

Panamá, 15 de enero de 2019
2019-LR-017

Licenciado
Roberto Meana
Administrador General
Autoridad Nacional de los Servicios Públicos
Ciudad

ASEP REC. TELOR
17 ENE 2019 11:00AM
E. Castillo
Alma
15/1/19

[Signature]
ASEP RECEP, 15ENE19 PM1:20

Estimado Licenciado Meana: **1 3 6 2 9 3**

A continuación presentamos y desarrollamos nuestros comentarios y opiniones a la Consulta Pública N° 029-18 sobre la "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" que regula las concentraciones económicas del mercado móvil, esperando que los mismos sean tomados en consideración en la propuesta de reglamentación que se someterá a aprobación del Órgano Ejecutivo.

1. Antecedentes:

En enero de 2017 la Asamblea Nacional, a través de la Comisión de Comunicación y Transporte, presentó el Anteproyecto de Ley N° 120 el cual una vez prohiado por dicha Comisión, se convirtió en el Proyecto de Ley No. 479, el cual "deroga un artículo de la Ley 5 de 1995, por la cual se reestructura el Instituto Nacional de Telecomunicaciones; y deroga un artículo de la Ley 31 de 1996, por la cual se dictan normas para la regulación de las telecomunicaciones en la República Panamá".

La iniciativa de dicho proyecto de Ley nace de la necesidad imperante de reevaluar la normativa que regula el mercado de la telefonía móvil en la República de Panamá, específicamente la normativa que prohibía la fusión o concentración de operadores móviles existentes, basado entre otros factores, en las fuertes inversiones que los operadores móviles deben realizar a efectos de mejorar su infraestructura de telecomunicaciones y poder ofrecer servicios de última generación a sus usuarios.

El Proyecto de Ley No 479 estableció en su exposición de motivos que la propuesta de ley presentada, "permite la consolidación de cuatro operadores a tres con la finalidad de incentivar al sector móvil, para que se logren las inversiones necesarias en infraestructura y así renovar tecnológicamente la cobertura de estos servicios ofrecidos en Panamá. Los usuarios se beneficiarán de un mayor despliegue de nuevas tecnologías como LTE y redes de quinta generación (5G), ofreciendo una cobertura más amplia y mayor velocidad. Del mismo modo, fortalecerá la capacidad de la industria, para proporcionar más y mejores servicios, a más clientes, en más áreas de Panamá. Se incentivará la inversión en redes de última generación para disminuir la Brecha digital, beneficiando así a un mayor número de ciudadanos, para que puedan tener acceso a una infraestructura y servicios de comunicaciones a la vanguardia."

Con el objetivo de permitir y propiciar la consolidación en el mercado de telefonía móvil, dicho anteproyecto se aprueba previo cumplimiento de las formalidades legales y consultas al sector móvil y autoridades competentes, mediante Ley N° 36 de 5 de junio de 2018 “Que regula las concentraciones económicas del mercado móvil”, la cual estableció en su artículo 7 que “el Órgano Ejecutivo, a través de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, reglamentará esta Ley en el término de ciento ochenta días, contado a partir de su entrada en vigencia, para adecuar las normas, directrices técnicas y reglamentación vigente conforme al Procedimiento de Consulta Pública, establecido en la Ley 31 de 1996 y su reglamento.”

Con fundamento en el artículo antes señalado, la Autoridad Nacional de los Servicios Público somete a consulta pública la reglamentación en comento a fin de dar cumplimiento con lo establecido en la Ley 36 de 2018.

2. De la legalidad de la propuesta de reglamentación

Tal como señalamos en el punto anterior, la Ley 36 estableció en su artículo séptimo que el Órgano Ejecutivo, a través de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, reglamentaría dicha Ley en un término de ciento ochenta (180) días.

En este sentido, es importante mencionar lo que nuestra Constitución Nacional establece sobre la emisión de los reglamentos de una Ley.

“ARTICULO 184. Son atribuciones que ejerce el Presidente de la República con la participación del Ministro respectivo:

...

14. Reglamentar las Leyes que lo requieran para su mejor cumplimiento, sin apartarse en ningún caso de su texto ni de su espíritu.” (el resaltado y subrayado es nuestro).

Consideramos de suma importancia recalcar esta norma constitucional, toda vez que a nuestro criterio, la reglamentación propuesta no solo se aparta tanto del texto como del espíritu de la Ley 36 de 5 de junio de 2018, cuya finalidad es permitir la concentración de operadores del sector móvil, en violación a la norma constitucional antes citada, sino que la hace totalmente inviable.

La obligación impuesta en la propuesta de reglamento en lo que respecta a la devolución del espectro radioeléctrico del operador que se fusiona o desaparece, el cual es el principal activo de dicho operador, no sólo desincentiva algún intento de concentración económica, sino que atenta contra los derechos consagrados en los contratos de concesión que posteriormente desarrollaremos.

Entendemos la facultad de la ASEP en lo que respecta a la administración y asignación de los recursos escasos asignados a los operados, sin embargo, estos proceso de administración deben estar sujetos a la normativa vigente en materia de telecomunicaciones y a los derechos establecidos en los contratos de concesión. Tal es el caso por ejemplo de los recursos numéricos cuyo proceso de asignación está establecido mediante Resolución N° JD-179 de 12 de febrero de 1998 y sus modificaciones, en la cual también se establece su proceso de devolución, no así el caso del espectro radioeléctrico.

El espíritu de la Ley 36 de 2018, tal como quedó plasmado en su exposición de motivos, es el de incentivar el sector móvil y lograr, entre otros, mayores inversiones en materia de infraestructura tomando en cuenta las constantes y altas inversiones que deben realizar los operadores móviles a efectos de poder brindar mejores servicios a los usuarios. Sin embargo, la propuesta de reglamentación presentada lo que busca es prácticamente penalizar a los operadores que se llegasen a concentrar o fusionar, exigiéndole la devolución de un bien que fue pagado y otorgado en concesión, sin ningún tipo de indemnización. Pareciera en todo caso que sería más beneficioso para un operador el solicitar un rescate administrativo de la concesión, cuyo proceso establece una indemnización por parte del Estado al operador en caso de no poder continuar operando la concesión. Pero en caso de una concentración, no sólo se le exige la devolución de un bien pagado, sino que en caso de volver a solicitarse dicho espectro devuelto, se debe volver a hacer un pago.

Por otra parte la reglamentación propuesta establece que, posterior a la devolución del espectro radioeléctrico o de todo el recurso inalámbrico que se haya autorizado, la ASEP posteriormente “podrá realizar una Consulta Pública para anunciar las nuevas distribuciones del espectro radioeléctrico”, para los operadores o concesionarios de los servicios móviles. En este sentido, deja en estado de incertidumbre la asignación de estas frecuencias sujeto a una consulta pública cuya fecha es desconocida, generando una clara indefinición en el proceso de asignación de espectro.

