

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 324

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 19 de mayo de 2006

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Nulidad.**

Concepto.

La firma forense Alemán, Cordero, Galindo & Lee, en representación de **Cable & Wireless Panamá, S.A.**, para que se declaren nulos, por ilegales, los numerales 3 y 4 del acápite A y el acápite C de la Resolución JD-4971 del 30 de septiembre de 2004, dictada por el **Ente Regulador de los Servicios Públicos.**

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

Acudo ante usted en ejercicio de la atribución que nos confiere el numeral 3 del artículo 5 de la Ley 38 de 2000, con la finalidad de emitir el concepto de la Procuraduría de la Administración en el proceso Contencioso Administrativo de Nulidad descrito en el margen superior.

I. El acto acusado.

La sociedad demandante solicita que se declaren nulos, por ilegales, los numerales 3 y 4 del acápite A y el acápite C de la Resolución JD-4971 del 30 de septiembre de 2004, "por la cual el Ente Regulador de los Servicios Públicos emite algunas directrices relacionadas con los resultados producto de la Audiencia Pública celebrada el lunes 14 de junio de 2004, con el objeto de escuchar comentarios y opiniones sobre

el comportamiento del sector de telecomunicaciones transcurrido un año de la apertura a la competencia de los servicios básicos de telecomunicaciones”, publicada en la Gaceta Oficial 25,165 del 25 de octubre de 2004.

II. Las normas que se aducen infringidas y los correspondientes conceptos de las supuestas violaciones.

Según expone la apoderada judicial de la parte demandante, el acto acusado ha infringido el numeral 14 del artículo 19 de la Ley 26 de 1996, el cual dispone que el Ente Regulador tiene facultad para arbitrar conflictos entre las empresas prestadoras de los servicios públicos y los otros organismos del Estado, los municipios o los clientes en las áreas de su competencia.

La apoderada judicial de la demandante, estima que el numeral 3 del literal A de la Resolución JD-4971 de 2004, que constituye el acto acusado, vulnera la disposición previamente indicada de manera directa, por omisión, porque no fue aplicado a la situación jurídica bajo análisis.

A su juicio, la entidad reguladora se fundamentó en la citada norma para ampliar sus facultades de manera ilegal, a pesar de la inexistencia de una disposición que le atribuya al Ente Regulador la potestad de arbitrar las controversias que surjan entre las empresas concesionarias de los servicios públicos.

También se dice violado el numeral 4 del artículo 44 del Decreto Ejecutivo 73 de 1997, el cual dispone que el Ente Regulador de los Servicios Públicos podrá dictar normas técnicas y de gestión tendientes a la solución de controversias entre concesionarios.

La parte actora sostiene que el numeral 3 del acápite A de la Resolución JD-4971 de 2004 emitida por la mencionada institución reguladora de los servicios públicos, vulnera la referida disposición reglamentaria en el concepto de interpretación errónea.

En su opinión, la entidad reguladora al interpretar el numeral 4 del artículo 44 del Decreto Ejecutivo 73 de 1997 pretende atribuirse funciones jurisdiccionales para decidir las controversias que surjan entre los concesionarios de los servicios públicos. Igualmente señala que la norma invocada únicamente le permite al Ente Regulador intervenir en virtud de la voluntad expresa de las partes para someter sus controversias a arbitraje.

La parte actora también aduce la infracción del artículo 47 del Decreto Ejecutivo 73 de 1997, el cual señala que los objetivos del Ente Regulador son promover el interés público, fomentar y preservar una libre, leal y efectiva competencia entre los concesionarios de los servicios de telecomunicaciones, con la finalidad de asegurar una mayor calidad de servicios a precios asequibles, así como garantizar el cumplimiento de los principios de no discriminación, equidad y neutralidad de tratamiento en la prestación de dichos servicios.

La firma forense que representa a la demandante, manifiesta que el numeral 3 del acápite A de la resolución acusada vulnera este artículo en el concepto de interpretación errónea, porque su contenido fue analizado de

manera equivocada, otorgándole un sentido o un alcance que no corresponde a su texto.

A su juicio, la norma invocada no constituye el fundamento jurídico que faculta al Ente Regulador para atribuirse funciones jurisdiccionales que le permitan resolver controversias entre los concesionarios de los servicios públicos; por consiguiente, señala que la entidad reguladora no puede intervenir sin que medie la voluntad de las partes.

