

Advertencia de ilegalidad.

La firma forense Alemán, Cordero, Galindo & Lee, en representación de **CABLE & WIRELESS PANAMÁ, S.A.**, para que se declare nulo, por ilegal, el acápite 4.2 del anexo de la resolución J.D.-5880 del 23 de febrero de 2006, dictada por la Junta Directiva del **Ente Regulador de los Servicios Públicos**.

Concepto.

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

Acudo ante usted de conformidad con el numeral 9 del artículo 5 de la ley 38 de 2000, con la finalidad de emitir el concepto de la Procuraduría de la Administración respecto de la advertencia de ilegalidad descrita en el margen superior.

I. Antecedentes.

En el año 1999, la empresa concesionaria CABLE & WIRELESS PANAMÁ, S.A., comenzó a brindar el sistema ADSL a sus clientes de internet. Posteriormente, otras empresas competidoras, entre ellas PSINET, ingresaron al mercado con la intención de brindar dicho servicio a sus usuarios; sin embargo, ello no fue posible porque CABLE & WIRELESS PANAMÁ, S.A., no le dio el acceso necesario, motivo por el cual PSINET procedió a interponer una queja ante el antiguo Ente Regulador de los Servicios Públicos. (Cfr. foja 204 del expediente 085-05 aducido como prueba por la Procuraduría de la Administración).

Como resultado de lo anterior, la entidad reguladora emitió la resolución JD-1852 de 2000, en la que se ordenó a CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., en su

calidad de operadora exclusiva de la red pública, poner a disposición de todos los concesionarios del servicio de internet la tecnología ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line), para que, en igualdad de condiciones, cada uno tuviera la oportunidad de adquirir dicha tecnología y ofrecerla a sus clientes. (Cfr. foja 204 del expediente 085-05 aducido como prueba por la Procuraduría de la Administración).

A pesar de las previsiones tomadas por el antiguo Ente Regulador de los Servicios Públicos, debido a una conducta similar asumida por CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., la empresa AYAYAI.COM, S.A., tampoco pudo prestar dicho servicio a sus propios usuarios. (Cfr. fojas 204 y 205 del expediente 085-05 aducido como prueba por la Procuraduría de la Administración).

Ello trajo como consecuencia la emisión de la resolución JD-4914 del 21 de septiembre de 2004 mediante la cual se ordenó a CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., que procediera a la desagregación del bucle de abonado que utiliza para la prestación del servicio de internet de uso público en la modalidad de ADSL con el objeto que AYAYAI.COM, S.A., pudiera ofrecer a sus clientes el servicio de internet bajo las mismas condiciones que lo ofrece CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., a sus clientes. (Cfr. fojas 1 y 2 del expediente 085-05 aducido como prueba por la Procuraduría de la Administración).

Tal hecho se sustentó en los numerales 2 y 4 del artículo 5 de la ley 31 de 1996, relativos al deber del antiguo Ente Regulador de los Servicios Públicos de promover que los concesionarios presten los servicios de telecomunicaciones a sus usuarios conforme al principio de trato igualitario en circunstancias similares, asegurando la continuidad, calidad y eficiencia de los servicios en todo el territorio nacional y garantizando el desarrollo de la leal competencia entre los concesionarios (Cfr. expediente 085-05 aducido como prueba por la Procuraduría de la Administración).

Con fundamento en esa norma y en los artículos 52 y 53 del decreto ley 5 de 1999, el antiguo Ente Regulador de los Servicios Públicos promovió la mediación o acercamiento entre AYAYAI.COM, S.A., y CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., de manera que lograran llegar a un acuerdo amistoso que respetara el ordenamiento jurídico en materia de telecomunicaciones, pero ante la imposibilidad de lograr un acuerdo entre las partes, la entidad reguladora de los servicios públicos se vio obligada a emitir la resolución J.D.-4914 del 21 de septiembre de 2004 que ordenó a CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., a desagregar el bucle de abonado para que AYAYAI.COM, S.A., pudiera brindar el servicio de ADSL a sus clientes de internet, bajo las mismas condiciones que la empresa CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., se ofrece dicho servicio a sí misma y a sus clientes, ello fundamentado en un informe que elaboró la Dirección Nacional de Telecomunicaciones del antiguo Ente Regulador de los Servicios Públicos en el que se planteó “la desagregación del bucle de abonado de CWP”. (Cfr. fojas 76 a 88 del expediente administrativo que corresponde al expediente 085-05 aducido como prueba por la Procuraduría de la Administración).

