

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 690

Panamá, 2 de julio de 2019.

Proceso Contencioso
Administrativo de Nulidad.

Concepto de la Procuraduría
de la Administración.

El Licenciado Christian R. Sepeid Alcázar, actuando en nombre y representación de la **Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia**, solicita que se declaren nulos, por ilegales, los numerales 15, 16 y 17 del Acápito "C" del Anexo A, de la Resolución 13200-Telco de 20 de marzo de 2019, dictada por la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos**.

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 3 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 descrito en el margen superior.

I. Acto acusado de ilegal.

El Licenciado Christian R. Sepeid Alcázar, actuando en nombre y representación de la **Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia**, solicita que se declaren nulos, por ilegales, los numerales 15, 16 y 17 del Acápito "C" del Anexo A, de la Resolución 13200-Telco de 20 de marzo de 2019, dictada por la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos**, los cuales son del tenor siguiente:

"AUTORIDAD NACIONAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS
Resolución AN No. 13200-Telco Panamá, 20 de marzo de 2019

*"Por la cual la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos se pronuncia sobre la **Consulta Pública No. 019-18**, a través de la cual se sometió a consideración de los interesados la propuesta de reglamentación de la Ley 36 de 5 de junio de 2018."*

EL ADMINISTRADOR GENERAL,
en uso de sus facultades legales,

...

ANEXO A

PROCEDIMIENTO PARA DEVOLVER AL ESTADO, LOS RECURSOS ESCASOS ADMINISTRADOS POR LA ASEP, CONFORME A LO ESTABLECIDO EN LA LEY 36 DE 5 DE JUNIO DE 2018.

...

C. ESPECTRO RADIOELÉCTRICO

...

15. Para estos procesos de migración contarán con un plazo de ciento (180) días calendario, con el objeto de que el concesionario adquiriente devuelva el espectro radioeléctrico que le fue autorizado al concesionario que desaparece como consecuencia de la concentración.

16. Vencidos los términos establecidos en los párrafos que anteceden, se deberá devolver todo el recurso inalámbrico que se haya autorizado y posteriormente la ASEP podrá realizar una Consulta Pública para anunciar las nuevas distribuciones del espectro radioeléctrico para los concesionarios de Servicios de Telecomunicaciones Móviles, entendiéndose éstos como los Servicios de Telefonía Móvil Celular (No.107) y de Comunicaciones Personales (PCS) (No.106).

17. En el caso que el operador adquirente/sobreviviente requiera de espectro adicional al otorgado a ellos, que provenga del operador que desaparece, para la prestación continua e ininterrumpida del servicio, deberá solicitarlo a la ASEP, con las correspondientes justificaciones y ésta lo otorgará en forma transitoria hasta que el operador adquirente/sobreviviente pague al Tesoro Nacional, el importe que corresponda en función del proceso de asignación de precio de espectro con el que cuenta la ASEP.

..." (Cfr. Gaceta Oficial 28,738-A de 22 de marzo de 2019).

II. Normas que se aducen infringidas.

El apoderado judicial de la demandante manifiesta que los numerales acusados vulneran las siguientes disposiciones:

A. El artículo 3 de la Ley 36 de 5 de junio de 2018, que regula las concentraciones económicas del mercado móvil, según el cual, toda operación de concentración económica entre concesionarios del servicio de telecomunicaciones móviles deberá ser notificada previamente por los agentes económicos interesados a la

verificación de la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia, y que ésta podrá recomendar la adopción de medidas correctivas, con la finalidad que la concentración económica se ajuste a lo dispuesto en la Ley 45 de 2007 (Cfr. fojas 8 a 10 del expediente judicial);

B. Los artículos 27 y 29 de la Ley 45 de 2007, que dicta normas de protección al consumidor y protección a la competencia, los cuales, de manera respectiva, se refieren a los supuestos en que la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia presumirá que las concentraciones tienen un objeto o efecto prohibido por la Ley; y a las medidas correctivas que puede disponer la Autoridad cuando de la investigación que realice de una concentración sometida a verificación o no verificada previamente se establece la existencia de uno de los supuestos prohibidos por la ley (Cfr. fojas 10 a 12 del expediente judicial); y

C. El artículo 24 del Decreto Ejecutivo 8-A de 22 de enero de 2009, que se refiere a las decisiones de la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia sobre concentraciones de agentes económicos (Cfr. fojas 12 a 13 del expediente judicial).