Por otro lado la demandante sostiene que el artículo 1105 del Código Civil, el cual dispone que un contrato o convenio es un acto por el cual una parte se obliga con la otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa, ha sido vulnerado de manera directa, por omisión, por el numeral 4 del literal A de la resolución acusada, toda vez que éste no se aplicó a la situación jurídica controvertida.

Añade, que el numeral 4 del literal A de la resolución impugnada establece que los concesionarios que presten más de un servicio de telecomunicaciones deberán presentar a la entidad reguladora sus acuerdos de interconexión, lo que a su juicio resulta violatorio del artículo 1105 del Código Civil, porque ello requeriría, a su juicio, de la existencia de un contrato en el que las partes acuerden someterse a la decisión que dicte el Ente Regulador.

De acuerdo al criterio de la demandante, el literal C de la resolución que se impugna mediante este proceso viola de manera directa, por comisión, el artículo 188 del Decreto Ejecutivo 73 de 1997, que dispone que el Ente Regulador de

los Servicios Públicos propiciará que las interconexiones de las redes de telecomunicaciones se lleven a cabo de forma equitativa. También indica la disposición que se dice violada, que a petición de parte la entidad reguladora dictará mandatos de interconexión, los que podrán incluir tarifas, cargos y otros términos y condiciones de interconexión.

En opinión de la apoderada especial de la actora, la violación en la que incurrió la entidad reguladora radica en el hecho de haber dictado un mandato de interconexión y haber fijado cargos mediante una resolución de carácter general, con efectos aplicables a todos los concesionarios, cuando el Decreto Ejecutivo 73 de 1997 sólo se lo permite si media una solicitud previa en un proceso que atañe únicamente a las partes.

En otro orden de ideas, la demandante también enuncia como infringido el artículo 189 del referido Decreto Ejecutivo 73 de 1997, que establece que los concesionarios de los servicios públicos estarán obligados a interconectar sus redes con las de otros concesionarios que lo soliciten y a proporcionar e instalar elementos de red, funciones y capacidades de acuerdo con los principios de neutralidad, no discriminación e igualdad de acceso conforme a los términos establecidos en la Ley, en los reglamentos y en las condiciones técnicas y económicas negociadas de buena fe entre ellos, siempre que se haya presentado una solicitud para la interconexión, se haya firmado un acuerdo de

interconexión o el Ente Regulador haya expedido una resolución ordenando la interconexión.

Conforme el criterio expuesto por la actora, el literal C de la resolución acusada establece cargos de interconexión por minuto en una resolución de carácter general, para el tráfico que se produzca desde los terminales públicos y semipúblicos de los concesionarios del servicio de telecomunicaciones hacia los códigos de marcación abreviada (números 1XX) utilizados por otros concesionarios para tarjetas prepagadas, sin que la interconexión haya sido solicitada por una de las partes o exista una negociación entre ellas.

También se dice infringido el artículo 210 del Decreto Ejecutivo 73 de 1997, que señala que la interconexión será de igual calidad a la que el concesionario se provea a sí mismo o a cualquier otro concesionario y que sus precios y términos serán justos y razonables, e incluirán una tasa de retorno también razonable.

La parte actora manifiesta que el literal C de la resolución acusada vulnera esta disposición reglamentaria de manera directa, por comisión, debido a que el Ente Regulador de los Servicios Públicos ha establecido un cargo de interconexión desde los terminales públicos y semipúblicos para el acceso a tarjetas de créditos y débitos (tarjetas prepagadas) a través de códigos de marcación abreviada (1XX), sin incluir una tasa de retorno razonable y por debajo de los precios de costos.

La firma forense que representa a la demandante igualmente estima que el acto administrativo que acusa de ilegal, igualmente infringe el artículo 214 del Decreto Ejecutivo 73 de 1997, el cual dispone que en la medida de lo posible, todos los costos directos asociados con la interconexión deben estar reflejados en los cargos por esos servicios.

En este sentido, estima que el literal C de la Resolución JD-4971 de 2004 vulnera el citado artículo 214 de manera directa, por comisión, habida cuenta que la entidad reguladora estableció el cargo por interconexión desde los terminales públicos y semipúblicos para el acceso a tarjetas de crédito y débito (tarjetas prepagadas) a través de códigos de marcación abreviada (1XX), sin incluir los costos directos asociados a la interconexión que deben estar reflejados en los cargos por esos servicios y por debajo de los costos.

