



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 1698

Panamá, 01 de diciembre de 2021

Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.

La Licenciada Zuzana Litvinova, actuando en nombre y representación de la sociedad **Interfast Panamá, S.A.**, solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución AN No. 16484-CS de 26 de noviembre de 2020, emitida por la Comisión Sustanciadora de la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos**, su acto confirmatorio, y que se hagan otras declaraciones.

Contestación de la demanda.

Honorable Magistrado Presidente de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia.

Acudo ante usted de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 5 de la Ley No.38 de 31 de julio de 2000, con la finalidad de contestar la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción descrita en el margen superior.

I. Los hechos en que se fundamenta la demanda, los contestamos de la siguiente manera:

Primero: No es un hecho; por tanto, se niega.

Segundo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Tercero: No es un hecho; por tanto, se niega.

Cuarto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Quinto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Sexto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Séptimo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Octavo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Noveno: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo Primero: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo Segundo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo Tercero: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo Cuarto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo Quinto: No es un hecho; por tanto, se niega.

II. Normas que se aducen infringidas.

La apoderada judicial de la demandante manifiesta que el acto acusado de ilegal infringe las siguientes disposiciones:

A. Los artículos 34, 36, 143 y 162 de la Ley No.38 de 31 de julio de 2000; normas que indican los principios que informan al procedimiento administrativo general, entre estos, objetividad, imparcialidad, celeridad, transparencia y legalidad; que señala que ningún acto podrá emitirse o celebrarse con infracción de una norma jurídica vigente, aunque este provenga de la misma autoridad que dicte o celebre el acto respectivo; que la autoridad competente deberá evaluar las pruebas que las partes han propuesto y presentado, a los efectos de decidir cuáles son admisibles y cuáles no lo son, en orden a su conducencia o inconducencia, respecto de los hechos que deben ser comprobados; que los recursos podrán fundarse en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluyendo la desviación de poder (Cfr. fojas 14 a 21 del expediente judicial);

B. El artículo 59 de la Ley No.31 de 8 de febrero de 1996, por el cual se dictan normas para la regulación de las telecomunicaciones en la República de Panamá, el cual establece que el Ente Regulador de los Servicios Públicos impondrá las sanciones previstas en el artículo 57 (numeral 1), previo cumplimiento del procedimiento que se indica para este respecto, cuya investigación se sustanciara en un término de hasta treinta (30) días improrrogables (Cfr. fojas 21 a 23 del expediente judicial); y,

C. Los artículos 8 (numeral 1), 56, 98 y 100 (numeral 5) del Decreto Ejecutivo No.138 de 15 de junio de 1998, por el cual se dictan normas para la utilización de instalaciones dedicadas a la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, radio y televisión, que guardan relación con que los suministradores estarán obligados a proporcionar acceso y facilitar el uso eficiente de sus instalaciones a los operadores que los soliciten, bajo condiciones equitativas, razonables y no

discriminatorias; que el acceso, si así lo solicita el operador, será de igual calidad al que el suministrador se otorgue a sí mismo o a cualquier otro operador; que las acciones u omisiones que violen las obligaciones contenidas en la normativa, se constituyen en infracción susceptible de ser sancionada por el Ente Regulador, con multa entre mil balboas (B/.1,000.00) hasta cien mil balboas (B/.100,000.00), la que dependerá de la gravedad de la falta; que puede constituir una infracción a la normas de telecomunicaciones, cuando el suministrador no ofrezca a un operador las mismas condiciones técnicas, económicas y de mercado que a otro operador en similar situación, el acceso y uso de las instalaciones del suministrador (Cfr. fojas 23 a 26 del expediente judicial).

III. Breves antecedentes.

Según consta en autos, el 17 de septiembre de 2019, la Comisión Sustanciadora de la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos** recibió la Nota LEG 1709201901, a través de la cual la sociedad **Interfast Panamá, S.A.**, presentó formal denuncia administrativa en contra de la concesionaria Unión Fenosa Redes de Telecomunicaciones Panamá, S.A. (UFINET), por la posible infracción a la normativa de telecomunicaciones, en específico, el artículo 100 (numeral 5) del Decreto Ejecutivo No.138 de 15 de junio de 1998 (Cfr. foja 29 del expediente judicial).

También consta que luego que la Comisión Sustanciadora de la autoridad demandada, surtiera el trámite correspondiente dentro del Proceso Administrativo Sancionador, y culminara con cada una de las etapas procesales, en las cuales participaron las empresas concesionarias **Interfast Panamá, S.A.** y Unión Fenosa Redes de Telecomunicaciones Panamá, S.A., se emitió la Resolución AN No. 16484-CS de 26 de noviembre de 2020 (Cfr. fojas 29 a 37 del expediente judicial).

El citado acto administrativo fue objeto de un recurso de impugnación interpuesto por la empresa **Interfast Panamá, S.A.**, lo que dio lugar a la emisión de la Resolución AN No. 16600-CS de 26 de enero de 2021, por cuyo conducto se confirma el acto impugnado. Dicha resolución le fue notificada a la sociedad recurrente el 29 de enero de 2021 (Cfr. fojas 38-45 del expediente judicial).

