



REPÚBLICA DE PANAMÁ
ORGANO JUDICIAL
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

PLENO

ENTRADA NO. 824-18

MAGISTRADO LUIS RAMÓN FÁBREGA S.

ADVERTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD, PROPUESTA POR EL LICENCIADO ÁLVARO ANTONIO HERNÁNDEZ ZAMBRANO, ACTUANDO EN SU PROPIO NOMBRE Y REPRESENTACIÓN, CONTRA EL ARTÍCULO 37 Y LA FRASE "UN SOLO" CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 38 DE LA LEY 31 DE 8 DE FEBRERO DE 1996.

Panamá, veintiséis (26) de septiembre de dos mil diecinueve (2019).

VISTOS:

El Pleno de la Corte Suprema de Justicia conoce de la Advertencia de Inconstitucionalidad presentada por el Licenciado Alvaro Antonio Hernández Zambrano, actuando en su propio nombre y representación, dentro del proceso de reclamo ante la Autoridad de los Servicios Públicos, contra el artículo 37 y la frase "un solo" contenida en el artículo 38 de la Ley 31 de 8 de febrero de 1996.

NORMAS LEGALES ACUSADAS DE INCONSTITUCIONAL

En el escrito de advertencia se solicita la declaratoria de inconstitucionalidad de la disposición, contenida en el artículo 37 y la frase "un solo" contenida en el artículo 38, ambas de la Ley No.31 de 8 de febrero de 1996, por la cual se dictan normas para la regulación de las telecomunicaciones en la República de Panamá, que a continuación procederemos a transcribir:

"Artículo 37. Los precios de los servicios de telecomunicaciones ofrecidos en régimen de competencia, serán fijados por los concesionarios."

4

Artículo 38. El ente Regulador podrá establecer regímenes de tarifas para los servicios de telecomunicaciones, en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando exista un solo concesionario para la prestación de un determinado servicio a nivel nacional o en un área geográfica determinada;
2. Cuando uno o más servicios se encuentren subsidiados con las ganancias de uno u otro servicio;
3. Cuando el Ente Regulador determine que existen prácticas restrictivas a la competencia. En cuyo caso podrá, además de fijar las tarifas, o en lugar de éstas, tomar las medidas necesarias para corregir las prácticas restrictivas a la competencia." (El subrayado es del demandante)

NORMAS CONSTITUCIONALES QUE SE CONSIDERAN INFRINGIDAS Y CONCEPTOS DE LAS VIOLACIONES

Señala el recurrente que el artículo 37 y la frase "un solo" del artículo 38 de la Ley No.31 de 8 de febrero de 1996, vulneran los artículos 17, 49 y los numerales 1 y 2 del artículo 284 de la Constitución Nacional, que a la letra establecen:

"Artículo 17. Las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales dondequiera se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción; asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales, y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley. Los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona.

Artículo 49. El Estado reconoce y garantiza el derecho de toda persona a obtener bienes y servicios de calidad, información veraz, clara y suficiente sobre las características y el contenido de los bienes y servicios que adquiere; así como la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.

La Ley establecerá los mecanismos para garantizar esos derechos, su educación y los procedimientos de defensa del consumidor y usuario, el resarcimiento de los daños ocasionados y las sanciones correspondientes por la transgresión de estos derechos.

Artículo 284. El Estado intervendrá en toda clase de empresas, dentro de la reglamentación que establezca la Ley, para hacer efectiva la justicia social a que refiere la presente Constitución y, en especial, para los siguientes fines:

1. Regular por medio de organismos especiales las tarifas, los servicios precios de los artículos de cualquier naturaleza, y especialmente los de primera necesidad.
2. Exigir la debida eficacia en los servicios y la adecuada calidad de los artículos mencionados en el aparte anterior.

- 29
3. Coordinar los servicios y la producción de artículos. La Ley definirá los artículos de primera necesidad."

A juicio del demandante, las normas advertidas de inconstitucional violan de modo directo el artículo 17 antes referido, toda vez que, no permite al ente regulador verificar cual es el precio ofrecido por las concesionarias a los usuarios del servicio, so pretexto de que se trata de un régimen de competencia; considera que las normas demandadas violentan la norma constitucional porque veda a la Autoridad de los Servicios Públicos regular el precio de los servicios de la concesionaria en detrimento de los usuarios, quienes se ven afectados por el alza constante e injustificado del precio de los servicios.

Señala también que las normas advertidas de inconstitucional infringen el artículo 49 de la Constitución Nacional, en ese sentido indica que se infringe la norma en concepto de violación directa por omisión, ya que la norma no permite al Estado reconocer ni garantizar el derecho que tienen los ciudadanos de recibir servicios de calidad debido a que la norma establece que el ente regulador solo puede establecer régimen tarifario o regular los precios de la concesionaria, cuando exista una sola concesión.

