

REPÚBLICA DE PANAMÁ



ÓRGANO JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA TERCERA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Panamá, treinta (30) de marzo de dos mil nueve (2009).

VISTOS:

La firma forense Alemán, Cordero, Galindo & Lee, actuando en nombre y representación de Cable & Wireless Panamá, S.A., presentó demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción, a fin de que se declare nula, por ilegal, la Resolución N° JD-5618 de 31 de octubre de 2005, emitida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos (ahora Autoridad Nacional de los Servicios Públicos), el acto confirmatorio y para que se hagan otras declaraciones.

ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO

El acto administrativo acusado es la Resolución N° JD-5618 de 31 de octubre de 2005, emitida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, que resuelve lo siguiente:

PRIMERO: ORDENAR a CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., operadora de la Banda B de la Telefonía Móvil Celular, que a partir de la ejecutoria de la presente resolución, ajuste a BI. 0.195 el precio por minuto de las llamadas que se originan en las redes fijas de cualquier operador de Telefonía Básica Local hacia la red móvil de dicha concesionaria.

SEGUNDO: ORDENAR a CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A. operadora de la Banda B de la Telefonía Móvil Celular, que a partir de la ejecutoria de

la presente resolución ajuste a **B/. 0.20** el precio por minuto de las llamadas que se realicen desde los terminales públicos y semipúblicos, de cualquier prestador de este servicio, hacia la red móvil celular de dicha empresa concesionaria.

TERCERO: ADVERTIR a la empresa **CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A.**, que los precios detallados en el Artículo Primero y Segundo de esta Resolución incluyen el costo por el uso de plataformas de prepago. Sin embargo, tales precios no incluyen el cargo de acceso establecido en los acuerdos o esquemas transitorios de interconexión para el evento en que no exista cobertura celular, ni el cargo de larga distancia nacional cuando no haya punto de interconexión.

CUARTO: ADVERTIR a **CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A.**, que de acuerdo con la metodología de aproximación de cargos que le fue aprobada por esta Entidad, los precios señalados en los artículos primero y segundo de la presente resolución rigen desde el 1 de abril de 2005 hasta la fecha en que se revisen los valores correspondientes al semestre que corre de octubre de 2005 a marzo de 2006.

QUINTO: ADVERTIR a **CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A.**, que sin necesidad de requerimiento del Ente Regulador, está obligada a efectuar las revisiones y ajustes semestrales de los cargos por minuto de las llamadas que se generan hacia su red móvil y a aplicarlos de manera igualitaria a todos los operadores de redes fijas y de terminales públicos y semipúblicas."

FUNDAMENTO DE LA DEMANDA

El artículo 37 de la Ley 31 de 8 de febrero de 1996:

"Artículo 37. Los precios de los servicios de telecomunicaciones ofrecidos en régimen de competencia, serán fijados por los concesionarios. "

De acuerdo con la apoderada judicial de la demandante señala que el Ente Regulador de los Servicios Públicos no está facultado por la norma invocada para fijar los precios en el servicio de telefonía celular de Cable & Wireless Panamá, S.A.

El artículo 45 del Decreto Ejecutivo 21 de 12 de enero de 1996:

"Artículo 45. El concesionario establecerá los precios de todos los servicios provistos por él."

La demandante indica que la resolución acusada viola lo indicado en la disposición invocada la cual establece un derecho claro a favor de Cable & Wireless Panamá, S.A., como concesionario del servicio de telefonía móvil celular, de establecer los precios de los servicios de telefonía móvil celular que provee.

El artículo 46 del Decreto Ejecutivo N° 21 de 12 de enero de 1996:

“Artículo 46: El Ministerio de Gobierno y Justicia podrá establecer regímenes especiales de tarifas para los Servicios de Telefonía Móvil Celular, sólo cuando ocurra alguno de los siguientes casos:

- a. Exista un solo Concesionario prestando los servicios de telefonía móvil celular.
- b. Existan subsidios cruzados.
- c. Existan prácticas restrictivas a la libre competencia

Dicho régimen de tarifas tomará en cuenta el costo real de la operación, el uso del sistema, el mantenimiento y reposición del sistema, más un margen razonable de rendimiento del capital.”

