

Vista N°414
Panamá, 12 de Junio de 2006.

Advertencia de Ilegalidad. El licenciado Arcelio Vega Castillo, en representación de **Cable & Wireless Panamá, S.A.**, para que se declare nulo, por ilegal, el numeral 3 del acápite A de la Resolución JD-4971 del 30 de septiembre de 2004, dictada por el **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 intervenir en la advertencia de ilegalidad descrita en el margen superior.

I. El acto acusado.

La sociedad demandante solicita que se declare nulo, por ilegal, el numeral 3 del acápite A de la Resolución JD-4971 del 30 de septiembre de 2004, "por la cual el Ente Regulador de los Servicios Públicos emite algunas directrices relacionadas con los resultados producto de la Audiencia Pública celebrada el lunes 14 de junio de 2004, con el objeto de escuchar comentarios y opiniones sobre el comportamiento del sector de telecomunicaciones transcurrido un año de la apertura a la competencia de los servicios básicos de

telecomunicaciones", publicada en la Gaceta Oficial 25,165 del 25 de octubre de 2004.

II. Las normas que se aducen infringidas.

Según expone la apoderada judicial de la parte demandante, el acto acusado ha infringido el numeral 14 del artículo 19 de la Ley 26 de 1996 que dispone que el Ente Regulador tiene facultad para arbitrar conflictos entre las empresas prestadoras de los servicios públicos y los otros organismos del Estado, los municipios o los clientes en las áreas de su competencia.

También se considera violado el numeral 4 del artículo 44 del Decreto Ejecutivo 73 de 1997 que señala que el Ente Regulador de los Servicios Públicos podrá dictar normas técnicas y de gestión tendientes a la solución de controversias entre concesionarios.

Finalmente, la demandante considera que la Resolución JD-4971, el acto acusado, vulnera el artículo 47 del Decreto Ejecutivo 73 de 1997 que establece que 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.

III. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Este Despacho observa que la Resolución JD-4971 del 30 de septiembre de 2004 (que constituye el acto acusado)

contiene algunas directrices relativas a la apertura de la competencia entre concesionarios del sector de telecomunicaciones, que fueron adoptadas por el desaparecido Ente Regulador de los Servicios Públicos luego de evaluar los resultados obtenidos en la audiencia pública celebrada el 14 de junio de 2004.

El 2 de enero de 2003 se abrió en régimen de competencia el mercado de los servicios básicos de telefonía local, de larga distancia nacional e internacional, así como los terminales públicos y semipúblicos que hasta esa fecha habían sido prestados en régimen de exclusividad por la empresa Cable & Wireless Panamá, S.A., en virtud del Contrato de Concesión 134 del 29 de mayo de 1997.

La entidad reguladora otorgó concesiones a partir del año 2001 a las empresas que presentaron solicitudes para la prestación de los servicios básicos de telecomunicaciones en régimen de competencia y que cumplieron con los requisitos correspondientes. Sin embargo, su entrada al mercado se vio empañada por el comportamiento del operador establecido, producto del cual constan innumerables quejas de los operadores entrantes, causadas por lo que se denominó un abuso de la posición dominante de Cable & Wireless Panamá, S.A.; lo que motivó la convocatoria a la audiencia pública mencionada.

Sobre este particular, resulta importante recordar 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 Panamá, 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, en los casos en que la entidad reguladora o los contratos de concesión lo autoricen. Asimismo, el artículo 71 de la Ley 31 de 1996 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 la citada Ley 31 de 1996 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 Panamá, S.A., brindara el servicio de telecomunicación conforme a los principios de tratamiento igualitario entre los usuarios.

Por esa razón, el Ente Regulador de los Servicios Públicos procedió a emitir la Resolución JD-4971 de 2004, que en el numeral 3 del literal A dispone que "los concesionarios deberán ofrecerse entre ellos un trato igualitario, no

discriminatorio y equitativo" y el deber de "negociar sus acuerdos de interconexión al amparo del principio de la 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 2 del artículo 5 de la Ley 31 de 1991, que faculta al Ente Regulador de los Servicios Públicos para velar porque los concesionarios presten los servicios de telecomunicaciones conforme a los principios de tratamiento igualitario (en circunstancias similares) y de acceso universal, asegurando la continuidad, calidad y eficiencia de tales servicios en todo el territorio nacional.

Igualmente lo actuado por la entidad reguladora se sustenta en las siguientes disposiciones reglamentarias, todas pertenecientes al Decreto Ejecutivo 73 de 1997:

- El numeral 4 del artículo 44 que establece claramente que el Ente Regulador de los Servicios Públicos podrá dictar normas técnicas y de gestión tendientes a la solución de controversias entre concesionarios.

- El artículo 47 según el cual los objetivos del Ente Regulador consisten en promover el interés público, fomentar y preservar una libre, leal y efectiva competencia entre los concesionarios de los servicios de telecomunicaciones, con la finalidad de asegurar una 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.

- El artículo 189 que señala que los concesionarios de los servicios públicos estarán obligados a interconectar sus redes con las de otros concesionarios que lo soliciten y a proporcionar e instalar elementos de red, funciones y capacidades de acuerdo con los principios de neutralidad, no discriminación e igualdad de acceso conforme a los términos establecidos en la Ley, en los reglamentos y en las condiciones técnicas y económicas negociadas de buena fe entre ellos.

- El artículo 210 que dispone que la interconexión será de igual calidad a la que el concesionario se provea a sí mismo o a cualquier otro concesionario.

En este análisis también resulta conveniente anotar lo siguiente: 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 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 mismo 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 imputable a 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 la entidad reguladora la facultad de arbitrar conflictos entre las empresas prestadoras de los servicios públicos, sin perjuicio de aquellas disposiciones legales y reglamentarias que la facultan para imponer sanciones; razón por la cual devienen sin sustento las violaciones que aduce la demandante con el objeto de impugnar lo actuado por la institución demandada.

Es importante destacar que la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo ya se ha pronunciado sobre las advertencias de ilegalidad interpuestas por Cable & Wireless Panamá, S.A., en contra de disposiciones contenidas en la Resolución JD-4971 de 2004, declarándolas NO VIABLES e indicando en relación con las mismas que éstas "... tienen carácter dilatorio, pues, las constancias procesales revelan que Cable & Wireless Panamá, S.A., en su condición de operador dominante en el mercado de las telecomunicaciones en Panamá, tenía pleno conocimiento de la existencia de la norma que ahora advierte como ilegal, pues participó en la audiencia pública realizada por el ente demandado el 14 de junio de 2004, en la que precisamente se trató el tema de la interconexión y además, el acto que contiene dicha norma fue publicado en la Gaceta Oficial en el mes de octubre de 2004." (Sentencia de 13 de julio de 2005).

Por lo expuesto, esta Procuraduría solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que NO ES ILEGAL el numeral 3 del acápite A de la Resolución JD-4971 del 30 de septiembre de 2004, dictada por el desaparecido Ente Regulador de los Servicios Públicos.

Pruebas:

Se aducen como pruebas los siguientes documentos:

1. La Ley 31 de 1996, publicada en la Gaceta Oficial 23,832 de 5 de julio de 1999, que constituye un documento público. (Cfr. artículo 786 del Código Judicial).

2. El Decreto Ejecutivo 73 de 1997, publicado en la Gaceta Oficial 23,263 de 10 de abril de 1997, que constituye un documento público. (Cfr. artículo 786 del Código Judicial).

Derecho:

Se niega el invocado por la demandante.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Nelson Rojas Ávila
Secretario General

OC/5/iv.