

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 369

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 01 de junio de 2007

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

La firma forense Alemán, Cordero, Galindo & Lee, en representación de **Cable & Wireless Panamá, S.A.**, para que se declare nula, por ilegal, la resolución JD-5577 del 5 de octubre de 2005, emitida por la **Junta Directiva del Ente Regulador de los Servicios Públicos**, el acto confirmatorio y para que se hagan otras declaraciones.

Concepto.

Señor 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, con la finalidad de intervenir en interés de la Ley en el proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción descrito en el margen superior.

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

1. La actora aduce infringido de manera directa, por omisión, el numeral 2 del artículo 52 de la ley 38 de 2000, que establece entre los vicios de nulidad absoluta de los actos administrativos que los mismos hayan sido dictados por autoridades incompetentes.

2. También considera infringido de manera directa, por omisión, el artículo 974 del Código Civil que dispone que las obligaciones nacen de la Ley, los contratos, los

cuasicontratos y de los actos y omisiones ilícitos en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia.

3. La parte actora igualmente estima violado el artículo 976 del mismo cuerpo legal que dispone que las obligaciones que nacen de los contratos, tienen fuerza de Ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos.

4. Así mismo se señala como infringido de manera directa, por omisión, el numeral 18 del artículo 197 del decreto ejecutivo 73 de 9 de abril de 1997 que establece que los acuerdos de interconexión deberán contener como mínimo, mecanismos para la resolución de controversias de todo tipo referentes a la interconexión de acuerdo con el reglamento.

5. La demandante así mismo estima infringido, en concepto de interpretación errónea, el numeral 4 del artículo 44 del decreto ejecutivo 73 de 1997, el cual establece la facultad del Ente Regulador de los Servicios Públicos para dictar normas técnicas y de gestión tendientes a la solución de controversias entre concesionarios.

6. La parte actora alega la violación de manera directa, por omisión, del numeral 1 del artículo 197 del decreto ejecutivo 73 de 1997, que exige incluir en los acuerdos de interconexión el detalle de los servicios a ser prestados mediante la interconexión.

7. Así mismo, alega que el acto acusado de ilegal infringe, por indebida aplicación, el artículo 249 del decreto ejecutivo 73 de 1997, el cual establece que en los casos de servicios que 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 competidores o entre servicios ofrecidos por competidores, o que impidan o restrinjan la competencia de manera alguna.

8. De acuerdo con la empresa demandante el acto acusado así mismo infringe de manera directa, por comisión, el artículo 47 del decreto ejecutivo 73 de 9 de abril de 1997 que establece cuales son los objetivos que debe cumplir la entidad reguladora dentro del mercado de las telecomunicaciones, a fin de asegurar la mayor calidad de servicios y garantizar el cumplimiento de los principios de no discriminación, equidad y neutralidad de tratamiento en la prestación de dichos servicios.

9. Finalmente se señalan como infringidos los literales c y d del acápite 5 de la resolución JD-179 de 12 de febrero de 1998, que establecen, respectivamente, la forma y otros elementos para la asignación de las series numéricas a los concesionarios de los servicios 104, 201, 211, 213 y 400.

Los conceptos de violación de estas normas legales y reglamentarias han sido sustentados por la apoderada judicial de la actora sobre la base de los criterios visibles en las fojas 218 a 233 del expediente judicial.

II. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

A. Con respecto a los cargos de ilegalidad aducidos por la actora al numeral 2 del artículo 52 de la ley 38 de 2000, al numeral 18 del artículo 197 y al numeral 4 del artículo 44 del decreto ejecutivo 73 de 1997, este Despacho observa que

el numeral 14 del artículo 19 de la ley 26 de 1996, modificado por el artículo 19 del decreto ley 10 del 22 de febrero de 2006, que corresponde actualmente al artículo 20 del Texto Único de la citada ley 26 de 1996 adoptado por el decreto ejecutivo 143 de 2006, otorga competencia a la entidad reguladora de los servicios públicos para dirimir en los conflictos que surjan entre las empresas prestadoras del servicio de telecomunicaciones.

Igualmente, consideramos necesario anotar que el numeral 16 de la citada disposición, así mismo atribuye a dicha entidad pública competencia para conocer y procesar las denuncias y reclamos que presenten las empresas y entidades reguladas, por razón de la violación o el incumplimiento de las leyes sectoriales y la regulación vigente aplicable, en relación con las actividades bajo su jurisdicción y competencia.