Agotada la vía gubernativa en la forma antes prevista, la ahora demandante empresa **Interfast Panamá, S.A.**, el 26 de marzo de 2021, acudió a la Sala Tercera para interponer la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción en estudio, con el objeto que esa Corporación de Justicia declare nula, por ilegal, la Resolución AN No. 16484-CS de 26 de noviembre de 2020, emitida por la Comisión Sustanciadora de la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos**; y su acto confirmatorio, y que como consecuencia de tal declaratoria de ilegalidad, solicita el restablecimiento del derecho subjetivo que aduce le fue lesionado con la actuación de la entidad demandada, mediante la siguiente declaración:

"I. DECLARACIÓN SOLICITADA:

Interpongo Recurso Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción para que se declare nula, por ilegal, la **Resolución AN No. 16484-CS de 26 de noviembre de 2020** por la cual se resuelve el proceso administrativo sancionador seguido a la empresa **UNIÓN FENOSA REDES DE TELECOMUNICACIONES PANAMÁ, S.A. (UFINET PANAMÁ, S.A.)** por supuestas infracciones en materia de telecomunicaciones y en consecuencia ordena el archivo del expediente identificado con el número 33 2019, confirmada en la decisión promulgada en la **Resolución AN No. 16600-CS de 26 de enero de 2021 (QUE NEGÓ LA RECONSIDERACIÓN)**, ambas emitidas por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (ASEP).

Solicitamos en consecuencia, declarar la ilegalidad del acto administrativo acusado y el confirmatorio (**QUE NEGÓ LA RECONSIDERACIÓN**), en conjunto, para que se restablezca asimismo, el orden jurídico y en tal sentido, al declarar la nulidad de lo demandado, se decrete que existe obligación por parte de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos de declarar la apertura del proceso sancionador contra **UFINET PANAMÁ, S.A.**, y continuar con el trámite del expediente identificado con el número 33 2019." (Cfr. foja 4 del expediente judicial).

Como consecuencia de lo anterior, este Despacho advierte que mediante la **Providencia de veinte (20) de abril de dos mil veintiuno 2021**, la Sala Tercera admite la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción, y envía copia de la misma por cinco (5) días a la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos**; quienes a través de la Nota No.DSAN-1068-2021 de 27 de abril de 2021, presentaron el informe de conducta solicitado (Cfr. fojas 46, y 48-53 del expediente judicial).

En ese mismo sentido resulta importante advertir, que a través del Oficio No.874 de 20 de abril de 2021, mediante el cual se remite copia de la demanda que se analiza, a la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos**, se indica que el "...Procurador de la Administración

intervendrá en la presente causa, en defensa del acto acusado.", de ahí que con fundamento en lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 5 de la Ley No.38 de 31 de julio de 2000, este Despacho actuará en **representación de los intereses de la institución demandada** (Cfr. foja 47 del expediente judicial).

3.1. Argumentos de la demandante.

La apoderada judicial de la sociedad **Interfast Panamá, S.A.**, alega que la resolución impugnada viola directamente los artículos 34, 36, 143 y 162 de la Ley No.38 de 31 de julio de 2000, porque considera:

1) Que el ente regulador no valoró objetivamente las pruebas que constan en el expediente administrativo sancionatorio, y que fueron aportadas por la recurrente, y por otro lado, el poder especial aportado por UFINET, para comparecer al proceso administrativo sancionatorio, fue emitido previo a la notificación de la nota que la pone en conocimiento de la investigación, de ahí que considera que se vulneraron los principios de objetividad, imparcialidad, celeridad, transparencia y estricta legalidad;

2) Que al haber tomado la decisión de no continuar con la investigación y el consecuente archivo del expediente, lo que trajo como consecuencia, que no se sancionara a la empresa Unión Fenosa Redes de Telecomunicaciones Panamá, S.A., por las infracciones cometidas a la normativa en materia de telecomunicaciones, con lo cual se convierte en un cómplice desleal en favor de este operador dominante del mercado de telecomunicaciones; y,

3) Además indica que la entidad demandada con su actuación, ha adoptado fines distintos a los establecidos en la ley con lo que se configuro el fenómeno jurídico denominado desviación de poder, ya que a su parecer se ha querido revestir con razones legales, el favorecer a los proveedores dominantes del servicio de telecomunicaciones, lo que resulta en detrimento de la actora, que recibe un trato desigual y discriminatoria de parte de la prenombrada compañía concesionaria (Cfr. fojas 14 a 21 del expediente judicial).

En adición a tales argumentos, la accionante señala, que desde el 30 de septiembre de 2019, que se remite la denuncia presentada por la sociedad **Interfast Panamá, S.A.**, hasta que el 26

de noviembre de 2020 que se emite la decisión final, ordenando el archivo del expediente, transcurrió más de un (1) año, situación que es contraria a lo señalado en el artículo 59 de la Ley No.31 de 8 de febrero de 1996, el cual establece que la investigación se sustanciara en un término de hasta treinta (30) días improrrogables (Cfr. fojas 21-23 del expediente judicial).

