

6

Panamá, 16 de enero de 2019  
3-2-19-NJM-020

Cable & Wireless Panamá, S.A.  
Apartado 0834-00659  
República de Panamá  
Teléfono: 263-6518

Licenciado  
**ROBERTO MEANA MELENDEZ**  
Administrador  
Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (ASEP)  
Ciudad

#### Licenciado Meana

En esta oportunidad, nos dirigimos a su autoridad para brindar **RESPUESTA A LA CONSULTA PÚBLICA No. 019-18**, sobre la Propuesta de reglamentación de la Ley No. 36 de 5 de junio de 2018, *“Que regula las concentraciones económicas del mercado móvil”*, la cual ha sido denominada por la ASEP como una *“Propuesta de procedimiento para devolver al Estado, los recursos escasos administrados por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (ASEP), conforme a lo establecido en la Ley 36 de 5 de junio de 2018.”*

En virtud de la Ley 26 de 1996, la Ley 36 de 2018 y la Ley 31 de 1996, se emite la Consulta Pública No 019-2018 el 20 de noviembre de 2018, sobre la propuesta de reglamentación de la Ley No. 36 de 5 de junio de 2018, *“Que regula las concentraciones económicas del mercado móvil”* (en adelante la Ley 36).

La Consulta Pública No. 019-18 establece que los comentarios se recibirán hasta las 4:00 p.m. del día miércoles 16 de enero de 2019, en la Unidad de Atención al Concesionario (UAC) de la Dirección Nacional de Telecomunicaciones por escrito, o vía internet a través de la dirección de correo consolidacionmovil@asep.gob.pa.

De esta forma, procedemos a brindar nuestra respuesta y comentarios a la Consulta Pública No. 019-2018 sobre la reglamentación de la Ley 36 de 5 de junio de 2018.

#### I. Consideraciones Previas

El primer aspecto a destacar es que la ASEP ha presentado una propuesta de reglamentación de la Ley 36, la cual no se ajusta a lo establecido en dicha Ley.

Lamentablemente, la falta de un entendimiento adecuado por la ASEP de su función reglamentaria de la Ley 36, ha llevado a una propuesta que en lugar de cumplir con su finalidad de facilitar el propósito de la Ley 36, a saber la consolidación del mercado móvil en tres (3) operadores, lo que en realidad hace, en clara desviación de poder, es pretender quitarle sin indemnización a uno de los



R.

operadores móviles los derechos de uso del espectro radioeléctrico por los cuales ya ha pagado al Estado, para que así el Estado pueda cobrar nuevamente por el uso del mismo espectro radioeléctrico a los operadores móviles.

En ese sentido, la ASEP ha mal entendido lo que establece la Ley 36, sobre que las concentraciones económicas del mercado móvil respetarán el principio de trato igualitario para la distribución equitativa en la asignación de los recursos escasos, como el espectro radioeléctrico, sobre lo cual la ASEP garantizará y dictará las directrices, normas y procedimientos de asignación para que se cumpla dicho fin, y reglamentará dicha Ley 36 para adecuar las normas, directrices y reglamentación vigente conforme al Procedimiento de Consulta Pública establecido en la Ley 31 de 1996 y su reglamento.

Lo anterior, puesto que en lugar de cumplir con lo dispuesto en la Ley 36, la ASEP se ha enfocado en tratar de implementar un mecanismo para terminar unilateralmente los derechos de uso del espectro del operador móvil que sea adquirido producto de la concentración económica, sin compensación ni indemnización, para que así pueda el Estado cobrar nuevamente por la asignación de derechos de uso del mismo espectro.

Expuesto lo anterior, nos referimos a continuación a los puntos incluidos por la ASEP en la Consulta Pública No. 019-18 de 20 de noviembre de 2018.

