

Vista N°429

2 de julio de 2003

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción**

Interpuesto por el Licdo. Roberto Meana en representación de **BSC de Panamá, S.A.**, para que se declare nula, por ilegal, la Resolución N°JD-3574 de 24 de octubre de 2002 emitida por el **Ente Regulador de los Servicios Públicos**, el acto confirmatorio y para que se hagan otras declaraciones.

**Contestación de
la Demanda**

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

Con nuestro acostumbrado respeto concurrimos ante vuestro Alto Tribunal de Justicia, con la finalidad de emitir formal contestación a la demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción, enunciada en el margen superior del presente escrito, conforme lo exige el artículo 5, numeral 2, de la Ley 38 de 2000.

El apoderado judicial de la empresa demandante, ha solicitado a los Señores Magistrados que conforman la Honorable Sala Tercera que declaren nula, por ilegal, la Resolución N°JD-3574 de 24 de octubre de 2002, expedida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, a través de la cual se niega la solicitud presentada por su representada para utilizar una parte de la Banda A del Servicio de Telefonía Móvil Celular, para la prestación del Servicio de Telecomunicaciones Básico Local (101) y del Servicio de Telecomunicaciones de Terminales Públicos y Semipúblicos (104), así como las frecuencias de enlaces de microondas que se requieran para la prestación de estos servicios. (Cf. f. 1 a 6).

Asimismo, ha pedido que se declare nulo, por ilegal, el acto administrativo N°JD-3696 de 3 de enero de 2003, el cual confirma en todas sus partes la decisión adoptada en la Resolución N°JD-3574 de 24 de octubre de 2002. (Cf. f. 7 a 19).

Este Despacho solicita a los Señores Magistrados que integran esa Augusta Sala, denieguen la petición formulada por el apoderado judicial de la empresa demandante; toda vez que, no le asiste la razón en su pretensión, tal como lo demostraremos en el transcurso de este escrito.

II. Los hechos u omisiones en que se fundamenta la acción, los contestamos así:

Primero: Este hecho es cierto, pues, así se deduce de autos; por tanto, lo aceptamos.

Segundo: Aceptamos que el Ente Regulador de los Servicios Públicos, negó la solicitud formulada a través de la Resolución N°JD-3574 de 24 de octubre de 2002; puesto que, así lo hemos podido constatar del contenido de las fojas 1 a 6 del expediente judicial.

Tercero: Aceptamos que la parte demandante presentó en tiempo oportuno su Recurso de Reconsideración; ya que, así se deduce de autos.

Cuarto: Aceptamos que el Ente Regulador de los Servicios Públicos confirmó la decisión adoptada en la Resolución N°JD-3574 de 2002, a través de la Resolución N°JD-3696 de 3 de enero de 2003, la cual fue debidamente notificada a la parte demandante; pues, así lo hemos podido corroborar del contenido de las fojas 7 a 19 del expediente judicial.

Quinto: Ésta, constituye una alegación de la parte demandante; por tanto, se tiene como eso.

Sexto: Éste, lo contestamos igual que el punto quinto.

Séptimo: Éste, lo contestamos igual que el punto quinto.

III. Las disposiciones legales que la parte demandante estima como infringidas y el concepto de la violación, son las siguientes:

A. La parte demandante estima como infringido el artículo 1 de la Ley N°31 de 8 de febrero de 1996, modificado por la Ley N°24 de 30 de junio de 1999, el cual a la letra expresa:

"Artículo 1: Esta Ley regula las telecomunicaciones, con el objeto de acelerar la modernización y el desarrollo del sector, promover la inversión privada en el mercado, extender su acceso, mejorar la calidad de servicios provistos, promover tarifas bajas al usuario y la competencia leal, en la provisión de los servicios de telecomunicaciones sujetos a esta Ley.

Las telecomunicaciones incluyen toda transmisión, emisión o recepción de los signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza, por medio de líneas físicas, emisiones radioeléctricas, medios ópticos o por cualquier otro sistema o medio de transmisión existente o que exista en el futuro.