Finalmente sostiene la sociedad demandante que, la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos**, desestimó la denuncia presentada por la sociedad **Interfast Panamá, S.A.** en contra de **UFINET**, y además le indica que debe seguir presentando solicitudes de intervención, situación con la que está en total desacuerdo, toda vez que estas son tramitadas en una oficina del ente regulador que realiza investigaciones por infracciones a la normativa de telecomunicaciones y además tardan dos (2) años para resolver las mismas, situación que considera en perjuicio de sus intereses, sobre todo porque la conducta dominante desplegada por la empresa Unión Fenosa Redes de Telecomunicaciones Panamá, S.A., como suministrador principal de la plaza, que le brinda condiciones desfavorables y restrictivas, afectando a los usuarios del servicio (Cfr. fojas 23-26 del expediente judicial).

IV. Del Informe de Conducta remitido por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, mediante Nota No.DSAN-1068-2021 de 27 de abril de 2021.

Por otra parte, se observa que en el Informe Explicativo de Conducta remitido al Tribunal Contencioso Administrativo, la autoridad demandada señaló lo que a continuación transcribimos:

"MOTIVACIONES DE LA AUTORIDAD REGULADORA PARA LA EMISIÓN DEL ACTO IMPUGNADO

El Decreto Ejecutivo 138 de 15 de junio de 1998 regula la utilización de instalaciones dedicadas a la prestación de servicios de telecomunicaciones, radio y televisión, siendo el interés del Estado que los suministradores brinden el debido acceso a las instalaciones de telecomunicaciones bajo principios de neutralidad, no discriminación e igualdad, conforme a los términos y condiciones técnicas y económicas negociados entre las partes, previo cumplimiento de una serie de condiciones establecidas en la legislación.

Se origina el Proceso Sancionador de una denuncia administrativa presentada por **INTERFAST** en contra de **UFINET**, por la posible infracción a la normativa de telecomunicaciones, en específico, el numeral 100.5 del Decreto Ejecutivo 138 de 15 de junio de 1998, debido a que la denunciante considera que el suministrador no le ofreció las mismas condiciones técnicas, económicas y de mercado que poseen otros operadores.

Dentro del expediente administrativo, esta Autoridad Reguladora pudo comprobar que el contrato de cesión de uso de derechos de paso de

Infraestructuras aéreas y subterráneas firmado entre la empresa **INTERFAST** y la empresa **UFINET**, establece las condiciones mínimas que forman parte del contrato de cesión de uso de derechos de paso de Infraestructuras aéreas. (Fojas 5 a la 29).

Dentro de la información acopiada al expediente Administrativo Sancionador, la Dirección de Telecomunicaciones de la ASEP, mediante memorando DTEL-DER-1273-2019 recibido el 20 de noviembre de 2019, sobre las condiciones técnicas, económicas y de mercado mencionadas por la empresa recurrente, indicó:

- Que es importante señalar que la norma no establece cuales son las condiciones que definen la similitud entre operadores para determinar si merecen el mismo trato o no.
- Que bajo el mismo orden de ideas, y tomando como ejemplo el acceso y uso de postes, los suministradores dispone de rangos de precios diferenciados según el volumen de postes accedido, por lo que las condiciones económicas para un concesionario que accede a 100 postes nunca será igual a lo que deberá pagar un concesionario que instale sus cableados en 10 000 postes o más.

Dicho memorando DTEL-DER-1273-2019 refiere a las condiciones que debe ofrecer un concesionario a los operadores basándose en los principios de igualdad y trato no discriminatorio, siempre que se encuentren en condiciones similares. Pero puede considerarse que independientemente de tener condiciones mínimas para la suscripción de los acuerdos o contratos, dichas condiciones pueden variar según las necesidades de las empresas y el volumen de solicitudes que puedan generar, estableciendo dichas diferencias en la instalación de buena fe en los acuerdos.

Por tanto, los operadores deben adecuar las condiciones no técnicas de sus acuerdos a diferentes aspectos como, por ejemplo, el volumen de postes que son utilizados por los diferentes operadores.

En este punto le expresamos, que el contrato suscrito entre la empresa **INTERFAST** y la empresa **UFINET**, no puede ser desconocido por ninguna de las partes, ante lo dispuesto en el artículo 1109 del Código Civil vigente, el cual dispone lo siguiente:

‘Artículo 1109. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conforme a la buena fe, al uso y a la ley.

Se exceptúan los actos y contratos enumerados en el artículo 1131, los cuales no se perfeccionan mientras no consten por escrito, con especificación completa de las condiciones del acto o contrato y determinación precisa de la cosa que sea objeto de él.’
(El subrayado es nuestro)

Debido a lo anterior podemos señalar que la empresa **INTERFAST** está familiarizada en la forma que establece el Decreto Ejecutivo 138 de 15 de junio de 1998, el procedimiento para resolver las controversias que puedan existir entre los operadores, y que la intervención de la Autoridad es para salvaguardar el interés colectivo.