III. Antecedentes.

Según consta en autos, a través del Decreto Ley 10 de 22 de febrero de 2006, se reorganizó la estructura del Ente Regulador de los Servicios Públicos, bajo el nombre de Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (ASEP), el cual sería un ente autónomo del Estado, que se encargaría de controlar, regular y fiscalizar la prestación de los servicios de agua potable, alcantarillado sanitario, electricidad, telecomunicaciones, radio y televisión, así como los de transmisión y distribución de gas natural (Cfr. foja 17 del expediente judicial).

En este orden de ideas, el régimen jurídico aplicable en materia de telecomunicaciones se estableció por medio de la Ley 31 de 8 de febrero de 1996, debidamente reglamentada por el Decreto Ejecutivo 73 de 9 de abril de 1997, el cual

tendría por objetivo acelerar la modernización y el desarrollo de dicho 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 (Cfr. foja 17 del expediente judicial).

Con posterioridad se expidió la Ley 36 de 5 de junio de 2018, "***Que regula las concentraciones económicas del mercado móvil***", con la finalidad de permitir las concentraciones económicas en cualquiera de sus formas entre dos concesionarios de Servicios de Telecomunicaciones Móviles, entendiéndose éstos como los Servicios de Telefonía Móvil Celular (No.107) y de Comunicaciones Personales (PCS) (No.106), tal como se encuentran clasificados en la Resolución No. JD-025 de 12 de diciembre de 1996 y sus modificaciones (Cfr. foja 17 del expediente judicial).

Lo anterior, se haría previa verificación y concepto favorable de la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia (ACODECO) (Cfr. foja 17 del expediente judicial).

En tal sentido, debemos precisar que la normativa en materia de telecomunicaciones establece que cualquier proyecto de resolución de aplicación general que afecte significativamente a los concesionarios de dichos servicios públicos, deberá ser sometido a Consulta Pública por parte de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos; razón por la cual mediante avisos publicados en dos (2) diarios de circulación nacional, se anunció la celebración de la Consulta Pública No.019-18, a través de la cual se sometió a consideración de los interesados la propuesta de reglamentación de la Ley 36 de 5 de junio de 2018, "Que regula las concentraciones económicas del mercado móvil", para que dentro del periodo comprendido del 23 de noviembre al 17 de diciembre de 2018, los interesados presentaran sus comentarios sobre los temas planteados, cumpliendo así con el principio de transparencia y participación ciudadana, que consagran los artículos 24 y 25 de la Ley 6 de 22 de enero de 2002 (Cfr. foja 18 del expediente judicial).

Al respecto, luego del análisis de la normativa vigente, la referida consulta y la valoración de los argumentos expresados por los participantes de la misma, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos dictó la Resolución AN 13200-Telco de 20 de marzo de 2019, *“Por la cual la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos se pronuncia sobre la **Consulta Pública No. 019-18**, a través de la cual se sometió a consideración de los interesados la propuesta de reglamentación de la Ley 36 de 5 de junio de 2018.”* (Cfr. Gaceta Oficial 28738-A de 22 de marzo de 2019).

A través de dicho acto administrativo se adoptó el *“Procedimiento para devolver al Estado, los recursos escasos administrados por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (ASEP), conforme a lo establecido en la Ley 36 de 5 de junio de 2018”*. (Cfr. Gaceta Oficial 28738-A de 22 de marzo de 2019).