La parte actora indica que los únicos supuestos en los que el Ente Regulador de los Servicios Públicos, antes el Ministerio de Gobierno y Justicia, ahora Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, puede fijar tarifas

El literal e) del artículo 40 del Decreto Ejecutivo N° 21 de 12 de enero de 1996:

“Artículo 40: De conformidad con el principio de igualdad y competitividad, en la operación de los servicios de Telefonía Móvil Celular, en las Bandas A y B, los Contratos de Interconexión a los cuales se refiere el artículo anterior, deberán garantizar, como mínimo:

...

e). La igualdad de trato, por parte del concesionario de cualquier Servicio de Telefonía Móvil Celular, para todos los usuarios de su sistema, incluyendo a los usuarios de la Red Básica de Telecomunicaciones. En tal sentido, los cargos aplicados a las comunicaciones entre usuarios de la Red Básica de Telecomunicaciones y un Sistema de Telefonía Móvil Celular deben ser iguales, independientemente del usuario que origine la llamada.

...”

La demandante señala que el artículo 40 del Decreto Ejecutivo 21 de 1996, referente a las interconexiones, establece que los cargos aplicados a las comunicaciones entre usuarios de la red básica de telecomunicaciones y un sistema de telefonía móvil celular deben ser iguales, independientemente del usuario que origine la llamada, y que ello no regula la fijación de precios.

Finalmente, el artículo 71 de la Ley 31 de 8 de febrero de 1996.

“Artículo 71. 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.

El Estado, por razones técnicas o económicas, podrá otorgar en régimen de exclusividad temporal, o a un número limitado de concesionarios, la explotación de los servicios de telecomunicaciones tipo A, siempre que este otorgamiento se realice:

1. Por un período determinado de tiempo;
2. Cumpliendo los requisitos señalados en la Sección Primera, Capítulo II, Título II, de esta Ley.

Las concesiones para la prestación del servicio de Telefonía Móvil Celular, se declaran concesiones tipo A.

Las disposiciones que en materia de telecomunicaciones dicte la República de Panamá, respetarán las condiciones establecidas en los contratos de concesión para las Bandas A y B del servicio de Telefonía Móvil Celular.

Los contratos de concesión de servicios de Telefonía Móvil Celular, de las Bandas A y B se regirán por las normas vigentes al momento de la celebración del contrato de concesión de la Banda A y demás disposiciones en materia de telecomunicaciones que les sean aplicables. “

La recurrente manifiesta que la norma invocada no fue aplicada a la situación bajo análisis y como consecuencia de ello, el Ente Regulador de los Servicios Públicos impuso órdenes y restricciones para lo que no estaba facultada, porque la Cláusula 46 del Contrato de Concesión 309 de 24 de octubre de 1997 señala que Cable & Wireless Panamá, S.A., como concesionario del servicio de telefonía móvil celular establecerá los precios de todos los servicios que provea.

INFORME DE CONDUCTA

El Administrador General de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, mediante Nota N° DSAN-1170-06 de 9 de agosto de 2006, le remitió a este Tribunal el Informe Explicativo de Conducta, en el que se expusieron los motivos de hecho y de derecho que fundamentaron su actuación. (fs. 177-181).

OPINIÓN DE LA PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN

La Procuraduría de la Administración, a través de su vista N° 156 de fecha 30 de marzo de 2007, contestó la demanda en defensa del acto administrativo acusado.

EXAMEN DE LA SALA TERCERA

Luego de analizar la pretensión de la sociedad demandante, las disposiciones invocadas, los conceptos de violación, y la posición de la demandada y de su apoderada judicial, esta Superioridad procede a señalar su criterio.