El Decreto Ejecutivo No. No. (sic) 138 de 15 de junio de 1998, dispone la posibilidad de modificación según lo dispuesto en el artículo 10 al señalar: 'Los acuerdos de acceso y uso, ya sean nuevos o que modifiquen acuerdos existentes, se fundamentarán en los principios de minimización de costos, maximización de eficiencia para evitar la duplicación de las inversiones, así como en los principios de igualdad, neutralidad y no discriminación entre operadores.' (El subrayado es nuestro), lo que constituye un mecanismo para resolver controversias debido a los acuerdos o contratos de Buena Fe.

Por su parte, **INTERFAST** ha argüido en su defensa haber solicitado que se le igualaran las condiciones técnicas más favorables brindadas a CWP debemos mencionar, que **INTERFAST** no especificó cuáles eran las condiciones u deberían cambiar en el acuerdo o parecerse a las de otro operador como CWP; por lo que la empresa **INTERFAST** no cumplió con lo establecido en el artículo 29 del Decreto Ejecutivo 138 de 15 de junio de 1998 el cual señala lo siguiente:

'Artículo 29. De no haber un acuerdo entre las partes respecto al acceso y uso solicitado o en caso de que surgieran controversias respecto a los términos y condiciones del acuerdo que no puedan resolverse a través de los mecanismos de solución de disputas contenidos en el mismo, cualquiera de las partes podrá solicitar la intervención del Ente Regulador. La solicitud se hará por escrito y describirá los puntos en desacuerdo entre las partes. El Ente Regulador limitará su intervención a la solución de los temas en controversia, salvo en los casos en que determine que el acuerdo contiene elementos anticompetitivos, discriminatorios o violatorios de la ley o los reglamentos pertinentes. Sin perjuicio de lo anterior, a partir del momento en que cualquiera de las partes haya solicitado la intervención del Ente Regulador, éste podrá ordenar el acceso y uso inmediatos, los cuales seguirán en vigor hasta la resolución final de la controversia.' (El subrayado es nuestro).

En el dossier es evidente que la empresa **INTERFAST** no utilizó o invocó la cláusula vigesimosexta del acuerdo suscrito con la empresa **UFINET**, que establece el procedimiento del cual debe hacer uso para realizar la verificación de las condiciones pactas y aceptadas junto al acuerdo, para acudir a esta Autoridad y se intervenga según los presupuestos establecidos en los artículos 29 al 39 del Decreto Ejecutivo No.138 de 15 de junio de 1998.

Es así que la necesidad de establecer una petición formal sobre las cláusulas en conflicto no es antojadizo, ya que hablamos que al intervenir la Autoridad debe hacerlo sobre los puntos específicos en conflicto sobre temas técnicos, económicas o de mercado, dando criterios técnicos que ayuden a resolver de forma amistosa la controversia y es por ello que no se logró acreditar la presencia de una infracción en materia de Telecomunicaciones, en específico el numeral 100.5 del Decreto Ejecutivo 138 de 15 de junio de 1998.

Es oportuno mencionar, que el operador **INTERFAST** no aportó durante el trámite del Proceso Sancionador caudal probatorio que acreditara la existencia de condiciones técnicas, económicas o de mercado desfavorables, con lo cual no se sustentó un posible perjuicio a los usuarios, razón por la cual la orden emitida no perjudica el interés público. En su efecto, la empresa **INTERFAST** mantiene un Contrato de Cesión de Uso de Derechos de Paso en Infraestructuras Aéreas y

Subterráneas que le permite solicitar cambios, modificaciones a las condiciones establecidas con la empresa UFINET.

..."

V. Descargos legales de la Procuraduría de la Administración en representación de los intereses de la institución demandada.

Frente a los argumentos expuesto por la demandante, este Despacho procederá a analizar los cargos de infracción que se aducen con respecto a las normas que se estiman conculcadas, advirtiendo que nos oponemos a los mismos.

En el caso que ocupa nuestra atención, la Procuraduría de la Administración observa que la Comisión Sustanciadora de la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos**, con la finalidad de arribar a una decisión acerca de la denuncia presentada por la sociedad **Interfast Panamá, S.A.**, tomó en cuenta las constancias del expediente administrativo y una serie de circunstancias, que se encuentran plasmadas en la Resolución AN No. 16484-CS de 26 de noviembre de 2020, que se acusa de ilegal, dentro de las cuales, señaló: *"19.12. Ahora bien, esta Autoridad debe indicar que la denuncia se enmarca en la interpretación del acuerdo suscrito entre INTERFAST PANAMA, S.A. y la empresa UFINET, sobre la forma acordada para los plazos y los procedimientos que regula el contrato sobre la atención de solicitudes presentadas por el operador y la contestación que da UFINET, y que constituyen presupuestos establecidos en el acuerdo originados de la voluntad para pactar entre las partes contratantes."* (Cfr. foja 33 del expediente judicial).