## **II. Numeración**

Sobre este punto consideramos que el propio Plan Nacional de Numeración (PNN), adoptado mediante Resolución JD-179 de 12 de febrero de 1998, publicada en Gaceta Oficial No. 23,491 modificada por la Resolución AN No. 2001 Telco de 20 de agosto de 2008 y cuyo objetivo es el establecimiento de una distribución justa y equitativa entre los concesionarios que presten servicios que requieran acceso a la Red Telefónica Pública Conmutada, garantizando capacidad numérica suficiente para que todos estos servicios puedan prestarse en forma continua y eficiente, ya establece claramente el procedimiento para solicitar y asignar series numéricas, por lo que no se requeriría reglamentar este aspecto en esta Consulta Pública. Los operadores móviles concentrados tienen cada uno numeración asignada y una base de clientes y usuarios que utilizan dicha numeración, sobre lo cual el tema de la Numeración debe tratarse conforme la normativa vigente que ya regula este tema.

## **III. Espectro radioeléctrico**

La Propuesta de Reglamentación de la Ley 36 sometida a Consulta Pública No. 019-2018 por la ASEP el 20 de noviembre de 2018, establece que en caso de que se realice la concentración económica entre dos operadores del servicio de telecomunicaciones móviles, entonces el operador móvil adquirido deberá devolver al Estado el espectro, para lo cual argumenta la ASEP que el espectro pertenece al Estado conforme el artículo 258 de la Constitución Política y que no puede ser objeto de apropiación privada. Incluso señala la Propuesta de Reglamentación de la Ley 36, que si el



operador móvil adquirente requiere espectro adicional que provenga del operador móvil adquirido, entonces deberá pagar por el uso de dicho espectro.

A este respecto es importante destacar que no se pone en duda que el espectro radioeléctrico es propiedad del Estado y que no puede ser objeto de apropiación privada, sobre lo cual la ASEP pierde de vista que el Estado ha otorgado derechos de uso a particulares sobre el espectro, por los cuales el Estado ha cobrado sumas millonarias y que no puede la ASEP mediante una simple reglamentación terminar unilateralmente esos derechos.

De esta forma, la ASEP ha interpretado de forma equivocada que la Ley 36 requiere que en dicha concentración económica entre dos operadores móviles, los derechos del operador móvil adquirido respecto al espectro se extinguen, mueren y desaparecen, y que el operador adquirido no puede traspasar al operador adquirente sus derechos sobre el espectro, interpretación que carece de fundamento y que resulta contradictoria además con la definición y naturaleza de toda concentración económica la cual implica la transferencia y traspaso sobre activos.

Dicho lo anterior, podemos advertir lo siguiente sobre la propuesta presentada por la ASEP:

- a. Desconocimiento de los Derechos de Concesión de los operadores móviles que han pagado en sus concesiones por el uso del espectro asignado, al pretender la ASEP una devolución gratuita del espectro al Estado.

Con ello, la ASEP pretende dejar de lado que el Estado ha otorgado a los operadores móviles derechos de uso del espectro y que por el otorgamiento de tales derechos de uso del espectro el Estado ha cobrado sumas millonarias, con lo cual el Estado está obligado a respetar tales derechos.

El uso del espectro es un derecho adquirido que no puede eliminar la ASEP mediante una simple reglamentación.

Si bien la Ley 36 establece que la consolidación móvil respetará el principio de “trato igualitario para la distribución equitativa en la asignación de recursos escasos como el espectro”; la ASEP no puede unilateralmente bajo pretexto de reglamentar la Ley 36, proceder mediante una reglamentación a despojar al operador móvil adquirido de sus derechos sobre espectro. Esto es una expropiación sin compensación.

Los derechos de uso del espectro asignado a cada operador móvil forman parte de sus activos en su condición de operador móvil. El operador móvil pagó grandes sumas de dinero al Estado para adquirir dicho espectro y suscribió su Contrato de Concesión, para el uso de dicha concesión. Los operadores han igualmente invertido en el uso de espectro radioeléctrico para construir una red robusta y esta propuesta de regulación tendrá un efecto económico negativo, causando desincentivar las inversiones en el futuro. El proceso de requerir espectro adicional para atender la demanda del operador móvil adquirido no se explica en detalle causando gran incertidumbre en la seguridad jurídica en detrimento de futuras inversiones. Adicionalmente, esto puede causar perjuicio a los clientes en su servicio al efectuar la devolución de espectro sin tener claridad del proceso.