Observa la Sala que la demanda se enderezó en contra de la Resolución N° JD-5618 de 31 de octubre de 2001, dictada por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, (ahora Autoridad Nacional de Los Servicios Públicos), la que resolvió ordenar a Cable & Wireless Panama, S.A., operadora de la Banda B de la Telefonía Móvil Celular, que a partir de la ejecutoria de esa resolución, ajuste a B/. 0.195 el precio por minuto de las llamadas que se originan en las redes fijas de cualquier operador de Telefonía Básica Local hacia la red móvil de dicha concesionaria; y que ajuste a B/. 0.20 el precio por minuto de las llamadas que se realicen desde los terminales públicos y semipúblicos, de cualquier prestador de este servicio, hacia la red móvil celular de dicha empresa concesionaria.

Como fundamento de dicha Resolución, se invocó la Ley N° 26 de 29 de enero de 1996, creó al Ente Regulador de los Servicios Públicos como un organismo autónomo del Estado a cargo del control y fiscalización de los servicios públicos de abastecimiento de agua potable, alcantarillado sanitario, electricidad, telecomunicaciones, radio y televisión, así como de la transmisión y distribución de gas natural, con apego a dicha Ley y a las respectivas leyes sectoriales.

También se invocó como fundamento, la Ley N° 31 de 8 de febrero de 1996, constituye Ley Sectorial en materia de telecomunicaciones, el Decreto Ejecutivo N° 73

de 9 de abril de 1997, que reglamenta la Ley Sectorial, y el Decreto Ejecutivo N° 21 de 12 de enero de 1996 que regula la Telefonía Celular.

De conformidad con lo establecido en el artículo 4 del Decreto Ejecutivo N° 143 de 29 de septiembre de 2006 dispone que la Autoridad 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.

En ese sentido, el numeral 14 del artículo 20 del Decreto Ejecutivo N° 143 de 29 de septiembre de 2006 señala que la Autoridad tiene entre sus atribuciones y funciones arbitrar conflictos entre las empresas prestadoras de los servicios, entre estas empresas y los otros organismos del Estado, los municipios o los clientes, en las áreas de su competencia y jurisdicción, cuando las partes hayan sometido la controversia a la competencia de la Autoridad, con facultad plena de dirimir estos conflictos de acuerdo a los parámetros establecidos para dicho arbitraje.

La concesionaria Cable & Wireless Panamá, S.A., es operadora de la Banda "B" de la Telefonía Móvil Celular, derecho que le fue otorgado por el Estado mediante Contrato de Concesión No. 309 de 24 de octubre de 1997.

El Artículo 40 del Decreto Ejecutivo No. 21 de 1996, establece que los acuerdos de interconexión entre la Red Básica de Telecomunicaciones y la Red Móvil Celular, deben fundamentarse en el principio de igualdad de trato del operador celular para todos los usuarios de su sistema, incluyendo a los usuarios de la Red Básica de Telecomunicaciones. En ese sentido, los cargos aplicados a las llamadas entre usuarios de la Red Básica de Telecomunicaciones y un Sistema de Telefonía Móvil Celular deben ser iguales, independientemente del usuario que origine la llamada.

Para hacer efectivo el principio de igualdad y competitividad contenido en el supracitado artículo 40 del Reglamento de Operación Celular, el Ente Regulador, mediante Resolución N° JD- 1337 de 14 de abril de 1999, ordenó a las empresas operadoras de telefonía móvil que le presentaran para su aprobación, el procedimiento de aproximación de cargos entre la red fija y su red móvil celular. La empresa Cable & Wireless Panamá, S.A. lo registró en abril del año 1999;

El procedimiento mencionado establece la obligación de Cable & Wireless Panamá, S.A., de revisar en los meses de octubre y marzo el cargo que cobra a los usuarios de la red fija por llamadas realizadas a la red celular, a fin de determinar si procede su ajuste.

Dicho procedimiento establece una fórmula para el cálculo del cargo promedio por minuto de las llamadas que se generan en la red móvil de Cable & Wireless Panamá, S.A.

