

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 811

Panamá, 19 de octubre de 2007

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Nulidad**

**Concepto de la
Procuraduría de
la Administración**

El licenciado **JORGE FÁBREGA P.**, demanda la nulidad, por ilegal, de algunas frases, disposiciones y artículos del decreto ejecutivo 279 de 14 de noviembre de 2006, por el cual se reglamenta la ley 26 de 29 de enero de 1996, reformada por el decreto ley 10 de 22 de febrero de 2006, que reorganiza la estructura y atribuciones del **Ente Regulador de los Servicios Públicos**.

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

Acudimos ante su Despacho 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 contencioso administrativo de nulidad enunciado en el margen superior.

I. Frases, disposiciones y artículos acusados de ilegales.

El actor solicita a la Sala Tercera que declare nulas, por ilegales, algunas frases, disposiciones y artículos del decreto ejecutivo 279 de 14 de noviembre de 2006, por el cual se reglamenta la ley 26 de 29 de enero de 1996, reformada por el decreto ley 10 de 22 de febrero de 2006, que reorganiza la

estructura y atribuciones del Ente Regulador de los Servicios Públicos, las cuales detalla en la foja 26 del expediente judicial.

II. Expresión de las disposiciones legales que el demandante estima infringidas y los conceptos de infracción respectivos.

A. La frase "y medidas especiales" contenida en la definición del término "PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA" contenida en el artículo 4 del decreto ejecutivo 279 de 14 de noviembre de 2006, viola los numerales 5 y 26 del artículo 20 y el artículo 103 del Texto Único de la ley 26 de 1996, modificada por el decreto ley 10 de 2006.

B. La definición de "CONCEPTO FAVORABLE" recogida en el artículo 4 del decreto ejecutivo 279 de 14 de noviembre de 2006, viola el numeral 5 del artículo 20 del Texto Único de la ley 26 de 1996, modificada por el decreto ley 10 de 2006.

C. La definición de "MERCADO RELEVANTE O PERTINENTE" que contiene el artículo 4 del decreto ejecutivo 279 de 14 de noviembre de 2006, viola el artículo 8 del Texto Único de la ley 26 de 1996, modificada por el decreto ley 10 de 2006.

D. El artículo 11 del decreto ejecutivo 279 de 14 de noviembre de 2006, al reglamentar la función de "INTERVENCIÓN" de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, viola los numerales 13, 14 y 23 del artículo 20 del Texto Único de la ley 26 de 1996, modificada por el decreto ley 10 de 2006.

E. El artículo 12 del decreto ejecutivo 279 de 14 de noviembre de 2006, al reglamentar la función de

“INTERVENCIÓN” de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, viola los numerales 14 y 23 del artículo 20 del Texto Único de la ley 26 de 1996, modificada por el decreto ley 10 de 2006.

F. La frase “medidas especiales o específicas”, que se repite 2 veces en el artículo 14 del decreto ejecutivo 279 de 14 de noviembre de 2006, viola los numerales 5 y 26 del artículo 20 y el artículo 103 del Texto Único de la ley 26 de 1996, modificada por el decreto ley 10 de 2006.

G. La frase “las cuentas bancarias, dineros, bienes muebles e inmuebles, cuentas por cobrar, títulos valores y” contenida en el artículo 23 del decreto ejecutivo 279 de 14 de noviembre de 2006, viola el último párrafo del artículo 4 del Texto Único de la ley 26 de 1996, modificada por el decreto ley 10 de 2006.

H. La frase “de carácter general” que forma parte del artículo 28 del decreto ejecutivo 279 de 14 de noviembre de 2006, viola el numeral 5 del artículo 20 del Texto Único de la ley 26 de 1996, modificada por el decreto ley 10 de 2006.

Para mayor detalle de los conceptos de infracción expuestos en la demanda, ver las fojas 33 a 49 del expediente judicial.

III. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

A juicio del demandante, es claro que la función de promoción de la competencia por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (en adelante, La Autoridad), es **preventiva** y circunscrita a la emisión de reglamentaciones mediante resoluciones motivadas, mientras que a la Autoridad de

Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia le corresponde **investigar conductas** que puedan afectar la libre y leal competencia, de tal suerte que al incluirse en la definición de "PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA" contenida en el artículo 4 del decreto ejecutivo 279 de 14 de noviembre de 2006, la frase "y medidas especiales", se violan los numerales 5 y 26 del artículo 20 del Texto Único de la ley 26 de 1996, modificada por el decreto ley 10 de 2006.

