



**MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN**

Panamá, 9 de noviembre de 2006

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

Concepto.

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-5750 de 28 de diciembre de 2005, emitida por la **Junta Directiva del Ente Regulador de los Servicios Públicos**, el acto confirmatorio 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, con la finalidad de intervenir en interés de la ley en el proceso Contencioso Administrativo de Plena Jurisdicción descrito en el margen superior.

I. Antecedentes.

Consta en el expediente judicial que la empresa TNR Holdings, Inc., en su condición de concesionaria de los servicios de telecomunicación básica nacional (102) y básica internacional (103), quien se encuentra interconectada con Cable & Wireless Panamá, S.A., solicitó la intervención del Ente Regulador de los Servicios Públicos al considerar que esta última le había dispensado un trato discriminatorio al negarse a disminuirle la cuantía de la garantía de B/.100,000.00, que esta mantiene vigente, a la cantidad de

B/.25,000.00 por un año más únicamente, sin que sea necesario renovarla ni mantenerla vigente por el resto de la duración del contrato, como Cable & Wireless Panamá, S.A., ha aceptado en acuerdos de interconexión suscritos con otras concesionarias.

Mediante la resolución 5750 de 28 de diciembre de 2005, el desaparecido Ente Regulador de los Servicios Públicos resolvió modificar el acto acusado, la cláusula 19 "Garantías" del acuerdo de interconexión de fecha 23 de octubre de 2003, suscrito entre Cable & Wireless Panamá, S.A., y TNR Holdings, Inc., estableciendo el monto de la fianza en B/.50,000.00, la cual debía estar vigente por un período de 2 años. (Cfr. fs. 1-5).

II. Normas que se aducen infringidas, conceptos de las supuestas infracciones, y el concepto de la Procuraduría de la Administración en interés de la ley.

a. La apoderada judicial de la demandante aduce como infringido el numeral 2 del artículo 52 de la Ley 38 de 2000, que se refiere a la nulidad de los actos administrativos emitidos por autoridades incompetentes.

Al explicar el concepto de la violación, la demandante manifiesta que la resolución acusada de ilegal, infringe de manera directa, por omisión, el numeral 2 del artículo 52 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, debido a la falta de competencia de la entidad demandada para resolver una controversia contractual que sólo puede ser conocida por los tribunales ordinarios.

Esta Procuraduría observa que este cargo de ilegalidad carece de sustento jurídico, en razón que la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (antes Ente Regulador) está facultada por la Ley 31 de 1996, reglamentada por el Decreto Ejecutivo 73 de 9 de abril de 1997, que constituye la ley sectorial en materia de telecomunicaciones, para propiciar que las interconexiones de las redes de telecomunicaciones se lleven a cabo en forma equitativa, así como para promover los principios de igualdad de acceso y no discriminación por parte de las concesionarias entre sus propias redes y la red básica de telecomunicaciones. (Cfr. Art. 73, numeral 6 de la Ley 31 de 1996 y Arts. 191 y 199 del Decreto Ejecutivo 73 de 1997), por lo que, a nuestro juicio, no se configura la falta de competencia aducida por la parte actora.

b. La parte demandante también estima como infringidos en concepto de violación directa, por omisión, los artículos 976 y 1106 del Código Civil que se refieren, respectivamente, a la fuerza de ley entre las partes que originan las obligaciones que nacen de los contratos y a la libertad de las partes de incluir en los contratos, pactos, cláusulas y condiciones que estimen convenientes, salvo que sean contrarias a la ley, a la moral y al orden público.

Según la apoderada judicial de la demandante, el contrato de interconexión suscrito entre Cable & Wireless Panamá, S.A., y TNR Holdings, Inc., es ley entre las partes y, por tanto, la autoridad reguladora no podía ir en contra del acuerdo suscrito, modificar los términos del contrato y

mucho menos resolver una controversia contractual, en condiciones que el propio contrato de interconexión señala que es competencia de los tribunales ordinarios de justicia.

En sustento de tal argumento, añade que lo que se debate es una estricta relación contractual privada, que rige o debe regir entre particulares.

