



REPÚBLICA DE PANAMÁ

**ÓRGANO JUDICIAL
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

SALA TERCERA DE LO CONTENCIOSO, ADMINISTRATIVO Y LABORAL

ENTRADA N° 362-19

MAGISTRADO LUIS RAMÓN FÁBREGA S.

ADVERTENCIA DE ILEGALIDAD, PRESENTADA POR LA FIRMA ALEMÁN CORDERO GALINDO & LEE (APODERADA PRINCIPAL) Y LOS LICENCIADOS: JAIME CASTILLO, ANEL ROACH RIVAS Y LA LICENCIADA DORIS NIETO (COMO APODERADOS SUSTITUTOS), ACTUANDO EN REPRESENTACIÓN DE CABLE & WIRELESS PANAMÁ, S.A., CONTRA LA RESOLUCIÓN NO. JD-1334 DE 12 DE ABRIL DE 1999, EMITIDA POR EL ENTE REGULADOR DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS (AHORA AUTORIDAD NACIONAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS).

Panamá, veintisiete (27) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

VISTOS:

La firma Alemán Cordero Galindo & Lee (apoderada principal) y los Licenciados: Jaime Castillo, Anel Roach Rivas y la Licenciada Doris Nieto (como apoderados sustitutos), actuando en representación de **CABLE & WIRELESS PANAMÁ, S.A.**, interpuso ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Advertencia de Ilegalidad contra la Resolución N° JD-1334 de 12 de abril de 1999, emitida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos (ahora Autoridad Nacional de los Servicios Públicos).

Se advierte que mediante Resolución de 24 de junio de 2019, el Magistrado Sustanciador admite esta Advertencia de Ilegalidad, por la cual se le corre traslado al Administrador General de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos y al Procurador de la Administración.

I. EL ACTO ADMINISTRATIVO ADVERTIDO DE ILEGAL

El acto administrativo advertido de ilegal por **CABLE & WIRELESS PANAMÁ, S.A.**, (en adelante CWP), es la Resolución N° JD- 1334 de 12 de abril de 1999, publicada en Gaceta Oficial N° 23, 780 de 22 de abril de 1999, emitida por el entonces Ente Regulador de los Servicios Públicos, ahora Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, "Por medio de la cual se dictan los parámetros para

establecer posición dominante para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones con fines comerciales”. Sostiene quien advierte que se utiliza como parámetro para la clasificación de posición dominante la participación de mercado del concesionario, pero no la capacidad del concesionario de fijar precios sin que pueda ser contrarrestado por los competidores, tal como se aprecia en sus Resueltos Primero, Segundo, en el Resuelto Noveno al definir “Cuociente de Concentración”, y en el resto de la Resolución No. JD- 1334 de 12 de abril de 1999.

II. CARGOS DE ILEGALIDAD

En concepto del advirtiente, la Resolución N° JD- 1334 de 12 de abril de 1999 es violatorio de los artículos 4 del Decreto Ejecutivo N° 73 de 9 de abril de 1997, que reglamenta la Ley 31 de 8 de febrero de 1996 (Ley Sectorial de Telecomunicaciones), el artículo 4 de Decreto Ejecutivo N° 279 de 14 de noviembre de 2006, que reglamenta la Ley 26 de 29 de enero de 1996 (Ley Orgánica de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos) y el artículo 19 de la Ley 45 de 31 de octubre de 2007, “Que dicta normas sobre protección al consumidor y defensa de la competencia y otra disposición”. Tales disposiciones establecen lo siguiente:

Decreto Ejecutivo No. 73 de 9 de abril de 1997, que reglamenta la Ley 31 de 8 de febrero de 1996 (Ley Sectorial de Telecomunicaciones)

Artículo 4. Para los efectos de definiciones de términos en materia de telecomunicaciones regirán las que se establecen en el siguiente orden: (1) La Ley N° 31 de 8 de febrero de 1996, (2) este Reglamento (3) las que establece el presente Artículo, (4) las que adopte el Ente Regulador, y (5) las que le atribuya la Unión Internacional de Telecomunicaciones.

