

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 1797

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 17 de diciembre de 2021

Proceso Contencioso Administrativo
de Plena Jurisdicción Especial.

Concepto de la Procuraduría de la
Administración.

La Licenciada Zuzana Litvinova, actuando en nombre y representación de la empresa **Interfast Panamá, S.A.**, solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución AN No.16444-Telco de 09 de noviembre de 2020, dictada 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 Usted de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 5 de la Ley No.38 de 31 de julio de 2000, con la finalidad de emitir nuestro concepto en torno a la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción especial en estudio, por razón que la sociedad **Interfast Panamá, S.A.**, interpuso una queja en contra de la empresa **Ufinet Panamá, S.A.**, situación jurídica de la que se advierten los intereses contrapuestos que ambas tuvieron en la vía gubernativa, de allí que a través del Oficio No.1116 de 18 de mayo de 2021, el Tribunal haya establecido que el rol de este Despacho es en interés de la Ley (Cfr. foja 123 del expediente judicial).

I. Pretensión.

En efecto, tal como se menciona en el párrafo anterior, la concesionaria **Interfast Panamá, S.A.**, acudió a la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos** a interponer una queja en contra de la comisionista **Ufinet Panamá, S.A.**, debido a que esta última le denegó la solicitud de acceso No. IFP.INSP 315 para la utilización de sesenta y dos (62) postes (Cfr. foja 31 del expediente judicial).

II. Normas que se aducen infringidas.

La empresa aduce como infringidas las siguientes disposiciones:

A. Los artículos 34, 36 y 162 de la Ley No.38 de 31 de julio de 2000, los que guardan relación con los principios que informan al procedimiento administrativo general; que ningún acto podrá

emitirse o celebrarse con infracción de una norma jurídica vigente; y que los recursos pueden fundarse en cualquier infracción del ordenamiento jurídico incluyendo la desviación de poder (Cfr. fojas 11-18 del expediente judicial); y

B. Del Decreto Ejecutivo No.138 de 15 de junio de 1998:

b.1. El artículo 3, que dispone que la Autoridad reguladora promoverá el mejoramiento de la calidad de los servicios públicos (Cfr. fojas 18-19 del expediente judicial);

b.2. El artículo 29, que establece que de no haber acuerdo entre las partes, cualquiera de ellas podrá pedir la intervención de la institución (Cfr. fojas 19-20 del expediente judicial);

b.3. El artículo 30, que preceptúa que en caso de desacuerdo, ambas partes enviarán a la entidad una oferta final debidamente sustentada (Cfr. fojas 20-21 del expediente judicial);

b.4. El artículo 32, el cual indica que cuando una de las partes haya presentado su oferta final a la Autoridad reguladora, ambas tendrán un periodo para proceder a una conciliación (Cfr. fojas 21-22 del expediente judicial);

b.5. El artículo 9 (numeral 3), que señala que los operadores y los proveedores deberán facilitar el acceso en todos los puntos factibles (Cfr. fojas 22-23 del expediente judicial); y

b.6. El artículo 17, alusivo a que corresponde a la parte que deniega el acceso, demostrar por escrito esa negación (Cfr. fojas 23-24 del expediente judicial).

III. Concepto de las normas que se aducen infringidas.

La accionante **Interfast Panamá, S.A.**, sostiene que la Autoridad infringió el artículo 34 de la Ley No.38 de 31 de julio de 2000, debido a que omitió aplicar el principio del debido proceso, por cuanto no se ajustó al trámite establecido en el Decreto Ejecutivo No.138 de 15 de junio de 1998, habida cuenta que se le negó el acceso a sesenta y dos (62) postes bajo el argumento de la concesionaria **Ufinet Panamá, S.A.**, de una saturación de algunos de los solicitados; no obstante, la institución decidió rechazar el reclamo por razones que no fueron argumentadas por la interesada como la necesidad de pedir unas cámaras de paso y porque un cable quedaría ocioso; situaciones que no fueron sometidas a su consideración (Cfr. fojas 11-12 del expediente judicial).

