

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 706

Panamá, 1 de septiembre de 2008

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

**Concepto de la
Procuraduría de la
Administración.**

La licenciada Odilie Guerrero, en representación de **Telecarrier, Inc.**, para que se declare nula, por ilegal, la resolución AN-939-Telco de 13 de junio de 2007, emitida por el **administrador general de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos** y para que se hagan otras declaraciones.

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

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

La parte actora manifiesta que se han infringido los artículos 199, 210, 213 y 217 del decreto ejecutivo 73 de 9 de abril de 1997; el artículo 475 del Código Judicial; los artículos 1112 y 1116 del Código Civil; lo mismo que los artículos 36 y 53 de la ley 38 de 31 de julio de 2000. (Cfr. concepto de infracción de foja 92 a la 103 del cuaderno judicial).

II. Concepto de la Procuraduría de la Administración en interés de la Ley.

Antes de proceder con el análisis de los cargos de infracción de las normas reglamentarias y legales que invoca la apoderada judicial de la parte demandante, este Despacho estima oportuno efectuar las siguientes anotaciones:

1. El numeral 5 del artículo 5 ley 31 de 8 de febrero de 1996 dispone que el Ente Regulador de los Servicios Públicos, ahora Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, tiene la facultad de fiscalizar el cumplimiento de las concesiones que se otorguen para la prestación de los servicios de telecomunicaciones, que en este caso consiste en que TELECARRIER, INC., proceda a la interconexión inmediata de su red pública conmutada (101, 102, 103 y 104) con la red fija de la empresa SKYCOM COMMUNICATIONS, S.A., para la prestación de los servicios de telecomunicación básica local, telecomunicación básica nacional y telecomunicación básica internacional, con el objeto de que los clientes de ambas redes puedan comunicarse, conforme a los parámetros técnicos operativos, de calidad y estándares establecidos en el Anexo C del Acuerdo de Interconexión.

2. Asimismo, se observa que el artículo 17 de la ley 31 de 1996 dispone que el Estado, por conducto de la autoridad reguladora de los servicios públicos, fiscalizará y controlará las concesiones que se otorguen, con sujeción a las normas que existan en materia de telecomunicaciones y al contrato de concesión respectivo.

3. Por su parte, el numeral 6 del artículo 73 de la mencionada ley 31 de 1991 establece que es atribución de la referida autoridad propiciar que las interconexiones de las redes de telecomunicaciones se lleven a cabo en forma equitativa, con sujeción a lo establecido en el reglamento, y registrar los acuerdos de interconexión entre las redes que conforman la Red Nacional de Telecomunicaciones.

4. En este mismo sentido, el artículo 44 del decreto ejecutivo 73 de 1997 señala que dicha institución está facultada para dictar normas técnicas y de gestión sobre interconexión. A su vez, el artículo 199 del mismo instrumento reglamentario permite a la autoridad reguladora intervenir y resolver controversias relacionadas con cláusulas pactadas en un acuerdo de interconexión, cuando considere que las mismas contienen elementos anticompetitivos, discriminatorios o violatorios de la ley o los reglamentos pertinentes.

5. En consecuencia, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos puede ejercer funciones de control y de supervisión sobre acuerdos de interconexión, una vez los mismos son sometidos a su dirimencia.

Breves Antecedentes del caso:

1. La empresa SKYCOM COMMUNICATIONS, S.A., mediante memorial recibido en esa autoridad el 1 de febrero de 2007, solicitó la intervención de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos para dirimir la controversia de interconexión con la empresa TELECARRIER, INC.

2. Mediante las notas DSAN-529-07 y DSAN-530-07, fechadas 22 de febrero de 2007, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos le solicitó a SKYCOM y TELECARRIER, INC., respectivamente, que presentaran en un término de cinco días calendario, contados a partir del recibo de dicha nota, su oferta final sobre el acuerdo de interconexión entre ambas empresas.

3. La empresa TELECARRIER, INC., por medio de la nota TCI-GG-081-07 de 6 de marzo de 2007 remitió a la autoridad reguladora su oferta final de interconexión con SKYCOM, dando cumplimiento a lo que dispone el artículo 200 del decreto ejecutivo 73 de 1997.

4. De igual manera, esta última mediante la nota SKC-060-07 de 6 de marzo de 2007 le envió a la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos su oferta final de interconexión con TELECARRIER, INC.

5. En virtud de que las partes no llegaron a negociar ningún aspecto sobre la interconexión la Autoridad, dando cumplimiento a lo establecido por el artículo 201 del decreto ejecutivo 73 de 1997, citó a las partes con el fin que las mismas conciliaran las diferencias que tenían en relación con el acuerdo de interconexión; conciliación que se llevó a cabo el 12, 13 y 14 de marzo de 2007, quedando sin la aprobación de las partes ciertas cláusulas, numerales y anexos, tal como consta en el acta de cierre.