A manera de referencia la Cláusula 11 de los Contratos de Concesión de CLARO y DIGICEL establece lo siguiente:

*“Cláusula 11: Derecho de Concesión*

*Se establece la cantidad de US\$ 86,000,077.00 por el derecho de CONCESIÓN, pagada en el acto de la firma del Contrato de Concesión por parte del Ministerio de Gobierno y Justicia. Dicho pago incluye el derecho a uso de las frecuencias comprendidas en el Segmento Asignado y así como las frecuencias de enlaces de microondas necesarias para la prestación del Servicio de Comunicaciones Personales en atención a los fines establecidos en el Contrato de Concesión.”*

Por su parte, la Cláusula 11 del Contrato de Concesión de TEMPA establece lo siguiente:

*“Cláusula 11: Derecho de Concesión*

*Se establece la cantidad de US\$ 108,146,566.00 por el derecho de esta Concesión, pago que incluye el derecho a uso de las frecuencias comprendidas en los Segmentos Asignados, así como las frecuencias de enlace necesarias para la prestación del Servicio de Telefonía Móvil Celular en atención a los fines establecidos en este Contrato de Concesión.”*

A su vez, la Cláusula 11 del Contrato de Concesión de CWP establece lo siguiente:

*“Cláusula 11: Derecho de Concesión*

*Se establece la cantidad de US\$ 100,000,000.00 por el derecho de esta Concesión, pago que incluye el derecho a uso de las frecuencias comprendidas en los Segmentos Asignados, así como las frecuencias de enlace necesarias para la prestación del Servicio de Telefonía Móvil Celular en atención a los fines establecidos en este Contrato de Concesión.”*

No puede la ASEP por razón de que se realice una concentración económica entre dos operadores móviles, proceder a despojar unilateralmente y sin compensación al operador móvil de su derecho de uso de espectro.

La propuesta de reglamento de la ASEP estaría violando además la Cláusula 22 de sus Contratos de Concesión la cual prevé expresamente que los operadores móviles puedan ceder en cualquier forma, **total o parcialmente la Concesión y los derechos de la misma** (incluyendo, el uso de las frecuencias que le han sido asignadas), tal como citamos a continuación:

*“Cláusula 22: Cesión de la Concesión*

*EL CONCESIONARIO podrá ceder o transferir en cualquier forma, total o parcialmente la CONCESIÓN, objeto del Contrato de Concesión, los derechos de la misma, o la explotación exclusiva y directa del servicio, después que transcurran cinco (5) años contados a partir de la fecha de perfeccionamiento del Contrato de Concesión, previa solicitud ante LA AUTORIDAD y autorización del Consejo de Gabinete.”*





Tal como se puede apreciar a la antes citada Cláusula 22, en caso de una concentración económica entre operadores móviles resulta procedente la cesión por el operador móvil adquirido al operador móvil adquirente, en cuanto a los derechos de uso de espectro del operador adquirido bajo su contrato de concesión u otros derechos. En tal supuesto, al tratarse de una concentración económica verificada previamente por ACODECO en cumplimiento de la Ley 36, le correspondería tanto a la ASEP como al Consejo de Gabinete autorizar la cesión conforme a la Cláusula 22.

