



102

**REPUBLICA DE PANAMA
ORGANO JUDICIAL**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-PLENO

PANAMA, TRES (3) DE JUNIO DE DOS MIL NUEVE (2009).

VISTOS:

El LICDO. VÍCTOR CARLOS URRUTIA G., Director General de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (ASEP), ha remitido al Pleno de la Corte Suprema de Justicia, demanda de advertencia de inconstitucionalidad propuesta por la Firma Forense CARRILLO BRUX Y ASOCIADOS quienes actúan en nombre y representación de SKYCOM COMMUNICATIONS, S.A.

Verificados "*prima facie*" los requisitos necesarios para la interposición de la consulta de inconstitucionalidad al Pleno de la Corte Suprema de Justicia por una de las partes en la actuación administrativa seguida por la Autoridad de los Servicios Públicos (ASEP), resulta revisar los argumentos de la parte advirtiente; además, el concepto del Procurador de la Administración así como los alegatos que hayan podido presentarse con respecto a la norma legal acusada de violentar un precepto constitucional.

NORMA IMPUGNADA DE INCOSNTTIUCIONAL

El promotor constitucional alega la infracción del párrafo contenido en el artículo 207 del Decreto Ejecutivo 73 de 09 de abril de 1997, que a su tenor literal dice:

“ARTÍCULO 207. Salvo en los casos de grave peligro para la vida o salud humana, grave perjuicio a la red del concesionario **o mora superior a treinta (30) días calendario**, la interconexión no podrá darse por terminada anticipadamente, salvo que ambas partes lleguen a un acuerdo, o alguna de las partes incumpla los términos del acuerdo de interconexión, y siempre que el Ente Regulador determine, mediante Resolución motivada, que la terminación de dicha interconexión no perjudicará el interés público bajo las circunstancias vigentes en su momento.
...” (Resaltado nuestro)

POSICIÓN DEL ADVIRTIENTE

SKYCOM COMMUNICATIONS, S.A., mediante apoderado judicial Firma Forense CARRILLO, BRUX Y ASOCIADOS ha presentado advertencia de inconstitucionalidad en la actuación administrativa instada por CABLE & WIRELESS mediante Nota No. 3-2-08-NVC-099 de 13 de febrero de 2008, por la cual solicita la terminación de la interconexión entre concesionarios.

A consideración del activador constitucional la expresión: “o mora superior a treinta (30) días calendario”, inserta en el artículo 207 del Decreto Ejecutivo No. 73 de 09 de abril de 1997, vulnera lo dispuesto en el artículo 259 de la Constitución Política en concepto de violación directa (sin mencionar si es por comisión u omisión).

Siendo así, destaca que, SKYCOM COMMUNICATIONS, S.A., es concesionario del servicio público de telecomunicaciones, concesión que se inspira en el bienestar social e interés público. En ese sentido, señala que el interés público, corresponde a la necesidad de satisfacer una necesidad de la colectividad, en este caso, que la comunidad tenga acceso y disfrute del servicio público de telecomunicaciones; por ello, la interconexión permite la transmisión de telecomunicaciones entre usuarios que no puede ser interrumpida por factores simplemente comerciales entre concesionarios, ya que, por la terminación anticipada de ésta se verá afectado el usuario que hace sus llamadas a través, ya sea iniciada o terminada en la red.

De allí, según apreciaciones del promotor constitucional, la frase: “o mora superior a treinta (30) días calendario” permite, que por un aspecto simplemente

comercial, se afecte las telecomunicaciones en detrimento del bienestar social y el interés público tutelado constitucionalmente.

INFORME RENDIDO POR EL PROCURADOR DE LA ADMINISTRACIÓN

La Procuraduría de la Administración bajo la dirección del LICDO. OSCAR CEVILLE mediante Vista No.374 de 08 de mayo de 2008, solicita al Pleno de la Corte Suprema de Justicia declarar no admisible la presente advertencia de inconstitucional o, en su defecto declarar que no es inconstitucional la expresión: "o mora superior a treinta (30) días calendario" contenida en el artículo 207 del Decreto Ejecutivo No. 73 de 09 de abril de 1997, pues, incumple con algunos presupuestos formales que debieron observarse al determinarse la admisibilidad de la demanda.

