



**Proceso Contencioso
Administrativo de
Nulidad.**

**Alegato de conclusión
de la Procuraduría
de la Administración.**

La firma forense Alemán, Cordero, Galindo & Lee, en representación de **CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A.**, para que se declaren nulos, por ilegales, los numerales 3 y 4 del acápite A y el acápite C de la resolución JD-4971 del 30 de septiembre de 2004, dictada por el **Ente Regulador de los Servicios Públicos**.

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

Acudimos ante usted de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 de la ley 135 de 1943, modificado por la ley 33 de 1946, con la finalidad de presentar el alegato de conclusión de la Procuraduría de la Administración dentro del proceso contencioso administrativo que se describe en el margen superior.

La génesis de este proceso se remonta a la apertura del mercado para la prestación de los servicios básicos de telecomunicaciones, a partir del 2 de enero de 2003, lo que motivó la finalización del monopolio que hasta ese momento ostentaba la empresa CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., y supuso el ingreso de nuevos operadores (empresas competidoras) al mercado, con la intención de brindar los servicios 101 (servicio de telecomunicación básica local), 102 (servicio de telecomunicación básica nacional o de larga distancia nacional), 103 (servicio de telecomunicación básica internacional o larga distancia internacional) y 104 (servicio de terminales públicos y semipúblicos o de teléfonos públicos).

Sin embargo, la entrada al mercado de esos nuevos operadores se vio empañada por una serie de conductas adoptadas por la empresa CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., que generaron innumerables quejas por lo que se denominó un abuso de la posición dominante. (Cfr. foja 61 del expediente judicial). Esta situación motivó la convocatoria a una audiencia pública con todos los interesados y la posterior emisión de la resolución JD-4971 de 30 de septiembre de 2004, mediante la cual, después de un año de la apertura de los servicios básicos de telecomunicaciones, se expiden directrices con el propósito de agilizar la labor de fiscalización y control de dichos servicios, y preservar un régimen de libre y leal competencia entre los prestadores de los servicios básicos de telecomunicaciones.

Al respecto, este Despacho observa que el artículo 190 del decreto ejecutivo 73 de 1997 le impone a los concesionarios de las redes de uso público, como es el caso de CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., la obligación de suministrar a otros concesionarios el acceso eficiente a su red, bajo condiciones equitativas, razonables y no discriminatorias.

En igual sentido, el numeral 2 del artículo 42 de la ley 31 de 1996 señala que el concesionario de telecomunicaciones tendrá la obligación de permitir y mantener de manera equitativa la interconexión de otros concesionarios a sus redes; y el artículo 71 de esa misma ley dispone que 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.

En concordancia con lo anterior, el numeral 6 del artículo 5 de dicha excerpta legal establece que la entidad reguladora tiene el deber de fiscalizar el cumplimiento de las concesiones que se otorguen para la prestación de los

servicios de telecomunicaciones, por lo que en este caso, debía velar porque la empresa CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., brindara el servicio de telecomunicación conforme a los principios de tratamiento igualitario.

Lo anterior motivó que el antiguo Ente Regulador de los Servicios Públicos procedió a emitir la resolución JD-4971 de 2004, que en el numeral 3 de su acápite A (acusado de ilegal) dispone que “los concesionarios deberán ofrecerse entre ellos un trato igualitario, no discriminatorio y equitativo” y que éstos tienen el deber de “negociar sus acuerdos de interconexión al amparo del principio de buena fe”. (Cfr. foja 12 del expediente judicial).

A juicio de la Procuraduría de la Administración, la directriz indicada tiene su fundamento jurídico en el numeral 4 del artículo 44 del decreto ejecutivo 73 de 1997 que claramente establece que la entidad reguladora podrá dictar normas técnicas y de gestión tendientes a la solución de controversias entre concesionarios.

Dentro de este análisis resulta conveniente anotar que la resolución acusada también señala en el apartado 3.1 del numeral 3 del acápite A relativo a la normativa de interconexión, que en el supuesto en que un concesionario niegue una solicitud de equiparación o una solicitud de equidad o de trato igualitario, el solicitante podrá requerir la intervención del Ente Regulador.

En este mismo contexto, el apartado 3.2 del citado numeral establece un plazo de 60 días para que la entidad reguladora ordene la equiparación entre ambas empresas.

Por su lado, el apartado 3.3 del mencionado numeral indica que el Ente Regulador entenderá como indicio en contra del principio de buena fe (contenido en el Reglamento de Telecomunicaciones), la dilación injustificada en las negociaciones de interconexión que realice alguna de las partes, lo que conllevará la imposición de las sanciones correspondientes.

Las anteriores directrices tienen su fundamento en el numeral 14 del artículo 19 de la ley 26 de 1996 que confiere a esa entidad la facultad de arbitrar conflictos entre las empresas prestadoras de los servicios públicos, sin perjuicio de aquellas disposiciones que la facultan para imponer sanciones.

