

26 de marzo de 2004

**Proceso Contencioso  
Administrativo de  
Nulidad.**

**Concepto.**

El Licdo. **Juan Tejada**, en su propio nombre y representación, para que se declare nula, por ilegal, la Resolución N°JD-3794 del 27 de febrero de 2003, dictada por el **Ente Regulador de los Servicios Públicos**.

**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 sobre la Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad que se enuncia en el margen superior del presente escrito.

En estos procesos actuamos en interés de la Ley, en virtud de lo dispuesto en el numeral 3, del artículo 5 del Libro I 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 demandante, en ejercicio de la acción popular, pide a su Digno Tribunal que se declare nula, por ilegal, la Resolución N°JD-3794 del 27 de febrero de 2003, dictada por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, mediante la cual se clasifica como información de acceso restringido los estados financieros que las empresas prestadoras de los servicios públicos de telecomunicaciones entregan al ente regulador en su labor de regulación de la actividad económica del sector telecomunicaciones.

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

a. El artículo 2 de la Ley N°6 de 2002, que es del siguiente tenor literal:

**"Artículo 2:** Toda persona tiene derecho a solicitar, sin necesidad de sustentar justificación o motivación alguna, la información de acceso público en poder o en conocimiento de las instituciones indicadas en la presente Ley...".

El demandante alega la norma transcrita ha sido violada directamente por omisión, pues a través de la Resolución demandada se transgrede la esencia del ejercicio del derecho al acceso a la información de carácter público, que descansa en la libertad de los ciudadanos de conocer aquellos datos considerados públicos que tienen las instituciones y que al publicarse no lesionen el ejercicio del derecho a la intimidad o sean expresamente exceptuados por Ley, con miras a satisfacer un interés superior.

Resalta que la información recabada por el Ente Regulador de los Servicios Públicos (en adelante ERSP) en representación ciudadana, se solicita a las empresas en desarrollo de su función de fiscalizador y controlador de la prestación de los servicios públicos que éstas prestan, con mira, entre otras cosas, a garantizar un régimen tarifario proporcional para los sectores de bajos ingresos, de acuerdo con los preceptos de bienestar social e interés público que destaca nuestra Constitución Nacional.

En consecuencia, dice, todos y todas tenemos derecho a fiscalizar la labor que ejerce el ERSP, con el propósito de verificar el fiel cumplimiento de sus funciones. Es allí donde nace el derecho a acceder a toda información en manos

de dicho organismo, salvo aquellos supuestos que la ley expresamente restrinja, restricción que debe efectuarse por caso de forma específica y no genéricamente como se efectúa en la Resolución demandada.

b. El artículo 14 de la Ley N°6 de 22 de enero de 2002

**“Artículo 14:** La información definida por esta Ley como de acceso restringido no se podrá divulgar, por un periodo de diez años, contado a partir de su clasificación como tal, salvo que antes del cumplimiento del periodo de restricción dejen de existir las razones que justificaban su acceso restringido.

Se considerará de acceso restringido, cuando así sea declarado por el funcionario competente, de acuerdo con la presente Ley:

1. La información relativa a la seguridad nacional, manejada por los estamentos de seguridad.

2. Los secretos comerciales o la información comercial de carácter confidencial, obtenidos por el Estado, producto de la regulación de actividades económicas.

...

En caso de que exista un documento que contenga en forma parcial información cuyo acceso se encuentre restringido en los términos de este artículo, deberá proporcionarse el resto de la información que no esté exceptuada.”

Se alega infringida la disposición invocada de manera directa por comisión, ya que al clasificar como de acceso restringido una información sin que su naturaleza tenga tal característica, se altera la intencionalidad del derecho de libre acceso a la información de los ciudadanos.

Señala que el ERSP entiende, interpreta y clasifica a los estados financieros de las empresas de telecomunicaciones como secreto comercial o información comercial confidencial obtenida por el Estado producto de la regulación de

actividades económicas y se aleja así del Principio de Tipicidad en virtud del cual sólo puede darse tal carácter a lo que la ley define como tal, y que la información específica de que se trate encuadre en alguno de los supuestos legales considerados como de acceso restringido.