Las definiciones adoptadas en el presente Reglamento son las siguientes:

...
POSICION DOMINANTE: Posición de la que goza una empresa que cuenta con una alta porción de un determinado mercado o servicio, que le permite fijar o afectar el precio de mercado para un servicio o servicios concretos.

(Resalta la parte actora)

Decreto Ejecutivo N° 279 de 14 de noviembre de 2006, que reglamenta la Ley 26 de 29 de enero de 1996, (Ley Orgánica de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos).

Artículo 4. Definiciones. Para los efectos del presente Decreto, los términos que se indican a continuación tienen el siguiente significado:

...

POSICION DOMINANTE O PODER SUSTANCIAL: Capacidad de un prestador de servicio público de fijar precios unilateralmente o de restringir el abasto en el mercado relevante o pertinente, sin que los agentes competidores puedan, efectiva o potencialmente, contrarrestar dicha capacidad.

(Resalta la parte actora)

Ley 45 de 31 de octubre de 2007, "Que dicta normas sobre protección al consumidor y defensa de la competencia y otra disposición".

Artículo 19. Poder sustancial. Para determinar si un agente económico tiene o no poder sustancial sobre el mercado pertinente, se tomarán en cuenta los siguientes factores:

1. Su participación en este mercado y **su capacidad de fijar precios unilateralmente o de restringir el abasto en el mercado pertinente, sin que los agentes competidores puedan, efectiva o potencialmente, contrarrestar dicha capacidad.**
2. La existencia de barreras de entrada al mercado pertinente y los elementos que, previsiblemente, puedan alterar las barreras y la oferta de otros competidores.
3. La existencia y el poder de los agentes competidores.
4. Las posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a fuentes de insumos.
5. Su comportamiento reciente.
6. Los demás factores que se establezcan mediante decreto ejecutivo

(Resalta la parte actora)

Los argumentos centrales del advirtiente, consisten en que a su consideración de una simple revisión de la Resolución N° JD- 1334 de 12 de abril de 1999, se advierte que la misma contiene unos parámetros para establecer posición dominante para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, que resultan contrarios al artículo 4 del Decreto Ejecutivo N° 73 de 1997, que define posición dominante tomando en consideración que el concesionario pueda fijar o afectar el precio de mercado para un servicio o servicios concretos y no solo en base a la participación de mercado.

Indica también que el artículo 4 del Decreto Ejecutivo N° 279 de 14 de noviembre de 2006, define posición dominante o poder sustancial como la capacidad de un prestador de servicio público de fijar precios unilateralmente o de restringir el abasto en el mercado relevante o pertinente, sin que los agentes

competidores puedan, efecto o potencialmente, contrarrestar dicha capacidad. De esta forma indica, que el hecho de que un concesionario pueda tener mayor participación de mercado no implica necesariamente que deba ser clasificado con posición dominante, puesto que la posición dominante o poder sustancial depende de la capacidad del concesionario de fijar precios unilaterales o de restringir el abasto en el mercado relevante o pertinente, sin que los agentes competidores puedan, efectiva o potencialmente, contrarrestar dicha capacidad. Por tal razón indica la resolución advertida vulnera el artículo 4 del Decreto Ejecutivo N° 279 de 14 de noviembre de 2006, al disponer algo contrario a lo establecido en dicha disposición, que define posición dominante o poder sustancial.

Por último señala que la Resolución N° JD- 1334 de 12 de abril de 1999, viola el artículo 19 de la Ley 45 de 31 de octubre de 2007, al disponer algo contrario a lo establecido en el artículo 19 de la Ley 45 de 31 de octubre de 2007. En este sentido, señala que de la resolución advertida se indica que la misma contiene unos parámetros para establecer posición dominante para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, que resultan contrarios al artículo 19 de la Ley 45 de 31 de octubre de 2007, que establece los criterios para determinar posición poder sustancial, o posición dominante que es lo mismo, tomando en consideración la capacidad de fijar precios unilateralmente o de restringir el abasto en el mercado pertinente, sin que los agentes competidores puedan, efectiva o potencialmente, contrarrestar dicha capacidad, y no solo en base a la participación de mercado.