En el mismo sentido, para el evento de que el Estado decida que el operador adquirido debe devolver espectro, entonces el Estado tiene que pagar al operador móvil una indemnización justa y oportuna por dicha decisión. De otra manera, dicha acción constituye una expropiación o rescate administrativo sin juicio previo ni indemnización. Esto viola lo dispuesto en la normativa panameña tanto en el artículo 48 de la Constitución Política, como en la Cláusula 65 de los Contratos de Concesión, los cuales citamos a continuación:

*“Artículo 48- La propiedad privada implica obligaciones para su dueño por razón de la función social que debe llenar.*

*Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos en la Ley, puede haber expropiación mediante juicio especial e indemnización.”*

*“Cláusula 65: Rescate Administrativo*

*El Contrato de Concesión podrá terminarse por voluntad unilateral del Estado, cuando ejerza su facultad de rescatar la CONCESIÓN por razones de interés público, previo pago a EL CONCESIONARIO de la indemnización correspondiente y de acuerdo al mecanismo establecido en el Contrato de Concesión.”*

- b. Incertidumbre y despropósito para una regulación que debiese facilitar y promover un proceso de adquisición / concentración económica, ya que impide la valoración de una posible transacción, sobre uno de los principales activos del operador móvil (el espectro asignado).

En adición a que la propuesta sometida a consulta pretende una expropiación sobre el espectro sin indemnización, también implica gran incertidumbre sobre el destino del espectro, en cuanto a aspectos como la cantidad y calidad del espectro que el operador adquirente podrá retener del operador adquirido y el precio que se pretende sea pagado nuevamente al Estado por dicho espectro, sobre lo cual lo anterior básicamente obstruye y complica cualquier transacción de adquisición/concentración económica.

Desde el punto de vista de una adquisición el espectro quedaría para una segunda etapa, lo cual impediría el cierre de la transacción. Esto es vital y crítico en cualquier proceso de adquisición que no puede cerrarse la transacción, desconociendo el destino y precio de uno de los activos principales de la empresa adquirida, en este caso el espectro del operador móvil.



Esto no solo impactaría negativamente a los operadores parte de la transacción, sino también a la Autoridad de Protección y Defensa al Consumidor (ACODECO) en el análisis de la concentración económica, al no poder valorar adecuadamente los resultados de la concentración económica sin elementos de rigor que pudiesen potencializar eficiencias y una inversión óptima en la actualización de la red y nueva tecnología (4G/5G). Sin estos elementos, cantidad y calidad de espectro que tendría una entidad concentrada, se socaba la capacidad de valorar la transacción propuesta.

En ese sentido, debe ser al momento que ACODECO analice la concentración económica sometida a su verificación previa cuando se pondere si por razones de competencia se amerita que el operador móvil adquirido tenga que despojarse de ciertos o alguna parte de activos para que no pasen al operador móvil adquirente para que la concentración económica sea aprobada, para lo cual tendría ACODECO que realizar el respectivo análisis de competencia, el cual incluiría lo referente al espectro.

Por lo tanto, el tema de si el operador móvil adquirido tenga que despojarse de parte del espectro para que no pase al operador móvil adquirente es un tema de competencia económica que debe determinar ACODECO luego de analizar la concentración económica sometida a su verificación previa. Esta es una manera consistente y de costumbre que los reguladores evalúen combinaciones. Primero, determinar que podría haber un daño en el mercado como resultado de la combinación y luego equilibrarse con los beneficios para los consumidores como resultado de la combinación, incluyendo, después de dar la debida consideración, a las condiciones asociadas a cualquier fusión. Esta propuesta de reglamentación asume que toda fusión resultará en un daño competitivo.

Por último, en caso que ACODECO determine por razones de competencia que el operador móvil adquirido tenga que despojarse de parte del espectro para que no pase al operador móvil adquirente, entonces la asignación o traspaso del espectro podría determinarla la ASEP en función al principio de trato igualitario (siempre y cuando exista demanda por el espectro) y tomando en cuenta la política de asignación espectro de manera integral (es decir, el espectro pendiente de asignación por el Estado, así como el futuro del espectro que se encuentra actualmente asignado a CABLE ONDA, pero que en su lugar debe ser para uso de los operadores móviles).

- c. Enfoque regulatorio que atenta contra las mayores y necesarias inversiones en el mercado de telecomunicaciones móviles que fueron el propósito de la Ley 36, y que promueve una discriminación en perjuicio de los operadores móviles, para privilegiar a otros operadores con el uso del espectro para prestar servicios móviles sin pagar por el uso del espectro.