La Procuraduría de la Administración no comparte el cargo de ilegalidad antes descrito, toda vez que la definición de promoción de la competencia, como función concedida a La Autoridad, que comprende medidas de carácter general y medidas especiales dirigidas a **prevenir**, mantener, incrementar y fortalecer la competencia y eficiencia en la prestación de los servicios públicos sujetos a su jurisdicción, es perfectamente compatible con la finalidad **preventiva** a la que de manera expresa se refieren las atribuciones reglamentarias de La Autoridad previstas en el numeral 5 del artículo 20 del Texto Único de la ley 26 de 1996, modificada por el decreto ley 10 de 2006.

La adopción de las mencionadas "medidas especiales" por parte de La Autoridad, no conlleva que ésta ejerza atribuciones propias de la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia dirigidas a investigar conductas concretas que puedan afectar la libre y leal competencia, sino que, al tenor de lo dispuesto por la disposición reglamentaria en la que se inserta la frase impugnada, las mismas no tienen otra finalidad que prevenir,

mantener, incrementar y fortalecer la competencia y eficiencia en la prestación de los servicios públicos sujetos a su jurisdicción.

En igual orden de ideas, estimamos que la frase impugnada en nada se contradice, por el contrario, se complementa con la función de La Autoridad a que se refiere el numeral 26 del artículo 20 del Texto Único de la ley 26 de 1996, modificada por el decreto ley 10 de 2006, consistente en remitir inmediatamente a la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia la denuncia detallada de cualquier hecho o conducta de las empresas reguladas de los cuales tenga conocimiento, y que puedan afectar la libre y leal competencia, para que se inicie inmediatamente la investigación correspondiente.

Por las mismas razones, este Despacho también desestima que la frase "medidas especiales o específicas", contenida en el artículo 14 del decreto ejecutivo 279 de 14 de noviembre de 2006, que reglamenta la función de "PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA", viole los numerales 5 y 26 del artículo 20 del Texto Único de la ley 26 de 1996, modificada por el decreto ley 10 de 2006.

Los cargos formulados por el actor en el sentido que las dos frases reglamentarias antes aludidas infringen el artículo 103 del Texto Único de la ley 29 de 1996, modificada por el decreto ley 9 de 2006, tampoco tienen asidero jurídico, toda vez que el hecho de que este instrumento legal le otorgue a la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia la atribución de decretar, mediante

resolución motivada, la suspensión provisional de cualquier acto o práctica que estime violatorio de dicha ley, en nada impide que, por otra parte, se le haya conferido a La Autoridad, por vía del reglamento demandado parcialmente, la atribución de dictar normas generales y medidas especiales o específicas para la protección y promoción de la competencia en la prestación de los servicios públicos, puesto que como el mismo decreto ejecutivo establece en la definición de "PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA", ésta es una función concedida a La Autoridad, que comprende medidas de carácter general y medidas especiales, dirigidas a prevenir, mantener, incrementar y fortalecer la competencia, y la eficiencia en la prestación de los servicios públicos sujetos a su jurisdicción. De manera concordante dicho reglamento también establece en su artículo 14 que esto se hace con el propósito expreso de *prevenir o evitar actos contrarios a la competencia y, en tal sentido, se faculta a La Autoridad para establecer medidas especiales o específicas para mantener la competencia entre prestadores de servicios públicos y para aquellos que tengan o ejerzan poder sustancial o posición dominante en el mercado pertinente o relevante correspondiente.*

Por lo que corresponde al argumento esgrimido por el actor en el sentido que el artículo 4 del decreto ejecutivo 279 de 14 de noviembre de 2006, al definir qué es "CONCEPTO FAVORABLE" viola el numeral 5 del artículo 20 del Texto Único de la ley 26 de 1996, modificada por el decreto ley 10 de 2006, este Despacho observa que, efectivamente, se ha

producido dicha infracción, toda vez que al establecerse en la norma reglamentaria que ese concepto consiste simplemente en la *opinión formal requerida y solicitada por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos a la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia*, **se omitió indicar que se trata de una "opinión favorable"**, dejando por fuera esta característica fundamental exigida por la disposición legal invocada y que, en todo caso, debe revestir el concepto que emita la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia en torno a puntos específicos de las resoluciones o reglamentos que vaya a emitir La Autoridad y que guarden relación con los mercados, conductas monopolísticas, anticompetitivas o discriminatorias de los servicios públicos.