De igual manera señala que las normas enunciadas violentan la norma constitucional porque dejan fuera de la Autoridad de los Servicios Públicos la facultad de garantizar el derecho de toda persona a obtener servicio de calidad, ya que las empresas concesionarias en el régimen de competencia fijan los precios sin que el Ente Regulador determine si se ha mejorado la calidad del servicio y por ende se justifica el aumento del precio del servicio público.

Siguiendo con su escrito de advertencia de inconstitucionalidad señala el demandante como infringido por las normas advertidas el numeral 1 y 2 del artículo 284

50

de la Constitución Nacional, ya que la norma no permite que el Estado intervenga en las empresas concesionarias de telecomunicación, en régimen de competencia, para hacer efectiva la justicia social con la finalidad de regular los aumentos de tarifas.

Continúa señalando que la Constitución le da potestad a la Autoridad de los Servicios Públicos para intervenir en cualquier empresa y disponer que se regule las tarifas de los precios de servicios que ofrecen las concesionarias de telecomunicaciones, por lo que la norma al referirse que las empresas fijarán sus precios y solo el Estado puede intervenir en los casos que exista un solo concesionario, viola la norma enunciada, ya que restringe al Estado de una potestad constitucional establecida con la finalidad de hacer justicia social al usuario quien se ve afectado con los aumentos de las tarifas, ya que se paga por un servicio caro y no se ofrece la misma calidad.

OPINIÓN DE LA PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN

Mediante Vista Número 1054 de 6 de septiembre de 2018, (foja 14 a la 28), el Procurador de la Administración emitió su concepto acerca de las referidas violaciones constitucionales y señaló principalmente lo siguiente:

“...

Una vez conocidos los argumentos del actor, y luego de haber realizado un análisis de los argumentos por él expuestos, esta Procuraduría considera que **no le asiste la razón**, en cuanto a la carencia de sustento que se advierte en la tesis planteada, en lo que respecta a la supuesta inconstitucionalidad de los artículos advertidos de tales.

...

En este orden de ideas, si bien los artículos de la Carta Política antes indicados, reconocen y garantizan una serie de derechos, algunos de carácter individuales y sociales, y otros de carácter económico, no podemos perder de vista, que al tenor de dichas normas, que el desarrollo de estos derechos, así como de sus excepciones, **serán desarrolladas o reglamentadas por la Ley**, elemento que no puede ser desconocido dentro del análisis que nos encontramos realizando.

...

Dicho lo anterior, resaltamos el hecho que el actor, sustenta su advertencia de inconstitucionalidad, entre otras cosas, en que, a su entender, la legislación de telecomunicaciones, so pretexto de encontrarse dentro de un régimen de competencia, les permite a

51

las concesionarias de las telecomunicaciones fijar el precio de su servicio **sin la intervención de un ente regulador** (Cfr. Foja 2 del expediente judicial).

A lo indicado por el accionante, debemos indicar, que si bien existen normas que consagran derechos y garantías, tales como a los que ya nos hemos hecho referencia, no podemos pasar por alto lo dispuesto en el artículo 298 de la Constitución Política...

Así las cosas, y sin perjuicio de las disposiciones antes citadas, no podemos perder de vista que el concepto de *régimen de competencia* contenido en la Ley 31 de 8 de febrero de 1996, no es un término que haya nacido con esa Ley, sino que por el contrario, nuestra propia Constitución nos indica de manera taxativa que el Estado velará por la *libre competencia y la libre concurrencia de los mercados*.

...

De lo arriba expuesto, se pueden desprender dos elementos que resultan de medular importancia en el caso que nos encontramos analizando, siendo el primero de ellos, que los agentes económicos **son libres para fijar el precio de sus productos**, y por otro lado, que para que dicho modelo económico pueda existir, **debe haber un marco legal que permita a los agentes económicos ejercer su actividad respetando siempre los derechos de los consumidores**.

Lo anterior es importante tenerlo presente, ya que resultaría contradictorio pretender hablar de libre competencia económica dentro de un modelo en donde sea el Estado el que determine el precio de los bienes y/o servicios que puedan ofrecer los agentes económicos.

...

Como se observa, la *Libertad de Concurrencia de Mercados* es un término que se complementa con el de *Libre Competencia*, estableciéndose, en cada uno de ellos, y como característica de ambos, **la posibilidad del agente económico a fijar los precios del bien u servicio ofrecido**.

