

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 332

Panamá, 9 de agosto de 2013

Advertencia de ilegalidad.

Concepto

La Licenciada Rosana Serrano de Sanjur, actuando en representación de **Claro Panamá, S.A.**, solicita que se declare nula, por ilegal, la frase “el mismo deberá ser desbloqueado inmediatamente”, contenida en el resuelto segundo; al igual que el resuelto cuarto, ambos contenidos en la Resolución AN 4793-Telco de 23 de septiembre de 2011, emitida por la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos**.

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. Breves antecedentes del caso.

Según se desprende de las constancias del expediente administrativo, el procedimiento sancionador seguido por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos en contra de la empresa Claro Panamá, S.A., tiene su origen en el informe que mediante el Memo DTEL-0207-12 de 2 de abril de 2012, le remitiera la Dirección Nacional de Telecomunicaciones a la Comisión Sustanciadora, indicándole que en inspección realizada en la oficina de atención al usuario de esa empresa, en la ciudad de David, provincia de Chiriquí, se pudo confirmar que la concesionaria no cumplía con lo ordenado en la Resolución AN 4793-Telco de 23

de septiembre de 2011, ya que mantenía tres clientes que no habían podido desbloquear sus equipos celulares, bajo el argumento de que no tenían el código de desbloqueo de los modelos de la marca Nokia (Cfr. fojas 1 a 6 del expediente administrativo).

Consta igualmente, que mediante el memorándum DTEL-1064-12 de 8 de octubre de 2012, la Dirección Nacional de Telecomunicaciones remitió la queja presentada por otra usuaria de la ciudad de Panamá, igualmente disconforme en lo relativo al desbloqueo de su equipo celular por parte de la empresa Claro Panamá, S.A. (Cfr. fojas 129 y 130 del expediente administrativo).

Con el fin de verificar si la operadora había incumplido la Resolución AN 4793-Telco, el 17 de agosto de 2012, el personal técnico de la autoridad reguladora realizó una inspección en las instalaciones de la empresa Claro Panamá, S.A., situada en el edificio Metro Bank, en la ciudad de Panamá, cuyos resultados dieron cuenta de la existencia de inconvenientes técnicos en el proceso de desbloqueo que realiza el centro de atención al cliente de esa empresa operadora; el cual puede tomar más de un día en las terminales móviles, situación que va a depender, según lo manifestado por ésta, que la liberación del celular pueda ser atendida por la misma agencia o por el fabricante del equipo (Cfr. fojas 112 a 116 y 126 a 128 del expediente administrativo).

Como consecuencia de lo antes expuesto, la Comisión Sustanciadora de la Autoridad de los Servicios Públicos, en atención a lo que dispone la Ley 31 de 1996, el Decreto Ejecutivo 73 de 1997 y la Resolución AN 4793-Telco de 23 de septiembre de 2011, formuló a la empresa Claro Panamá, S.A., un Pliego de Cargos de fecha 17 de enero de 2013, el cual fue notificado al apoderado general para pleitos de esa sociedad el 24 de enero de 2013 (Cfr. fojas 139 a 146 del expediente administrativo).

En virtud de lo anterior, la sociedad Claro Panamá, S.A., interpuso ante la Sala la advertencia de ilegalidad que ahora ocupa nuestra atención (Cfr. fojas 1 a 23 del expediente judicial).

II. Advertencia de ilegalidad.

La apoderada judicial de Claro Panamá, S.A., advierte la ilegalidad de la frase “el mismo deberá ser desbloqueado inmediatamente”, contenida en el resuelto segundo; y del resuelto cuarto, ambos de la Resolución AN 4793-Telco de 23 de septiembre de 2011, dictada por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, mediante los cuales se dispone lo siguiente:

"SEGUNDO: ADVERTIR a los Concesionarios de los Servicios de Telefonía Móvil Celular (No.107) y de Comunicaciones personales (No.106), que una vez el cliente y/o usuario haya cancelado el subsidio del equipo terminal y solicite portar su número, el mismo deberá ser desbloqueado inmediatamente por el Concesionario Donante.” (El Subrayado es nuestro)

- o - o -

"CUARTO: COMUNICAR que la presente Resolución comenzará a regir en noventa (90) días calendarios contados a partir de su publicación.”

De acuerdo con lo que al efecto señala la advirtiente, dicha norma será aplicada por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos para resolver el procedimiento administrativo que se adelanta en ese despacho.