Se excluyen del ámbito de aplicación de la presente Ley, los servicios de telegrafía nacional, los de radioaficionados y de bandas ciudadanas."

Como concepto de la violación, el apoderado judicial de la parte demandante argumentó lo que a continuación se copia:

"Esta norma es violada en forma directa por omisión ya que la decisión del Ente Regulador desconoce el objetivo de la Ley 31 contemplado en su primer artículo.

La solicitud de autorización de BSC coadyuva precisamente a dar cumplimiento a los señalados objetivos, toda vez que promueve (i) la modernización y el desarrollo del sector de las telecomunicaciones, (ii) la inversión privada en el mercado, (iii) a mejorar la calidad de los servicios, (iv) a ofrecer tarifas más bajas y convenientes a los usuarios, (v) la competencia leal.

Es indiscutible que al permitirse que BSC haga uso de las frecuencias que utiliza para la prestación del servicio de telefonía móvil celular, para prestar simultáneamente servicios de telefonía básica, se está modernizando y desarrollando el sector de telecomunicaciones. El mismo se estaría poniendo al día con los avances tecnológicos que hoy permiten brindar telefonía básica mediante infraestructura de sistema celular. Además, se lograría brindar servicio de telefonía local y de terminales públicos y semipúblicos en áreas rurales y de periferia de la ciudad y en capitales de provincia donde otros proveedores de telefonía básica no lo harán (Chepo, San Miguelito, Arraiján, Chorrera, Chitré, Los Santos, Santiago, David, Changuinola, Almirante y Aguadulce, entre otras).

Igualmente, la solicitud de BSC se traduciría en una importante inversión en el mercado local.

Por último, con la participación de BSC como proveedor de telefonía básica mediante su red celular se daría una real competencia entre proveedores de estos servicios, lo que obligaría a mejorar la calidad de los servicios y a ofrecer tarifas más bajas y convenientes a los usuarios.

El Ente Regulador es la entidad encargada de velar por el cumplimiento de las normas que rigen al sector de las telecomunicaciones. Sin embargo, con su negativa no hace más que impedir que haya lugar a la modernización el (sic) sector, a que se dé una competencia real entre proveedores de telefonía básica y que los usuarios cuenten con una mayor variedad de productos a precios más ventajosos.

Como quiera que la decisión contenida en la Resolución JD-3574 de 24 de octubre de 2002 ha sido la de negar a BSC la autorización para que use parte de las frecuencias de la Banda A para presentar los servicios 101 y 104, la actuación del Ente Regulador olvida los objetivos de la Ley 31, claramente delineados en el artículo 1 de dicha excerta, por lo que se ha configurado una violación directa por omisión." (Cf. f. 74 a 76). (El subrayado es del demandante).

B. La parte actora ha señalado como infringido el artículo 16 de la Ley 31 de 8 de febrero de 1996, modificado por la Ley N°24 de 30 de junio de 1999, cuyo tenor literal es el siguiente:

"Artículo 16: El derecho a utilizar una frecuencia o bandas de frecuencias, quedará afecto al servicio de telecomunicaciones para el cual se conceda. Los concesionarios de servicios de telecomunicaciones no podrán utilizar las frecuencias asignadas, para fines distintos de aquellos autorizados en las correspondientes concesiones."

En cuanto al concepto de la violación, el apoderado judicial de la empresa demandante explicó lo que a seguidas se escribe:

"Esta norma ha sido violada toda vez que se ha dado una aplicación indebida de la misma a un supuesto que no está amparado por la disposición.

Conforme al artículo citado, los concesionarios de un servicio que supone el uso de frecuencias, sólo pueden usar dichas frecuencias para la operación de ese determinado servicio. Por ello, el Ente Regulador está facultado para la autorización de esas mismas frecuencias para servicios distintos otorgados en concesión.

Siendo ello así, no se puede afirmar que el artículo 16 lo que pretende es que las frecuencias no se usen para operar más de un servicio de telecomunicaciones. Esto llevaría a desconocer los objetivos de la Ley 31,

la cual busca administrar de mejor manera los recursos para desarrollar un óptimo sistema de telecomunicaciones.

