

**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-5619 del 31 de octubre de 2005, dictada por **la Junta Directiva del Ente Regulador de los Servicios Públicos**, el acto confirmatorio y para que se hagan otras declaraciones.

Concepto.

Honorable 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 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. Acto acusado.

El acto administrativo demandado es la resolución JD-5619 del 31 de octubre de 2005, por la cual se sanciona a la empresa Cable & Wireless Panamá, S.A., con multa por la suma de B/.800,000.00, por infringir del numeral 10 del artículo 56 de la Ley 31 de 1996, el numeral 2 del artículo 42 de la Ley 31 de 1996 y los artículos 90, 187, 192.7 y 248 del Decreto Ejecutivo 73 de 1997, y la resolución JD-2936 de 2001, modificada por la resolución JD-3006 de 2001, estas últimas agregadas por el desaparecido Ente Regulador de los Servicios Públicos.

II. Normas que se aducen infringidas y conceptos de las supuestas infracciones.

La parte actora aduce la infracción de las siguientes disposiciones jurídicas:

A. El numeral 2 del artículo 42 de la Ley 31 de 1996 que se refiere a la obligación de los concesionarios 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.

La apoderada judicial de la demandante manifiesta que la norma invocada fue violada, por indebida aplicación, por las razones explicadas en las fojas 214 a 216 del expediente judicial.

B. El artículo 90 del Decreto Ejecutivo 73 de 1997 que dispone que el concesionario deberá cooperar con otros concesionarios de servicios de telecomunicaciones, en particular en lo que respecta a la interconexión de sus redes y sistemas.

La parte demandante sostiene que la norma invocada fue violada, por indebida aplicación, porque se aplicó a una situación de hecho a la que no corresponde, según las razones expuestas a fojas 216 a 218 del expediente judicial.

C. El artículo 187 del Decreto Ejecutivo 73 de 1997, que dispone que la interconexión de las redes de los servicios de telecomunicaciones de uso público es obligatoria y, por lo tanto, es una condición esencial de la concesión.

La demandante plantea que la norma citada ha sido violada, conforme explica en el correspondiente concepto de la violación visible a fojas 218 y 219 del expediente judicial.

D. El artículo 189 del Decreto Ejecutivo 73 de 1997, que establece que los concesionarios 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 y condiciones técnicas y económicas negociados de buena fe entre ellos, la ley y a los demás

reglamentos aplicables, siempre que se hayan cumplido con los requisitos allí indicados.

A juicio de la parte actora, la resolución acusada viola el referido artículo 189 por indebida aplicación, tal como se indica en las fojas 220 a 222 del expediente judicial.

E. El artículo 192.7 del Decreto Ejecutivo 73 de 1997 que dispone que los concesionarios deberán efectuar la interconexión en todos los puntos técnicamente factibles, siempre que no se ocasione daño a la red.

La apoderada judicial de la demandante señala que la norma invocada fue violada, por aplicación indebida, en la forma como se explica en las fojas 222 y 223 del expediente judicial.

F. El artículo 248 del Decreto Ejecutivo 73 de 1997 que señala que el concesionario se compromete a no realizar directa ni indirectamente acto alguno que signifique el aprovechamiento de su posición dominante en el mercado y en la prestación de los servicios concedidos, con el objeto de obtener alguna ventaja que impida, limite, restrinja, distorsione o, en general, afecte la leal competencia entre empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones.

La apoderada judicial de la demandante considera que la norma invocada fue infringida, por interpretación errónea, según lo expone en el concepto de la violación consultable de fojas 224 a 227 del expediente judicial.

G. Los numerales 5, 13 y 22 del artículo 19 de la Ley 26 de 1996 que establecen, entre las atribuciones del Ente Regulador de los Servicios Públicos, las de promover la competencia y eficiencia en las actividades de los servicios públicos e investigar posibles conductas monopolísticas, anticompetitivas o discriminatorias en las empresas y entidades que operen en dichos servicios públicos, cuando considere que pueden ir en contra del interés público; aplicar sanciones a los infractores en el campo normativo de su competencia sobre la

base de las atribuciones conferidas en esa ley, en las leyes sectoriales respectivas o en las concesiones, licencias o autorizaciones; e informar anualmente al Presidente de la República y a la Asamblea Nacional sobre el estado de los servicios públicos y recomendar a quien corresponda las medidas que considere necesarias para mejorarlos, para mantener o incrementar la competencia o para evitar abuso de posiciones dominantes.

