

República de Panamá
AUTORIDAD NACIONAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Resolución AN No. 9036-RTV

Panamá, 1 de septiembre de 2015

*"Por la cual se resuelven los Recursos de Reconsideración interpuestos por las firmas **ALEMÁN, CORDERO, GALINDO & LEE**, actuando como apoderados especiales de **CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A.**, y por la firma **GALINDO, ARIAS Y LÓPEZ**, actuando como apoderados generales de la empresa **CLARO PANAMÁ, S.A**, en contra de la Resolución AN No. 8905-RTV de 6 de agosto de 2015."*

EL ADMINISTRADOR GENERAL,
en uso de sus facultades legales,

CONSIDERANDO:

1. Que mediante Resolución AN No. 8905-RTV de 6 de agosto de 2015, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos estableció, a los concesionarios de los Servicios de Televisión Abierta Tipo A (No.802), Televisión Abierta Tipo B (No.902) y de Televisión Pagada Tipo B (No.904) con sistemas satelitales (Direct to Home), un periodo de treinta (30) días calendario, contados a partir de la publicación de esta Resolución, *para que logren un acuerdo*, que permita a los concesionarios de los Servicios de Televisión Pagada Tipo B (No.904), con sistemas satelitales (Direct to Home), contar con la autorización correspondiente, y puedan retransmitir la programación de los concesionarios de los Servicios de Televisión Abierta Tipo A (No.802) y Televisión Abierta Tipo B (No.902), entre otras directrices;
2. Que la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos remitió a los concesionarios de los Servicios No.802, No.902 y No.904 (con sistemas satelitales - Direct to Home), a través de la Nota DSAN-02079-C de 7 de agosto de 2015, copia autenticada de la Resolución AN No. 8905-RTV de 6 de agosto de 2015, ya descrita anteriormente;
3. Que la Resolución AN No. 8905-RTV de 6 de agosto de 2015, fue publicada en la Gaceta Oficial No. 27843 de 11 de agosto de 2015, y en su artículo Sexto se establecía que contra la misma, se podrían interponer Recurso de Reconsideración dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la publicación, el cual debía ser presentado en la Oficina de Asesoría Legal de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos;
4. Que ante esta Autoridad Reguladora, la firma **ALEMÁN, CORDERO, GALINDO & LEE**, actuando como apoderados especiales de la concesionaria **CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A.**, interpuso Recurso de Reconsideración solicitando la revocatoria de la Resolución AN No. 8905-RTV de 6 de agosto de 2015, de acuerdo a los siguientes argumentos, que presentaremos de forma resumida:

(i) NULIDAD ABSOLUTA DE LA RESOLUCIÓN AN No. 8905-RTV DE 6 DE AGOSTO DE 2015 POR VIOLATORIA DE LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO.

Argumenta la memorialista que la Constitución Política consagra la garantía del debido proceso en su artículo 32, el cual establece que nadie será juzgado, sino por autoridad competente y conforme a los trámites legales, tal como citan a continuación:

"Artículo 32. Nadie será juzgado, sino por autoridad competente y conforme a los trámites legales, y no más de una vez por la misma causa penal, administrativa, policiva o disciplinaria."

Según la recurrente, la Resolución AN No. 8905-RTV de 6 de agosto de 2015, resulta violatoria del debido proceso habida cuenta que en la misma la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos ha procedido unilateralmente a resolver una controversia entre CWP y las concesionarias de Televisión Abierta, sobre la aplicación o no del artículo 40 de la Ley 24 de

1999 a CWP como concesionario del Servicio de Televisión Pagada Tipo B (Servicio No. 904) mediante sistemas satelitales (Direct to Home), y en adición a establecer unilateralmente la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos un procedimiento de arbitraje para también resolver la controversia entre CWP y las concesionarias de Televisión Abierta, sobre los términos y condiciones comerciales que pretenden cobrar las concesionarias de Televisión Abierta para la retransmisión de su señal, invocando como justificación que el artículo 40 de la Ley 24 de 1999 no aplica a los concesionarios del Servicio de Televisión Pagada Tipo B (Servicio No. 904) mediante sistemas satelitales (Direct to Home).

Para efectos de la emisión de la Resolución AN No. 8905-RTV de 6 de agosto de 2015, sostiene la apoderada especial, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos ha invocado como fundamento el artículo 12 del Decreto Ejecutivo No. 279 de 14 de noviembre de 2006, que reglamenta la Ley No. 26 de 29 de enero de 1996 artículo y que citan:

"Artículo 12. De la intervención. La Autoridad podrá intervenir de oficio o a requerimiento, cuando medie el interés público y/o el bienestar social, para corregir fallas del mercado, o para hacer cumplir las disposiciones legales, contractuales y/o reglamentarias; y conocerá de los conflictos que se planteen por la aplicación, interpretación y cumplimiento de la Ley, las leyes sectoriales y los reglamentos pertinentes, así como de los contratos o acuerdos relativos a la prestación de los servicios públicos, concesiones, licencias y autorizaciones que se generen de estas leyes."

La antes citada norma reglamentaria, comenta la recurrente, no conlleva que la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos pueda entrar a resolver controversias entre concesionarios, sin que las partes hayan acordado someter la respectiva controversia a un arbitraje ante la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos.

El artículo 12 del Decreto Ejecutivo No. 279 de 14 de noviembre de 2006, en opinión de la peticionaria, al tratarse de una norma reglamentaria, mal puede otorgar facultades para intervenir y resolver conflictos entre concesionarios, sino que únicamente reglamenta el tema de la intervención siempre que esté autorizada por la Ley.

Es decir, que de acuerdo a su interpretación, las funciones de intervención y resolución de conflictos a las cuales como norma reglamentaria hace alusión el artículo 12 del Decreto Ejecutivo No. 279 de 14 de noviembre de 2006, tienen necesariamente que estar **autorizadas por la Ley**, ya sea la propia Ley No. 26 de 1996 (que creó el Ente Regulador de los Servicios Públicos), o por la Ley Sectorial del respectivo servicio público, en este caso la Ley 24 de 1999.

Continúa comentando en su recurso, que la razón por la cual es general y amplio el artículo 12 del Decreto Ejecutivo No. 279 de 14 de noviembre de 2006, obedece a que reglamenta la Ley No. 26 de 1996, mediante la cual se creó el Ente Regulador, ahora Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, entidad que ejerce el control y fiscalización de los servicios públicos, con sujeción a las disposiciones de la Ley 26 de 1996 y las Leyes Sectoriales. De esta forma, ninguna de las facultades de intervención indicadas en el artículo 12 del Decreto Ejecutivo No. 279 de 14 de noviembre de 2006, puede ser ejercida por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos si no existe en la respectiva Ley la facultad específica de ejercer determinada intervención.

Ante la ausencia de una Ley que otorgue la facultad de intervenir y resolver la controversia, el artículo 12 del Decreto Ejecutivo No. 279 de 14 de noviembre de 2006 es sólo una norma vacía que no se puede aplicar por sí sola para resolver controversias entre concesionarios, señala la memorialista.

Situación diferente si la Ley otorga a la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos facultades de intervención y resolución de conflictos, en cuyo caso sí tendría aplicación del artículo 12 del Decreto Ejecutivo No. 279 de 14 de noviembre de 2006 como norma reglamentaria.

Expone la apoderada especial, que en el caso específico de la resolución de controversias entre concesionarios, la Ley 26 de 1996 (Texto Único), en su artículo 20 establece lo siguiente:

“Artículo 20. Funciones y atribuciones de la Autoridad. Para el cumplimiento de sus objetivos, la Autoridad tendrá las funciones y atribuciones siguientes:

...

14 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; ...”

Del contenido del artículo 20, numeral 14 de la Ley 26 de 1996 (Texto Único), resulta claro, a juicio de la recurrente, que la facultad de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos de intervenir y resolver controversias entre concesionarios a la cual hace alusión el artículo 12 del Decreto Ejecutivo No. 279 de 2006, depende de que las partes hayan sometido la controversia a la competencia de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, lo cual no ha ocurrido en el presente caso, como tampoco existe en la Ley ninguna norma que faculte a la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos para resolver esta controversia.

En adición, una revisión del caso que nos ocupa, según la recurrente, permite advenir que esta entidad administrativa, también coartó a nuestra representada el derecho a presentar ante la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos su posición sobre la aplicación del artículo 40 de la Ley 24 de 1999 a CWP como concesionario del Servicio de Televisión Pagada Tipo B (Servicio No. 904) mediante sistemas satelitales (Direct to Home), con lo que no se garantizó a CWP el derecho a ser oído, que forma parte del debido proceso conforme el artículo 32 de la Constitución Política.

Es decir, el debido proceso exigía que previo a la emisión de la Resolución AN No. 8905-RTV de 6 de agosto de 2015, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos requiriese a CWP su posición sobre la aplicación del artículo 40 de la Ley 24 de 1999 a CWP como concesionario del Servicio de Televisión Pagada Tipo B (Servicio No. 904) mediante sistemas satelitales (Direct to Home).

Nuestra alta Corporación de Justicia y la doctrina patria han sido constantes en señalar, ilustra la peticionaria, que uno de los elementos que integran la noción del debido proceso lo constituye la contradicción y la bilateralidad, por lo que esta garantía lleva implícito en su contenido, el derecho de toda persona a ser oído y a participar activamente en las etapas del proceso, con oportunidad de presentar su posición antes de la emisión de cualquier decisión.

Unido a la falta de competencia de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos para resolver la controversia, mediante la Resolución AN No. 8905-RTV de 6 de agosto de 2015, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos ha procedido, tal como sostiene la recurrente, en violación del debido proceso y sin darle siquiera oportunidad a CWP de ser oído, a pronunciarse sobre una controversia entre CWP y las concesionarias de Televisión Abierta, sobre la aplicación o no del artículo 40 de la Ley 24 de 1999 a CWP como concesionario del Servicio de Televisión Pagada Tipo B (Servicio No. 904) mediante sistemas satelitales (Direct to Home).

Explica, que dicha resolución ha sido emitida por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, omitiendo de manera absoluta conceder a CWP el derecho que otorga el ordenamiento jurídico de presentar su posición sobre esta controversia, con lo cual se hubiese garantizado la bilateralidad y contradicción, a través del ejercicio del derecho a ser oído que le corresponde a nuestra representada, comenta.

La violación al postulado constitucional del debido proceso (por la pretermisión de trámites fundamentales) se configura, en opinión de la apoderada especial, desde el momento en que la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos emite la resolución impugnada resolviendo la disputa sobre la aplicación o no del artículo 40 de la Ley 24 de 1999 a CWP como concesionario del Servicio de Televisión Pagada Tipo B (Servicio No. 904) mediante sistemas satelitales (Direct to Home), sin contar en el expediente con la posición de CWP, precisamente porque no le ofreció esa oportunidad; es decir, no se le reconoció su derecho a ser oído.

Dicha violación al debido proceso resulta más grave aún, al proceder la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos de plano a resolver en favor de las concesionarias de Televisión Abierta que el artículo 40 de la Ley 24 de 1999, no aplica a los concesionarios del Servicio de Televisión

Pagada Tipo B (Servicio No. 904) mediante sistemas satelitales (Direct to Home), actuación que va en contra de la posición adoptada previamente por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos desde hace años, tal como se aprecia en la Resolución AN No. 3210-RTV de 30 de diciembre de 2009, la cual citan en su escrito:

“... ”

SEGUNDO: OTORGAR a CLARO TV. S.A., sociedad inscrita en la Ficha 663325 y Documento 1585499, Sección de Micropelículas (Mercantil) del Registro Público de Panamá, en adelante LA CONCESIONARIA, concesión de Servicio Tipo B sin asignación de frecuencias principales, para prestar el servicio público de Televisión Pagada (No. 904) de acuerdo a las siguientes condiciones:

3. ALCANCE

Mediante la presente Resolución se autoriza a LA CONCESIONARIA para retransmitir señales de audio y video a un sistema de recepción satelital en todo el territorio de la República de Panamá.