El Ente Regulador al fundamentar su decisión en el artículo 16 citado, ha aplicado indebidamente la disposición al presente caso, el cual no cae en el supuesto contemplado en dicha norma.

Lo que hace el artículo 16 es, por un lado, aclarar que el derecho al uso de dichas frecuencias o bandas de frecuencias quedará afecto al servicio de telecomunicaciones para el cual se conceda y, por otro lado, exigir la autorización del Ente Regulador para dedicarlas a fines distintos a aquellos autorizados en las correspondientes concesiones.

Vale aclarar que en ningún momento está en discusión la finalidad de la norma. Sin embargo, el supuesto anterior es muy distinto a aquél que envuelve la solicitud de BSC.

BSC - dentro del marco de su Contrato - en ningún caso pretende dar a las frecuencias un uso distinto para el que expresamente se le ha autorizado. Lo que solicita BSC es que se le autorice para que con respecto a sus concesiones 101 y 104 se le autorice al uso de parte de la Banda A de frecuencias para la prestación de esos servicios.

Bajo este supuesto, el uso de las frecuencias celulares quedarían afectas a las respectivas concesiones para prestar los servicios 101 y 104, así como las disposiciones que le sean aplicables a las mismas, y sujeto al pago del canon que corresponda por el uso de esas frecuencias bajo los términos de cada concesión.

Como corolario obsérvese que la decisión del Ente Regulador contenida en la Resolución JD-3574 de 24 de octubre de 2002 se encuentra fundamentada en una norma que no se aplica al caso en discusión, con lo cual el Ente Regulador ha desconocido el verdadero supuesto de aplicación de dicha disposición." (Cf. f. 76 a 77). (El subrayado es del demandante)

El representante judicial de la empresa demandante, considera infringido el artículo 73, numerales 4 y 12 de la Ley N°31 de 8 de febrero de 1996, modificado por la Ley N°24 de 30 de junio de 1999, el cual reza de la siguiente manera:

"Artículo 73: En adición a las funciones y atribuciones generales del Ente Regulador de los Servicios Públicos señaladas en su ley constitutiva, éste tendrá las siguientes atribuciones en materia de telecomunicaciones: ...

4. Adoptar las medidas necesarias, para procurar que los servicios de telecomunicaciones se brinden en forma eficiente, ininterrumpida, sin interferencias y discriminaciones;
...

12. Velar por la eficaz utilización de las frecuencias asignadas a los servicios de telecomunicaciones, comprobando técnicamente las emisiones radioeléctricas e identificando, localizando y exigiendo la eliminación de aquéllas que no cumplan con las exigencias y requerimientos que establezca el Ente Regulador;..."

Respecto al concepto de la violación, el procurador judicial de la empresa recurrente indicó lo siguiente:

"Esta disposición ha sido violada en forma directa por omisión ya que la decisión del Ente Regulador contenida en la Resolución N°JD-3574 del 24 de octubre de 2002, desconoce completamente lo preceptuado por esta disposición.

Conforme a la norma citada, forman parte de las funciones del Ente Regulador 'Adoptar las medidas necesarias para procurar que los servicios de telecomunicaciones se brinden en forma eficiente' y 'Velar por la eficaz utilización de las frecuencias asignadas a los servicios de telecomunicaciones'.

Si la solicitud de BSC lo que persigue es precisamente que se utilicen más eficazmente las frecuencias que le fueron otorgadas bajo el Contrato, la negativa del Ente Regulador impide que dicho fin se cumpla y, además, esta

decisión se constituye en una medida que de ninguna forma procura que se brinden los servicios de telecomunicaciones de forma más eficiente.

