesario preguntarnos ***¿Cómo se inicia un proceso de portabilidad numérica?*** El Anexo de la Resolución AN No. 3064-Telco de 11 de noviembre de 2009, que adopta el reglamento de Portabilidad Numérica, modificada por la Resolución AN No. 4805-Telco de 5 de octubre de 2011, establece en el punto 5.2, que dicho **proceso se inicia cuando un cliente y/o usuario se presenta ante un concesionario, quien solicita cambiar de compañía telefónica, pero manteniendo su mismo número, y esta operación deberá realizarla a través del formulario de solicitud de portabilidad numérica.** Una vez el usuario haya completado y firmado el Formulario de Solicitud de Portabilidad Numérica ante el Concesionario Receptor, éste solicita a la Entidad de Referencia (ER), que a través de sus sistemas envíe un Número de Identificación Personal (NIP), al número de teléfono que desea portar, para entonces validar que el usuario que desea iniciar el proceso de portabilidad es quien posee el número y que la línea se encuentra activa.

Posteriormente, el Concesionario Receptor completa en medio electrónico la información suministrada por el cliente o usuario, junto con el formulario

firmado y los documentos que el usuario presentó para completar su solicitud de portabilidad.

Cabe acotar, que la norma reglamentaria antes referida, reza así:

“5.2. Los Clientes y/o Usuarios prepago de la Red Fija y Móvil (Servicios de Telefonía Móvil Celular y de Comunicaciones Personales), para dar inicio a los trámites del proceso de Portabilidad Numérica deberán:

a) Completar debidamente y suscribir el Formulario de Solicitud de Portabilidad Numérica para uno o más números telefónicos.

b) Presentar copia simple de la cédula de identificación personal o pasaporte, para el caso de personas naturales. En el caso de personas jurídicas deberán aportar copia simple de la Escritura Pública donde consta la constitución de la sociedad, y, además, el Formulario deberá ser rubricado por el Representante Legal autorizado para llevar a cabo actos de administración y disposición de la sociedad o posea poder especial para realizar dicho trámite.

c) En el caso de los servicios de las redes móviles los Clientes y/o Usuarios además de los requisitos anteriores deberán:

c.1) Verificar que el NIP que genere el sistema, corresponda al número telefónico del titular.

c.2) Llevar el terminal telefónico activo.

c.3) Verificar en el sistema que el número de identificación del aparato no esté incluido en la base de datos de números robados o extraviados.”

Lo antes expuesto, nos permite inicialmente determinar que, la empresa CLARO PANAMÁ, S.A., adquirió los *sim cards* de otros concesionarios, infringiendo lo preceptuado en el punto 5.2 del Reglamento de Portabilidad Numérica, al no cumplir con los requisitos que la norma reglamentaria establece para iniciar el proceso de portabilidad numérica, pues como se ha destacado, los colaboradores de dicha, y bajo las instrucciones de la misma, fueron los que firmaron los formularios de solicitud de portabilidad, cuando en principio, el adquiriente y destinatario del uso del bien era la persona jurídica denominada CLARO PANAMÁ, S.A., como lo manifiestan las pruebas testimoniales que obran en el expediente administrativo, lo que le permitió a la entidad demandada

señalar en la parte motiva del acto impugnado, que la finalidad de la empresa al adquirir los *sim cards* era verificar el procedimiento de portabilidad, objetivo distinto a lo que dispone la ley, por consiguiente, el cargo de ilegalidad invocado por la parte actora se desestima.

El actor invoca la infracción del punto 2.1 del Reglamento de Portabilidad que definen los términos usuario, formulario de solicitud de portabilidad numérica, números asignados, con el argumento de una supuesta interpretación errónea de los mismos, sin embargo, este Tribunal considera que dicho cargo de ilegalidad no procede, pues la misma ley le otorga la facultad de interpretar la norma que rige la materia, a la entidad demandada, conforme lo señala el artículo 3 de la Ley 31 de 1996, en consecuencia, se desestima la infracción alegada.