En ese sentido, y siendo que la propia Constitución, en su artículo 298, reconoce al modelo de *Libre Competencia Económica y Libre Concurrencia en los Mercados* como el imperante en nuestra economía, resultaría improcedente, por las razones antes expuestas, restringir el que los agentes económicos fijen los precios de sus servicios u productos.

...

En concordancia a lo hasta ahora expuesto, si bien se reconoce que existe libre competencia, como hemos venido indicando en párrafos que anteceden, **dicha libertad no es absoluta** y se encuentra restringida por límites, los que en el caso puntual que nos ocupa, lo constituyen, en primera instancia el contrato de concesión, los principios normativos, y el Tope de Precios que ese sentido haya establecido la Autoridad.

Pero los argumentos del demandante no se dirigen únicamente en contra de la supuesta posibilidad de fijar tarifas de forma discrecional por parte de los concesionarios, afirmación que, como hemos visto, no es correcta, puesto que la propia Ley establece límites y restricciones para esta discrecionalidad; sino que, también cuestiona la eficacia de la facultad de quienes se vean afectados por un aumento que consideren injusto, de poder acudir ante un

52

aumento que consideren injusto, de poder acudir ante una institución que se encuentra facultada para verificar la validez y legitimidad de dicho aumento.

...

Al respecto, al confrontar los anteriores señalamientos con el resto del articulado de la Ley 31 de 1996, observamos que ellos también carecen de sustento.

...

En este sentido, el artículo 59 de la Ley en referencia dispone que el procedimiento administrativo sancionador, el cual podrá ser impulsado de oficio, o por medio de denuncia, podrá ser presentada por aquella persona que se sienta afectada producto lo que ella considera una violación a las normas, ya sea de servicio, o calidad en la prestación del servicio de telecomunicaciones.

Lo anterior es importante resaltarlo; ya que, resulta incorrecto indicar que las normas advertidas de inconstitucionales no permiten al Estado asegurar la efectividad de los derechos individuales y sociales del usuario, cuando la propia Ley desarrolla todo procedimiento en este sentido, el cual va acompañado de sanciones que oscilan entre los mil balboas (B/.1,000.00) y un millón de balboas (B/.1,000.00.00); y para los casos que requieran una acción inmediata, multas que van de cien balboas (B/.100.00) a diez mil balboas (B/.10,000.00); para aquellas personas que incumplen con la Ley, sin perjuicio de la obligación de reparar el daño causado.

De lo hasta ahora expuesto, podemos indicar que los artículo (sic) advertidos de inconstitucionales, a saber, el artículo 37 y la frase "un solo" del artículo 38 de la Ley 31 de 8 de febrero de 1996, no contravienen las normas que el actor adujo como vulnerados, a saber, el 17, 49 y 284 de nuestra Carta Magna.

En atención al análisis que precede, esta Procuraduría solicita a los Honorables Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, se sirvan declarar que **NO ES INCONSTITUCIONAL** el artículo 37, ni la frase "un solo" del artículo 38 de la Ley 31 de 8 de febrero de 1996, por la cual se dictan normas para la regulación de las telecomunicaciones en la República de Panamá."

DECISIÓN DEL PLENO DE LA CORTE SUPREMA

Luego de revisados los pronunciamientos vertidos tanto por el demandante como por el Procurador de la Administración procede este Tribunal en Pleno, a la revisión de las normativas constitucionales invocadas como violadas, a fin de constatar si efectivamente las normas alegadas contienen vicios de inconstitucionalidad o si por el contrario no son contrarias a la Constitución.

La advertencia de inconstitucionalidad es una forma de control de la constitucionalidad, cuyo ejercicio le está reservado de manera exclusiva al Pleno de la

2

Corte Suprema de Justicia y encuentra su fundamento legal en el contenido del artículo 206 numeral 1 de la Constitución, que encuentra desarrollo legal en el artículo 2558 del Código Judicial, normas que a letra establecen:

"Artículo 206. La Corte Suprema de Justicia tendrá, entre sus atribuciones constitucionales y legales, las siguientes:

1. La guarda de la integridad de la Constitución para lo cual la Corte en pleno conocerá y decidirá, con audiencia del Procurador General de la Nación o del Procurador de la Administración, sobre la inconstitucionalidad de las Leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos que por razones de fondo o de forma impugne ante ella cualquier persona.

Cuando en un proceso el funcionario público encargado de impartir justicia advirtiere o se lo advirtiere alguna de las partes que la disposición legal o reglamentaria aplicable al caso es inconstitucional, someterá la cuestión al conocimiento del pleno de la Corte, salvo que la disposición haya sido objeto de pronunciamiento por parte de ésta, y continuará el curso del negocio hasta colocarlo en estado de decidir.