III. Disposiciones que se aducen como infringidas.

La sociedad advirtiente aduce la infracción de las siguientes disposiciones:

A. El artículo 1001 del Código Civil, el cual se refiere, entre otras, a las condiciones imposibles, señalando que anularán las obligaciones que de ellas dependan (Cfr. fojas 14 a 16 del expediente judicial);

B. El artículo 14 del Decreto Ejecutivo 279 de 14 de noviembre de 2006, de acuerdo con el cual la Autoridad, antes de adoptar cualquier

reglamentación relativa a los servicios públicos, deberá realizar una consulta ciudadana, con el propósito que las disposiciones que se adopten respondan a las necesidades de los sectores y al interés general (Cfr. fojas 16 y 17 del expediente judicial);

C. Los artículos 2, 5 (numeral 6) y 69 de la Ley 31 de 8 de febrero de 1996 que, en su orden, guardan relación con: la atribución que tiene la Autoridad reguladora, entre otras, para operar y administrar los servicios de telecomunicaciones en cumplimiento de la Ley; la política del Estado en materia de regulación de las telecomunicaciones, para establecer un régimen que imprima certeza y seguridad jurídica; y la modificación a los procedimientos que se establezcan en materia de telecomunicaciones, las cuales deberán comenzar a regir seis meses después de su publicación en la gaceta oficial (Cfr. fojas 17 a 20 del expediente judicial); y

D. El artículo 36 de la Ley 38 del 31 de julio de 2000, según el cual los actos administrativos no podrán emitirse o celebrarse con infracción a una norma jurídica, aunque provenga de la misma autoridad que dicte o celebre el acto respectivo (Cfr. fojas 20 y 21 del expediente judicial).

IV. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

La advertencia en estudio ha sido promovida por la Licenciada Rosana Serrano de Sanjur, actuando en nombre y representación de la sociedad Claro Panamá, S.A., para que el Tribunal se pronuncie sobre la legalidad de la frase “el mismo deberá ser desbloqueado inmediatamente”, contenida en el resuelto segundo, y del resuelto cuarto, ambos de la Resolución AN 4793-Telco de 23 de septiembre de 2011, emitida por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, por la cual se da por concluida la consulta pública sobre el documento denominado “Normas para la Homologación, Registro y Activación de Terminales

Móviles”, con el objeto de eliminar barreras a la competencia y promover el proceso de portabilidad numérica que adelanta la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (Cfr. foja 5 del expediente judicial).

Al sustentar su pretensión, la actora aduce que la obligación de “hacer” contenida en el resuelto segundo de la Resolución AN 4793-Telco de 23 de septiembre de 2011, supone que el concesionario debe resolver el desbloqueo de terminales móviles inmediatamente, lo que, en su opinión, resulta una condición de imposible cumplimiento en atención a lo que establece el artículo 1001 del Código Civil, ya que este procedimiento para liberar un teléfono celular implica la realización de múltiples pasos que pueden durar entre 10 a 20 minutos, esto es, porque hay que verificar si el equipo celular no fue hurtado o robado; introducir un número de identificación internacional del teléfono celular y esperar que el sistema suministre el código de desbloqueo y, de no poder realizar el trámite, hay que enviar el equipo a los talleres del fabricante; por lo que estima que no se puede cumplir con lo ordenado en la norma que se acusa de ilegal (Cfr. fojas 15 y 16 del expediente judicial).

Por otra parte, la recurrente argumenta que cuando la autoridad reguladora adoptó la reglamentación contenida en el resuelto segundo de la Resolución AN 4793-Telco de 23 de septiembre de 2011, no tomó en consideración las necesidades de los concesionarios del sistema de telefonía móvil, las que fueron expuestas en la consulta pública que dio origen a la resolución antes mencionada; como lo fue la solicitud hecha para que se eliminara de la propuesta la palabra “inmediatamente”, ya que técnicamente les ocasionaría serios problemas al momento de hacer efectivo el desbloqueo (Cfr. fojas 16 y 17 del expediente judicial).

En adición a lo expuesto, la actora señala que toda modificación al procedimiento en materia de telecomunicaciones deberá entrar a regir seis meses

después de su publicación; sin embargo, el resuelto cuarto de la Resolución AN 4793-Telco de 23 de septiembre de 2011, indica que ésta empezará a surtir sus efectos a los noventa días contados a partir de la publicación, situación con la que se afectó a los concesionarios en su operación, tanto a nivel nacional como internacional, al no poderse preparar técnicamente para implementar las disposiciones de la resolución mencionada, lo que crea desconfianza e incertidumbre en el inversionista, así como en el usuario del servicio (Cfr. fojas 17 a 20 del expediente judicial).

