

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 312

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 22 de marzo de 2019

Proceso Contencioso
Administrativo
de Plena Jurisdicción.

Concepto de la Procuraduría
de la Administración.

La firma forense Alemán, Cordero, Galindo & Lee, actuando en representación de la sociedad **Cable & Wireless Panama, S.A.**, solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución AN 12132-CS de 19 de febrero de 2018, emitida por la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos**, su acto confirmatorio, y para que se hagan otras declaraciones.

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

Acudo ante el Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 5 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, para intervenir en interés de la Ley, en el proceso descrito en el margen superior, ya que nos encontramos ante un proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción en el cual se impugna una resolución que en la vía gubernativa resolvió una controversia entre particulares, es decir, entre la sociedad **Telecomunicaciones Netuno de Panamá, S.A** y **Cable & Wireless Panamá, S.A.**

I. Antecedentes.

Mediante el Memorando DTEL-DER-1690-2016 de 27 de diciembre de 2016, la Dirección Nacional de Telecomunicaciones de la **ASEP** remitió al despacho de la

Comisionada Sustanciadora, una solicitud para que se evaluara si existían los méritos para levantar un proceso sancionador en contra de la concesionaria **Cable & Wireless Panamá, S.A.**, debido al supuesto incumplimiento de acceso al Punto de Interconexión, ubicado en Balboa, de la empresa **Telecomunicaciones Netuno de Panamá, S.A.** (Cfr. foja 22 del expediente judicial).

Adjunto al memorando arriba mencionado, la Dirección técnica remitió un informe que explica, que mediante la nota fechada 21 de septiembre de 2016, la empresa **Netuno** solicitó a la **ASEP** que se pronunciara ante una supuesta prohibición de acceso a las instalaciones de los servicios de interconexión de dicha empresa, la cual se encuentra ubicada en las instalaciones de la concesionaria **Cable & Wireless Panamá, S.A.** (Cfr. foja 22 del expediente judicial).

Lo arriba descrito encontró su fundamento en una discrepancia entre la empresa **Cable & Wireless Panamá**, quien mediante la Nota 3-2-16-NJR-200, solicitó a la **ASEP** autorizar la terminación anticipada de los Acuerdos de Interconexión con la empresa **Netuno**, fundamentándose en la cláusula 18 de dichos acuerdos, el cual, en su acápite 18, se refiere específicamente al tema de Terminación del Acuerdo por Morosidad, y el cual es del tenor siguiente:

"Artículo 207. Salvo en los casos de grave peligro para la vida o salud humana, grave perjuicio a la red del concesionario o mora superior a treinta (30) días calendario, la interconexión no podrá darse por terminada anticipadamente, salvo que ambas partes lleguen a un acuerdo, o alguna de las partes incumpla con los términos del acuerdo de interconexión, y siempre que el

Ente Regulador determine, mediante Resolución motivada, que la terminación de dicha interconexión no perjudicará el interés público bajo las circunstancias vigentes en su momento" (Cfr. foja 23 del expediente judicial).

Producto de la acción tomada por CWP, la empresa Netuno comunicó a la Dirección Nacional de Telecomunicaciones, que a raíz de la restricción de acceso a su Punto de Interconexión, se vio afectada por fallas en el enlace de interconexión con la empresa Claro Panamá, S.A., lo que trajo como consecuencia la caída del servicio de telecomunicaciones básico 101 hacia la red celular de dicho operador (Cfr. foja 23 del expediente judicial).

Así las cosas, y luego de haberse valorados los elementos probatorios alegados y presentados por los interesados, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos emitió la Resolución AN 12132-CS de 19 de febrero de 2018, a través de la cual se resolvió, entre otras cosas, lo siguiente:

"PRIMERO: SANCIONAR a la concesionaria CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., por infringir lo establecido en el Numeral 10 del artículo 56, Capítulo Único, del Título III, denominado 'Infracciones, Sanciones y Procedimiento Sancionador', de la Ley 31 de 8 de febrero de 1996, específicamente los artículos 187, 189 y 190 del Título V, denominado 'De la Interconexión' del Decreto Ejecutivo 73 de 9 de abril de 1997 y el Resuelto Primero de la Resolución AN 2704-Telco de 26 de junio de 2009.

