

25 de noviembre de 2002

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

Propuesto por la Lcda. Silka
Correa, en nombre y
representación de **Cable &
Wireless, S.A.** para que se
declare nula, por ilegal, la
Resolución N°JD-3302 de 22 de
abril de 2002 emitida por el
**Ente Regulador de los
Servicios Públicos** el acto
confirmatorio y para que se
hagan otras declaraciones.

Concepto.

**Señor Magistrado Presidente de la Sala Tercera,
Contencioso Administrativa, de la Corte Suprema de Justicia.**

Con nuestro habitual respeto concurrimos ante Vuestro
Despacho, con la finalidad de darle formal contestación a la
Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción
enunciada en el margen superior de la presente Vista Fiscal.

I. Intervención de la Procuraduría de la Administración.

Fundamentamos nuestra actuación en el artículo 5,
numeral 4, Libro Primero, de la Ley N°38 de 2000, que
contiene el Estatuto Orgánico de la institución, según el
cual a esta dependencia del Ministerio Público le corresponde
intervenir en interés de la ley, en los Procesos Contencioso
Administrativos de Plena Jurisdicción en los que se impugnen
resoluciones que hayan decidido procesos en vía gubernativa,
en los cuales haya habido controversia entre particulares por
razón de sus propios intereses.

II. Las pretensiones de la sociedad demandante.

La sociedad demandante solicita a vuestra Sala que se
formulen las siguientes declaraciones:

1. Que se declare nula, por ilegal, la Resolución N° JD-3302 de 22 de abril de 2002 expedida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos.

2. Que en consecuencia se ordene dejar sin efecto la Resolución demandada.

Este Despacho observa que no le asiste el derecho en sus pretensiones a la demandante porque las mismas carecen de sustento jurídico, por lo que solicitamos que se desestimen en su oportunidad procesal.

III. Los hechos u omisiones en los que se fundamenta la acción, los contestamos en los siguientes términos:

Primero: Este hecho no consta en el expediente judicial; no obstante, en el texto de la Resolución impugnada parece colegirse que ello es así; por tanto, a ello nos remitimos.

Segundo: Éste no es un hecho, sino la transcripción de algunas de las obligaciones de las partes terminales y, como tal, se tienen.

Tercero: Este hecho no consta en la forma como ha sido expuesto por el demandante. Aceptamos únicamente que la empresa Cable & Wireless Panamá, S.A. es la empresa que puede efectuar conexiones ópticas a Cables Submarinos ARCOS-1 y MAYA-1, cuya terminal está en la estación de María Chiquita, Provincia de Colón, porque así se indica en la foja 1, punto 5, del expediente judicial.

Cuarto: Este hecho no consta en el expediente judicial; por tanto, lo negamos.

Quinto: Este hecho consta en la Resolución JD-3302 de 22 de abril de 2002; por tanto, lo aceptamos.

Sexto: Este hecho no consta en el expediente judicial; por tanto, lo negamos.

Séptimo: Este hecho es cierto; por tanto, lo negamos.

Octavo: Éste no es un hecho, sino una argumentación de la demandante, que negamos.

Noveno: Éste lo contestamos como el anterior.

Décimo: Aceptamos que la demandante interpuso Recurso de Reconsideración, porque así se indica en la Resolución JD-3393 de 1° de julio de 2002.

Undécimo: Éste no es un hecho, sino una argumentación de la demandante, que negamos.

IV. Las disposiciones jurídicas que se invocan y su concepto, son los que a continuación se analizan:

a. El artículo 6 del Decreto Ejecutivo 138 de 15 de junio de 1998, que dispone:

"Artículo 6. El Ente Regulador propiciará que el uso de las instalaciones se lleve a cabo en forma equitativa, razonable y no discriminatoria. En tal sentido, a solicitud de parte, podrá dictar mandatos de acceso y uso y como autoridad administrativa de última instancia estará facultado para ordenar el acceso y/o el uso de las instalaciones solamente cuando las partes interesadas no hayan logrado voluntariamente acuerdo en el ejercicio de los principios de la libre contratación."

Concepto de la violación:

Al externar su inconformidad, la apoderada judicial de la demandante señaló:

"La orden impartida en la Resolución demandada infringe literalmente, este precepto por violación directa por comisión ya que si bien es cierto, el Ente Regulador de los Servicios Públicos puede, a solicitud de parte, dictar mandato de acceso y uso, no puede desconocer que la norma en forma clara alude a que esta facultad se ejercerá sobre las 'instalaciones', lo que quiere remitirnos

a la definición de que instalaciones hace el mencionado Decreto, así tenemos:

'INSTALACIONES: Postes, conductos, cámaras de inspección, casetas, torres y demás elementos de las redes a que se refiere el presente Decreto Ejecutivo, que estén contruidos o localizados en áreas de servidumbre pública u otros bienes de dominio público conforme los definen los artículos 329 y 333 del Código Civil, salvo en los casos que expresamente y por excepción se contemplan en el presente Decreto.'