El espectro radioeléctrico es un bien del estado cuya eficiente explotación hace posible la prestación de servicios de telecomunicaciones de manera óptima. La actuación del ente Regulador que se materializa en la Resolución N°JD-3574 de 24 de octubre de 2002, desconoce el mandato legal y las funciones que el artículo 73 de la Ley No.31 le ha signado, por lo que dicha norma ha sido violada de forma directa por omisión." (Cf. f. 78)

IV. El Informe de Conducta.

El señor Magistrado Sustanciador mediante el Oficio N°492 de 28 de marzo de 2003, solicitó al Director Presidente del Ente Regulador de los Servicios Públicos rindiera su Informe Explicativo de Conducta en el término de cinco (5) días hábiles, conforme lo exige el artículo 33 de la Ley 33 de 1946.

En tiempo oportuno, el Director Presidente del Ente Regulador envió al señor Magistrado Sustanciador su Informe explicativo de Conducta, a través de la Nota N°DPER-1071 de 3 de abril de 2003, el cual en su parte medular señaló lo siguiente:

"IV. Conclusión

Con fundamento en las normas legales citadas, y en atención a las siguientes consideraciones, esta Entidad Reguladora concluyó que la solicitud presentada por BSC de Panamá, S.A. debía ser denegada:

1. La Ley No.17 de 1991, **asignó dos Bandas para la explotación de la telefonía móvil celular.** La Banda A fue otorgada mediante contrato a la empresa **BSC DE PANAMÁ, S.A.**, previa celebración de Licitación Pública Internacional.

2. El Contrato de Concesión establece que la Entidad Reguladora debe garantizar a **BSC DE PANAMÁ, S.A.**, el uso exclusivo de las frecuencias de la Banda A de Telefonía Móvil Celular para su operación en la forma en que quedó establecido en la citada Cláusula N°52. Por ello en el Plan Nacional de Atribución de Frecuencias, la Banda A quedó atribuida exclusivamente al servicio de Telefonía Móvil Celular.

3. El derecho a utilizar una frecuencia o bandas de frecuencias queda afecto al servicio de telecomunicaciones y los concesionarios de servicios de telecomunicaciones no podrán utilizar las frecuencias asignadas, para fines distintos de aquellos autorizados en las correspondientes concesiones.

4. Lo anterior significa que la empresa **BSC DE PANAMÁ, S.A.**, no puede utilizar las frecuencias asignadas para otro fin que no sea el establecido en su concesión, tal como lo establece el Artículo 16 de la Ley No. 31 de 1996, que citamos anteriormente, norma legal que debe acatar el Ente Regulador y la propia empresa, máxime cuando la Ley No. 31 de 1996 preceptúa que deben respetarse las condiciones establecidas en los respectivos contratos de concesión de las Bandas A y B de la Telefonía Móvil Celular.

5. El Ente Regulador tiene entre sus funciones la administración del Espectro Radioeléctrico, siendo uno de sus fines permitir el uso eficiente y la optimización de ese bien público nacional, no obstante, **dicha administración debe enmarcarse dentro del ordenamiento jurídico existente, el cual tiene como principio fundamental, el consagrado en el antes citado Artículo 16 de la Ley No. 31 de 1996.**

6. Para la prestación de los servicios de Telecomunicaciones Básica Local y de Terminales Públicos y Semipúblicos, existen los respectivos segmentos de frecuencias en el Plan Nacional de Atribución de Frecuencias (PNAF), que en sus respectivos rangos pueden ser solicitados por **BSC DE PANAMÁ, S.A.**, y otros concesionarios.

7. Para proceder con lo solicitado por **BSC DE PANAMÁ, S.A.** tendría esta

Entidad Reguladora que proponer modificaciones a la legislación existente, entre las cuales estaría la modificación del Plan Nacional de Atribución de Frecuencias del Espectro Radioeléctrico." (Cf. f. 86 y 87). (Las negritas y el subrayado es del Director Presidente).

V. Contestación de la Procuraduría de la Administración.

Este Despacho es del criterio que, el Ente Regulador de los Servicios Públicos, en adelante el Ente Regulador, se ajustó a derecho cuando no accedió a la solicitud formulada por la empresa BSC de Panamá, S.A., mediante memorial fechado 25 de septiembre de 2002, para utilizar una parte de la Banda "A" del servicio de Telefonía Móvil Celular, para la prestación del Servicio de Telecomunicaciones Básica Local (101) y del Servicio de Telecomunicaciones de Terminales Públicos y Semipúblicos (104), así como para las frecuencias de enlace de microondas que se requieran para la prestación de estos servicios.