La parte actora considera que los numerales 5, 13 y 22 del artículo 19 fueron violados de manera directa, por omisión, en la forma como se expone en las fojas 227 a 229 del expediente judicial.

H. El artículo 59 de la Ley 31 de 1996 que indica que el Ente Regulador de los Servicios Públicos impondrá las sanciones previstas en el numeral 1 del artículo 57, previo cumplimiento del procedimiento allí establecido.

La sociedad demandante considera que la norma invocada fue violada, por indebida aplicación, conforme se detalla en las fojas 231 y 232 del expediente judicial.

I. Los artículos 198, 199, 200, 201 y 202 del Decreto Ejecutivo 73 de 1997 que en su orden establecen lo siguiente:

- Artículo 198: dispone que los concesionarios realizarán sus mejores esfuerzos para alcanzar un acuerdo dentro de los 120 días calendario desde que el concesionario solicitante envíe una copia de la solicitud de interconexión al Ente Regulador, en la que conste que la parte solicitada ha recibido la solicitud.

- Artículo 199: señala que de no llegarse a un acuerdo en el plazo establecido en el artículo anterior, cualquiera de las partes podrá solicitar la intervención del Ente Regulador. La solicitud de las partes se hará por escrito y describirá los puntos en desacuerdo entre las partes.

- Artículo 200: indica que en caso de desacuerdo ambas partes enviarán al Ente Regulador una oferta final, y la sustentarán con la documentación que el Ente Regulador les solicite.

- Artículo 201: prevé que una vez que las partes hayan presentado su oferta final al Ente regulador, éste les concederá un plazo de 3 días calendario para que con participación de la entidad reguladora concilien sus diferencias.

- Artículo 202: dispone que una vez vencido el período de conciliación a que se refiere el artículo anterior, el Ente Regulador de los Servicios Públicos dispondrá de 90 días calendario para tomar una decisión.

La apoderada judicial de la parte actora señala que las normas invocadas fueron violadas de manera directa, por omisión, en la forma como se explica en las fojas 233 y 234 del expediente judicial.

J. El artículo Segundo de la resolución JD-2936 de 2001, modificada por la resolución JD-3006 de 2001, mediante la cual la autoridad reguladora dispuso comunicar a todos los concesionarios de los servicios básicos de telecomunicaciones que podrán escoger otros puntos de interconexión diferentes a los indicados en el artículo Primero de esa resolución, y que Cable & Wireless Panamá, S.A., no restringirá o limitará los puntos de interconexión y podrá recomendar puntos de interconexión alternativos a los solicitados.

La parte actora considera que se ha infringido la norma invocada de manera directa, por comisión, según se indica en las fojas 234 y 235 del expediente judicial.

K. El anexo A del acápite 6.1 de la resolución JD-2802 de 2001 que dispone que la interconexión de las redes de los servicios de telecomunicaciones de uso público es obligatoria y se regirá de acuerdo a lo establecido en el Título V del Decreto Ejecutivo 73 de 1997.

La apoderada judicial de la sociedad demandante considera que la norma invocada fue violada de manera directa, por omisión, como se indica en las fojas 235 y 236 del expediente judicial.

III. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Este Despacho disiente del planteamiento expuesto por la parte actora al explicar el concepto de la violación del numeral 2 del artículo 42 de la Ley 31 de 1996. A juicio de la Procuraduría de la Administración, esta norma sí es aplicable a la situación bajo análisis, porque en el expediente administrativo consta que Advanced Communication Network, S.A., interpuso una denuncia en contra de la empresa Cable & Wireless Panamá, S.A., por no permitirle la interconexión de los nuevos puntos solicitados para las ciudades de David, La Chorrera, Santiago, Chitré y Aguadulce que fueron requeridos por la primera para ofrecer a los usuarios una alternativa distinta a la ya existente, asegurando de esta manera la competitividad y la apertura real del mercado. Advanced Communication Network, S.A., hizo su solicitud mediante la nota GG-005-2004 del 6 de enero de 2004, con fundamento en el Acuerdo de Interconexión de redes suscrito con Cable & Wireless Panamá, S.A., el 7 de enero de 2003. (Cfr. fojas 1 a 7 del expediente administrativo y los acápites 9.3 y 9.4 de los considerandos de la resolución 5619 de 2005 visibles a foja 3 del expediente judicial).