Hechas estas consideraciones, procedemos a analizar los cargos de ilegalidad hechos por la parte demandante respecto

a la supuesta infracción de las disposiciones legales y reglamentarias invocadas en el libelo de la demanda:

Con relación a la supuesta violación del artículo 199 del decreto ejecutivo 73 de 1997 y del artículo 475 del Código Judicial, se observa que, contrario a lo manifestado por la recurrente, los puntos decididos por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos fueron aquellos que quedaron sin acuerdo final entre las partes dentro del proceso de negociación, tal como se advierte en el acta de mediación correspondiente a la reunión celebrada el 12 de marzo de 2007 y en el punto 18 de la resolución impugnada, por lo que discrepamos de los cargos alegados en relación con estas normas.

En cuanto a la alegada infracción de los artículos 210, 213 y 217 del decreto ejecutivo 73 de 9 de abril de 1997, estimamos que no le asiste la razón a la demandante, toda vez que todos los cargos entre redes establecidos por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, han sido fijados por ésta tomando en cuenta los principios de igualdad de acceso y trato no discriminatorio previsto por las normas que regulan la materia, que tienen como fin que todo concesionario ofrezca las mismas condiciones técnicas, económicas y de mercado. De esta manera, se advierte que los cargos son establecidos en función al modelo de costos que fue desarrollado, tomando en consideración los costos incrementales a largo plazo en una empresa eficiente.

El concepto de eficiencia, en Economía, es diferente al de eficiencia técnica que se utiliza en otras ciencias;

opuesto que en su caso no se trata de la maximización del producto por unidad de energía o de materias primas, sino de una relación entre el valor del producto y de los recursos utilizados para producirlo. La eficiencia económica pone de relieve, entonces, la relación entre el costo y el valor de lo producido. Se habla de estar en la *frontera de eficiencia* cuando se llega a la maximización del valor a un costo dado, siempre y cuando lo producido tenga demanda en el mercado.

De conformidad con el Punto 20.1 de la CLÁUSULA: GARANTÍAS del Acuerdo de Interconexión, con el fin de garantizar la recuperación de los costos, gastos e inversiones realizadas por cada parte, con motivo de dicho acuerdo, así como los cargos generados en su favor conforme al mismo, las partes se obligan a entregar a la firma del mismo una fianza de cumplimiento a favor de la otra parte expedida por un banco o compañía de seguros establecida en la República de Panamá, por un monto de B/.15,000.00; la cual se mantendrá solamente vigente por el término de un año.

En este contexto, debe anotarse que la actuación de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos se encuentra amparada por el decreto ejecutivo 73 de 1997, ya que éste, en su artículo 226, determina la potestad de la Autoridad para establecer regímenes tarifarios o imponer medidas correctivas que eliminen prácticas restrictivas establecidas por los concesionarios, de tal manera que, resulta infundado que la parte actora alegue una posible extralimitación por parte de dicho ente regulador.

Con respecto al cargo de violación de los artículos 1112 y 1116 del Código Civil, estimamos que el mismo debe ser desestimado, en atención al hecho que ha sido criterio reiterado de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo que el denominado principio de la autonomía de la voluntad puede ser utilizado por las partes al momento de negociar un acuerdo de interconexión; sin embargo, dado que las telecomunicaciones amparadas por el régimen de la ley 31 de 1996 se consideran de orden público y de interés social, dichos acuerdos, una vez sometidos a la dirimencia de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, no pueden estar exentos de su control, supervisión y rectificación.

Con relación a la supuesta violación del artículo 36 de la ley 38 de 31 de julio de 2000, somos del criterio que la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos mantuvo su actuación dentro de los parámetros que exigen las disposiciones legales y reglamentarias que regulan la materia de las telecomunicaciones, ejerciendo sus funciones de control y de supervisión en el conflicto de interconexión suscitado entre las empresas TELECARRIER, INC. y SKYCOM COMMUNICATIONS, S.A.

En cuanto al cargo de violación del artículo 53 de la citada ley 38 de 2000 estimamos que el mismo debe ser desestimado, dado que la anulabilidad de un acto debe responder necesariamente a una infracción del ordenamiento jurídico; sin embargo, como ya hemos indicado la Autoridad mantuvo su actuación dentro de los parámetros que exigen las

disposiciones legales y reglamentarias que regulan la materia de las telecomunicaciones.

Por lo expuesto, esta Procuraduría solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que NO ES ILEGAL la resolución AN-939-Telco de 13 de junio de 2007, dictada por el administrador general de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos y, en consecuencia, se denieguen las pretensiones de la demandante.

III. Pruebas: Se aduce como prueba por parte de la Procuraduría de la Administración, el expediente administrativo que guarda relación con este caso y que reposa en los archivos de la institución demandada.

IV. Derecho: No se acepta el invocado por la demandante.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Nelson Rojas Avila
Secretario General

OC/1061/