IV. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Al respecto, la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia, por conducto de su apoderado judicial, considera que los numerales 15, 16 y 17 del Acápito “C” del Anexo A, de la Resolución 13200-Telco de 20 de marzo de 2019, dictada por la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos**, infringe el artículo 3 de la Ley 36 de 5 de junio de 2018; pues, a través de dichos numerales la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos se subroga: *“...la facultad única y exclusiva de la ACODECO de recomendar la adopción de medidas correctivas, que dentro de las distintas posibilidades están las asociadas con la devolución parcial o total del espectro radioeléctrico adquirido producto de la operación de concentración económica. En ese sentido, EL PROCEDIMIENTO establece que la ASEP de manera posterior al concepto emitido sobre la concentración económica por la ACODECO, hará una valoración del espectro radioeléctrico, con el objeto de que dicho espectro sea devuelto a la ASEP por el concesionario adquirente de la operación como consecuencia de la concentración, tal cual lo manifiestan LOS NUMERALES 15, 16 y 17 de EL PROCEDIMIENTO...”* (Cfr. fojas 9 y 10 del expediente judicial).

De igual manera, la demandante considera que se infringen los artículos 27 y 29 de la Ley 45 de 2007 y el artículo 24 del Decreto Ejecutivo 8-A de 22 de enero de 2009, puesto que los numerales impugnados permiten a la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos modificar el espectro radioeléctrico *"...por consiguiente, se otorga una facultad que es única y exclusiva de la ACODECO que es la de establecer medidas correctivas."*(Cfr. fojas 10 y 11 del expediente judicial).

En tal sentido, según lo estima la entidad demandante, los numerales impugnados permiten a la ASEP emitir medidas correctivas *"...como lo es la reestructuración del espectro radioeléctrico, resultado de una concentración económica entre concesionarios de telefonía móviles. La ACODECO al momento de emitir concepto favorable condicionado hace un análisis completo de la operación, cualquier pronunciamiento que se emita ya sea aprobando o condicionando tiene que tomar en cuenta el análisis de la estructura de mercado, cómo se encuentra el mercado y como quedaría el mismo después de la operación con sus respectivas variables de competencia."*(Cfr. fojas 12 y 13 del expediente judicial).

De lo expuesto se desprende que la entidad demandante estima que los numerales impugnados lesionan la normativa antes indicadas, puesto que a través de los mismos la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos está ejerciendo la potestad de establecer medidas correctivas en lo concerniente a la distribución del espectro radioeléctrico, cuando ello, según indican, corresponde a la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia.

Sobre el particular, disentimos de los argumentos expuestos por el apoderado judicial de la actora, ya que de una lectura de los numerales 15, 16 y 17 del Acápito "C" del Anexo A, de la Resolución 13200-Telco de 20 de marzo de 2019, dictada por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos; no se desprende que dicha entidad úblicos desconozca la facultad reconocida a la Autoridad de Protección al Consumidor y

Defensa de la Competencia en el artículo 3 de la Ley 36 de 5 de junio de 2018, en el sentido de:

1. Verificar y dar concepto favorable a toda operación de concentración económica entre los concesionarios del servicio de telecomunicaciones; y
2. Recomendar la adopción de medidas correctivas con la finalidad que la concentración económica se ajuste a lo dispuesto en la Ley 45 de 2017.

En efecto, lo anterior se desprende de la lectura de la propia Resolución 13,200-Telco de 20 de marzo de 2019, cuando en su parte motiva, entre otras cosas, consideró los aspectos indicados al precisar lo siguiente:

“...

3. Que la Ley 36 de 5 de junio de 2018, ‘Que regula las concentraciones económicas del mercado móvil’, tiene por objeto permitir las concentraciones económicas en cualquiera de sus formas entre dos concesionarios de Servicios de Telecomunicaciones Móviles, entendiéndose éstos como los Servicios de Telefonía Móvil Celular (No.107) y de Comunicaciones Personales (PCS) (No.106), tal como se encuentran clasificados en la Resolución No. JD-025 de 12 de diciembre de 1996 y sus modificaciones, **previa verificación y concepto favorable de la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia (ACODECO)**;

“...