Agrega la institución demandada, que *"19.14. Puede considerarse que independientemente de tener condiciones mínimas para la suscripción de los acuerdos, las mismas pueden variar según las necesidades de las empresas y el volumen de solicitudes que puedan generar, estableciendo dichas diferencias en los acuerdos suscritos de buena fe entre las partes."* Así mismo se indica en el citado acto administrativo, que se acusa de ilegal, en el apartado 19.17., *"Que el contrato de cesión de uso de derechos de paso de Infraestructuras áreas y subterráneas entre la empresa INTERFAST PANAMA, S.A. y la empresa UFINET (acuerdo suscrito por ambas partes), señala en su cláusula Vigésimo Sexta el procedimiento a seguir para discernir las divergencias o diferencias estableciendo el procedimiento a seguir el cual no ha sido utilizado por la empresa INTERFAST PANAMA, S.A."* (Cfr. foja 33 del expediente judicial).

Según continúa señalando la entidad reguladora, "19.19. Dentro del cúmulo de constancias del expediente administrativo podemos observar una sola comunicación por vía correo electrónico de fecha 5 de diciembre del año 2017 (foja 102) que denota la petición por parte de la empresa INTERFAST PANAMA, S.A., para que le sea otorgada las mismas condiciones que posee otras concesionarias sin especificar cuáles son dichas condiciones que deben cambiar en el acuerdo; por lo que la empresa no cumple con lo establecido en el artículo 29 del Decreto Ejecutivo No. No. (sic) 138 de 15 de junio de 1998.". En ese mismo sentido se indica, en el apartado 19.20 que "En el dossier es evidente que la empresa INTERFAST PANAMA, S.A. no utilizó o invocó la cláusula vigésimo sexta del acuerdo suscrito con la empresa UFINET, que establece el procedimiento del cual debe hacer uso para realizar la verificación de las condiciones pactadas y aceptadas junto al acuerdo, para acudir a esta autoridad y se intervenga según los presupuestos establecidos en los artículos 29 y 39 del Decreto Ejecutivo No. 138 de 15 de junio de 1998." (Cfr. foja 33 del expediente judicial).

De acuerdo con lo que explica finalmente la Comisión Sustanciadora de la entidad reguladora, "19.21. Que la necesidad de establecer una petición formal sobre las cláusulas en conflicto no es un requisito antojadizo, ya que hablamos que al intervenir la Autoridad debe hacerlo sobre los puntos específicos en conflicto, dando criterios técnicos que ayuden a resolver de forma amistosa la controversia y sin estos criterios no podemos estar en presencia de una infracción." (Cfr. foja 33 del expediente judicial).

Por otra parte, al efectuar el análisis de las constancias que reposan en el expediente judicial, esta Procuraduría advierte que no le asiste la razón a la actora, ya que de acuerdo con las constancias procesales, previo a la emisión de la resolución administrativa que se acusa de ilegal, dicho acto se expidió luego de haber llevado a cabo el examen de los hechos alegados y considerando todas las pruebas documentales, de informe y testimoniales que fueron practicadas dentro del Proceso Administrativo Sancionador; circunstancia que claramente se desprende del contenido de la Resolución AN No. 16484-CS de 26 de noviembre de 2020, por lo que el argumento planteado por la actora, al señalar que las resolución acusada de ilegal viola los principios de

imparcialidad, transparencia, objetividad, celeridad y estricta legalidad, deviene sin sustento alguno (Cfr. fojas 14 a 21 del expediente judicial).

En cuanto al argumento que plantea la parte recurrente, en el sentido que el ente regulador no cumplió con el término de treinta (30) días improrrogables que le concede la ley para realizar las investigaciones, debemos advertir, que dicha institución lejos de incumplir con lo señalado en el artículo 59 de la Ley No.31 de 8 de febrero de 1996, realizó la fiel observancia de la normativa que regula la materia, ello es así, pues con la sola lectura de la parte motiva de la Resolución AN No. 16484-CS de 26 de noviembre de 2020, se puede apreciar que la decisión a la que arribó la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos** se genera después de efectuar una valoración de lo investigado, lo que le permitió concluir que no existía mérito para formular un pliego de cargos en contra de UFINET, de ahí que este Despacho no comparte, la opinión de la demandante, al indicar que en un mes, el sustanciador pueda efectuar la investigación y realizar un análisis objetivo del caso, máxime que se gestionaron por parte de la entidad demandada, todos los medios necesarios a fin de salvaguardar los derechos de los terceros (usuarios del servicio), así como los intereses del Estado, razón por la que el cargo que se refiere a la supuesta infracción de la norma legal antes mencionada, no se ha producido.

En un proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción como el que se analiza, la Sala Tercera se pronunció sobre el artículo 59 de la Ley No.31 de 8 de febrero de 1996, por lo que consideramos pertinente reproducir a continuación el criterio expresado por el Tribunal en la Sentencia de veintitrés (23) de junio de dos mil cuatro (2004):

"En cuanto a la violación que se alega al artículo 59 de la Ley N° 31 de 8 de febrero de 1996, la Sala disiente de los argumentos en que se sustenta, pues, del texto de la norma se infiere que hace alusión al procedimiento ante el posible incumplimiento de las normativas sectoriales respectivas, que, contrario a lo planteado por el demandante, y como afirma la Procuradora de la Administración, no se trata de una obligación que produce la nulidad de la resolución administrativa.