En ese mismo norte, la demandante manifiesta que la reguladora vulneró el artículo 36 de la Ley No.38 de 31 de julio de 2000, relativo al principio de legalidad, ya que procedió a rechazar la petición de la sociedad **Interfast Panamá, S.A.**, sin que se hubiese verificado alguna de las causales previstas en el artículo 16 del Decreto Ejecutivo No.138 de 15 de junio de 1998, a pesar que existen puntos técnicos viables para la utilización de la infraestructura, en particular, en cincuenta y tres (53) de los sesenta y dos (62) postes pedidos en los que se podían instalar cables (Cfr. foja 14 del expediente judicial).

En opinión de la demandante, la Autoridad incurrió en desviación de poder, porque la decisión que adoptó fue por motivos distintos a los que prevé la ley para favorecer a la empresa **Ufinet Panamá, S.A.**, que es el operador y el suministrador dominante (Cfr. foja 16 del expediente judicial).

En lo que respecta a los artículos invocados del Decreto Ejecutivo No.138 de 15 de junio de 1998, la actora dice que la institución no se aseguró que la comisionista **Ufinet Panamá, S.A.**, cumpliera con su obligación de proveer el acceso y el uso de las instalaciones; tampoco se limitó a intervenir en los temas que fueron sometidos a su consideración, habida cuenta que se valió de argumentos que no están contemplados entre las causales del artículo 16 de ese cuerpo normativo para denegar esas facilidades a la concesionaria **Interfast Panamá, S.A.**; además, no solicitó la documentación que estimó oportuna como mecanismo para solventar el desacuerdo, máxime que le correspondía a la primera justificar técnicamente su denegación; ligado al hecho que la entidad no convocó a ambas sociedades a una conciliación (Cfr. fojas 18-24 del expediente judicial).

IV. Tercera Interesada.

En la Providencia de dieciocho (18) de mayo de dos mil veintiuno (2021), por medio de la cual se admitió la demanda, el Magistrado Sustanciador ordenó correrle traslado a la empresa **Ufinet Panamá, S.A.**, por el término de cinco (5) días (Cfr. foja 122 del expediente judicial).

La prenombrada le otorgó poder especial a la firma forense Anzola Robles & Asociados, la que formuló una apelación que contiene una serie de razones por las que no debía dársele curso a la demanda, escrito que se remitió a la contraparte para su oposición y a esta Procuraduría para que expusiera su concepto al respecto; situación que fue dilucidada por el Tribunal a través del Auto de

dieciséis (16) de noviembre de dos mil veintiuno (2021) en el que se confirmó la admisión de la demanda (Cfr. fojas 137, 140-147, 185-193, 195-205 y 219-229 del expediente judicial).

En ese contexto, la apoderada judicial de la tercera interesada entregó el escrito de contestación de la demanda, en el que se opuso a las pretensiones; contestó los hechos; emitió su posición en torno a cada una de las disposiciones invocadas; aportó como medio de convicción la copia autenticada del contrato de servicio suscrito entre la concesionaria **Interfast Panamá, S.A.**, y la comisionista **Ufinet Panamá, S.A.**, y anunció la presentación de pruebas oportunamente (Cfr. fojas 150-157 y 158-181 del expediente judicial).

V. Breves antecedentes.

La concesionaria **Interfast Panamá, S.A.**, le formuló a la comisionista **Ufinet Panamá, S.A.**, la solicitud No. IFP.INSP 315, para la utilización de sesenta y dos (62) postes; sin embargo, tal petición fue denegada, motivo por el cual la primera expidió la Nota LEG000 402 de 24 de junio de 2020, en la que requirió la intervención de la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos** de manera que se solventara esa situación (Cfr. foja 31 del expediente judicial).