...
TERCERO: ORDENAR a la concesionaria CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., que se le permita el libre acceso a la empresa TELECOMUNICACIONES NETUNO DE PANAMA, S.A., al Centro de Datos Internacionales de CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., ubicado en Balboa,

Ancón, Calle Gavilán, Edificio 0843, hasta que la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos se pronuncie sobre la solicitud de terminación anticipada del acuerdo de interconexión." (El resaltado y el subrayado es nuestro) (Cfr. foja 29 del expediente judicial)

Producto de su inconformidad con lo arriba indicado, la empresa **Cable & Wireless Panamá, S.A.**, interpuso un recurso de reconsideración en su contra, al cual se le dio respuesta mediante la Resolución AN 12203-CS de 22 de marzo de 2018, la que dispuso mantener en todas sus partes la Resolución AN 12132-CS de 19 de febrero de 2018, que fue notificada a la demandante, mediante escrito recibido el 28 de marzo de 2018, quedando así agota la vía gubernativa (Cfr. foja 30 - 35 y 36 del expediente judicial).

Producto de lo anterior, el 28 de mayo de 2018, la sociedad **Cable & Wireless Panamá, S.A.**, presentó una demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción, la cual sustentó, entre otras consideraciones, en lo siguiente:

"El Acuerdo Comercial suscrito entre CWP y NETUNO para el alquiler de espacio (Estante de 42") en el Centro de Datos Internacionales de CWP ubicado en Balboa, Corregimiento de Ancón, Calle Gavilán, Edificio 0843, **no constituye un servicio de telecomunicaciones, y menos aún servicios de interconexión por parte de CWP a NETUNO.**" (El resaltado es nuestro) (Cfr. foja 11 del expediente judicial).

Cabe mencionar en este punto, que la sociedad **Telecomunicaciones Netuno de Panamá, S.A.**, presentó un recurso de apelación en contra de la Providencia de 13 de junio de 2018, que admitió la demanda, medio de impugnación al que se opuso la hoy accionante, el cual fue desestimado

por la Sala Tercera, lo que dio lugar a la confirmación de la mencionada admisión a través de la Resolución de 26 de diciembre de 2018. Posterior a dicha gestión sólo se observa una *solicitud de copias* por parte de la tercera interesada, mas no así una contestación a la demanda en estudio; razón por la que este Despacho procederá a emitir su concepto tomando en consideración la información que reposa en autos (Cfr. fojas 38, 52 - 56, 57 y 76 - 86 del expediente judicial).

II. Normas que se aducen infringidas.

La apoderada judicial de la actora alega que el acto objeto de reparo infringe las siguientes disposiciones:

A. Los artículos 187, 189 y 190 del Decreto Ejecutivo 73 de 9 a abril de 1997, los cuales establecen que la interconexión de las redes de los servicios de telecomunicaciones de uso público es obligatoria, y por lo tanto, una condición esencial de la concesión; que los concesionarios estarán obligados a interconectar sus redes con las redes de otros concesionarios que lo soliciten; así como las obligaciones de los concesionarios de las redes de uso público (Cfr. foja 10 - 15 del expediente judicial).

B. El resuelto Primero de la Resolución AN 2704-Telco de 26 de junio de 2009, el cual dispuso aprobar como un punto de interconexión de la concesionaria Telecomunicaciones Netuno Panamá, S.A., para los servicios de Telecomunicación Básica Local (101), Básica Nacional (102) y Básica Internacional (103), el Centro de Datos Internacionales o Internacional Data Center (IDC) de **Cable & Wireless Panamá, S.A.**, en el

edificio 0843, calle Gavilán, Balboa, corregimiento de Ancón (Cfr. fojas 15 - 16 del expediente judicial).

C. El artículo 56 (numeral 10) de la Ley 31 de 9 de febrero de 1996, el cual establece como infracción en materia de telecomunicaciones, el incumplimiento de las normas vigentes en materia de telecomunicaciones (Cfr. fojas 16 - 17 del expediente judicial).

D. El artículo 52 (numeral 2) de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, el cual indica que se incurre en el vicio de nulidad absoluta en aquellos actos administrativos dictados por autoridades incompetentes (Cfr. fojas 17 - 20 del expediente judicial).

E. El artículo 1228 del Código Judicial, que establece que se ventilará y decidirá en proceso ordinario todo asunto contencioso que no esté sometido a trámites especiales en ese Código, no obstante que el mismo permita un trámite especial, caso en el cual el demandante podrá escoger la vía ordinaria (Cfr. fojas 20 - 21 del expediente judicial).

III. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Para los efectos de lograr una evaluación objetiva sobre los cuestionamientos que hace la accionante en relación con la presunta ilegalidad del acto objeto de reparo, consideramos importante remitirnos nuevamente a la parte resolutive de la misma, a fin de recordar la razón por la cual fue sancionada la hoy actora.

En ese sentido, la Resolución AN 12132-CS de 19 de febrero de 2018, sancionó a la empresa Cable & Wireless Panamá, S.A., por lo siguiente:

"21. Que se ha acreditado en el expediente la responsabilidad de la empresa CWP, visto que aunque exista una morosidad con la empresa NETUNO, no puede limitar el acceso a las instalaciones donde la empresa NETUNO mantiene el Colocation, ni establecer obstáculos para entrar a través de previas autorizaciones otorgadas de acuerdo a la necesidad de acceso que tenga la empresa, ya que está comprobado que dentro de dicho Colocation reposan equipos útiles a la interconexión, los cuales requieren de constante mantenimiento y la falta del mismo puede ocasionar fallas que afecten a los clientes de NETUNO, por lo que queda plasmado que ha infringido el Numeral 10 del artículo 56, Capítulo Único, del Título III denominado 'Infracciones, Sanciones y Procedimiento Sancionador' de la 31 de 8 de febrero de 1996, específicamente el Resuelto Primero de la Resolución AN 2704-Telco de 26 de junio de 2009 y los artículos 187, 189 y 190 del Título V, denominado 'De la Interconexión', del Decreto Ejecutivo 73 de 9 de abril de 1997." (El resaltado es nuestro) (Cfr foja 28 del expediente judicial).

Lo indicado en el párrafo que antecede, resulta de medular importancia en el caso que nos encontramos analizando; ya que, como en él se expone la causa por la cual se sancionó en la vía gubernativa a la hoy actora, obedeció a que ésta, limitó el acceso de la empresa **Netuno** a instalaciones que, por disposición legal, no podían ser restringidas; salvo que, de manera previa, se cumplieran ciertos requisitos y que además se contara con la autorización expresa de la ASEP.

A fin de desvirtuar los argumentos utilizados por la **ASEP**, la demandante indica que el alquiler comercial de espacio de equipos en el Centro de Datos Internacionales en el país, **no constituye un servicio de telecomunicaciones**, ni un servicio de interconexión; **así como tampoco una relación**

contractual regulada por las normas sobre interconexión entre concesionarios de telecomunicaciones; motivo por el cual, no le resultan aplicables las disposiciones que en su momento fueron utilizadas como fundamento de la sanción (Cfr. foja 7 del expediente judicial).

Dicho lo anterior, debemos partir, tal y como lo hizo la actora, haciendo referencia a la Resolución AN 2704-Telco de 26 de junio de 2009, a través de la cual, la ASEP, entre otras cosas, dispuso lo siguiente:

"Por la cual se aprueba el Punto de Interconexión que la empresa TELECOMUNICACIONES NETUNO DE PANAMÁ, S.A., pondrá a disposición de todos los concesionarios de los Servicios Básicos de Telecomunicaciones

...

5. Que mediante nota de 5 de mayo de 2009, la empresa TELECOMUNICACIONES NETUNO DE PANAMA, S.A., concesionaria de los Servicios de Telecomunicación Básica Local (No. 101), Básica Nacional (No. 102) y Básica Internacional (No.103), presentó a esta Autoridad Reguladora como punto de interconexión el Centro de Datos Internacionales o Internacional Data Center (IDC) de Cable & Wireless Panamá, S.A., en el edificio 0843, calle Gavilán, Balboa, corregimiento de Ancón;

6. Que con el objeto de verificar lo declarado por la concesionaria esta Autoridad Reguladora realizó una inspección al punto de interconexión, en la que constató que cuenta con los siguientes equipos para brindar los Servicios de Telecomunicación Básica: equipo de conmutación (Switch Planet FGSW 2620 cs), servidor de datos (Dell 2950) y dispositivo enrutador (Router Cisco 7200 VXR);

7. Que analizada y evaluada la información suministrada, esta Autoridad concluye que el punto de interconexión

propuesto por la concesionaria TELECOMUNICACIONES NETUNO DE PANAMA, S.A. es viable, por lo que estima procedente su aprobación, por lo que;

RESUELVE:

PRIMERO: APROBAR como punto de interconexión de la concesionaria TELECOMUNICACIONES NETUNO PANAMA, S.A. para los Servicios de Telecomunicación Básica Local (No.101), Básica Nacional (No.102) y Básica Internacional (No.103), el Centro de Datos Internacionales o Internacional Data Center (IDC) de Cable & Wireless Panamá, S.A., en el edificio 0843, calle Gavilán, Balboa, corregimiento de Ancón.