En adición a las infracciones ya indicadas, la parte actora sostiene que se ha violado el artículo 198 del Decreto Ejecutivo 73 de 1997, que dispone que los concesionarios realizarán sus mejores esfuerzos para alcanzar un acuerdo dentro de los 120 días calendarios, desde que el concesionario solicitante envíe una copia de la solicitud de interconexión al Ente Regulador en la que conste que la otra parte ha recibido la solicitud.

Conforme su opinión, el acápite C de la Resolución JD-4971 de 2004 vulnera la referida norma reglamentaria, de manera directa, por omisión, toda vez que la entidad reguladora debió recurrir a su aplicación con el objeto de

poder ordenar la interconexión y fijar los cargos derivados de la misma.

También se dice infringido el artículo 199 del mencionado Decreto Ejecutivo 73 de 1997, que expresa que de no llegarse a un acuerdo en el plazo de 120 días, cualquiera de las partes podrá solicitar la intervención del Ente Regulador.

La firma forense que representa a la demandante manifiesta que el literal C de la resolución acusada vulnera, este artículo de manera directa, por omisión, porque considera que la entidad reguladora debió aplicarlo para dictar los mandatos de interconexión y fijar los cargos correspondientes.

En el mismo concepto de violación, la actora señala como infringido el artículo 200 del Decreto Ejecutivo 73 de 1997 que dispone que en caso de desacuerdo, ambas partes enviarán al Ente Regulador una oferta final y la sustentarán con la documentación que la entidad reguladora les solicite y deberán presentarla dentro de los 5 días calendarios contados a partir de la fecha en que sea solicitado.

Al explicar el concepto de la supuesta infracción, la parte actora manifiesta que el Ente Regulador debía aplicar lo establecido en el artículo 200 del Decreto Ejecutivo 73 de 1997 para dictar los mandatos de interconexión y fijar los cargos tarifarios para el tráfico de interconexión hacia números de marcación abreviada a través de los terminales públicos y semipúblicos.

La apoderada judicial de la demandante asimismo considera que la Resolución acusada de ilegal viola de manera directa, por omisión, el artículo 201 del Decreto Ejecutivo 73 de 1997, que dispone que una vez las partes presenten su oferta final al Ente Regulador, éste les concederá 3 días calendarios para que concilien sus diferencias con la participación de la propia entidad reguladora.

De acuerdo a lo que expresa la demandante, la entidad reguladora debió aplicar el artículo 201, antes citado, que reglamenta la Ley de Telecomunicaciones, porque desarrolla lo concerniente a las normas aplicables para fijar los cargos de interconexión y porque constituye una de las actuaciones que necesariamente debe llevar a cabo el Ente Regulador para fijar los cargos de interconexión.

Finalmente, la demandante considera que la Resolución JD-4971, el acto acusado, vulnera de manera directa, por omisión el artículo 202 del Decreto Ejecutivo 73 de 1997, que manifiesta que el Ente Regulador, una vez vencido el período de conciliación a que se refiere el artículo 201, dispondrá de 90 días calendarios para tomar una decisión.

Según explica la demandante, el cargo de violación aducido se produce debido al hecho que la entidad reguladora debía aplicarlo para dictar los mandatos de interconexión y fijar los cargos correspondientes, lo que no ocurrió.

III. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Este Despacho observa que la Resolución JD-4971 del 30 de septiembre de 2004 (que constituye el acto acusado) contiene algunas directrices relativas a la apertura de la

competencia entre concesionarios del sector de telecomunicaciones, que fueron adoptadas por el Ente Regulador luego de evaluar los resultados obtenidos en la Audiencia Pública celebrada el lunes 14 de junio de 2004.

En el Informe de Conducta remitido por la Secretaria General del Ente Regulador de los Servicios Públicos al Magistrado Sustanciador, se señala que el 2 de enero de 2003 se abrió en régimen de competencia el mercado de los servicios básicos de telefonía local, de larga distancia nacional e internacional, así como los terminales públicos y semipúblicos que hasta esa fecha habían sido prestados en régimen de exclusividad por la empresa Cable & Wireless Panamá, S.A., en virtud del Contrato de Concesión 134 del 29 de mayo de 1997.

La entidad reguladora añade que otorgó concesiones a partir del año 2001 a las empresas que presentaron solicitudes para la prestación de los servicios básicos de telecomunicaciones en régimen de competencia y que cumplieron con los requisitos correspondientes. Sin embargo, su entrada al mercado se vio empañada por una serie de comportamientos del operador establecido, producto de los cuales constan innumerables quejas de los operadores entrantes, causadas por lo que se denominó un abuso de la posición dominante de Cable & Wireless Panamá, S.A.; lo que motivó la convocatoria a la Audiencia Pública mencionada. (Cfr. foja 61 del expediente judicial).