El numeral 4 del acápite A de la resolución JD-4971 de 2004 (acusado de ilegal), se refiere al deber de los concesionarios que presten más de un servicio de telecomunicaciones de presentar a la entidad reguladora sus acuerdos de interconexión interempresas, en un plazo de 45 días, con el objeto de evitar un trato discriminatorio y no igualitario con otros concesionarios.

La Procuraduría de la Administración observa que la directriz emitida por la entidad reguladora, se fundamenta en el artículo 188 del decreto ejecutivo 73 de 1997, según el cual esa entidad propiciará que las interconexiones de las redes de telecomunicaciones se lleven a cabo de forma equitativa y, a solicitud de parte, dictará los mandatos de interconexión, los que podrán incluir tarifas, cargos, así como otros términos y condiciones de interconexión.

Igualmente, la resolución JD-4971 de 2004 contiene en su acápite C una directriz dirigida a lograr que los concesionarios procedan de manera inmediata a activar desde los terminales públicos y semipúblicos de su propiedad el acceso a los números de marcación abreviada (1XX), para ser utilizado en el servicio de sistemas de acceso a las tarjetas de débito y crédito (tarjetas prepagadas) y para ello fija los correspondientes cargos por minuto.

Tal directriz, encuentra sustento en el numeral 1 del artículo 254 del decreto ejecutivo 73 del 9 de abril de 1997 y en el acápite 20.1 del numeral 20 de las “Normas para la Prestación del Servicio de Telecomunicación Básico Local (101)” del anexo A de la resolución JD-2802 del 11 de junio de 2001 que establecen que los concesionarios del Servicio de Telecomunicación Básico Local (entre ellos

CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A.) deben dar acceso gratuito a llamadas de urgencia con número abreviado que permitan al público acceder a los organismos de seguridad y emergencia, tales como la policía y los bomberos. También se fundamenta en el literal “h” de la resolución JD-3518 del 25 de septiembre de 2002 que añade a dichos números de marcación abreviada el servicio de sistemas de acceso a las tarjetas de débito y crédito.

También halla sustento en el artículo 214 del decreto ejecutivo 73 de 1997, según el cual en la medida de lo posible, todos los costos directos asociados con la interconexión deben estar reflejados en los cargos por esos servicios.

En la demanda interpuesta, la parte actora también pretende probar que la metodología utilizada por la entidad reguladora no fue la apropiada para establecer los cargos por minuto que se deben pagar para conducir el tráfico de llamadas realizadas desde terminales o teléfonos públicos y semipúblicos hacia las plataformas de prepago de los nuevos operadores, porque considera que dicha metodología afectó negativamente los intereses de la empresa CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A.

Para respaldar su criterio, propuso una prueba pericial dirigida a demostrar que la mencionada metodología empleada por el antiguo Ente Regulador de los Servicios Públicos no se ajustó a lo dispuesto en las normas legales y reglamentarias que rigen el sector de telecomunicaciones, así como las normas contables aplicables al tema.

Al respecto, los peritos Alberto Pareja Cáceres y Fidel Augusto Navarro indicaron que la metodología utilizada por la entidad reguladora para el análisis y fijación de dichos cargos se efectuó tomando en consideración los siguientes elementos:

1. Revisión de las normas existentes sobre la apertura de mercado y fijación de políticas para la determinación de cargos de acceso a la red pública conmutada.

Confróntese el informe pericial presentado por los peritos Alberto Pareja Cáceres y Fidel Augusto Navarro en la foja 290 y la primera respuesta visible a foja 335 ambas del expediente judicial.

2. Número de terminales públicos y semipúblicos instalados según características y distribución por provincia.

Este elemento, a juicio de los mencionados peritos, fue analizado y tomado en consideración por el antiguo Ente Regulador de los Servicios Públicos con la finalidad de establecer el volumen de tráfico posible de ser cursado a través de una tarjeta prepagada para con ello poder establecer el cargo por minuto por acceso al Centro de Gestión, a fin de garantizar la recuperación de la inversión adicional que CWP tenía que hacer para la incorporación de la modalidad del servicio de tarjetas prepagadas para llamadas de larga distancia nacional e internacional a través de los otros operadores.

Este proceso de análisis consistió en conocer cuál era el tráfico promedio de llamadas generadas por aparato y con ello determinar el total de tráfico posible que sería generado a través de las tarjetas prepagadas. Para ello, se determinó el número de teléfonos públicos que estaban operando tanto en las áreas rurales como en las urbanas, para atender el tráfico de llamadas telefónicas local, de larga distancia nacional e internacional y celular.