Las partes sólo podrán formular tales advertencias una sola vez por instancia. ...".

"Artículo 2558. Cuando alguna de las partes en un proceso, advierta que la disposición legal o reglamentaria es inconstitucional hará la advertencia respectiva a la autoridad correspondiente, quien en el término de dos días, sin más trámites, elevará la consulta a la Corte Suprema de Justicia, para los efectos del artículo anterior".

Toda vez que las normativas constitucionales invocadas como transgredidas por el artículo 37 y la frase "un solo" contenida en el artículo 38 de la Ley 31 de 8 de febrero de 1996, ya fueron transcritas, no consideramos necesario volverlas a plasmar de manera textual. Sin embargo, debemos mencionar que estas fueron los artículos 17, 49 y numerales 1 y 2 del artículo 284 de la Constitución Nacional.

Dicho lo anterior procedemos al análisis de los cargos de inconstitucionalidad contra en el artículo 37 y la frase "un solo" contenida en el artículo 38, ambos de la Ley No.31 de 8 de febrero de 1996, las cuales fueron previamente citadas al inicio de la presente resolución.

De acuerdo a lo expresado por el accionante, las referidas normas infringen el artículo 17 de la Constitución, ya que vedan a la Autoridad de los Servicios Públicos

54

regular el precio de los servicios de la concesionaria en detrimento de los usuarios, quienes se ven afectados por el alza constante e injustificado del precio de los servicios.

En ese sentido debemos señalar que no compartimos lo expuesto por el accionante, ya que las normas advertidas lo que establecen es la forma de fijar los precios de telecomunicaciones y claramente establecen que el Ente regulador podrá establecer regímenes de tarifas no solo cuando exista un solo concesionario, sino que también cuando determine que existen prácticas restrictivas a la competencia; incluso le facultan al ente Regulador a tomar las medidas necesarias para corregir las prácticas restrictivas a la competencia.

Al respecto consideramos importante resaltar lo señalado sobre este punto por el Procurador de la Administración, quien manifestó que desde el momento inicial o más incipiente, es decir la negociación y posterior concesión del servicio de telecomunicaciones, el Estado debe velar por el bienestar social e interés público, tal como lo dispone el artículo 17 de la Ley 31 de 1996, que contiene las normas advertidas de inconstitucionales; de igual manera considera que respecto a la imposición o modificación de las tarifas por la prestación de los servicios de telecomunicaciones, se tiene que tomar en cuenta que el artículo 39 de la referida Ley, establece que el régimen tarifario será fijado en el respectivo contrato de concesión y de acuerdo con los principios listados en la norma, condición que trae como consecuencia, que la fijación de las tarifas no constituye un acto antojadizo del prestador de servicio.

Por lo antes expuesto, este Tribunal Constitucional es del criterio que la norma advertida no infringe el contenido del artículo 17 de la Constitución.

Por otra parte y respecto a la infracción del artículo 49 de la Constitución, que de acuerdo a lo expresado por el accionante se infringe por las normas acusadas, toda vez

55

que se deja por fuera de la Autoridad de los Servicios Públicos la facultad de garantizar el derecho de toda persona a obtener servicios de calidad, ya que las empresas concesionarias en el régimen de competencia fijan los precios sin que el Ente Regulador determine si se ofrece mejorando la calidad del servicio y por tanto si se justifica el aumento; sobre este aspecto tenemos que señalar que no compartimos este criterio vertido por el accionante, ya que como señaláramos anteriormente, no es que se deje al arbitrio de las concesionarias la fijación de los precios de los servicios, ya que la misma normativa especial aplicable establece una serie de disposiciones que van encaminadas en primer lugar a procurar desde el inicio de la negociación y formalización del contrato de concesión, el respeto y garantía del bienestar social y el interés público.

En esa misma línea de pensamiento se expresó el Procurador de la Administración, quien considera que el régimen tarifario será fijado en el contrato de concesión (artículo 39 de la Ley 31 de 1996), y de acuerdo a los principios listados en la norma, condición que trae como consecuencia que la fijación de las tarifas no pueden considerarse como un acto antojadizo del prestador del servicio.

De igual manera compartimos lo dicho, en el sentido que, si bien, se reconoce que existe libre competencia, dicha libertad no es absoluta y encuentra su restricción en el contrato de concesión; en los principios normativos y en el tope de precios que establezca la autoridad.

Aunado a esto, tenemos que expresar que en la misma normativa se le faculta al Ente Regulador, para fiscalizar y tomar medidas necesarias para corregir las prácticas restrictivas a la competencia.