A través de la Providencia No. 0037-2020 de 30 de julio de 2020, la Autoridad admitió la petición de la sociedad **Interfast Panamá, S.A.**, y le corrió traslado a la comisionista **Ufinet Panamá, S.A.**, para que en el término de cinco (5) días remitiera por escrito su posición con respecto a la pretensión; plazo que corrió sin que la requerida presentara su punto de vista (Cfr. foja 32 del expediente judicial).

La omisión en la que incurrió la comisionista impidió tener mayores elementos de juicio para arribar a una decisión, lo que motivó que la Autoridad aplicara lo establecido en el artículo 147 de la Ley No. 38 de 31 de julio de 2000, que le sirvió de sustento para emitir la Providencia No. 0039-2020 de 7 de septiembre de 2020, en la que ordenó la práctica de una diligencia de inspección en la infraestructura comprendida dentro de la ruta solicitada e identificada con el No. IFP.INSP 315, pudiendo observar una serie de evidencia que le permitió emitir las siguientes consideraciones:

"18.2. Al respecto, se pudo constatar en la diligencia de inspección realizada los días 15 y 16 de septiembre de 2020, que la ruta aérea correspondiente a la solicitud No. IFP.INSP 315, requerida por la concesionaria **INTERFAST PANAMÁ, S.A.**, no tiene continuidad de postes, al encontrarse interrumpida en tres

(3) ocasiones, por secciones o tramos en los cuales no existe comunicación aérea entre los postes.

...
18.4. Ante la situación planteada, esta Autoridad Reguladora es del criterio que la concesionaria **INTERFAST PANAMÁ, S.A.**, debió presentar su solicitud de acceso de forma detallada, incluyendo la información referente a las infraestructuras por medio de las cuales pretende darle continuidad a la ruta aérea solicitada. En este caso, de acuerdo con la información recabada en la diligencia de inspección, estas infraestructuras corresponden a cámaras subterráneas bajo la administración de la concesionaria **UFINET PANAMÁ, S.A.**, por lo que la concesionaria **INTERFAST PANAMÁ, S.A.**, debió solicitar simultáneamente el acceso para dichas cámaras.

18.5. Por otra parte, debemos recordar, que mediante la Resolución AN No.3381-Telco de 24 de marzo de 2010, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, dictó medidas para el ordenamiento del cableado de telecomunicaciones y de televisión pagada soportado en postes de tendidos aéreos y otras estructuras en el territorio nacional.

...
18.8. Tomando en consideración que el numeral 7, del artículo 1 de la Resolución AN No.3381-Telco de 24 de marzo de 2010, establece que '*No podrán mantenerse cables de telecomunicaciones o televisión pagada ociosos o sin uso sobre postes de tendidos aéreos*', concluimos que la solicitud de acceso No. IFP.INSP 315 no se ajusta a este lineamiento, al terminar en el poste No. 10904, dejando el cable ocioso sobre dicho poste de tendido aéreo.

18.9 En este sentido, aclaramos a la concesionaria **INTERFAST PANAMÁ, S.A.**, que para cumplir con la disposición contenida en el numeral 7, del artículo 1 de la Resolución AN No. 3381- de 24 de marzo de 2010, las rutas que solicite al suministrador de infraestructura, deben terminar en un nodo (elemento de red) en un usuario final." (Cfr. fojas 33-34 del expediente judicial).

Una vez que se surtieron todos los trámites establecidos en la ley, el Administrador General de la Autoridad reguladora expidió la Resolución AN No.16444-Telco de 9 de noviembre de 2020, en la que decidió denegar la reclamación de la empresa **Interfast Panamá, S.A.**, con respecto a la solicitud de acceso identificada con el No. IFP.INSP 315. Las partes se notificaron el 11 de noviembre de 2020, y ese acto podía ser impugnado ante el mismo funcionario (Cfr. fojas 30-35 del expediente judicial).