...

TERCERO: COMUNICAR que los concesionarios de los servicios básicos de telecomunicaciones, de acuerdo al Artículo 192.7 del Decreto Ejecutivo No. 73 de 9 de abril de 1997, podrán escoger otros puntos de interconexión diferentes al indicado en el Artículo Primero de esta Resolución, siempre que sean técnicamente factibles y que no ocasionen daños a la red. En consecuencia, TELECOMUNICACIONES NETUNO PANAMA, S.A. no restringirá o limitará los puntos de interconexión y podrá recomendar puntos de interconexión alternativos a los solicitados. Los términos técnicos y financieros para la interconexión en el punto o puntos de interconexión técnicamente factibles serán negociados entre las partes y si no llegasen a un acuerdo, los mismos se establecerán de conformidad con lo dispuesto en el Título V del Decreto Ejecutivo No. 73 de 9 de abril de 1997;

...

FUNDAMENTO DE DERECHO: Ley No. 26 de 29 de enero de 1996 y sus modificaciones; Ley No. 31 de 8 de febrero de 1996; Decreto Ejecutivo No. 73 de 9 de abril de 1997 y la Resolución No. JD-2802 de 11 de junio de 2001." (El resaltado es nuestro) (Cfr. <https://www.asep.gob.pa/?p=122832>)

De lo arriba expuesto, y contrario a lo indicado por la demandante, se puede observar que no nos encontramos ante un simple alquiler de un espacio físico, como se quiere hacer ver en el hecho segundo de la demanda.

Tal y como lo indica la resolución arriba citada, lo que en su momento aprobó la ASEP fue un punto de interconexión de la concesionaria **Telecomunicaciones Netuno Panamá, S.A.**, para los Servicios de Telecomunicación Básica Local (No.101), Básica Nacional (No.102) y Básica Internacional (No.103), en el Centro de Datos Internacionales o Internacional Data Center (IDC) de Cable & Wireless Panamá, S.A.; y no un espacio en un estante de cuarenta y dos pulgadas (42").

Lo anterior es importante tenerlo presente; ya que, es a partir de lo resuelto en esa resolución que se determinará la normativa aplicable al caso que nos encontramos analizando.

En ese orden de ideas, y siendo que, reiteramos, nos encontramos ante la interconexión de un concesionario al Centro de Datos Internacionales de Cable & Wireless; sí le es aplicable a la actora, entre otras disposiciones, la Ley 31 de 8 de febrero de 1996; afirmación que encuentra aún mayor sustento si analizamos los fundamentos de Derecho que sirvieron de base para la emisión de la ya mencionada Resolución AN 2704-Telco de 26 de junio de 2009.

Aclarado lo anterior, y siendo que sí nos encontramos ante un escenario regulado por la Ley 31 de 8 de febrero de 1996; corresponde ahora analizar el actuar desplegado por la actora, consistente en la restricción al acceso de las

instalaciones del Centro de Datos Internacionales (Cfr. foja 8 del expediente judicial).

Si analizamos los argumentos ensayados por la actora, observaremos que los mismos se centran, básicamente, en que la ASEP fundamentó su decisión en normas inaplicables al caso que nos ocupa; sin embargo, llama poderosamente la atención lo que la propia recurrente indica en el hecho octavo de su demanda, a saber:

"OCTAVO: Dado que conforme el artículo 207 del Decreto Ejecutivo 73 de 1997, la interconexión no puede terminarse sin la aprobación previa de la ASEP, procedió CWP a solicitar a la ASEP desde el año 2016 la autorización para la terminación de la interconexión de CWP con NETUNO, por morosidad en el pago de los cargos de interconexión por el uso de la red de CWP para el tráfico de llamadas de larga distancia de NETUNO." (Cfr. foja 8 del expediente judicial).

Lo indicado por la demandante en este apartado, denota de manera clara, que ella se encontraba en pleno conocimiento de la normativa aplicable dentro de la relación mantenida con la concesionaria Telecomunicaciones Netuno Panamá, S.A.; ya que, de no haber sido así, la misma no hubiera presentado una solicitud tendiente a que la ASEP aprobase la terminación de la interconexión entre CWP y Netuno.