6. DERECHOS

LA CONCESIONARIA tendrá los siguientes derechos:

f. Escoger y retransmitir la programación a sus clientes, atendiendo al contenido del arriendo 40 de la Ley No. 24 de 1999 y de los artículos 137 y 138 del Reglamento.

El debido proceso conlleva la obligación de los entes administrativos de apegar su actuación al trámite legal propio del proceso o solicitud de que se trate, respetando las garantías constitucionales y legales de que gozan las partes en el mismo; de lo contrario infringen el precepto constitucional señalado, explica la recurrente.

Ilustra su argumento, con un Fallo de 3 de mayo de 1996 de la Corte Suprema de Justicia, que aparece en el Registro Judicial de mayo de 1996, página 114-115, donde se manifiesta lo siguiente:

“Así pues, uno de los elementos que integran la noción del debido proceso lo constituye la contradicción y la bilateralidad. En este sentido en la doctrina se define este elemento como la "oportunidad de tomar posición y pronunciarse sobre pretensiones y manifestaciones de la parte contraria..."

La Corte ha señalado, en innumerables ocasiones que lo que se pretende es garantizar a las partes una igual oportunidad de acción y contradicción, es decir, el permitir a cada parte el tomar posición con respecto a las manifestaciones, pretensiones o pruebas de la otra parte... Se viola el debido proceso justamente cuando no se le permite a la parte participar efectivamente en esta etapa del proceso con igual oportunidad de defenderse." (El subrayado es nuestro)

En el mismo sentido, la Ley 38 de 31 de julio de 2000 (Ley de Procedimiento Administrativo), en su artículo 201, define Debido Proceso Legal en los siguientes términos:

“Debido proceso legal: Cumplimiento de las requisitos constitucionales y legales en materia de procedimiento, que incluye los presupuestos señalados en el artículo 32 de la Constitución Política: derecho a ser juzgado conforme a los trámites legales (dar el derecho a audiencia o ser oído a las partes interesadas, el derecho a proponer y practicar pruebas, el derecho a legar y el derecho a recurrir) y el derecho a no ser

juzgado más de una vez por la misma causa penal, policiva, disciplinaria o administrativa.”

"El artículo 52, ordinal 4 de la Ley 38 de 2000, es diáfano en señalar que una causal de nulidad absoluta en un acto administrativo es el hecho de que se emita "con prescindencia u omisión absoluta de trámites fundamentales que impliquen violación al debido proceso".

En el caso que nos ocupa, sostiene la apoderada especial, se expidió la resolución impugnada sin haberse escuchado la posición de CWP, pese a que éste es un trámite que constituye un derecho que forma parte integral del debido proceso. El derecho a ser oído constituye parte integral de la garantía constitucional del debido proceso, la cual no puede ser vulnerada.

Como complemento de lo que hasta ahora hemos expuesto, es importante citar un pronunciamiento del Pleno de la Corte, el cual a propósito del tema a ser escuchado en juicio señaló de manera expresa, que se viola el debido proceso en un procedimiento iniciado a instancia de parte o de manera oficiosa si no se escucha la posición de la parte contraria; así en Fallo de 22 de diciembre de 2003, la Corte, dentro de una acción de inconstitucionalidad en donde el accionante había señalado lo siguiente:

"El recurrente considera que la frase impugnada, violenta lo preceptuado en el artículo 32 de la Carta Magna. Esta violación se da en razón de lo siguiente:

“la frase... contenida en el artículo 16 del Decreto N°775 de 2 de septiembre de 1960, desconoce una de las garantías esenciales amparadas por dicha norma, a saber, la garantía de SER OÍDO EN PROCESO. En derecho procesal dicha garantía es conocida como el PRINCIPIO DEL CONTRADICTORIO, BILATERALIDAD o DE DEFENSA, mediante el cual se establece que en cualquier procedimiento ya sea administrativo, civil, penal, policivo, de familia, de comercio, etc, se garantice la presencia de los titulares de los distintos intereses en juego, confrontando sus opiniones, antes de adoptar la resolución respectiva.”

Sobre el principio de bilateralidad o contradictorio, señala la memorialista, que el mismo supone la igualdad de las partes, consagra la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y sus derechos. También implica la prohibición de que las autoridades dicten alguna resolución sin que previamente hayan tenido oportunidad de ser oído quienes pudieran verse directamente afectados por ella y se asegura este principio a través de los actos procesales de TRASLADO y NOTIFICACIÓN.

Ilustra la parte que la Corte resolvió lo siguiente:

“La disposición que se considera inconstitucional, encierra la imposibilidad de que el acusado haga uso de derechos, tales como el de contradictorio o el de la legítima defensa.

Hay que indicar, que este principio del debido proceso, se aplica a todos los procedimientos, los penales, laborales, administrativos, etc; los cuales deben llevarse a cabo siguiendo los elementos que encierra la garantía del debido proceso.

Este principio de carácter constitucional ha sido recogido incluso en la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (22 de noviembre de 1969), específicamente en su artículo 8, el cual indica:

“Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustentación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación

de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter" (Lo subrayado es de la Corte). No obstante lo anterior, es de recordar que el dicho principio es de aceptación universal."

...

"Una de las consecuencias jurídicas del reconocimiento de este principio en los diversos procesos, es que se hace imprescindible, asegurarle a las partes, el pleno ejercicio de derechos como el de defensa y contradictorio; el derecho a que se escuchen los descargos, a contradecir y contraprobar.

La conclusión a la que arriba esta Corporación de Justicia, encuentra su sustento jurídico, no sólo en lo reconocido por la doctrina en cuanto al principio del debido proceso, sino en la opinión vertida previamente por la jurisprudencia de este Órgano del Estado; así tenemos que:

"Esta Superioridad ha señalado sistemáticamente, que la garantía instrumental del debido proceso se orienta a asegurar a las partes de un proceso legalmente constituido, la estricta observancia de los trámites legales, y el hacer uso de los medios de impugnación consagrados por la ley, de tal manera que las personas puedan defender efectivamente sus derechos". (Demanda de Inconstitucionalidad de 10 de mayo de 2002, contra la Resolución N°J37 de 7 de diciembre de 2000 emitida por el Tribunal Electoral)." (El subrayado es nuestro)

Con sustento en lo anterior, solicita la parte recurrente a la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos que REVOQUE la Resolución AN No. 8905-RTV de 6 de agosto de 2015, por configurarse la causal de nulidad absoluta de que trata el artículo 52, ordinal 4 de la Ley 38 de 2000, amparada además en el artículo 32 de la Constitución Política.

(ii) EL ARTÍCULO 40 DE LA LEY 24 DE 1999, SÍ RESULTA APLICABLE A LOS CONCESIONARIOS DE LOS SERVICIOS DE TELEVISIÓN PAGADA TIPO B (No. 904), CON SISTEMAS SATELITALES (DIRECT TO HOME).

La Resolución AN No. 8905-RTV de 6 de agosto de 2015, argumenta la apoderada especial, parte de una errada interpretación del artículo 40 de la Ley No. 24 de 1999, al señalar que el mismo sólo le es aplicable a los concesionarios del Servicio de Televisión Pagada Tipo B (Servicio No. 904) por cable, y no a los concesionarios del Servicio de Televisión Pagada Tipo B (Servicio No. 904) con sistemas satelitales (Direct to Home).

Para arribar a la anterior conclusión, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos se remite al texto literal del artículo 40, el cual si bien únicamente hace referencia a sistemas de televisión por cable porque era el único sistema existente en Panamá al momento de promulgarse la norma, bajo ninguna circunstancia el artículo 40 busca, aduce el peticionario, limitar su aplicación a otros sistemas de televisión pagada como los satelitales.

Es decir, que la referencia del artículo 40 a sistemas de televisión pagada por cable, es ilustrativa y no taxativa, tal como hace su interpretación la recurrente.

Debe tenerse presente que en el momento en que se promulgaría Ley No. 24 de 1999, todavía el Ente Regulador de los Servicios Públicos no había emitido la Resolución No. JD-2023 de 20 de junio de 2000, "Por la cual se ubican dentro de la clasificación establecida en el artículo 8 de la Ley No. 24 de 30 de junio de 1999, los servicios públicos de Radio y Televisión", la cual definió el Servicio de Televisión Pagada Tipo B (Servicio 904) en los siguientes términos:

"904 Servicio de Televisión Pagada Tipo B.

DEFINICIÓN: Servicio de radiodifusión que consiste en la transmisión de señales de audio y video, mediante el uso de medios físicos o cualquier otro, que no requieren de la asignación de frecuencias principales por parte del Ente

Regulador de los Servicios Públicos, destinada a la recepción de un público determinado, a cambio de una compensación por el servicio recibido. Se incluye en esta clasificación los servicios de televisión vía satélite, cable coaxial, fibra óptica y facilidades especiales, en las que no se asignan frecuencias del espectro radioeléctrico para su transmisión en territorio nacional.”

En opinión de la recurrente, de conformidad con la clasificación de servicios adoptada mediante la Resolución No. JD-2023 de 20 de junio de 2000, la Televisión Pagada prestada mediante cable y la Televisión Pagada prestada mediante sistemas satelitales (Direct to Home), **constituyen ambos un Servicio de Televisión Pagada Tipo B (Servicio 904)**, con lo cual no existe ninguna justificación para interpretar que sea taxativa y no ilustrativa la referencia a sistemas de televisión por cable en el artículo 40 de la Ley 24 de 1999.

A su vez interpretar que el artículo 40 de la Ley No. 24 de 1999, no aplica a los concesionarios Televisión Pagada prestada mediante sistemas satelitales (Direct to Home), resultaría en una grave y perjudicial discriminación para los usuarios de este servicio, a los cuales igualmente se les debe retransmitir la señal de Televisión Abierta.

Más aún, la propia Autoridad Nacional de los Servicios Públicos ya había concluido que el artículo 40 de la Ley No. 24 de 1999, aplica a los concesionarios Televisión Pagada prestada mediante sistemas satelitales (Direct to Home), tal como lo reconoce en la Resolución AN No. 3210-RTV de 30 de diciembre de 2009, la cual citamos a continuación:

“SEGUNDO: OTORGAR a CLARO TV, S.A., sociedad inscrita en la Ficha 663325 y Documento 1585499, Sección de Micropelículas (Mercantil) del Registro Público de Panamá, en adelante LA CONCESIONARIA, concesión de Servicio Tipo B sin asignación de frecuencias principales, para prestar el servicio público de Televisión Pagada (No. 904) de acuerdo a las siguientes condiciones:

3. ALCANCE

Mediante la presente Resolución se autoriza a LA CONCESIONARIA para retransmitir señales de audio y video a un sistema de recepción satelital en todo el territorio de la República de Panamá.

6. DERECHOS

LA CONCESIONARIA tendrá los siguientes derechos:

f. Escoger y retransmitir la programación a sus clientes, atendiendo al contenido del artículo 40 de la Ley No. 24 de 1999 y de los artículos 137 y 138 del Reglamento.
...”