Según se advierte en autos, la sociedad **Interfast Panamá, S.A.**, presentó un recurso de reconsideración en el que, entre otras cosas, manifestó que la Autoridad debió centrarse en la factibilidad de las infraestructuras solicitadas, máxime que en las inspecciones llevadas a cabo los días 15 y 16 de septiembre de 2020, se observó que son viables para su utilización (Cfr. foja 37 del expediente judicial).

En adición, la impugnante sostuvo que el propósito de la inspección era determinar si en la ruta No. IFP.INSP 315 existía el espacio disponible en los postes solicitados, y que el resultado fue que sí lo había, por lo cual afirmó que su uso debía ser permitido, y que en todo caso le correspondía a la comisionista **Ufinet Panamá, S.A.**, demostrar y justificar que el acceso petitionado se encuentra en alguno de los supuestos establecidos en el artículo 16 del Decreto Ejecutivo No. 138 de 15 de junio de 1998, lo que no logró acreditar, motivo por el que la concesionaria **Interfast Panamá, S.A.**, alega no comprender el razonamiento expuesto por la institución en la resolución acusada (Cfr. foja 37 del expediente judicial).

Por medio de la Providencia No. 0069-2020 de 20 de noviembre de 2020, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 169 de la Ley No. 38 de 31 de julio de 2000, se le corrió traslado del medio de impugnación a la empresa **Ufinet Panamá, S.A.** (Cfr. foja 38 del expediente judicial).

Resultado de lo antes descrito, el Administrado General de la Autoridad dictó la Resolución AN No.16655-Telco de 19 de febrero de 2021, en la que denegó el recurso de reconsideración y mantuvo en todas sus partes decisión previa. Las partes se notificaron el 2 de marzo de 2021 (Cfr. fojas 36-46 del expediente judicial).

VI. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Una revisión minuciosa de la resolución que ocupa nuestra atención, nos revela que, según lo indica la concesionaria **Interfast Panamá, S.A.**, la comisionista **Ufinet Panamá, S.A.**, alegó una supuesta saturación "*...por tan poco como 8 cables en un poste...*" para negarle la utilización de veintiuno (21) de los sesenta y dos (62) postes solicitados; y que tampoco permitió el acceso a los cuarenta y uno (41) restantes, a pesar de no tener objeciones en relación con esos últimos (Cfr. foja 32 del expediente judicial).

Según se explica en las constancias procesales, ante la mencionada negativa, la sociedad **Interfast Panamá, S.A.**, presentó una solicitud en la que requirió la intervención de la Autoridad reguladora, institución que le corrió traslado de tal petición a la empresa **Ufinet Panamá, S.A.**, quien no contestó en tiempo oportuno, por lo que tuvo que realizarse una inspección al área (Cfr. foja 32 del expediente judicial).

En esa diligencia, la entidad pudo advertir lo siguiente: "17.3. De los sesenta y dos (62) postes inspeccionados por esta Autoridad Reguladora, correspondientes a la solicitud No. IFP.INSF 315, existe controversia sobre la viabilidad para la instalación de nuevos cables de telecomunicaciones solamente en nueve (9) postes, toda vez que la concesionaria **UFINET PANAMÁ, S.A.**, durante la diligencia de inspección manifestó no mantener objeción con respecto a los cincuenta y tres (53) postes restantes." (Cfr. foja 32 del expediente judicial).

En ese orden de ideas, en la resolución confirmatoria se menciona que "...en el Informe de Acompañamiento a la Oficina de Asesoría legal, visible a foja 139 del expediente de marras, se establece claramente que las infraestructuras solicitadas por **INTERFAST**, no involucran el uso de luminarias y que los postes solicitados cumplen con las medidas requeridas para su utilización." (Cfr. foja 36 del expediente judicial).

