

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 953

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 10 de septiembre de 2019

Advertencia de Ilegalidad.

El Licenciado Jaime Castillo Herrera, actuando en representación de **Cable & Wireless Panamá, S.A.**, eleva Advertencia de Ilegalidad, en contra de la Resolución JD-1334 de 12 de abril de 1999, expedida por el entonces Ente Regulador de los Servicios Públicos, ahora **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos**.

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 el numeral 9 del artículo 5 de la Ley 38 de 2000, con la finalidad de emitir el concepto de la Procuraduría de la Administración respecto de la advertencia de ilegalidad descrita en el margen superior.

I. El acto administrativo advertido de ilegal.

El apoderado judicial de la parte demandante formula advertencia de ilegalidad para que el Tribunal se pronuncie sobre la legalidad de la **Resolución JD-1334 de 12 de abril de 1999**, a fin de suspender los efectos de la **Resolución AN 13329-Telco de 30 de abril de 2019**, emitida por la Autoridad de los Servicios Públicos, que clasifica, entre otras concesionarias de telecomunicaciones a la empresa **Cable & Wireless Panamá, S.A.**, como concesionaria con posición dominante en la prestación de los servicios de telefonía móvil (Servicio de Comunicaciones Personales y Servicio de Telefonía Móvil Celular), y el Servicio de Transporte de Telecomunicaciones (Cfr. fojas 2 a 15 del expediente judicial).

II. Disposiciones jurídicas que se aducen violadas y los conceptos de las supuestas violaciones.

a. **El artículo 4 del Decreto Ejecutivo 73 de 9 de abril de 1997**, “Que reglamenta la Ley 31 de 8 de febrero de 1996, Ley Sectorial de Telecomunicaciones”, que indica que la Posición Dominante, es aquella que goza una empresa que cuenta con una alta porción de un determinado mercado o servicio que le permite fijar o afectar el precio de mercado para un servicio o servicios concretos (Cfr. fojas 9-10 del expediente judicial);

b. **El artículo 4 del Decreto Ejecutivo 279 de 14 de noviembre de 2006**, “Que reglamenta la Ley 26 de 29 de enero de 1996, Ley Orgánica de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos” que señala, entre otras cosas, que la Posición Dominante o Poder Sustancial, es la capacidad de un prestador de servicio público de fijar precios unilateralmente o de restringir el abasto en el mercado relevante o pertinente, sin que los agentes competidores puedan, efectivamente o potencialmente, contrarrestar dicha capacidad (Cfr. fojas 10-12) y;

c. **El artículo 19 de la Ley 45 de 31 de octubre de 2007**, “Ley de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia”, que advierte, que para poder determinar si un agente económico tiene o no poder sustancial, se debe tomar en cuenta, entre otras cosas, su participación en el mercado y su capacidad de fijar precios unilateralmente o de restringir abasto en el mercado pertinente, sin que lo agentes competidores puedan, efectiva o potencialmente, contrarrestar dicha capacidad (Cfr. fojas 12-11 del expediente judicial).

III. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Antes de adentrarnos al análisis del presente proceso, este Despacho considera oportuno destacar que, según reiterada jurisprudencia de la Sala Tercera Contencioso Administrativa, las advertencias de ilegalidad **deben cumplir con los mismos requisitos exigidos a las demandas contencioso**

administrativas de nulidad, tal como lo señaló en su fallo de 6 de marzo de 2008, al indicar en su parte pertinente que “...*Del contenido de la excerta recién transcrita (se refiere al artículo 73 de la ley 38 de 2000), se aprecia que la misma no regula formalidad alguna en cuanto a la presentación de la advertencia de ilegalidad. No obstante, la jurisprudencia de la Sala Tercera ha señalado que estas acciones deben cumplir con los requisitos formales de una demanda contencioso-administrativa de nulidad, como lo son aquellos establecidos en la Ley 135 de 1943 y por vía jurisprudencial.*” (El subrayado es de esta Procuraduría).