La antes citada resolución de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, según la recurrente, no deja margen a dudas en cuanto el hecho de que el artículo 40 de la Ley No. 24 de 1999, aplica a los concesionarios Televisión Pagada prestada mediante sistemas satelitales (Direct to Home), lo que constituía desde hace muchos años un tema reconocido y superado.

De esta forma, nos encontramos ante un cambio radical en la posición de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos sobre la aplicación e interpretación del artículo 40 de la Ley No. 24 de 1999, ante las pretensiones de los concesionarios de los Servicios de Televisión Abierta de que dicha norma no le sea aplicable a los concesionarios Televisión Pagada prestada mediante sistemas satelitales (Direct to Home), para así cobrarles por la retransmisión de la señal de televisión abierta.

Por lo antes expuesto, comenta la apoderada especial, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos con la emisión de la resolución impugnada va en contra de sus propios actos y vulnera el principio de buena fe de la administración. Es decir, se viola el principio de buena fe de la

administración y se atenga contra el régimen de certeza y seguridad jurídica del Sector de Radio y Televisión.

Sobre el tema de los actos propios y la buena fe, señala el ilustre jurista español Luis Diez Picazo y Ponce de León, en su obra "La Doctrina de los Propios Actos", 143 BOSCH, Casa Editorial-Barcelona, 1963, citada por el Doctor Eligio Salas en ponencia dictada en octubre de 2001, que ir contra los actos propios atenta contra la buena fe, por lo que deberá haber un comportamiento coherente. En esta obra a página 142 el autor nos expone lo siguiente:

“... La exigencia de un comportamiento coherente significa que, cuando una persona, dentro de una relación jurídica, ha suscitado en otra con su conducta una confianza fundada, conforme a la buena fe, en una determinada conducta futura, según el sentido objetivamente deducido de la conducta anterior, no debe defraudar la confianza suscitada y es inadmisibles toda actuación incompatible con ella. La exigencia jurídica del comportamiento coherente está de esta manera estrechamente vinculada a la buena fe y a la protección de la confianza.” (El resaltado es nuestro)

Por su parte, cita la recurrente al tratadista español Jesús González Pérez, entre otros, al referirse a la importancia del Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo, expresa lo siguiente:

“La aplicación del principio de buena fe permitirá al administrado recobrar la confianza en que la Administración no va a exigirle más de lo que estrictamente sea necesario para la realización de los fines públicos que en caso se persiga: Y que no le va ser exigido en el lugar, en el momento ni en la forma más inadecuados, en atención a sus circunstancias personales u sociales, y a las propias necesidades públicas. Confianza, legítima confianza de que no se le va a imponer una prestación cuando solo superando dificultades extraordinarias podrá ser cumplida Ni en un lugar en que razonablemente, no cabía esperar Ni antes de que lo exijan los 10 intereses públicos ni cuando ya no era concebible el ejercicio de la potestad administrativa. Confianza, en fin, en que en el procedimiento para dictar el acto que dará lugar a las relaciones entre Administración y administrado, no va a adoptar una conducta confusa y equívoca que más tarde permita eludir o tergiversar sus obligaciones...” (El PRINCIPIO GENERAL DE LA BUENA FE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO. Editorial Civitas, Cuarta Edición, Madrid, 2004. Pág. 116)

Con la emisión de la resolución impugnada, aduce la demandante, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos va en contra de sus propios actos y vulnera el principio de buena fe al señalar que el artículo 40 de la Ley 24 de 1999, no resulta aplicable a los concesionarios de Televisión Pagada prestada mediante sistemas satelitales (Direct to Home), en circunstancias en que la propia Autoridad Nacional de los Servicios Públicos había ya reconocido mediante resolución en firme que dicha norma sí resulta aplicable a los concesionarios Televisión Pagada prestada mediante sistemas satelitales (Direct to Home). Tal actuar del regulador, evidencia una clara contradicción que en ningún caso puede ajustarse a la buena fe administrativa.

La vigencia del principio de buena fe en las actuaciones de la administración pública, ha sido reiterada por la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de 13 de junio de 1991, Sentencia de 26 de agosto de 1996, Sentencia de 10 de octubre de 1996, Sentencia de 21 de junio de 2000, Sentencia de 15 de junio de 2000 y Sentencia de 21 de mayo de 2003.

Sobre el particular, la apoderada especial cita la Sentencia de 26 de agosto de 1996 (R.J., agosto, 1996, p. 319), en la cual la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Suprema de Justicia señaló lo siguiente:

"Y es que, en el presente caso, es necesario reiterar la vigencia del principio de buena fe en el Derecho Administrativo. En este sentido, se ha manifestado la Sala Tercera (Contencioso Administrativa) de la Corte Suprema, al señalar en sentencia fechada el 13 de junio de 1991, lo siguiente:

"Por último, la Sala debe enfatizar en este caso la vigencia del principio de buena fe en el Derecho Administrativo, que vincula a la Autoridad Portuaria Nacional en las relaciones con los servidores públicos que en ella laboran. La doctrina y la jurisprudencia comparadas aceptan que dicho principio es aplicable al Derecho Administrativo. Así, el tratadista uruguayo 12 Sayagués afirmaba que "el principio general de la buena fe debe regir en todas las relaciones jurídicas". (Tratado de Derecho Administrativo, Montevideo, Tomo I. 1959, pág. 148) y el catedrático español Jesús González Pérez le ha dedicado una obra reciente en que expone sus aplicaciones en este campo (El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo, 2", edición, Ed. Civitas, Madrid, 1989, 199 páginas)." (el subrayado es nuestro).

Con sustento en lo anterior, le corresponde a la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos reconocer, como lo hizo antes, que el artículo 40 de la Ley No. 24 de 1999, aplica a los a los concesionarios Televisión Pagada prestada mediante sistemas satelitales (Direct to Home), por lo que, debido a las razones de hecho y de derecho antes expuestas, solicitamos muy respetuosamente al señor Administrador de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos que al resolver el presente recurso de reconsideración, REVOQUE la Resolución AN No. 8905-RTV de 6 de agosto de 2015.

5. Que igualmente, ante esta Autoridad Reguladora, la firma **GALINDO, ARIAS & LÓPEZ**, actuando como apoderados generales de la concesionaria **CLARO PANAMÁ, S.A.**, interpuso Recurso de Reconsideración solicitando se **MODIFIQUEN** los incisos **PRIMERO** y **SEGUNDO** de la parte resolutive de la Resolución Impugnada que dispone el procedimiento de mediación fijado por Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, en adelante la **ASEP**, de manera que quede así:

"PRIMERO: ESTABLECER, a los concesionarios de los Servicios de Televisión Abierta Tipo A (No.802), Televisión Abierta Tipo B (No.902) y Televisión Pagada Tipo B (No.904) con sistemas satelitales (Direct to Home), un plazo de hasta sesenta (60) días hábiles, contados a partir de la publicación de esta Resolución, para que logren un acuerdo, que permita a los concesionarios de los Servicios de Televisión Pagada Tipo B (No.904) con sistemas satelitales (Direct to Home), contar con la autorización correspondiente, y puedan retransmitir la programación de los concesionarios de los Servicios de Televisión Abierta Tipo A (No.802) y Televisión Abierta Tipo B (No.902).

SEGUNDO: ADVERTIR, a los concesionarios de los Servicios de Televisión Abierta Tipo A (No.802), Televisión Abierta Tipo B (No.902) y Televisión Pagada Tipo B (No.904) con sistemas satelitales (Direct to Home), que dentro de los diez (10) días calendario siguientes a la publicación de esta Resolución, deberán presentar a la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, lo siguiente:

1. Breve descripción del conflicto existente.
2. Nombres de las partes en conflicto, sus direcciones, su representante legal y/o apoderado especial.
3. Indicación de las normas legales en las cuales apoya su posición, así como las justificaciones técnicas, comerciales,

financieras, y cualquier otra que estimen necesarias, para lograr la solución del conflicto.

*4. Pruebas que fundamenten sus derechos y afirmaciones, **así como aducir o solicitar aquellas que sean conducentes para fundamentar las mismas.** La Autoridad Nacional de los Servicios Públicos se reserva el derecho de solicitar a las partes en conflicto la documentación que considere necesaria para la solución del mismo, **así como practicar las pruebas que estime conveniente o que fueran aducidas por las partes para la solución del asunto.***

5. Propuesta de acuerdo.

La Autoridad Nacional de los Servicios Públicos limitará su intervención a los temas objeto del conflicto, con carácter eminentemente técnico y regulatorio obviando aspectos comerciales y de negocio salvo en los casos en que determine, que es imprescindible incluir algún otro tema que guarde relación con la solución del conflicto planteado.

Dentro del término de sesenta (60) días hábiles de que trata el 2 Artículo Primero de esta Resolución, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos dará traslado de la Propuesta de acuerdo presentada por las partes, y concederá cinco (5) días hábiles a las mismas, para sus comentarios u objeciones.

*Recibidos los comentarios u objeciones a la Propuesta de acuerdo, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos **dispondrá de un término de hasta veinte (20) días hábiles practicaré las pruebas que estime convenientes o que fueron aducidas. Este plazo podrá ser extendido por diez (10) días hábiles adicionales en caso de que se precisen las opiniones de expertos, de autoridades locales o internacionales, así como para presentar recomendaciones de organismos internacionales con experiencia en la materia.** Luego de transcurrido dicho término, se citará a las partes en conflicto, a una audiencia de mediación, para explorar la posibilidad de que las partes celebren un acuerdo con respecto a los temas en conflicto.*

La convocatoria para la Audiencia de mediación se publicará en los medios impresos de circulación, con no menos de cinco (5) días hábiles antes de su celebración, para extender la invitación a todo el que esté involucrado, incluyendo a representantes de los consumidores y se surtirá bajo los siguientes parámetros:

i) Cada concesionarios de los Servicios de Televisión Abierta Tipo A (No.802), Televisión Abierta Tipo B (No.902) ó Televisión Pagada Tipo B (No.904) con sistemas satelitales (Direct to Home) que así lo desee, tendrá un término razonable para su intervención, no menos de treinta (30) minutos, pudiendo hacer uso de medios audiovisuales en el marco de la misma.

ii) Si fuera necesario, extender la audiencia de mediación para dar oportunidad de participación a todos los concesionarios, la Autoridad extenderá la sesión al día hábil siguiente, o convocará a nueva sesión para tal efecto.

iii) La Autoridad abrirá un período de preguntas y respuestas de la audiencia de no menos de treinta (30) minutos.

iv) Se debe levantar un Acta de la audiencia de mediación y debe ser firmada por todos los que participan, acta que deberá ser publicada en la página web de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos.