En efecto, al revisar el Contrato de Concesión N°30-A fechado 30 de enero de 1996, visible de fojas 20 a 64 del expediente judicial, mediante el cual el Estado le otorga a la empresa BSC de Panamá, S.A., la concesión para la prestación de Telefonía Móvil Celular de la Banda "A", observamos que la Cláusula Primera señala con claridad cuál es el objeto del referido Contrato.

Éste, expresa que **la concesión tendrá por objeto instalar, mantener, administrar, operar y explotar comercialmente por cuenta y riesgo de la empresa BSC de Panamá, S.A., en régimen de competencia, el servicio de Telefonía Móvil Celular en la Banda A.**

Por otra parte, la Cláusula Segunda del aludido Contrato de Concesión estableció que: **"La CONCESIÓN abarca el derecho**

de uso exclusivo de las frecuencias comprendidas en la Banda "A" y la prestación de los Servicios de Telefonía Móvil Celular, incluidos los servicios suplementarios y demás servicios inherentes al Sistema de Telefonía Móvil Celular, entre los cuales se incluyen, sin ser limitativos, los siguientes: llamada en espera, transferencia de llamadas, cobertura sólo en ciertas áreas del sistema, conferencia, transmisión a llamadas, restricción de datos, transmisión de datos, transmisión de video, roaming internacional y nacional, correo de voz, marcación abreviada, servicios de valor agregado."

Dicha excerta legal también estipuló que: "EL CONCESIONARIO deberá obtener una concesión de la autoridad competente, de conformidad con la legislación aplicable, para prestar otros servicios y facilidades de telecomunicaciones no comprendidos en esta concesión. El Estado se compromete a asignar las frecuencias de enlace, de conformidad al Decreto 87-A de 3 de abril de 1991, expedido por el Ministerio de Gobierno y Justicia." (El resaltado y subraya son nuestras)

En otro orden, la Cláusula 11 del Contrato señaló cuál era el Derecho de Concesión que tendría la empresa BSC de Panamá; a saber: "Se estable (sic) la cantidad de US\$72,610.000.00 por el derecho de esta CONCESIÓN, pagada en el acto de la firma del presente contrato por parte del Ministerio de Gobierno y Justicia. Dicho pago incluye el derecho a uso de las frecuencias comprendidas en la Banda "A", así como las frecuencia (sic) de enlace necesarias para la prestación del Servicio de Telefonía Móvil Celular en atención a los fines establecidos en este Contrato de Concesión. Las frecuencias de enlace serán asignadas por el

Ministerio de Gobierno y Justicia de conformidad al Decreto 87-A de 3 de abril de 1991."

Aunado a esto, la Cláusula 52 denominada "BANDA DE FRECUENCIAS" explica la forma de operación de las frecuencias de la Banda "A" de Telefonía Móvil Celular, para la empresa BSC de Panamá, S.A. la cual dice así:

"CLAUSULA 52: BANDA DE FRECUENCIAS

La Entidad Reguladora garantiza a EL CONCESIONARIO, la exclusividad de las frecuencias de la Banda "A" de Telefonía Móvil Celular, para su operación en la forma que se indica a continuación:

PORCIÓN A (333 canales)

TRANSMISIÓN DE CELDAS	Tx=DE 870,030 MHz A 879,990 MHz
TRANSMISIÓN DE EQUIPOS TERMINALES PORCIÓN A' (50 canales)	Tx=DE 825,030 MHz A 834,990 Mhz
TRANSMISIÓN DE CELDAS	Tx=DE 890,010 MHz A 891,480 MHz
TRANSMISIÓN DE EQUIPOS TERMINALES PORCIÓN A" (33 canales)	Tx=DE 845,010 MHz A 846,480 Mhz
TRANSMISIÓN DE CELDAS	Tx=DE 869,040 MHz A 870,000 MHz
TRANSMISIÓN DE EQUIPOS TERMINALES	Tx=DE 824,040 MHz A 825,000 Mhz

Lo anterior nos demuestra que, el Contrato N°30-A de 1996, le permite a la empresa BSC de Panamá, S.A., explotar única y exclusivamente el servicio de Telefonía Móvil Celular en la frecuencia de la Banda "A", impidiéndole realizar cualquier otra actividad comercial que no guarde relación con este servicio; por lo tanto, nos resulta impropio que el Ente Regulador acoja la solicitud formulada por la empresa demandante.