Uno de estos presupuestos, anota el Procurador de la Administración, que omitió el advirtiente consiste, en que no acompañó con su demanda copia debidamente autenticada del Decreto Ejecutivo No. 73 de 09 de abril de 1997, acto emanado del Órgano Ejecutivo que contiene la norma objetada de inconstitucional. Tampoco señaló en el libelo de demanda, el número y fecha de la respectiva Gaceta Oficial en la cual fue publicado el acto acusado requisito contemplado en el artículo 2561 del Código Judicial. La jurisprudencia constitucional en diversas sentencias ha declarado la no admisión de la demanda de advertencia por incumplir con este requisito. (Cfr. Sentencias de 30 de octubre de 2003 y 02 de marzo de 2007).

Por otra parte, sostiene el Procurador de la Administración, que la norma constitucional invocada es una norma programática, es decir, no contiene derechos subjetivos susceptibles de ser violados en forma directa. Asevera que ésta refiere a los principios de bienestar social e interés público como aquellos en los que se inspirarán las concesiones para la explotación de algunos bienes y empresas de servicio público, de lo cual, se desprende que la materia aquí contenida debe ser regulada por leyes sectoriales. Por último, sostiene que la

jurisprudencia constitucional de manera invariante no ha admitido las demandas de advertencias de inconstitucionalidad al versar la discusión sobre normas programáticas (Véase Sentencias de 31 de julio de 1995 y 20 de noviembre de 2003)

ALEGATOS

En fase de alegatos el LICDO. ARCELIO VEGA actuando en nombre y representación de CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., presenta escrito precisando que, SKYCOM COMMUNICATIONS, S.A. alega la supuesta violación del artículo 259 de la Constitución Política de la República, por el artículo 207 del Decreto Ejecutivo No. 79 de 09 de abril de 1999, ya que al permitirse la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (ASEP) dar por terminada anticipadamente la interconexión por mora de la concesionaria, desconoce el carácter público de las telecomunicaciones y el interés público y bienestar social de la comunidad.

Comenta el apoderado judicial especial que está argumentación realizada por SKYCOM COMMUNICATIONS, S.A., no tiene sustento, ya que, de un repaso del artículo 207 del Decreto Ejecutivo No. 79 de 09 de abril de 1997, se lee expresamente que la terminación anticipada de la interconexión se realizará *"(...)siempre que el Ente Regulador determine, mediante Resolución motivada, que la terminación de dicha conexión no perjudicará el interés público bajo las circunstancias vigentes en su momento"*.

Refuta que, SKYCOM COMMUNICATIONS, S.A., tiene pleno conocimiento que la terminación anticipada de su interconexión no conlleva afectación alguna de interés públicos ya que existe una pluralidad de empresas concesionarias prestando los mismos servicios que SKYCOM COMMUNICATIONS, S.A.

En consecuencia, anota que la terminación anticipada de la interconexión no afecta el interés público bajo las circunstancias vigentes porque los usuarios del servicio público de telecomunicaciones cuentan con suficientes opciones

para elegir entre los concesionarios que prestan los mismos servicios de SKYCOM COMMUNICATIONS, S.A., en igual de trato y de manera competitiva en precios, ofertas y calidad; por lo que, el único interés que se ve afectado por la terminación anticipada de la interconexión es el interés particular de SKYCOM COMMUNICATIONS, S.A., de seguir utilizando la red sin pagar el costo por el uso de ésta, lo cual es muy distinto al bienestar social e interés público que tutela la norma constitucional supuestamente violentada.

CONSIDERACIONES DEL PLENO

Seguido del estudio de las principales piezas procesales insertas en el expediente constitucional, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia entra a dirimir si la frase comprendida en el artículo 207 del Decreto Ejecutivo No. 73 de 09 de abril de 1997, *"Por el cual se reglamenta la Ley No. 31 de 8 de febrero de 1996, por la cual se dictan normas para la regulación de las telecomunicaciones en la República de Panamá"* es inconstitucional o no, por lo que reproduce tanto el contenido de la norma constitucional que se estima infringida y la norma legal objetada.

