

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 920

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 30 de noviembre de 2007

**Proceso contencioso
administrativo de
plena jurisdicción.**

La firma forense Alemán, Cordero, Galindo & Lee, en representación de **Cable & Wireless Panamá, S.A.**, para que se declare nula, por ilegal, la resolución AN No. 491-Telco de 20 de diciembre de 2006, dictada por la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos**, el acto confirmatorio y para que se hagan otras declaraciones.

Concepto.

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 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. Disposiciones que se aducen infringidas.

La apoderada judicial de la sociedad demandante considera que se han infringido las siguientes disposiciones:

A. Los artículos 2, 3, 8, 48 y 52 del decreto ejecutivo 138 de 1998. (Cfr. fojas 51 a 54, 56 a 60 del expediente judicial).

B. El artículo 1131 del Código Civil. (Cfr. fojas 55 y 56 del expediente judicial).

C. El numeral 2 del artículo 52 de la ley 38 de 2000. (Cfr. fojas 60 y 61 del expediente judicial).

D. El numeral 14 del artículo 20 de la ley 26 de 1996, modificado por el decreto ley 10 de 2006. (Cfr. fojas 61 a 63 del expediente judicial).

II. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

En primer lugar, la parte actora manifiesta que el artículo tercero de la parte resolutive de la resolución AN No. 491-Telco de 20 de diciembre de 2006 infringe de manera directa, por omisión, el artículo 2 del decreto ejecutivo 138 de 1998, el cual es claro al señalar que la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos sólo está facultada para dictar las resoluciones que resulten necesarias para el cumplimiento de dicho reglamento, lo que, a su juicio, limita a dicha entidad para regular lo referente al acceso y al uso de las instalaciones necesarias para la prestación de los servicios públicos; entendiéndose por tales instalaciones, aquéllas construidas sobre las áreas de servidumbre pública u otros bienes de dominio público. (Cfr. foja 52 del expediente judicial).

La recurrente añade que la entidad dispuso algo contrario a lo que señala la norma invocada, habida cuenta que el resuelto acusado ordena que el sector identificado como "parcelas residenciales" dentro de la urbanización Costa del Este, que forma parte de áreas privadas sometidas al régimen de propiedad horizontal, sea incluido como parte de la infraestructura arrendada por la empresa Costa del Este Infraestructura, Inc., a Cable & Wireless Panamá, S.A.,

motivo por el cual su extensión debe ser verificada y medida en metros lineales, por las partes y por los funcionarios de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, en un término no mayor de 30 días calendario, lo que conlleva que la referida concesionaria del servicio público de telecomunicaciones deba pagar a la arrendadora los cargos correspondientes al arrendamiento de los subductos que pasan por el mencionado sector. (cfr. fojas 8, 51 y 52 del expediente judicial).

En ese mismo sentido, la recurrente plantea que el acto acusado infringe el artículo 1131 del Código Civil que dispone que deberán constar en instrumento público los actos y contratos que tengan por objeto la creación, la transmisión, la modificación o la extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles, sobre la base que no constaba en instrumento público la orden de incluir en un contrato de arrendamiento los subductos de las parcelas residenciales de Costa del Este. (cfr. foja 55 del expediente judicial).

Este Despacho se opone a los planteamientos hechos por la parte actora en relación con la alegada infracción de esta disposición legal, debido a que el artículo 3 del decreto ejecutivo 138 de 1998, al que previamente nos hemos referidos, establece que la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos se asegurará que los suministradores cumplan con la obligación de proveer acceso y uso de las instalaciones a aquellos operadores que lo soliciten a precios, términos y condiciones justas, razonables y no discriminatorias, salvaguardando la promoción de la

competencia, la defensa del medio ambiente y evitando la duplicidad innecesaria de inversiones en materia de infraestructura. De acuerdo con esta norma reglamentaria, la autoridad podrá ordenar, de manera excepcional el acceso y uso de instalaciones ubicadas en propiedad privada y destinarlos al servicio público, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 40 y 41 de dicho decreto reglamentario, en concordancia con el numeral 2 del artículo 284 de la Constitución Política de la República, lo que descarta lo manifestado por la demandante al señalar la infracción del artículo 2 del decreto ejecutivo 138 de 1998 y del artículo 1131 del Código Civil.