En ese mismo orden de ideas, el recurrente alega normas del Código Civil, 9, 11, 976 y 1109, donde los dos primeros refieren al juzgador a la forma de interpretación y aplicación de la ley, y como bien ha determinado la Sala en líneas anteriores, la entidad demandada, en ejercicio de la facultad legal, la misma interpretó y aplicó la legislación especial en materia de telecomunicaciones, ajustándose a la ciencia y arte, y lo pactado en el contrato que tiene fuerza de ley entre las partes, lo que le permitió llegar a la decisión plasmada en el acto impugnado, en definitiva, se deduce que la actuación de la autoridad reguladora, cumple los supuestos señalados en la norma especial.

Refuerza el criterio vertido por la Sala, la cláusula octava del Contrato de Concesión No. 11-2008 de 27 de mayo de 2008, suscrito entre el Estado Panameño y la empresa CLARO PANAMÁ, S.A., donde obliga al concesionario, la prestación del servicio de telecomunicaciones conforme a las leyes que regulan la materia, siendo éstas interpretadas y aplicadas por la entidad demandada, no hay sustento legal para los argumentos de interpretación

errónea u omisión de la aplicación de los artículos 976 y 1109 del Código Civil, que alega el actor como infringidos.

A fin de sustentar nuestros dichos, se transcribe la cláusula octava, antes mencionada:

CLAÚSULA OCTAVA: EL CONCESIONARIO está obligado a prestar el Servicio de Comunicaciones Personales en forma continua, regular y eficiente, en condiciones de normalidad y seguridad, conforme a las leyes que regulan la materia, a las obligaciones que le impongan los acuerdos internacionales suscritos y ratificados por la República de Panamá, a las disposiciones administrativas y técnica que regulan la materia emitidas por LA AUTORIDAD, y a los términos establecidos en el Contrato de Concesión."

CLARO PANAMÁ, S.A., así como todos los que tienen la calidad de concesionarios del servicio público de telecomunicaciones, conforme al artículo 41 de la Ley 31 de 8 de febrero de 1996, deberá cumplir con los derechos y obligaciones que establezcan las normas que rigen la materia, sino también lo establecido en el contrato de concesión respectivo, al que la Sala ha hecho referencia en líneas anteriores, aunado a las directrices del ente regulador, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos.

De lo anterior, la Sala estima que conforme lo analizado, la entidad demandada se ha ceñido a la aplicación e interpretación de las normas especiales que regulan la materia del servicio público de telecomunicaciones, que es la norma específica, en consecuencia, se desestiman los cargos de ilegalidad invocados.

En otro orden de ideas, el actor establece en su demanda, una relación entre las normas del Código Civil sobre la interpretación de la ley y los contratos, con el artículo 62 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la Contratación Pública, sin embargo, este Tribunal estima que la norma alegada como violada, no es aplicable al caso controvertido, pues no nos encontramos frente a la revisión de la legalidad del acto de contratación pública, sino sobre la

supuestas infracciones al ordenamiento jurídico que alega el actor que ejecutó la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, y que le permitió llegar a emitir la Resolución AN No. 6877-CS, que es objeto de impugnación, por lo que la Sala declara no probado el cargo de ilegalidad invocado.

c. Procedimiento administrativo sancionador

El proceso administrativo sancionador contra la empresa CLARO PANAMÁ, S.A., inicia a raíz del informe que la Dirección Nacional de Telecomunicaciones remitiera a la Comisión Sustanciadora de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, a través del Memorándum DTEL-0292-12 con fecha del 20 de marzo de 2012 (fojas 1 a 2 del expediente administrativo), y expone que se realizó una inspección a la Concesionaria Cable & Wireless Panamá S.A., en atención al rechazo de solicitudes de portabilidad numérica sobre líneas prepago inactivas, dando por resultado lo siguiente:

“ ...

En las investigaciones correspondientes se detectó que existen números con Solicitudes de Portabilidad Numérica (SPN) que no se encuentran activos dentro del sistema de CABLE & WIRELESS PANAMÁ, S.A. y que CLARO PANAMÁ, S.A., en su calidad de Concesionario Receptor, solicita portar hacia su red.