Esta Procuraduría disiente del criterio de la demandante en relación con la infracción de las citadas disposiciones del Código Civil, en atención a las siguientes razones:

El numeral 1 del artículo 19 de la Ley 26 de 1996 atribuye al Ente Regulador de los Servicios Públicos la función de realizar el eficaz control, vigilancia y verificación del cumplimiento de las leyes y reglamentos por parte de las empresas que prestan servicios públicos de agua potable y alcantarillado sanitario, telecomunicaciones y electricidad.

Por su parte, el artículo 2 de 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, establece que dicho ente regulador tiene, entre otros objetivos, la finalidad de regular, ordenar fiscalizar y reglamentar eficazmente la operación y administración de los servicios públicos de telecomunicaciones.

En atención a las disposiciones legales antes mencionadas, este Despacho estima que el argumento principal puesto de manifiesto por la parte actora en el sentido que el Ente Regulador intervino en una relación contractual, carece de total sustento jurídico, toda vez que las

telecomunicaciones constituyen un servicio público que el Estado concede a particulares, para que los operen en un régimen de competencia, pero siempre salvaguardando el bienestar social y el interés público; quedando reservada a la autoridad reguladora de tales servicios su reglamentación, control y vigilancia. Por ello, la tesis de la autonomía de la voluntad de las partes no se puede esgrimir como un derecho absoluto que impida al Ente Regulador de los Servicios Públicos cumplir sus atribuciones legales.

El criterio antes expuesto, halla pleno sustento en el fallo proferido por ese tribunal el 25 de enero de 2006, el cual en su parte medular es del siguiente tenor:

“... 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 de interconexión, una vez sometidos a la dirimencia del Ente Regulador no pueden estar exentos de su control, supervisión ni rectificación.”

c. La parte actora igualmente aduce como infringido el numeral 18 del artículo 197 del Decreto Ejecutivo 73 de 9 de abril de 1997 que indica que los acuerdos de interconexión deben contener, como mínimo, mecanismos para la resolución de controversias de todo tipo referentes a la interconexión de acuerdo con el reglamento

Según la apoderada judicial de la parte actora, de haberse aplicado dicha disposición reglamentaria, la autoridad demandada no hubiera omitido su obligación legal de respetar el mecanismo de resolución de controversias contenido en el acuerdo de interconexión, suscrito entre

Cable & Wireless Panamá, S.A. y TNR Holdings, Inc., ni hubiera procedido a conocer y resolver una controversia contractual sin competencia para ello ni mucho menos modificar el contrato suscrito entre las partes.

Al analizar los anteriores conceptos de infracción, este Despacho se refirió con amplitud a la competencia que por mandato de ley corresponde al Ente Regulador de los Servicios Públicos (hoy Autoridad Nacional de los Servicios Públicos), para intervenir en el conflicto sometido a su consideración por TNR Holdings Inc., y modificar la cláusula 19 del convenio de interconexión vigente entre ésta y Cable & Wireless Panamá, S.A., por tanto, con fundamento en esos mismos argumentos esta Procuraduría descarta el cargo de ilegalidad que nos ocupa.

d. La parte demandante también estima infringido en concepto de indebida aplicación, el numeral 3 del acápite A de la resolución 4971 de 30 de septiembre de 2004, que dispone que en materia de interconexión debe existir trato igualitario, equidad y buena fe.

Al sustentar el concepto de violación, la apoderada judicial de la demandante aduce que la citada norma reglamentaria no es aplicable para resolver la controversia sometida por TNR Holdings, Inc., a la consideración de la entidad reguladora, ya que la cláusula 23 del acuerdo de interconexión vigente entre ésta y su mandante establece que la solución de las diferencias que se originen del mismo corresponde a los tribunales ordinarios.

Conforme lo estima esta Procuraduría, el cargo de ilegalidad en mención no tiene sustento jurídico, si se toma en consideración que según la Ley 31 de 1996 las telecomunicaciones constituyen un servicio público, que conlleva para el concesionario prerrogativas, cargas y obligaciones que se encuentran contenidas en normas que igualmente son de derecho público, quedando reservada su regulación, control y vigilancia a la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (antes Ente Regulador).