Finalmente, la recurrente aduce que la Resolución AN 4793-Telco de 23 de septiembre de 2011, vulneró el artículo 36 de la Ley 38 de 2000, puesto que la misma fue emitida violando normas vigentes como es el caso del artículo 69 de la Ley 31 de 1996 (Cfr. fojas 20 y 21 del expediente judicial).

En relación con lo anterior, esta Procuraduría considera pertinente destacar que, tal como lo señala la misma Resolución AN 4793-Telco, la Ley 70 de 9 de noviembre de 2009, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos tiene facultades para operar, mantener e implementar la portabilidad numérica, la cual constituye una facilidad que permite a los clientes y usuarios cambiar de prestador de servicio, conservando su mismo número telefónico, promoviendo de esta manera la leal competencia entre los concesionarios (Cfr. gaceta oficial 26,403-C de 9 de noviembre de 2009).

En ejercicio de esas facultades, la autoridad reguladora emitió la Resolución AN 4793-Telco de 23 de septiembre de 2011, la cual entró en vigencia el 29 de diciembre de 2011, en la que le indicó a los concesionarios de los servicios de telefonía móvil celular (107) y de comunicaciones personales (106), que los equipos vendidos con algún tipo de bloqueo, antes y después de la entrada en vigencia de esa resolución, debían ser desbloqueados a requerimiento del cliente, una vez expirara el periodo de subsidio establecido o el cliente solicitara su

desbloqueo, para lo cual había de cancelarse, de manera previa, el saldo pendiente del subsidio; y que una vez se hubiese cumplido con lo anterior, y se requiriera portar el número, el equipo terminal tenía que ser desbloqueado inmediatamente por el concesionario, sin costo alguno para el usuario (Cfr. gaceta oficial 26,883 de 30 de septiembre de 2011).

En atención a lo expresado en el párrafo anterior, esta Procuraduría analizará las infracciones que alega la recurrente con respecto a la frase “el mismo deberá ser desbloqueado inmediatamente”, contenida en el resuelto segundo, así como el resuelto cuarto, ambos de la Resolución AN 4793-Telco de 23 de septiembre de 2011, que, según su criterio, vulneraron las normas legales y reglamentarias a las que ya hemos hecho referencia.

En relación con la frase advertida como ilegal, la apoderada de la accionante invoca como infringido el artículo 1001 del Código Civil, sobre las obligaciones condicionales, y en tal sentido, sostiene que la orden de “hacer” contenida en el resuelto segundo de la Resolución AN 4793-Telco de 23 de septiembre de 2011, supone que el concesionario debe resolver el desbloqueo de terminales móviles inmediatamente, lo que resulta ser una condición de imposible cumplimiento para Claro Panamá, S.A.

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española la palabra “inmediatamente”, en su sentido natural y obvio significa “al instante” o “sin interposición de otra cosa”, y así debe ser entendida de acuerdo con la regla de interpretación del artículo 10 del Código Civil que a continuación se transcribe:

“Artículo 10. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estos casos su significado legal.” (El subrayado es de la Procuraduría).

Es por tal razón, que el significado de la palabra “inmediatamente”, según aparece inserta en el resuelto segundo de la Resolución AN 4793-Telco de 23 de septiembre de 2011, debe ser interpretada como “sin interposición de otra cosa”, lo que significa que el desbloqueo del equipo celular se debe realizar sin oponer al usuario otras exigencias distintas a las establecidas en el procedimiento, de acuerdo con el cual, una vez el cliente haya cancelado el subsidio del equipo terminal y solicite portar su número, el mismo deberá ser desbloqueado por el concesionario sin agregar nuevas condiciones y sin costo alguno para el usuario; razón por la que para este Despacho no resulta aplicable el artículo 1001 del Código Civil, que corresponde al Capítulo III del Título I del Libro Cuarto del Código Civil, relacionado con las obligaciones en general y los contratos, y que se refiere de manera particular a las obligaciones condicionales imposibles de hacer.

La apoderada judicial de la empresa demandante también advierte que al expedir la Resolución AN 4793-Telco de 23 de septiembre de 2011, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos infringió el artículo 14 del Decreto Ejecutivo 279 de 14 de noviembre de 2006, reglamentario de la Ley 26 de 1996, al no tomar en consideración las necesidades de los concesionarios del sistema de telefonía móvil que fueron expuestos en la consulta pública.