Como resultado del estudio anterior, la entidad reguladora decidió, para los efectos del cálculo, considerar únicamente los teléfonos públicos instalados en el sector urbano de Panamá y Colón, porque brindan la mayor accesibilidad para prestar el servicio de tarjetas prepagadas de los operadores entrantes, lo que beneficia a CABLE & WIRELESS PANAMÁ, S.A., porque en adición al tráfico que

ya poseía la empresa, se le estaba abriendo la posibilidad de incrementar el tráfico de llamadas a través de la prestación del servicio bajo la modalidad de tarjetas prepagadas para el servicio de larga distancia nacional e internacional brindado por los operadores entrantes (empresas competidoras). (Cfr. última respuesta de los peritos Alberto Pareja Cáceres y Fidel Augusto Navarro visible en la foja 325 del expediente judicial).

3. Inversión realizada y costos relacionados y,

4. Determinación de costos pertinentes para establecer el cargo correspondiente al uso de terminales públicos y semipúblicos para cursar llamadas a través de una plataforma de prepago.

Con relación a estos dos tópicos, el informe pericial suscrito por los mencionados peritos señala que la entidad reguladora también tomó en consideración el hecho que CABLE & WIRELESS PANAMÁ, S.A., tenía que hacer una inversión adicional para la creación de un Centro de Gestión, el cual tendría como finalidad identificar cuáles eran las llamadas que provenían de operadores diferentes a dicha empresa, a fin de conducir esas llamadas hacia los centros o plataformas de prepago de cada operador entrante para completar la llamada. Esta situación indujo a estimar esa inversión adicional por un valor de hasta B/.500,000.00, porque a esa fecha CABLE & WIRELESS PANAMÁ, S.A., no había facilitado la información del costo real del Centro de Gestión; sin embargo, se sabía que bajo ningún concepto podía rebasar el medio millón de balboas.

Además, se consideró el costo que CABLE & WIRELESS PANAMÁ, S.A., debía incurrir en concepto de operación y mantenimiento de dicho Centro, el cual se estimó en un 15% (B/.15,000.00 por año) del costo de inversión del Centro de Gestión. Adicionalmente, sobre el monto de la mencionada inversión se incorporó un costo relacionado, en concepto de la contribución por parte de los operadores entrantes. Para establecer esa contribución, se tomó el valor del costo de

inversión de los teléfonos públicos por valor de B/.25,223,165.22 a mayo de 2003 (según los datos que fueron proporcionados por CABLE & WIRELESS PANAMÁ, S.A.), y se le aplicó un 8.77% como el impacto causado por los nuevos operadores. Esa proporción se obtuvo del tráfico que de febrero a diciembre de 2003 habían generado los nuevos operadores en concepto de llamadas de larga distancia nacional e internacional. (Cfr. párrafo final de la foja 322 y la penúltima respuesta consultable a foja 341 del expediente judicial).

Con relación a la mencionada proporción, no se consideró el tráfico de llamadas locales ni las llamadas del servicio móvil celular, porque los nuevos operadores a esa fecha aún no se encontraban en condiciones de generar ese tipo de llamadas. Por otro lado, de ser incorporado esos tráficos, se hubiera afectado sensiblemente a CWP porque la incorporación del tráfico local y celular hubiera reducido el 8.77% obtenido para determinar la contribución de los operadores entrantes. (Cfr. la penúltima respuesta de los peritos Alberto Pareja Cáceres y Fidel Augusto Navarro visible en la foja 341 y en el primer párrafo de la foja 347 del expediente judicial).

Bajo este concepto, se le hizo un reconocimiento a las inversiones realizadas en el pasado por CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., por las instalaciones de teléfonos públicos a nivel nacional que están siendo utilizados por los clientes de los nuevos operadores a través de sus tarjetas prepagadas para cursar llamadas de larga distancia nacional e internacional.

El informe pericial reveló que también se le reconoció a CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., el costo de capital antes del pago del impuesto a una tasa de 20.57% que consiste en el costo por oportunidad, el costo de riesgo país y el costo de riesgo del sector de las telecomunicaciones, que ya había sido establecida por esa empresa al año 2003. Dicho reconocimiento se hizo con la

finalidad que CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., recuperara el monto equivalente a su inversión.

Al respecto, los peritos Alberto Pareja Cáceres y Fidel Augusto Navarro señalaron que los costos pertinentes para la creación del Centro de Gestión (como elemento adicional de la red), el gasto de depreciación correspondiente anual en un horizonte de tiempo de 6 años, el costo correspondiente a la operación y al mantenimiento de dicho Centro, y la contribución sobre la inversión de los teléfonos públicos como una compensación a la empresa CABLE & WIRELESS PANAMÁ, S.A., es de justicia, porque los nuevos operadores de alguna forma debían contribuir a la inversión realizada por dicha empresa en los teléfonos públicos, habida cuenta que los clientes iban a utilizar las tarjetas prepagadas de los nuevos operadores para hacer llamadas por medio de dichos aparatos. (Cfr. penúltima respuesta de la foja 325 del expediente judicial).