Finalmente y en cuanto a la alegada infracción del numeral 1 y 2 del artículo 284 de la Constitución, que de acuerdo al accionante, ha sido infringido porque la norma al

referir que las empresas fijarán su precio y solo el Estado puede intervenir en los casos que exista un solo concesionario, restringe al Estado de una potestad constitucional establecida con la finalidad de hacer justicia social al usuario cuando se vea afectado con un aumento de tarifa.

Al respecto tenemos que expresar que la norma constitucional antes señalada, faculta al Estado para que intervenga en toda clase de empresas, dentro de la reglamentación que establezca la ley, para hacer efectiva la justicia social con el objeto de regular por medio de organismos especiales las tarifas, los servicios y los precios de los artículos de cualquier naturaleza; lo que a todas luces denota una facultad de rango constitucional que se le confiere al Estado a través de organismos especializados, para el control y la fiscalización de las tarifas y los servicios públicos.

En ese sentido al hacer una análisis de la normativa especial contenida en la Ley 31 de 1996, podemos encontrar un apartado correspondiente a las infracciones, sanciones y procedimientos sancionador, que no solo hace referencia, tal como lo expresa el Procurador de la Administración, a las infracciones en las que pueden incurrir los prestadores del servicio público de telecomunicaciones, sino que también contiene todo un procedimiento tendiente a acreditar o desmeritar la posible desatención a alguna de las obligaciones establecidas en la Ley; ello implica que se cuenta con un procedimiento administrativo sancionador, el que puede ser impulsado de oficio o por denuncia, por el que se sienta afectado por una violación a las normas, ya sea que se trate de un servicio o la calidad en la prestación del mismo.

Por lo anterior, compartimos lo expuesto por el Procurador, en el sentido que, resultaría incorrecto indicar que las normas advertidas de inconstitucionales no permiten al Estado asegurar la efectividad de los derechos individuales y sociales del usuario, cuando la propia Ley desarrolla todo un procedimiento en este sentido.

51

De lo antes planteado, este Tribunal Constitucional ha llegado a la conclusión que el artículo 37 y la frase "un solo" contenida en el artículo 38 de la Ley 31 de 8 de febrero de 1996, no infringen el contenido de los artículos 17, 49 y los numerales 1 y 2 del artículo 284 de la Constitución Política.

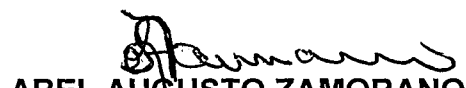
En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, **PLENO**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **DECLARA QUE NO ES INCONSTITUCIONAL** el artículo 37 y la frase "un solo" contenida en el artículo 38 de la Ley 31 de 8 de febrero de 1996, por cuanto no violan los artículos 17, 49 y los numerales 1 y 2 del artículo 284, ni ninguna otra disposición de la Constitución Política.

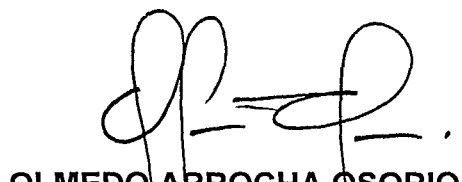
NOTIFÍQUESE,


LUIS RAMÓN FÁBREGA S.
MAGISTRADO


JERÓNIMO E. MEJÍA E.
MAGISTRADO

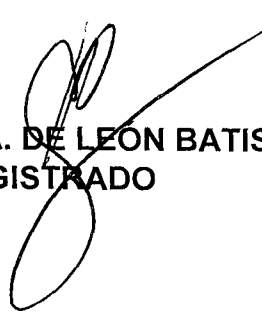

ANGELA RUSSO DE CEDEÑO
MAGISTRADA


ABEL AUGUSTO ZAMORANO
MAGISTRADO

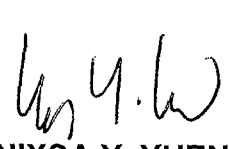

OLMEDO ARROCHA OSORIO
MAGISTRADO

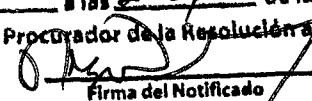

JOSE E. AYU PRADO CANALS
MAGISTRADO


CECILIO CEDALISE RIQUELME
MAGISTRADO


HERNÁN A. DE LEÓN BATISTA
MAGISTRADO


HARRY A. DÍAZ
MAGISTRADO


LICDA. YANIXSA Y. YUEN C.
SECRETARIA GENERAL

SECRETARÍA GENERAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
En Panamá a los 06 días del mes de noviembre
de 20 19 a las 2:00 pm. de la Tarde
Notifico al Procurador de la Resolución anterior.

Firma del Notificado