En caso de que las partes lleguen a un acuerdo, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos lo examinará y lo aprobará mediante Resolución, lo cual pondrá fin al conflicto; en caso contrario, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos dictará la correspondiente Resolución para resolver los conflictos planteados." (lo resaltado es nuestro)

La memorialista expone, como cuestión inicial, que es necesario puntualizar cuáles son las razones que fundamentan la modificación de la Resolución Impugnada, entre las que destaca:

Razones en relación con las motivaciones y consideraciones:

- En el desarrollo de las motivaciones y consideraciones de la Resolución impugnada se desconoce, por parte de las ASEP, los derechos y obligaciones de CLARO consagrados en su concesión, aprobada por la propia ASEP mediante Resolución AN N°3210-RTV de 30 de diciembre de 2009, desconociéndose, a criterio de la apoderada, el Principio de Legalidad y el Debido Proceso, al restringir el alcance de la Concesión de CLARO, que fue otorgada mediante una Resolución Administrativa que se encuentra en firme, y que es de obligatorio cumplimiento.
- La aplicación realizada por la ASEP del artículo 40 de la Ley 24 de 1999, expuesta en las motivaciones y considerandos de la Resolución Impugnada, al limitar la retransmisión gratuita de los canales locales, por conducto único de los canales de televisión pagada "por cable", viola el Derecho Fundamental de los usuarios de CLARO de tener servicios de calidad, pero además restringe la libertad de elección, en condiciones de trato equitativo y digno y viola el Derecho a la libre búsqueda de la Información de los usuarios de CLARO, pues, estos no podrán tener acceso gratuito a la información pública de índole nacional (política, cultural, salud, etc.) que se difunde, principalmente, en la televisión local o abierta.
- Además de las afectaciones a los usuarios, la referida aplicación del artículo 40 de la Ley 24 de 1999, comenta la recurrente, viola el Derecho a la Igualdad que tienen los concesionarios de Televisión Pagada con sistemas satelitales (DTH) y el Principio de libre competencia económica y concurrencia en los mercados.
- Por todo lo anterior, la ASEP incurrió en una evidente conducta contraria a sus propios actos, ya que por un lado aprobó la concesión otorgada a CLARO en la cual la obliga a "retransmitir la programación a sus clientes, atendiendo al contenido del artículo 40 de (a Ley 24 de 1999" y, por otro, pretende desconocer esta realidad, restringiendo el alcance de dicha normativa y obligando a CLARO a NO cumplir con sus obligaciones como concesionaria.

Razones de Fondo:

- La decisión adoptada por la ASEP, en la Resolución Impugnada, desconoce la fundamentación de los supuestos que, en su caso, sustentarían el pago por la retransmisión de la programación de los concesionarios de los Servicios de Televisión Abierta Tipo A (802) y Tipo B (902), así como el análisis de costos incrementales de largo plazo que, en gracia de discusión, llegarían, a justificar ese cobro.

En seguimiento de lo anterior, el procedimiento establecido en la Resolución Impugnada, para el desarrollo de la mediación ordenada por la ASEP, restringe la posibilidad de que las partes soliciten y practiquen pruebas, distintas a las documentales, que permitan a la Autoridad la incorporación de los expertos necesarios, para la elucidación del punto en conflicto, en el caso que las partes no lleguen a un acuerdo.

LA ASEP DESCONOCE LA CONCESIÓN OTORGADA A CLARO

Si bien, en grado de discusión, pudiera decirse que la Resolución Impugnada es de carácter general y que surte sus efectos no sólo para CLARO sino también para los demás concesionarios de Televisión Pagada con sistemas satelitales (Direct to Home), así como para los concesionarios de Televisión Abierta Tipo A y B, lo cierto es que en la motivación y los considerandos se basan, únicamente, en el conflicto surgido entre CLARO y las concesionarias TELEVISORA

NACIONAL S.A. y CORPORACIÓN MEDCOM PANAMÁ, S.A. En este sentido, la ASEP, para llegar a establecer el procedimiento de negociación descrito en la parte resolutive de la Resolución Impugnada, realiza un análisis del conflicto surgido entre las partes dentro del marco de lo que establece el Artículo 40 de la Ley 24 de 1999, sin hacer referencia a los derechos y obligaciones de CLARO consagrados en su Concesión otorgada mediante la Resolución AN No. 3210-RTV de 30 de diciembre de 2009 (en adelante "Resolución AN No. 3210-RTV").

La ASEP no puede desconocer los derechos y obligaciones establecidos en la concesión de CLARO y, además, obligarla a pasarlos por alto, pues, ello viola el Principio de Legalidad, y con ello el Debido Proceso Legal, consagrados en el artículo 34 de la Ley 38 de 2000.

El autor JAIME OSSA ARBELAEZ señala en su obra lo siguiente:

"(...) El postulado de legalidad y la potestad sancionadora son conceptos jurídicos que se relacionan íntimamente entre sí, pues esta se explica, se justifica y se estructura únicamente en virtud del principio de legalidad. Sin atribución de legalidad previa la administración carecería de sustento jurídico para actuar (...)"

No se trata, por consiguiente, de una fórmula de buenas intenciones, sino de un mandato de obligada observancia para la administración en todos sus niveles y en sus más diversas manifestaciones.

De manera que en cualquier expresión de la función pública, el jus puniendi, criminal o administrativo, debe estar presidido por el axioma de legalidad."

"(...) la Administración ya no podrá hacer todo aquello que la ley no le prohíbe, sino que sólo podrá hacer aquello que la misma le autorice." (DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, Editorial Legis, Bogotá, 2009, segunda edición, págs. 190-191, 193)

En síntesis, la aplicación por parte de la ASEP del artículo 40 de la Ley 24 de 1999, así como el desconocimiento de las obligaciones contenidas en la Resolución AN No. 3210-RTV, perjudica a mi representada y desconoce el Principio de Legalidad y el Debido Proceso, al restringir el alcance de la Concesión de CLARO, que fue otorgada mediante una Resolución Administrativa que se encuentra en firme, y que es de obligatorio cumplimiento.

LA INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 40 DE LA LEY 24 DE 1999 VIOLA LOS DERECHOS DE LOS USUARIOS DE CLARO

En efecto, la indebida aplicación por parte de la ASEP del artículo 40 de la Ley 24 de 1999, según queda expuesto en las motivaciones y considerandos de la Resolución Impugnada, desconoce Derechos Fundamentales de los usuarios de CLARO, específicamente el Derecho a la Información, el Derecho a recibir servicios de Calidad y la Libertad de Elección.

Sostiene la recurrente que es evidente, que siendo los canales nacionales los que proveen al ciudadano panameño de toda la información local, ya sea política, en materia de salud, y cualquier otra de interés social, la restricción de su retransmisión gratuita a los usuarios de la televisión pagada satelital, afecta y vulnera su Derecho a la libre búsqueda de la Información, la cual representa una garantía esencial que incide directamente sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona.

En este sentido, el Derecho a la libre búsqueda de Información se encuentra consagrado en el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 13 de la Convención Americana de los Derechos Humanos ratificada por nuestro país mediante Ley No.15 de 28 de octubre de 1977 y en el artículo 19 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles.

Por lo anterior, debe reconocerse la protección de este derecho fundamental de todo ciudadano, de la búsqueda de la información, la cual se ve vulnerada con la interpretación del artículo 40 de la Ley 24 de 1999 que hace el propio Estado, a través de la ASEP.

La inconstitucional aplicación del artículo 40 de la Ley 24 de 1999, por parte de la ASEP, viola el artículo 49 de la Constitución Nacional que contempla dos derechos fundamentales de todo ciudadano: a) El derecho a obtener bienes y servicios de calidad, y b) El derecho a la libertad de elección en el mercado, que constituye la libertad de los consumidores o usuarios para contratar con cualquiera proveedor que ofrezcan los bienes o servicios que necesitan.

La violación se evidencia, ya que al limitar la retransmisión gratuita de los canales locales, por conducto único de los canales de televisión pagada "por cable", se viola el derecho de los usuarios de la televisión pagada "satelital" tener servicios de calidad, pero además restringe la libertad de elección, en condiciones de trato equitativo y digno, que tienen todos los ciudadanos.

Por otro lado, en cuanto al derecho a la libertad de elección y trato equitativo, también es vulnerado, ya que en el supuesto de no llegarse a un acuerdo con las concesionarias de Televisión Abierta, los usuarios que deseen contratar los servicios de televisión pagada, no tendrán la libertad de escoger entre una gran gama de ofertas, pues, únicamente la televisión pagada "por cable", tendría el derecho de retransmitir gratuitamente los canales de televisión abierta locales, lo que evidentemente es una consideración importante para el usuario a la hora de hacer la contratación.

A su vez, esta falta de libertad de elección no sólo constituye una violación a los principios constitucionales antes indicados, sino que además se torna en un inconveniente para la economía como un todo, ya que típicamente en mercados donde naturalmente existen falta de opciones para los consumidores, suelen darse, también de manera natural, que las empresas abusen de esa posición dominante.

Por consiguiente, y así lo ha establecido la Constitución, es deber del Estado garantizar a los consumidores la libertad de elegir la opción de su preferencia y no imponer barreras o limitaciones que afecten la normal evolución y el desarrollo de la actividad humana y empresarial.

LA APLICACIÓN INDEBIDA DEL ARTÍCULO 40 DE LA LEY 24 DE 1999 VIOLA LOS DERECHOS DE CLARO

Además de las afectaciones a los usuarios, la referida aplicación indebida e inconstitucional del artículo 40 de la Ley 24 de 1999, plasmada en la parte motiva de la Resolución Impugnada, viola el Derecho a la Igualdad que tienen los concesionarios de Televisión Pagada con sistemas satelitales (DTH) y el Principio de libre competencia económica y concurrencia en los mercados.

Es importante señalar que en el caso bajo estudio, nos encontramos ante sujetos en igualdad de circunstancias o condiciones, ya que todos, independientemente del medio que utilicen para la retransmisión de la señal, son concesionarios de la misma categoría, es decir, "Servicio de Televisión Pagada Tipo B (N° 904)", según establece la Resolución N° JD-2023 de 20 de junio de 2000 dictada por la ASEP y publicada en Gaceta Oficial N° 24,092 de 10 de julio de 2000, mediante la cual se definió el alcance de los Servicios de Radio y Televisión Tipo B y sus sub clasificaciones, en los siguientes términos:

"Servicios de Radio y Televisión Tipo B

DEFINICIÓN: Son los servicios de radio y televisión para cuya operación no se requiere de asignación de frecuencias principales por parte del Ente Regulador de los Servicios Públicos.

La concesión para estos será otorgada previa solicitud, dentro de los períodos anuales que para tal fin establezca el Ente Regulador de los Servicios Públicos.

(...)

904 Servicio de Televisión Pagada Tipo B.

DEFINICIÓN: Servicio de radiodifusión que consiste en la transmisión de señales de audio y video, mediante el uso de medios físico o cualquier otro, que no requiera de la asignación de frecuencias principales por parte del Ente Regulador de los

Servicios Públicos, destinada a la recepción de un público terminado, a cambio de una compensación por el servicio recibido. Se incluye en esta clasificación los servicios de televisión vía satélite, cable coaxial, fibra óptica y facilidades especiales, en las que no se asignan frecuencias del espectro radioeléctrico para su transmisión en territorio nacional." (lo resaltado es nuestro)

Por lo anterior, la ASEP no puede establecer privilegios o fueros a favor de un determinado grupo de empresas de esta categoría, en perjuicio de los demás, ya que se estaría violando el principio rector que señala que la igualdad de circunstancia exige ofrecer igualdad de trato.

Lo anterior, puede verse claramente plasmado en el Fallo de 26 de mayo de 2005 del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en el cual se hace un análisis doctrinal y jurisprudencial del artículo 19 de la Constitucional, señalándose taxativamente lo siguiente:

"El análisis del artículo 19 de la Constitución Nacional nos permite explicar lo antes detallado. En dicha norma de rango constitucional se prohíben los fueros, privilegios o discriminaciones personales, tal y como expresó el Doctor César Quintero:

"Todo lo expuesto indica que la Constitución no prohíbe que haya o se establezcan distinciones entre los habitantes del Estado. Lo que prohíbe, pues, es que haya distingos. Y esto nos lleva, por fin, a precisar este término.