Este Despacho se opone al argumento expresado por la advirtiente, ya que el artículo 14 del Decreto Ejecutivo 279 de 2006 que establece el procedimiento que ha de seguir la autoridad reguladora antes de dictar una resolución, señala que el mismo deberá iniciarse con el proceso de consulta pública; requisito que fue observado por la institución al dictar la resolución en estudio, pues, luego de emitir el aviso ANAT-018-11, que dio lugar a la consulta que se realizó durante el periodo comprendido del 29 de abril al 13 de mayo de 2011, se permitió a todos los interesados presentar sus comentarios con respecto a la propuesta denominada “Normas para la homologación, registro y activación de equipos

terminales”, cuyo propósito era establecer la prohibición de comercialización de equipos terminales bloqueados, con el objeto de eliminar las barreras que afectaron la implementación de la portabilidad numérica entre los concesionarios de los servicios de telefonía móvil celular (107) y de comunicaciones personales (106).

Lo antes expuesto, nos permite concluir que la institución no le desconoció a Claro Panamá, S.A., su derecho a presentar observaciones con respecto a la propuesta presentada por la autoridad reguladora, las que, además, fueron evaluadas en su momento, tal como se hizo constar en el Acta de Cierre de 13 de mayo de 2011; procedimiento administrativo de participación ciudadana en el que intervino esa empresa concesionaria y que una vez culminó dio lugar a la emisión de la Resolución AN 4793-Telco de 23 de septiembre de 2011, dentro de la cual aparecen las normas que se advierten como ilegales; por lo que el cargo de ilegalidad relativo al artículo 14 del Decreto Ejecutivo 279 de 2006 carece de sustento jurídico.

En otro orden de ideas, la apoderada judicial de la recurrente estima que en atención a lo que establece el artículo 69 de la Ley 31 de 1996, toda modificación al procedimiento en materia de telecomunicaciones deberá entrar a regir seis meses después de su publicación; sin embargo, en el resuelto cuarto de la Resolución AN 4793-Telco de 23 de septiembre de 2011, se señala que ésta empezará a surtir sus efectos a los noventa días contados a partir de su publicación, lo que, a su juicio, deviene en ilegal por ser contrario a lo establecido en la norma legal.

Contrario a lo expuesto por la recurrente, esta Procuraduría estima que la Resolución AN 4793-Telco de 23 de septiembre de 2011 no contiene ninguna modificación al procedimiento establecido en materia de telecomunicaciones mediante el “Reglamento de Portabilidad Numérica”, adoptado a través de la

Resolución AN 3064-Telco de 11 de noviembre de 2009, ya que aquélla fue dictada con fundamento en la Ley 31 de 1996, Sectorial de Telecomunicaciones; instrumento jurídico que se sustenta en los artículos 42 y 73 (numeral 1) que, de manera respectiva, señalan que los concesionarios tendrán dentro de sus obligaciones, entre otras, operar los servicios objeto de la concesión en forma ininterrumpida, en condiciones de normalidad y seguridad, y sin incomodidades irrazonables para los clientes; y que la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, además de sus funciones y atribuciones generales, establecerá las directrices técnicas y de gestión que se requieren en materia de telecomunicaciones; razón por la que no era obligatorio que la Resolución AN 4793-Telco de 23 de septiembre de 2011, entrara a regir seis meses después de su publicación en la Gaceta Oficial, de ahí que no se ha vulnerado el artículo 69 de la Ley 31 de 1996.

Sobre la base de todos estos razonamientos, puede concluirse que la frase “el mismo deberá ser desbloqueado inmediatamente”, inserta en el resuelto segundo de la Resolución AN 4793-Telco de 23 de septiembre de 2011, así como el resuelto cuarto de la misma resolución, dictada por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, NO SON ILEGALES, habida cuenta de que ese acto administrativo fue emitido de conformidad con las disposiciones legales y reglamentarias aplicables al régimen de concesión del servicio de telecomunicaciones, lo que descarta la infracción de los artículos 2, 5 (numeral 6) de la Ley 31 de 1996; y 36 de la Ley 38 de 2000, y así solicitamos sea declarado por el Tribunal.

V. Pruebas:

Se aduce como prueba documental de esta Procuraduría, la copia debidamente autenticada del expediente administrativo que guarda relación con el caso bajo análisis, el cual reposa en los archivos del Tribunal.

VI. Derecho:

No se acepta, el invocado en la demanda.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Doctor Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Licenciado Nelson Rojas Avila
Secretario General

Expediente 124-13