Efectivamente, se hace necesario reiterar que de acuerdo a los pronunciamientos de la Sala Tercera de la Corte, dada la semejanza existente entre la demanda contencioso administrativa de nulidad y la advertencia de ilegalidad, y **en vista de que esta última se sustancia y decide en la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, le son aplicables los requisitos legales exigidos por la Ley 135 de 1943, modificada por la Ley 33 de 1946, necesarios para su admisión.**

Al respecto de lo anterior, es necesario considerar que el sistema jurídico panameño prevé la institución de la figura de la advertencia de ilegalidad, introducida en nuestra legislación por el artículo 73 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, “*Que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el Procedimiento Administrativo General y dicta disposiciones especiales*”, el cual señala:

"Artículo 73. La autoridad que advierta o a la cual una de las partes le advierta que la norma legal o reglamentaria que debe aplicar para resolver el proceso tiene vicios de inconstitucionalidad, formulará, dentro de los dos días siguientes, la respectiva consulta ante el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, salvo que la disposición legal o reglamentaria haya sido objeto de pronunciamiento por dicho Tribunal.

De igual manera, cuando la autoridad advierta o alguna de las partes le advierta que la norma o normas reglamentarias o el acto administrativo que debería aplicar para resolver el proceso, tiene vicios de ilegalidad, dentro de los dos días siguientes, someterá la consulta respectiva ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, salvo que la disposición legal o acto haya sido objeto de pronunciamiento de esta Sala.

En uno y otro supuesto, la autoridad seguirá tramitando el proceso hasta colocarlo en estado de decisión, pero sólo proferirá ésta una vez el Pleno de la Corte Suprema de Justicia o la Sala Tercera, se hayan pronunciado sobre la consulta respectiva.

En la vía gubernativa únicamente podrán los interesados formular, por instancia, una sola advertencia o consulta de inconstitucionalidad o de ilegalidad del acto o ambas" (El resaltado es nuestro).

En este mismo sentido, al definir la norma en mención la acción en análisis, indica lo siguiente:

"**Artículo 201.** Los siguientes términos utilizados en esta Ley y sus reglamentos, deben ser entendidos conforme a este glosario:

...

9. Advertencia de ilegalidad. Observación que formula una de las partes a la autoridad que conoce de un proceso administrativo, **sobre supuestos vicios de ilegalidad que le atribuye a un acto administrativo que debe ser aplicado para resolver ese proceso...**" (La negrita es nuestra).

De la lectura de los artículo 73 y 201 (numeral 9) de la Ley 38 de 2000, se desprende que una de las características de la acción en estudio radica en que la misma se ejercita cuando una **de las partes considera que alguna de las normas o un acto administrativo que debe ser aplicado para resolver un proceso son ilegales.**

Al contrastar el anterior señalamiento con el objeto de la advertencia de ilegalidad que ocupa nuestra atención, **podemos percatarnos que la misma no resulta viable**, por las razones que se exponen a continuación:

3.1 El acto advertido ya ha sido aplicado.

Esta Procuraduría debe señalar que de conformidad con lo establecido en el artículo 73 de la Ley 38 de 2000, la consulta y/o la advertencia de ilegalidad podrá ser formulada **en el curso de un procedimiento administrativo donde se pretenda aplicar, para resolver el mismo, una o más normas reglamentarias o un acto administrativo que la autoridad o una de las partes consideren que presentan vicios de ilegalidad**, en cuyo caso dicha consulta y/o advertencia deberá ser sometida a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia dentro de los dos días siguientes.

De lo antes expuesto, se infiere que la interposición de la consulta o la advertencia de ilegalidad deberá efectuarse **antes de que se adopte una decisión de fondo**, puesto que, de interponerse luego de emitida la misma, la (s) norma (s) reglamentaria (s) o el acto administrativo que se estiman ilegales **ya habrían sido aplicados, por lo cual, la consulta y/o la advertencia resultaría extemporánea, como ha ocurrido en la situación bajo estudio**, tal como se explicará a continuación.

En tal sentido, a juicio de este Despacho no se cumple con dicho requisito; pues, como se ha indicado en el apartado anterior, contrario a lo advertido por el accionante cuando señala que: *“Aun cuando la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos al emitir la Resolución AN 13329-Telco de 30 de abril de 2019, se refiere a la **Resolución JD-1334 de 12 de abril de 1997**, no debe soslayarse el hecho que de esta última Resolución no ha extraído los efectos que le son propios, sino que es mediante la resolución de nuestro recurso de reconsideración contra la Resolución AN1332-Telco de 30 de abril de 2019, que expondrá y aplicará todos los efectos del acto impugnado”*, **a juicio de este Despacho, el acto administrativo que se estima ilegal ya habría sido aplicado, por lo cual, la consulta y/o la advertencia resultaría extemporánea** (Cfr. foja 8 del expediente judicial).