En otro orden de ideas, el actor aduce que el artículo 28 del decreto ejecutivo 279 de 14 de noviembre de 2006 al limitar el requerimiento del "CONCEPTO FAVORABLE" de la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia a la emisión de reglamentos y resoluciones generales por parte de La Autoridad, excluyendo resoluciones particulares, viola el numeral 5 del artículo 20 del Texto Único de la ley 26 de 1996, modificada por el decreto ley 10 de 2006, cargo de ilegalidad que, a juicio de este Despacho, carece de sustento jurídico, toda vez que la norma legal que se estima violada señala que La Autoridad solicitará el concepto favorable de la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia sobre los puntos específicos de las resoluciones o reglamentos que vaya a

emitir, que guarden relación con los mercados, conductas monopolísticas, anticompetitivas o discriminatorias en los servicios públicos. En otras palabras, en ninguna parte de la norma legal se establece que el mencionado concepto debe recaer sobre resoluciones particulares, tal como lo quiere hacer ver el demandante, sino sobre “puntos específicos” de las resoluciones o reglamentos que vaya a emitir La Autoridad.

Por tanto, conceptuamos que el artículo 28 del decreto ejecutivo 279 de 14 de noviembre de 2006 desarrolló correctamente la norma legal antes comentada, esto es, dentro de los límites de la potestad reglamentaria, indicando en este sentido que La Autoridad solicitará “concepto favorable” a la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia, por escrito y de manera previa a la emisión de un reglamento o resolución regulatoria de carácter general, sobre cualquiera de los temas específicos que allí se detallan.

Cabe recordar que este carácter general de los mencionados actos administrativos, encuentra sustento en el hecho que estamos ante el ejercicio de atribuciones de **reglamentación** y **regulación** que la Ley atribuye a La Autoridad dentro del marco de su función de **promover** la competencia y eficiencia en las actividades de los servicios públicos, a fin de **prevenir** posibles conductas monopolísticas, anticompetitivas o discriminatorias en las empresas que operen dichos servicios públicos, tal como lo

dispone el numeral 5 del artículo 20 del Texto Único de la ley 26 de 1996, modificada por el decreto ley 10 de 2006.

Respecto al cargo formulado por el demandante al señalar que el artículo 4 del decreto ejecutivo 279 de 14 de noviembre de 2006 cuando define el término "MERCADO RELEVANTE O PERTINENTE", deja de lado que se debe tratar de productos o servicios sustitutivos entre sí, lo que viola el artículo 8 del Texto Único de la ley 26 de 1996, modificada por el decreto ley 10 de 2006, este Despacho estima que tal aseveración no tiene asidero jurídico, sobre todo si se observa que el demandante sólo hace referencia al primer párrafo de la definición de "MERCADO RELEVANTE O PERTINENTE" que forma parte de la norma reglamentaria cuya nulidad demanda, sin tomar en cuenta que en el segundo párrafo de la misma disposición se lee que: "El mercado relevante o pertinente se determina por la existencia de un producto o servicio o de un grupo de productos o servicios y otros productos o servicios sustitutivos, dentro del área geográfica en que tales productos o servicios son producidos o vendidos...", de tal suerte que la definición citada contempla el carácter sustitutivo de los productos o servicios que existen y determinan un mercado relevante o pertinente, siendo ello conforme y no contrario a lo que también dispone sobre el particular la norma legal que se aduce violada.

Por otra parte el demandante aduce que los artículos 11 y 12 del decreto ejecutivo 279 de 14 de noviembre de 2006 al reglamentar la función de "INTERVENCIÓN" de la Autoridad

Nacional de los Servicios Públicos, violan los numerales 14 y 23 del artículo 20 del Texto Único de la ley 26 de 1996, modificada por el decreto ley 10 de 2006 y que así mismo, el numeral 13 de la referida norma legal también es violado por el primero de los artículos reglamentarios acusados. El sustento de estos cargos de ilegalidad consiste básicamente en el hecho que según afirma el actor, se han incluido en los artículos 11 y 12 del decreto ejecutivo, atribuciones de La Autoridad que nada tienen que ver con su función de "intervención" delimitada por el numeral 23 del artículo 20 del Texto Único de la ley 26 de 1996, modificada por el decreto ley 10 de 2006.

