



REPÚBLICA DE PANAMÁ
ÓRGANO JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA -PLENO- PANAMÁ, VEINTISÉIS (26) DE MAYO DE DOS MIL CINCO (2005).-

V **Vistos:**

Conoce el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, Advertencia de Inconstitucionalidad interpuesta por la firma forense Fábrega, Barsallo, Molino y Mulino, apoderada judicial de C COMUNICA, S.A., cuyo representante legal el Joseph Bettsack Mueller, contra el párrafo 1º del artículo 35 de la Ley N°31 de 8 de febrero de 1996 que regula las telecomunicaciones en la República de Panamá.

Los hechos que fundamentan la presenta acción son del tenor siguiente:

“

Segundo: En base a la demanda de Reconvención C COMUNICA, S.A., ha solicitado que se decrete una MEDIDA CONSERVATORIA o DE PROTECCIÓN EN GENERAL contra BELLSOUTH PANAMA, S.A.

Tercero: BELLSOUTH PANAMA, S.A., es concesionaria Tipo A del SERVICIO DE TELEFONIA MOVIL CELULAR, según quedó convenido en el Contrato N°30-A del 30 de enero de 1996 que aparece en la Gaceta Oficial N°23054.....y en los términos definidos en el ordenamiento jurídico de telecomunicaciones.

Cuarto: Según dispone el párrafo 1º del artículo 35 de la Ley 31 del 8 de febrero de 1996, contra los concesionarios Tipo A del servicio de telecomunicaciones, no se podrán ejercer medidas cautelares en los Procesos Civiles.

Quinto: La excepción dispuesta a favor de los concesionarios tipo A, crean un privilegio que no tienen otros concesionarios del servicio de telecomunicaciones, a pesar de que, como la ha señalado la Corte Suprema de Justicia, Sala Tercera (fallo del 9 de agosto de 1994), no debe haber distinción por ser el servicio de telecomunicación, en

cualquiera de sus formas, un servicio público.

Sexto: Esta prerrogativa de los Concesionarios Tipo a de servicios de telecomunicaciones, en cuanto a no poder ejercer medidas cautelares dentro de los Procesos Civiles en su contra, crea una ventaja respecto a otros concesionarios del servicio público de telecomunicaciones, pues con ello se vulnera el equilibrio que en un Proceso Judicial debe regir entre las partes litigantes, en cuanto a la posibilidad de interponer las acciones y defensas que consagra el procedimiento Civil, para salvaguardar los derechos pretendidos, a través de la Acción propuesta en los términos prescritos en el Código Judicial”.

La norma que se impugna está contenida en el párrafo 1 del artículo 35 de la Ley

Nº31 del 8 de febrero de 1996, el que a la letra dice:

“En atención al interés público esencial que tienen las concesiones tipo A, no se podrán ejercer medidas cautelares en los procesos civiles contra sus concesionarios, excepto las relativas a pruebas”.

Según el recurrente, la norma citada contraviene la disposición constitucional contenida en el artículo 19 de la Carta Fundamental que preceptúa lo siguiente:

“Artículo 19: No habrá fueros o privilegios personales ni discriminación por razón de raza, nacimiento, clase social, sexo, religión o ideas políticas”.

La infracción a dicha norma constitucional se explica en los siguientes motivos:

Primero: El párrafo 1º del Artículo 35 de la Ley 31 del 8 de febrero de 1996, infringe.....el artículo 19 de la Constitución Nacional, pues le otorga a los concesionarios(sic) del servicio de telecomunicación Tipo A una prerrogativa, que no tienen otros concesionarios(sic) del servicio público de telecomunicaciones, como lo es la de no ser afectados por medidas cautelares en los Procesos Civiles.

Segundo:propicia la desigualdad de oportunidades en los Procesos Civiles en los cuales figure como parte un concesionario de servicio de telecomunicaciones Tipo A.

Tercero:viola el principio de igualdad....pues no permite que otros concesionarios del servicio público de telecomunicaciones o los particulares en general, puedan ejercer, como demandantes o contra demandantes, medidas cautelares contra quienes mantienen la condición de prestadores del servicio de telecomunicación denominado ‘concesionarios Tipo A’, a los que se refiere el precepto acusado de inconstitucional.

Cuarto:en el curso del Proceso las partes tiene que gozar de iguales oportunidades para su defensa. Asimismo, deben prohibirse los procedimientos privilegiados que impliquen un desmejoramiento procesal o desventaja de alguna de las partes.

