

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 109

Panamá, 2 de febrero de 2010

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

Concepto.

La firma forense Alemán, Cordero, Galindo & Lee, en representación de **Cable & Wireless Panamá, S.A.**, solicita que se declare nula, por ilegal, la resolución AN-331-Telco del 11 de abril de 2006, emitida por la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos**, el acto confirmatorio y para que se hagan otras declaraciones.

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

Acudo ante usted de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 5 de la ley 38 de 31 de julio de 2000, para intervenir en interés de la Ley en el proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción descrito en el margen superior, en el que se impugna una resolución emitida por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos mediante la cual se decidió una controversia entre particulares por razón de sus propios intereses.

I. Normas que se aducen infringidas y los conceptos de las supuestas infracciones.

La apoderada judicial de la parte actora manifiesta que con la emisión del acto administrativo demandado se ha infringido el numeral 2 del artículo 52 de la ley 38 de 31 de julio de 2000; los artículos 976 y 1109 del Código Civil; así

como el numeral 18 del artículo 197 y el artículo 199 del decreto ejecutivo 73 de 9 de abril de 1997. (Cfr. conceptos de infracción visibles en las fojas 87 a 92 del expediente judicial).

II. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Antes de proceder con el análisis de los cargos de infracción de las normas reglamentarias y legales que invoca la apoderada judicial de la parte demandante, este Despacho estima oportuno efectuar las siguientes anotaciones:

1. El numeral 5 del artículo 5 de la ley 31 de 8 de febrero de 1996 dispone que el Ente Regulador de los Servicios Públicos, ahora Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, tiene la facultad de fiscalizar el cumplimiento de las concesiones que se otorguen para la prestación de los servicios de telecomunicaciones;

2. Asimismo, se observa que el artículo 17 de la citada ley 31 de 1996 establece que el Estado, por conducto de la autoridad encargada de regular a los servicios públicos, fiscalizará y controlará las concesiones que se otorguen, con sujeción a las normas que existan en materia de telecomunicaciones y al contrato de concesión respectivo;

3. Por su parte, el numeral 6 del artículo 73 del mismo cuerpo normativo señala que es atribución de la citada autoridad propiciar que las interconexiones de las redes de telecomunicaciones se lleven a cabo en forma equitativa y con sujeción a lo establecido en el reglamento; y registrar los acuerdos de interconexión que se celebren entre las redes que conforman la Red Nacional de Telecomunicaciones.

Breves Antecedentes del caso:

1. La empresa Corporación Continental de Tecnología y Desarrollo, S.A., solicitó la intervención de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos a fin que se determinara la validez de los cobros de los enlaces de interconexión (E1), correspondientes a los meses de agosto, septiembre, octubre y noviembre de 2005, ya que según su criterio, Cable & Wireless Panamá, S.A., había procedido a facturar dichos meses a pesar que en este período se estaban efectuando las pruebas técnicas de interconexión y aún no se había cursado tráfico alguno; situación que, a su juicio, es contraria a lo establecido en el citado acuerdo. (Cfr. f. 1 del expediente judicial).

2. La autoridad reguladora corrió traslado de la petición a Cable & Wireless Panamá, quien señaló que los circuitos de enlace le habían sido instalados y aceptados por Corporación Continental de Tecnología y Desarrollo, S.A., por lo que, una vez brindado el servicio solicitado, estaban obligados a facturarle el mismo. (Cfr. f. 1 del expediente judicial).

3. Mediante la resolución AN-331-Telco de 11 de octubre de 2006, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos ordenó a Cable & Wireless Panamá, S.A., que sólo se cobrara a la empresa Corporación Continental de Tecnología y Desarrollo, S.A., el arrendamiento de los circuitos de enlace de interconexión (E1), a partir del 7 de diciembre de 2005, fecha en que se dio la activación formal de la ruta de interconexión y el intercambio de tráfico telefónico entre

las redes interconectadas. (Cfr. fs. 2 y 3 del expediente judicial).