Las disposiciones meramente procesales no deben en ninguna forma dificultar el alcance del derecho protegido, y por consiguiente, no deben crear impedimentos para la consecución de los fines que persigue la ley. Por el contrario, deben indicar el modo de proceder a fin que una controversia sea dirigida a una decisión objetiva de la manera más rápida y adecuada.

Lo cierto es que, si lo que pretende el demandante es la declaratoria de ilegalidad de la resolución administrativa en virtud de la cual se le impone una sanción, así como su acto confirmatorio, estima la Sala que dicha solicitud no prospera porque la Administración, en base a denuncia interpuesta por la parte afectada, comprobó la existencia de un incumplimiento de las normas vigentes en materia de telecomunicaciones, a raíz de lo cual formuló el pliego de cargos respectivo a fin de acreditar la responsabilidad del acto, que fuere posteriormente reconocida por el representante legal de R.G. ELECTRONICS, S.A., tal y como viene acreditado en párrafos anteriores.

De esta forma, se advierte que el Ente Regulador de los Servicios Públicos lejos de infringir el artículo 59 de la Ley N° 31 de 8 de febrero de 1996, lo cumplió en su totalidad, toda vez que procuró los medios necesarios a fin de salvaguardar los derechos del tercero afectado, del acusado, así como los intereses del Estado.

No debe perderse de vista que, el Ente Regulador de los Servicios Públicos, creado mediante la Ley N° 26 de 29 de enero de 1996, modificada por la Ley N° 24 de 30 de junio de 1999, fue facultado para llevar a cabo las funciones de control y fiscalización de los servicios públicos de abastecimiento de agua potable, alcantarillado sanitario, telecomunicaciones, electricidad, radio y televisión, así como la transmisión y distribución de gas natural. De igual modo, se contempla que, entre las atribuciones del Ente Regulador de los Servicios Públicos, se encuentra el conocer y atender las denuncias y reclamaciones que se le presenten, y que guarden relación con las actividades bajo su jurisdicción. En adición a ello, la Ley N° 31 de 8 de febrero de 1996, sobre Ley Sectorial de Telecomunicaciones, establece que el Ente Regulador de los Servicios Públicos, está facultado para regular, ordenar, fiscalizar, y reglamentar eficazmente, entre otros, la operación y administración de los servicios de telecomunicaciones. Es pues, en atención a lo anotado, que el Ente Regulador de los Servicios Públicos fundamenta su actuación, luego que fuera sometida a su conocimiento la denuncia interpuesta por la Cooperativa de Servicios de Transporte Joaquina H. de Torrijos, R. L.

En vista de que la parte actora no ha probado que se haya producido la infracción imputada al acto impugnado, corresponde a la Sala desestimar su ilegalidad..." (El destacado es nuestro).

En igual sentido, se pronunció la Corte Suprema de Justicia, Pleno, en una acción de amparo de garantías constitucionales, en el Fallo de doce (12) de noviembre de dos mil catorce (2014), que en su parte pertinente señaló:

"...

La alegada violación al debido proceso, se sustenta en que dicho término no solo aplica para agotar la investigación sino también para que se defina la misma, dentro de dicho plazo, mediante la expedición del correspondiente pliego de cargos, si se llegase a determinar que existe fundamento para ello.

No comparte el Pleno la postura del demandante, ya que si bien es cierto la norma establece un plazo para realizar la investigación, nada dice sobre que dentro de dicho término debe emitir el pliego de cargos si para el caso corresponde.

En ese sentido, luego de la investigación la autoridad reguladora debe hacer una valoración de lo investigado para poder llegar a una conclusión que le permita emitir pliego de cargos o de lo contrario no hacerlo. No es posible que este análisis fundamental sea exigido dentro del mismo término o a la vez que se realiza la investigación, ya que como dice la norma el término es de 30 días para completar la investigación, debiendo interpretarse que luego de esta investigación es cuando el sustanciador podrá realizar una valoración de todo lo investigado que le permita hacer una imputación de cargos o no...". (El resaltado es nuestro)