Por otra parte, la recurrente sostiene que el acto acusado infringe el artículo 3 del decreto ejecutivo 138 de 1998, relativo a la atribución de la entidad de asegurarse que los proveedores de suministros cumplan con la obligación de permitir el acceso y el uso de las instalaciones a los operadores que así lo soliciten, a precios, términos y condiciones justas, razonables y no discriminatorias, salvaguardando la promoción de la competencia, la defensa del medio ambiente y evitando la duplicación necesaria de las inversiones.

Según lo manifestado en este sentido por la recurrente, la norma invocada no faculta a la entidad demandada para incurrir en conductas que restringen la leal competencia y que afectan directamente a los usuarios, al incrementar injustificadamente los costos de la prestación de los servicios públicos. (Cfr. foja 53 del expediente judicial).

En ese orden de ideas, la demandante también señala que la cláusula 3 del contrato de arrendamiento contenido en el anexo A de la resolución en estudio, infringe el artículo 3 del decreto ejecutivo 138 de 1998, ya citado; el artículo 8 de dicho reglamento que señala el deber de suministrar acceso y facilitar el uso eficiente de las instalaciones a los operadores que lo soliciten bajo condiciones equitativas, razonables y no discriminatorias; el artículo 48 del mencionado decreto que establece que los precios que el suministrador podrá cobrar a los operadores se fijarán tomando en cuenta, entre otros elementos de referencia, el costo de la inversión, la operación, el uso, el mantenimiento y la reparación de las instalaciones a que se accede y un margen de retorno razonable; y el artículo 52 del mismo texto reglamentario que dispone que todo suministrador deberá poner sus instalaciones a disposición de otros operadores, de manera tal que los precios de acceso y uso reflejen, como mínimo, los costos incrementales a largo plazo, y que en ningún caso dichos precios podrán fijarse a un nivel tal que distorsionen la leal competencia entre los operadores.

Al respecto, Cable & Wireless Panamá, S.A., señala que mediante la cláusula 3 del aludido contrato de arrendamiento, la autoridad reguladora le ha impuesto el deber de pagarle a Costa del Este Infraestructura, Inc., 0.60 centavos por metro lineal de cada subducto instalado de un diámetro no mayor de 1" a 1¼" estableciendo, además, que los cables cuyos diámetros sobrepasen el diámetro de 1.25" se pagarán como 2 subductos y, en el caso que sean mayores de 2.5", pagarán el

equivalente al precio de 3 subductos, por lo que, en opinión de la demandante, de aplicarse el precio fijado por la autoridad, cada uno de los clientes en el área de Costa del Este tendría que en concepto de arrendamiento de ductos una suma de dinero que sería más alta que lo cobrado por esa concesionaria del servicio de telecomunicaciones a sus clientes por la línea telefónica. (Cfr. fojas 56 a 60 del expediente judicial).

Con relación a este cargo de ilegalidad, este Despacho es del criterio que tampoco le asiste razón a la demandante, ya que de acuerdo con el párrafo final del artículo 41 del ya mencionado decreto 138 de 1998, "el propietario del bien afectado tendrá derecho a indemnización, que se determinará según su justo valor de mercado en la fecha de la afectación", lo que nos indica que la sociedad Costa del Este Infraestructura Inc., tiene derecho a percibir las sumas de dinero que corresponden a la indemnización a la que alude la citada norma por el alquiler de los subductos en referencia. Sin embargo, es importante destacar que en el acápite 8.4 de la resolución AN No. 672 - Telco de 23 de febrero de 2007, confirmatoria, se indica que en el proceso bajo análisis la Autoridad se limitó a mediar entre las empresas en conflicto y el precio establecido fue el producto de los aportes de las empresas durante el proceso de mediación, según se lee a continuación:

"Análisis de la Autoridad Reguladora:

8.4 Esta Autoridad Reguladora ha comprobado que las ofertas presentadas por ambas partes propusieron la suma de

B/.0.60 centavos. Este punto fue discutido en la mediación y las partes no cuestionaron el monto, sino el pago por el diámetro de los cables;

8.5 Como se puede apreciar, el precio de B/0.60 por metro lineal de ducto utilizado no fue objeto de controversia entre las partes, razón por la cual esta Autoridad Reguladora mantuvo dicho precio estimando que el mismo resulta justo como compensación por una infraestructura relativamente nueva, en condiciones actuales de seguridad, desplegada para la prestación del servicio de un sector exclusivo que representa un nicho de mercado altamente cotizado y con grandes posibilidades de desarrollo;" (Cfr. foja 16 del expediente judicial).