Sobre este particular, resulta importante recordar que el artículo 190 del Decreto Ejecutivo 73 de 1997 le impone a los concesionarios de las redes de uso público, como es el caso de Cable & Wireless Panamá, S.A., la obligación de suministrar a otros concesionarios el acceso eficiente a su red, bajo condiciones equitativas, razonables y no discriminatorias.

En igual sentido, el numeral 2 del artículo 42 de la Ley 31 de 1996 señala que el concesionario de telecomunicaciones tendrá la obligación de permitir y mantener, de manera equitativa, la interconexión de otros concesionarios a sus redes, en los casos en que el Ente Regulador o los contratos de concesión lo autoricen; y el artículo 71 de la Ley 31 de 1996 el cual dispone que los servicios de telecomunicaciones se otorgarán en régimen de libre competencia y se considerarán ilegales las conductas de los concesionarios dirigidas a restringir, disminuir, dañar, impedir o, de cualquier otro modo, vulnerar la libre competencia.

En concordancia con lo anterior, el numeral 6 del artículo 5 de la Ley 31 de 1996 establece que la entidad reguladora tiene el deber de fiscalizar el cumplimiento de las concesiones que se otorguen para la prestación de los servicios de telecomunicaciones, por lo que en este caso, debería velar porque la empresa Cable & Wireless Panamá, S.A., brindara el servicio de telecomunicación conforme a los principios de tratamiento igualitario entre los usuarios.

Por esa razón, el Ente Regulador procedió a emitir la Resolución JD-4971 de 2004, que en el numeral 3 de su literal

A dispone que "los concesionarios deberán ofrecerse entre ellos un trato igualitario, no discriminatorio y equitativo" y el deber de "negociar sus acuerdos de interconexión al amparo del principio de buena fe". (Cfr. foja 12 del expediente judicial).

A juicio de la Procuraduría de la Administración, la directriz indicada tiene su fundamento jurídico en el numeral 2 del artículo 5 de la Ley 31 de 1991, que faculta al Ente Regulador de los Servicios Públicos para velar porque los concesionarios presten los servicios de telecomunicaciones conforme a los principios de tratamiento igualitario (en circunstancias similares) y de acceso universal, asegurando la continuidad, calidad y eficiencia de tales servicios en todo el territorio nacional.

Igualmente lo actuado por el Ente Regulador se sustenta en las siguientes disposiciones reglamentarias, todas pertenecientes al Decreto Ejecutivo 73 de 1997:

El numeral 4 del artículo 44 que claramente establece que el Ente Regulador de los Servicios Públicos podrá dictar normas técnicas y de gestión tendientes a la solución de controversias entre concesionarios.

El artículo 47 el cual señala que los objetivos del Ente Regulador consisten en promover el interés público, fomentar y preservar una libre, leal y efectiva competencia entre los concesionarios de los servicios de telecomunicaciones, con la finalidad de asegurar una mayor calidad de servicios a precios asequibles, así como garantizar el cumplimiento de

los principios de no discriminación, equidad y neutralidad de tratamiento en la prestación de dichos servicios.

El artículo 189 que señala que los concesionarios de los servicios públicos estarán obligados a interconectar sus redes con las de otros concesionarios que lo soliciten y a proporcionar e instalar elementos de red, funciones y capacidades de acuerdo con los principios de neutralidad, no discriminación e igualdad de acceso conforme a los términos establecidos en la Ley, en los reglamentos y en las condiciones técnicas y económicas negociadas de buena fe entre ellos.

El artículo 210 que dispone que la interconexión será de igual calidad a la que el concesionario se provea a sí mismo o a cualquier otro concesionario.

Dentro de este análisis, resulta conveniente anotar lo siguiente: la resolución acusada también señala en el apartado 3.1 del numeral 3 del acápite A relativo a la normativa de interconexión, que en el supuesto en que un concesionario niegue una solicitud de equiparación o una solicitud de equidad o de trato igualitario, el solicitante podrá requerir la intervención del Ente Regulador.

En este mismo contexto, el apartado 3.2 del citado numeral establece un plazo de 60 días para que la entidad reguladora ordene la equiparación entre ambas empresas.

