

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

Vista N°13

14 de enero de 2002

**Advertencia de
Ilegalidad.**

Formulada por la firma Alfaro, Ferrer & Ramírez en representación de **BSC DE PANAMA, S.A.**, en contra del artículo 4 de la Resolución JD-025 de 1996, dictada por el **Ente Regulador de los Servicios Públicos**, dentro del proceso de denuncia promovido por BSC DE PANAMA, S.A., en contra de TRICOM DE PANAMA, S.A.

Concepto.

Señor Magistrado Presidente de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia:

Con nuestro habitual respeto concurrimos ante ese Honorable Tribunal, a fin de emitir concepto en torno a la Advertencia de Ilegalidad que se enuncia en el margen superior del presente escrito.

Nuestra actuación en este tipo de proceso se fundamenta en lo previsto en el artículo 5, numeral 9, del Libro Primero de la Ley N°38 de 31 de julio de 2000, por la cual se aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración.

I. La pretensión de la parte actora.

La parte actora pide al Tribunal de lo Contencioso Administrativo que se declare es ilegal la definición de Servicio Troncal Convencional contenida en el artículo 4 de la Resolución N°JD-025 de 12 de diciembre de 1996, que dice de la siguiente forma:

**"201 SERVICIO DE SISTEMAS TRONCALES
CONVENCIONALES PARA USO PUBLICO O
PRIVADO**

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

DEFINICION: Servicio Móvil que consiste en la comunicación de un radioteléfono y otro radioteléfono, o entre un radioteléfono y la red Pública conmutada. Este servicio utiliza las frecuencias definidas para los sistemas troncales de que trata el artículo 4 de la Ley 17 de 9 de julio de 1991, así como cualquier otra frecuencia que se designe para este servicio en el Plan Nacional Técnico de Telecomunicaciones. Este servicio es para uso público cuando su acceso no esté restringido a un número limitado de usuarios. Este servicio es para uso privado cuando su acceso esté restringido a un número limitado de usuarios que formen parte de una misma red troncal. Los prestadores de este servicio no podrán utilizar equipos de conmutación u otros equipos que permitan la continuidad de la comunicación entre el usuario y la red a la que está conectado a través de repetidoras distintas ('hand-off').

II. Las normas que se aducen como infringidas y los conceptos de infracción a las mismas, son los que a seguidas se copian:

a. Se considera violado el artículo 71 de la Ley N°31 de 8 de febrero de 1996, "Por la cual se dictan normas para la regulación de las telecomunicaciones en la República Panamá":

"Artículo 71: Los servicios de telecomunicaciones se otorgarán en régimen de libre competencia, y se considerarán ilegales las conductas de los concesionarios dirigidas a restringir, disminuir, dañar, impedir o, de cualquier otro modo, vulnerar la libre competencia.

El Estado, por razones técnicas o económicas, podrá otorgar en régimen de exclusividad temporal, o a un número limitado de concesionarios, la explotación de los servicios de telecomunicaciones tipo A, siempre que este otorgamiento se realice:

1. Por un período determinado de tiempo;

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

2. Cumpliendo los requisitos señalados en la Sección Primera, Capítulo II, Título II, de esta Ley.

Las concesiones para la prestación del servicio de Telefonía Móvil Celular, se declaran concesiones tipo A.

Las disposiciones que en materia de telecomunicaciones dicte la República de Panamá, respetarán las condiciones establecidas en los contratos de concesión para las Bandas A y B del servicio de Telefonía Móvil Celular.

Los contratos de concesión de servicios de Telefonía Móvil Celular, de las Bandas A y B se regirán por las normas vigentes al momento de la celebración del contrato de concesión de la Banda A y demás disposiciones en materia de telecomunicaciones que les sean aplicables."