De lo anterior se desprende que el artículo N°6 del Decreto Ejecutivo N° 138 de 15 de junio de 1998 al facultar al Ente Regulador de los Servicios Públicos a ordenar el acceso y/o uso de instalaciones, a solicitud de parte, se refiere a instalaciones construidas o localizadas en áreas de servidumbre pública u otros bienes de dominio público, la orden de dar co-ubicación a la empresa Cable Onda, S.A. y a todos los concesionarios que así lo soliciten, dentro de una instalación de propiedad privada Cable & Wireless Panamá, S.A., es una decisión que contradice la facultad que el referido Decreto Ejecutivo le otorga al Ente Regulador de los Servicios Públicos, ya que estas facultades deberán ejercerse limitadas a la definición de que 'instalaciones' hace el propio Decreto, por tanto se infringe por violación directa el artículo 6 del Decreto N° 138 de 1998, norma jurídica de jerarquía superior al acto acusado, al ordenarse una co-ubicación que resulta contraria a lo que señala la Ley."

b. En segundo lugar, se dice infringido el artículo 34 del Decreto Ejecutivo 138 de 15 de junio de 1998, que puntualiza:

"Artículo 34. El Ente Regulador, una vez haya recibido el informe del perito, decidirá la controversia en un plazo de sesenta (60) días calendario contados a partir de la fecha del informe del perito, fundándose para ello en el dictamen del perito o en la determinación que estime más ajustada a los términos del presente Decreto."

Concepto de la violación:

"En adición a que la Resolución impugnada ordena una acción que recae sobre un bien de dominio privado, situación ante la cual el Ente Regulador de los Servicios Públicos no tiene competencia, la orden impartida violenta literalmente el precepto transcrito por violación directa por omisión, ya que el Ente Regulador de los Servicios Públicos al momento de decidir la controversia no aplicó esta norma la cual resolvía la situación planteada, al no fundamentarse en el informe de la inspección realizada por parte de la Dirección Nacional de Telecomunicaciones, del Ente Regulador de los Servicios Públicos.

Por el contrario, la decisión es contradictoria ya que, según consta en el expediente, este informe concluye:

Dentro de la estación de cable solamente se encuentra el espacio para la expansión de los equipos de los respectivos Consorcios.

Este Informe ha sido preparado para que sirva de ayuda en la reunión donde el Ente Regulador de los Servicios Públicos emitirá su decisión acerca del caso de Conexión de la empresa Cable Onda 90, S.A. y Cable & Wireless Panamá, S.A."
(subrayado nuestro)

De lo anterior se desprende la violación directa por omisión de la norma denunciada, ya que la misma no fue aplicada, toda vez que no se fundamentó la decisión en el dictamen de la inspección. El informe de la inspección del propio Ente Regulador de los Servicios Públicos indica que dentro de la estación de cable solamente existe espacio para la expansión de los equipos de los respectivos consorcios, no obstante, los Señores Directores del Ente Regulador de los Servicios Públicos mediante el Acto demandado ordenan a Cable & Wireless Panamá, S.A. a dar co-ubicación a la empresa Cable Onda, S.A. y a cualquier otro concesionarios que lo solicite, en perjuicio directo de la propiedad privada de nuestra representada y de los compromisos adquiridos con los consorcios Internaciones del Cable MAYA-1 y ARCOS-1, decisión que no se fundamenta en el

respectivo dictamen de la inspección. En adición, la decisión del **Ente Regulador de los Servicios Públicos** resulta un fallo Extra Petita por otorgar co-ubicación a otros concesionarios que no han solicitado la misma y que han sido parte del proceso."

c. En tercer lugar, se dice vulnerado el artículo 40 del Decreto Ejecutivo 138 de 1998, que indica:

"Artículo 40. Excepcionalmente, el Ente Regulador podrá ordenar el acceso y uso de instalaciones ubicadas en propiedad privada, únicamente cuando ocurran una o más de las siguientes circunstancias:

40.1. La imposibilidad para un operador de obtener permisos de construcción y/o de ocupación para edificar nuevas instalaciones en otras ubicaciones por razón de la aplicación de normas nacionales y/o municipales;

40.2. La imposición de normas ecológicas y/o de medio ambiente que impidan la construcción de nuevas instalaciones en otras ubicaciones,

40.3. La topografía de los terrenos en donde estén construidas o se construyan instalaciones reúna condiciones muy difíciles de sustituir y estrictamente en la medida en que no hayan ubicaciones alternativas que a juicio del Ente Regulador brinden condiciones adecuadas para la prestación del servicio ofrecido por el operador."