Además, el acápite 22.2 de la cláusula 22 del acuerdo de interconexión celebrado en el año 2003 entre Cable and Wireless Panamá, S.A., y Telecarrier, Inc., para interconectar de forma equitativa, razonable y no discriminatoria la red de las telecomunicaciones de telefonía fija de ambas empresas, prevé que las partes pueden acudir a los tribunales jurisdiccionales ordinarios de la República de Panamá cuando surjan conflictos relacionados con dicho acuerdo, sin perjuicio de la competencia que la Ley asigna al Ente Regulador de los Servicios Públicos para conocer de determinados asuntos. (Cfr. foja 60 del expediente judicial).

En este sentido, la Procuraduría de la Administración observa que la entidad reguladora intervino a petición de una de las partes en el conflicto surgido entre la actora y Telecarrier, Inc., por razón de que Cable and Wireless Panamá, S.A., se negó a programar en sus centrales la serie numérica 877-XXXX asignada a Telecarrier, Inc., mediante la resolución JD-5319 de 26 de mayo de 2005, a menos que se suscribiera un acuerdo comercial por separado que contemplara una participación de Cable and Wireless Panamá, S.A., en los ingresos que reciba la primera por atender su solicitud de apertura de la serie numérica antes indicada y que, por otro lado, tal intervención estaba dirigida a garantizar el mantenimiento de un trato igualitario, no discriminatorio y equitativo entre dichas empresas concesionarias habida cuenta que de acuerdo con lo previsto por el numeral 3 del acápite 5 del plan nacional de numeración aprobado mediante resolución JD-179 de 12 de febrero de 1998, las series numéricas para los concesionarios de los servicios 104, 201, 210, 211, 213 y 400 **serán asignadas sin cargo por minuto adicional al cargo por minuto local, nacional, internacional y/o celular.**

En consecuencia, este Despacho estima que la pretensión de la actora, para llegar a un acuerdo comercial por separado y obtener de ello una participación de los ingresos que recibiera Telecarrier, Inc., por la apertura de la ya citada serie numérica no se ajusta a Derecho, razón por la que debe concluirse que la entidad reguladora de los servicios públicos al dictar la resolución JD-5577 de 5 de octubre de

2005, que constituye el acto impugnado, actuó dentro del marco de sus atribuciones legales y reglamentarias.

En consecuencia, los cargos de violación al numeral 2 del artículo 52 de la ley 38 de 2000 y al numeral 18 del artículo 197 y el numeral 4 del artículo 44 del decreto ejecutivo 73 de 1997, aducidos por la actora resultan infundados.

B. En cuanto a la supuesta violación de los artículos 974 y 976 del Código Civil, este Despacho considera que los cargos de violación aducidos por la actora también carecen de sustento jurídico, toda vez que en párrafos anteriores ha quedado acreditado que la resolución JD-5577 de 5 de octubre de 2005 mediante la cual la autoridad reguladora de los servicios públicos dirimió el conflicto surgido entre la demandante y Telecarrier, Inc., se originó particularmente en la facultad que tanto la ley orgánica, los reglamentos y la cláusula 22.2 del convenio de interconexión existente entre ambas empresas le confieren a dicha entidad para conocer y dirimir este tipo de conflictos; por lo tanto, opinamos que tales cargos deben ser desestimados.

C. Respecto a la violación del numeral 1 del artículo 197 del decreto ejecutivo 73 de 1997 y los numerales 3 y 4 del acápite 5 de la resolución JD-179 de 1998, este Despacho considera que, a contrario sentido de lo argumentado por la parte demandante la entidad reguladora de los servicios públicos al emitir la resolución JD-5577 de 5 de octubre de 2005 actuó en estricto apego a lo estipulado en la legislación y los reglamentos que regulan lo referente a las

telecomunicaciones, toda vez que el numeral 3 de la resolución JD-179 del 12 de febrero de 1998 que adopta el plan nacional de numeración dispone que las series numéricas asignadas a los números de valor agregado no tienen cargos adicionales, lo cual demuestra que las concesionarias, como Telecarrier, Inc., que no dependen técnica ni estructuralmente de la red de Cable and Wireless Panamá, S.A., para proveer el servicio de llamadas a la plataforma de valor agregado por contar con red propia para realizar las funciones de programación y conmutación de la numeración asignada en su central telefónica, no necesitan de un acuerdo adicional para la liquidación del tráfico.