Respecto a estos últimos cargos, observamos lo siguiente:

1. El artículo 20 del Texto Único de la ley 26 de 1996, modificada por el decreto ley 10 de 2006, establece las funciones y atribuciones que está llamada a ejercer La Autoridad con miras a hacer efectivo el cumplimiento de sus objetivos, entre las cuales se destaca la establecida en el numeral 23 de la referida disposición que dice: "Intervenir, cuando fuere necesario, en las circunstancias que determinen la Constitución Política de la República o las leyes sectoriales, a las empresas y entidades bajo su jurisdicción reguladora, y designar a los interventores, según lo dispongan las normas legales sectoriales."

2. Los numerales 5, 13 y 14 del artículo 20 del Texto Único de la ley 26 de 1996, modificada por el decreto ley 10 de 2006, facultan a La Autoridad para ejercer una serie de

atribuciones que, a nuestro juicio, son objeto de reglamentación por parte de los artículos 11 y 12 del decreto ejecutivo 279 de 14 de noviembre de 2006, e inclusive también reglamentan el numeral 29 de la norma legal antes citada que faculta a La Autoridad, **en general**, para realizar las funciones establecidas por las leyes y reglamentos para que se cumplan las funciones y los objetivos de esta Ley y de las leyes sectoriales, así como los contratos, concesiones, licencias y autorizaciones que se generen en virtud de estas Leyes, todo lo cual indica que los artículos impugnados no han rebasado el límite de la potestad reglamentaria.

3. Los artículos 11 y 12 del decreto ejecutivo 279 de 14 de noviembre de 2006 no se refieren exclusivamente a la figura de la "INTERVENCIÓN" de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos regulada en el numeral 23 del artículo 20 del Texto Único de la ley 26 de 1996, modificada por el decreto ley 10 de 2006, como erróneamente lo aduce el actor, por el contrario, él mismo refiriéndose al contenido de dichos artículos del reglamento, indica en su libelo que:

* El tema de la resolución de controversias por parte de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, está en función de la facultad de tal entidad administrativa de arbitrar conflictos cuando las partes hayan sometido el mismo a La Autoridad con facultad para resolverlo según el numeral 14 del artículo 20 del Texto Único de la ley 26 de 1996, modificada por el decreto ley 10 de 2006, lo cual no tiene nada que ver con la atribución de intervención de La Autoridad contenida en el numeral 23 de dicho cuerpo legal.

* Hacer cumplir las disposiciones legales y reglamentarias corresponde a la atribución sancionadora de La Autoridad en los términos que dispone el artículo 20 numeral 13 del Texto Único de la ley 26 de 1996, modificada por el decreto ley 10 de 2006.

* Lo que puede hacer La Autoridad en materia de mercado es ejercer una función EX-ANTE a través de su atribución legal de promoción de la competencia, en los términos que dispone el numeral 5 del artículo 20 del Texto Único de la ley 26 de 1996, modificada por el decreto ley 10 de 2006.

4. Puede ser que la inconformidad del demandante se encuentre en función de la ubicación de la materia que regulan los artículos reglamentarios impugnados, bajo la denominación del concepto "INTERVENCIÓN", pero lo cierto es que cada uno de los aspectos que ellos reglamentan encuentran sustento en los numerales 5, 13, 14 y 29 del artículo 20 del Texto Único de la ley 26 de 1996, modificada por el decreto ley 10 de 2006, tal como se ha visto.

Finalmente, el actor estima que la frase "las cuentas bancarias, dineros, bienes muebles e inmuebles, cuentas por cobrar, títulos valores y" contenida en el artículo 23 del decreto ejecutivo 279 de 14 de noviembre de 2006, al incluir dichos bienes como "BIENES INHERENTES" a la prestación de servicios de telecomunicaciones, radio y televisión, viola el último párrafo del artículo 4 del Texto Único de la ley 26 de 1996, modificada por el decreto ley 10 de 2006.