Concepto de la violación:

"La orden impartida violenta en forma directa por omisión esta disposición, ya que el Ente Regulador de los Servicios Públicos dejó de aplicar esta disposición la cual en forma clara y concreta establece las circunstancias que permiten que, excepcionalmente, este cuerpo colegiado pueda ordenar el acceso y uso en bienes de dominio privado.

El artículo 40 del referido Decreto Ejecutivo N° 138 de 1998, alude a una situación excepcional lo que nos lleva a concluir que la facultad otorgada al Ente Regulador de los Servicios Públicos deberá ejercerse únicamente cuando se den las circunstancias determinadas expresamente

en la norma denunciada. El emitir una decisión que no se fundamente en las circunstancias que legalmente justifican la orden de acceso y uso, resulta violatorio por no aplicarse lo dispuesto en forma expresa y clara en la Ley, en perjuicio directo de los derechos de libre contratación que pueden ejercer las partes, así como en perjuicio directo del derecho de propiedad privada por parte de nuestra representada.

Las circunstancias que excepcionalmente la norma señala no son aplicables a la ubicación de la Estación de Cable de Maria Chiquita en la Provincia de Colón, toda vez que al momento de realizar la ejecución del proyecto de la Estación de Cable, por parte de Cable & Wireless Panamá, S.A., no se restringieron ni prohibieron los permisos de construcción, tampoco hubieron disposiciones ecológicas y/o de medio ambiente que prohibieran la construcción de esta edificación y además el área ni la topografía del lugar impide la construcción de ubicaciones alternativas, por tanto se concluye que el acto acusado violentó el precepto legal por omisión al no aplicar o desconocer las circunstancias excepcionales por las cuales el Ente Regulador estaría facultado para ordenar el acceso y uso de instalaciones ubicadas en propiedad privada.

La norma infringida surge como una garantía fundamental de la propiedad privada en desarrollo de los preceptos constitucionales, por lo cual consideramos indispensable remitirnos como referencia al Auto de 18 de julio de 1980 mediante el cual la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia señala:

"PROPIEDAD PRIVADA. La Constitución Nacional la reconoce y garantiza.

Resulta oportuna la ocasión para reiterar el criterio de la Corte en torno al respeto que merece la propiedad privada legítimamente adquirida, según lo garantiza el artículo 43 de nuestra Constitución, cuyo texto es como sigue:

'Se garantiza la propiedad privada adquirida con arreglo a

la ley por personas
jurídicas o naturales.'

Esta es una realidad constitucional reconocida a través de diversos precedentes de esta Corporación de Justicia, entre los cuales puede mencionarse el de 10 de junio de 1976 (Amparo de Garantías Constitucionales propuestos por D. Mizrachi contra el Director General de Arrendamiento del Ministerio de Vivienda).'

Aunque es evidente que en todas las constituciones modernas, e incluso algunas de corte individualistas, se afecta la propiedad privada a la función social que debe cumplir, tal como se reconoce en el Art.44 de nuestra Carta Política, nuestro sistema jurídico la rodea de seguridades, por lo cual su afectación no puede ser arbitraria o ilícita. En caso de serla, la ley pone a disposición del afectado las instituciones de garantía necesarias para su defensa." (Auto de 18 de julio de 1980. Apelación interpuesta por FRANCISCO BORBUA contra Resolución dictada por la Dirección General del Registro Público). (20 Años de Jurisprudencia de la Sala Primera (De Lo Civil) de la Corte Suprema de Justicia de Panamá: 1961-1980, Panamá, 1982, Dulio Arroyo Camacho)

d. En cuarto lugar, se dice infringido el artículo 42 del Decreto Ejecutivo 138 de 1998, que indica:

"Artículo 42. Para los casos contenidos en el artículos 40, el Ente Regulador actuará únicamente cuando medie solicitud de parte dirigida al Ente Regulador fundamentada en uno o más de los numerales establecidos en dicho artículo y podrá limitar el acceso y uso de instalaciones a servicios específicos que se puedan prestar en la República de Panamá de conformidad con la Ley No. 31/96, la Ley No. 36/80, o el Decreto No. 155/62."

Concepto de la violación:

"Esta norma, al igual que la anterior, ha sido violentada en forma directa por omisión, ya que el Ente Regulador de los Servicios Públicos solo podrá emitir un acto que ordene acceso y uso de una instalación en propiedad privada,

fundamentándose en algunos de los numerales establecidos en el Artículo 41 del Decreto Ejecutivo 138 de 15 de junio de 1998, requisito esencial que por omitirse se violenta el marco de las facultades legales otorgadas al Ente Regulador de los Servicios Públicos en perjuicio directo de nuestra representada.