5. Tráfico de minutos y llamadas telefónicas cursadas según modalidad a través de terminales públicos y semipúblicos.

Con relación a este elemento, los peritos en referencia señalaron que para calcular la recuperación de la inversión adicional de CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., relativas al Centro de Gestión, se relacionó el monto de esta inversión con el volumen de tráfico anual estimado. Para tal fin, se tomó la recuperación de la inversión adicional realizada por dicha empresa y se estimó su recuperación en un período de 6 años y el tráfico anual que sería generado a través de los teléfonos públicos instalados en las áreas urbanas de las ciudades de Panamá y Colón. A su vez, para la estimación del tráfico se consideró el tráfico promedio por teléfono público que se multiplicó por el total de teléfonos públicos instalados en las áreas urbanas de Panamá y Colón lo que arrojó un promedio anual de 83.2 millones de minutos. Dividiendo el costo total de la inversión adicional a ser recuperado por CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., cuya

recuperación se estimó debía darse en 6 años, nos da un equivalente de B/.584,212.00 por año, se dividió entre los 83.2 millones de minutos, lo que nos da como resultado un cargo por minuto de 0.0070 por minuto.

De la operación anterior, se colige que el cargo a ser cobrado y aplicado a los nuevos operadores por llamada dentro de la zona local es de 0.0184 (como lo establece el acápite C de la resolución JD-4971 de 30 de septiembre de 2004), ya que el cargo por originar la llamada es de 0.0114 que ya estaba preestablecido por la entidad reguladora sobre la base del estudio de modelos de costos realizado para tales propósitos.

Por otro lado, se estableció que el tráfico de llamadas fuera de las zonas de tasación local es de B/.0.0810 porque el mismo surge de sumar los B/.0.0114 en concepto de cargo por originar la llamada, más el B/.0.007 en concepto de costo de inversión adicional en el Centro de Gestión, más B/.0.0626 en concepto de costo adicional de transporte para acceder a la red pública conmutada desde áreas fuera de la zona de tarifa.

Como consecuencia de lo anterior, la recuperación de la inversión adicional de CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., relativa al Centro de Gestión y su relación con el volumen del tráfico anual estimado beneficia a la mencionada empresa, ya que representa una nueva oportunidad de negocios y porque sobre la inversión realizada con costos hundidos se le permite obtener ingresos adicionales mejorando su eficiencia productiva, toda vez que le permite hacer uso de la capacidad instalada en función de los teléfonos públicos; por consiguiente, a CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., se le establece la oportunidad de que a través de dichos aparatos se genere un mayor volumen de ingresos en concepto del uso de tarjetas prepagadas provenientes de otros operadores para realizar llamadas de larga distancia nacional e internacional, lo que representa beneficios adicionales para la empresa.

Es importante destacar que en los cálculos efectuados por la entidad reguladora y corroborado por los peritos Alberto Pareja Cáceres y Fidel Augusto Navarro, no se estableció una doble depreciación, porque no existe ningún asiento contable que señale tal hecho o dictamen de carácter fiscal al respecto en el que conste esa circunstancia. Lo que hizo el antiguo Ente Regulador fue calcular una amortización anual por los activos, en este caso la infraestructura de los teléfonos públicos a la que denominó contribución anual por los activos de CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., utilizado, lo que constituye un acto de justicia para la mencionada empresa ya que el análisis correspondía única y exclusivamente a compensarla por la creación del Centro de Gestión y los costos inherentes a la implementación de dicho Centro de la plataforma de prepago para teléfonos públicos y semipúblicos. (Cfr. párrafo final de la foja 339 del expediente judicial).

Contrario a lo argumentado por el apoderado judicial de la empresa demandante, este Despacho es del criterio que de los elementos antes referidos y contenidos en el informe pericial suscrito por los peritos Alberto Pareja Cáceres y Fidel Augusto Navarro, ha quedado establecido que el antiguo Ente Regulador de los Servicios Públicos aplicó de manera adecuada la metodología para establecer los cargos por minuto que se deben pagar para conducir el tráfico de llamadas realizadas desde terminales o teléfonos públicos y semipúblicos hacia las plataformas de prepago de los nuevos operadores. Este informe también pone en evidencia que dicha metodología no afectó negativamente los intereses de la empresa CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., sino que, por el contrario la benefició.

Por lo expuesto, esta Procuraduría solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que NO SON ILEGALES los numerales 3 y 4 del acápite A y el acápite C de la resolución JD-4971 del 30 de

septiembre de 2004, dictada por el antiguo Ente Regulador de los Servicios Públicos.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Nelson Rojas Avila
Secretario General

OC/5/mcs