Esto contradice a todas luces lo que establece la Ley 31 de 1996 que regula las telecomunicaciones en la República de Panamá, la cual establece en su artículo 5 lo siguiente:

“Artículo 5. La política del Estado en materia de telecomunicaciones objeto de esta Ley, será la siguiente:

...

6. Establecer un régimen que imprima certeza y seguridad jurídica, en materia de regulación de las telecomunicaciones;”(el resaltado es nuestro)

La Ley de Telecomunicaciones es clara al establecer que es una política del Estado la de garantizar y establecer un régimen que imprima certeza y seguridad jurídica en el sector. Muy contrario a la propuesta de reglamentación, que propone dejar en estado de indefinición la asignación del espectro devuelto sujeto a un procedimiento indeterminado en su forma y en el tiempo.

Esta disposición desincentiva aún más una posible concentración económica entre operadores móviles ya que no sólo se debe devolver al Estado el espectro radioeléctrico del operador que desaparece, sino que a su vez deja de forma indefinida la asignación de ese espectro y sólo propone la asignación transitoria, sujeto a un pago o un doble pago de un bien que fue previamente adquirido y pagado por un concesionario a través de un proceso de licitación pública internacional.

A nuestro criterio queda claro que la propuesta de reglamentación se aleja del texto y del espíritu de la Ley 36, lo que al respecto, constituye una violación a la misma. La jurisprudencia de la Corte Suprema ha reconocido en innumerables ocasiones la subordinación jurídica que tiene que tener el reglamento en relación con la Ley. En ese sentido, resulta pertinente citar algunos de los siguientes pronunciamientos:

- Sentencia de 28 de septiembre de 2000, proferida por el Pleno de la Corte en la que se manifestó lo siguiente:

"El Presidente de la República, con la participación de Ministro respectivo, tiene potestad para reglamentar las Leyes que lo requieran para su mejor cumplimiento **sin apartarse en ningún caso de su texto ni de su espíritu**. En otras palabras, el ejercicio de la potestad reglamentaria por el Órgano Ejecutivo, en especial en la expedición de los reglamentos de ejecución, está sujeta al principio de legalidad, tal como se prevé en el numeral 14 del artículo 179 de la Carta Fundamental". (El resaltado es nuestro)

- La Sala Tercera en decisión de 10 de marzo de 1995 reiteró los siguientes conceptos:

"La Sala se ha manifestado en diversas ocasiones en relación con la facultad que posee el Presidente de la República con el Ministro respectivo de reglamentar las Leyes, la cual está concedida en el numeral 14 del artículo 179 de la Constitución Política. En esa norma se señala que el Presidente de la República, con la participación del Ministro respectivo, tiene potestad para reglamentar las Leyes que lo requiera a fin de asegurar o facilitar su cumplimiento o aplicación. No obstante, **también se ha señalado que los actos emitidos en función de dicha potestad no pueden alterar en ningún caso, ni el texto ni el espíritu de la Ley que reglamenta**. De lo antes señalado, se colige que no se trata de una función legislativa, sino de una potestad para reglamentar Leyes concedidas al Órgano Ejecutivo para su efectiva aplicación y cumplimiento. En este sentido Gustavo Penagos afirma que, la generalidad que tiene o debe tener la orden o reglamento no es criterio suficiente para hacerlo participar de la función legislativa porque él no "crea", modifica ni extingue una norma jurídica. Solamente provee, en forma general el modo práctico de su aplicación (El Acto Administrativo, Tomo I, Cuarta Edición, Librería del Profesional, Bogotá, 1987, Pág.425). Queda claro pues, que toda orden o acto ejecutivo del Gobierno expedido en ejercicio de la potestad reglamentaria está subordinado tanto a la Constitución como a las Leyes de conformidad con el artículo 15 del Código Civil". (el resaltado es nuestro)

Finalmente, vale la pena citar lo que el tratadista Eduardo García De Enterría ha manifestado en este sentido y cuyas obras han sido utilizadas por nuestra Corte Suprema en innumerables fallos:

"El Reglamento tiene también en este ámbito una función, y sumamente importante, **pero esa función ni es ni puede ser la de suplir a la Ley, la de adelantarse a ésta, la de intentar ponerse a su nivel, sino más bien de complementarla, la de desarrollarla o ejecutarla**, la de colaborar con ella en las diversas formas que las técnicas de delegación legislativa habilitan. (Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández. Cursos de Derecho Administrativo. Thomson Reuters, Décimo Sexta Edición, 2013, Tomo I, página 243.) (el resaltado es nuestro)

La propuesta de reglamentación no sólo se aparta del texto y espíritu de la Ley 36 de 2018, sino que también la desvirtúa y prácticamente la extingue, en contravención con la normativa constitucional antes citada la cual ha sido claramente debatida en diferentes fallos de la Corte así como desarrollada por diferentes tratadistas internacionales de derecho administrativo.

3. Derechos adquiridos en los Contratos de Concesión

Digicel (Panama), S.A. suscribió el Contrato de Concesión N° 10-2008 con el Estado Panameño, como mencionamos, a través de un proceso de Licitación Internacional en el año 2008. De conformidad con la cláusula Sexta de dicho contrato, el derecho de uso y operación del servicio de telecomunicaciones personales (PCS) fue concedido a Digicel (Panama), S.A. por un período de veinte (20) años, contados a partir de su suscripción. Importante mencionar que los términos y condiciones de dicho contrato tienen los mismos derechos y obligaciones establecidos en los contratos del resto de los tres operadores móviles que operan en Panamá.

Con respecto al costo pagado por Digicel (Panama), S.A. por dicha concesión, la cláusula 11 del Contrato establece lo siguiente:

Cláusula 11: DERECHO DE CONCESION

Se establece la cantidad de **US\$ 86,000,077.77 por el derecho de CONCESION**, pagadas 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. (el resultado es nuestro)

Con el pago de dicha suma de dinero, se le otorgó a Digicel el uso exclusivo y por veinte (20) años de 30Mhz en el segmento de la Banda de 1900 MHz. Posteriormente, mediante Resolución AN N° 12035-Telco del 19 de enero de 2018 la ASEP otorgó a Digicel (Panama), S.A. 20Mhz en la Banda de 700 Mhz por un monto de **Veintidós Millones Quinientos Setenta Mil quinientos veintiséis Dólares (US\$ 22,570,526.00)**. De conformidad con la cláusula Tercera de la parte resolutive de dicha Resolución, dichas frecuencias forman parte del Contrato de Concesión N° 10-2008 de 27 de mayo de 2008, por lo que su vigencia queda sujeta al término de la concesión. El derecho de concesión, así otorgado, forma parte del patrimonio del concesionario, que en este caso es Digicel (Panama), S.A.