De acuerdo con lo indicado en la resolución JD-5880 de 23 de febrero de 2006, objeto de este proceso, el antiguo Ente Regulador de los Servicios Públicos emitió la resolución JD-5371 de 23 de junio de 2005 que ordenó celebrar una audiencia pública para recibir opiniones sobre la propuesta de reglamentación para la desagregación del bucle de abonado y la responsabilidad del concesionario del servicio de telecomunicación básica local (CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A.) en la gestión de cobros de los operadores entrantes. (Cfr. foja 27 del expediente judicial).

En dicha audiencia, de 27 de julio de 2005, participaron las siguientes empresas: TNR HOLDINGS INC., ADVANCED COMMUNICATION CORP., GALAXY COMUNICATIONS CORP., TELE-CARRIER, INC., CABLE &

WIRELESS PANAMA, S.A., CABLE ONDA, S.A., TELEFÓNICA MÓVILES PANAMÁ, S.A., y la Sociedad Panameña de Ingenieros y Arquitectos.

Posteriormente, el antiguo Ente Regulador de los Servicios Públicos emitió la resolución JD-5880 de 23 de febrero de 2006, cuyo acápite 4.2 del anexo constituye el objeto de este proceso.

De acuerdo con las constancias procesales, este Despacho observa que el proceso que se analiza tiene su génesis en la solicitud de la empresa GALAXY COMMUNICATIONS CORP., en la que solicitó la intervención del antiguo Ente Regulador ante la negativa de CABLE & WIRELESS PANAMÁ, S.A., de ofrecer a los demás proveedores de Internet el acceso a la red ADSL, de manera que todos puedan ofrecer a sus clientes el servicio denominado “amplio ancho de banda” y la consiguiente desagregación del bucle de abonado, en igualdad de condiciones, de la misma manera que la empresa CABLE & WIRELESS PANAMÁ, S.A., se lo provee a sus clientes. (Cfr. foja 83 del expediente judicial).

II. Disposición que se aduce infringida y el correspondiente concepto de la supuesta violación.

La sociedad advirtiente aduce la infracción del numeral 14 del artículo 19 de la ley 26 de 1996, vigente a la fecha de los hechos, que se refiere a las funciones y facultades del antiguo Ente Regulador de los Servicios Públicos para arbitrar conflictos entre las empresas prestadoras de los servicios públicos, entre esas empresas y los otros organismos del Estado, los municipios o los clientes, en las áreas de su competencia y jurisdicción, cuando las partes hayan sometido la controversia a la competencia de la entidad reguladora, con plena facultad para dirimir esos conflictos de acuerdo a los parámetros establecidos en dicho arbitraje.

La demandante manifiesta que la norma invocada fue violada de manera directa, por comisión, porque a su juicio el acápite 4.2 del anexo de la resolución JD-5880 de 23 de febrero de 2006, que contiene el reglamento para la

desagregación del bucle de abonado, le otorga facultades a la autoridad para resolver controversias entre concesionarios de telecomunicaciones relacionadas con dicho tópico, cuando el numeral 14 del artículo 19 de la ley 26 de 1996 sólo la faculta para arbitrar conflictos entre las empresas prestadoras de los servicios públicos, según se indica en la foja 75 del expediente judicial.

III. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Este Despacho se opone a los planteamientos expuestos por la advirtiente, habida cuenta que existen una serie de disposiciones legales y reglamentarias en materia de telecomunicaciones que obligan a las concesionarias de los servicios públicos a ofrecer un trato igualitario y equitativo a las demás prestadoras de dicho servicio. Entre las aludidas normas podemos señalar las siguientes:

1. El numeral 2 del artículo 5 ley 31 de 1996 que faculta a la entidad reguladora para promover que los concesionarios presten los servicios de telecomunicaciones conforme a los principios de tratamiento igual entre usuarios en circunstancias similares, y de acceso universal, asegurando la continuidad, calidad y eficiencia de tales servicios en todo el territorio nacional.

2. El numeral 4 del artículo 5 de la ley 31 de 1996 que dispone que debe promover y garantizar el desarrollo de la leal competencia entre los concesionarios de los servicios que se otorguen en régimen de competencia.

3. El numeral 6 del artículo 5 de la ley 31 de 1996, según el cual la entidad reguladora tiene el deber de fiscalizar el cumplimiento de las concesiones que se otorguen para la prestación de los servicios de telecomunicaciones. En este caso, que la empresa Cable & Wireless Panamá, S.A., brinde el servicio de telecomunicación conforme a los principios de tratamiento igual entre usuarios.

4. El numeral 2 del artículo 42 de la ley 31 de 1996, según el cual, el concesionario tendrá la obligación de permitir y mantener, de manera equitativa, la interconexión de otros concesionarios a sus redes, en los casos en que el Ente Regulador o los contratos de concesión lo autoricen.