Así, el artículo 259 de la Constitución Política de la República de Panamá es del tenor siguiente:

"ARTÍCULO 259. Las concesiones para la explotación del suelo, subsuelo, de los bosques y para la utilización de agua, de medios de comunicación o transporte **y de otras empresas de servicio público, se inspirarán en el bienestar social y el interés público"**.
(Resaltado Nuestro)

De conformidad con la norma constitucional *ut supra*, los servicios públicos (electricidad, agua, telecomunicaciones, transporte, seguridad, etc.), deben satisfacerse en forma regular, ya sea directamente por el Estado a través de sus instituciones o bien por particulares que pueden ser personas naturales o jurídicas mediante contratos de concesión, convenios que deben procurar la satisfacción de los intereses de la colectividad en general.

Por su parte, el artículo 207 del Decreto Ejecutivo No. 73 de 09 de abril de 1997, reza así:

“Artículo 207. Salvo en casos de grave peligro para la vida o salud humana, grave perjuicio a la red del concesionario **o mora superior a treinta (30) días calendario**, la interconexión no podrá darse por terminada anticipadamente, salvo que ambas partes lleguen a un acuerdo, o alguna de las partes incumpla los términos del acuerdo de interconexión, y siempre que el Ente Regulador determine, mediante Resolución motivada, que la terminación de dicha interconexión no perjudicará el interés público bajo las circunstancias vigentes en su momento” (Resaltado nuestro).

Esta disposición transcrita nos indica que por regla general la interconexión de las redes de los servicios de telecomunicaciones de uso público no podrá darse por terminada anticipadamente. No obstante, y de manera excepcional, cuando exista amenaza a la vida, a la salud o, cuando el concesionario haya incurrido en mora superior a treinta (30) días calendario y siempre que la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (ASEP) determine mediante resolución administrativa motivada que la terminación de la interconexión no perjudica los intereses públicos, se procederá a la desconexión del concesionario.

Entonces, al ser analizados brevemente tanto el artículo constitucional supuestamente violentado y el artículo refutado, pasamos a revisar que la advertencia de inconstitucionalidad surge en virtud de un proceso administrativo llevado a cabo por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (ASEP) por la petición formal que hiciera CABLE & WIRELESS. S.A., para que se le autorice a la desconexión anticipada de SKYCOM COMMUNICATIONS, S.A. por mora superior a treinta (30) días calendario.

Por ello concierne determinar si a la concesionaria SKYCOM COMMUNICATIONS, S.A., le ha sido vulnerado su derecho a contratar administrativamente, premisa implícita en la disposición constitucional estimada violentada; asimismo, si la solicitud de desconexión anticipada por CABLE &

WIRELESS, S.A., no se ajusta al contenido y al espíritu de la norma suprema del Estado.

Para tal efecto, se señala que la Ley No. 31 de 08 de febrero de 1996, *"Por la cual se dictan normas para la regulación de las telecomunicaciones en la República de Panamá"*, dispone que el Estado, por conducto del Consejo de Gabinete o de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (ASEP), según proceda, otorgará concesiones a los particulares ya sean personas naturales o jurídicas para la operación y explotación de servicios de telecomunicación, siempre que se salvaguarde el bienestar social y el interés público. Además, indica que las concesiones se otorgarán de manera general en un régimen de real competencia entre los concesionarios de los servicios.

En ese sentido, SKYCOM COMMUNICATIONS, S.A., se le ha otorgado concesión para la prestación del servicio público de telecomunicaciones a través de diversas resoluciones que a continuación detallamos, por lo que no puede aseverar, tal como ha sido su argumentación fáctica, que no se le ha brindado la oportunidad de participar y celebrar concesión para la prestación del servicio público de telecomunicaciones.

CT-1610 de 20 de julio de 2004	Por medio de la cual se otorga concesión a la empresa SKYCOM COMMUNICATIONS, S.A., para la prestación del servicio de telecomunicaciones No. 104, denominado SERVICIO DE TERMINALES PÚBLICOS Y SEMIPÚBLICOS, para uso comercial.
CT-1608 de 13 de julio de 2004	Por medio de la cual se otorga concesión a la empresa SKYCOM COMMUNICATIONS, S.A., para la prestación del servicio de telecomunicaciones No.105, denominado SERVICIO DE ALQUILER DE CIRCUITOS DEDICADOS DE VOZ, para uso comercial.
CT-1607 de 13 de julio de 2004	Por medio de la cual se otorga concesión a la empresa SKYCOM COMMUNICATIONS, S.A., para la prestación del servicio de telecomunicaciones No.102, denominado SERVICIO DE TELECOMUNICACIÓN BÁSICA NACIONAL, para uso comercial.
CT-1606 de 13 de julio de 2004	Por medio de la cual se otorga concesión a la empresa SKYCOM COMMUNICATIONS, S.A., para la prestación del servicio de