El distingo entraña una limitación o restricción injusta; un trato desfavorable para determinadas personas que, en principio, se hallan en la misma situación que otras que, sin embargo, reciben un trato favorable. El concepto de distingo SE IDENTIFICA, así, como el de discriminación, el cual, no obstante ser un neologismo quizá exprese mejor la idea que hemos tratado de explicar.

Pues, el término discriminación, muy usado en otros idiomas, significa distinción injusta e injuriosa.

Esto es, pues, lo que el artículo que examinamos prohíbe, o sea que las normas legales establezcan, o las autoridades públicas practiquen, un tratamiento desfavorable contra cualquier persona por la sola razón de su raza, nacimiento, clase social, sexo, religión o ideas políticas.

Toda esta larga exposición nos lleva a concluir que el principio de la igualdad ante la Ley consiste, como ha dicho más de una vez la Corte Suprema de la Argentina, en que no se establezca excepciones o privilegios que excluyan a unos de los que se concede a otros en iguales circunstancias". (C.S.J. Pleno, fallo de 27 de junio de 1996).

La jurisprudencia antes citada, en adición a lo expresado en líneas anteriores permite establecer que lo inaceptable conforme al artículo 19 de la Norma Fundamental es el trato desfavorable o desigual para ciertas personas que se encuentren en circunstancias iguales. Esto se traduce en que la Norma Fundamental permite las distinciones entre unos y otros, lo que no puede ser aceptado de ninguna manera, son los distingos (trato diferente entre personas colocadas con igualdad de circunstancias).

El elemento fundamental tanto en la norma que se impugna como en la disposición constitucional considerada transgredida, es la existencia o no de la igualdad de condiciones entre las personas, en este caso, entre las compañías involucradas.

- Libre competencia y concurrencia

La ASEP, al aplicar indebidamente el artículo 40 de la Ley 24 de 1999, viola el artículo 298 de la Constitución Política, que señala que el Estado velará por la libre competencia económica y la libre concurrencia en los mercados y que las leyes fijarán las modalidades y condiciones que garanticen estos principios.

La violación de la norma constitucional se da al conferir, únicamente, a las empresas de televisión pagada "por cable" el derecho de transmisión gratuita de los canales de televisión abierta, obligando a CLARO al pago por ese derecho de retransmisión, colocándola en desventaja comercial frente a los otros concesionarios, lo que da como resultado una infracción a la libre competencia y concurrencia de los mercados.

La infracción se pone de manifiesto, además, en la medida en que si CLARO tiene que llegar a un acuerdo de pago con las empresas de televisión abierta, ello generará cargas adicionales que los imposibilitan a competir en las mismas condiciones que los concesionarios de televisión pagada "por cable", ya que estos tienen la prerrogativa de recibir la señal de manera gratuita.

Todo lo anterior llevaría al desplazamiento de las empresas de televisión pagada satelital, como CLARO, beneficiando únicamente a las empresas de televisión pagada "por cable", debido al incremento en sus costos (en caso de pagar por la señal) o por la desventaja de no ofrecer dentro de su programación los canales de televisión abierta (en el caso de no llegar a ningún acuerdo), violándose de esta manera la libre competencia económica y la libre concurrencia en los mercados.

LA ASEP DESARROLLA UNA CONDUCTA CONTRARIA A SUS PROPIOS ACTOS

La violación a los principios que prohíben ir contra los Actos Propios y de plena observancia de la Buena Fe en las actuaciones administrativas se da, en el presente caso, cuando la ASEP a través de la Resolución Impugnada desarrolla una conducta contradictoria con sus actuaciones precedentes, lo cual queda en evidencia cuando la ASEP le otorgó a CLARO una concesión para la prestación del servicio de Televisión Pagada Tipo B en todo el territorio de la República de Panamá, mediante Resolución AN No. 3210-RTV de fecha 30 de diciembre de 2009, donde se establece la obligación a cargo de CLARO de retransmitir la programación a sus clientes.

La ASEP desconociendo esta realidad, dictó la Resolución Impugnada, en la cual aplica inconstitucionalmente el artículo 40 de la Ley 24 de 1999 y obliga a CLARO a NO cumplir con sus obligaciones como concesionaria.

METODOLOGÍA DE COSTEO

Con independencia de que, de ninguna manera, nuestra representada puede llegar a consentir la indebida aplicación a CLARO del artículo 40 que la ASEP que realiza en la Resolución Impugnada, ni tampoco consiente el contenido estrictamente interpretado del artículo referido que será materia de una advertencia de inconstitucionalidad interpuesta por nuestra representada; si, en gracia de discusión, una autoridad regulatoria, sectorial o de competencia, decidiera establecer mecanismos directos de intervención en el mercado para la determinación de tarifas por retransmisión de señales de televisión abierta por empresas e servicios de televisión pagada, ya sea a raíz de desacuerdos entre las partes o como parte de una regulación *ex ante*, dicha autoridad debe llevar a cabo forzosamente un análisis exhaustivo del mercado, de sus condiciones de competencia, de los participantes del mismo; así como analizar otros elementos micro y macroeconómicos que le permitan elegir de la mejor manera la forma en la que habrá de realizar dicha intervención. Lo anterior para lograr un resultado eficiente y evitar que la regulación que pretende imponer genere distorsiones en el mercado.

En este sentido, son varias las autoridades sectoriales y de competencia alrededor del mundo las que han establecido ciertos mecanismos y metodologías particulares para intervenir en la determinación de tarifas en sectores regulados; especialmente en los sectores donde se presentan economías de escala y de redes como pudieran ser el sector de telecomunicaciones, el de radiodifusión y el ferroviario.

Así, la recurrente hizo constar en su escrito, la necesidad de que la autoridad defina si desea utilizar en su regulación metodologías de costeo u otras alternativas de determinación de tarifas como Precios Ramsey, Precios Diferenciados, regulación de la utilidad razonables y otras metodologías que basan su análisis en precios de referencia de mercado y elementos de demanda

como la elasticidad precio de los servicios, la existencia de competencia, una demanda segmentada, entre otros.

Ahora bien, aún definida la necesidad de llevar a cabo una metodología de costeo para sustentar los resultados de una intervención por parte de la autoridad para la determinación de tarifas; existen varios elementos y supuestos que la autoridad habrá de elegir para establecer dicha metodología. Dichos elementos y supuestos deberán estar especificados, justificados y fundamentados por parte de la autoridad de manera ex ante, con el objetivo de dar plena certidumbre a los agentes regulados y escuchar sus manifestaciones precisas respecto de la metodología a seguir antes de que la misma sea aplicada por primera vez.

Entre las principales tareas que habría de seguir una autoridad para la correcta y eficiente aplicación de una metodología como la descrita se encuentran:

- Elaboración de ejercicios financieros que permitan determinar la tasa de utilidad razonable o comprobar la veracidad de una tasa de utilidad de referencia. Entre estos se encuentran la determinación del costo de capital promedio ponderado (CCPM o WACC por sus siglas en inglés) para lo que se requiere conocer información de financiamiento de deuda y capital de la empresa regulada o del sector en el que la misma se desempeña.
- Contar con información de costos desagregados para la determinación de los costos operativos y la depreciación directamente asignable al servicio regulado. Esta tarea se vuelve particularmente compleja en el análisis de servicios en el sector telecomunicaciones y/o radiodifusión donde existen importantes economías de alcance que llevan a los agentes económicos oferentes a prestar una diversidad de servicios haciendo uso de recursos e infraestructura compartida. En razón de lo anterior deberá existir una adecuada separación contable por parte del agente regulado o la determinación justificada de elementos de asignación de costos o *cost drivers* por parte de la autoridad.
- Finalmente, al hacer uso de costos históricos -como generalmente se hace con este tipo de metodologías- la autoridad habrá de definir cuál será la fuente de información para dichos costos y cómo impacta al resultado el uso de diferentes metodologías o presentaciones contables de los costos.

Ahora bien, este tipo de regulaciones no resultan ser necesariamente las más eficientes para el establecimiento de tarifas futuras, regulaciones ex ante o para fomentar las inversiones de largo plazo o las eficiencias productivas. Esto porque al regular la utilidad y no el precio no generan incentivos para que los agentes económicos busquen disminuir sus costos; ya que cualquier utilidad adicional que se genere de lo anterior, habrá de ser compartida con sus usuarios y/u otros agentes económicos oferentes en el mercado.

Es así que la autoridad habrá de definir, de inicio, si utilizará un modelo de costos incrementales de largo plazo puro (LRIC por sus siglas en inglés) en el cual únicamente entran en consideración el análisis de los costos variables de proveer el servicio o un modelo de costos incrementales de largo plazo por servicio o elemento (TSLRIC o TELRIC por sus siglas en inglés). Para el caso de este último tendrá que establecer la manera en la que habrá de incorporar a los costos incrementales puros una asignación eficiente de costos comunes y compartidos ya sea mediante costos contables o márgenes adicionales que pueden ser desarrollados mediante distintas metodologías como márgenes Ramsey, márgenes equiproporcionales, márgenes de referencia de mercado, entre otros.

En la determinación de los costos incrementales de largo plazo la autoridad habrá de contar con la información, los elementos y conocimientos necesarios para el desarrollo de un modelo ingenieril que le permita diseñar la operación de una empresa hipotética eficiente y los costos asociados a la misma. Para lo anterior habrá de elegir entre las diferentes alternativas:

- Modelos Bottom-Up, Top-Down o híbrido,
- criterios Scorched Earh o Scorched Node,
- mejor tecnología existente o mejor tecnología disponible, entre otros.

Asimismo, la autoridad también requerirá de las herramientas estadísticas y econométricas necesarias para determinar una proyección razonable y justificada de la demanda futura de los servicios regulados.

En el caso que nos ocupa entonces, la autoridad habrá de determinar que el precio que llegase a establecer por el pago de la transmisión de señales abiertas por parte de los operadores de televisión de paga o restringida sea el mismo que los operadores de televisión abierta se autoimputan o cobran a sus partes relacionadas. De tal manera que no se genere una ventaja anticompetitiva en la provisión de servicios de televisión de paga, los cuales incluyen la transmisión de la señal abierta a través de los mismos.

Finalmente habrá que considerar que a diferencia de un servicio como, por ejemplo, la interconexión donde el operador debe incurrir en costos adicionales, incrementales, para proveer un servicio adicional a sus competidores haciendo uso de cierta infraestructura; el operador de televisión abierta no incurre en costos adicionales por permitir que los operadores de televisión de paga o restringida, haciendo uso incluso de sus propios recursos, retransmitan la señal a través de sus sistemas de paga, máxime cuando estos contenidos están disponibles de manera gratuita al usuario final.

Por el contrario, la retransmisión de las señales abiertas por parte de los operadores de televisión restringida o de paga, lejos de generar costos adicionales a los operadores de televisión abierta, les significan ingresos adicionales pues aumentan la penetración y alcance de la publicidad que estos comercializan e insertan en dichas señales, y por ende el valor de las unidades publicitarias. Asimismo incrementan la penetración y alcance de los contenidos que desarrollan.

Es así que, una vez incurridos los costos necesarios para la radiodifusión de sus señales, para que las mismas estén al alcance de los usuarios de televisión abierta, los operadores de televisión abierta no incurren en costos adicionales para que la misma esté disponible para otros usuarios como pudieran serlo los operadores de televisión restringida. Por el contrario, son estos últimos los que incurren en costos adicionales por transmitir estas señales abiertas a los usuarios finales a través de su infraestructura insertándolos en su parrilla de programación.