Se señala que la norma acusada viola en forma directa el cuarto párrafo del artículo antes citado por omisión, toda vez que deja de aplicar la disposición que establece que las concesiones para prestar el servicio de telefonía móvil celular son concesionarios tipo A, es decir, concesiones que por razones técnicas o económicas son otorgadas para ser explotadas por un número limitado de concesionarios en régimen de competencia.

Afirman que la definición de Servicio Troncal Convencional supone que un operador de este servicio puede utilizar cualquier sistema móvil para prestarlo, incluyendo sistemas tipo celular como lo es el sistema IDEN de Motorola, a condición de que el sistema no permita el "hand off". En consecuencia, alegan, la definición del Servicio Troncal Convencional desconoce que las concesiones celulares son concesiones tipo A que en Panamá sólo pueden ser explotadas por dos concesionarios.

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

Agregan que lo anterior es particularmente cierto si además se toma en cuenta que un sistema celular, aún si se le inhabilita su función "hand-off", continuaría siendo un sistema celular capaz de prestar los mismos servicios que hoy BSC DE PANAMA, S.A., tiene el derecho de prestar en competencia limitada con el operador de la Banda B.

b. También se considera violado el cuarto párrafo del artículo 71 de la Ley N°31 de 8 de febrero de 1996, que establece que las disposiciones que en materia de telecomunicaciones dicte la República de Panamá, respetarán las condiciones establecidas en los contratos de concesión para las Bandas A y B del servicio de Telefonía Móvil Celular.

Los apoderados judiciales de BSC DE PANAMA, S.A., sostienen que la definición de Servicio Troncal Convencional, en la forma que es aplicada por el Ente Regulador, desconoce esta premisa fundamental de los contratos de concesión de las Bandas A y B de telefonía móvil celular, ya que, a su juicio, en la forma como es interpretada y aplicada por el Ente Regulador permite la participación en el mercado panameño de nuevos operadores de sistemas de telefonía móvil tipo celular (caso del sistema iDEN de Motorola).

c. El artículo 20 de la Ley N°31 de 1996:

"Artículo 20: Las concesiones se otorgarán, como regla general, en régimen de competencia, con excepción de las concesiones que se otorguen con un período de exclusividad temporal para la prestación de servicios de telecomunicaciones, cuando, por razones económicas o técnicas, se justifique que sean otorgadas en exclusividad, o a un número limitado de concesionarios.

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

Parágrafo Transitorio: Mientras exista un solo concesionario prestando servicios de telex, telegrafía internacional, transmisión de datos y de comunicaciones marítimas, éste quedará obligado a prestar estos servicios por el término que se establezca en el contrato de concesión."

Como argumento para sustentar el concepto de infracción, los apoderados de la empresa aseveran que al permitir a los operadores troncales que utilicen cualquier sistema para prestar el Servicio Troncal Convencional, incluyendo sistemas de telefonía móvil celular, la definición del Servicio Troncal Convencional desconoce la excepción a la regla general -aplicable al servicio de telefonía móvil celular- de que la competencia en este rubro sólo puede darse entre concesionarios tipo A debidamente autorizados, es decir, entre dos concesionarios.

d. El artículo 25 de la Ley N°31 de 1996:

"Artículo 25: Las condiciones y requisitos que establezca el Ente Regulador para el otorgamiento de concesiones, serán iguales para todos los concesionarios que ofrezcan el mismo servicio.

Para la prestación de los servicios tipo A, el contrato de concesión incluirá, además de los requisitos establecidos en las normas que existan en materia de telecomunicaciones para las concesiones tipo A, los siguientes:

1. Metas para el suministro de los servicios de telecomunicaciones;
2. Metas de calidad en la prestación de los servicios;
3. Responsabilidades inherentes a los servicios que prestará el concesionario;
4. Medidas para la protección de los clientes;

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

5. Disposiciones que garanticen que se competirá lealmente con los restantes concesionarios;

6. Los derechos a cargo de los concesionarios."

Concepto de infracción:

"Si se utiliza un sistema tipo celular para prestar el Servicio Troncal Convencional como a juicio del Ente Regulador lo permite la definición de este servicio, en efecto la definición permitiría la prestación de los mismos servicios que ofrecen las empresas de telefonía móvil celular por parte de concesionarios tipo B del Servicio Troncal Convencional. Con ello, se dejaría de aplicar el principio de igualdad de trato que contempla el primer párrafo del artículo 25 de la Ley de Telecomunicaciones, ya que los requisitos para obtener y mantener una concesión tipo A son mucho más estrictos y onerosos que los que corresponden a las concesiones tipo B. Esto necesariamente produciría una situación de competencia discriminatoria en detrimento de los operadores celulares."

e. El artículo 5, numeral 6, de la Ley N°31 de 1996:

"Artículo 5: La política del Estado en materia de telecomunicaciones objeto de esta Ley, será la siguiente:

...

6. Establecer un régimen que imprima certeza y seguridad jurídica, en materia de regulación de las telecomunicaciones;

...".

Es el criterio de la parte actora que al definir el Servicio Troncal Convencional el Ente Regulador dejó de aplicar el numeral 6 del artículo 5 de la Ley de Telecomunicaciones, ya que dicha definición tiene el efecto de permitir la prestación de servicios en directa competencia con los servicios de telefonía móvil celular al amparo de una concesión tipo B. Ello supondría, de hecho, una modificación unilateral de las condiciones contractuales y legales bajo

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

las cuales se licitó la Banda A de telefonía móvil celular y bajo las que tienen derecho a operar en el mercado panameño ambos operadores de celulares.

III. La posición del Ente Regulador de los Servicios Públicos.

El Ente Regulador afirma que la definición contenida en el artículo 4 de la Resolución N°JD-025 de 1996, sobre el Servicio de Sistemas Troncales Convencionales, cumple con las disposiciones legales vigentes en materia de telecomunicaciones.

Como ha sido definido el Servicio de Sistemas Troncales Convencionales, este no permite la participación en el mercado de nuevos operadores celulares. Por el contrario, la misma respeta las condiciones bajo las cuales se otorgaron tales concesiones celulares, al no permitir que los concesionarios de sistemas troncales puedan utilizar equipos de conmutación u otros equipos que permitan la continuidad de la comunicación entre usuarios y a la red a la que están conectados a través de repetidoras distintas.

Añade el Ente Regulador, que el artículo 16 de la Ley N°31 de 1996 indica que el derecho a utilizar una frecuencia o bandas de frecuencias, quedará afecto al servicio de telecomunicaciones para el cual se le conceda, añadiendo que los concesionarios de los servicios de telecomunicaciones no podrán utilizar las frecuencias asignadas para fines distintos de aquellos autorizados en las correspondientes concesiones; por tanto, los operadores de los sistemas troncales sólo pueden utilizar las frecuencias concedidas para la prestación de dicho servicio y le corresponde al Ente

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

Regulador controlar y fiscalizar que tales prestadores brinden el servicio de acuerdo a la definición establecida.

Lo anterior, significa que los concesionarios de los servicios troncales convencionales, a diferencia de los operadores móviles celulares, no podrán: reutilizar frecuencias; utilizar frecuencias asignadas para la prestación de servicios diferentes a los troncales convencionales (transmisión de datos, busca personas, servicios de valor agregado, correo de voz, llamadas en espera y similares); ni realizar "hand off".

Destaca el Ente Regulador que las restricciones antes citadas no se fundamentan únicamente en la definición de Servicio de Sistema Troncales Convencionales establecida en la Resolución atacada, sino en el hecho de que las normas legales mencionadas prohíben a los concesionarios de esos servicios utilizar las frecuencias que le han sido asignadas para prestar servicios de telefonía móvil celular y PCS (Sistema de Comunicaciones Personales), tal como han sido definidos en la tantas veces mencionada Resolución N°JD-025.