	telecomunicaciones No.101, denominado SERVICIO DE TELECOMUNICACIÓN BÁSICA LOCAL, para uso comercial
CT-1550 de 06 de febrero de 2004	Por medio de la cual se otorga concesión a la empresa SKYCOM COMMUNICATIONS, S.A., para la explotación del servicio básico No. 103, denominado SERVICIO DE TELECOMUNICACIÓN BÁSICA INTERNACIONAL.
CT-1621 de 09 de agosto de 2004	Por medio de la cual se otorga concesión a la empresa SKYCOM COMMUNICATIONS, S.A., para la prestación del servicio de telecomunicaciones No. 211, denominado SERVICIO INTERNET PARA USO PÚBLICO, para uso comercial
CT-1772 de 18 de abril de 2006	Por medio de la cual se otorga a la empresa SKYCOM COMMUNICATIONS, S.A., una Concesión para operar comercialmente los Servicios de Centro de Llamadas para Uso Comercial (Call Centres) y Valor Agregado de Telecomunicaciones.

Como se aprecia a SKYCOM COMMUNICATIONS, S.A., se le ha ofrecido, en equidad, entre los concesionarios de servicio de telecomunicaciones, contrato de concesión del servicio público Tipo B, por lo cual este primer argumento carece de sustento real, y por ende, jurídico.

En cuanto a la interconexión, debemos precisar que para lograr que los operadores entrantes, al darse la apertura del mercado de las telecomunicaciones, pudieran, efectivamente, prestar el servicio de telecomunicaciones, se interconectaron con el operador incumbente, la cual era obligatoria y condición esencial del contrato de concesión.

De ahí, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (ASEP) propició que las interconexiones de las redes de telecomunicaciones se llevarán a cabo en forma equitativa en un medio donde se fomentó y preservó una libre, real y efectiva competencia entre los concesionarios del servicio de telecomunicaciones, además se promovió los principios de igualdad de acceso y no discriminación por parte de las empresas concesionarias, entre sus propias redes y la Red Básica de Telecomunicaciones. Asimismo, toda interconexión entre sistemas de telecomunicaciones se verificó de manera eficiente, en

concordancia con los principios de igualdad de acceso, y trato no discriminatorio, para lo cual todo concesionario debió ofrecer las mismas condiciones técnicas y económicas, y de mercado a los concesionarios que solicitaron la interconexión con el sistema operado.

La Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (ASEP), mediante Resolución No. JD-4971 de 30 de septiembre de 2004, reglamentó que los concesionarios de los servicios de telecomunicaciones deben ofrecer, entre ellos, trato igualitario, no discriminatorio y equitativo, así mismo en las negociaciones de sus acuerdos de interconexión se realizará al amparo del principio de la buena fe, y que en el supuesto de que un concesionario niegue una solicitud de equidad o de trato igualitario, el peticionario podrá requerir la intervención de la autoridad administrativa, a la que le corresponderá, una vez conozca los motivos por los cuales se haya negado la solicitud de equidad, analizar y ordenar mediante resolución motivada la equiparación correspondiente.

El Decreto Ejecutivo No. 73 de 09 de abril de 1997, en el Título V, titulado: "De la Interconexión" consagra la interconexión como obligatoria para la prestación del servicio público de telecomunicaciones que deberá efectuarse de manera eficiente. También estipula el procedimiento para la resolución de los conflictos en los acuerdos de interconexión enlistando los aspectos mínimos que éste debe contener. Igualmente, contempla que el concesionario podrá cobrar a los interesados los cargos de interconexión los cuales se fijarán tomando en cuenta elementos económicos, técnicos y su expansión, así como los servicios concedidos. Por último, indica las pautas para la fijación de los costos de interconexión y cargos de acceso.

Retomando el presente caso en el cual se da la advertencia de inconstitucionalidad, SKYCOM COMMUNICATIONS, S.A. y CABLE & WIRELESS, S.A., suscribieron un Contrato de Interconexión el día 13 de enero de 2005, el cual previó los derechos y obligaciones de las partes contratantes.