De lo anterior se concluye que por no encontrarse fundamentada en uno o más de los numerales establecidos en dicho artículo, el Ente Regulador de los Servicios Públicos no puede ordenar el acceso y uso de instalaciones ubicadas en propiedad privada, ya que esta facultad ha sido otorgado condicionada a que existan una o más de las circunstancias enunciadas, por tanto se formaliza una evidente violación directa por omisión por no haberse aplicado dicha norma, la cual aplicaba a la situación planteada.

Sobre las violaciones denunciadas contra el Decreto Ejecutivo N° 138 de 15 de junio de 1998, nos permitimos transcribir el Considerando 5.13 del Acto Confirmatorio en el cual el Ente Regulador de los Servicios Públicos emite una aceptación de haber desconocido dicha norma al indicar:

'5.13. Sobre estos argumentos es necesario aclarar a la recurrente que la resolución impugnada no se fundamenta en el Decreto Ejecutivo No. 138 de 15 de junio de 1998, así lo podrá apreciar en la parte final del acto recurrido cuando se citan las disposiciones legales que sirven de fundamento legal a la decisión adoptada, por lo que no entendemos la referencia utilizada por la recurrente sobre el citado Decreto Ejecutivo. La decisión adoptada por el Ente Regulador tiene su génesis precisamente en la negativa, entre otros temas, de CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A. de llegar a un acuerdo con CABLE ONDA S.A. para dar co-ubicación a esta última empresa, entendiéndose que parte de las funciones del Ente Regulador es, precisamente, la solución de controversias entre los concesionarios.'

En un Estado de Derecho, la solución de controversia no puede darse al margen de las disposiciones aplicables a la materia, lo contrario nos lleva a una evidente violación al principio de legalidad que debe prevalecer en todo acto administrativo."

e. En quinto lugar, se dice transgredido el artículo 44 del Decreto Ejecutivo 73 de 9 de abril de 1997, por el cual se reglamenta la Ley 31 de 1996, el cual establece:

"Artículo 44. El Ente Regulador podrá dictar normas técnicas y de gestión referidas, entre otros, a las siguientes materias de su competencia:

- 44.1 Interconexión;
- 44.2 Tarifas;
- 44.3 Mecanismos para la atención de reclamos de los usuarios y clientes de los concesionarios;
- 44.4 Solución de controversias entre concesionarios;"

Concepto de la violación:

"El Considerando Cuarto del Acto demandado fundamento de la decisión del Ente Regulador de los Servicios Públicos, infringe el literal de este precepto legal por indebida aplicación, ya que si bien es cierto el Ente Regulador de los Servicios Públicos podrá dictar normas para la solución de controversia entre concesionarios, esta facultad, debe ejercerse dictando normas técnicas y de gestión relacionadas con los servicios de telecomunicaciones, mas no así con el acceso y uso de instalaciones de dominio privado, y sujeto a las disposiciones legales aplicables al caso, o sea el Decreto Ejecutivo N°138 de 15 de junio de 1998.

Vale indicar que esta disposición, si bien faculta a dictar normas para la solución de controversia entre concesionarios, no conlleva la solución de controversias que surjan por el acceso y uso de infraestructuras ubicadas en bienes de dominio privado ni por la interpretación de acuerdos privados. Debemos concluir que la norma violada no encaja en el caso que se ventila, por no tratarse de una mera solución de controversia entre concesionarios sino de la interpretación

de obligaciones que surgen de un contrato privado y de la co-ubicación en instalaciones en propiedad privada regulada por la Ley.

La solución de cualquier controversia por si, no le faculta a dictar normas, se requiere que dicha controversia se refiera a temas para los cuales la ley le ha otorgado competencia, resultando por tanto el texto de dicho considerando, en el cual el Ente Regulador de los Servicios Públicos justifica su decisión, una indebida aplicación de la Ley."

f. En sexto lugar, se dice conculcado el artículo 337 del Código Civil:

"Artículo 337. La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin mas limitaciones que las establecidas por la ley. El propietario tiene acción contra el poseedor de la cosa para reivindicarla."

Concepto de la violación:

"Esta norma ha sido infringida por violación directa por comisión, toda vez que el acto impugnado dispone una cosa contraria a lo que establece esta norma jerárquicamente superior al acto acusado, desconociéndose el derecho de Cable & Wireless Panamá, S.A. de gozar y disponer de su propiedad sin más limitaciones que las establecidas por la Ley, por tanto las limitaciones a la propiedad privada, ordenadas por la Resolución demandada, contravienen este precepto al establecerse mediante una Resolución, limitaciones a la propiedad privada, facultad que sólo le compete a una norma jurídica de jerarquía de Ley."

g. En séptimo lugar, se dice conculcado el artículo 338 del Código Civil que dice:

"Artículo 338. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por autoridad competente y por graves motivos de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización."