IV. Opinión de la Procuraduría de la Administración.

Constituye el acto advertido la definición de Servicio Troncal Convencional que da el artículo 4 de la Resolución N°JD-025 de 12 de diciembre de 1996.

La Resolución comentada señala que el Servicio Troncal Convencional es el Servicio Móvil que consiste en la comunicación de un radioteléfono y otro radioteléfono, o entre un radioteléfono y la Red Pública Conmutada. Este servicio utiliza las frecuencias definidas para los sistemas troncales de que trata el artículo 4 de la Ley 17 de 9 de

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

julio de 1991, así como cualquier otra frecuencia que se designe para este servicio en el Plan Nacional Técnico de Telecomunicaciones.

Agrega la norma que este servicio es para uso público cuando su acceso no esté restringido a un número limitado de usuarios y es para uso privado cuando su acceso esté restringido a un número limitado de usuarios que formen parte de una misma red troncal; y que los prestadores de este servicio no podrán utilizar equipos de conmutación u otros equipos que permitan la continuidad de la comunicación entre el usuario y la red a la que está conectado a través de repetidoras distintas ("hand-off").

A juicio de la demandante, la norma tachada deviene ilegal básicamente porque dicha definición permite que un operador del Servicio Troncal Convencional pueda utilizar cualquier sistema móvil, incluyendo sistemas de tipo celular como lo es el iDEN de la compañía Motorola, a condición de que el sistema no permita el "hand-off".

El Decreto Ejecutivo N°21 de 12 de enero de 1996, "Por el cual se dicta el Reglamento sobre la Operación del Servicio de Telefonía Móvil Celular", señala que ese Reglamento tiene por objeto establecer las reglas aplicables a la operación del Servicio de Telefonía Móvil Celular, los deberes y derechos tanto de los usuarios como de los concesionarios de los mismos; promover la máxima eficiencia en la prestación de los servicios de telecomunicaciones, así como la regulación de la interconexión de dichos servicios entre sí y de éstos con la Red Básica de Telecomunicaciones.

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

El artículo 2 del Decreto indica que los términos técnicos usados en él tendrán el significado que les atribuya la Unión Internacional de Telecomunicaciones (U.I.T.), mas sin embargo, para los efectos de ese Reglamento, se establecen una serie de definiciones cuyos significados tendrán preferencia sobre cualesquiera otras definiciones.

Así, el Decreto define Servicio de Telefonía Móvil Celular como el servicio final de telefonía pública que consiste en la transmisión o transporte de las emisiones de radio generadas y recibidas por los equipos terminales o radioteléfonos en poder de los clientes o usuarios del servicio, con el fin de que éstos puedan originar o recibir llamadas telefónicas o transmisiones equivalentes, utilizando para ello un Sistema de Telefonía Móvil Celular, en una banda de frecuencia atribuida para este servicio. El Servicio de Telefonía Móvil Celular comprende originar y recibir comunicaciones desde y hacia el radioteléfono, dirigidas provenientes de otros clientes del mismo sistema de telefonía móvil celular o de cualquier otro servicio de telecomunicaciones con el cual se interconecte, incluidos otros sistemas de Telefonía Móvil Celular y la Red Básica de Telecomunicaciones.

En cuanto al Sistema de Telefonía Móvil Celular, llama así al conjunto de infraestructura y equipos necesarios para prestar el servicio de Telefonía Móvil Celular, y que comprende las centrales de Telefonía Móvil Celular, las estaciones radiobases, los enlaces entre dichas centrales, los enlaces entre las centrales y las estaciones radiobases y los enlaces de interconexión con la red pública de

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

telecomunicaciones o cualquier otra red. Se incluyen cualesquiera otras instalaciones y equipos desarrollados al presente o que sean desarrollados en el futuro y que se relacionen con el servicio de Telefonía Móvil Celular.