Hechas estas consideraciones, procedemos a analizar los cargos de ilegalidad formuladas por la parte demandante, Cable & Wireless Panamá, S.A. respecto a la supuesta infracción de las disposiciones legales y reglamentarias invocadas en el libelo de la demanda:

A. En cuanto al cargo que corresponde a la supuesta infracción de los artículos 976 y 1109 del Código Civil; del numeral 18 del artículo 197 y el artículo 199 del decreto ejecutivo 73 de 1997, se puede advertir que si bien la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos debe velar dentro de su competencia por la correcta prestación de los servicios públicos, en este caso el de telecomunicaciones, teniendo a su cargo el control y la fiscalización de las concesiones para la prestación del mencionado servicio, no podemos dejar de anotar que en el negocio jurídico bajo análisis, no estamos ante una controversia suscitada por el incumplimiento de las obligaciones legales, regulatorias y contractuales relativas a la interconexión, sino que la misma nace de la disconformidad que tenía la empresa Corporación Continental de Tecnología y Desarrollo, S.A., respecto a la facturación de los cobros del arrendamiento de los circuitos de enlace de interconexión (E1), contenido en el anexo C del acuerdo de interconexión que ésta suscribió con a la empresa Cable & Wireless Panamá, S.A.

En ese orden de ideas, la Procuraduría de la Administración considera necesario precisar que lo procedente

era atender a lo pactado por las partes contratantes respecto a la solución de las posibles controversias que pudieran suscitarse en torno a la interpretación, aplicación, ejecución y terminación de dicho acuerdo, puesto que conforme a lo que disponen las distintas normas que regula ésta materia de nuestro ordenamiento jurídico, tal contrato tiene fuerza de ley entre las partes.

En este sentido, debe tomarse en cuenta que el acápite 23.2 de la cláusula 23 del citado acuerdo de interconexión, dispone que los tribunales jurisdiccionales ordinarios de la República de Panamá tendrán competencia para conocer todo tipo de controversias relacionadas con el mismo, así como lo relativo a su interpretación, aplicación, ejecución y terminación, sin perjuicio de la competencia que la Ley le asigna a la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos para conocer de determinados asuntos.

En atención a la cláusula contractual citada, resulta evidente que la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos no gozaba de facultad alguna para ordenar a la concesionaria Cable & Wireless Panamá, S.A., que facturara el arrendamiento de los circuitos de enlaces de interconexión de conformidad con lo establecido en el anexo C del mandato de interconexión fijado mediante la resolución JD-4668 de 11 de mayo de 2004.

En razón de lo anterior esa institución tampoco podía advertirle a Corporación Continental de Tecnología y Desarrollo, S.A., que debía pagar únicamente los montos correspondientes a las facturas emitidas a partir del 7 de diciembre de 2005, fecha en la que se dio la activación

formal de la ruta de interconexión y el inicio de intercambio de tráfico telefónico entre las redes interconectadas.

Al pronunciarse en torno a un caso similar al que ocupa nuestra atención, la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo se pronunció en sentencia de 3 de diciembre de 2008, de la siguiente manera:

"Esta Sala reconoce la indiscutible potestad sancionadora que ostenta la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, ya que le corresponde por mandato de la ley, la función estatal reguladora del servicio público para velar por la correcta prestación de los mismos.

Sin embargo, es de resaltar que dicha facultad sancionadora no es absoluta, y tampoco existe exclusividad por parte de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (ASEP), en cuanto a su facultad de deslindar o resolver todos los conflictos que surjan entre empresas prestadoras de servicios públicos, menos aún si dichos concesionarios habían pactado un contrato con fuerza de ley, estableciendo que el foro en que debían dirimirse las controversias entre ellos, emanadas o con ocasión del contrato, era el Órgano Judicial de Panamá, y no la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos.

Este punto fue deslindado de manera definitiva por esta Superioridad en sentencia de 30 de abril de 2008, cuando confrontada ante una situación similar a la que nos ocupa, externó los siguientes razonamientos:

'Ahora bien, como nos hemos podido percatar no estamos en la presente situación ante una reclamación por la insuficiencia en la prestación del servicio público de telecomunicaciones, en cuyo caso el rol de controlar, fiscalizar y sancionar, le corresponde en definitiva a la

Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, (antes Ente Regulador de los Servicios Públicos). Muy por el contrario, nos encontramos ante un conflicto suscitado entre dos concesionarios del servicio público de telecomunicaciones, quien previamente habían pactado en el acuerdo de interconexión que ante todo tipo de controversia presentada relacionada con el mismo sería competente para conocer de ella, los tribunales jurisdiccionales ordinarios.

Diferente sería la situación si estuviéramos, como lo hemos manifestado anteriormente, ante la prestación no efectiva de un servicio público, en el caso que nos ocupa el de comunicaciones, situación que le correspondería dirimir a la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos por mandato de ley.