En cuanto a lo manifestado por la accionante, que se encuentra **total desacuerdo con la indicación de la entidad demandada, en el sentido, que la actora debe primero utilizar el procedimiento que señala el contrato de concesión de uso de derechos de paso e infraestructuras aéreas y subterráneas suscrito entre Interfast Panamá, S.A. y UFINET, a través del cual se indica que debe presentarse una petición formal sobre las cláusulas en conflicto, a fin de aclarar las discrepancias, y de no llegar a ningún acuerdo se debe solicitar la intervención de la Autoridad reguladora; ya que en su opinión dicha metodología resulta dilatoria, porque tarda dos (2) años en resolverse, situación que considera en perjuicio de sus intereses; sin embargo, este Despacho advierte que la recurrente ha equivocado sus apreciaciones, ya que tal como se desprende de las constancias procesales, en la cláusula vigésima sexta del compromiso que fue firmado entre las partes se establece claramente la tramitación que se debe observar para realizar la verificación de las condiciones que fueron pactadas y aceptadas; sobre la base de estos razonamientos y lo establecido en el "Capítulo 7: Solución de Controversias" del Decreto Ejecutivo No.138 de 15 de junio de 1998, por el cual se dictan normas para la utilización de instalaciones dedicadas a la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, radio y televisión, se faculta de manera expresa a la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos para que intervenga en la solución de controversias y controle el cumplimiento de las leyes y reglamentos que rigen a las empresas de telecomunicaciones, sólo en el evento que las partes no lleguen a un arreglo respecto al acceso y uso solicitado o en caso de que surgieran controversias respecto a los términos y condiciones del contrato, tal como se indica en las normas que citamos a continuación.**

"Capítulo 7: Solución de Controversias

Artículo 29. De no haber un acuerdo entre las partes respecto al acceso y uso solicitado o en caso de que surgieran controversias respecto a los términos y condiciones del acuerdo que no puedan resolverse a través de los mecanismos de solución de disputas contenidos en el mismo, cualquiera de las partes podrá solicitar la intervención del Ente Regulador. La solicitud se hará por escrito y describirá los puntos en desacuerdo entre las partes. El Ente Regulador limitará su intervención a la solución de los temas en controversia, salvo en los casos en que determine que el acuerdo contiene elementos anticompetitivos, discriminatorios o violatorios de la ley o los reglamentos pertinentes. Sin perjuicio de lo anterior, a partir del momento en que cualquiera de las partes haya solicitado la intervención del Ente Regulador, éste podrá ordenar el acceso y uso inmediatos, los cuales seguirán en vigor hasta la resolución final de la controversia.

Artículo 30. En caso de desacuerdo, ambas partes enviarán al Ente Regulador una oferta final, y la sustentarán con la documentación que consideren oportuna y la que el Ente Regulador les solicite.

Artículo 31. El Ente Regulador, una vez haya recibido la oferta final de una de las partes, dispondrá de cuarenta y cinco (45) días calendario para tomar una decisión.

Artículo 32. Una vez que una de las partes haya presentado su oferta final al Ente Regulador, ambas tendrán un período de tres (3) días calendario para proceder a una conciliación. Si una parte no presenta ninguna oferta final en ese plazo, el Ente Regulador impondrá la oferta de la otra parte.

Artículo 33. De haberse entregado por ambas partes una oferta final, y no haberse llegado a un acuerdo, el Ente Regulador podrá contratar a un perito independiente, que deberá seleccionar según el mecanismo establecido en el Capítulo 8 del presente Título, quien, tras escuchar a ambas partes, emitirá un informe no vinculante para el Ente Regulador, estableciendo cuál de las dos ofertas presentadas es la más justa. Los costos por la intervención del perito serán pagados de acuerdo a lo establecido en el Capítulo 8 del presente Título.

Artículo 34. El Ente Regulador, una vez haya recibido el informe del perito, decidirá la controversia en un plazo de sesenta(60) días calendario contados a partir de la fecha del informe del perito, fundándose para ello en el dictamen del perito o en la determinación que estime más ajustada a los términos del presente Decreto.

Artículo 35. Cualquiera sea la decisión que adopte el Ente Regulador, lo hará mediante Resolución motivada.

Artículo 36. Cuando el Ente Regulador determine cuál de las ofertas resulta adecuada, su decisión será de obligatorio cumplimiento desde que se emita la resolución correspondiente, y lo resuelto se aplicará desde la fecha en que se inició debidamente autorizada la utilización de las respectivas instalaciones. (El destacado es nuestro) (Gaceta Oficial N°23,568 del viernes 19 de junio de 1998).

Por otra parte, al efectuar el análisis de las constancias que reposan en el expediente judicial, esta Procuraduría advierte que no le asiste la razón a la actora, ya que de acuerdo con

las constancias procesales, previo a la emisión de la resolución administrativa, dicho acto se expidió luego de haber llevado a cabo el examen de los hechos alegados y considerado todas las pruebas documentales, de informe y testimoniales que fueron practicadas dentro del proceso administrativo sancionador; circunstancias estas que claramente se desprende del contenido de la **Resolución AN No. 16484-CS de 26 de noviembre de 2020** y su acto confirmatorio, las cuales pasamos a detallar:

- 1) Que existe un acuerdo suscrito entre la sociedad **Interfast Panamá, S.A.** y la empresa Unión Fenosa Redes de Telecomunicaciones Panamá, S.A. (UFINET), que contiene los presupuestos mínimos contenidos en el artículo 13 del Decreto Ejecutivo No.138 de 15 de junio de 1998;
- 2) Que dentro del contrato de concesión de uso de derechos de paso e infraestructuras aéreas y subterráneas, suscritos por las partes, se señala en la cláusula vigésima sexta del mencionado acuerdo, el procedimiento para discernir las divergencias o diferencias, el cual debió ser utilizado previamente por la sociedad **Interfast Panamá, S.A.**, antes de presentar la denuncia en contra de UNINET;
- 3) Que el acuerdo suscrito entre la sociedad **Interfast Panamá, S.A.** y la empresa Unión Fenosa Redes de Telecomunicaciones Panamá, S.A. (UFINET), no puede ser desconocido por ninguna de las partes, por lo que la actora debió resolver sus diferencias de acuerdo a lo pactado, según lo establece el artículo 1109 del Código Civil;
- 4) Que previamente se había emitido la Resolución AN No.13371-Telco de 21 de mayo de 2019, mencionada por el recurrente en el hecho octavo del libelo, en la que se resuelve negar más de once (11) solicitudes de intervención y emitir una sola orden de acceso a un (1) poste solicitado por **Interfast Panamá, S.A.** a la empresa UFINET, producto de sus controversias, lo cual demuestra que la actora está familiarizada con el procedimiento que establece el Decreto Ejecutivo No.138 de 15 de junio de 1998 para la solución de conflictos;
- 5) Que al consultar a la Dirección de Telecomunicaciones del ente regulador, ésta indicó a través del memorando DTEL-DER-1273-2019 de 20 de noviembre de 2019, acerca las

condiciones técnicas, económicas y de mercado mencionadas por la empresa recurrente, lo que citamos: *"Que es importante señalar que la norma no establece cuales son las condiciones que definen la similitud entre operadores para determinar si merecen el mismo trato o no. Que bajo el mismo orden de ideas, y tomando como ejemplo el acceso y uso de postes, los suministradores dispone de rangos de precios diferenciados según el volumen de postes accedido, por lo que las condiciones económicas para un concesionario que accede a 100 postes nunca será igual a lo que deberá pagar un concesionario que instale sus cableados en 10 000 postes o más."*;

6) Que a través de la Nota DL-0447-2017 de 13 de diciembre de 2017, suscrita por la sociedad **Interfast Panamá, S.A.**, se puede apreciar que la prenombrada empresa no cumple con lo dispuesto en el artículo 29 del Decreto Ejecutivo No.138 de 15 de junio de 1998, debido a que no se especifica las condiciones que a su parecer deben ser cambiadas en el acuerdo o aquellas que deben parecerse a las de otros operadores, como es el caso de Cable and Wireless Panamá;

7) Que dentro del Proceso Administrativo Sancionador, resulta evidente que la Comisión Sustanciadora realizó numerosas diligencias probatorias, a fin de verificar el cumplimiento de la normativa de telecomunicaciones y tratando de ajustarse lo más posible a la verdad material de los hechos, respetando el derecho de defensa de las partes.

De los conceptos vertidos, es claro que para que exista la desviación de poder la actuación administrativa se aparta del fin perseguido por la ley; no obstante, en el caso analizado la autoridad local ha aplicado una norma existente y vigente, con fundamento en la protección de los intereses colectivos, por lo que, **en nuestra opinión no se configura, el fenómeno jurídico denominado desviación de poder.**

Lo anteriormente indicado, permite a esta Procuraduría señalar que en el proceso bajo análisis no se han infringido artículos 34, 36, 143 y 162 de la Ley No.38 de 31 de julio de 2000, del procedimiento administrativo general; el artículo 59 de la Ley No.31 de 8 de febrero de 1996, por el cual se dictan normas para la regulación de las telecomunicaciones en la República de Panamá; y en los artículos 8 (numeral 8), 56, 98 y 100 (numeral 5) del Decreto Ejecutivo No.138 de 15 de junio de 1998, por el cual se dictan normas para la utilización de instalaciones dedicadas a la prestación

de servicios públicos de telecomunicaciones, radio y televisión, que constituyen la reglamentación para el sector y, como tal, es de obligatorio cumplimiento para todas las empresas concesionarias de la prestación del servicio público de telecomunicación, ni tampoco de advierte la configuración de ninguna causal de nulidad; **de ahí que somos del criterio que los cargos de infracción aducidos por la apoderada judicial de la demandante en relación a las normas previamente descritas, carecen de sustento jurídico.**

En atención a las anteriores consideraciones de hecho y de Derecho esta Procuraduría solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL** la Resolución AN No. 16484-CS de 26 de noviembre de 2020, emitida por la Comisión Sustanciadora de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, ni su acto modificatorio y, en consecuencia, se nieguen las restantes pretensiones de la sociedad **Interfast Panamá, S.A.**

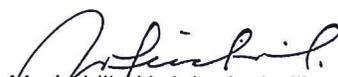
VI. Pruebas: Se aduce como prueba documental de la Procuraduría de la Administración, la copia autenticada del expediente administrativo que guarda relación con el caso bajo análisis, el cual reposa en la Secretaría del Tribunal.

VII. Derecho. No se acepta el invocado por la accionante.

Del Honorable Magistrado Presidente,



Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración



María Lilia Urriola de Ardila
Secretaría General

Expediente: 282612021