Se observa de igual manera el escrito de alegatos presentado por la advirtiente tal como se deja ver de foja 158 a 166 reitera los argumentos vertidos con anterioridad y solicitando que la Sala Tercera declare nula por ilegal la Resolución N° JD-1334 de 12 de abril de 1999, emitida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos (ahora Autoridad Nacional de los Servicios Públicos).

III. INFORME RENDIDO POR LA AUTORIDAD DEMANDADA

La apoderada especial, Licenciada Noemí Tile, apoderada especial de la Autoridad Nacional del Ambiente rindió su criterio en relación a la Advertencia de Ilegalidad presentada, solicitando a los Magistrados de esta Sala que se declare que no es ilegal, y que la misma ha sido interpuesta dentro de un Proceso Administrativo adelantado por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, con el propósito de suspender en sede administrativa, los efectos de la Resolución AN N° 13329- Telco de 30 de abril de 2019, que clasificó, entre otras concesionarias, a la empresa Cable & Wireless Panamá, S.A., como concesionaria con posición dominante en la prestación de los servicios de telefonía móvil (Servicio de Comunicaciones Personales y Servicio de Telefonía Móvil Celular) y el Servicio de Transporte de Telecomunicaciones, condición indispensable para poder exigir el cumplimiento de disposiciones especiales contenidas en las normas que regulan los servicios de telecomunicaciones, y que buscan promover la eficiencia y la libre competencia en la provisión de estos servicios, así como tarifas bajas para los usuarios.

Sigue indicando que esta no es la primera vez que **CABLE & WIRELESS PANAMÁ, S.A.**, ha interpuesto una acción de este tipo en contra de la Resolución N° JD- 1334 de 1999, ya que para el año 2005 presentó una Advertencia de Ilegalidad, pero aludiendo en esa ocasión, a que la Resolución N° JD- 1334 de 1999 no había sido sometida al procedimiento de consulta Pública que exige la Ley; sin embargo, el cumplimiento de esta obligación fue debidamente acreditado dentro del proceso por parte de entonces Ente Regulador de los Servicios Públicos, ahora Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, y posteriormente CWP se vio obligada a desistir de dicha acción, solicitud acogida por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, mediante Sentencia de 16 de agosto de 2006, por lo que ASEP pudo clasificar con fundamento precisamente en la Resolución N° JD- 1334 de 12 de abril de 1999, a los concesionarios que en este momento contaban con posición

dominante, para cada servicio de telecomunicaciones, a través de la Resolución AN N° 566- Telco de 16 de enero de 2007, la cual fue declarada QUE NO ES ILEGAL, a través del Fallo de 2 de febrero de 2009, proferido también por la Sala Tercera.

En la presente advertencia, expresa también la entidad reguladora que primeramente es menester señalar que la definición de Posición Dominante señalada en el artículo 4 del Decreto Ejecutivo N° 73 de 1997, de conformidad con las reglas de interpretación establecidas en el artículo 14 del Código Civil, es la definición que debe prevalecer. Esto toda vez que reglamenta la Ley 31 de 8 de febrero de 1996, siendo el marco regulatorio aplicable al Sector de las Telecomunicaciones, en conjunto con la directrices que expida la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos y por tanto sus disposiciones son especiales frente a las contenidas en el Decreto Ejecutivo N°279 de 2006, que son complementarias de la normativa sectorial y de carácter general. Tampoco resulta aplicable el artículo 19 de la Ley 46 de 2007, toda vez que estos son utilizados por la ACODECO, Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia en sus investigaciones, a fin de determinar la posible comisión de una conducta restrictiva de la competencia como lo sería el abuso del Poder Sustancial del Mercado, ello de conformidad al artículo 1 de la Ley 45 de 2007.

En cuanto al argumento central de CWP, que señala que la Resolución Resolución N° JD- 1334 de 12 de abril de 1999, no toma en consideración que la posición dominante se define no sólo en función de la participación de mercado, sino en atención a que el concesionario pueda fijar o afectar el precio del mercado para un servicio o servicios concretos. Según señala, un concesionario puede tener la mayor participación de mercado, sin que tenga la capacidad de fijar o afectar el precio de mercado, por razón de la rivalidad de sus competidores.