A su juicio, los Estados Financieros de las empresas prestadoras de los servicios públicos no pueden considerarse de acceso restringido, por dos razones fundamentales: la primera, en virtud de la esencia del producto, es decir se trata de un servicio público que si bien ha sido traspasado a la empresa privada por una concesión, ello no desnaturaliza su esencia pública y de acceso generalizado.

La segunda, porque los Estados Financieros de las empresas que prestan un servicio público no representan secretos comerciales, ni información comercial que deba ser de acceso restringido bajo la concepción de libertad de empresa y la libre competencia, ya que tendría que sustentarse la existencia de una desventaja comparativa por parte de las empresas que brindan el servicio de telecomunicaciones, lo que en este caso no se produce y se sostiene en la Resolución atacada.

Prueba que la publicación de los Estados Financieros no representan ni deben considerarse como una desventaja económica respecto a los terceros, es que existen sectores en nuestra legislación que establecen la obligatoriedad o el deber de publicar los Estados Financieros de empresas que desarrollan determinadas actividades económicas.

Para sustentar su afirmación cita la legislación que rige la actividad de seguros (art. 38 de la Ley N°59 de 29 de

julio de 1996) y la banca (art.56 de la Ley N°9 de 26 de febrero de 1998).

Para finalizar, señala que el ejercicio de las actividades económicas desarrolladas por las entidades bancarias y de seguros descansa en la credibilidad y solidez de las mismas y que en virtud de ello se ha dispuesto la publicación de sus Estados Financieros a fin de permitir la fiscalización de la administración de los recursos que para su manejo y custodia depositan los clientes que forman parte del público en general. Pregunta entonces ¿No será similar la situación de los estados financieros de las empresas de telecomunicaciones y demás que presten servicios públicos?

c. El artículo 16 de la Ley N°6 de 22 de enero de 2002.

**"Artículo 16:** Las instituciones del Estado que nieguen el otorgamiento de una información por considerarla de carácter confidencial o de acceso restringido, deberán hacerlo a través de resolución motivada, estableciendo las razones en que fundamentan la negación y que se sustenten en esta Ley."

Se indica que viola el precepto citado de forma directa por omisión, dado que el ERSP no puede calificar como de acceso restringido sobre la base de cualquier motivación, sino ateniéndose expresamente a lo que señala la Ley de Transparencia y ha quedado evidenciado que en la misma no se incluyen los estados financieros dentro del tipo de información que puede ser clasificada como tal al no ser considerada la misma como secreto comercial ni información comercial que deba impedirse su acceso a ninguna persona.

### **III. Opinión de la Procuraduría de la Administración.**

Este Despacho considera que el acto impugnado es violatorio del artículo 14 de la Ley N°6 de 22 de enero de

2002, pues a través del mismo, se da de forma indeterminada y general la categoría jurídica de acceso restringido a todos los Estados Financieros, los ya entregados y que en el futuro se entreguen al Ente Regulador, de las empresas prestadoras de servicios públicos de telecomunicaciones.

Según lo indica el artículo 9 de la Ley N°26 de 29 de enero de 1996, por la cual se crea el Ente Regulador de los Servicios Públicos, las empresas prestadoras de servicios públicos están obligadas a entregar al Ente Regulador la información técnica, comercial, estadística, financiera, contable y económica, que éste les solicite.

En ese mismo sentido, el artículo 10 de la precitada Ley indica que el Ente Regulador solicitará a las empresas prestadoras de servicios públicos la información que requiera para desempeñar sus funciones, y está obligado a respetar la confidencialidad de la información suministrada. El funcionario del Ente Regulador que, sin la debida autorización, divulgue información confidencial suministrada por las empresas prestadoras de servicios públicos, será destituido, sin perjuicio de las responsabilidades penales o civiles que le correspondan.

En desarrollo de la Ley N°31 de 8 de febrero de 1997, por la cual se dictan normas para la regulación de las telecomunicaciones en la República Panamá, se expide el Decreto Ejecutivo N°73 de 9 de abril de 1997, el cual en sus artículos 88 y 89 señala lo siguiente:

**Artículo 88:** El Ente Regulador podrá solicitar en cualquier momento al concesionario la información adicional que razonablemente estime necesaria o conveniente para el cabal ejercicio de sus funciones de inspección y fiscalización. El concesionario podrá indicarle al Ente Regulador la

información que deberá considerarse como confidencial, la cual el Ente Regulador guardará en estricta reserva, salvo en los casos en que de acuerdo con la ley deba revelarla.”