Concepto de la violación:

Se ha violentando en forma directa por omisión la disposición indicada toda vez

que Cable & Wireless Panamá, S.A. está siendo privada de su propiedad por decisión del Ente Regulador de los Servicios Públicos sin que exista norma jurídica que le otorgue dicha competencia y sin que existan graves motivos de utilidad pública, por el contrario, el interés perseguido con la orden de acceso y uso es el de favorecer a una empresa constituida con un interés privado.

Debemos concluir que la actuación del Ente Regulador de los Servicios Públicos omitió aplicación de esta norma la cual en forma clara resuelve la situación planteada por la solicitud de la empresa Cable Onda, S.A."

h. En octavo lugar, se dice transgredido el artículo 48 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000:

"Artículo 48. Las entidades públicas no iniciarán ninguna actuación material que afecte derechos o intereses legítimos de los particulares, son que previamente haya sido adoptada la decisión que le sirve de fundamento jurídico. Quien ordene un acto de ejecución material estará en la obligación, a solicitud de parte, de poner en conocimiento del afectado el acto que autorice la correspondiente actuación administrativa.

La violación de lo establecido en el presente artículo generará, según las características y gravedad del caso, responsabilidad disciplinaria, penal y civil, para lo cual deben iniciarse las investigaciones o procesos respectivos."

Concepto de la violación:

La norma transcrita es infringida en el concepto de violación directa por omisión, toda vez que la actuación del Ente Regulador de los Servicios Públicos afecta derechos e intereses legítimos de nuestra representada, sin que se haya hecho de su conocimiento la norma que autoriza dicha actuación administrativa, lo que plantea para Cable & Wireless Panamá, S.A.. una situación de completa indefensión jurídica. Concluimos que se concretiza una violación a esta norma fundamental de procedimiento administrativo general, toda vez que el acto impugnado no indica el fundamento jurídico en que se sustenta su actuación."

Defensa de la institución demandada por la Procuraduría de la Administración.

Como **antecedentes** del proceso in examine acaecidas en la etapa gubernativa, destacamos las siguientes:

Mediante Nota GGCOO-01-09-113 de 10 de septiembre de 2001 la empresa CABLE ONDA, S.A. solicitó la intervención del Ente Regulador en el conflicto originado por la negativa de la empresa CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., de brindarle conexión óptica a los Cables Submarinos ARCOS-1 y MAYA-1, cuya terminal está ubicada en la estación que esa empresa tiene en María Chiquita, Provincia de Colón.

El Gerente General de CABLE ONDA, S.A. explica que **los servicios de transmisión y conmutación de datos son servicios tipo B que están en libre competencia en Panamá**, por lo que a su juicio cualquier proveedor autorizado de estos servicios debe tener acceso a brindarlos a los miembros o usuarios de los Cables Submarinos ARCOS-1 y MAYA-1. Añade, que un elemento clave en el éxito de Panamá en convertirse en un Centro Regional de Telecomunicaciones es la competitividad del transporte de datos desde las estaciones de las fibras submarinas hasta cualquier punto en el país.

El Ente Regulador a través de la Nota DPER-2009 de 8 de octubre de 2001 le corrió traslado de la solicitud de intervención a la empresa CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., (CWP) con el fin de recibir sus comentarios, contestando dicha empresa lo siguiente:

"8.1 Que no tiene fundamento los señalamientos de CABLE ONDA, S.A., en cuanto a la supuesta obligación de CWP de brindar acceso a los socios o propietarios o partes de los Cables Submarinos ARCOS-1 y MAYA-1, por el sólo hecho de que sea un servicio tipo B, ya que considera que sus

obligaciones para con las Partes son las derivadas de los respectivos acuerdos de Construcción y Mantenimiento celebrados entre CWP y los consorcio internacionales.

8.2 Que la obligación de CWP con respecto a CABLE ONDA, S.A., en su calidad de Parte del consorcio de ARCOS-1, consisten únicamente en mantener y proveer de extensión digital apropiada una capacidad de transmisión hasta su punto de presencia equivalente a la capacidad que haya adquirido Cable Onda dentro del Consorcio ARCOS-1.

8.3 Que darle conexión óptica a CABLE ONDA, S.A., lo convertiría automáticamente en 'Parte Terminal' del consorcio ARCOS-1, situación que a juicio de CWP debió ser negociada por CABLE ONDA, S.A., al momento en que se realizaron las negociaciones del Acuerdo de Construcción y Mantenimiento del ARCOS-1.

8.4 Que CABLE ONDA, S.A., no posee participación o capacidad asignada dentro del Consorcio MAYA-1, por lo que no existe una obligación de CWP de proveerle capacidad de transmisión ni mucho menos una conexión óptica.