A su vez debemos manifestar que, si bien, este derecho de concesión tiene un carácter restrictivo para la empresa

BSC de Panamá, S.A.; no podemos dejar de lado el hecho que el mismo no es limitativo, ya que le permite efectuar las gestiones que estime pertinentes, para obtener una nueva Concesión Administrativa a fin de poder brindar otros servicios y facilidades de telecomunicaciones, siempre que no estén comprendidos en la Concesión N°30-A de 1996.

En otro orden, consideramos importante transcribir una parte de la sustentación realizada por la demandante, cuando formuló su petición al Ente Regulador, la cual fue citada en el CONSIDERANDO de la Resolución N°JD-3574 de 2002, impugnada; puesto que, a nuestro juicio, ésta señala con claridad que la pretensión de la petente era utilizar una parte de la frecuencia dada en concesión para otros fines distintos a lo pactado en el Contrato. Ésta, expresó lo siguiente:

"BSC de Panamá, S.A., ha identificado que a través de ciertas inversiones puede obtener equipo de telecomunicaciones que le permita utilizar parte de la Banda A para la prestación a partir del 2 de enero de 2003, de los servicios de telecomunicación básico local y de terminales públicos y semipúblicos en las mismas áreas de cobertura donde actualmente prestamos nuestro servicio de telefonía móvil celular.

En atención a que los equipos que se utilizarían para la prestación de los servicios de telefonía local y de terminales públicos y semipúblicos, se enlazarían con la red nacional de telecomunicaciones a través de nuestras radiobases (cell sites) del sistema de telefonía móvil celular, que se encuentran ubicados a escala nacional, estaríamos en disposición de prestar los servicios de telefonía local y de terminales públicos y semipúblicos en todos aquellos barrios que se encuentren dentro de nuestra área de cobertura a partir de 2 de enero de 2003.

Esta situación favorecería los principios de apertura de la competencia establecidos en la Ley General de Telecomunicaciones, así como diversas resoluciones del Ente Regulador, abriendo mayores posibilidades de escogencia a todos los usuarios de los servicios públicos antes mencionados.

El utilizar parte de la Banda A para la prestación de los servicios de telefonía y de terminales públicos y semipúblicos, permitiría que estos servicios pudieran llegar hasta áreas rurales y de la periferia de las capitales de provincia donde la gran mayoría de los nuevos concesionarios no les ha interesado participar, convirtiéndose en la alternativa real de que los precios del servicio de telefonía local no aumenten por el descreme del mercado que adoptaron los nuevos operadores entrantes...

Cabe destacar, que la utilización de una porción de la Banda A para la prestación de telefonía local y de terminales públicos y semipúblicos y de enlaces de señales, no afectarán la prestación continua e interrumpida (sic) del servicio de telefonía móvil celular que actualmente presta BSC de Panamá, S.A., en el ámbito nacional.

El utilizar la Banda A para la prestación de servicios de telecomunicaciones diferentes a los de telefonía móvil celular, permite un uso eficiente del espectro radioeléctrico, que se traduce en el uso múltiple que se le puede dar a un mismo grupo de frecuencias sin tener que requerir la utilización de frecuencias adicionales para prestar servicios de telecomunicaciones". (La subraya es nuestra)

El texto supra transcrito nos conduce a aseverar que, la empresa BSC de Panamá, S.A. pretendía con su solicitud obtener del Ente Regulador una autorización que le permitiera utilizar una parte de la Banda A, dada en Concesión Administrativa mediante Contrato N°30-A de 30 de enero de 1996, para prestar o explotar el Servicio de

Telecomunicaciones Básica Local (101) y del Servicio de Telecomunicaciones de Terminales Públicos y Semipúblicos (104) y las frecuencias de microondas que se requieren para que estos puedan operar; actividad comercial que no se encuentra amparada, por el mencionado Contrato de Concesión.