Tal como hemos expuesto, la propuesta de la ASEP para reglamentar la Ley 36, busca quitarle al operador móvil adquirido producto de la concentración económica, sus derechos sobre uso del espectro sin el pago de compensación ni indemnización alguna por el Estado, lo cual viola claramente los derechos contractuales del operador móvil adquirido.

Dicha propuesta, en base a la cual el operador móvil adquirente tendría que pagar nuevamente por los derechos de uso del espectro por los cuales el operador adquirido ya pagó, atenta en sí misma



con el propósito y finalidad de la Ley 36 que es dar paso a la consolidación del mercado móvil en tres (3) operadores por razón del tamaño del mercado, y que con la consolidación del mercado en tres (3) operadores móviles se haga más factible realizar las grandes inversiones en tecnología que se requieren en el sector.

Es decir, la propuesta de la ASEP en realidad hace lo contrario a la finalidad de la Ley 36, obstaculizando al proceso de consolidación del mercado en tres (3) operadores móviles y atentando contra la seguridad jurídica de los operadores móviles al pretender terminar unilateralmente derechos de uso del espectro sin compensación ni indemnización, todo lo cual desincentiva enormemente las inversiones que requieren en la prestación de servicios de telecomunicaciones móviles.

La propuesta de ASEP crea serias ineficiencias, distorsiones, riesgos y obstáculos para que se lleve a cabo la consolidación que busca la Ley 36, sometiendo al Estado al inminente riesgo de cuantiosas demandas.

Si a lo anterior añadimos la propuesta presentada por la ASEP mediante la Consulta Pública N°004-14 sobre la modificación del PNAF para que con las bandas de frecuencias entre 2500 MHz a 2690 MHz asignadas a Cable Onda brinde el Servicio No. 200 (Transporte de Telecomunicaciones) bajo lineamientos que les permitirían instalar una red de acceso a Internet para terminales móviles, se aprecia una política regulatoria en materia del espectro totalmente incongruente con la finalidad y propósito de la Ley 36, que se pretende reglamentar en esta Consulta Pública No. 019-18.

Los operadores móviles han pagado millones de balboas al Estado por sus derechos como concesionarios Tipo A y el uso de frecuencias para brindar servicios, para lo cual precisamente se utilizan equipos y tecnología móvil celular (como la Tecnología LTE) propia del servicio móvil celular que les ha concesionado el Estado. A manera de referencia, conforme el precio fijado por el Ministerio de Economía y Finanzas, CABLE & WIRELESS PANAMÁ, S.A., pagó la suma de B/. 29,698,590.00 por 20MHz, siendo igualmente millonarias las sumas pagadas por los demás operadores móviles.

Y en cuanto al espectro, la ASEP propone en esta Consulta Pública No. 019-18 que el operador móvil adquirido debe devolver sin compensación ni indemnización por el Estado el espectro que le había sido asignado y por el cual pagó millonarias sumas; mientras que la ASEP propone en la Consulta Pública N°004-14 modificar el PNAF para que el único concesionario que tiene asignada la banda 2500 MHz a 2690 MHz (CABLE ONDA, S.A.) se le permita explotar el servicio de transporte de telecomunicaciones No.200, en flagrante detrimento los operadores móviles lo cual limita el crecimiento de las redes de los operadores móviles en bandas que han sido identificadas incluso internacionalmente para la utilización de los servicios móviles.