Por su lado, el apartado 3.3 indica que el Ente Regulador entenderá como indicio en contra del principio de buena fe (contenido en el Reglamento de Telecomunicaciones), la dilación injustificada en las negociaciones de

interconexión que realice alguna de las partes, lo que conllevará la imposición de las sanciones correspondientes.

Las anteriores directrices tienen su fundamento en el numeral 14 del artículo 19 de la Ley 26 de 1996 que confiere a la entidad reguladora la facultad de arbitrar conflictos entre las empresas prestadoras de los servicios públicos, sin perjuicio de aquellas disposiciones legales y reglamentarias que la facultan para imponer sanciones. Por consiguiente, no se vulnera el artículo 1105 del Código Civil, porque el mismo no es aplicable a la situación bajo estudio.

A juicio de este Despacho, lo dispuesto en los apartados 3.1, 3.2 y 3.3 del numeral 3 del acápite A de la Resolución JD-4971 de 2004 no contradicen lo dispuesto en los artículos 198, 199, 200, 201 y 202 del Decreto Ejecutivo 73 de 1997, invocados como violados por la sociedad demandante, porque todas estas normas se refieren a los casos en que los concesionarios realicen esfuerzos infructuosos para firmar un acuerdo de interconexión y una de las partes solicite la intervención del Ente Regulador de los Servicios Públicos, en cuyo caso se establece un período de conciliación para que las partes concilien sus diferencias y de no lograrlo, el Ente Regulador cuenta con 90 días para tomar una decisión.

Otra de las directrices emitidas por el Ente Regulador está contenida en el numeral 4 del acápite A de la Resolución JD-4971 de 2004, que se refiere al deber de los concesionarios que presten más de un servicio de telecomunicaciones de presentar a la entidad reguladora sus acuerdos de interconexión interempresas, en un plazo de 45

días, con el objeto de evitar un trato discriminatorio y no igualitario con otros concesionarios.

La Procuraduría de la Administración observa que la directriz emitida por la entidad reguladora, se fundamenta en el artículo 188 del Decreto Ejecutivo 73 de 1997, según el cual el Ente Regulador propiciará que las interconexiones de las redes de telecomunicaciones se lleven a cabo de forma equitativa y, a solicitud de parte, dictará los mandatos de interconexión, los que podrán incluir tarifas, cargos y otros términos y condiciones de interconexión.

Igualmente la Resolución JD-4971 de 2004 contiene en su acápite C una directriz dirigida a lograr que los concesionarios procedan de manera inmediata a activar desde los terminales públicos y semipúblicos de su propiedad el acceso a los números de marcación abreviada (1XX), para ser utilizado en el servicio de sistemas de acceso a las tarjetas de débito y crédito (tarjetas prepagadas) y para ello fija los correspondientes cargos por minuto.

Tal directriz, haya sustento en el artículo 214 del Decreto Ejecutivo 73 de 1997, según el cual en la medida de lo posible, todos los costos directos asociados con la interconexión deben estar reflejados en los cargos por esos servicios.

La demandante Cable & Wireless Panamá, S.A., cuenta con esa facilidad y, en atención a lo dispuesto en el artículo 249 del referido Decreto Ejecutivo, como concesionaria del servicio público de telecomunicación no puede usar planes de numeración, señalización u otros que resulten en

discriminación entre los servicios ofrecidos por ella o que impidan o restrinjan la competencia con los otros concesionarios.

Por lo expuesto, esta Procuraduría solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que NO SON ILEGALES los numerales 3 y 4 del acápite A y el acápite C de la Resolución JD-4971 del 30 de septiembre de 2004, dictada por el Ente Regulador de los Servicios Públicos.

Pruebas :

Se aducen como pruebas los siguientes documentos:

1. La Ley 31 de 1996, publicada en la Gaceta Oficial 23,832 de 5 de julio de 1999, que constituye un documento público. (Cfr. artículo 786 del Código Judicial).
2. El Decreto Ejecutivo 73 de 1997, publicado en la Gaceta Oficial 23,263 de 10 de abril de 1997, que constituye un documento público. (Cfr. artículo 786 del Código Judicial).

Se adjuntan las siguientes pruebas documentales:

1. Copia autenticada de la Resolución JD-2802 del 11 de junio de 2001 y su Anexo A.
2. Copia autenticada de la Resolución JD-3518 del 25 de septiembre de 2002.

Derecho:

Se niega el invocado por la demandante.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Nelson Rojas Avila
Procurador de la Administración, Encargado

Alina Vergara de Chérigo
Secretaria General, Encargada

NRA/5/au