En ese orden de ideas, si bien la disconformidad de la accionante en sede administrativa, recae sobre la **Resolución AN 13329-Telco de 30 de abril de 2019**, en relación a la cual la actora presentó un recurso de reconsideración, contexto en el cual, se ensayó la advertencia de ilegalidad, que ocupa nuestra atención, en contra de la **Resolución JD-1334 de 12 de abril de 1999**, por medio del cual se dictan los parámetros para establecer la posición dominante para la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones con fines comerciales; no es menos cierto que, la resolución citada, ya fue aplicada.

Advertimos lo anterior, toda vez que, con fundamento en la citada **Resolución JD-1334 de 12 de abril de 1999**, la Autoridad de los Servicios Públicos a través de la **Resolución AN 566-Telco de 16 de enero de 2007**, pudo anteriormente clasificar a los concesionarios con Posición Dominante, para cada servicio de telecomunicaciones, y que es precisamente la **Resolución AN 13329-Telco de 30 de abril de 2019**, en parte modifica la anterior resolución, por lo que, no es viable indicar, que la **Resolución JD-1334 de 12 de abril de 1999**, es aplicable al momento en que se resuelva el recurso de reconsideración, pues ya fue utilizada tal como consta en la mencionada **Resolución AN 13329-Telco de 30 de abril de 2019**.

Al respecto, la **Resolución AN 566-Telco de 16 de enero de 2007**, *“Por la cual la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos clasifica a los concesionarios que tienen posición dominante para cada servicio público de telecomunicaciones”*, establece en el punto 5 del considerando:

“5. Que tomando como base los parámetros descritos en la citada Resolución JD-1334 de 12 de abril de 1999, la Dirección de Telecomunicaciones realizó el análisis correspondiente para determinar, por cada uno de los servicios de telecomunicación, los concesionarios con posición dominante.

...

10. Que en virtud de lo anterior, **debemos proceder conforme a lo establece la Resolución JD-1334 de 1999, para lo cual precisamos puntualizar lo siguiente:**

10.1. Hasta el 1 de enero del año 2003, la empresa CWP ostentaba de manera clara una posición dominante en el mercado de los servicios básicos de telecomunicaciones para prestar tales servicios en régimen de exclusividad temporal, **tal como establece el Artículo Primero de la Resolución JD-1334 de 1999.**

...

10.4. Obtenida la información correspondiente, se realizó el cálculo para obtener el grado de participación en el mercado de cada concesionario para un determinado servicio público de telecomunicaciones; el cociente (Sic) de concentración y el Índice de Herfindahl-Hirshman (IHH), **tal como han sido definidos en la citada Resolución JD-1334 de 1999.**

...

RESUELVE:

PRIMERO: CLASIFICAR para los efectos de la **Resolución JD-1334 de 12 de abril de 1999**, como concesionario con posición dominante, según tipo de servicio, a los siguientes:

...” (El Resaltado es de este Despacho) (Cfr. fojas 70-73 del expediente judicial).

De lo anterior se infiere, que el acto administrativo advertido de ilegal lo es la **Resolución JD-1334 de 12 de abril de 1999**, emitida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, hoy Autoridad Nacional de los Servicios Públicos; sin embargo, dicho acto no constituye actuación que sea determinante en la segunda instancia, con motivo de la emisión de la **Resolución AN 13329-Telco de 30 de abril de 2019**, porque precisamente, es con fundamento en la **Resolución JD-1334 de 12 de abril de 1999**, que se emitió la **Resolución AN 13329-Telco de 30 de abril de 2019**, para establecer los parámetros para fijar la posición dominante para la prestación de servicios públicos con fines comerciales.

En efecto, contrario a lo señalado por el advirtiente, cuando indica que: “... *la Resolución JD-1334 de 12 de abril de 1999, es aplicable en el proceso, en el momento que se resuelva el recurso de reconsideración de CWP contra la*

Resolución AN 13329-Telco de 30 de abril de 2019, y por tanto resulta procedente la presente advertencia de ilegalidad”, este Despacho es de la opinión, que la Resolución advertida de ilegal, ya ha sido aplicada, **toda vez, que es una norma de procedimiento que se utiliza para establecer los parámetro de posición dominante a los concesionarios en el mercado de telecomunicaciones con fines comerciales**, hecho este que ya a ocurrido, toda vez que, tal como ya lo hemos señalado, la **Resolución AN 13329-Telco de 30 de abril de 2019**, se sustentó en la resolución advertida. Aunado a lo indicado, el propio accionante en el libelo de su advertencia de ilegalidad, señala que:

“TERCERO: La Resolución JD-1334 de 12 de abril de 1999, al establecer parámetros para establecer posición dominante para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones con fines comerciales, basándose sólo en la participación de mercado del concesionario, y no en la capacidad del concesionario para fijar precios sin que pueda ser contrarrestado por los competidores, resulta violatoria una serie de normas legales de mayor jerarquía que establecen la posición dominante, o poder sustancial del mercado que es lo mismo, tiene que considerar la capacidad del concesionario de fijar precios sin que pueda ser contrarrestado por los competidores, como lo son el artículo 4 del Decreto Ejecutivo 73 de 1997, el artículo 4 del Decreto Ejecutivo 279 de 2006 y el artículo 19 de la Ley 45 de 2007.

...” (Cfr. foja 7 del expediente judicial).

Asimismo, es importante destacar lo indicado por la apoderada especial de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, en la contestación del traslado, cuando advierte lo siguiente:

“Cabe destacar, que no es la primera vez que CWP ha interpuesto una acción de este tipo contra la Resolución JD-1334 de 1999. En efecto, en el año 2005 presentó una Advertencia de Ilegalidad, pero aludiendo en ese ocasión, a que la Resolución JD-1334 de 1999, no había sido sometida al procedimiento de Consulta Pública que exige la Ley; sin embargo, el cumplimiento de esta obligación fue debidamente acreditado dentro del proceso por parte del entonces Ente Regulador de los Servicios Públicos, ahora Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (ASEP), y posteriormente, CWP se vio obligada a desistir de dicha acción, solicitud que fue acogida por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, mediante Sentencia de 16 de

agosto de 2006, por lo que la ASEP pudo clasificar, **con fundamento precisamente en la Resolución JD-1334 de 12 de abril de 1999**, a los concesionarios que en ese momento contaban con la posición dominante, para cada servicio de telecomunicaciones, a través de la **Resolución AN 566-Telco de 16 de enero de 2007**, la cual fue declarada **QUE NO ES ILEGAL**, a través del Fallo de 2 de febrero de 2009 proferido también por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

...” (Cfr. foja 90 del expediente judicial).

Como consecuencia de lo expresado, queremos advertir lo señalado por la Sala Tercera, en la Sentencia de 2 de febrero de 2009, en donde se declaró la legalidad de la **Resolución AN 566-Telco de 16 de enero de 2007**, misma que fue modificada en parte por la **Resolución AN 13329-Telco de 30 de abril de 2019**, ambas dictadas con fundamento en la **Resolución JD-1334 de 12 de abril de 1999**, advertida de ilegal. Veamos:

“...

Ahora bien, de la resolución demandada logra extraerse que el entonces Ente Regulador de los Servicios Públicos, previa consulta expidió la Resolución No.JD-1334 de 12 de abril de 1999, en la cual se establecieron las reglas para determinar cuándo un concesionario goza de posición dominante en la prestación de un servicio de telecomunicaciones. Luego tomando en cuenta los parámetros establecidos por la resolución mencionada, la Dirección Nacional de Telecomunicaciones realizó el análisis correspondiente para determinar, por cada uno de los servicios de telecomunicaciones, los concesionarios con posición dominante, cuyos resultados se encuentran establecidos en el Memorando SDRF/DAEF/PD180205, de fecha 18 de febrero de 2005.

Que producto de la advertencia de ilegalidad, propuesta por la firma Alemán, Cordero, Galindo & Lee, en representación de Cable & Wireless Panamá, S.A., en contra de la Resolución No.JD-1334 de 1999, se vio suspendido el proceso de emitir la resolución de calificación de posición dominante. De dicha advertencia de ilegalidad se encuentra constancia en las copias autenticadas del proceso administrativo, que sirvieron como pruebas.

Posteriormente, en el año 2006, Cable & Wireless Panamá, desiste de la advertencia de ilegalidad impetrada, desistimiento que fue admitido y notificado a la entidad reguladora mediante oficio 1383 de 4 de septiembre de 2006.

Realizada las anteriores anotaciones, tenemos que el Decreto Ley No.10 de 22 de febrero de 2006, el cual en su artículo 19 impone la necesidad por parte de la autoridad demandada, de solicitar concepto favorable a la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia, para emitir una resolución sobre clasificación de concesionarios con posición dominante de mercado, entró en rigor cuando ya se había iniciado el proceso a fin de realizar la clasificación demandada, teniendo que el proceso se inicio bajo el imperio de normas y procedimientos que regían con anterioridad.