Quinto:

Destaca, nuestro más alto Tribunal, que la igualdad ante la ley es el derecho que tienen todos los panameños de recibir trato igualitario, a los recibidos por quienes se encuentran en situaciones iguales, similares o parecidas, lo cual supone una igualdad de posibilidades de actuación. Respecto al caso....tenemos a dos prestadores del servicio de telecomunicación en pugna dentro de un Proceso Civil, respecto del cual las oportunidades de actuación asignadas para uno y otro, es desigual, a pesar de ser concesionarios de un mismo servicio público como lo es el de telecomunicación.

Y es el párrafo 1º del artículo 35 de la Ley 31 del 8 de febrero de 1996, establece una desigualdad entre los iguales, al permitir que los concesionarios del servicio público de telecomunicaciones pueden ser afectados con medidas cautelares y los calificados como Tipo A no.

Sexto: El párrafo 1º del artículo 35 de la Ley 31 de 8 de febrero de 1996, viola el artículo 19 de la Constitución Nacional, pues dicha norma otorga un fuero y privilegio a una categoría de personas jurídicas, desmejorando la condición de otro grupo que se encuentra en las mismas condiciones objetivas, es decir la prestación del servicio público de telecomunicación.

.....”

Posterior a la presentación del escrito de advertencia de inconstitucionalidad, el apoderado especial de BELLSOUTH PANAM, S.A, licenciado Jorge Fábrega Ponce interpuso escrito de oposición a la admisibilidad de la presente acción.

Luego de ello, la demanda de advertencia de inconstitucionalidad fue admitida por cumplir con los requisitos establecidos en la ley y la jurisprudencia y, en consecuencia, se le imprimió el trámite procesal correspondiente que consiste en darle traslado a la señora Procuradora de la Administración para que emitiera su concepto.

En la vista número 274 y que contiene el concepto de la Procuraduría de la Administración se indicó:

“...al examinar la disposición legal impugnada observamos que estamos ante una excepción legal del llamado ‘derecho genérico a obtener la tutela cautelar’, que en este caso beneficia a los titulares de las concesiones tipo A, de telecomunicaciones, a efecto de no ser objeto de medidas cautelares en los procesos civiles, en atención ‘al interés público

esencial que tienen' dichas concesiones. Este trato preferencial no es igual para todos los concesionarios de servicios públicos y tampoco para los concesionarios del servicio público de telecomunicaciones.

.....

...la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha explicado en su sentencia de 4 de abril de 2003, lo siguiente:

'No obstante, el servicio público de telecomunicaciones no corrió la misma suerte. este vino a ser regulado por Ley 31 de 8 de febrero de 1996, siendo reglamentado por Decreto Ejecutivo N°.73 de 9 de abril de 1997 y en esta materia sí se hace distinción entre las concesiones TIPO A y TIPO B de telecomunicaciones, estableciéndose que sólo sobre las primeras 'no se podrán ejercer medidas cautelares en los procesos civiles', sin hacer referencia alguna, de esta naturaleza, respecto a las concesiones TIPO B.

.....

El otro aspecto que guarda relación con la violación directa por omisión del artículo 35 de la Ley 31 de 8 de febrero de 1996, recae en el concepto de servicio público que reviste la característica del servicio de telecomunicaciones que presta la empresa contra la que se dictó la medida, toda vez que este servicio, por su naturaleza deben ser garantizadas su continuidad y seguridad, de allí que, según el fallo cuestionado, estas empresas no puedan ser objeto de medidas cautelares por no permitirlo expresamente el artículo 3 de la Ley 26 de 29 de enero de 1996, modificado por la Ley 24 de 30 de junio de 1999.

Además, fundamenta también el Tribunal Superior su posición, en el numeral 1 del artículo 42 de la Ley 31 de 8 de febrero de 1996 que impone a las empresas concesionarias del servicio público de telecomunicaciones, entre otras, la obligación de 'Operar los servicios objeto de la concesión en forma ininterrumpida, con condiciones de normalidad y seguridad, y sin incomodidades irrazonables para los clientes, salvo las interrupciones que sean necesarias por motivo de seguridad, mantenimiento y reparación, los cuales deberán sujetarse a las directrices del Ente Regulador'.

.....