Es decir, que Digicel (Panama), S.A. ha pagado al Estado panameño a la fecha la suma **Ciento Ocho Millones Quinientos setenta mil seiscientos tres con 33/100 (US\$108,570,603.33)** por el uso de las frecuencias asignadas hasta el año 2028 como parte del Contrato de Concesión suscrito con el Estado panameño. En dicho contrato de concesión no se establece ninguna cláusula relativa a la devolución del espectro producto de una fusión, ni mucho menos la Ley 36 de 2018 facultó a la ASEP para emitir un reglamento contrario a los derechos adquiridos por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión. En abono a esta afirmación, cabe destacar que la Ley 32 de 1927, por la cual se regulan las sociedades anónimas en Panamá, condición que tiene Digicel (Panama), S.A., prevé que en caso de fusión de dos o más sociedades anónimas, el patrimonio de la sociedad absorbida pasa a formar parte de la sociedad sobreviviente (Vid. Artículo 76).

Con la propuesta de reglamentación presentada por la ASEP en lo que respecta a la devolución del espectro radioeléctrico, el Estado está modificando de forma unilateralmente el contrato de concesión, situación que no es permitida conforme a los términos pactados en dicho contrato, pues está exigiendo la devolución de un bien que fue adquirido mediante una licitación internacional por un periodo de veinte (20) años, ignorando el hecho de que el propio contrato de concesión permite la cesión de la concesión.

La cláusula 22 del Contrato de Concesión de los cuatro operadores móviles en Panamá establece lo siguiente:

“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.

Cualquier sustitución del Socio Operador durante la vigencia de la CONCESION, que le impida a este seguir operando la CONCESION, deberá ser justificada ante LA AUTORIDAD y autorizada mediante resolución del Consejo de Gabinete. El sustituto deberá reunir las mismas condiciones técnicas, legales y financieras exigidas al Socio Operador de EL CONCESIONARIO. El Consejo de Gabinete establecerá el lapso para que se realice esta sustitución.

...” (el resaltado es nuestro)

El derecho de cesión adquirido por los operadores móviles en la citada cláusula está siendo totalmente violado con la propuesta de reglamentación, ya que no permite que el derecho de cesión de la concesión sea ejercido en caso de una fusión o concentración económica entre operadores móviles existentes, sin ninguna justificación legal. Y aun no permitiéndose la aplicación de la cláusula de cesión, la Ley 36 hoy día permite la fusión o concentración, sin limitar la consolidación de los patrimonios de las sociedades fusionadas.

De haberse querido prohibir la transferencia de los derechos de la concesión, así hubiese sido plasmado en la Ley 36 de 2018, lo que no se hizo producto de la contradicción que en sí generaría una normativa de esta magnitud. La Ley 36 promueve y permite la concentración entre operadores móviles existentes y no deroga la cláusula del contrato de concesión relativa al derecho del operador de ceder la concesión, y mucho menos limita la transferencia por fusión, por lo que ninguna propuesta de reglamento debe o puede ir en contra de este mandato.

Tal como mencionamos en párrafos anteriores, la modificación unilateral del contrato de concesión no está permitida conforme lo establecido en la cláusula 80 de dicho contrato, la cual establece:

Cláusula 80: Modificación del Contrato de Concesión

El contrato de Concesión sólo podrá ser modificado por mutuo acuerdo entre las partes, previo informe de LA AUTORIDAD. Dicha modificación deberá cumplir con

las formalidades señaladas en la legislación vigente. (el resaltado y subrayado es nuestro).

En todo caso, de querer el Estado de forma unilateral exigir la devolución de las frecuencias asignadas, debió haber estado contemplado en la citada Ley No. 36, o en su defecto, autorizar al Estado a iniciar negociaciones de los contratos de concesión, a fin de adecuar cada contrato a la nueva regulación.

En este sentido y con respecto a la posibilidad unilateral de modificación de un contrato, el Dr. Enrique García de Enterría en su obra de Derecho administrativo señaló lo siguiente:

“El llamado *ius variandi* o poder de modificación unilateral del objeto del contrato es la más espectacular de las singularidades del contrato administrativo en cuanto que apunta directamente a uno de los presupuestos básicos del instituto contractual –*pacta sunt servanda, contractus lex inter partes*-. Ya se advirtió antes, sin embargo, que esta posibilidad de modificar el objeto del contrato no es sino uno de los términos que contribuyen a delimitar el punto en el que se produce el equilibrio contractual cuando lo que está en juego es el interés general inherente a la obra o al servicio público, y que el mantenimiento de ese equilibrio está garantizado en todo caso por la Ley, en la medida en que la modificación de los términos de la prestación que debe el contratista lleva consigo el correlativo deber de la Administración de compensar a éste por los perjuicios que la modificación le suponga, de forma que permanezca inalterada la ecuación financiera que está en la base del contrato. (Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández. Op. Cit., página 787). (el resaltado y subrayado es nuestro)

Aun teniendo el Estado la facultad unilateral de modificar el contrato de concesión, esta potestad unilateral conlleva un deber por parte de la Administración de compensar al afectado a efectos de que se mantenga la “ecuación financiera” que dio origen a dicho contrato de concesión. Por ende, no puede el Estado a través de un reglamento enajenar o expropiar un bien que fue concedido en concesión, sin pretender si quiera compensar al operador por el daño causado, peor aún, con la intención de volver a licitar dicho bien (en este caso el espectro radioeléctrico) recibiendo un doble ingreso o una doble contraprestación económica. En el contrato celebrado con Digicel (Panama), S.A. el Estado voluntariamente acordó no ejercer ninguna potestad exorbitante que le permitiera modificar unilateralmente el contrato. Por ello, la aprobación de la reglamentación propuesta infringe la Ley y altera jurídicamente el contrato.

Si bien es cierto el artículo 258 de la Constitución establece que las comunicaciones pertenecen al Estado y son de uso público y, por consiguiente, no pueden ser objeto de apropiación privada, también es cierto que el propio Estado ha establecido a través de Leyes, que dichos servicios pueden ser otorgados en concesión, como así lo estableció la Ley 31 de 1996 que regula las telecomunicaciones en Panamá:

“Artículo 17. El Estado, por conducto del Consejo de Gabinete o del Ente Regulador, según proceda, otorgará concesiones a los particulares, ya sean personas naturales o jurídicas, para la operación y explotación de servicios de telecomunicaciones, siempre que se salvaguarde el bienestar social y el interés público.”