Relacionadas con las otras definiciones establece que Zona de Servicio del Sistema es el área geográfica cubierta o servida por todas las radiobases o celdas de la red. También recibe el nombre de zona de operación o área de operación del sistema; que Central de Telefonía Móvil Celular es la unidad del sistema que controla en forma automática todas las radio bases bajo su supervisión. Adicionalmente, desarrolla todas las funciones de control, supervisión y administración de la red. Comprende los subsistemas de conmutación, radiación transmisión, localización y control, y operación y mantenimiento del sistema; que Estación Radiobase es el interfaz de radio y el enlace de comunicación entre los radioteléfonos y la central de Telefonía Móvil Celular. Se compone de los equipos transreceptores que conforman cada canal, las antenas, las unidades de energía, y todo el equipo asociado; y que Estación Radioeléctrica es uno o más transmisores o receptores, o combinaciones de ellos, incluyendo las instalaciones, accesorios y equipos asociados, necesarios para asegurar la radiocomunicación.

En cuanto al "Hand-off" lo define como el servicio de traspaso de llamadas en curso, o de conmutación automática, que hace el Sistema de Telefonía Móvil Celular entre celdas, para garantizar la continuidad de las comunicaciones.

En casi idéntica forma estos términos son explicados en la cláusula 4 del Contrato N°30-A de 30 de enero de 1996,

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración
 mediante el cual la República de Panamá concede a BSC DE PANAMA, S.A., el derecho a instalar, mantener, administrar, operar y explotar comercialmente, por cuenta y riesgo de BSC DE PANAMA, S.A., el servicio de Telefonía Móvil Celular en la Banda "A".

Por otro lado, la Resolución N°JD-025 de 12 de diciembre de 1996 señala que el Servicio de Comunicaciones Personales es:

"106 SERVICIO DE COMUNICACIONES PERSONALES

DEFINICION: Servicio móvil de telefonía pública que consiste en la transmisión o transporte de las emisiones de radio de baja potencia generadas y recibidas por los equipos terminales o radioteléfonos en poder de los clientes o usuarios del servicio con el fin de que éstos puedan originar o recibir llamadas telefónicas o transmisiones equivalentes, utilizando para ello un sistema basado en una red de radiobases conectadas a una central de control y conmutación, que mediante la reutilización de frecuencias o la tecnología de "frequency hopping" u otro medio **permitan en forma automática la continuidad de la comunicación entre el usuario y la central móvil de control a la que esté conectado ("hand-off") entre celdas) y de allí a la red pública de telecomunicaciones**, utilizando para ello cualquier banda de frecuencias asignadas por el Ente Regulador, excluyendo las frecuencias asignadas a la Banda A y la Banda B de telefonía móvil celular, definidas en el artículo 5 de la Ley 17 de 1991 y los servicios que utilicen satélites.

Este servicio de Comunicaciones Personales comprende el origen y el recibo de comunicaciones desde y hacia el radioteléfono, dirigidas o provenientes de otros clientes del mismo sistema de comunicación o de cualquier otro servicio de telecomunicaciones con el cual se interconecte, incluyendo otros Sistemas de Comunicación Personal, los Sistemas de Telefonía Móvil Celular y la Red Básica de Telecomunicaciones.

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

Los servicios de Comunicación Personal incluyen los sistemas conocidos como GSM, PCS, PCN y cualesquiera otros cuyas características coincidan con esta definición." (Las negritas son nuestras)

A juicio de este Despacho, y de acuerdo a las definiciones revisadas, el servicio de "hand-off", es decir el traspaso de llamadas en curso o de conmutación automática, que se hace entre celdas para garantizar la continuidad de las comunicaciones, constituye una característica distintiva y particular del Servicio de Telefonía Móvil Celular y el Servicio de Comunicaciones Personales.