Con ello, destacamos que existe una clara incongruencia en la política regulatoria de la ASEP en materia del espectro, puesto que:



- Por un lado la ASEP propone con la Consulta Pública N°004-14 permitir que Cable Onda, S.A., tenga el beneficio de brindar servicios de Internet utilizando frecuencias propias de la prestación del servicio de telefonía móvil celular, así como equipos y tecnología propia del servicio móvil celular, para además brindarle a sus usuarios la ventaja de movilidad en la conectividad al servicio, para competir con este mismo servicio que ofrecen los operadores móviles, sin contar CABLE ONDA, S.A., con concesión de operador móvil, y sin pagar lo que han pagado los operadores móviles celulares al Estado por el uso del espectro. Conforme el precio fijado por el Ministerio de Economía y Finanzas y pagado por CABLE & WIRELESS PANAMÁ, S.A., y TELEFÓNICA MÓVILES DE PANAMÁ, S.A., de B/. 29,698,590.00 cada una por 20MHz, si Cable Onda pretende usar los 40MHz para brindar servicios de Internet Banda Ancha con características similares o iguales a los operadores móviles, tendría que pagar al Estado la suma de **B/. 59,397,181.00**.
- Por otro lado, la ASEP propone con la Consulta Pública N°19-18 que el operador móvil adquirido en la concentración económica entre operadores móviles, tenga que devolver al Estado sin indemnización el espectro por el cual ha pagado sumas millonarias al Estado.

#### IV. Conclusiones

En vista de las consideraciones legales de los puntos tratados:

- a. Desconocimiento de los Derechos de Concesión de los operadores móviles que han pagado en sus concesiones por el uso del espectro asignado, al pretender la ASEP una devolución gratuita del espectro al Estado.
- b. Incertidumbre y despropósito para una regulación que debiese facilitar y promover un proceso de adquisición / concentración económica, ya que impide la valoración de una posible transacción, sobre uno de los principales activos de una empresa móvil (el espectro asignado).
- c. Enfoque regulatorio que atenta contra las mayores y necesarias inversiones en el mercado de telecomunicaciones móviles que fueron el propósito de la Ley 36, y que promueve una discriminación en perjuicio de los operadores móviles, para privilegiar a otros operadores con el uso del espectro para prestar servicios móviles sin pagar por el uso del espectro.

Para obtener una regulación ajustada a nuestros derechos como concesionarios de servicios de telecomunicaciones y respetando el derecho de concesión que nos asiste, debidamente otorgado en cada contrato de concesión de los operadores móviles, las leyes y la Constitución de la República, por este medio solicitamos al regulador atender las consideraciones anteriores para la reglamentación de la Ley 36, a efectos que se emita una reglamentación ajustada al propósito de dicha Ley, a saber la consolidación del mercado móvil en tres (3) operadores, respetándose además los derechos de los operadores móviles.

A su vez, se debe reorientar la política regulatoria en materia del espectro para garantizar los derechos adquiridos de los operadores móviles, promover las inversiones que se requieren, y evitar el uso por operadores sin concesión móvil de espectro para prestar servicios móviles sin concesión móvil y sin pagar por el uso del espectro. En este momento, no hay coherencia en la regulación del espectro propuesta, la cual va en contra del objetivo de la Ley 36 que es la consolidación en tres (3) operadores móviles y promover las inversiones en el sector, puesto que la reglamentación propuesta atenta contra la seguridad jurídica de los operadores móviles al proponerse por la vía de





un simple reglamento despojar al operador móvil adquirido de sus derechos de uso del espectro; mientras que por otro lado la ASEP propone otorgarle a CABLE ONDA, S.A., el derecho de utilizar frecuencias reconocidas por la UIT para uso de los operadores móviles, sin que CABLE ONDA, S.A., tenga concesión de operador móvil y sin pagar al Estado lo que han pagado los operadores móviles por este tipo de frecuencias.

Con ello, cualquier reglamentación de la Ley 36 deberá fundamentarse en el **respeto de los derechos adquiridos sobre uso del espectro por los operadores móviles.**

La Ley 36 en ninguna de sus partes se refiere a una devolución al Estado por el operador móvil del espectro radioeléctrico por cuyos derechos de uso ha pagado millones de balboas, ni menos aún que tal devolución se tenga que realizar sin el pago de una indemnización o compensación por el Estado al pretender terminarle unilateralmente al operador móvil adquirido sus derechos contractuales de uso del espectro.