Estas concesiones son otorgadas siguiendo corrientes internacionales que han sido desarrolladas por el tratadista Eduardo García Rentería, cuando señala en su obra, lo siguiente:

“La Administración Pública no gestiona por sí misma todos los servicios públicos de que es titular. Bajo el imperio ideológico liberal se impuso el dogma de la incapacidad del Estado para ser empresario y, para satisfacer las exigencias que en ocasiones se le presentan para la organización de servicios que suponen explotaciones industriales, se acudió a la técnica de la concesión, por virtud de la cual la gestión de servicio se entrega a un empresario privado bajo ciertas condiciones, reteniendo la Administración la titularidad última del servicio concedido y con ella las potestades de policía sobre los usuarios del servicio.” (Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández. Op. Cit., Página 67)

En Panamá, específicamente las concesiones de los servicios tipificados como concesiones tipo A, son otorgadas por un periodo de veinte (20) años, periodo durante el cual el Estado se compromete a respetar los derechos y obligaciones otorgados al concesionario en dicha concesión. Así lo establece la Ley 31 que regula las telecomunicaciones en Panamá:

“Artículo 71:

...

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

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

Por ende, si bien es cierto que la Constitución establece que las comunicaciones no pueden ser sujeto de apropiación privada, esto no significa que la Administración puede, sin fundamento jurídico, es decir, arbitrariamente, modificar las condiciones y derechos contractuales por medio de las cuales se otorgó la concesión del servicio móvil a los operadores.

4. Indemnización por parte del Estado

Como hemos señalado anteriormente, la prohibición de transferir la concesión y por ende las frecuencias adquiridas a través del contrato de concesión, y peor aún, la obligación de devolverlas al Estado sin un pago o compensación adecuada, constituye una clara violación a los derechos consagrados en los contratos de concesión, extensiva al patrimonio de los concesionarios involucrados en una fusión. Como antes señalamos, la concesión constituye un derecho, que si bien es intangible, tuvo como contraprestación, el pago de las sumas antes mencionadas. Por ello, en esa contraprestación, se perfecciona la ecuación económica existente, en todos los contratos de intercambio, como es el celebrado entre Digicel (Panama), S.A. y el Estado. Por ello, la fusión permitida por la Ley No. 36, no significa ni implica el fin del contrato de concesión celebrado con el Estado, en este caso, con las empresas que se lleguen a fusionar. De allí que no haya razón ni motivos, para entender que el derecho de concesión otorgado y vigente, debe ser retornado al Estado. Y, dada la ecuación antes mencionada,

pretender recuperar ese derecho de concesión, de forma unilateral como se plantea en la reglamentación, sin una indemnización o compensación adecuada, constituye una afectación de la ecuación económica contractual, sin causa jurídica que lo ampare ni justifique. La doctrina autorizada en materia de contratación pública, es unánime en señalar que la Administración aún en el caso de poder ejercer el “ius variandi”, éste debe realizarse a través de una compensación al perjudicado producto de su decisión unilateral.

Nuestro ordenamiento jurídico no escapa de esta corriente. Una manifestación de esto, es lo previsto tanto en la Ley 31 de 1996 como el Contrato de Concesión, respecto del rescate administrativo. Si bien dicha institución es un fenómeno diferente a lo que plantea la propuesta de reglamento, vale citarlo como base de comparación, ya que en esencia, comparte una realidad similar a la que pretende el Estado: recibir a cambio el derecho de concesión antes de la terminación natural del contrato de concesión. Por ello, en el rescate administrativo, se prevé una indemnización, precisamente porque el Estado con su decisión, rompe la ecuación financiera contractual. Por esta razón, y siendo que el derecho de concesión de las frecuencias forma parte del patrimonio de Digicel (Panama), S.A. así como de los otros concesionarios similares, su devolución al Estado sin causa legal para ello, es una forma de expropiación. Y es que la solicitud de devolución del espectro, al ser una solicitud a nuestro criterio ilegal, no queda más que enmarcarla dentro de esta figura, pues el Estado está retirando la propiedad de un particular sobre el derecho de concesión. En otras palabras, lo está expropiando, sin ningún tipo de compensación.

El fundamento jurídico de nuestra posición radica en el artículo 47 de la Constitución Política de la República de Panamá. El texto de esta norma es el siguiente:

“Artículo 47. Se garantiza la propiedad privada adquirida con arreglo a la Ley por personas jurídicas o naturales.”

El Pleno de la Corte Suprema de Justicia ha definido el derecho de propiedad privada. Con el fin de justificar nuestras afirmaciones, pasamos a transcribir los términos en que lo hizo:

“MOTIVACIÓN DE LA DECISIÓN DEL PLENO DE LA CORTE SUPREMA.

De lo expuesto en los párrafos que anteceden se desprende que la frase atacada de inconstitucional es la contenida en el segundo párrafo del artículo 1762 del Código Civil, que dispone lo siguiente:

“...Sin embargo, los actos o contratos que se ejecuten u otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, una vez inscritos, no se invalidarán en cuanto a tercero, aunque después se anule el derecho del otorgante en virtud de título no inscrito o de causas implícitas o de causas que aunque explícitas no consten en el Registro”

El recurrente considera que dicha frase atenta contra lo dispuesto en el artículo 47 de la Constitución Política, relativo a la garantía del derecho a la propiedad privada adquirida con arreglo a la Ley, por personas jurídicas o naturales.

En torno a la alegada infracción del artículo 47 de la Constitución Política, debemos tomar en consideración algunos aspectos de relevancia que han sido expuestos atinadamente por los opositores.

I. Alcance y sentido de la garantía fundamental del Derecho de la Propiedad Privada,

La naturaleza de la objeción constitucional, obliga al Pleno de esta Corporación de Justicia a iniciar este razonamiento sobre la base del concepto de propiedad privada en el Estatuto Básico, así como su alcance, desarrollo y protección.

No cabe duda que al constituyente panameño le ha preocupado el respeto a la propiedad privada, a tal punto que se ha ocupado de ella dentro del listado de derechos denominados fundamentales, en el respectivo título de la Constitución. Su regulación constitucional conlleva el reconocimiento de su importancia en las sociedades liberales y como reacción a los abusos a que eran sometidos los propietarios cuando el gobernante, como sanción o simplemente para aumentar la hacienda pública, se hacía con los bienes y hacienda del ciudadano.

El filósofo inglés John Locke, en su obra "Segundo Ensayo sobre el Gobierno Civil, señaló que: "la razón misma del Estado descansaba en la preservación de la propiedad, a tal punto que manifestaba sin ambages que la propiedad constituía "el grande y principal fin para que los hombres se unan en Estados y se sometan a gobiernos" (LOCKE, John, "Segundo Ensayo sobre el Gobierno Civil", Editorial Losada, Buenos Aires, 2003, Pág. 92).

Es de indicar que la posición preeminente de la propiedad privada en los primeros años del constitucionalismo alcanzó su cenit, tras la caída del Antiguo Régimen, cuando la propiedad privada fue declarada como inviolable y sagrada por la Asamblea Nacional francesa, en la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789.

