

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 876

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 17 de agosto de 2010

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

La firma forense Alemán, Cordero, Galindo & Lee, en representación de **Cable & Wireless Panamá, S.A.**, solicita que se declare nula, por ilegal la resolución JD-5721 de 12 de diciembre de 2005, emitida por la **junta directiva del Ente Regulador de los Servicios Públicos**, el acto confirmatorio y que se hagan otras declaraciones.

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

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 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, en el que se impugna una resolución que resolvió una controversia entre particulares por razón de sus propios intereses.

I. Antecedentes.

Consta en el expediente judicial, que la empresa Skycom Communications, S.A., en su condición de concesionaria de los servicios de telecomunicación básica local, básica nacional y del servicio de telecomunicación básica internacional, mediante nota SKC-085-05 de 29 de septiembre de 2005 solicitó la intervención del Ente Regulador de los Servicios Públicos

(actual Autoridad Nacional de los Servicios Públicos), para dilucidar el cobro de dos (2) enlaces de interconexión (El's), facilidad esencial de la red formada por 30 canales de datos de 64 Kbps más 2 canales de datos, que se utilizan para el sincronismo y señalización en la transmisión de voz y datos, que fueron instalados por Cable & Wireless Panamá, S.A., para realizar las pruebas técnicas de interconexión, señalando en dicha nota que esta última había incurrido en un cobro indebido al facturarle el uso de dichos enlaces desde la fecha en que se realizaron las pruebas, pero antes de haber cursado tráfico, es decir, antes de que la demandante hubiera iniciado su actividad comercial. (Cfr. f. 1 del expediente judicial).

Asimismo consta en autos, que de acuerdo con lo que manifiesta la empresa Skycom Communications, S.A., Cable & Wireless Panamá, S.A., se comprometió en el acuerdo de interconexión a instalar enlaces de fibra óptica; no obstante, instaló enlaces de cobre, por lo que advierte que la tarifa que se le cobra por cada enlace de intervención (El's) es superior a la pactada con otros concesionarios, incurriendo con ello en un cobro indebido. (Cfr. f. 2 del expediente judicial)

Mediante resolución 5751 de 28 de diciembre de 2005, el Ente Regulador de los Servicios Públicos ordenó a Cable & Wireless Panamá, S.A., que la facturación de los enlaces de interconexión (El's) a Skycom Communications, S.A., se realice a partir del 1 de diciembre de 2005, fecha efectiva en la que el nuevo operador empezó a cursar tráfico y tuvo

acceso a la facilidad denominada El's proporcionada por Cable & Wireless Panamá, S.A., y requerida por la interconexión de redes. (Cfr. f. 6 del expediente judicial).

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 JD-5751 del 28 de diciembre de 2005, emitida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos (actual Autoridad Nacional de los Servicios Públicos), infringe la norma citada de manera directa, por omisión, debido a la falta de competencia de dicha entidad para resolver una controversia contractual que sólo puede ser conocida por los tribunales ordinarios de la República de Panamá.

En relación con este cargo de ilegalidad, esta Procuraduría observa que lo aducido por la parte actora carece de sustento jurídico, habida cuenta que la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (antes Ente Regulador) está facultada por la ley 31 de 1996 y su reglamento, el decreto ejecutivo 73 de 9 de abril de 1997, que constituyen el marco legal 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 juicio de este Despacho, no prospera dicho cargo de ilegalidad al no configurarse la alegada falta de competencia de la entidad reguladora.

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 las obligaciones que nacen de los contratos y a la forma de contratar.

Según la apoderada judicial de la demandante, el contrato de interconexión suscrito entre Cable & Wireless Panamá, S.A., y Skycom Communications, S.A., es ley entre las partes, por tanto, el Ente Regulador de los Servicios Públicos (actual Autoridad Nacional de los Servicios Públicos) no podía, so pretexto de ejercer sus atribuciones, conocer de controversias comerciales y de facturación, sobre la interpretación, aplicación y ejecución del acuerdo de interconexión vigente entre ambas empresas, ni mucho menos resolver una controversia contractual entre éstas en condiciones que el propio contrato de interconexión señala que la misma sería de competencia de los tribunales ordinarios de justicia.

En tal sentido, la parte demandante añade que lo que se debate es una estricta relación contractual privada, que rige o debe regir entre particulares.

Esta Procuraduría no comparte el 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 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 otra 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 la entidad reguladora tiene la finalidad de regular, ordenar fiscalizar y reglamentar eficazmente, entre otros, la operación y administración de los servicios públicos de telecomunicaciones.

En virtud de lo dispuesto en las citadas disposiciones legales, esta Procuraduría estima que resulta huérfano de sustento legal el argumento principal de la parte actora, es decir, la afirmación que el Ente Regulador intervino en una relación contractual, 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 reservados a la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (antes Ente Regulador) su regulación, control y vigilancia. Por tanto, la tesis de la autonomía de la voluntad de las partes no se puede esgrimir como un derecho absoluto que impida a la entidad reguladora cumplir sus funciones, las cuales se traducen en el cumplimiento de un deber público y legal.