8.5 Que la solicitud de espacio y conexión óptica de CABLE ONDA, S.A., no está relacionada con la capacidad asignada a dicha empresa dentro del Consorcio ARCOS-1, mucho menos relacionada con ningún tipo de capacidad en el Consorcio MAYA-1.

8.6 Que los precios ofrecidos a CABLE ONDA, S.A., han sido establecidos sobre la base de los precios vigentes de CWP para este tipo de productos dentro del territorio nacional."

Otro antecedente es que el día 27 de noviembre de 2001, el Ente Regulador realizó una reunión con las partes involucradas en la controversia para que resolvieran sus diferencias; no obstante, no hubo acuerdo porque la empresa CWP se mantuvo en su posición de ser la única que puede brindar el acceso hacia la red de transmisión nacional, de conformidad con el Acuerdo de Construcción y Mantenimiento de

los Convenios con los Cables Submarinos; mientras que CABLE ONDA, S.A., indicó que ellos desean conexión en la estación de María Chiquita y no ser visto como unos clientes por CWP, sino como proveedores de transporte, puesto que este servicio no está en exclusividad por parte de CWP.

Cabe agregar que el Ente Regulador realizó una inspección a la estación terminal de María Chiquita con el objeto de verificar la existencia, en dicha instalación, de espacio disponible para la co-ubicación de equipos así como para la verificación de la llegada de los cables submarinos MAYA-1 y ARCOS-1, comprobando efectivamente que sí existe espacio físico disponible para la instalación de equipos que le permitan a CWP transferir a CABLE ONDA, S.A. la capacidad de transmisión (ancho de banda) de los propietarios o arrendatarios de ambos cables submarinos que deseen utilizar a Cable Onda, S.A., para transportar su capacidad de transmisión (ancho de banda) hacia cualquier punto en la República de Panamá.

Una vez conocidos los antecedentes del proceso, procedemos a sustentar nuestra defensa en la siguiente **legislación:**

La **Ley 26 de 29 de enero de 1996**, modificada mediante la **Ley 24 de 30 de junio de 1999**, creó el Ente Regulador de los Servicios Públicos como un organismo autónomo e independiente, con patrimonio y personería jurídica propia, a cargo del control y fiscalización de los servicios públicos de agua potable, alcantarillado sanitario, electricidad, **telecomunicaciones**, radio y televisión, así como la transmisión y distribución de gas natural, con sujeción a la citada Ley y a las respectivas leyes sectoriales.

De dicha Ley son importantes los artículos 3 y 8, que disponen:

"Artículo 3. Competencia. El Ente Regulador ejercerá el poder de regular y controlar la prestación de los servicios públicos de abastecimiento de agua potable, alcantarillado sanitario, electricidad, telecomunicaciones, radio y televisión, así como la transmisión y distribución de gas natural en adelante llamados servicios públicos según lo establecen la presente Ley y las leyes sectoriales.

..." (Artículo 3 de la Ley 26 de 29 de enero de 1996, tal como quedó modificado por la Ley 24 de 30 de junio de 1999)

-0-0-0-

"Artículo 8. Jurisdicción. Las empresas prestadoras de servicios públicos de agua potable, alcantarillado sanitario, electricidad, telecomunicaciones, radio y televisión y las dedicadas a la transmisión y distribución de gas natural, están sujetas a la jurisdicción del Ente Regulador, en los términos señalados por las respectivas leyes sectoriales." (Artículo 8 de la Ley No. 26 de 29 de enero de 1996, tal como quedó modificado por la Ley No. 24 de 30 de junio de 1999)

Los numerales 1, 2, 5, 7 y 25 del artículo 19 de la Ley 26 de 29 de enero de 1996 especifican las atribuciones legales que sustentan la actuación de la entidad reguladora; veamos:

"Artículo 19. Atribuciones del Ente Regulador. Para el cumplimiento de sus objetivos, el Ente Regulador tendrá las funciones y atribuciones siguientes:

1. Cumplir y hacer cumplir esta Ley y las demás normas legales complementarias, así como las leyes sectoriales respectivas. Para ello, el Ente Regulador realizará eficaz control, vigilancia y verificación del cumplimiento de las leyes y reglamentos por parte de las empresas de servicios públicos de agua potable y alcantarillado sanitario, telecomunicaciones y electricidad;
2. Otorgar, en nombre del Estado según proceda, las concesiones, licencias y autorizaciones para la prestación de los

servicios públicos de su competencia, de acuerdo con las normas fiscales y demás disposiciones vigentes, hasta tanto se aprueben las normas sectoriales correspondientes;

3. Verificar el cumplimiento de los niveles de calidad de los servicios en los aspectos técnicos, comerciales, legales y ambientales. Con este fin dictará, mediante resoluciones, la reglamentación necesaria para implementar dicha fiscalización;
4. ...
5. Promover la competencia y la eficiencia en las actividades de los servicios públicos e investigar posibles conductas monopolísticas, anticompetitivas o discriminatorias, en las empresas y entidades que operen en dichos servicios públicos, cuando considere que pueden ir en contra del interés público;
6. ...
7. Controlar el cumplimiento de las condiciones básicas para la prestación de los servicios públicos de su competencia;
8. ...
25. En general, realizar los actos necesarios para que se cumplan las funciones y los objetivos de esta Ley y de las leyes sectoriales, así como los contratos, concesiones, licencias y autorizaciones que se generen de estas leyes."