En consecuencia, siendo la actora la única concesionaria de la red telefónica pública conmutada en todo el país que permite explotar el servicio de telefonía básica local está obligada a programar la serie numérica 877-XXXX asignada a Telecarrier, Inc., habida cuenta que la cláusula 30 del contrato de concesión suscrito con el Estado panameño le exige colaborar con otros concesionarios de servicios de telecomunicaciones, particularmente con la interconexión de sus redes y sistemas, imponiéndole a su vez la obligación de cumplir con los principios de neutralidad, no discriminación e igualdad de acceso; así mismo, la cláusula 44 de dicho contrato que regula todo lo referente a la materia de competencia que debe existir en el mercado de las telecomunicaciones, exige a las concesionarias, como Cable and Wireless Panamá, S.A., cumplir con las reglas establecidas en los artículos 248 a 252 del decreto ejecutivo

73 de 1997, que entre otros mandatos prohíben impedir o restringir la competencia, lo que evidentemente ha querido hacer la actora al obligar a Telecarrier, Inc., a suscribir un contrato comercial separado del acuerdo de interconexión.

Todo lo anteriormente expuesto demuestra a este Despacho que el acápite 3.1 de la cláusula 3 del acuerdo de interconexión suscrito entre Cable and Wireless Panamá, S.A., y Telecarrier, Inc., que estipula que las partes podrán suscribir acuerdos comerciales, cuando sea necesario, para permitir el intercambio de tráfico en el servicio de valor agregado de telecomunicaciones (400), entre otros, contradice lo estipulado en el decreto ejecutivo 73 de 1997, la resolución JD-179 de 1998 que adopta el plan nacional de numeración, y el contrato de concesión suscrito entre la concesionaria Cable and Wireless Panamá, S.A., y el Estado, por lo que la entidad demandada al emitir la resolución acusada aplicó el acápite 22.2 de la cláusula 22 del mencionado acuerdo, para asegurar el cumplimiento de las leyes que rigen en el sector de las telecomunicaciones; por lo tanto, los cargos de violación aducidos por la demandante deben ser desestimados.

D. En torno a la violación de los artículos 47 y 249 del decreto ejecutivo 73 de 1997, este Despacho observa que los cargos aducidos por la recurrente carecen de sustento jurídico, toda vez que en párrafos anteriores se encuentra acreditado que la entidad reguladora de los servicios públicos con fundamento en la atribución que le confiere el numeral 6 del artículo 5 de la ley 31 de 1996, debía velar

porque Cable and Wireless Panamá, S.A., cumpliera la obligación de suministrar a otros concesionarios el acceso eficiente a su red, bajo condiciones equitativas, razonables y no discriminatorias, así como permitir y mantener de manera equitativa la interconexión de otros concesionarios a sus redes en régimen de libre competencia, conforme lo dispone el numeral 2 del artículo 42, el artículo 71 de la ley 31 de 1996 y el artículo 190 del decreto ejecutivo 73 de 1997.

Según observa este Despacho, la actora ha exigido a Telecarrier, Inc., suscribir un acuerdo comercial por separado, en el que se hace acreedora de una participación de los ingresos recibidos por esta empresa, al brindar el servicio de apertura de la serie numérica 877-XXXX, lo que denota una clara violación del principio de tratamiento igualitario en la operación del servicio de valor agregado, ya que con ello se restringe la libre competencia; toda vez que Cable and Wireless Panamá, S.A., cuenta también con series numéricas otorgadas por la entidad reguladora para que opere dicho servicio, las que fueron activadas sin reparo alguno, no obstante ha negado a Telecarrier, Inc., la apertura de las suyas, contraviniendo lo estipulado en el citado artículo 71 de la ley 31 de 1996, por lo que la resolución acusada de ilegal no viola los artículos 47 y 249 del decreto ejecutivo 73 de 1997.

Por las consideraciones anteriores, esta Procuraduría solicita al Tribunal que declare que NO ES ILEGAL la resolución JD-5577 del 5 de octubre de 2005, emitida por la

Junta Directiva de la ahora Autoridad Nacional de los Servicios Públicos.

Pruebas: Se aduce el expediente administrativo referente a este caso, cuyo original reposa en los archivos de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos.

Derecho: Se niega el invocado en la demanda.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Nelson Rojas Avila
Secretario General

OC/11/mcs