...

Bajo ese orden de ideas podemos colegir que si bien es cierto es competencia de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos la regulación de la prestación de los servicios públicos, no podemos negar la capacidad que tienen los concesionarios que se encuentran en una relación privada acudir ante la jurisdicción ordinaria, puesto que negar esta potestad, sería negar el acceso a la jurisdicción y a la tutela judicial efectiva.

Es por los razonamientos arriba planteados por los cuales considera esta Sala que la Resolución No. JD-6028 de 20 de abril de 2006, emitida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos (ahora Autoridad Nacional de los Servicios Públicos), modificada por la resolución AN No. 123-Telco de 3 DE JULIO de 2006 de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, ha infringido las normas invocadas

como violadas por la parte
demandante.'
..."

En el marco de lo antes expuesto, esta Procuraduría considera que la decisión adoptada por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos mediante la resolución AN-331-Telco de 11 de octubre de 2006, viola el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, que ciertamente prevalece en el presente negocio jurídico; ya que, según se ha expresado, ambos concesionarios de común acuerdo convinieron recurrir a la jurisdicción ordinaria para efectos de resolver las controversias derivadas del mencionado contrato de interconexión, entre los que se encuentra la interpretación de lo establecido en su anexo C, relativo a las características, las especificaciones y los procesos técnicos de la interconexión.

Sobre este aspecto, la jurisprudencia de ese Tribunal ha sido constante en señalar que las partes pueden pactar libremente condiciones que estimen convenientes, como se indica en la parte medular de la sentencia de 30 de abril de 2008, que nos permitimos citar a continuación:

"...
En nuestro derecho positivo se reconoce el derecho a pactar con fuerza de ley interpartes situaciones específicas dentro de un acuerdo, derecho reconocido en el artículo 976 del Código Civil, el cual es señalado como violado por parte del demandante. Dicho artículo indica que, las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos.

Lo anterior fundamenta la autonomía de la voluntad de las partes para contratar todo aquello que no sea contrario a la ley, a la moral o al orden público (1106 del Código Civil) y que una vez se ha perfeccionado el contrato, el mismo se transforma en ley entre las partes (976 del Código Civil). Con relación a la imposibilidad moral, el autor Ricardo Uribe-Holguín señala lo siguiente:

...
Al respecto de la autonomía de la voluntad de las partes, en fallo de 7 de mayo de 1996, se señaló lo siguiente:

'... considera que las partes de la relación contractual se encuentran por completo autorizadas a pactar libremente lo que estimen conveniente, en seguimiento de lo consagrado por el artículo 1106 del Código Civil que permite, en materia de la autonomía de la voluntad, el establecimiento en el contrato de las cláusulas y condiciones lícitas que se consideren oportunas.' (Registro Judicial de mayo de 1996, pág. 184).

..."

B. En cuanto al cargo de violación del numeral 2 del artículo 52 de la ley 38 de 31 de julio de 2000, esta Procuraduría estima que no es aplicable al caso que nos ocupa, puesto que dicha ley dispone en su artículo 37 que la misma se emplea en todos los procesos administrativos que se surtan en cualquier dependencia estatal, sea de la administración central, descentralizada o local, incluyendo las empresas estatales, salvo que exista una norma o ley especial que regule un procedimiento para casos o materias específicas; condición que claramente se presenta en el caso del servicio público de telecomunicaciones, que constituye

una materia regulada por disposiciones especiales contenidas en la ley 31 de 8 de febrero de 1996 y en el decreto ejecutivo 73 de 9 de abril de 1997, de lo que resulta la inaplicabilidad de las normas de la ley 38 de 2000 en el presente proceso.

Por lo expuesto, esta Procuraduría solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que ES ILEGAL la resolución AN-331-Telco de 11 de octubre de 2006, emitida por el administrador general de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos y, en consecuencia, se acceda a las pretensiones de la demandante.

III. Pruebas: Con el objeto que sea solicitado por ese Tribunal e incorporado al presente proceso, se aduce como prueba documental de la Procuraduría de la Administración la copia debidamente autenticada del acuerdo de interconexión suscrito el 23 de agosto de 2004, entre las empresas Cable & Wireless Panamá, S.A., y Corporación Continental de Tecnología y Desarrollo, S.A., el cual reposa en los archivos de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos.

IV. Derecho: Se acepta el invocado por la parte demandante.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Nelson Rojas Avila
Secretario General