6. Que de conformidad a la **Ley 45 de 31 de octubre de 2007 y a la Ley 36 de 2018, le corresponde a la ACODECO ejercer, bajo su competencia y jurisdicción, los procedimientos de verificación previa** en cuanto a la concentración económica se refiere, de acuerdo no sólo a las Leyes 45 y 36, sino al Decreto Ejecutivo 8-A de 22 de enero de 2009 y la Resolución No. A-31-09 de 16 de julio de 2009, por la cual se aprueba ‘La Guía para el Control de las Concentraciones Económicas’; no obstante, tal como advirtió el Artículo 4 de la Ley 36 de 2018, que compartimos para mejor comprensión, le corresponde a la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, garantizar y dictar las directrices, normas y procedimientos de asignación, para que las concentraciones económicas del mercado móvil respeten el principio de trato igualitario para la distribución equitativa en la asignación de los recursos escasos, como el Espectro Radioeléctrico...”

Sobre el particular, debemos hacer referencia a los artículos 3 y 4 de la Ley 36 de 2018, los cuales son del tenor siguiente:

“Artículo 3. Toda operación de concentración económica entre concesionarios del servicio de telecomunicaciones móviles deberá ser modificada y sometida previamente por los agentes económicos

interesados a la verificación de la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia, a fin de obtener el concepto favorable para operar, de conformidad con lo establecido en la Ley 45 de 2007 y las correspondientes reclamaciones.

La Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia podrá recomendar la adopción de medidas correctivas, con la finalidad de que la concentración económica se ajuste a lo dispuesto en la Ley 45 de 2007. De negarse el concepto favorable, la operación sometida a verificación no podrá ser realizada.” (Lo resaltado es nuestro).

“Artículo 4. Las concentraciones económicas del mercado móvil respetarán el principio de trato igualitario para la distribución equitativa en la asignación de los recursos escasos, como el Espectro Radioeléctrico. La Autoridad Nacional de los Servicios Públicos dentro de su competencia garantizará y dictará las directrices, normas y procedimientos de asignación para que se cumpla dicho fin.” (La nergita es nuestra) (Cfr. fojas 17 y 18 del expediente judicial).

Sobre el particular, debemos destacar que según se desprende del acto acusado, el informe de conducta y la normativa aplicable, los numerales impugnados no guardan relación con aquellas medidas de carácter correctivo que podrá recomendar la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia a fin de garantizar el cumplimiento de la Ley 45 de 2007, de conformidad con lo establecido en el artículo 3 de la Ley 38 de 2018.

En tal sentido, los numerales impugnados forman parte de una normativa tendiente a garantizar el *“principio de trato igualitario”* dispuesto en el artículo 4 de la Ley 36 de 2018.

Esto es así, ya que de conformidad con el referido artículo, la entidad competente, para lograr ese fin, es la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos** y no la **Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia**.

Al respecto, en el informe explicativo de conducta se precisa que:

“Tal como hemos reiterado, la Ley 36 no facultó a la ACODECO esta competencia sino a la ASEP y, fue clara al señalar que debía de mantenerse la distribución equitativa de dicho recurso. Pretender hacer otra cosa, como plantea ACODECO en que deben ser ellos los que evalúen la necesidad o no de devolver el espectro radioléctrico, no sólo es ilegal, porque no fueron facultados para ello, sino que, en el supuesto que contarán con la facultad, incumplirían el contenido literal del

artículo 4 de la Ley 36, en cuyo texto se dispuso que de darse la concentración se debería respetar el principio de trato igualitario.” (Cfr. foja 56 del expediente judicial).

De este orden de ideas, coincidimos con la Autoridad de los Servicios Públicos cuando expresa que *“La recomendación consignada en el artículo 3 de la Ley 36 de 2018, y no el sujetar u ordenar tal como se recoge en la Ley 45 de 2007 tiene plena congruencia con la facultad consignada a la ASEP en el artículo 4 de la Ley 36 ya citada, ya que como hemos explicado, esta materia es particular, y tal como ha quedado definida, el legislador quiso manetener la vinculación de la competencia de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, entidad rectora en materia de telecomunicaciones...”* (Cfr. foja 57 del expediente judicial).