En otro orden de ideas, esta Procuraduría observa que la demandante aportó copia del acuerdo de interconexión suscrito entre ella y la sociedad TNR Holding, Inc., de fecha 29 de septiembre de 2003 (Cfr. fs. 17 a 79), sin advertir que éste no fue el acuerdo modificado por la resolución 5750 de 28 de diciembre de 2005, al verificarse a foja 4 del expediente judicial, que dicha resolución se refiere específicamente al acuerdo de 23 de octubre de 2003 que sustituyó el de 29 de septiembre de 2003, aportado por la demandante.

Otro aspecto interesante que merece ser destacado, lo constituye el hecho que la cláusula 23 del acuerdo de 29 de septiembre de 2003, al que se refiere la demandante, reconocía la competencia del Ente Regulador y en su cláusula 24 se aceptaba que la interconexión debía efectuarse de manera eficiente y competitiva, en concordancia con los principios de igualdad de acceso y trato no discriminatorio, de tal suerte que los argumentos que ahora se plantean resultan insuficientes para sustentar la pretendida violación

del numeral 3 del acápite A de la resolución 4971 de 30 de septiembre de 2004.

e. De igual forma se aduce la infracción del artículo 199 del Decreto Ejecutivo 73 de 9 de abril de 1997, referente a la intervención del Ente Regulador en la resolución de conflictos sobre acuerdos de interconexión. Al explicar la supuesta violación de la citada norma, la apoderada judicial de la actora señala que esta norma no es más que una de las disposiciones que integran el proceso de mediación ante el Ente Regulador de los Servicios Públicos para el establecimiento de un acuerdo de interconexión que aún no han alcanzado a firmar las partes, pero que en ningún caso tiene aplicación cuando existe un acuerdo de interconexión suscrito, en el que se definan los términos y condiciones que rigen la interconexión y el mecanismo de resolución de controversias. También señala que dicha norma tampoco puede ser aplicada por una entidad que, en consecuencia, no tendría competencia para resolver tales controversias.

Este cargo de ilegalidad merece ser desestimado a criterio de este Despacho, al encontrarse debidamente acreditado en el expediente que la entidad reguladora intervino en el conflicto existente entre ambas empresas concesionarias en función de sus facultades de tutela y control, frente a una conducta discriminatoria evidenciada por la demandante, que perjudicaba la competitividad de TNR Holdings, Inc., y creaba distorsiones que afectan el mercado de telecomunicaciones, en perjuicio de los clientes y usuarios del servicio.

De conformidad con el numeral 25 del artículo 19 de la Ley 26 de 1996, le corresponde a la autoridad reguladora de los servicios públicos llevar a efecto todos los actos necesarios para que se cumplan las funciones y objetivos de esta ley y de las leyes sectoriales, lo mismo que los contratos, concesiones, licencias y autorizaciones que se generen de estas leyes.

Por lo expuesto; esta Procuraduría solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL** la resolución J.D.-5750 de 28 de diciembre de 2005, emitida por la Junta Directiva del Ente Regulador de los Servicios Públicos.

III. Pruebas:

Se aceptan las documentales incorporadas al cuaderno judicial en originales o en copias debidamente autenticadas, con excepción de la identificada en el punto 6, que corresponde a la copia autenticada del acuerdo de interconexión suscrito entre la demandante y TNR Holdings, Inc., el 29 de septiembre de 2003, con sus anexos, la cual se objeta por inconducente, toda vez que la cláusula modificada por la resolución acusada de ilegal corresponde al acuerdo de interconexión de fecha 23 de octubre de 2003.

Se aduce como prueba el expediente administrativo que guarda relación con este caso y que debe ser solicitado al Administrador General de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos.

IV. Derecho:

No se acepta el invocado por la demandante.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Nelson Rojas Avila
Procurador de la Administración, Encargado

Alina Vergara de Chérigo
Secretaria General, Encargada

OC/4/mcs