Así las cosas, en el hecho noveno de la demanda, la actora indica lo siguiente:

"NOVENO: Dado que NETUNO también mantenía una alta morosidad en los pagos a CWP por el uso del Centro de Datos Internacionales en Balboa, CWP le informó a NETUNO que se les restringiría el acceso a las instalaciones del Centro de datos Internacionales en Balboa hasta tanto pagara la deuda.

Esa restricción de acceso, CWP de buena fe no la llegó a realizar ante la mediación de ASEP. Una vez que CWP informó a NETUNO de la medida que aplicaría en el Centro de Datos Internacionales en Balboa, NETUNO se apresuró a solicitar el apoyo de ASEP, y la ASEP en Reunión celebrada en sus oficinas el 28 de septiembre de 2016, con la presencia de representantes de NETUNO, solicitó a CWP sentarse con NETUNO para tratar de llegar a un acuerdo, a lo cual CWP accedió de buena fe.

Con el mejor de los ánimos de atender la solicitud de la ASEP, CWP invitó y recibió a NETUNO en reunión en las oficinas de CWP en el mes de enero de 2017, por motivo que el señor Ricardo Gonda de NETUNO se encontraba fuera del país desde noviembre de 2016, hasta enero de 2017.

En dicha reunión CWP presentó una propuesta para el pago por NETUNO y se les indicó que SE LES BRINDARÍA ACCESO al Centro de Datos Internacionales en Balboa, para lo cual sólo debían informar al Departamento de Carriers de CWP para que se tramitara y autorizara los permisos que presentaran en virtud de que se mantenían morosos."

Como se puede ver de lo indicado por la propia demandante; aún conociendo la prohibición de limitar el acceso a los equipos de Netuno, CWP amenazó a éstos con restringir el acceso a las instalaciones del Centro de Datos Internacionales ubicadas en Balboa hasta tanto la hoy tercera interesada pagara la deuda, incurriendo de esa manera, en una apología de una falta administrativa; lo cual resulta inconsecuente con la supuesta buena fe con la que la accionante decía estar actuando.

Por otro lado, aún y cuando la demandante indique que, de buena fe, no llegó a realizar la restricción al acceso a las instalaciones del Centro de Datos Internacionales,

observamos que en la práctica sí se dio dicha restricción,; puesto que, tal y como ella misma afirma, para poder tener acceso a dichas instalaciones, Netuno debía informar al Departamento de Carriers de CWP para que se tramitara y autorizara los permisos para su acceso; requerimiento que trae de manera implícita una restricción de acceso.

A lo anterior debemos añadir, que para el momento en que CWP empieza a restringir el acceso a Netuno al Centro de Datos Internacionales, el mismo aún no contaba con la autorización de la ASEP para la aplicación de esa medida, incurriendo de esa manera en un accionar, que afecta no solo a Netuno; sino también a los clientes de Claro Panamá, S.A.

En ese orden de ideas, debemos reiterar lo indicado en el punto veintiuno (21) de acto objeto de reparo, el cual expresó lo siguiente:

"... la empresa CWP, visto que aunque exista una morosidad con la empresa NETUNO, no puede limitar el acceso a las instalaciones donde la empresa NETUNO mantiene el Colocation, ni establecer obstáculos para entrar a través de previas autorizaciones otorgadas de acuerdo a la necesidad de acceso que tenga la empresa..."

Lo arriba indicado, insistimos, constituye el fondo del asunto que nos encontramos analizando; puesto que, independientemente de las razones que hayan sido consideradas para suscribir el contratado de interconexión entre CWP y Netuno; así como las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones en él pactadas; CWP no podía, bajo ningún concepto, restringir el acceso al Centro de Datos Internacionales sin la autorización previa de la ASEP, y fue

esto lo que precisamente se dio, una restricción a dicha instalación, utilizando como único fundamento para ello, una supuesta morosidad. De allí que estimamos que la autoridad reguladora actuó conforme a Derecho.

En el marco de lo expuesto en los párrafos precedentes, este Despacho solicita al Tribunal se sirva declarar que **NO ES ILEGAL** la Resolución AN 12132-CS de 19 de febrero de 2018, emitida por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos.

Del Señor Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente 821-18