En relación con esta materia, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia se pronunció así en sentencia de 25 de enero de 2006:

“... 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 aduce como infringido el numeral 18 del artículo 197 del decreto ejecutivo 73 de 9 de abril de 1997 que establece 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 demandante, de haber aplicado el Ente Regulador de los Servicio Públicos el numeral 18 del artículo 197 del decreto ejecutivo 73 de 1997, no hubiera omitido su obligación legal de respetar el mecanismo de resolución de controversias contenido en el acuerdo de interconexión existente entre Skycom Communications, S.A. y su mandante, 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 previamente las supuestas infracciones alegadas por la demandante, este Despacho explicó el aspecto de la competencia que posee el Ente Regulador de los Servicios Públicos (hoy Autoridad Nacional de los Servicios Públicos) para intervenir en el conflicto sometido a su consideración por Skycom Communications, S.A., y ordenar a Cable & Wireless Panamá, S.A., que realizara la facturación de los enlaces de interconexión El's a partir del 1 de diciembre de 2005; fecha en la que el nuevo operador empezó a cursar tráfico y tuvo acceso a la mencionada facilidad por parte de la demandante y requerida para la interconexión de redes; por tanto, con fundamento en esos mismos argumentos, descartamos este cargo de ilegalidad aducido por la apoderada judicial de la demandante.

d. La apoderada judicial de la demandante, también aduce en su demanda la infracción, en el concepto de aplicación indebida, del artículo 199 del decreto ejecutivo 73 de 1997 relativo a la intervención de la autoridad reguladora en la resolución de conflictos surgidos de acuerdos de interconexión. Al explicar la supuesta violación de la norma, señala que ésta no tiene aplicación cuando ya existe un acuerdo de interconexión suscrito, que establece los términos y condiciones que rigen la interconexión y el mecanismo de resolución de controversias.

En opinión de esta Procuraduría, tal cargo de ilegalidad igualmente debe ser desestimado, toda vez que está acreditado en el expediente que la entidad reguladora intervino en el conflicto entre Cable & Wireless Panamá, S.A., y Skycom Communications, S.A., en función de sus facultades legales de autotutela y control de la actividad y frente a una conducta discriminatoria, por parte de la demandante, que perjudicaba la competitividad de Skycom Communications, S.A., e impedía el acceso a los enlaces El's, entendidos como facilidades esenciales para la interconexión, creándose con ello distorsiones que podían afectar 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, a la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (antes Ente Regulador) le corresponde realizar los actos necesarios para que se cumplan las funciones y objetivos de esta ley y de las leyes sectoriales, así como los contratos, concesiones, licencias y autorizaciones que se generen de estas leyes.

e. La parte demandante también estima infringido en concepto de violación directa, por omisión, el artículo 1109 del Código Civil que trata sobre el perfeccionamiento de los contratos y los efectos de aquéllos.

Al sustentar el concepto de esta supuesta violación, la apoderada judicial de la demandante aduce que según lo dispuesto en el contrato de interconexión pactado entre las partes, Cable & Wireless Panamá, S.A., tiene derecho a

facturar a Skycom Communications, S.A., los enlaces de El's desde el 11 de julio de 2005, momento en que ésta tuvo acceso a dichos enlaces.

Conforme al criterio de este Despacho, este cargo de ilegalidad carece de sustento jurídico ya que de conformidad con la ley 31 de 1996 las telecomunicaciones constituyen un servicio público, lo que conlleva para el concesionario prerrogativas, cargas y obligaciones que se encuentran contenidas en normas de derecho público, quedando reservada su regulación, control y vigilancia a organismos del Estado, en este caso, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (antes Ente Regulador).

De acuerdo con las constancias procesales, al momento de presentar Cable & Wireless Panamá, S.A., la facturación objeto de la controversia, las empresas no habían finalizado las pruebas de implementación de interconexión, razón por la que el operador entrante permanecía bloqueado. Además, el punto de interconexión fue abierto el 1 de diciembre del 2005, de tal suerte que la demandante no podía cobrar a Skycom Communications, S.A., un cargo por enlaces de interconexión urbanos hasta esta fecha, en la que además correspondía llevar a efecto la firma del acta de apertura del punto de interconexión y empezar a cursar tráfico formalmente.

Por lo expuesto, esta Procuraduría solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL** la resolución J.D.-5751 de 28 de

diciembre de 2005, emitida por la junta directiva del Ente Regulador de los Servicios Públicos.

III. Pruebas .

Con el propósito que sea solicitado por ese Tribunal e incorporado al presente proceso, se aduce como prueba documental de la Procuraduría de la Administración, copia debidamente autenticada del expediente administrativo que guarda relación con este caso, cuyo original 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

Expediente 254-06