La **Ley 31 de 8 de febrero de 1996**, modificada por la Ley 24 de 2000, por la cual se dictan normas para la regulación de las telecomunicaciones en la República de Panamá es la Ley Sectorial en materia de telecomunicaciones, de ella destacan sus artículos 1, 2, 5, 41 y 73, que establecen:

"Artículo 1. Esta Ley regula las telecomunicaciones, con el objeto de acelerar la modernización y el desarrollo del sector, promover la inversión privada en el mercado, extender su acceso, mejorar la calidad de servicios provistos, promover tarifas bajas al usuario y la competencia leal, en la provisión de los

servicios de telecomunicaciones sujetos a esta Ley.

Las telecomunicaciones incluyen toda transmisión, emisión o recepción de los signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza, por medio de líneas físicas, emisiones radioeléctricas, medios ópticos o por cualquier otro sistema o medio de transmisión existente o que exista en el futuro.

Se excluyen del ámbito de aplicación de la presente Ley, los servicios de telegrafía nacional, de radiodifusión y distribución de señales de televisión no interactiva y los de radioaficionados y bandas ciudadanas.

El tercer párrafo del Artículo 1 de la Ley No. 31 de 8 de febrero de 1996, tal como quedó modificado por la Ley No. 24 de 30 de junio de 1999:

Se excluyen del ámbito de aplicación de la presente Ley, los servicios de telegrafía nacional, los de radioaficionados y de bandas ciudadanas."

"Artículo 2. El Ente Regulador de los Servicios Públicos, denominado también el Ente Regulador, tiene la finalidad de regular, ordenar, fiscalizar y reglamentar eficazmente, entre otros, la operación y administración de los servicios de telecomunicaciones, en cumplimiento de las disposiciones de la presente Ley."

"Artículo 5. La política del Estado en materia de telecomunicaciones objeto de esta Ley, será la siguiente: ...

4. Promover y garantizar el desarrollo de la leal competencia entre los concesionarios de los servicios que se otorguen en régimen de competencia, conforme a las disposiciones de esta Ley;"

"Artículo 41. Los concesionarios y los clientes de los servicios de telecomunicaciones, tendrán los derechos y obligaciones que establezcan las normas que rigen en materia de telecomunicaciones, los contratos de concesión respectivos y las directrices del Ente Regulador..."

"Artículo 73. En adición a las funciones y atribuciones generales del Ente Regulador de los Servicios Públicos señaladas en su ley constitutiva, éste tendrá las

siguientes atribuciones en materia de telecomunicaciones:

1. Establecer las directrices técnicas y de gestión que se requieran en materia de telecomunicaciones;"

El **Decreto Ejecutivo 73 de 9 de abril de 1997**, por el cual se reglamenta la Ley 31 de 1996, establece que el Ente Regulador podrá dictar normas técnicas y de gestión referidas, entre otras, a **la solución de controversias entre concesionarios**. Así se establece en los artículos 2, 6, 7 y 44, que indican:

"Artículo 2. El Ente Regulador de los Servicios Públicos, en adelante llamado el Ente Regulador, está facultado para dictar las resoluciones y demás disposiciones complementarias que resulten necesarias para el cumplimiento de la Ley N° 31 y del presente Reglamento. Las potestades, atribuciones y procedimientos de actuación del Ente Regulador contemplados en el presente Reglamento se refieren exclusivamente a la competencia del Ente Regulador en materia de telecomunicaciones. Las normas que emita el Ente Regulador son de cumplimiento obligatorio. La potestad regulatoria y normativa se materializará a través de la expedición de resoluciones las cuales deberán constar por escrito y estar fundamentadas."

"Artículo 6. Para asegurar la competencia, los concesionarios que operen redes de telecomunicaciones en régimen de competencia deberán abstenerse de aplicar prácticas monopólicas restrictivas de la competencia."

"Artículo 7. El Ente Regulador podrá dictar normas y reglas generales y especiales para proteger y promover la competencia en el sector de telecomunicaciones, para evitar o poner fin a actos contrarios a la competencia y para prevenir los subsidios cruzados entre los servicios prestados en régimen de exclusividad temporal o limitación numérica y aquellos prestados en régimen de competencia, así como establecer reglas especiales para concesionarios que tengan o ejerzan posición dominante."