En fecha de 15 de marzo, mediante DTEL-280-2012 el Ingeniero Fidel Navarro, jefe del Departamento de Portabilidad Numérica remite a la Sub Dirección de Redes, informe con irregularidades encontradas dentro del proceso de portación de líneas prepagadas solicitadas por el Concesionario CLARO PANAMÁ, S.A.

En el proceso, se detecta que entre las Solicitudes de Portabilidad Numérica (SPN) realizadas entre el 10 y el 14 de febrero, CLARO PANAMÁ, S.A., solicita portar ochenta y siete (87) SPN con el siguiente detalle:

- Cuarenta y uno (41) a nombre de Yanisca Dawkins
- Veinte (20) a nombre de Davis Arjona
- Once (11) a nombre de Isis Girón
- Quince (15) varios.

Las solicitudes pertenecientes a un mismo solicitante tienen la particularidad que su Solicitud de Portabilidad (SPN) fueron fotocopiadas y sólo se les cambio el detalle del número de celular a portarse, así como también los números de IMEI.

En cuanto a los IMEI existen incongruencias en dichos datos declarados, ya que un mismo número de IMEI está repetido en distintas Solicitudes y hasta en tres (3) puntos distintos del país, es decir un mismo IMEI, se encuentra ubicado en solicitudes en Villa Lucre, San Miguelito, Ciudad Acuario, David, Los Algarrobos, lo cual es incongruente.

Por otro lado, estas solicitudes fueron rechazadas por el Concesionario Donante CABLE & WIRELESS PANAMÁ, S.A., toda vez que dichos números no se encuentran activos dentro de sus sistemas.

Como quiera lo investigado es una mala práctica y que existen indicios de que la información correspondiente a las SPN detalladas en los informes adjuntos es incongruente y que existe posibilidad de que no sea validada por el cliente, tal cual lo establece el Punto 5.2 de la Resolución AN-4805 – Telco de 5 de octubre, remitidos su consideración de manera tal que se determine si existen méritos para el inicio de un proceso sancionador por el incumplimiento de las normas vigentes en materia de telecomunicaciones.” (fojas 1 y 2 del expediente administrativo) (Lo resaltado es de la Sala)

De allí que, la Administradora General de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, solicita al Comisionado Sustanciador de esa entidad que, en virtud de los hechos presentados se inicie una investigación, lo que le permite entonces a éste último, ordenar una serie de diligencias que estimo necesarias, para esclarecer los hechos mencionados en el informe presentado a través del Memorándum DTEL-0292-12 del 20 de marzo de 2012 y así determinar responsabilidades. Preliminarmente se solicitaron las siguientes pruebas: al Registro Público la certificación correspondiente de la concesionaria Claro Panamá, S.A., y al Tribunal Electoral, copia de las solicitudes y positivos de cédula de identidad personal de los señores YANISCA ELIZABETH DAWKINS MORENO, DAVID MANUEL ARJONA ALVAREZ, ISI YAZMIN GIRÓN MORENO Y JONATHAN FAUSTINO VILLAMIL VENTURA, quienes figuran como los usuarios que firmaron los formularios de portabilidad numérica, en el período comprendido del 10 al 14 de febrero de 2011.

Las personas antes enunciadas, fueron citadas por la Comisión Sustanciadora, y rindieron declaración jurada sobre la investigación que llevaba a cabo la entidad contra la empresa CLARO PANAMÁ, S.A.

De la indagación desarrollada por la ASEP le permite comprobar que todas las personas mencionadas, trabajaban en la empresa CLARO PANAMÁ, S.A., pues de las declaraciones testimoniales rendidas ante el Comisionado Sustanciador, son contestes en señalar que laboraban en dicha empresa durante el período comprendido de la investigación, y que era por orden de su supervisor, Jonathan Villamil que procedieron a firmar las solicitudes de portabilidad numérica que se les indicaba, justificando esta decisión en que la empresa deseaba realizar unas pruebas de portabilidad numérica, con la finalidad de que no hubiese problema al momento de ejecutar el proceso.

Es entonces que, en virtud de los hallazgos realizados por el Comisionado Sustanciador, éste procede a formular los cargos correspondientes a la concesionaria CLARO PANAMÁ, S.A. (fojas 593 a 600 del expediente administrativo) y se le notifica a la empresa para que haga sus descargos y aporte las pruebas que estime conveniente para la defensa de sus intereses y ésta su vez, formaliza su contestación, aduce y aporta las pruebas, tal como consta a fojas 608 a 629 del expediente administrativo.