Entre las obligaciones del concesionario entrante, comentamos, principalmente, el pago por los costos de interconexión considerado como el cumplimiento espontáneo de la prestación contractual; por ende, al darse el incumplimiento imputable al deudor, el que puede ser requerido al pago, o por el vencimiento de plazo expreso, puede incurrir en mora.

En ese sentido, la mora en las obligaciones constituye un retraso en el cumplimiento contractual que no contraría ninguna norma constitucional o la esencia de la misma, pues, constituye una consecuencia jurídica de la relación contractual pactada.

En lo atinente a que sí la terminación de la interconexión anticipada por mora del concesionario superior a treinta (30) días calendario contraviene el bienestar social e interés público, se indica que tal situación (desconexión) en el ámbito jurídico contractual de las partes no afecta el bienestar de la comunidad ya que no entorpece el mantenimiento del sistema económico, político y social del Estado, ya que contrariamente, procura satisfacer una necesidad social, consistente en que toda persona pueda obtener servicios de calidad, en condiciones de trato equitativo y digno; por consiguiente, al solicitarse de manera excepcional la desconexión del concesionario por retraso en el incumplimiento de las obligaciones inherentes del contrato de interconexión no se violenta el interés público de acceder a servicios públicos eficientes, ya que, en virtud del régimen de competencia imperante en el mercado de las telecomunicaciones en Panamá, el servicio público es prestado por múltiples empresas concesionarias que lo ofertan en paridad de condiciones y sujetos a las normas sectoriales vigentes, sin verse afectado el interés social. En todo caso, tal desconexión por mora afectaría el interés particular de SKYCOM COMMUNICATIONS, S.A., de prestar el servicio de telecomunicaciones.

Un aspecto a destacar es que el Acuerdo de Interconexión en la sección denominada solución de controversias establece que: "los tribunales jurisdiccionales ordinarios de la República de Panamá tendrán competencia para

conocer todo tipo de controversias relacionadas con el presente Acuerdo, así como su interpretación, aplicación, ejecución y terminación" (Cláusula 23.2), por lo que debe entenderse que, ante la existencia de incumplimiento del acuerdo por alguna de las partes deberá ser dirimido por los tribunales de circuito civil correspondiente, autoridad jurisdiccional que determinará si procede la interconexión o no de manera final y concluyente.

En fin, como quiera que la frase contenida en el artículo 207 del Decreto Ejecutivo No. 73 de 09 de abril de 1997, no vulnera ninguna disposición constitucional, se procede a declarar que no es inconstitucional.

Por las consideraciones expuestas, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley: **DECLARA QUE NO ES INCONSTITUCIONAL** la frase: "o por mora de treinta (30) días calendario", contenida en el artículo 207 del Decreto Ejecutivo No. 73 de 09 de abril de 1997.

NOTIFIQUESE,


HARLEY J. MITCHELL D.


OYDÉN ORTEGA DURÁN


AMBAL SALAS CÉSPEDES

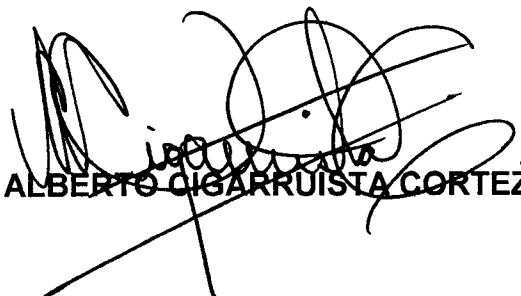

WINSTON SPADAFORA FRANCO

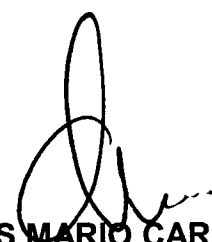

HIPÓLITO GILL SUAZO


MIRTHA VANEGAS DE PAZMIÑO

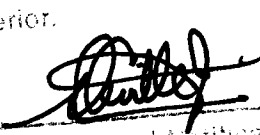

VÍCTOR L. BENAVIDES P.

7250
AV
16/11/09


ALBERTO CIGARRUISTA CORTEZ


LUIS MARIO CARRASCO


CARLOS H. CUESTAS G.
SECRETARIO GENERAL

SECRETARIA GENERAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
En Panamá a los, 9 días del mes de noviembre de
año 2009 a las 9.00 de la mañana.
Notifico al Procurador de la resolución anterior.

Firma del Notificado