Como antecedentes históricos debemos mencionar que el Código Napoleónico declara que: "la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa del modo más absoluto sin otras limitaciones que las legales, y que nadie puede ser privado de su propiedad más que por su expropiación, fundada en causa justificada de utilidad pública y previa la correspondiente indemnización, en realidad lo que hace es consagrar uno de los resultados de la Revolución Francesa de 1789: la propiedad libre de las cargas feudales del Antiguo Régimen".

Dicha excepción se encuentra prevista en el artículo 48 de nuestra Constitución Política que consigna lo siguiente:

"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."

El artículo 337 del Código Civil define la propiedad como "es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas por la ley."

El Pleno de la Corte Suprema de Justicia al analizar el contenido de la norma descrita en el párrafo que antecede, en Sentencia de 29 de febrero de 1996, bajo la ponencia del ex Magistrado Arturo Hoyos, señaló lo siguiente:

"Vemos dos elementos en la norma, el primero es en cuanto a la facultad de goce, la doctrina tradicional entiende que "el poder de goce se resuelve en la utilización directa del bien" por el propietario (Francesco Messineo, Manual de Derecho Civil y Comercial, Traducción de Santiago Sentis Meléndez, Tomo III, Editorial Jurídica Europa-América, Buenos Aires, 1979, pág. 257). Sin embargo, el goce comprende la utilización indirecta del bien a través de contratos que den una cierta medida de goce a otras personas, así como el arrendamiento, según lo enfatiza la doctrina moderna (Vicente L. Montés, La Propiedad Privada en el Sistema del Derecho Civil Contemporáneo, Editorial Civitas, Madrid, Primera edición, 1980, pág. 246).

El segundo elemento que integra el derecho de propiedad en nuestro ordenamiento es la facultad de disposición que tiene el titular, facultad que se entiende como la posibilidad de transferir o transmitir este derecho sobre las cosas. Es evidente que la facultad de goce comprende la recolección de frutos del bien y que la facultad de disposición entraña la posibilidad de enajenarlos, consideración que es importante en el presente caso ya que nuestro Código Civil prevé la regulación sobre la hipoteca, lo que incide en el presente caso."

En conclusión, la propiedad privada se entiende como el poder jurídico pleno o completo a un individuo sobre una cosa, para usar, gozar y disponer de ella, siempre que no sea contrario a la ley o contra derecho ajeno. (El resaltado es nuestro). Vid. **ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD PROMOVIDA POR EL LICENCIADO OSWALDO MARINO FERNANDEZ ECHEVERRIA CONTRA EL ARTICULO 1762 DEL CODIGO CIVIL. PONENTE: OYDÉN ORTEGA DURÁN. PANAMÁ, VEINTINUEVE (29) DE AGOSTO DE DOS MIL CATORCE (2014).**

Parte del desarrollo legal de la disposición constitucional antes citada, se encuentra en el artículo 326 del Código Civil. Dicha norma tiene el siguiente contenido:

"Artículo 327. Se reputan también bienes muebles los derechos y las obligaciones, y acciones aunque sean hipotecarias, que tienen por objeto sumas de dinero o efectos muebles; las acciones y cuotas de participación en compañías mercantiles o civiles, aun cuando las mismas posean inmuebles, y las rentas y pensiones."

De las disposiciones transcritas, en el contexto del contrato de concesión celebrado entre Digicel (Panama), S.A. y el Estado, queda claro que el derecho de concesión, implica el derecho de uso del espectro radioeléctrico anejo a dicho derecho de concesión. Con ello, queda claro también que ese derecho, es un derecho de propiedad protegido por las normas mencionadas. Así las cosas, ese derecho de concesión, conforme lo plantea el reglamento, resulta violatorio de ambas disposiciones; concretamente, lesiona flagrantemente, el derecho de propiedad de los concesionarios involucrados en una fusión.

En todo caso, de mantenerse la regulación propuesta, con fundamento en el artículo 13 del Código Civil, debería aplicarse el procedimiento de expropiación que para tal fin, establece el Código Judicial y que es mencionado en el artículo 55 la Ley 31 de 1996 que regula las telecomunicaciones, como parte del proceso de rescate administrativo de la concesión.

“Artículo 55. En caso de rescate administrativo de la concesión, se seguirá el procedimiento de expropiación que establece el Código Judicial para casos de urgencia.”

Igualmente, el contrato de concesión en este sentido establece lo siguiente:

Cláusula 65: Rescate Administrativo

El contrato de concesión podrá terminarse por voluntad unilateral del Estado, cuando este ejerza su facultada de rescatar la CONCESION por razones de interés público, previo pago a EL CONCESIONARIO de la indemnización correspondiente y de acuerdo al mecanismo establecido en el Contrato.

El que se permita que el Estado tenga la potestad unilateral de solicitar la devolución de recursos que fueron otorgados en concesión y debidamente pagados por un determinado periodo de tiempo por un concesionario, sin permitir ejercer el derecho de fusión contemplando en la Ley No. 36, no solo perjudica patrimonialmente a los operadores móviles, sino que sienta un nefasto precedente para cualquier tipo de concesiones que tengan establecidas derechos de transferencia por fusión de la concesión.

De aprobarse esta propuesta de reglamentación se pondría en juego la estabilidad del sector telecomunicaciones en lo que respecta a futuras inversiones tanto de empresas locales como internacionales al autorizar al Estado a solicitar, sin ninguna justificación legal y de forma arbitraria, recursos que fueron otorgados y pagados dentro de un derecho de concesión

5. Necesidad de modernización del Sector Telecomunicaciones

Otros de los aspectos que busca la Ley 36 de 5 de junio de 2018 es el de promover la modernización del sector telecomunicaciones, obligación que de por sí está establecida en el artículo 1 de la Ley 31 de 1996 que regula las telecomunicaciones en Panamá como una de sus normas y principios.

Artículo 1. Esta Ley regula las telecomunicaciones, **con el objeto de acelerar la modernización y el desarrollo del sector, promover la inversión privada en el mercado**, extender su acceso, mejorar la calidad de servicios provistos, promover tarifas bajas al usuario y la competencia leal, en la provisión de los servicios de telecomunicaciones sujetos a esta Ley. (el resaltado es nuestro)

Los artículos derogados mediante la Ley N° 36 de 2018 fueron originalmente establecidos en el año 1995 y 1996 durante el proceso de privatización del Instituto Nacional de Telecomunicaciones y de la liberalización del sector de las telecomunicaciones fijas y móviles, con el fin de evitar que volviese a existir un monopolio. Sin embargo, a más de veinte (20) años de su promulgación y producto de los dramáticos

cambios que ha surgido el sector de la telefonía móvil, dichos artículos más allá de incentivar el sector móvil, lo terminaron entorpeciendo, razón por la cual, se propuso su eliminación.