El argumento medular elaborado por la defensa de la parte actora, es que ésta no ha incurrido en ninguna mala práctica, ni mucho menos ha infringido las normas vigentes en materia de telecomunicaciones, pues no existen pruebas que la vinculen en la contravención de las disposiciones legales vigentes, por lo estima que no ameritaba el inicio de un proceso sancionador, ni tampoco la imposición de alguna sanción.

A pesar de los explicaciones brindadas por la concesionaria CLARO PANAMÁ, S.A., se emite la Resolución AN No. 6877 –CS de 3 de diciembre de

2013, que resuelve el proceso administrativo sancionador seguido al actor, por el incumplimiento de normas vigentes en materia de telecomunicaciones, y en consecuencia, se remite el expediente ante la Autoridad del Consumidor y Defensa de la Competencia, basándose en el Decreto Ejecutivo No. 279 de 14 de noviembre de 2006 que reglamente la Ley 26 de 29 de enero de 1996.

En virtud de las investigaciones realizadas por el Ente Regulador, éste pudo determinar que, colaboradores de CLARO PANAMÁ, S.A., y así lo acepta la parte actora, firmaron una serie de solicitudes de portabilidad numérica, a requerimiento de la empresa, adquiriendo *sim cards* de varios operadores, y luego de culminar el proceso de portabilidad numérica descrito en párrafos anteriores, dichos números telefónicos permanecieron en la red de CLARO, sin generar tráficos, ni llamadas, ni mensajes de texto, y se utilizaba un teléfono celular para llevar a cabo la introducción de la *sim card* obtenida de otros operadores, con una finalidad distinta a la regulada; es decir, el objeto de la adquisición de los *sim cards* por parte de la empresa CLARO PANAMÁ, S.A., fue realizar pruebas de portabilidad numérica.

CLARO PANAMÁ, S.A. aceptó en el proceso administrativo sancionador, que adquirió los sim cards de otros concesionarios, con el fin de comprobar el proceso de portabilidad, lo que confirma que el fin de la compra de los sim cards, son ajenas a la dispuesto en el ordenamiento jurídico vigente. Esto fue corroborado por el Gerente de Operaciones Comerciales de la empresa, Ingeniero Tomás Alberto Henríquez Choy, quien en la declaración jurada ante el Comisionado Sustanciador expuso lo siguiente:

**“PREGUNTADO: Diga el declarante cual (sic) fue el motivo por el cual se tramitaron estas solicitudes de portabilidad numérica?
CONTESTO: Era para realizar las pruebas, para investigar en un ambiente controlado y ver si el proceso estaba fluyendo de manera correcta o si dentro del proceso había algún embotellamiento o algo que no estaba funcionando.**

....

PREGUNTADO: Diga el declarante, si para portar las líneas durante la prueba, CLARO PANAMÁ, S.A. adquirió algunas tarjetas prepagadas. En caso afirmativo, como se verificó que esas líneas estaban activas? CONTESTO: **Lo que hacíamos era que íbamos a los establecimientos o comercios, compramos *sim cards* y con ese número que me daba el otro operador hacíamos las pruebas....**" (foja 584 del expediente administrativo) (Lo resaltado es de la Sala)

Siendo ello así, advierte la Sala que el actor invoca la infracción de sendas normas de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, modificada por la Ley 45 de 27 de noviembre de 2000, mismas que guardan relación a los principios de debido proceso legal, tipicidad y estricta legalidad, los cuales pasaremos a analizar.

El Doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en su obra Reflexiones en torno a la potestad administrativa sancionadora: aplicación en el sector energético, ambiental, de telecomunicaciones y en otros sectores, enlista los **elementos que componen el debido proceso así:**

"En este sentido, se entienden como elementos del debido proceso, entre otros, los siguientes: el ser oído antes de la decisión, participar efectivamente en el proceso desde su inicio hasta su terminación; ofrecer y producir pruebas; obtener decisiones fundadas y motivadas; notificaciones oportunas y conforme a la ley; acceso a la información y documentación sobre la actuación; controvertir los elementos probatorios antes de la decisión; obtener asesoría legal; la posibilidad de intentar mecanismos impugnatorios contra las decisiones administrativas; y, la obligación de surtir los procedimientos con oportunidad, celeridad y eficacia". (SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. "Reflexiones en torno a la potestad administrativa sancionadora: aplicación en el sector energético, ambiental, de telecomunicaciones y en otros sectores." Universidad Externado de Colombia. 1ra. Edición octubre 2014. página 24)

De este cotejo doctrinal y normativo, este Tribunal colegiado considera que el principio del debido proceso legal que ha sido invocado por el recurrente como infringido, fue aplicado en debida forma, por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos al instruir el procedimiento administrativo sancionador, pues

del expediente administrativo se desprende que se le corrió traslado a la empresa CLARO PANAMÁ, S.A. de los cargos, en virtud de la investigación que se sustanciaba en la entidad, así como tuvo la oportunidad procesal de aportar las pruebas necesarias para su defensa, y éstas fueron valoradas en su momento, y, de igual manera, ejercitó el medio de impugnación previsto por ley, de este corolario de actuaciones realizadas tanto por la entidad así como de la empresa CLARO PANAMA, S.A., a través de sus apoderados judiciales, demuestran a esta Superioridad, que no se ha materializado las infracciones invocadas por el actor.

En relación a la tipicidad, otro principio que invoca el actor que ha sido infringido por la entidad demandada, demarcaremos algunos aspectos doctrinales que nos presenta el Doctor Santofimio, al señalar:

“Para que se pueda predicar el cumplimiento del contenido del principio de tipicidad, se habrán de reunir tres elementos, a saber: (i) Que la conducta sancionable esté descrita de manera específica y precisa, bien porque la misma esté determinada en el mismo cuerpo normativo o sea **determinable a partir de la aplicación de otras normas jurídicas**; (ii) Que exista una sanción cuyo contenido material esté definido en la ley; (iii) Que exista correlación entre la conducta y la sanción;

Sin perjuicio de lo anterior, debe recordarse que “las conductas o comportamientos que constituyen falta administrativa, no tienen por qué ser descritos con la misma minuciosidad y detalle que se exige en materia penal, permitiendo así una mayor flexibilidad en la adecuación típica”.

Es así como en algunas ocasiones los anteriores elementos no se encuentran previstos en el mismo instrumento normativo, sino que se hace necesario consultar el contenido de otras disposiciones para especificar cuál es la conducta ordenada o prohibida o cuál es la sanción específica aplicable (...) (SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. “Reflexiones en torno a la potestad administrativa sancionadora: aplicación en el sector energético, ambiental, de telecomunicaciones y en otros sectores.” Universidad Externado de Colombia. 1ra. Edición octubre 2014. Página 27)

Teniendo en cuenta lo antes señalado por el jurista Santofimio, se entiende que el concepto de tipicidad no es en estricto sentido, como es exigible

en materia penal, ya que puede ser determinable con la aplicación de otras normas jurídicas. De allí entonces que, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, aplicó las disposiciones que rigen la materia de telecomunicaciones, determinando así que la empresa CLARO PANAMÁ, S.A., infringió normas contenidas en la ley especial del servicio público y al reglamento de portabilidad numérica (numeral 10 del artículo 56 de la Ley 31 de 8 de febrero de 1996 y el punto 5.2 de la Resolución AN No. 4805-Telco de 5 de octubre de 2011).