"Artículo 44. El Ente Regulador podrá dictar normas técnicas y de gestión referidas, entre otros, a las siguientes materias de su competencia: ...

44.4 Solución de controversias entre concesionarios;"

Los Acuerdos de Consorcio y de Construcción y Mantenimiento que se lleven a cabo para el establecimiento, mantenimiento y operación de los cables submarinos que lleguen o atraviesen el territorio panameño, si bien rigen las relaciones entre los socios, propietarios o partes de ese consorcio, **los mismos no pueden estar por encima de las regulaciones y normas vigentes en materia de telecomunicaciones en la República de Panamá.**

Según ello, todo aquél que sea designado como la "Parte Terminal" dentro del territorio de la República de Panamá debe acatar y respetar las disposiciones legales que rige la materia de las telecomunicaciones en la República de Panamá.

La empresa CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., si bien ha sido designada como "La Parte Terminal" con respecto a los Cables Submarinos Arcos-1 y Maya-1, dicha empresa no ostenta la exclusividad, en el territorio nacional, para el transporte de la capacidad de transmisión (ancho de banda) contratada en tales cables submarinos, por lo que cualquier concesionario puede proveer el transporte de dicha capacidad a los propietarios o arrendatarios de los cables submarinos que así lo soliciten.

De lo anterior dimana un derecho y una obligación: CABLE ONDA, S.A. tiene el derecho de conexión con los equipos que mantiene la empresa CWP en la estación terminal de María

Chiquita en la Provincia de Colón, y CWP tiene la obligación de entregar a CABLE ONDA, S.A., a título oneroso, la capacidad que este u otros clientes hayan contratado en el ARCOS-1 o en el Maya-1.

Es importante indicar que la empresa CABLE ONDA, S.A. **no se puede conectar directamente a los cables submarinos ARCOS-1 ni al MAYA-1 puesto que no es "Parte terminal" de estos cables submarinos en la República de Panamá.**

Recordemos que entre las atribuciones de la entidad reguladora se encuentra la de promover el interés público, fomentar la libre, leal y efectiva competencia entre los concesionarios de los servicios de telecomunicaciones, a fin de asegurar la mayor calidad de servicios a precios asequibles, así como garantizar los principios de no discriminación, equidad y neutralidad en la prestación de dichos servicios.

Ello fue lo que motivó que la Resolución impugnada resolviera **COMUNICAR** a los propietarios o arrendatarios de capacidad de transmisión (ancho de banda) en los cables submarinos que terminan en las Estaciones Terminales de Cable ubicadas en el territorio de la República de Panamá, incluyendo aquellas administradas y operadas por **CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A.**, que tienen la libertad de escoger la ruta que estimen más conveniente para hacer llegar su capacidad de transmisión (ancho de banda) desde dicho punto en donde termina el cable submarino a cualquier punto en la República de Panamá.

ORDENAR a CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., dar co-ubicación, a título oneroso, a CABLE ONDA, S.A. y a cualquier

otro **CONCESIONARIO** que lo solicite para que instale los equipos necesarios con el objeto que pueda brindar a sus clientes capacidad de transmisión (ancho de banda) entre la Terminal de Cable Submarino ubicada en María Chiquita, Provincia de Colón, lugar donde terminan los cables submarinos, y sus instalaciones en la República de Panamá.

ORDENAR a CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., y a CABLE ONDA, S.A., que negocien y suscriban en un término de tres (3) meses contados a partir de la notificación de la presente resolución, el respectivo acuerdo que contenga las condiciones y términos en que CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A. realizará la conexión entre sus equipos y los equipos de CABLE ONDA, S.A., con el entendido de que CABLE ONDA, S.A., no se puede conectar directamente a los cables submarinos ARCOS-1 y MAYA-1, por no ser parte terminal de dichos cables submarinos.

Por todo lo expuesto, esta Procuraduría considera que no se han infringido las normas invocadas y reitera su solicitud a los Señores Magistrados para que desestimen las pretensiones de la sociedad demandante y, en su lugar, se declare la legalidad de la Resolución JD-3302 de 22 de abril de 2002 emitida por el **Ente Regulador de los Servicios Públicos** y su acto confirmatorio.

Pruebas:

Aceptamos los originales y las copias autenticadas de los documentos presentados junto con el libelo de la demanda.

Aducimos como prueba el Expediente Administrativo y sus Anexos que puede ser solicitado al Ente Regulador de los Servicios Públicos.

Derecho:

Negamos el invocado por la demandante.

Del Señor Magistrado Presidente,

**Lcda. Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración**

AMdeF/5/bdec

Lcdo. Martha García Hidalgo.
Secretaria General, a.i.

Materia:
Telecomunicaciones
Cable submarino