Para el período comprendido entre octubre de 2004 y marzo 2005, y como consecuencia de las verificaciones realizadas de conformidad con el método de aproximación previamente aprobado a la empresa, el Ente Regulador mediante Resolución N° JD- 5164 de 23 de marzo de 2005, ordenó a Cable & Wireless Panamá, S.A., ajustar a B/.0.256, el precio por minuto de las llamadas de la red fija a su red móvil celular y para los teléfonos públicos y semipúblicos a B/. 0.25. La citada Resolución se encuentra vigente y los precios están rigiendo.

De acuerdo al procedimiento de aproximación de cargos aprobado, cada semestre la concesionaria debe hacer una revisión de los cargos efectuados durante ese período y si procede, debe realizar los ajustes que permitan cumplir con el principio de igualdad establecido en el artículo 40 del Decreto Ejecutivo N° 21 de 1996.

Con fundamento en el principio de fijación de precios contenido en el artículo 45 del Decreto Ejecutivo N° 21 de 1996 y sobre la base del método que le fue aprobado, Cable & Wireless Panamá, S.A., debió ajustar el precio por minuto de las llamadas de

la red fija a su red móvil celular, basado en los datos del periodo comprendido entre abril y septiembre de 2005;

En ejercicio de la potestad fiscalizadora, el Ente Regulador revisó la información que suministró Cable & Wireless Panamá, S.A., correspondiente al período abril - septiembre de 2005, y mediante la aplicación del procedimiento de aproximación que tiene aprobado la empresa, esta Entidad ha podido determinar que los cargos que habían sido aprobados en la resolución JD-5164 de 23 de marzo de 2005, disminuyeron a B/.0.195 por minuto en las llamadas de la red fija a la celular, y a B/.0.20 desde los terminales públicos y semipúblicos.

Con el propósito de que se cumpla el principio de igualdad establecido en el Decreto Ejecutivo N° 21 de 1996, reglamentario de la Operación Celular, y para que no exista distinción entre el cargo que se cobra por llamadas originadas en la red básica a la red celular y viceversa, el Ente Regulador estima necesario ajustar dichos precios para el periodo comprendido entre el 1 de abril y el 30 de septiembre de 2005.

En adición a lo indicado, la Ley N° 31 de 1996, dispone en el numeral 1 del artículo 73, que el Ente Regulador tiene la atribución de establecer las directrices técnicas y de gestión que se requieran en materia de telecomunicaciones; y el numeral 25 del artículo 19 de la Ley N° 26 de 1996, atribuye al Ente Regulador la facultad de realizar los actos que sean necesarios para que se cumplan las funciones y objetivos de dicha Ley, de las leyes sectoriales, así como los contratos, concesiones, licencias y autorizaciones que se generen de estas leyes, de allí que mediante la Resolución N° JD-5618 de 31 de octubre de 2005 se ordenó a la demandante, como operadora de la Banda B de la Telefonía Móvil Celular, que a partir de la ejecutoria de dicha Resolución debía ajustarse a B/.0.195 el precio por minuto de las llamadas que se originen en las redes fijas de cualquier operador de telefonía básica local hacia la red móvil de dicha concesionaria.

Es por los razonamientos expuestos en los párrafos anteriores, por los cuales considera esta Sala que la Resolución No. JD-5618 de 31 de octubre de 2005, emitida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos (ahora Autoridad Nacional de los Servicios Públicos), no ha infringido las normas invocadas como violadas por la parte demandante.

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 No. JD-5618 de 31 de octubre de 2005, emitida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos (ahora Autoridad Nacional de los Servicios Públicos).

Notifíquese.

Victor L. Benaides P.
VICTOR L. BENAVIDES P.

Adán Arnulfo Arjona L.

ADÁN ARNULFO ARJONA L.

Winston Spadafora F.

WINSTON SPADAFORA F.

Janina Small
**JANINA SMALL
SECRETARIA**

Sala III de la Corte Suprema de Justicia
NOTIFIQUESE HOY 14 DE abril
DE 2009 A LAS 1:00
DE LA tarde
FIRMA *[Signature]*