Considera la ASEP que mal puede argumentar CWP que con la Resolución N° JD- 1334 de 1999 se viola la normativa señalada, toda vez que se demuestra

170

con los parámetros a través de la misma para clasificar a los concesionarios con Posición Dominante en la prestación de los Servicios de Telecomunicaciones, y que están basados en un instrumento económico reconocido y válido como es el IHH, que mide el nivel de concentración de cada servicio de telecomunicaciones a partir de la participación del mercado de cada uno de los operadores, lo que permite clasificar a aquellos que tienen efectivamente la capacidad de fijar o afectar el precio de mercado para un servicio o servicios concretos, tal como lo dispone la definición de Posición Dominante establecida en el artículo 4 del decreto Ejecutivo N° 73 de 1997, que como bien hemos señalado es la disposición aplicable para los Servicios de Telecomunicaciones regulados por la ASEP, y es el fundamento legal de la Resolución N° JD-1334 de 1999, lo cual está claramente sustentado en dicha Resolución, así como en las Resoluciones que ha emitido la ASEP para clasificar a los concesionarios con Posición Dominante como es el caso de la referida Resolución AN N° 13329 – Telco de 30 de abril de 2019, y los Informes elaborados por la Dirección Nacional de Telecomunicaciones de la ASEP que sustentan esta última Resolución y que fueron adjuntados a la Advertencia de Ilegalidad presentada por la concesionaria CWP.

Finalmente agrega la ASEP que la interposición por parte de prestadores de servicios públicos de acciones dilatorias, como la Advertencia de Ilegalidad objeto del presente caso, no solo busca limitar la actuación de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, sino que además, hacen ilusorio el cumplimiento de las normas y principios establecidos dentro de la política estatal para el desarrollo del servicio público de telecomunicaciones, recogida en la normativa sectorial vigente.

IV. OPINION DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador de la Administración se refiere a la advertencia presentada, de la siguiente manera:

Mediante Vista Fiscal N° 953 de 10 de septiembre de 2019, emitió concepto en relación a la advertencia presentada, manifestando que de conformidad a lo establecido en el artículo 73 de la Ley 38 de 2000, la Resolución JD- 1334 de 12 de abril de 1999, emitida por el Ente Regulador, hoy Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, ya habría sido aplicada.

Esto toda vez que, con fundamento en la Resolución JD- 1334 de 12 de abril de 1999, la Autoridad de los Servicios Públicos a través de la Resolución AN 566-Telco de 16 de enero de 2007, pudo anteriormente clasificar a los concesionarios con Posición Dominante, para cada servicio de telecomunicaciones, y que es precisamente la Resolución AN 13329- Telco de 30 de abril de 2019, la que en parte modifica la anterior resolución, por lo que, no es viable indicar, que la Resolución JD- 1334 de 12 de abril de 1999, se aplicó en el momento que se resuelva el Recurso de Reconsideración, pues ya había sido utilizada tal como consta en la mencionada Resolución AN 13329- Telco de 30 de abril de 2019. Sin embargo, dicho acto no constituye actuación que sea determinante en la Segunda Instancia, con motivo de la emisión de la Resolución AN 13329- Telco de 30 de abril de 2019, porque precisamente, es con fundamento en la Resolución JD- 1334 de 12 de abril de 1999, que se emitió la Resolución AN 13329- Telco de 30 de abril de 2019, para establecer los parámetros para fijar la posición dominante para la prestación de servicios con fines comerciales.

Razón por la que considera la Procuraduría de la Administración que CWP ha interpuesto una Advertencia de Ilegalidad "que resulta no viable puesto que a través de la misma se pretende que la Sala Tercera en lugar que determine la ilegalidad o no de alguna norma reglamentaria o un acto administrativo que ya ha sido aplicado, lo que desnaturaliza la preliminar de dicha acción procesal". (f.112)