...

Como se ha constatado del estudio prolijo de la actuación, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos ha actuado dentro del estricto marco de la legalidad, sin que se le comprobara violación alguna de las normas denunciadas por el demandante.

VI. PARTE RESOLUTIVA

Por lo que antecede, la Sala Tercera de la Corte Suprema, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA QUE NO ES ILEGAL la Resolución AN 566- de 16 de enero de 2007, dictada por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos.

...”.

En efecto, tal como se desprende de las constancias procesales, el acto advertido de ilegal, es decir, **Resolución JD-1334 de 12 de abril de 1999**, ya ha venido siendo aplicada en el procedimiento para establecer parámetros de posición dominante para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones con fines comerciales, misma que fue **aplicada**, tal como se advierte en el citado Fallo de 2 de febrero de 2009, en la **Resolución AN 566- de 16 de enero de 2007**, que ya ha sido declarada legal por la Sala Tercera, y de igual manera se aplicó, para determinar la posición dominante, en la **Resolución AN 13329-Telco de 30 de abril de 2019**, y en la que, antes de ser suspendida, en virtud de la Advertencia de Ilegalidad que ocupa nuestra atención, se ha indicado lo siguiente:

RESUELVE:

“PRIMERO: CLASIFICAR, para los efectos de la **Resolución JD-1334 de 12 de abril de 1999**, como

concesionarios con posición dominante, según el tipo de servicio, a los siguientes:

...

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTO, la clasificación de la empresa **CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A.**, como concesionaria con Posición Dominante en la prestación del Servicio de Telecomunicaciones Básica Internacional (103), realizada a través de la **Resolución AN 566- de 16 de enero de 2007**.

...

FUNDAMENTO DE DERECHO: Ley 26 de 29 de enero de 1996, modificada y adicionada por el Decreto Ley 10 de 22 de febrero de 2006; Ley 31 de 8 de febrero de 1996; Decreto Ejecutivo 73 de 1997; y, Resolución JD-1334 de 12 de abril de 1999.

...” (Cfr. foja 35 del expediente judicial) (El subrayado es nuestro).

Al respecto, y tal como lo hemos indicado, la **Resolución JD-1334 de 12 de abril de 1999**, advertida de ilegal, ha sido aplicada en el procedimiento para establecer parámetros de posición dominante para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones con fines comerciales, en la **Resolución AN 13329-Telco de 30 de abril de 2019**, hecho que se evidencia, incluso, en el fundamento de derechos de la citada resolución (Cfr. foja 36 del expediente judicial).

Esto es así, toda vez que, tal como se desprende de la parte resolutive de la **Resolución AN 13329-Telco de 30 de abril de 2019**, la **Resolución JD-1334 de 12 de abril de 1999**, acusada de ilegal, se utilizó para establecer una nueva clasificación de concesionarios con posición dominante, según el tipo de servicio, dejando sin efectos la clasificación anterior, contenida en la **Resolución AN 566-Telco de 16 de enero de 2007**.

En ese orden de ideas, la Sala Tercera mediante la **Sentencia de 16 de mayo de 2005**, al hacer su análisis respecto a los actos que ya fueron aplicados, señaló: “De acuerdo con el segundo párrafo del artículo 73 de la Ley 38 de 2000, cuando la autoridad o alguna de las partes advierta que el acto administrativo que

deba aplicarse para resolver determinado proceso tiene vicios de ilegalidad elevará consulta ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, salvo que el acto haya sido objeto de pronunciamiento de esta Sala.

En el caso bajo estudio, nos encontramos ante un proceso sancionador que el Ente Regulador de Servicios Públicos le abrió a Cable & Wireless Panamá S. A., por infringir las directrices técnicas ordenadas en el punto C de la Resolución No. JD-4971 de 30 de septiembre de 2004, al no activar el código de marcación abreviada de Galaxy Communications S.A., desde sus terminales públicos y semi-públicos, y en el cual se sancionó a Cable & Wireless Panamá S.A. mediante la Resolución No. 5071 de 17 de diciembre de 2004, teniendo como fundamento de derecho la supracitada Resolución.