En virtud de lo anterior, es indispensable que la autoridad pueda proveer debidamente los elementos que lleven a justificar, en su caso, la racionalidad detrás de una tarifa que a este momento no existe, en relación a un servicio que se venía prestando de manera eficiente sin contar con cargo alguno que, más grave aún, impactaría negativamente en la asequibilidad y el acceso a los servicios por parte de los usuarios, respecto de un recurso de naturaleza eminentemente gratuita.

RAZONES QUE JUSTIFICAN LA MODIFICACIÓN

Una vez analizado el método de costeo que, en gracia de discusión, debiera ser aplicado por la ASEP para llegar a determinar un potencial pago por la retransmisión de la programación de los concesionarios de los Servicios de Televisión Abierta Tipo A (802) y Tipo B (902), aunque se insiste en que la obligación de tal pago resulta ilegal e inconstitucional, es consecuencia lógica que el procedimiento establecido en la Resolución Impugnada, para el desarrollo de la mediación ordenada por la ASEP, debe modificarse, ya que restringe la posibilidad de que las partes soliciten y practiquen pruebas, distintas a las documentales, que permitan a la Autoridad la incorporación de los expertos financieros, además de técnicos, para la elucidación del punto en conflicto, en el caso que las partes no lleguen a un acuerdo.

En un proceso tan complejo como este debe permitirse a las partes, entre otras las inspecciones, las acciones exhibitorias, los informes, los dictámenes periciales y medios científicos, que sirva para la formación de la convicción de la Autoridad, en el caso de que sea ésta quien tenga que tomar la decisión, por falta de acuerdo entre "las partes", tal y como establece el Resuelto Segundo de la Resolución Impugnada. Estos medios de pruebas son perfectamente viables en los procesos administrativos, al tenor de lo que establece el artículo 140 de la Ley 38 de 2000.

Por lo anterior, es evidente que la resolución cuya reconsideración impetramos impone un plazo angustioso de treinta (30) calendario para que se logre un acuerdo, que permita a los concesionarios de los Servicios de Televisión Pagada Tipo B (No.904) con sistemas satelitales (Direct to Home), contar con la autorización de retransmitir la programación de los concesionarios de los Servicios de Televisión Abierta, sin embargo, ese acuerdo deben concebirse con criterios financieros, técnicos y de mercado, alejados de toda improvisación y en coordinación, para no afectar la calidad de servicio y a nuestros usuarios.

En 30 días calendario, contados a partir de la ejecutoria de la Resolución Impugnada, resulta completamente irreal e imposible esperar que "las partes" lleguen a un acuerdo satisfactorio, máxime si se hace necesario practicar pruebas periciales o de inspección, o cualquier otra prueba

necesaria para demostrar la pretensión de que se trate, y es por ello que se solicita un aumento del plazo hasta sesenta (60) días hábiles.

6. Que mediante Providencia de 19 de agosto de 2015, esta Autoridad en atención a lo establecido en el Artículo 168 y siguientes de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, estimó que los Recursos de Reconsideración en referencia eran viables y, en consecuencia los concedió en efecto suspensivo.
7. Que a través del Edicto de Notificación No. 213-2015 fijado en el mural de la Oficina de Asesoría Legal de esta Autoridad Reguladora, ubicado en el primer piso del edificio Office Park, se hizo constar que se fijó el Edicto antes mencionado, con el fin de notificar la admisión de los Recursos de Reconsideración interpuestos por las firmas **ALFARO, CORDERO, GALINDO & LEE**, actuando como apoderados especiales de la empresa concesionaria **CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A.**, y **GALINDO, ARIAS & LÓPEZ**, actuando como apoderados generales de la empresa concesionaria **CLARO PANAMÁ, S.A.**, contra la Resolución AN No. 8905-RTV de 6 de agosto de 2015, admisión contenida en la Providencia de 19 de agosto de 2015 ya mencionada.
8. Que como quiera que los Recursos de Reconsideración fueron presentados en contra de la Resolución AN No. 8905-RTV, esta Autoridad Reguladora procede a acumularlos y a decidirlos de manera conjunta, para lo cual atenderá los argumentos expuestos por las memorialistas, en el mismo orden en que fueron presentados:

8.1 La Autoridad Nacional de los Servicios Públicos ha revisado los argumentos presentados por la firma forense **ALEMÁN, CORDERO, GALINDO & LEE**, apoderados especiales de la empresa concesionaria **CABLE & WIRELESS PANAMÁ, S.A.**, y aprecia, que los mismos están concentrados en tres puntos fundamentales a saber:

- Falta de competencia de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos.
- Ausencia del Debido Proceso por no ser oídos.
- Aplicación e interpretación errónea del artículo 40 de la Ley 24 de 1999.

8.2 Debemos empezar primero por ilustrar a la recurrente sobre las razones que motivaron a que esta Autoridad Reguladora dictara la Resolución AN No. 8905-RTV de 6 de agosto de 2015, así como pasaremos a compartir con la memorialista las facultades y atribuciones propias de esta Entidad que regula servicios públicos.

8.3 La Resolución AN No. 8905-RTV de 6 de agosto de 2015, de ninguna forma puede ser considerada violatoria del debido proceso, y mucho menos considerar que la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos no cuenta con la debida competencia para emitirla, sosteniendo que se ha procedido de forma “unilateral” a resolver una controversia entre CWP y las concesionarias de Televisión Abierta, sobre la aplicación o no del artículo 40 de la Ley 24 de 1999 donde CWP es concesionario del Servicio de Televisión Pagada Tipo B (Servicio No. 904) mediante sistemas satelitales (Direct to Home).

8.4 Olvida la apoderada especial que la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos fue dotada por su Ley constitutiva, entiéndase Ley No. 26 de 29 de enero de 1996, adoptada en Texto Único a través del Decreto Ejecutivo No. 143 de 29 de septiembre de 2006, como la institución reguladora y fiscalizadora de los servicios públicos, para los cuales, el Estado reconoce a través de la Constitución Política de la República de Panamá, que la prestación de los mismos sea adecuada, eficiente, confiable, ambientalmente segura, a precios justos y razonables, y que, sean regulados efectiva e integralmente, de conformidad con el Artículo 284 de la referida Carta Constitucional.

8.5 A través de este cuerpo legal, esta Autoridad mantiene sus funciones de controlar, regular y fiscalizar la prestación de los servicios de agua potable, alcantarillado sanitario, electricidad, telecomunicaciones, radio y televisión, así como la transmisión y distribución de gas natural.

8.6 Tal como quedó establecida en la parte motiva de la Resolución AN No. 8905-RTV ya citada, una de las normas utilizadas por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos como fundamento de esta Resolución concierne al artículo 12 del Decreto Ejecutivo No. 279 de 14 de noviembre de 2006, por el cual se reglamentó la Ley No. 26 de 29 de enero de 1996, y su modificación, el cual actualmente se encuentra vigente y que establece:

“Artículo 12. De la Intervención. La Autoridad podrá intervenir de oficio o a requerimiento, cuando medie el interés público y/o el bienestar social, para corregir fallas del mercado, o para hacer cumplir las disposiciones legales, contractuales y/o reglamentarias; y conocerá de los conflictos que se planteen por la aplicación, interpretación y cumplimiento de la Ley, las leyes sectoriales y los reglamentos pertinentes, así como de los contratos o acuerdos relativos a la prestación de los servicios públicos, concesiones, licencias y autorizaciones que se generen de estas leyes.” (el énfasis y subrayado es nuestro).

8.7. Contrario a lo que argumenta la parte actora, tal como lo establece la norma antes citada, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos **sí cuenta con la competencia y con la atribución necesaria para intervenir de oficio o a requerimiento, cuando medie el interés público y/o el bienestar social, para hacer cumplir las disposiciones legales, contractuales y/o reglamentarias.**

8.8 Descuida la recurrente que igualmente la normativa reglamentaria consideró, tal como se establece en el artículo 13 del citado Decreto Ejecutivo No. 279 de 2006, como principio general que las intervenciones descritas en los artículos que preceden (que incluye el artículo 12) a esta norma, serán realizadas por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos a través de procedimientos administrativos que se efectuarán con arreglo a los principios de celeridad, economía, sencillez y eficacia, y en los cuales se podrá recurrir a técnicas de conciliación, mediación o negociación, de manera previa a la adopción de la decisión correspondiente.

8.9 De la lectura de la Resolución AN No. 8905-RTV de 2015, se aprecia que ante el conocimiento de una situación de suspensión de señal solicitada por algunas concesionarias del Servicio de Televisión Abierta Tipo A (No.802), para que se retransmita su programación a los suscriptores de los servicios prestados por las empresas concesionarias de Servicio de Televisión Pagada Tipo B (No.904), con sistema satelital, esta Autoridad, en la búsqueda de *preservar el derecho de los clientes que contrataron estas programaciones*, y ante la ausencia de los correspondientes contratos de autorización de los concesionarios No. 904, con sistemas satelitales (Directo to Home), para realizar esta retransmisión, dictó la medida contenida en la Resolución recurrida, obligando a todas las concesionarias de los Servicios de Televisión Abierta Tipo A (No.802) y Televisión Abierta Tipo B (No.902), que brinden el acceso inmediato a los concesionarios de los Servicios de Televisión Pagada Tipo B (No.904) con sistemas satelitales (Direct to Home), para que éstos puedan retransmitir a sus clientes la programación, hasta tanto celebren los acuerdos correspondientes.

8.10 Dicho de una forma más resumida, esta Autoridad:

- Obligó a las empresas televisoras a brindar el acceso a los concesionarios de los Servicios de Televisión Pagada Tipo B (No.904) con sistemas satelitales (Direct to Home), que en el momento que se dictó la Resolución no contaban con las autorizaciones para retransmitir las programaciones;
- Estableció un término para que acordaran libremente las condiciones contractuales de dicha autorización (principio de negociación de las partes);
- Abrió el compás para que, en el evento de que existieran conflictos, y no se llegara al consenso, lo manifestaran a la Autoridad y ésta pudiera mediar en la solución del conflicto;
- Exceptuó a los concesionarios de los Servicios de Televisión Pagada Tipo B (No.904) con sistemas satelitales (Direct to Home), para que, con base a criterios financieros y comerciales, no cumplieran la medida; y,
- Concedió la oportunidad procesal de reconsiderar la Resolución AN No. 8905-RTV, a pesar de tratarse de una Resolución de aplicación general.

8.11 Por todas las razones expuestas, esta Autoridad Reguladora no encuentra sustento en los argumentos presentados por la recurrente, referentes a la falta de competencia y a la ausencia del debido proceso, ya que ha quedado demostrado que no estamos frente a un arbitraje, como erradamente señala la parte actora, sino ante una intervención de oficio, que procura en protección del cliente, el advenimiento de las partes.

8.12 Inclusive, sobre el argumento que presenta la parte actora referente a que tampoco existe en la Ley ninguna norma que faculte a la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos para resolver

esta controversia, debemos compartir la Sentencia de 13 de marzo de 2009, en donde, en una Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción, se solicitó la ilegalidad de los artículos 11 y 12 del Decreto Ejecutivo No. 279 de 14 de noviembre de 2006, al reglamentar la INTERVENCIÓN de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, violan de manera directa, por comisión, los numerales 13, 14 y 23 del artículo 20 de la Ley No. 26 de 29 de 1996, puesto que las normas impugnadas disponen algo contrario a lo que establece la norma jerárquicamente superior. La Augusta Corte Suprema de Justicia señaló al respecto:

"...