La fusión o concentración de operadores móviles no es un tema sólo de Panamá. Estudios publicados por la GSMA señalan que **“la consolidación entre operadores ha sido una característica de los mercados de telecomunicaciones móviles durante los últimos 10 años.** Se ha producido por un conjunto de factores que han propiciado la disminución de la rentabilidad, incluyendo la entrada de nuevos operadores, la competencia de las plataformas de internet en servicios de comunicación y redes sociales, la mercantilización de los datos o la necesidad de invertir en actualizaciones tecnológicas en ciclos más cortos. El mercado de las telecomunicaciones es altamente dinámico: las tecnologías emergentes generan nuevos modelos de negocios y desdibujan constantemente los límites entre sectores. **En un escenario así, las fusiones pueden ser un importante mecanismo mediante el cual intensificar la inversión y mejorar la calidad de los servicios.** El control de fusiones debería contemplar este dinamismo, con implicancias para la definición de mercado relevante, el análisis de mercado, las barreras de entrada y la consideración de eficiencias.” (Publicación de la GSMA, junio 2018, <https://www.gsma.com/latinamerica/es/tendencias-de-consolidacion/>) (el resaltado y subrayado es nuestro)

Igualmente, la GSMA expuso en su Reunión Plenaria de América Latina N° 46 realizada en la ciudad de Panamá los días 10 y 11 de mayo de 2018, su estudio sobre la Banda Ancha en Centroamérica en el cual entre otros señaló que “Centroamérica está atrasada en la adopción y despliegue de banda ancha móvil. Es necesario promover estructuras de mercado que fomenten la intensidad de la competencia en inversión e innovación, contemplando a todo el ecosistema digital.” En dicho estudio, el cual es de acceso público, se establecen claramente los beneficios de una consolidación en el sector de telecomunicaciones en la región centroamericana. Ambos documentos publicados por la GSMA pueden servir de referencia a efectos de reformular la propuesta de reglamentación presentada por el regulador, la cual se aleja drásticamente de las tendencias y recomendaciones internacionales.

Países como España, con fundamento en la última reforma de la Ley de Telecomunicaciones en el año 2014, a través de su Ley General de Telecomunicaciones N° 9/2014, de 9 de mayo, emitió el Real Decreto 123/2017 de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento sobre el uso del dominio público radioeléctrico. Dicho Real Decreto en su exposición de motivos establece:

“El reglamento clarifica y simplifica el procedimiento de autorización, haciendo extensiva la posibilidad de transferencia a cualquier título, sin más limitaciones que las establecidas en la presente norma. Asimismo se precisan determinadas medidas contra comportamientos especulativos o acaparamiento de derechos de uso del dominio público radioeléctrico.” (el resaltado es nuestro)

El Estado en vez de limitar o prohibir la transferencia o cesión de espectro radioeléctrico, o peor aún, de que querer expropiarlo producto de una fusión, propuso soluciones en la reglamentación que simplifican los procesos de concentración sobre la base de una fiscalización. Si bien es cierto en el caso Español, existe un “cap” o límite de espectro que puede tener un operador a fin de evitar su acaparamiento, aun así, la reglamentación permite la cesión de espectro en caso de una concentración siempre y cuando la Autoridad de Competencia valide que dicha concentración tiene un beneficio.

“Artículo 88. Superación de los límites en la cantidad de frecuencias a utilizar por un mismo operador:

4. El Ministro de Energía, Turismo y Agenda Digital podrá permitir, tanto en los pliegos del procedimiento de licitación de títulos habilitantes para el uso del dominio público radioeléctrico como en las autorizaciones previas para celebrar negocios jurídicos relativos al mercado secundario del espectro, superar los límites establecidos en la cantidad de frecuencias a utilizar por un mismo operador o grupo empresarial siempre y cuando se asuman por los licitadores o titulares de derechos de uso del dominio público radioeléctrico compromisos previstos en los pliegos que, en su conjunto, favorezcan y fomenten la competencia.” (el resaltado y subrayado es nuestro)

Vemos pues aquí una propuesta innovadora y creativa que busca incentivar el sector telecomunicaciones y de ninguna manera buscar restringir o limitar la fusión de los operadores que puede resultar en beneficio del sector telecomunicaciones y de sus usuarios. Contrario a la propuesta presentada por la ASEP la cual más allá de ser contraria a la Ley 36 de 2018 y de violar los derechos consagrados en los Contratos de Concesión, no buscó alternativas o propuestas ya presentadas en otros países de primer mundo y que han demostrado su efectividad.

La transmisibilidad de los derechos de uso es apoyada también por la normativa Europea: “La normativa europea favorece la transmisión de derechos de uso de radiofrecuencias para servicios de comunicaciones electrónicas. Se confía en que ello potencie el uso eficiente del espectro, siempre que se establezcan suficientes garantías para la protección del interés público, en particular, la transparencia y control de dichas transmisiones” (Telecomunicaciones: Regulación y Mercado, José Carlos Laguna de Paz, Tercera Edición, 2010, página 250). (el resaltado y subrayado es nuestro).

Por ende, pareciera que la reglamentación propuesta en vez de propiciar la modernización del sector telecomunicaciones tal como lo están haciendo países del primer mundo, propone una reglamentación que propicia su retroceso, sin dejar de mencionar la necesidad inminente de realizar una revisión integral de la regulación en materia de telecomunicaciones (misma que no ha sido modificada desde el año 1996), la cual muchas veces resulta de obsoleta aplicación. Se deben impartir políticas en materia de espectro que busquen un uso más eficiente y flexible del dominio público.

6. Caso de concentración económica en Honduras (Resolución N° 019-CDPC-2011-AÑO-VI)

En Diciembre de 2011 concluyó un excelente precedente de un proceso de concentración económica en Centroamérica, que es el caso de Honduras, donde previo a la concentración entre operadores móviles existente, operaban cuatro operadores móviles.

Justamente producto de las fuertes inversiones que los operadores móviles tenían que realizar para mejorar los servicios de telecomunicaciones a la población, entre otros motivos, se inició un proceso de concentración económica entre dos operadores móviles. Dicho proceso se realizó primeramente a través de una solicitud ante de la Comisión para la Defensa y Promoción de la Competencia para su verificación y aprobación, muy similar a lo que establece la Ley 36 de 2018, la cual señala que en su artículo tercero

que toda operación de concentración económica debe ser sometida a un proceso de verificación ante la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia.

Queremos resaltar tres hechos relevantes que a nuestro criterio hicieron exitoso el proceso de concentración económica en dicho país.