De lo expuesto, se colige que el punto C de la Resolución No. JD-4971 de 30 de septiembre de 2004 fue aplicada en el proceso sancionador que le lleva el Ente Regulador de los Servicios Públicos a Cable & Wireless Panamá S.A., hecho que conlleva a que la presente advertencia de ilegalidad resulte extemporánea.” (Lo subrayado es de la Procuraduría de la Administración).

En consecuencia, reiteramos que en la situación en estudio el apoderado judicial **Cable & Wireless Panamá, S.A., ha interpuesto una advertencia de ilegalidad que resulta no viable** puesto que a través de la misma se pretende que la Sala Tercera en lugar que determine la ilegalidad o no de alguna norma reglamentaria o un acto administrativo que ya ha sido aplicado, **lo que desnaturaliza la finalidad preliminar de dicha acción procesal.**

En ese mismo orden de ideas, la Sala Tercera mediante la **Resolución de 10 de febrero de 2014**, refiriéndose a normas o actos que ya han sido aplicados, indicó lo siguiente:

“ ...

Asimismo, esta Superioridad colige que las normas advertidas, contenidas en el Decreto Ejecutivo 145 de 5 de marzo de 2012, entraron a regir a partir del 16 de abril de 2012 y la convocatoria para el proceso de vacantes en línea (PROVEL) procedimiento administrativo aducido por el Señor Jiménez, y del cual no es parte, se declaró abierta el 8 de enero de 2013, por lo cual dicha norma ya ha sido

aplicada, con lo cual el acto advertido de ilegal tampoco cumple con el requisito de no haber sido aplicado, mismo que es citado por la Corte Suprema quien se ha pronunciado consistentemente de la siguiente manera:

‘Por otro lado, es preciso señalar, que la eficacia de una advertencia de ilegalidad se centra en el hecho de incoarla antes de que la norma reglamentaria o acto administrativo sea aplicado para resolver el proceso, por lo que, éste presupuesto constituye un elemento indispensable para su tramitación.

El alegato que precede es cónsono con el contenido del artículo 73 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, el cual indica que, para que la Sala pueda pronunciarse sobre una advertencia de ilegalidad es necesario que la norma, acto o reglamento que se advierte no haya sido aplicado.

Lo anterior ha sido resaltado por nuestra jurisprudencia en reiteradas ocasiones, para lo que ponemos de ejemplo la Resolución de 29 de octubre de 2009, cuya parte motiva señala lo siguiente:

‘...

Planteado lo anterior, esta Sala estima importante anotar que sobre la advertencia de ilegalidad, el artículo 201 de la Ley 38 de 2000, se refiere como la "Observación que formula una de las partes a la autoridad que conoce de un proceso administrativo, sobre supuestos vicios de ilegalidad que le atribuye a un acto administrativo que debe ser aplicado para resolver el proceso.

De lo expuesto, queda claramente que la viabilidad jurídica de la advertencia de ilegalidad depende de la existencia de un proceso administrativo en el que no se haya adoptado una decisión, al exigir que el acto o la norma advertida no haya sido aplicado, dicho en otro sentido cuando en un proceso administrativo se emita la decisión al respecto, no es posible presentar la acción contenciosa que nos ocupa, lo que es independiente de los recursos administrativos que se tenga a bien interponer, lo decimos a manera de aclararle a la parte actora respecto a sus consideraciones de que por la interposición del recurso, que no haya sido resuelto, puede considerarse que el acto no ha sido aplicado.

Siendo así las cosas, queda desprendido en el caso que nos ocupa, que el acto advertido de ilegal, ya fue aplicado, lo cual es contrario a lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 38 de 2000.

Por lo anterior, el resto de la Sala debe concordar con los planteamientos del señor Procurador de la Administración, en cuanto que la presente advertencia de ilegalidad no cumple con los requerimientos del artículo 73 de la Ley 38 de 2000, por lo cual no debe ser admitida...' (Lo resaltado es de la Sala) (Sentencia de 19 de abril de 2010).

...”.

V. Recomendación de la Procuraduría de la Administración.

En atención a lo hasta ahora expuesto esta Procuraduría solicita a la Sala Tercera que se sirva declarar que **NO ES VIABLE LA ADVERTENCIA DE ILEGALIDAD** formulada por el Licenciado Jaime Castillo Herrera, actuando en representación de **Cable & Wireless Panamá, S.A.**, en contra de la Resolución JD-1334 de 12 de abril de 1999, expedida por el entonces Ente Regulador de los Servicios Públicos, ahora Autoridad Nacional de los Servicios Públicos.

Del Honorable Magistrado Presidente,



Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración



Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General