En cuanto a la función de intervención que posee la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, este Tribunal observa que el numeral 23 del artículo 20 de la Ley N° 26 de 1996, modificada por el Decreto Ley N° 10 de 2006, se fundamenta en el mandato contenido en el artículo 284 de la Constitución Política de la República y las leyes sectoriales, para que dicha entidad designe interventores, en las empresas y entidades que estén bajo su jurisdicción, cuando ello fuere necesario para regular los servicios públicos cuya competencia le corresponda, basado en los conceptos de justicia social, interés público y en la prestación eficiente de dichos servicios.

A juicio de la Sala, es por esta razón que el artículo 11 del Decreto Ejecutivo N° 279 de 14 de noviembre de 2006, en desarrollo del texto legal, dispone que "La Autoridad podrá intervenir de oficio o a requerimiento, cuando medie el interés público y/o el bienestar social, para corregir fallas del mercado, o para hacer cumplir las disposiciones legales, contractuales y/o reglamentarias; y conocerá de los conflictos que se planteen por la aplicación, interpretación y cumplimiento de la Ley, las leyes sectoriales y los reglamentos pertinentes, así como de los contratos o acuerdos relativos a la prestación de los servicios públicos, concesiones, licencias y autorizaciones que se generen de estas leyes."

La norma citada se complementa con lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto Ejecutivo N° 279 de 14 de noviembre de 2006, cuyo texto también desarrolla la norma legal citada, cuando señala que "Las intervenciones descritas en los artículos que preceden serán realizadas por la Autoridad, a través de procedimientos administrativos que se efectuarán con arreglo a los principios de celeridad, economía, sencillez y eficacia, y en los cuales se podrá recurrir a técnicas de conciliación, mediación o negociación, de manera previa a la adopción de la decisión correspondiente. De igual manera, la Autoridad podrá adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar la debida observancia de las disposiciones legales, contractuales y reglamentarias, así como también para corregir o rectificar su incumplimiento."

Por consiguiente, en opinión de este Tribunal, los artículos 11 y 12 del Decreto Ejecutivo N° 279 de 14 de noviembre de 2006, acusados de ilegales, no se apartan del texto ni del espíritu del mandato constitucional que, como ya observamos, se inspira en el concepto de justicia social, como sinónimo de interés público, y es que es oportuno acotar que este último término se define como "la utilidad, conveniencia o bien de los más ante los menos, de la sociedad ante los particulares, del Estado sobre los súbditos."

(Diccionario Jurídico Elemental de Guillermo Cabanellas. Decimosexta edición, 2003. Editorial Heliasta, S.R. L. Pág. 210).

De lo anterior se desprende en forma palmaria que la intervención que se le permite realizar a la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos en las empresas y entidades que estén bajo la jurisdicción, cuando ello fuere necesario para regular dichos servicios, a través de los procedimientos administrativos establecidos en las disposiciones legales y reglamentarias, para corregir fallas del mercado, o para hacer cumplir las disposiciones legales, contractuales y/o reglamentarias; conocer los conflictos que se planteen por la aplicación, interpretación y cumplimiento de la Ley, las leyes sectoriales y los reglamentos pertinentes, así como de los contratos o acuerdos relativos a la prestación de los servicios públicos, concesiones, licencias y autorizaciones que se generen de estas leyes, está debidamente fundamentada en el artículo 284 de la Constitución Política de la República y en el numeral 23 del artículo 20 de la Ley N° 26 de 1996, modificada por el Decreto Ley N° 10 de 2006.

... "

(Sentencia de 13 de marzo de 2009 de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia).

8.13 Llama poderosamente la atención de esta Autoridad, que la apoderada especial de **CABLE & WIRELESS PANAMÁ, S.A.**, manifieste que el proceso lo haya llevado a cabo esta Entidad, sin oír a la parte, con lo que se configura, según argumenta, que no se cumplió con el debido proceso. Sin embargo, mediante Nota DSAN-1694-2015-C, tal como consta a foja 6 del expediente administrativo que se lleva de la presente causa, este Organismo, dentro del marco regulatorio establecido en el sector de radio y televisión, requirió a **CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A.**, así como al resto de las empresas concesionarias del Servicio No.904, con sistemas satelitales (Direct to Home), que se presentara copia de los acuerdos, contratos, autorizaciones o permisos que hayan suscrito con las concesionarias **TELEVISORA NACIONAL, S.A.**, (Canal 2) **TELECOMUNICACIONES NACIONALES, S.A.**, (Canal 9) y **CORPORACIÓN MEDCOM PANAMA, S.A.**, (Canal 4 y Canal 13) y que se encuentren vigentes, para retransmitir el contenido de las señales de los canales del Servicio de Televisión Abierta Tipo A (No. 802).

8.14 Consta a foja 26 del infolio que la empresa **CABLE & WIRELESS PANAMÁ, S.A.**, manifestó a esta Autoridad que "...no ha suscrito algún acuerdo, contrato, autorización o permiso para el fin indicado en su nota", y, aún teniendo la oportunidad para informar de algún inconveniente o desacuerdo con esta materia, de forma simple y llana manifestaron que no tenían suscrito acuerdo alguno. Contraria fue la respuesta de la empresa **CLARO PANAMÁ, S.A.**, que sí manifestó y documentó con su respuesta su posición con respecto a esta materia e inclusive aportó información al expediente.

8.15 Sobre la aplicación e interpretación errónea del artículo 40 de la Ley 24 de 1999, según el recurrente, cuya referencia es ilustrativa y no taxativa, esta Autoridad reitera el criterio que ha dejado plasmado en la Resolución AN No. 8905-RTV de 2015, donde se ha dejado constancia que el artículo 40 de la Ley No. 24 de 30 de junio de 1999, sólo aplica a los concesionarios del Servicio de Televisión por cable, para lo cual, compartimos nuevamente su texto:

"Artículo 40. Obligaciones de los concesionarios del sistema de televisión por cable. Los concesionarios que prestan el servicio de televisión por cable, estarán obligados a:

Transmitir, a título gratuito, todas las sesiones plenarias ordinarias o extraordinarias de la Asamblea Legislativa, por aquellos sistemas de televisión por cable de su propiedad que cubran el lugar donde se efectúen dichas sesiones.

Tener disponible, en sus sistemas de cable, para la retransmisión de canales de televisión abierta, hasta el quince por ciento (15%) de la capacidad de sus canales o de su ancho de banda, lo cual, en ningún caso, podrá ser inferior a diez canales de televisión abierta. Las empresas concesionarias de televisión abierta estarán obligadas a transportar, a su costo, sus señales al centro de transmisión de los sistemas de

televisión por cable, con la calidad que establezca el reglamento de la presente Ley.

Con sujeción al numeral anterior, retransmitir sin modificación o degradación alguna y a título gratuito, en el área geográfica de cobertura de un **sistema de televisión por cable** de su propiedad, el total de la programación de aquellos canales de televisión abierta que cubran, por lo menos, el setenta y cinco por ciento (75%) del área geográfica específica de cobertura de ese sistema de televisión por cable, de acuerdo con las siguientes condiciones:

Siempre que el **sistema de televisión por cable** transmita, en su ancho de banda, números de canal concesionados para la televisión abierta, la empresa concesionaria del **sistema de televisión por cable** estará obligada a retransmitir, dentro de dicho sistema, la programación de la estación de televisión abierta, en el mismo número de canal concesionado a la estación de televisión abierta para sus transmisiones al aire.

Cuando, para cubrir una misma área geográfica, diferentes canales de televisión abierta de propiedad de un mismo concesionario transmitan programación idéntica, la empresa concesionaria del **sistema de televisión por cable**, deberá asignarle, dentro de su sistema, sólo un canal, que será escogido por el concesionario de televisión abierta, siempre que el **sistema de televisión por cable** transmita en su ancho de banda, por lo menos, uno de los canales arriba mencionados.

En cualquiera de los casos mencionados en los literales a y b, tanto la **empresa concesionaria de televisión por cable**, como la empresa concesionaria de televisión abierta, podrán objetar la retransmisión de dicha señal en el mismo número de canal en que la estación de televisión abierta efectúe sus transmisiones al aire. En estos casos, las partes podrán acordar un canal diferente para retransmitir la señal. Si las partes no logran el acuerdo en un periodo de noventa días calendario, contado a partir de la fecha en que cualquiera de ellas haya notificado al Ente Regulador del inicio de la negociación, esta entidad decidirá la controversia, de acuerdo con el procedimiento que, al efecto, se establezca en el reglamento de la presente Ley.

Las empresas concesionarias que presten **servicio de televisión por cable**, no estarán obligadas a retransmitir, a título gratuito, la programación de canales de televisión abierta que no cumplan los requisitos y condiciones señaladas en este artículo. Adicionalmente, las **empresas concesionarias de sistemas de televisión por cable**, no tendrán responsabilidad alguna por el contenido de la programación de las estaciones de televisión abierta, que retransmitan a través de su **sistema de televisión por cable**.

Para los fines del presente artículo, una estación de televisión abierta se identifica por el número de canal asignado en su respectiva concesión." (el énfasis es nuestro)

8.16 El artículo 40 de la Ley No. 24 de 30 de junio de 1999, al igual que el resto de la normativa dispuesta en el Decreto Ejecutivo No. 189 de 2000, desarrollada para reglamentar el artículo 40, sólo le es aplicable a los concesionarios del Servicio de Televisión Pagada "por cable", tal como se ha resaltado, y, al ser la norma tan precisa, como lo establece el Código Civil de la República de Panamá, Capítulo III denominado "Interpretación y Aplicación de la Ley", en su artículo 9, no le es dable a esta Autoridad interpretar este artículo, cuando las reglas de hermenéutica legal del citado Código señalan:

CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ

"... Artículo 9: Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento. ..." (énfasis suplido)

8.17 Por lo antes expuesto, esta Autoridad considera que los argumentos presentados por la firma **ALEMÁN, CORDERO, GALINDO & LEE**, apoderada especial de la empresa concesionaria **CABLE & WIRELESS PANAMÁ, S.A.**, no son procedentes ni suficientes para que esta Autoridad revoque la Resolución AN No. 8905-RTV, objeto del presente Recurso, tal como fue solicitado;

8.18 Ahora bien, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos ha revisado los argumentos presentados por la firma forense **GALINDO, ARIAS & LÓPEZ**, apoderados generales de la empresa concesionaria **CLARO PANAMÁ, S.A.**, y estima procedente la solicitud de ampliar los plazos contenidos en el Artículo Primero y Segundo de la Resolución AN No. 8905-RTV de 6 de agosto de 2015; sin embargo, considera que conceder un término adicional de treinta (30) días calendario y de veinte (20) días calendario, para que logren un acuerdo o informen de la existencia de un conflicto, respectivamente, se constituyen en **plazos suficientes** que les permita a los concesionarios de los Servicios de Televisión Pagada Tipo B (No.904) con sistemas satelitales (Direct to Home), contar con la autorización de retransmitir la programación de los concesionarios de los Servicios de Televisión Abierta.

8.19 Sobre la propuesta de incluir que se puedan aducir pruebas así como solicitar la práctica de las mismas, y la introducción de un procedimiento de audiencia de mediación, debemos recordar a la recurrente que esta Autoridad entra a conocer de esta materia por **la inobservancia y por la resistencia mostrada** por la empresa **CLARO PANAMÁ, S.A.**, a los llamados de negociación realizados por las empresas televisoras, entiéndase **CORPORACIÓN MEDCOM PANAMÁ, S.A.**, tal como se aprecia en la foja 15 del presente infolio, donde inclusive se le proponía la celebración de un contrato formal con una vigencia de tres (3) años, bajo unos planes de tarifas basados en cantidad de suscriptores.