- Se evidencia una clara colaboración entre la Comisión para la Defensa y Promoción de la Competencia y la Comisión Nacional de Telecomunicaciones – CONATEL.
- No se evidencia ningún tipo de oposición por parte del resto de los operadores móviles en la medida que el regulador (CONATEL) les garantizó espectro adicional a fin de garantizar la equidad en temas de asignación de espectro.
- Los derechos de los usuarios se mantuvieron inalterables por lo que no se vieron afectados por la fusión, muy por el contrario, se le garantizó mejoras en la calidad de servicio.

Del proceso de aprobación de dicha concentración económica queremos resaltar lo siguiente:

- Iniciado el proceso de concentración económica ante la Comisión para la Defensa y Promoción de la Competencia para la autorización de la concentración económica, la misma fue remitida a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) para su respectivo análisis en temas exclusivamente sobre la asignación del espectro radioeléctrico, específicamente en los siguientes temas:
 - o Criterios aplicados para determinar las bandas de frecuencias, anchos de banda y canalizaciones atribuidas dentro del Plan Nacional de Frecuencias a los servicios móviles.
 - o Criterios, políticas y características técnicas de las bandas asignadas a los operadores que prestaban servicios de telefonía móvil en el país.
 - o Identificación, características y tiempo de disponibilidad de otras bandas atribuidas en el país para ser asignadas al resto de los operadores en el mercado.
 - o Ventajas competitivas en la prestación de servicios de telefonía móvil de contar con asignaciones de espectro radioeléctrico en una u otra banda.
 - o Requerimientos mínimos de espectro radioeléctrico con que debe contar un operador móvil que a corto plazo planea introducir y comercializar en el país estas nuevas tecnologías y servicios convergentes de alta capacidad
 - o Políticas que a corto, mediano y largo plazo tiene CONATEL y el gobierno establecidas o en estudio en vías a establecerse con relación a las bandas móviles.
- CONATEL como organismo regulador emitió una Resolución mediante la cual, en resumen, avala el proceso de concentración económica y establece directrices técnicas en temas de nuevas asignaciones de espectro para el resto de los operadores móviles.
- Se le pide opinión al resto de operadores móviles, los cuales al ver que se les garantizaría igual cantidad de espectro que el de las empresas fusionadas, no mostraron mayor resistencia.

- Por su parte la Autoridad de Competencia realiza un análisis de mercado en temas de competencia (normativa muy similar a la panameña), en la cual se analiza, entre otros: el mercado relevante, competencia efectiva, dinámica del mercado, etc.
- Posterior al cumplimiento del proceso de análisis económico y financiero en temas de leyes de competencia, la concentración fue finalmente aprobada el 11 de noviembre de 2011, en la cual se permite y autoriza la cesión del espectro al operador que adquiere en la medida que continúe cumpliendo con las obligaciones dimanantes de su concesión en cuanto a mejoras en la calidad y continuidad del servicio de telecomunicaciones.

En resumen, vemos claramente que el proceso de concentración se inicia, al igual que se iniciaría en Panamá, ante la Autoridad de Competencia quien analiza desde el punto de vista puramente de competencia, la afectación que la concentración económica tiene en el mercado pertinente. Jugó un papel importante y decisivo, la cantidad de espectro disponible para los demás operadores que había, posterior a una fusión o concentración. Queda claro que HONDURAS contaba en ese momento con espectro disponible, lo cual se asemeja al caso panameño toda vez que a la fecha se cuenta con 130 Mhz disponibles en la banda AWS para los cuatro operadores actuales que se podría redistribuir entre los operadores que queden posterior a una fusión.

Importante mencionar que dicho espectro radioeléctrico (130 MHz en la banda AWS) se encuentra disponible para compra por parte de los operadores móviles desde diciembre del año 2016 según lo establecido en la Resolución AN N° 9139-Telco de 18 de noviembre de 2015 y que el mismo no se ha podido aún adjudicar producto del alto costo del precio del espectro y de la falta revisión de la metodología del cálculo del costo del espectro que data del año 1997.

Existió una evidente colaboración por parte del Regulador Hondureño durante el proceso de fusión y la Autoridad de Competencia, quien además de poner espectro a disposición de los otros operadores, posterior a la fusión, estableció directrices técnicas a fin de adecuar el Plan de Frecuencias y estableció políticas públicas claras para garantizar el crecimiento del sector telecomunicaciones.

7. Necesidad de una nueva propuesta de reglamentación que cumpla con el Principio de Legalidad y con la Ley 36 de 2018.

Todas las consideraciones expuestas en el presente documento evidencian la necesidad de reformular la propuesta de reglamentación sometida a Consulta Pública a fin de que la misma no tenga vicios de nulidad, cumpla con el objetivo de la Ley 36 de 2018, y además, para que la misma se adapte a las tendencias internacionales en materia de concentración económica a nivel mundial, lo que claramente redundaría en un mayor crecimiento del sector telecomunicaciones en la República de Panamá. La intención de exigir la devolución de un espectro otorgado en concesión, sin si quiera considerar una indemnización, y peor aún, dejar en un estado de incertidumbre la determinación de un procedimiento futuro de asignación de espectro, además de violar los derechos establecidos en los contratos de concesión, desincentivaría a todas luces cualquier posible concentración económica entre operadores móviles.

Consideramos importante primero resaltar las dos obligaciones contenidas La Ley 36 de 2018 que se le estableció a la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos:

Primera obligación:

Artículo 4: 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.

La Autoridad Nacional de los Servicios Públicos dentro de su competencia garantizará y dictará las directrices, normas y procedimientos de asignación para que se cumpla dicho fin. (el resaltado y subrayado es nuestro)

En primer lugar vemos que se le instruye a la ASEP, dentro del marco de su competencia, dictar normas y procedimientos de asignación de espectro. **No de devolución de espectro.** La propuesta de reglamentación presentada no cumple con ninguna de estas obligaciones, ya que no está proponiendo ninguna alternativa de asignación de espectro en caso de una concentración económica, peor aún, deja, como ya hemos mencionado en reiteradas ocasiones, en un estado de incertidumbre, el procedimiento de asignación del espectro en caso de una concentración económica.

La ASEP debió, en cumplimiento con la Ley 36 de 2018, modernizar el Plan Nacional de Atribución de Frecuencias (PNAF) estableciendo procedimientos de redistribución y asignación de espectro en caso de una concentración económica para garantizar el trato equitativo e igualitario que sobre asignación de espectro, establece la regulación para los operadores móviles. Lo que incluye la revisión de la metodología del cálculo del costo del espectro radioeléctrico, que como hemos mencionado, data de 1997 y que al aplicarla, sitúa a Panamá dentro de los países con costo de adquisición de espectro más caro del mundo.

Una vez se hubiese trabajado en una nueva propuesta de asignación de espectro, debió someter dicho documento a una Consulta Pública para recibir los comentarios de la industria y poder emitir una reglamentación consensuada sujeta a las obligaciones que le otorga la Ley 36 de 2018.