Sobre ese particular, vale acotar que a través del artículo Segundo de la resolución JD-2936 de 2001, modificada por la resolución JD-3006 de 2001, el Ente Regulador de los Servicios Públicos dispuso comunicar a todos los concesionarios de los servicios básicos de telecomunicaciones que podrán escoger otros puntos de interconexión diferentes a los indicados en el artículo Primero de esa resolución, y que Cable & Wireless Panamá, S.A., no restringirá o limitará los puntos de interconexión y podrá recomendar puntos de interconexión alternativos a los solicitados.

Según lo indicado en el acápite 9.5 de la parte motiva de la resolución acusada, debido a que Cable & Wireless Panamá, S.A. no le dio respuesta a la solicitud formulada por Advanced Communication Network, S.A., esta última tuvo que solicitar la intervención del Ente Regulador de los Servicios Públicos, la que convocó a las partes el 22 de abril de 2004. (Cfr. foja 3 del expediente judicial).

En la minuta de la reunión llevada a efecto en la fecha indicada, consta la participación de los representantes de Cable & Wireless Panamá, S.A., Advanced Communication Network, S.A., y el Ente Regulador de los Servicios Públicos, y que en desarrollo de la misma, Advanced Communication Network, S.A., planteó que desde el 6 de enero de 2004 le envió una nota a la primera para que se implementaran los nuevos puntos de interconexión. Por su parte, Cable & Wireless Panamá, S.A., indicó que para la implementación de los nuevos puntos de interconexión, éstos debían ser pedidos en las reuniones de planificación, según lo establecido en el Acuerdo de Interconexión, por lo que procedió a remitir las correspondientes notas de invitación. Según consta así mismo en la minuta en referencia, la empresa denunciante descartó los argumentos expuestos por Cable & Wireless Panamá, S.A., y tomó como válida para los efectos de la solicitud de reunión la nota del 6 de enero de 2004. La entidad reguladora le solicitó a Cable & Wireless Panamá, S.A., que se realizara la reunión y se formalizara la solicitud lo antes posible conforme a la fecha en que se solicitó la interconexión de los nuevos puntos. De acuerdo a lo que se señala finalmente en la minuta en mención Cable & Wireless Panamá, S.A., planteó la necesidad de recibir la solicitud de convocatoria a la reunión por parte de Advanced Communication Network, S.A., según lo establecido en el Acuerdo de Interconexión. (Cfr. foja 18 de expediente administrativo).

De acuerdo con lo que al efecto consta en el acta de la reunión de planificación para la interconexión celebrada el 7 de mayo de 2004, Advanced Communication Network, S.A., solicitó nuevos puntos de interconexión en las centrales de Cable & Wireless Panamá, S.A., que son: La Chorrera, Vista Alegre, Santiago, Chitré, Las Tablas y Changuinola. (Cfr. fojas 19 a 21 del expediente administrativo).

Por otro lado debe indicarse, que conforme se señala del acápite 9.13 al 9.17 de la parte motiva de la resolución 5619 del 31 de agosto de 2005, resulta evidente que la empresa Cable & Wireless Panamá, S.A., no demostró que estuviera realizando acciones tendientes a lograr la interconexión de los puntos solicitados y, en su lugar, dilató el trámite esgrimiendo toda clase de argumentos con el propósito de someter a la concesionaria entrante a la firma de un nuevo acuerdo e imponerle nuevas obligaciones diferentes a las ya pactadas en el Acuerdo de Interconexión que tienen suscrito, motivo por el cual el Ente Regulador de los Servicios Públicos le ordenó a Cable & Wireless Panamá, S.A., la interconexión inmediata del punto de la Ciudad de David, tomando en consideración que los puntos cuya interconexión solicitó la denunciante son técnicamente factibles y que en la práctica están siendo usados por la propia empresa, motivo por el cual no existe razón alguna para que no se haya procedido a la interconexión (Cfr. foja 4 del expediente judicial).