Lo anterior corrobora que no se han infringido los artículos 3, 8, 48 y 52 del decreto ejecutivo 138 de 1998.

En otro orden de ideas, la demandante señala que la cláusula 7 del contrato de arrendamiento contenido en el anexo A de la resolución bajo análisis, misma que se refiere a la vigencia y duración de dicho contrato, infringe el numeral 2 del artículo 52 de la ley 38 de 2000, relativo a los vicios de nulidad absoluta en los actos administrativos cuando se dictan por autoridades incompetentes, ya que considera que dicha cláusula se excede al establecer el deber DE Cable & Wireless Panama, S.A., de pagar en forma retroactiva por el uso de ductos ubicados en el área de Costa del Este, materia ésta que le compete a los tribunales ordinarios. (Cfr. fojas 60 y 61 del expediente judicial).

En ese mismo sentido, la parte actora sostiene que la cláusula 7 del aludido contrato también infringe el numeral 14 del artículo 20 de la ley 26 de 1996, modificado por el

decreto ley 10 de 2006, cuyo texto único señala, entre las funciones y atribuciones de la Autoridad, la de arbitrar conflictos entre las empresas prestadoras de los servicios, entre éstas y los otros organismos del Estado, los municipios o los clientes, en las áreas de su competencia y jurisdicción; cuando las partes hayan sometido la controversia a la competencia de la Autoridad, con facultad plena para dirimir estos conflictos de acuerdo con los parámetros establecidos para dicho arbitraje.

La demandante argumenta, en esencia, que no existe una cláusula o convenio arbitral entre las partes que le atribuya a la Autoridad la potestad de conocer la controversia que se suscitó entre esa concesionaria del servicio público de telecomunicaciones y la sociedad Costa del Este Infrastructure, Inc. (cfr. foja 62 del expediente judicial), criterio, al que se opone esta Procuraduría, habida cuenta que de conformidad con el procedimiento establecido en los artículos 29, 30, 31, 32, 33, 34 y 35 del decreto ejecutivo 138 de 1998, cualquiera de las partes en conflicto o desacuerdo puede solicitar la intervención de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos la cual determinará cuál de las ofertas resulta adecuada, siendo su decisión de obligatorio cumplimiento desde que se emita la resolución correspondiente, y lo resuelto aplicable desde la fecha en que se dio inició, en forma debidamente autorizada, al uso de las respectivas instalaciones, según lo dispuesto en el artículo 36 del mencionado decreto reglamentario.

De acuerdo con las constancias procesales, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos se refirió a este cargo de ilegalidad al emitir la resolución AN No. 672 - Telco de 23 de febrero de 2007, mediante la cual señaló lo siguiente:

"Análisis de la Autoridad Reguladora:

7.6 La normativa vigente contempla el derecho de la propietaria de la infraestructura a dar acceso a la misma a título oneroso y especifica que cuando el regulador determine las condiciones del acuerdo, el mismo será de obligatorio cumplimiento y que su aplicación se realiza a partir de la fecha en que se inició el uso de las instalaciones;

7.7 En el expediente administrativo correspondiente se deja constar que CWP viene haciendo uso de la infraestructura desde el año 1997, razón por la cual el pago retroactivo está justificado;

7.8 No obstante lo anterior, esta Autoridad Reguladora, en atención al recurso de reconsideración presentado por CWP que cuestionó el aspecto relativo a la retroactividad de los pagos, debe precisar que el Decreto Ejecutivo No. 138 de 15 de junio de 1998 empezó a regir a partir del 1° de enero de 1999, razón por la cual se estima necesario ajustar el pago por el uso de la infraestructura a partir de esta fecha;" (cfr. foja 15 del expediente judicial).

Visto lo anterior, resulta evidente que la actuación de la autoridad reguladora no infringe en forma alguna el numeral 2 del artículo 52 de la ley 38 de 2000 como tampoco el numeral 14 del artículo 20 de la ley 26 de 1996, por lo que los cargos de ilegalidad hechos por la parte actora deben desestimarse.

Por lo expuesto, este Despacho solicita a ese Tribunal se sirva declarar que NO ES ILEGAL la resolución AN No. 491-Telco de 20 de diciembre de 2006, dictada por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos ni su acto confirmatorio.

Pruebas: Se aduce la copia autenticada del expediente administrativo cuyo original reposa en los archivos de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos.

Derecho: Se niega el invocado en la demanda.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Nelson Rojas Avila
Secretario General

OC/5/mcs