El principio de trato igualitario entre operadores móviles está establecido expresamente en los contratos de concesión de los operadores móviles y la normativa, sobre lo cual ante una concentración económica entre operadores móviles, lo que corresponde es que la ASEP desarrolle los procedimientos para la implementación de la concentración ante la existencia de dos operadores móviles (cada uno con su contrato de concesión vigente) que estarían bajo el control de un mismo agente económico, y por lo tanto definir claramente cómo se consolidará el mercado en tres (3) concesiones, en lugar de cuatro (4) concesiones, para la explotación de los servicios de telecomunicaciones móviles según el artículo 1 de la Ley 36, respetando a los operadores móviles concentrados sus derechos contractuales establecidos en sus concesiones.

La devolución al Estado del espectro del operador móvil adquirido conllevaría la obligación del Estado de pagar una indemnización justa y oportuna, ya que el Estado estaría unilateralmente retomando los derechos de uso del espectro por los cuales al operador adquirido ya pagó.

Esto crearía serias ineficiencias, distorsiones, riesgos y obstáculos para que se lleve a cabo la consolidación que busca la Ley 36, ya que no queda claro sobre la base de qué criterios se realizará la indemnización para que la misma sea justa, como tampoco el mecanismo para que tal indemnización se pague de forma oportuna, sometiendo al Estado al inminente riesgo de cuantiosas demandas.

En adición, pretender imponer por la vía de una reglamentación de la ASEP que le operador adquirido pierde sus derechos de uso sobre el espectro radioeléctrico por los cuales ya pagó, constituiría una clara discriminación en perjuicio de los operadores móviles existentes, puesto que con total independencia de si el operador móvil es adquirido por otro operador móvil como lo permite la Ley 36 de 2018, o si es adquirido por otro concesionario o empresa que no tenga concesión móvil, **los derechos y activos del operador móvil deben ser respetados.**

Por lo antes expuesto destacamos que la reglamentación por la ASEP de la Ley 36, debe respetar los derechos de los concesionarios móviles existentes, incluyendo el concesionario móvil que sea



adquirido. Esto implica que cuando una empresa es adquirida por otra, la empresa adquiriente obtiene también los derechos de explotación y uso del espectro, por los cuales la empresa adquirida pagó millonarias sumas. En ese sentido debe ser la empresa adquiriente quien recompensa a la empresa adquirida por el pago que realizó al Estado panameño, tomando en cuenta el valor de mercado de dichos derechos de uso y explotación.

Con ello, la función principal de la ASEP debe ser la firma de un nuevo contrato de concesión que fusione los dos previamente existentes, además de ofrecer asistencia técnica y/u opiniones a la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia (ACODECO) respecto al análisis económico de la concentración (incluyendo elementos relacionados al espectro).

En ese sentido, debe ser al momento que ACODECO analice la concentración económica sometida a su verificación previa cuando se pondere si por razones de competencia, se amerita que el operador móvil adquirido tenga que despojarse de ciertos o alguna parte de activos para que no pasen al operador móvil adquirente y que la concentración económica sea aprobada, para lo cual tendría ACODECO que realizar el respectivo análisis de competencia, el cual incluiría lo referente al espectro.

Por lo tanto, el tema de si el operador móvil adquirido tenga que despojarse de parte del espectro para que no pase al operador móvil adquirente constituye un tema de competencia económica que debe determinar ACODECO luego de analizar la concentración económica sometida a su verificación previa.

Por último, en caso que ACODECO determine por razones de competencia que el operador móvil adquirido tenga que despojarse de parte del espectro para que no pase al operador móvil adquirente, entonces la asignación o traspaso del espectro podría determinarla la ASEP en función al principio de trato igualitario (siempre y cuando exista demanda por el espectro) y tomando en cuenta la política de asignación espectro de manera integral (es decir, el espectro pendiente de asignación por el Estado, así como el futuro del espectro que se encuentra actualmente asignado a CABLE ONDA, pero que en su lugar debe ser para uso de los operadores móviles).