Al respecto, el artículo 192.7 del Decreto Ejecutivo 73 de 1997 obliga a efectuar la interconexión en todos los puntos técnicamente factibles. (Cfr. foja 4 del expediente judicial). Adicional a lo anterior, el acápite 9.17 de la resolución acusada establece que de las actuaciones se ha comprobado que la empresa Cable & Wireless Panamá, S.A., también ha negado el arrendamiento de los enlaces de transporte en la ruta de Panamá a David desconociendo que está

obligada a ello, por ser la única propietaria de una red fija a escala nacional y que el entrante no tiene opción alguna. (Cfr. foja 5 del expediente judicial).

De lo expuesto se observa, que la conducta puesta en evidencia por Cable & Wireless Panamá, S.A., al negarse a interconectar en su red los nuevos puntos solicitados por Advanced Communication Network, S.A., constituye una violación del numeral 2 del artículo 42 de la Ley 31 de 1996, los artículos 90, 187, 189, 192.7 y 248 del Decreto Ejecutivo 73 de 1997, el Anexo A del acápite 6.1 de la resolución JD-2802 de 2001 y la resolución JD-2936 de 2001, modificada por la resolución JD-3006 de 2001, que en términos generales se refieren a la obligación de los concesionarios de permitir y mantener de manera equitativa la interconexión de otros concesionarios a sus redes, además de cooperar con los demás concesionarios de servicios de telecomunicaciones en lo que respecta a la interconexión, porque ésta constituye una obligación y, por tanto, una condición esencial de la concesión que le otorga el Estado.

De acuerdo con los principios de no discriminación e igualdad de acceso, Cable & Wireless Panamá, S.A., debe abstenerse de realizar directa o indirectamente actos que signifiquen el aprovechamiento de la posición dominante en el mercado; conducta que no se compadece con la seguida por dicha concesionaria en el caso de Advanced Communication Network, S.A.

Por consiguiente, la resolución acusada no viola los numerales 5, 13 y 22 del artículo 19 de la Ley 26 de 1996, precisamente porque tales disposiciones legales establecen entre las atribuciones que competían al Ente Regulador de los Servicios Públicos, las de promover la competencia y eficiencia en las actividades de los servicios públicos e investigar posibles conductas monopolísticas, anticompetitivas o discriminatorias en las empresas y entidades que operen en dichos servicios públicos cuando considere que pueden ir en contra del interés público; la de aplicar sanciones a los infractores en el campo normativo de su

competencia sobre la base de las atribuciones conferidas en esa ley, así como la de mantener o incrementar la competencia o para evitar abuso de posiciones dominantes; de allí que esta Procuraduría considere que la sanción que le fue aplicada a Cable & Wireless Panamá, S.A., al tenor del numeral 1 del artículo 57 de la Ley 31 de 1996, en concordancia con el artículo 59 de la misma excerpta legal se ajusta totalmente a Derecho y que como consecuencia de tal razonamiento, igualmente se establezca que no se ha producido la infracción de los artículos 198, 199, 200, 201 y 202 del Decreto Ejecutivo 73 de 1997 conforme alega la parte demandante.

Por lo expuesto, esta Procuraduría solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que NO ES ILEGAL la resolución JD-5619 del 31 de octubre de 2005, dictada por la Junta Directiva del Ente Regulador de los Servicios Públicos.

Pruebas: Se aduce la copia autenticada del expediente administrativo que reposa en la Secretaría de la Sala Tercera. Se objetan los documentos visibles en las fojas 16 a 19 y 113 a 120 del expediente judicial porque carecen del requisito de autenticidad que exige el artículo 833 del Código Judicial. También se objetan las Diligencias Notariales visibles en las fojas 172 a 173 y 176 a 178 del expediente judicial, por tratarse de una diligencia de inspección preconstituida, practicada sin la intervención de las partes por lo que resulta violatorio del debido proceso, dado que se llevó a cabo sin el contradictorio.

Derecho: Se niega el invocado en la demanda.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Nelson Rojas Avila
Secretario General

OC/5/iv.