El señalamiento anterior, respecto a la clasificación del servicio como TIPO B es de importancia trascendental en la presente controversia, por cuanto que este tipo de servicio, y otros en materia de telecomunicaciones, tienen en nuestro país, como ya lo habíamos mencionado, una regulación especial a través de la Ley 31 de 8 de febrero de 1996, la cual en su artículo 35, aún tratándose de una concesión de servicio público, tal vez por no catalogarlo la ley como esencial, no lo incluye dentro de las concesiones sobre las cuales no se puede decretar

medidas cautelares, como si lo hace, de manera expresa, cuando se trata de la concesión de servicios TIPO A., en atención al interés público esencial que tienen este tipo de concesiones.

.....
Como se puede observar, la disposición transcrita regula situaciones concernientes a medidas cautelares y a los procesos en los que sean parte las empresas con concesiones TIPO A. Ni esta disposición, ni ninguna otras en todo el contexto de la Ley 31 de 8 de febrero de 1996, ni del Decreto Ejecutivo N°73 de 9 de abril de 1997 que la reglamenta, hacen referencia a un tratamiento similar, en relación a exclusiones en materia de medidas cautelares respecto a las concesionarias TIPO B., de donde tenemos que concluir que de acuerdo a la comentada Ley, este tipo de concesionarias no queda excluido de la posibilidad de que los tribunales de justicia dicten medidas cautelares en su contra, una vez se cumpla con los requisitos legales sobre la materia.

La lógica conclusión de lo anterior es que el querer del legislador fue, sin lugar a dudas, dejar consignado que en materia de telecomunicaciones, por el carácter de INTERES PUBLICO ESENCIAL que tienen las concesiones TIPO A., contra éstas no se pueda decretar medidas cautelares en los procesos civiles contra sus concesionarios, excluyendo de esta prohibición a las concesiones TIPO B desde el momento en que sobre ellas guardó silencio, situación esta que nos hace traer a colación que en materia de aplicación de leyes, rige el principio de derecho que enseña que 'CUANDO LA LEY QUIERE, LO DICE; CUANDO NO QUIERE CALLA' y así debe ser interpretada y aplicada, a entender de la Sala, la legislación especial que regula esta materia'. (BSC DE PANAMA, S.A. RECURRE EN CASACIÓN EN LA MEDIDA CONSERVATORIA O PROTECCIÓN EN GENERAL QUE PROPONE CONTRA TRICOM DE PANAMA, S.A.).

.....no se debe perder de vista que nos encontramos ante sujetos que resultan ser desiguales al resto en virtud del rol que les corresponde ejercer dentro de su actividad, ya que la Ley otorga un amparo especial a los concesiones tipo A, en atención a que las ha clasificado de interés público esencial.

.....es importante precisar que solamente determinadas distinciones resultan inconstitucionales, ellas son las que se hacen entre sujetos que se encuentran en igualdad de circunstancias o condiciones, más no así las que se hacen, como en el presente caso, en atención a la calidad especialísima de los sujetos que ampara.

.....

Para el caso que nos ocupa, observa este despacho que la exclusión o distinción procesal contenida en el párrafo primero del artículo 35 de la Ley N°31 de 8 de febrero de 1996, a favor de las concesionarias tipo A de telecomunicaciones, no se ha dado en atención a determinada persona jurídica, o a sus condiciones personales, sino por el contrario, es un beneficio genérico que ampara a cualquiera concesionarios tipo A de telecomunicaciones, en atención al interés público esencial que tienen las mismas, tal como lo señala expresamente esa normativa legal. De allí que mal podemos considerar infringido el artículo 19 de la Constitución Política ni ninguno otro de la Ley Fundamental del Estado”.

Posterior a la recepción del escrito contentivo del concepto emitido por la señora Procuradora de la Administración, se publicó el edicto correspondiente en un periódico de circulación nacional para la posterior presentación de argumentos por parte de los interesados.

En primer lugar se recibió el escrito presentado por la firma forense Fábrega, Barsallo, Molino y Mulino, apoderada judicial de C COMUNICA, S.A., quienes indicaron que:

“

Segundo: La excepción dispuesta a favor de los concesionarios Tipo A, que son aquellos dedicados a brindar el servicio de Telefonía Móvil Celular, crea un privilegio que no tienen otros concesionarios de otros servicios de telecomunicaciones, a pesar de que, como lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia el servicio de telecomunicación, ‘en cualquiera de sus formas’, es un servicio público.