5. El artículo 71 de la ley 31 de 1996, según el cual, 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.

6. El artículo 47 del decreto ejecutivo 73 de 1997, según el cual, el objetivo del Ente Regulador es promover el interés público; fomentar y preservar una libre, leal y efectiva competencia entre los concesionarios de servicios de telecomunicaciones, a fin de asegurar la mayor calidad de servicios a precios asequibles; así como garantizar el cumplimiento de los principios de no discriminación, equidad y neutralidad de tratamiento en la prestación de dichos servicios.

7. El artículo 249 del decreto ejecutivo 73 de 1997, según el cual, en los casos en que los servicios se presten o lleguen a prestarse en régimen de competencia, el concesionario no podrá usar planes de numeración, señalización u otros mecanismos que resulten en discriminación entre los servicios ofrecidos por el concesionario y los de sus concesionarios o entre servicios ofrecidos por los competidores, o que impidan o restrinjan la competencia.

8. El Contrato de Concesión 134 del 29 de mayo de 1997 suscrito entre CABLE & WIRELESS PANAMÁ, S.A., y el Estado Panameño, en el que se señala de manera puntual, que esa empresa está obligada a tratar a sus competidores como se trata a sí mismo.

Estas disposiciones son aplicables en los casos en que las concesionarias hayan suscrito acuerdos de interconexión, en cuya aplicación debe prevalecer el trato equitativo, igualitario y no discriminatorio.

Lo anterior no excluye la facultad de la entidad reguladora para promover la mediación o acercamiento entre las concesionarias de manera que logren llegar a un acuerdo amistoso que respete el ordenamiento jurídico en materia de telecomunicaciones, o, en su defecto, para arbitrar conflictos entre las empresas prestadoras de los servicios públicos, cuando no logren suscribir o aplicar en debida forma los acuerdos de interconexión según se establece en el numeral 14 de la ley 26 de 1996, los artículos 52 y 53 del decreto ley 5 de 1999 y el numeral 4 del artículo 44 del decreto ejecutivo 73 de 1997.

Con fundamento en tales normas, el antiguo Ente Regulador de los Servicios Públicos emitió de la resolución J.D.-5880 del 23 de febrero de 2006 que en el acápite 4.1 del anexo, establece que “los concesionarios de los servicios de telecomunicaciones realizarán sus mejores esfuerzos para alcanzar un acuerdo, dentro de los 15 días hábiles desde que el concesionario solicitante envíe una copia de la solicitud de negociación para el bucle de abonado, al Ente Regulador, en la que conste que la parte solicitada ha recibido la solicitud, y la fecha de recibido de la misma.”

En ese orden de ideas, el acápite 4.2 del anexo de la mencionada resolución, acusado de ilegal, establece que “de no llegarse a un acuerdo en el plazo establecido en el artículo anterior, las partes enviarán su oferta final debidamente sustentada al Ente Regulador, dentro de los 3 días hábiles siguientes al término establecido en el artículo 4.1.” Dicha norma añade que el “Ente Regulador, luego de analizadas las ofertas, podrá optar por una de las

presentadas por las partes o por una nueva diferente confeccionada por el Ente Regulador.”

Sobre este punto, esta Procuraduría considera pertinente aclarar que el artículo 284 de la Constitución Política de la República faculta a la entidad reguladora para hacer efectiva la justicia social, regular, coordinar y exigir la debida eficacia en la prestación de los servicios públicos, y que esta disposición constitucional sirvió de fundamento para la emisión de la ley sectorial de telecomunicaciones (ley 31 de 1996, modificada por el decreto ley 10 de 2006) y sus reglamentos; instrumentos éstos que sustentan la atribución de esa entidad para expedir los reglamentos que considere necesarios para regular aspectos puntuales del sector de telecomunicaciones, como lo es la desagregación del bucle de abonado, objeto de este proceso, máxime cuando las evidencias procesales señalan la necesidad de las empresas concesionarias de brindar ese servicio a sus clientes y la obligación de la sociedad CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., para desagregar su red y otorgar dicha facilidad, lo que descarta la infracción de la norma acusada de ilegal.

Por lo expuesto, esta Procuraduría solicita a ese Tribunal se sirva declarar que NO ES ILEGAL el acápite 4.2 del anexo de la resolución J.D.-5880 del 23 de febrero de 2006, dictada por la Junta Directiva del antiguo Ente Regulador de los Servicios Públicos.

Pruebas:

Se aduce copia autenticada del expediente 085-05 que se tramita en ese Tribunal y del expediente administrativo que le corresponde, cuyo original reposa en la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos.

Se aduce la copia autenticada del expediente que corresponde al proceso que se analiza, cuyo original también reposa en la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos.

Derecho: Se niega el derecho invocado.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Nelson Rojas Avila
Procurador de la Administración, Encargado

Alina Vergara de Chérigo
Secretaria General, Encargada

NRA/5/iv.