En opinión de esta Procuraduría, lo expresado en los párrafos previos implica que las partes habrían llegado a un acuerdo respecto de la mayoría de los postes solicitados, por lo que la Autoridad estaba obligada a aplicar lo establecido en el artículo 3 del Decreto Ejecutivo No.138 de 15 de junio de 1998, asegurándose que la comisionista **Ufinet Panamá, S.A.**, en su condición de suministradora cumpliera con el deber de permitir el acceso y el uso de las instalaciones a la concesionaria **Interfast Panamá, S.A.**, en su posición de operadora solicitante.

Aunado a lo anterior, la institución debió acatar lo exigido en el artículo 29 del Decreto Ejecutivo No.138 de 15 de junio de 1998, limitando su intervención a la solución de los temas en controversia, lo que no hizo; ya que, en su lugar procedió a tomar su decisión únicamente basada en elementos relacionados con lo regulado en la Resolución AN No.3381-Telco de 24 de marzo de 2010, particularmente, lo relativo a las cámaras de paso y al cable que quedaría ocioso.

Según observa este Despacho, las facultades descritas en el artículo 3 del Decreto Ejecutivo No.138 de 15 de junio de 1998, conminan a la Autoridad a promover el mejoramiento de la calidad de los servicios públicos, asegurando su continuidad, su calidad y su eficiencia en todo el territorio de la República, lo que incluía el exigir a las mencionadas sociedades el cumplimiento de las

normas que regulan la materia, entre éstas, la Resolución AN No.3381-Telco de 24 de marzo de 2010, como uno de los compromisos que ambas debían asumir.

Incluso, con sustento en el artículo 29 del Decreto Ejecutivo No.138 de 15 de junio de 1998, la entidad podía ordenar el acceso y el uso de forma inmediata de los postes no objetados; ello, sin necesidad de denegar la solicitud presentada por la concesionaria **Interfast Panamá, S.A.**

En la resolución que se analiza, no se mencionó que el procedimiento se hubiese conducido conforme a lo regulado en el artículo 30 del Decreto Ejecutivo No.138 de 15 de junio de 1998, que preceptúa que en caso de desacuerdo, ambas partes enviarán a la entidad una oferta final debidamente sustentada con la documentación que consideren oportuna y la que la institución le requiera; o según el artículo 32 de esa excerpta, el cual indica que cuando una de ellas haya presentado su oferta final a la Autoridad, ambas tendrán un periodo de tres (3) días calendario para proceder a una conciliación; y que si alguna no lo entrega en ese plazo, la reguladora impondrá la oferta de la otra; ya que de haberse ejecutado lo descrito en tales disposiciones, se hubiera podido suscribir un acuerdo para el uso de los postes no objetados y el servicio se hubiera brindado por parte de ambas concesionarias en sana competencia como lo establece el reglamento mencionado.

Para este Despacho resulta evidente que la demandada impidió que se cumpliera lo establecido en el artículo 9 (numeral 3) del Decreto Ejecutivo No.138 de 15 de junio de 1998, que señala que los operadores y los proveedores deberán facilitar el acceso en todos los puntos técnicamente factibles, siempre que no se ocasione daño a las instalaciones del suministrador o a las redes de los demás concesionarios, ni se afecte a terceros.

Nótese que con la aquiescencia de la comisionista **Ufinet Panamá, S.A.**, durante la inspección respecto de los cincuenta y tres (53) postes no objetados, ello le exigía demostrar y justificar técnica o legalmente, por escrito, su negación con respecto de los otro nueve (9) en los que no permitió su uso o el acceso a ellos, tal como lo exige el artículo 17 del Decreto Ejecutivo No.138 de 15 de junio de 1998.

Según advertimos, la Autoridad tampoco aplicó lo señalado en el artículo 16 del Decreto Ejecutivo No. 138 de 15 de junio de 1998, que establece los casos en los que los suministradores podrán denegar el acceso y el uso a las instalaciones o a los equipos.