Es necesario resaltar que, el Ente Regulador al tramitar la solicitud formulada por la empresa BSC de Panamá, consideró lo establecido en la legislación vigente que guarda relación con la materia de la Telefonía Móvil Celular y lo pactado en el Contrato de Concesión N°30-A de 1996.

El artículo 7 de la Ley N°31 de 8 de febrero de 1996, "por la cual se dictan normas para la regulación de las telecomunicaciones en la República de Panamá", explica cómo se clasifican los servicios de telecomunicaciones. Éste dice así:

Artículo 7. Las telecomunicaciones constituyen un servicio público. Los servicios de telecomunicaciones se clasifican así:

1. Servicios tipo A: Constituyen los servicios que, por razones técnicas o económicas, se otorguen en régimen de exclusividad temporal, o a un número limitado de concesionarios que operarán en régimen de competencia;

2. Servicio tipo B: Los demás servicios de telecomunicaciones que se otorguen libremente en régimen de competencia."
(El resaltado es nuestro)

Aunado a lo anterior, el artículo 16 de ese mismo cuerpo legal dispuso que: "...los concesionarios de servicios de telecomunicaciones no podrán utilizar las frecuencias asignadas, para fines distintos de aquellos autorizados en las correspondientes concesiones."

Por consiguiente, el hecho que la empresa BSC de Panamá, S.A., considere que la utilización de una parte de la Banda

A, para otros servicios que no se encuentran adscritos al Contrato de Concesión, favorecería los principios de apertura de la competencia establecidos en la Ley General de Telecomunicaciones y permitiría un uso eficiente del espectro radioeléctrico, sin requerir la utilización de frecuencias adicionales para prestar servicios de telecomunicaciones; no significa que, el Ente Regulador debe obviar lo dispuesto en la Ley 31 de 1996 y el Contrato N°30-A de 1996, el cual también constituye ley entre las partes que en él intervinieron.

En otro orden de ideas, es dable destacar que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 73, numeral 2, de la Ley 31 de 1996, al Ente Regulador le corresponde velar por el cumplimiento del Plan Nacional Técnico de Telecomunicaciones; implementado por medio de la Resolución N°JD-107 de 30 de septiembre de 1997, modificada por las Resoluciones N°JD-115 de 23 de octubre de 1997, Resolución N°JD-740 de 22 de mayo de 1998, Resolución N°JD-2019 de 13 de junio de 2000 y la Resolución N° JD-2375 de 14 de septiembre de 2000.

Aunado a lo anterior, es necesario mencionar que dicho Plan Nacional Técnico de Telecomunicaciones, incluyó, entre otros, el Plan de Uso del Espectro Radioeléctrico destinado a los servicios de telecomunicaciones, aprobado a través de la Resolución N°JD-025 de 12 de diciembre de 1996, modificada por la Resolución N°JD-1844 de 15 de febrero de 2000, el cual estableció la clasificación de los servicios de telecomunicaciones, para los servicios de Tipo "A" y Tipo "B".

Entre los servicios de Tipo "A", se encuentra el servicio de telefonía móvil celular, Bandas "A" y "B",

identificado con el número 107, el cual fue sometido a Licitación Pública, otorgándole la correspondiente concesión administrativa de la Banda "A" a la empresa BSC de Panamá, S.A., y la Banda "B" a la empresa Cable and Wireless de Panamá, S.A.