Segunda obligación:

“Artículo 7: El Órgano Ejecutivo, a través de la Autoridad nacional de los Servicios Públicos, reglamentará esta Ley en el término de ciento ochenta días, contado a partir de su entrada en vigencia, para adecuar las normas, directrices técnicas y reglamentación vigente conforme al Procedimiento de Consulta Pública, establecido en la Ley 31 de 1996 y su reglamento.” (el resaltado y subrayado es nuestro)

La Ley 36 estableció en esta obligación un plazo de ciento ochenta días para reglamentar dicha Ley, mismo que culminó en diciembre de 2018. Por otro lado, la obligación contenida en este artículo se enfoca en la “adecuación de las normas, directrices técnicas y reglamentación vigente”, y no en procesos de devolución de espectro.

La adecuación de la normativa posterior a la entrada en vigencia de la Ley 36 de 2018, se debió iniciar con una revisión integral de la normativa que regula el sector telecomunicaciones a efectos de determinar si existía o existe alguna norma que contradice la nueva Ley de concentraciones económicas. Este es el caso por ejemplo, del artículo 23 de los contratos de concesión de los operadores móviles, el cual establece aún la prohibición de participación de capital social entre operadores móviles en Panamá. Si bien es cierto a nuestro criterio dicho artículo se encuentra derogado, daría más claridad dentro del

contrato de concesión la suscripción de un Adenda donde quede plasmada dicha derogación, situación que hasta la fecha no se ha realizado.

Las facultadas en este artículo establecidas están limitadas a adecuación de normas en materia de telecomunicaciones que garanticen el fiel cumplimiento de la Ley 36 de 2018, y no de establecer nuevos procedimientos (o falta de ellos) que no están contemplados en la misma.

En este sentido resulta importante recordar sobre lo que nuestra Corte Suprema ha señalado sobre el principio de legalidad que deben cumplir todas las entidades del Estado. En sentencia de la Sala Tercera fechada 11 de junio de 2002, dentro del proceso contencioso administrativo de nulidad interpuesto por el licenciado Carlos Broce en representación de Danis Montemayor, para que se declare nula por ilegal, la frase "Cerro Casa" del artículo 12 del Decreto Ejecutivo No.194 de 25 de agosto de 1999, dictado por conducto del Ministerio de Gobierno y Justicia, postuló lo siguiente:

"...

Siguiendo el hilo conductor, existe una vinculación ineluctable entre la facultad de reglamentar las leyes y el principio de legalidad, que marca las acciones y omisiones de los funcionarios y corporaciones públicas, por ello este Tribunal ha dicho siguiendo la doctrina ius administrativista que **"todas las actuaciones de la Administración están subordinadas a la ley, de modo que aquella sólo puede hacer lo que ésta le permite con las finalidades y en la oportunidad previstas y ciñéndose a las prescripciones, formas y procedimientos determinados por la misma.** La nulidad es la consecuencia jurídica de la no observancia del principio de legalidad" (ARCINIEGA, Antonio José. Estudios sobre jurisprudencia administrativa, Tomo I, Edit. Temis, Bogotá, 1982, pág. 10" (Caso. Jorge Sáenz contra Resolución No. 16 (JMC) de 10 de julio de 1996 de la Junta Calificadora Municipal del Consejo Municipal de Panamá).

...". (el resaltado y subrayado es nuestro)

En esa misma línea de pensamiento, en sentencia de 19 de mayo de 2003, se expuso lo siguiente:

"...

Según el principio de legalidad, **"...los organismos y funcionarios sólo pueden hacer lo que la Ley manda u ordena,** lo que exige que sus acciones u omisiones deben estar precedidos de una base normativa que los sustente. La tesis incuestionable del apotegma positivizado es someter a la Administración Pública a la observancia de la juridicidad que nuclea todo el ordenamiento jurídico, **preserva la seguridad jurídica al ser garantía de protección de derechos de los asociados** y deberes correlativos exigibles a éstos, y marca las pautas imprescindibles del correcto desenvolvimiento del aparato público, en consonancia con la noción y práctica del Estado Constitucional y Social de Derecho" (Cfr. Sentencia de 16 de abril de 2003. Caso: demanda de nulidad interpuesta por Agroinvestment Lusel, Inc. versus Dirección Nacional de Reforma Agraria. Magdo. Ponente: Adán Arnulfo Arjona López). (el subrayado y resaltado es nuestro).

A nuestro entender, es claro y evidente que la propuesta de reglamentación presentada no se ciñe al principio de legalidad establecido en nuestra legislación toda vez que no está cumpliendo con lo ordenado en la Ley 36 de 2018, muy por el contrario, hace inoperante la Ley, se limita a establecer procedimientos no contemplados en la misma, como lo es la devolución del espectro radioeléctrico, en vez de establecer procedimientos de asignación de espectro radioeléctrico tal como le fue ordenado.

8. Recomendaciones y conclusiones

El presente documento busca exponer las consideraciones legales, doctrinales y de derecho internacional que pueden servir de base para que se emita una propuesta de reglamentación que sí permita el cumplimiento de la Ley 36 de 2018 y que a su vez cumpla no sólo con los contratos de concesión suscritos por los operadores móviles, sino que cumpla con la normativa vigente en materia de telecomunicaciones y con el procedimiento administrativo en general.

Es por esta razón y por todas las consideraciones expuestas que solicitamos **se cierre la presente consulta pública y se emita una nueva reglamentación** que cumpla con lo ordenado en la Ley 36 de 2018. En este sentido, dicha reglamentación deberá contener:

En lo que respecta a la obligación contenida en el artículo 4 de la Ley 36:

- Propuesta de modificación del Plan Nacional de Atribución de Frecuencias (PNAF) en donde se establezca un proceso de reasignación de frecuencias en caso de una concentración económica.

En lo que respecta a la obligación contenida en el artículo 7 de la Ley 36:

- Proyecto de adecuación de normas vigentes de telecomunicaciones que puedan contradecir la Ley 36 de 2018.
- Revisión de los contratos de Concesión vigentes para efectos de adecuarlos a la nueva legislación.
- Adecuación y actualización de la metodología de cálculo de costo del espectro radioeléctrico que incentive la inversión y el despliegue de redes de telecomunicaciones.
- Políticas públicas en materia de telecomunicaciones que cumplan con lo establecido en la Ley de telecomunicaciones

Esperamos que los aportes realizados sean analizados a detenimiento ya que los mismos corresponden a un análisis exhaustivo de la normativa vigente en materia de telecomunicaciones frente a la nueva Ley 36 de 5 de junio de 2018, a fin de lograr su efectividad y debida aplicación, sin que se violen los derechos consagrados en los Contratos de concesión de los operadores que prestamos servicios denominados Tipo A.

Atentamente,



Annelise Valdés
Representante Legal
Digicel (Panama), S.A.