Con relación a los artículos 56, 57, numeral 1 y 58 que están en el Título III sobre Infracciones, Sanciones y Procedimiento sancionador, la Sala ha arribado a la conclusión que el fundamento legal de la sanción objeto de impugnación radica en el hecho que la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, determinó que la empresa CLARO PANAMÁ, S.A., quebrantó las normas en materia de telecomunicaciones, interpretando que cualquier situación que no se encuentre prevista en la ley, reglamento o resoluciones que guardan relación a la materia, incluso en el Contrato de Concesión, se entenderá que es una conducta inadecuada y que se opone a los parámetros debidamente establecidos por el ente regulador. Por otro lado, el numeral 1 del artículo 57 establece las sanciones que puede imponer la ASEP, y en atención a la conducta desarrollada por la empresa CLARO PANAMÁ, S.A., discrecionalmente la entidad demandada estableció la multa de B/ 10,000.00, lo cual está conforme a lo que dicta la norma, en consecuencia, los criterios que se contemplan en el artículo 58, alegado de ilegal, no establece la atenuación de la sanción, el argumento que esboza la actora, es decir, la buena fe.

d. La remisión del expediente administrativo a la ACODECO

Como bien se ha expuesto, la portabilidad numérica es un derecho que se traduce en una obligación de los operadores de redes públicas y servicios abiertos hacia el público, por ende, lo que se busca con el mismo es garantizarle

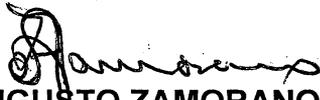
un servicio público de telecomunicaciones a los clientes y/o usuarios de las redes de telecomunicaciones, dentro del contexto del principio de estricta legalidad.

Siendo así las cosas, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, en el ejercicio de sus atribuciones legales, al tener conocimiento de un hecho o conducta realizada por las empresas o entidades prestadoras de servicios públicos que puedan afectar la libre y leal competencia, dispone remitir el expediente conforme lo regula el artículo 32 del Decreto Ejecutivo No. 279 de 14 de noviembre de 2006, que reglamenta la Ley 26 de 29 de enero de 1996, pues dicha entidad tiene la obligación legal **de poner en conocimiento al ente competente, es decir la ACODECO**, de dicho hecho o conducta, a fin de que en base a la política en materia de competencia y regulación sectorial que existe, salvaguarde el bienestar de los consumidores, y proceda, de ser necesario, a aplicar las sanciones que correspondan, **en caso de que considere que la conducta desarrollada por el investigado**, conlleve una conducta monopolística, anticompetitiva o discriminatoria por parte de las empresas prestadoras de los servicios públicos de telecomunicaciones, electricidad, radio, televisión, agua potable y alcantarillado sanitario (Cfr. artículo 27 del Decreto Ejecutivo No. 279 antes mencionado). Por tanto, la remisión del expediente que contiene el procedimiento sancionador sustanciado en la ASEP hacia la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia (ACODECO), es una actuación amparada por la legislación panameña, para que ésta última, ejerza su poder jurídico y determinar si la empresa CLARO PANAMÁ, S.A., ha realizado o no actividades que puedan afectar la libre y leal competencia, de allí entonces, los cargos de ilegalidad invocados deben ser desestimados.

Todas estas observaciones permiten a la Sala coincidir con lo alegado por la Procuraduría de la Administración al indicar que el acto objeto de impugnación, ha cumplido los presupuestos legales que guardan relación al procedimiento administrativo sancionador de competencia de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, y en consecuencia, se estima legal el acto impugnado.

En consecuencia, la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **DECLARA QUE NO ES NULA, POR ILEGAL**, la Resolución AN N° 6877-CS de 3 de diciembre de 2013, expedida por la Administradora General de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, mediante la cual, impone a **CLARO PANAMÁ, S.A.**, una multa por la suma de **DIEZ MIL BALBOAS (B/ 10,000.00)**, así como tampoco lo es su acto confirmatorio, dentro de la Demanda Contencioso - administrativa de Plena Jurisdicción interpuesta por la firma forense **GALINDO, ARIAS & LÓPEZ**, actuando en nombre y representación de la sociedad denominada **CLARO PANAMÁ, S.A.**, y se desestiman las demás pretensiones.

NOTIFIQUESE


ABEL AUGUSTO ZAMORANO
 MAGISTRADO


CECILIO CEDALISE/RIQUELME
 MAGISTRADO


LUIS RAMÓN FÁBREGA S.
 MAGISTRADO


KATIA ROSAS
 SECRETARIA

Sala III de la Corte Suprema de Justicia
 NOTIFIQUESE HOY 10 DE julio DE 2017
 A LAS 9:27 DE LA mañana
 A Procurador de la Administración


 Firma