En efecto, no podemos perder de vista que la Ley 36 de 2018, regula las concentraciones económicas del **mercado móvil; es decir, dentro del sector de las telecomunicaciones.**

En consecuencia, debemos hacer referencia a la Ley 31 de 8 de febrero de 1996, *“Por la cual se dictan normas para la regulación de las telecomunicaciones en la República de Panamá”*, la cual constituye una norma de rango legal dictada por la Asamblea Legislativa en la que se estableció, dentro de las funciones y atribuciones generales del Ente Regulador de los Servicios Públicos, ahora Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, la **de regular, ordenar, fiscalizar y reglamentar eficazmente, entre otros, la operación y administración de los servicios de telecomunicaciones.**

En tal sentido, los artículos 2, 12 y 13 del referido cuerpo normativo establecen lo siguiente:

“Artículo 2. El Ente Regulador de los Servicios Públicos, denominado también el Ente Regulador, tiene la finalidad de regular, ordenar, fiscalizar y reglamentar **eficazmente, entre otros, la operación y administración de los servicios de telecomunicaciones**, en cumplimiento de las disposiciones de la presente Ley.” (La negrita es nuestra).

“Artículo 12. El Ente Regulador otorgará y supervisará las concesiones para el uso de las frecuencias asignadas a las

telecomunicaciones. El Ministerio de Gobierno y Justicia otorgará y supervisará las concesiones para el uso de las frecuencias asignadas a otros servicios no reglamentados en esta Ley.”

“**Artículo 13.** El Estado, a través del Ministerio de Gobierno y Justicia y del Ente Regulador, según sea el caso, protegerá los derechos de los titulares de las concesiones otorgadas para el uso de frecuencias, no asignando nuevas frecuencias que pudiesen interferir con las que se hubiesen concedido. No obstante, el Estado podrá reasignar una frecuencia o banda de frecuencias, sin indemnización, en los siguientes casos:

1. Por razones de interés público o seguridad nacional;
2. Para la introducción de nuevas tecnologías, de acuerdo con las normas internacionales;
3. Para solucionar problemas de interferencias perjudiciales, lo cual se hará tomando en cuenta el principio de continuidad del servicio público de telecomunicaciones;
4. Para dar cumplimiento a los tratados y convenios suscritos y ratificados por la República de Panamá.”

Conforme se observa, la Ley indicada es una **norma de carácter especial**, emitida con el objeto de promover y garantizar el desarrollo de la leal competencia entre los concesionarios de los servicios que se otorguen en competencia y establecer un régimen que imprima certeza y seguridad jurídica, en materia de regulación de las telecomunicaciones.

De igual manera, se precisa que la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos constituye el **único organismo**, encargado de regular, ordenar, fiscalizar y reglamentar eficazmente, entre otros, la operación y administración de los servicios de telecomunicaciones.

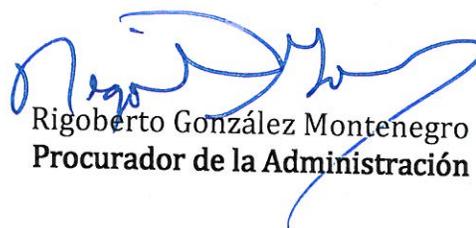
En atención a lo indicado, no compartimos lo manifestado por la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia cuando ésta interpreta que la posibilidad de recomendar **“medidas correctivas”** en los procesos de concentraciones económicas del mercado móvil, establecida en el artículo 3 de la Ley 36 de 2018, implique que ésta sea quien deba determinar la distribución y adecuaciones en el

ámbito del espectro radioeléctrico, **materia que, como hemos indicado, es de competencia de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos.**

En efecto, debemos recordar que las medidas correctivas a las que se refiere la norma antes indicada guardan relación al cumplimiento de la Ley 45 de 2007, de Protección al Consumidor; es decir, tiene un ámbito delimitado de aplicación; por lo tanto, no son extensivas a aspectos de índole técnicos relacionados al espectro radioeléctrico que, como hemos indicado, vienen a garantizar la prevalencia del principio de trato igualitario exigido en el artículo 4 de la Ley 36 de 2018; materia de competencia de la Autoridad Nacional de los Servidores Públicos.

De conformidad con el criterio expuesto, solicitamos respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO SON ILEGALES los numerales 15, 16 y 17 del Acáite "C" del Anexo A, de la Resolución 13200-Telco de 20 de marzo de 2019, dictada por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos.**

Del Honorable Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Cecilia Elena López Cadogan
Secretaria General, Encargada