- o - o -

**“Artículo 89:** El funcionario del Ente Regulador que, sin la debida autorización, divulgue información confidencial suministrada por un concesionario, será destituido, sin perjuicio de las responsabilidades penales o civiles que le correspondan.”

Como se observa, es el Reglamento de la Ley el que establece que es el concesionario de los servicios públicos el que determina cual información de la suministrada al Ente Regulador debe considerarse como confidencial o de carácter reservado, haciendo la salvedad que en los casos en que la ley disponga debe revelarse dicha información no podrá considerarse de acceso restringido.

Tanto la Ley como el Reglamento establecen la consecuencia jurídica por el incumplimiento por parte del servidor público del Ente Regulador del deber de guardar reserva sobre la información señalada como de acceso restringido por las empresas prestadoras de servicios públicos: la destitución del funcionario, sin perjuicio de las responsabilidades penales y civiles.

En el caso que nos ocupa, el considerando número 7 del acto impugnado indica que las empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones con fines comerciales presentaron al Ente Regulador sus Estados Financieros, señalando el carácter confidencial de dicha información.

En virtud de lo anterior, y considerando que la situación comentada se encuadraba dentro del supuesto previsto en el numeral 2 del artículo 14 de la Ley N°6 de 2002, el cual indica se considera información de acceso

restringido, cuando así sea declarado por el funcionario competente, los secretos comerciales o la información comercial obtenidos por el Estado, producto de la regulación de actividades económicas, el Ente Regulador resuelve declarar que los Estados Financieros que entregan al Ente Regulador las empresas que prestan los servicios públicos de telecomunicaciones constituyen información de acceso restringido.

Ahora bien, el artículo 14 de la Ley N°6 de 22 de enero de 2002 señala:

**"Artículo 14:** La información definida por esta Ley como de acceso restringido no se podrá divulgar, por un periodo de diez años, contado a partir de su clasificación como tal, salvo que antes del cumplimiento del periodo de restricción dejen de existir las razones que justificaban su acceso restringido.

Se considerará de acceso restringido, cuando así sea declarado por el funcionario competente, de acuerdo con la presente Ley:

1. La información relativa a la seguridad nacional, manejada por los estamentos de seguridad.
2. Los secretos comerciales o la información comercial de carácter confidencial, obtenidos por el Estado, producto de la regulación de actividades económicas.
3. Los asuntos relacionados con procesos o jurisdiccionales adelantados por el Ministerio Público y el Órgano Judicial, los cuales sólo son accesibles para las partes del proceso, hasta que queden ejecutoriados.
4. La información que versa sobre procesos investigativos realizados por el Ministerio Público, la Fuerza Pública, la Policía Técnica Judicial, la Dirección General de Aduanas, el Consejo Nacional de Seguridad y Defensa, la Dirección de Responsabilidad Patrimonial de la Contraloría General de la República, la Dirección de Análisis Financiero

- para la Prevención de Blanqueo de Capitales, la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor y el Ente Regulador de los Servicios Públicos.
5. La información sobre existencia de yacimientos minerales y petrolíferos.
  6. Las memorias, notas, correspondencia y los documentos relacionados con negociaciones diplomáticas, comerciales o internacionales de cualquier índole.
  7. Los documentos, archivos y transcripciones que naciones amigas proporcionen al país en investigaciones penales, policivas o de otra naturaleza.
  8. Las actas, notas, archivos y otros registros o constancias de las discusiones o actividades del Consejo de Gabinete, del Presidente o Vicepresidentes de la República, con excepción de aquellas correspondientes a discusiones o actividades relacionadas con las aprobaciones de los contratos.
  9. La transcripción de las reuniones e información obtenida por las Comisiones de la Asamblea Legislativa, cuando se reúnan en el ejercicio de sus funciones fiscalizadoras para recabar información que podría estar incluida en los numerales anteriores.

En caso de que las autoridades correspondientes consideren que deba continuarse el carácter de restringido de la información detallada en este artículo, corresponderá a los Órganos Ejecutivo, Legislativo o Judicial, según sea el caso, emitir resoluciones por las cuales se prorrogará hasta por un máximo de diez años adicionales, la restricción sobre la información mencionada en este artículo. En ningún caso el carácter de restringido podrá superar los veinte años, contados a partir de la primera clasificación, procediendo la divulgación de la información si antes del cumplimiento del periodo de restricción adicional dejaren de existir las razones que justificaban tal acceso restringido.