Lo antes explicado, nos permite afirmar que en este caso la institución demandada ha conculcado los artículos 34 y 36 de la Ley No.38 de 31 de julio de 2000, dado que no condujo su actuación con fundamento en los principios de legalidad y debido proceso; este último, bajo el elemento "conforme a los trámites legales", puesto que no se ciñó al procedimiento descrito en las normas previamente analizadas.

Finalmente, la demandante sostiene que la entidad vulneró el artículo 162 de la Ley No. 38 de 31 de julio de 2000, por desviación de poder, habida cuenta que su decisión se adoptó por motivos distintos a los que prevé la ley. Por tal razón, consideramos prudente conocer el significado de ese vicio de los actos administrativos.

Por el carácter que envuelve la temática de la desviación de poder, el jurista y sociólogo francés Maurice Hauriou, citado por el autor panameño Doctor Eduardo Morgan, define la llamada desviación de poder como: *"el hecho de una autoridad administrativa que, realizando un acto de su competencia con observancia de las normas prescritas y no incurriendo en violación formal de la ley, usa de su poder con fines y por motivos distintos de aquellos en vista de los cuales le fue concedido tal poder; es decir, distintos del servicio."* (MORGAN, Eduardo. Los recursos contencioso-administrativos de nulidad y de plena jurisdicción en el derecho panameño. Serie D. Vol. I. Panamá. 1961. pág. 189).

Acorde con lo anterior, el jurisconsulto francés M.F. Laferrière, señala que es *"el vicio consistente en desviar un poder legal del fin para el cual fue instituido, haciéndolo servir a finalidades para las cuales no está destinado"*. Se trata de un *"abuso del mandato conferido al administrador que se caracteriza por la incorrección del fin, de las intenciones que han guiado al administrador"* (LAFERRIÈRE, M.F. Citado por Gustavo Penagos. El Acto Administrativo. Ediciones Librería del Profesional, 5ª Ed. Bogotá. 1992. pág. 615).

Sobre el mismo punto, el ex-Consejero de Estado de Colombia, Gabriel Rojas Arbeláez comenta, que la actividad administrativa tiene como finalidad el interés público. Esa actividad, sin embargo, *"bajo una apariencia de interés general puede estar inspirada, recónditamente, por motivos particulares. Con un acto administrativo, la autoridad, bajo esa apariencia de interés público, puede estar buscando un interés personal del funcionario, de un amigo o de un pariente. Al procederse así se produce la causal mencionada, porque se ha utilizado la herramienta del poder público, no para buscar el bien general, sino el interés particular"* (ROJAS ARBELÁEZ, Gabriel. El Espíritu del Derecho Administrativo. Edit. Temis. 4ª Ed. Bogotá. 1985. pág. 48).

En el expediente que se analiza, se evidencia que la institución demandada expidió un acto de su competencia, pero sin la observancia de las normas que regulan la materia, por lo que incurrió en la violación de la ley material; es decir, el Decreto Ejecutivo No. 138 de 15 de junio de 1998; sin embargo, no se ha podido constatar que el servidor público que suscribió la resolución que se acusa de ilegal haya abusado del mandato que le fue conferido, por medio de motivos distintos de aquellos establecidos en el ordenamiento jurídico, buscando un interés personal, de un amigo o de un pariente bajo la apariencia de interés público, por lo que somos de la opinión que en este caso no se ha vulnerado el artículo 162 de la Ley No.38 de 31 de julio de 2000, en la forma explicada en la demanda.

Por lo expuesto, solicitamos respetuosamente a la Sala Tercera se sirva declarar que **ES ILEGAL** la Resolución AN No.16444-Telco de 09 de noviembre de 2020, dictada por la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos**, así como su acto confirmatorio, y que se acceda a las demás pretensiones.

VII. **Derecho:** Se acepta el invocado.

Del Honorable Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


María Lilia Urriola de Ardila
Secretaría General

Expediente 391662021