Con la finalidad de establecer un mecanismo, para comprender las categorías de los servicios que brindarían los concesionarios, el referido Plan de Uso del Espectro Radioeléctrico definió lo que se entiende por el servicio de telefonía móvil celular, Bandas A y B, identificado con el número 107. Éste dice así:

**"107. SERVICIO DE TELEFONÍA MÓVIL
CELULAR, BANDAS A Y B**

DEFINICION: Servicio final de telecomunicaciones que consiste en la transmisión o transporte de las emisiones de radio generadas y recibidas por los equipos terminales o radioteléfonos en poder de los abonados, clientes o usuarios del servicio, con el fin de que éstos puedan originar o recibir llamadas telefónicas o transmisiones de datos o equivalentes, utilizando para ello un Sistema de Telefonía Móvil Celular. El Servicio de Telefonía Móvil Celular comprende el originar y recibir comunicaciones desde y hacia el radioteléfono, dirigidas o provenientes de otros abonados del mismo Servicio de Telefonía Móvil Celular o de cualquier otro servicio de telecomunicaciones con el cual se interconecte, incluidos otros Sistemas de Telefonía Móvil Celular y la Red Básica de Telecomunicaciones. La Bandas A y B están definidas en el artículo 5 de la Ley 17 de 9 de julio de 1991."

En el caso que nos ocupa, el Estado panameño otorgó en concesión a la empresa BSC de Panamá, S.A., el uso de la Banda "A" del Espectro Radioeléctrico para explotar solamente el servicio de telefonía móvil celular; por consiguiente, pretender obtener una autorización por parte del Ente

Regulador para el uso de una parte de la Banda "A", para brindar servicios distintos a los otorgados, conllevaría a incurrir en abuso de autoridad y desviación de poder por parte del Ente Regulador.

La Constitución Política Nacional, dispuso en sus artículos 17 y 18 lo siguiente:

"Artículo 17: Las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales donde quiera que se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción; asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales, y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley."

"Artículo 18: Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infracción de la Constitución o de la Ley. **Los servidores públicos lo son por esas mismas causas y también por extralimitación de funciones** o por omisión en el ejercicio de éstas." (El resaltado es nuestro)

Para concluir, es necesario indicar que, si bien, la Ley N°31 de 1996 fue creada con el objeto de acelerar la modernización y el desarrollo del sector y promover la competencia leal, en la provisión de los servicios de telecomunicaciones sujetos a dicha Ley; no podemos dejar a un lado el hecho que, el Ente Regulador se encuentra obligado a dar fiel cumplimiento de la Ley y sus Reglamentaciones, máxime si el Contrato N°30-A de 1996, estableció en forma específica el ámbito de aplicación de la Concesión dada a BSC de Panamá.

En todo caso, si la demandante desea explotar comercialmente otros servicios dentro de la Banda "A" del Espectro Radioeléctrico, deberá según nuestro criterio, iniciar las gestiones legales pertinentes a fin de obtener

una nueva Concesión Administrativa, la cual tendrá que perfeccionarse a través de un Contrato debidamente refrendado por la Contraloría General de la República.

Por lo anterior, estimamos que, la Resolución N°3574 de 24 de octubre de 2002, no ha infringido los artículos 1, 16 y 73, numerales 4 y 12, de la Ley N°31 de 1996.

En consecuencia, reiteramos respetuosamente nuestra solicitud a los Señores Magistrados que integran la Honorable Sala Tercera, para que denieguen las peticiones incoadas por el apoderado judicial de la empresa BSC de Panamá; puesto que, no le asiste la razón en las mismas, tal como lo hemos demostrado en el transcurso del presente escrito.

Pruebas: Aceptamos solamente, los documentos originales y copias debidamente autenticadas.

Aducimos el expediente administrativo, que reposa en los archivos del Ente Regulador de los Servicios Públicos.

Derecho: Negamos el invocado, por la parte demandante.

Señor Magistrado Presidente,

**Licda. Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración**

AMdeF/11/mcs

Licdo. Víctor L. Benavides P.
Secretario General

Materia: Telefonía Móvil Celular
Contrato de Concesión
Uso de Frecuencia de Telecomunicación
BORRADOR DE VISTA REVISADO POR MANUEL BERNAL
27 DE JUNIO DE 2003.
Magistrado: Arturo Hoyos
Exp. 122-03
Repartido: 21 de abril de 2003.
Proyecto: 27 de junio de 2003.
Licda. Moreno