Sobre este último cargo de ilegalidad, cabe recordar que ese Tribunal mediante auto fechado 14 de mayo de 2007 ordenó

suspender provisionalmente los efectos de la frase reglamentaria antes aludida, bajo el argumento que "aparentemente" se altera el texto del último párrafo del artículo 4 de la ley 26 de 1996, violando una norma de superior jerarquía, al incluirse como bienes inherentes a la prestación de los servicios de telecomunicaciones aquellos bienes descritos en la misma; patrimonio éste que "posiblemente" no sea fundamental para la prestación del servicio, como lo son las cuentas por cobrar o los títulos valores que posea la empresa.

No obstante lo anterior, la Procuraduría de la Administración estima importante señalar que de conformidad con el texto de la disposición legal que se aduce infringida, **los bienes inherentes a la prestación de los servicios de telecomunicaciones, radio y televisión, no estarán sujetos a medidas cautelares, salvo que estos bienes garanticen obligaciones contractuales contraídas por sus propietarios;** por lo cual nos parece fundamental establecer el alcance de esta disposición a efecto de precisar si la frase reglamentaria la rebasa o no.

A tal efecto, debemos puntualizar que el texto completo del artículo en el que se encuentra inserta la frase acusada, dispone que *se entiende por bienes inherentes a la prestación de los servicios públicos, aquellos destinados a la transmisión y/o distribución del servicio de telecomunicaciones, radio y televisión. Se incluyen en esta categoría, las cuentas bancarias, dineros, bienes muebles e inmuebles, cuentas por cobrar, títulos valores y cualesquiera*

otros bienes que sean necesarios para garantizar la prestación continua e interrumpida del servicio que se trate.

En concepto de este Despacho, resulta demasiado difícil establecer con certeza, por anticipado y en abstracto, si cualesquiera de los bienes antes descritos **son necesarios para garantizar la prestación continua e interrumpida de los servicios de telecomunicaciones, radio y televisión**, y por tanto, si cumplen con la condición del último párrafo del artículo 4 de la ley 26 de 1996, en el sentido **de ser bienes inherentes a la prestación de dichos servicios**, de tal suerte que esto se debe valorar en cada caso particular por el tribunal judicial a quien le corresponda conocer de la solicitud de adopción de medidas cautelares dirigidas contra dichos bienes, en cuyo caso, de llegar a la conclusión que no son necesarios para garantizar la prestación continua e ininterrumpida de los servicios respectivos, serían susceptibles de esas medidas; o, por el contrario, de poseer esa condición, no serían susceptibles de medidas cautelares.

También cabe apuntar que al modificarse el artículo 3 de la ley 26 de 1996 por los artículos 43 de la ley 24 de 1999 y 4 del decreto ley 10 de 2006, se dispuso además que la administración de los concesionarios de servicios públicos no estará sujeta a ninguna medida cautelar, que los bienes inherentes a la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones, radio y televisión tampoco estarán sujetos a este tipo de medidas, salvo que garanticen obligaciones contractuales contraídas por sus propietarios. Esto significa, a nuestro parecer, que el Estado ha

fortalecido, por vía legal, la exclusión de ciertos bienes directamente relacionados con los servicios públicos mencionados, a fin de garantizar la prestación continua e interrumpida de los mismos.

Por todo lo antes expuesto, solicitamos respetuosamente a los magistrados de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, declarar:

1. Que **NO SON ILEGALES** las siguientes frases, partes y artículos del decreto ejecutivo 279 de 14 de noviembre de 2006:

* La frase "y medidas especiales" inserta en el artículo 4;

* La parte del artículo 4 que dice "MERCADO RELEVANTE O PERTINENTE: Conjunto de productos (bienes o servicios) y el área geográfica en la que se comercializan donde la competencia es efectiva";

* Los artículos 11 y 12;

* La frase "medidas especiales o específicas", que se repite 2 veces en el artículo 14;

* La frase "las cuentas bancarias, dineros, bienes muebles e inmuebles, cuentas por cobrar, títulos valores y" que forma parte del artículo 23; y,

* La frase "de carácter general" contenida en el artículo 28.

2. Que **ES ILEGAL**, la parte del artículo 4 que dice: "CONCEPTO FAVORABLE: Opinión formal requerida y solicitada por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos a la

Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia”.

IV. Fundamento de Derecho:

Negamos el invocado por el actor.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Nelson Rojas Avila
Procurador de la Administración, Encargado

Alina Vergara de Chérigo
Secretaria General, Encargada

OC/10/mcs