Por todo lo anterior, es necesario manifestar que como no existe una disposición de derecho que faculte a la ASEP para que expropie, y sin indemnización, el derecho de uso del espectro otorgado por el Estado mediante concesión a los operadores móviles, cualquier supuesta reglamentación de la ASEP en tal sentido constituiría una violación al principio de legalidad e inclusive extralimitación de funciones y abuso de autoridad.

El principio de estricta legalidad aplicable a los funcionarios administrativos está establecido en los artículos 34 y 35 de Ley 38 de 31 de julio de 2000, los cuales establecen:

*“Artículo 34. Las actuaciones administrativas en todas las entidades públicas se efectuarán con arreglo a normas de informalidad, imparcialidad, uniformidad, economía, celeridad y eficacia, garantizando la realización oportuna de la función administrativa, sin menoscabo*



*del debido proceso legal, con objetividad y con apego al principio de estricta legalidad. Los Ministros y las Ministras de Estado, los Directores y las Directoras de entidades descentralizadas, Gobernadores y Gobernadoras, Alcaldes y Alcaldesas y demás Jefes y Jefas de Despacho velarán, respecto de las dependencias que dirijan, por el cumplimiento de esta disposición.*

*Las actuaciones de los servidores públicos deberán estar presididas por los principios de lealtad al Estado, honestidad y eficiencia, y estarán obligados a dedicar el máximo de sus capacidades a la labor asignada.” (El subrayado es nuestro)*

*“Artículo 35. En las decisiones y demás actos que profieran, celebren o adopten las entidades públicas, el orden jerárquico de las disposiciones que deben ser aplicadas será: la Constitución Política, las leyes o decretos con valor de ley y los reglamentos...” (El subrayado es nuestro)*

Es la finalidad del principio de legalidad la de garantizar la actuación de los servidores públicos sujetas a un conjunto de reglas y normas previamente establecidas. Tengamos presente que todo acto o procedimiento jurídico llevado a cabo por las autoridades estatales debe tener apoyo estricto de una norma legal, la que, a su vez, debe estar conforme a las disposiciones de fondo y forma consignadas en la Constitución y las leyes.

Tal como lo establece el artículo 18 de la Constitución Política, los servidores públicos no sólo son responsables por infracción de la Constitución o de la Ley, sino también por extralimitación de funciones y por omisión en el ejercicio de sus funciones, norma que citamos a continuación para referencia inmediata:

*“Artículo 18. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infracción de la Constitución o de la Ley. Los servidores públicos lo son por esas mismas causas y también por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas.”*

Mal puede la ASEP instituir una expropiación del espectro del operador móvil que sea adquirido, y sin el pago de la respectiva indemnización justa y oportuna, toda vez que la Ley 36 no faculta la ASEP para ello.


La responsabilidad del Estado es subsidiaria cuando media delito del servidor público en el ejercicio de sus funciones. El abuso de autoridad e infracción de los deberes de los servidores públicos se encuentran tipificadas como delitos en el Código Penal en su artículo 355 que señala:

*“Artículo 355. El servidor público que, abusando de su cargo, ordene o cometa en perjuicio de alguna persona un hecho arbitrario no calificado específicamente en la ley penal será sancionado con prisión de uno a dos años o su equivalente en días multa o arresto de fines de semana”.*



En atención a lo antes expuesto, solicitamos muy respetuosamente a la ASEP se sirva **cerrar** la Consulta Pública 019-2018 de 20 de noviembre de 2018, por razón de que la propuesta sometida a consulta resulta manifiestamente violatoria de la Constitución, la Ley y los Contratos de Concesión suscritos por el Estado panameño , y que en consecuencia proceda la ASEP a realizar una **Nueva Consulta Pública** con una propuesta de reglamentación que atienda las antes indicadas recomendaciones, respetando el principio de legalidad y los derechos de uso de los operadores móviles sobre el espectro conforme sus Contratos de Concesión.

Cordialmente,



**ROBERTO MENDOZA**  
Apoderado General