En ese sentido, coincidimos con el Ente Regulador de los Servicios Públicos cuando sostiene que como ha sido definido el Servicio de Sistemas Troncales Convencionales, este no permite la participación en el mercado de nuevos operadores celulares, pues aún cuando los concesionarios de sistemas troncales de comunicación puedan utilizar una tecnología similar a los de los sistemas celulares, no se les permite utilizar equipos de conmutación u otros equipos que permitan la continuidad de la comunicación entre usuarios y a la red a la que están conectados a través de repetidoras distintas.

No obstante todas las tecnologías inalámbricas de telecomunicaciones existentes utilizan ondas radioeléctricas como medio de transmisión, disposiciones internacionales, adoptadas por el ordenamiento nacional, señalan las bandas del espectro radioeléctrico que corresponden a cada servicio de telecomunicaciones; así, en Panamá los concesionarios del Servicio de Telefonía Móvil Celular operan en una frecuencia o banda de frecuencia distinta a la utilizada por los concesionarios del Servicio Troncal Convencional.

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

Lo anterior es sumamente relevante al objeto de nuestro análisis, pues el artículo 16 de la Ley N°31 de 1996 claramente indica que el derecho a utilizar una frecuencia o bandas de frecuencias, siempre quedará afecto al servicio de telecomunicaciones para el cual se conceda y que, por tanto, los concesionarios de servicios de telecomunicaciones no podrán utilizar las frecuencias asignadas, para fines distintos de aquellos autorizados en las correspondientes concesiones.

Dicho de otra manera, los concesionarios del Servicio Troncal Convencional no deben, aunque la tecnología que utilicen les permita hacerlo, usar las frecuencias asignadas para prestar servicios distintos a los troncales convencionales, como la transmisión de datos, busca personas, servicios de valor agregado, correo de voz y, en especial, "hand-off".

Precisamente, el procedimiento administrativo de denuncia adelantado por BSC DE PANAMA, S.A., en contra de TRICOM DE PANAMA, S.A., y dentro del cual se interpone la presente advertencia de ilegalidad, se origina por el hecho de que TRICOM DE PANAMA, S.A., pretende utilizar tecnología iDEN -"Integrated Digital Enhanced Network" o Red Mejorada Digital Integrada-, para prestar Servicios de Sistema Troncal Convencional, tecnología anunciada por su compañía creadora, Motorola, como capaz de prestar servicios de Interconexión Telefónica (celular); Radio de Dos Vías Digital; Mensajes de Texto y Capacidad de Transmisión de Datos. (<http://www.motorola.com/pe/iden/productos.htm>)

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

No obstante, repetimos, a pesar que la tecnología utilizada por los concesionarios del Servicio Troncal Convencional pueda prestar otros servicios diferentes al autorizado, éstos no deben utilizar las frecuencias que le han sido asignadas para prestar servicios de telefonía móvil celular, servicios de comunicaciones personales (PCS), ni ningún otro fuera de su concesión.

Está claro que corresponderá al Ente Regulador de los Servicios Públicos, como lo establecen el artículo 3 de la Ley N°31 de 1996 y los artículos 1 y 3 de la Ley N°26 de 1996, el controlar y fiscalizar que los concesionarios de los Servicios de Telecomunicaciones Troncal Convencional presten sus servicios de acuerdo a los términos de su concesión y en caso contrario aplicar las sanciones correspondientes.

Por todo lo anterior, solicitamos a los Honorables Magistrados que componen la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, declaren QUE NO ES ILEGAL la definición de Servicio Troncal Convencional contenida en el artículo 4 de la Resolución N°JD-025 de 12 de diciembre de 1996.

Del Honorable Magistrado Presidente,

**Licda. Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración**

AMdeF/17/mcs

Licdo. Víctor L. Benavides P.
Secretario General

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

Materia:

TELECOMUNICACIONES

SERVICIO TRONCAL CONVENCIONAL

SERVICIO DE TELEFONIA MOVIL CELULAR