8.20 Observa esta Autoridad que su defendida **CLARO PANAMÁ, S.A.**, a partir de esta propuesta de 1 de abril de 2015, mantuvo una inacción, ya que no es hasta el 30 de junio de 2015 (foja 3), casi dos meses después, que ante la comunicación de suspensión de transmisión en sus señales que le notificaran las empresas televisoras **TVN MEDIA** y **CORPORACIÓN MEDCOM PANAMA, S.A.**, (aviso que hizo a la ASEP un sólo día antes de la ejecución de la medida) que puso en conocimiento a esta Entidad de su situación y de su disconformidad con la aplicación del Artículo 40 de la Ley 24 de 1999 y con este proceso.

8.21 La medida dictada por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos en primer lugar a quien perjudica de manera directa es a las empresas televisoras, a las cuales se les obliga, de acuerdo al Artículo Tercero de la Resolución impugnada, a que brinden el acceso inmediato al contenido de sus programaciones a todos los concesionarios de los Servicios de Televisión Pagada Tipo B (No.904), aún cuando éstas concesionarias habían advertido la suspensión de sus señales a su representada y sin la correspondiente autorización. Lo que queremos aclarar es que, este Organismo, buscando la preservación de los derechos de los suscriptores de **CLARO PANAMÁ, S.A.** (principios que la memorialista ilustró a lo largo del Recurso presentado), con la Resolución AN No. 8905-RTV lo que procuró fue la protección de sus clientes, de manera inmediata, con la posibilidad de que ambos actores acordaran los términos y condiciones más favorables.

8.22 Sobre la motivación que aduce referente a que la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, con la Resolución AN No. 8905-RTV de 2015 desconoce el principio de legalidad y el debido proceso, al **restringir el alcance de su derecho de concesión** otorgado mediante la Resolución AN No. 3210-RTV de 2009, debemos reiterar a la apoderada general, tal como se hizo constar mediante Nota No. 1899-2015 de 21 de julio de 2015, que en la referida Resolución AN No. 3210-RTV ya mencionada, este Organismo estableció las condiciones generales aplicables a todos los concesionarios autorizados para la prestación del Servicio de Televisión Pagada Tipo B (No. 904), señalando:

- Objeto de la concesión
- Vigencia
- Renovación
- Derechos
- Obligaciones
- Responsabilidades, entre otras condiciones.

8.23 En lo que corresponde al Alcance de la concesión, *la misma obedece al sistema o modalidad declarada por el solicitante en sus diagramas conceptuales y data técnica suministrada*, al momento de presentar la correspondiente solicitud de concesión del servicio.

8.24 Ello es así, debido a que tal como lo establece el artículo 17 de la Ley No. 24 de 1999, en el contenido de las concesiones, se deberá incluir "... El modo de transmisión de la señal, sea éste mediante el uso del espectro radioeléctrico, **mediante transmisión directa de satélite a receptor**, por cable o por cualquier otro medio tecnológico que se desarrolle en el futuro." Esta necesidad de establecer el modo de transmisión, desde luego, que en el caso del Servicio de Televisión Pagada, impacta hasta en el tipo de servicio que aplica, si corresponde a Tipo A o Tipo B, además de la normativa regulatoria que se le debe aplicar.

8.25 Dicho lo anterior, para esta Autoridad Reguladora, el Alcance de las concesiones para prestar el Servicio de Televisión Pagada está en función del medio que utilice y que haya declarado el solicitante ante esta Entidad, para llevar al cliente el servicio de Televisión Pagada.

8.26 Y es aquí, en la libertad de elección de la que tanto se ha escrito en este Recurso, que el solicitante y aspirante a una concesión, cuando presenta su formulario de concesión ante esta Autoridad Reguladora para, como es el caso que nos ocupa, un Servicio de Televisión Pagada, diseña su sistema y evalúa las condiciones técnicas, regulatorias y financieras, inclusive, el retorno a su inversión, que le son aplicables a lo que está solicitando, entre otros aspectos. Pretender, tal como manifiesta la recurrente, que basados en el derecho al trato igualitario, los sistemas y las condiciones regulatorias sean idénticas, es ignorar, por ejemplo, que el procedimiento de fiscalización, pago de canon, para una concesión con uso del espectro radioeléctrico, es sólo propio a éste tipo de concesión que utiliza un sistema inalámbrico, y no puede ser aplicado a una concesión que no utilice frecuencias sino que requiera, por su diseño y escogencia de medio de transmisión, por ejemplo fibra.

8.27 Por tal razón, el artículo 40 contenido en la Ley No. 24 de 30 de junio de 1999 distinguió que la aplicación y obligaciones incluidas en dicho artículo fueran **para los sistemas de televisión por cable**, y es importante para esta Autoridad Reguladora que se mencione que, como tal, se ha dado cumplimiento a lo señalado en la Ley, por lo que es inexacto argumentar que esta Autoridad Reguladora está estableciendo fueros y privilegios a un determinado grupo de empresas de esta categoría. Esta Autoridad no es la que ha concluido o interpretado sobre estas distinciones, sino que ha sido la propia Ley 24 de 30 de junio de 1999, aprobada por la Asamblea Legislativa de la República de Panamá, que en el año 1999 realizó esta diferencia aplicable a sistemas de televisión por cable.

8.28 Es por ello que la intención primaria de esta Autoridad al entrar a conocer esta materia, es mostrarse como un Organismo "mediador", dando oportunidad, tal como quedó establecido en la Resolución impugnada, que las partes lleguen a un acuerdo de condiciones y términos, que les permita, a los concesionarios de Servicio de Televisión Abierta Tipo A (No.802) y Televisión Abierta Tipo B (No.902) que se respeten sus derechos sobre el contenido de sus programaciones que brindan a través de sus señales televisivas, y que, por otro lado, los concesionarios del Servicio de Televisión Pagada Tipo B (No.904) con sistemas satelitales (Direct to Home), puedan contar con las autorizaciones para retransmitir dichos contenidos y, finalmente, el cliente del servicio contratado le sea honrado su derecho a recibir las programaciones de sus canales nacionales.

8.29 Finalmente, sobre algunos conceptos sustentados en el Recurso sobre el establecimiento de la metodología de costeo; si la ASEP va a entrar a fijar precios y/o tarifas, o sobre la extensión de los plazos y la propuesta desarrollada de un procedimiento de audiencia de mediación, es importante enfatizar a la memorialista que el eje central de esta medida es la mediación, entendida en la normativa como el "...apaciguamiento, real o intentado, en una controversia o conflicto. Facilitación de un contrato y/o acuerdo, presentando a las partes u opinando sobre alguno de sus aspectos."; la cual se realizará, cumpliendo con el artículo 13 del Decreto Ejecutivo No. 279 de 2006, que como principio general señala que las intervenciones serán realizadas por la Autoridad,

a través de procedimientos administrativos que se efectuarán con arreglo a los **principios de celeridad, economía, sencillez y eficacia**, y en los cuales se podrá recurrir a técnicas de conciliación, mediación o negociación, de manera previa a la adopción de la decisión correspondiente.

9. Que por todas las razones antes expuestas, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, acogerá parcialmente el Recurso presentado, para lo cual atenderá la modificación solicitada de la Resolución AN No. 8905-RTV de 6 de agosto de 2015, sólo en lo correspondiente a ampliar el plazo establecido en el Artículo Primero y Segundo, tal como quedó establecido en la parte considerativa, por lo tanto;

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el Artículo Primero de la Resolución AN No. 8905-RTV de 6 de agosto de 2015, para que se lea de la siguiente manera:

*"PRIMERO: ESTABLECER, a los concesionarios de los Servicios de Televisión Abierta Tipo A (No.802), Televisión Abierta Tipo B (No.902) y de Televisión Pagada Tipo B (No.904) con sistemas satelitales (Direct to Home), un periodo de **sesenta (60) días calendario**, contados a partir de la publicación de esta Resolución, para que logren un acuerdo, que permita a los concesionarios de los Servicios de Televisión Pagada Tipo B (No.904), con sistemas satelitales (Direct to Home), contar con la autorización correspondiente, y puedan retransmitir la programación de los concesionarios de los Servicios de Televisión Abierta Tipo A (No.802) y Televisión Abierta Tipo B (No.902)."*

SEGUNDO: MODIFICAR el Artículo Segundo de la Resolución AN No. 8905-RTV de 6 de agosto de 2015, para que se lea de la siguiente manera:

*"SEGUNDO: ADVERTIR, a los concesionarios de los Servicios de Televisión Abierta Tipo A (No.802), Televisión Abierta Tipo B (No.902) y Televisión Pagada Tipo B (No.904) con sistemas satelitales (Direct to Home), que dentro de los **veinte (20) días calendario** siguientes a la publicación de esta Resolución, deberán presentar a la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, lo siguiente:*

1. Breve descripción del conflicto existente.
2. Nombres de las partes en conflicto, sus direcciones, su representante legal y/o apoderado especial.
3. Indicación de las normas legales en las cuales apoya su posición, así como las justificaciones técnicas, comerciales, financieras, y cualquier otra que estimen necesarias, para lograr la solución del conflicto.
4. Pruebas que fundamenten sus derechos y afirmaciones. La Autoridad Nacional de los Servicios Públicos se reserva el derecho de solicitar a las partes en conflicto la documentación que considere necesaria para la solución del mismo.
5. Propuesta de acuerdo.

La Autoridad Nacional de los Servicios Públicos limitará su intervención a los temas objeto del conflicto, salvo en los casos en que determine, que es imprescindible incluir algún otro tema que guarde relación con la solución del conflicto planteado.

*Dentro del término de **sesenta (60) días calendario** de que trata el Artículo Primero de esta Resolución, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos dará traslado de la Propuesta de*

acuerdo presentada por las partes, y concederá tres (3) días calendario a las mismas, para sus comentarios u objeciones.

Recibidos los comentarios u objeciones a la Propuesta de acuerdo, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos citará a las partes en conflicto, a una audiencia de mediación, para explorar la posibilidad de que las partes celebren un acuerdo con respecto a los temas en conflicto.

En caso de que las partes lleguen a un acuerdo, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos lo examinará y lo aprobará mediante Resolución, lo cual pondrá fin al conflicto; en caso contrario, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos dictará la correspondiente Resolución para resolver los conflictos planteados."

TERCERO: MANTENER igual e inalterable el resto de la Resolución AN No.8905-RTV de 6 de agosto de 2015.

CUARTO: COMUNICAR que esta Resolución regirá a partir de su publicación y con la presente Resolución se agota la vía gubernativa.

Fundamento de Derecho: Decreto Ejecutivo No. 143 de 29 de septiembre de 2006, por el cual se adopta el Texto Único de la Ley No. 26 de 29 de enero de 1996, adicionada y modificada por el Decreto Ley No. 10 de 22 de febrero de 2006; Ley No. 24 de 30 de junio de 1999; Ley No. 38 de 31 de julio de 2000; Decreto Ejecutivo No. 189 de 13 de agosto de 1999; Decreto Ejecutivo No. 111 de 9 de mayo de 2000; Resolución AN No. 8905-RTV de 6 de agosto de 2015.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE,

ROBERTO MEANA MELÉNDEZ
Administrador General