El proceso de terminación de la restricción al acceso de la información opera de pleno derecho por el solo transcurso del tiempo, sin necesidad de

resolución o acto administrativo alguno.

En caso de que exista un documento que contenga en forma parcial información cuyo acceso se encuentre restringido en los términos de este artículo, deberá proporcionarse el resto de la información que no esté exceptuada.

A juicio de este Despacho, la clasificación como de acceso restringido que puede hacer un funcionario público de información a la cual se le puede dar esa categoría según la ley, sólo puede darse de forma individual y particular, y no de forma general e indeterminada como se hace a través del acto impugnado.

Así se desprende de la enumeración hecha por el artículo de marras, el cual hace referencia a las categorías generales de información que pueden ser clasificadas como de acceso restringido y dentro de las cuales deben ser encuadradas las informaciones de contenido particular e individual que busquen sustraerse del acceso público.

Por otro lado, la norma citada establece de forma clara que la información clasificada como de acceso restringido tiene esa condición por un período de diez (10) años desde su categorización, pero el hecho que la resolución del Ente Regulador no señale a qué períodos corresponden los Estados Financieros clasificados como de acceso restringido, ni brinde ningún otro elemento que permita identificarlos, no permite establecer desde qué momento comienza a correr el término de diez (10) años, para su retorno al acceso libre.

Lo anterior es así, pues no se puede determinar de la Resolución del Ente Regulador de los Servicios Públicos si sólo se refiere a los Estados Financieros de las empresas prestadoras del servicio público de telecomunicaciones

entregadas a la fecha de expedición del acto o a todos aquellos Estados Financieros entregados y que en el futuro se entregan al organismo fiscalizador por razón de sus funciones.

Establecer de forma clara la fecha desde la cual una información adquiere la condición de acceso restringido es sumamente importante, pues el artículo 14 comentado dispone que la desafectación de tal condición ocurre de pleno derecho por el solo transcurso del tiempo, sin necesidad de resolución o acto administrativo alguno.

Por último, este Despacho debe señalar que conforme a la ley se debe clasificar, de forma individual y particularizada los Estados Financieros de las empresas prestadoras del servicio público como de acceso restringido; sin embargo, observa que esas normas no permiten la participación de la ciudadanía en una efectiva fiscalización de los servicios públicos.

El motivo fundamental que lleva al proceso privatizador de los servicios públicos radica en considerar que su administración por parte del Estado era ineficiente e ineficaz y que por ello era necesario trasladar a la empresa privada su gestión.

A fin de controlar y fiscalizar la debida prestación de los servicios públicos privatizados se crea, como una entidad descentralizada del Estado, con personería jurídica y patrimonio propio, un organismo técnico denominado Ente Regulador de los Servicios Públicos.

La función primordial del Ente Regulador es velar porque los servicios públicos privatizados se brinden de forma eficiente y eficaz y de acuerdo al interés público, y en

ejercicio de tal función tiene facultades para requerir a las concesionarias de los servicios públicos información técnica, comercial, estadística, financiera, contable y económica.

Ahora bien, el único medio con el que cuenta la ciudadanía para fiscalizar a su vez el ejercicio de las funciones que corresponden al Ente Regulador, es el acceso a la información que dicha institución maneja, entre ellas, quizás la más importante, los Estados Financieros de las empresas concesionarias de los servicios públicos y las valoraciones que de estos Informes Financieros hace el organismo público sobre la eficacia y eficiencia de su gestión, de acuerdo al interés público.

Y es que sólo mediante el acceso a dicha documentación, puede el público evaluar la correspondencia entre las valoraciones del Ente Regulador y lo plasmado en los Estados Financieros.

Por todo lo anterior, estimamos debe declararse ES ILEGAL la Resolución N°JD-3794 del 27 de febrero de 2003, dictada por el Ente Regulador de los Servicios Públicos.

**Del Magistrado Presidente,**

**Dr. José Juan Ceballos  
Procurador de la Administración**

JJC/17/mcs.

Licdo. Víctor L. Benavides P.  
Secretario General