Tercero: Esta prerrogativa de los Concesionarios Tipo A de servicios de telecomunicaciones, en cuanto a no poder ejercerse medidas cautelares dentro de los Procesos Civiles en su contra, crea una ventaja respecto a otros concesionarios del servicio público de telecomunicaciones, pues con ello se vulnera el equilibrio que en un Proceso Judicial debe regir entre las partes litigantes, en cuanto a la posibilidad de interponer las acciones y defensas que consagra el procedimiento Civil, para salvaguardar los derechos pretendidos, a través de la Acción propuesta en los términos prescritos en el Código Judicial.

Quinto: El párrafo 1º del artículo 35 de la Ley 31 de 8 de febrero de 1996, propicia la desigualdad de oportunidades en los Procesos Civiles en los cuales figure como parte un concesionario de servicio de telecomunicaciones Tipo A.

.....

Décimo:

Sin embargo, el precepto que acusamos de inconstitucional otorga a las 'Concesiones Tipo A', dedicadas a brindar el servicio de Telefonía Móvil Celular, una condición distinta a la de otros medios de comunicación al catalogarlo, según la Ley, de 'esencial'.

El quid de esta controversia radica precisamente en ese concepto: 'esencial'. No acabamos de entender porqué (sic) de acuerdo a la Ley, el servicio de Telefonía Móvil Celular que brinda BELLSOUTH PANAMA, S.A. es esencial, y no lo sea otro servicio de comunicación como por ejemplo el 'SERVICIO DE SISTEMAS TRONCALES CONVENCIONALES PARA USO PUBLICO O PRIVADO'.

Undecimo: Basados en la Constitución todos los concesionarios del Servicio Público de Telecomunicación, en cualquiera de sus formas, realizan una actividad de interés público. Por tanto, la distinción que hace la ley entre esencial y no esencial no tiene justificación constitucional alguna, pues si utilizar un celular, según la ley, resulta imprescindible e indispensables respecto al desarrollo de la sociedad, igual criterio debe amparar a cualquier medio de comunicación, pues según la Constitución todos están basados en principios de bienestar social e interés público".

Por su parte, el licenciado Jorge Fábrega Ponce fundamenta el escrito interpuesto en su propio nombre, en lo que a continuación se detalla:

"Efectivamente, la norma acusada prohíbe (sic), únicamente con respecto a los concesionarios de servicios de telecomunicaciones tipo A, que se decreten medidas cautelares contra ellos en procesos civiles.... No obstante, es fundamental destacar también que, tal y como lo indica...el artículo 35 en comento, tal prohibición existe por razón del 'interés público esencial' que tienen las concesiones tipo A.

.....son concesiones tipo A las que se requieren para prestar servicios tipo A, y concesiones tipo B, las que permiten prestar servicios tipo B.... Si bien es cierto la Ley N°31 en su artículo 7 establece en general que 'las telecomunicaciones constituyen un servicio público'no hay que perder de vista que no todos los servicios de telecomunicaciones son regulados de la misma forma. La afirmación de C COMUNICA, S.A. de que en fallo de 9 de agosto de 1994 la Sala Tercera de la Corte señaló que no debe haber distinción entre servicios de telecomunicaciones por ser servicios públicos 'en cualquiera de sus formas' induce a error por dos razones fundamentales: (i) porque el fallo referido fue dictado en el año 1994, al amparo de leyes de telecomunicaciones que hoy día están derogadas, y que aparte de no contener la explícita diferenciación entre servicios que sí contiene la Ley N°31, estaban predicadas en la existencia de un monopolio oficial en la prestación de la gran mayoría de los servicios de telecomunicaciones; y (ii) porque las distinciones que hoy día hace la Ley N°31 entre servicios de telecomunicaciones tipo A y tipo B, para regularlos en forma distinta, no desdice del hecho de que todos ellos son en efecto servicios públicos.

A diferencia de los servicios tipo B, los servicios de telecomunicaciones tipo A han sido calificados por la Ley N°31 como servicios de 'interés público esencial', y como tales, las normas que los gobiernan son diametralmente distintas a las normas aplicables a los servicios tipo B.

.....

Los servicios tipo A sólo pueden ser prestados bajo contrato de concesión....autorizado por el Consejo de Gabinete, previa licitación pública. Por el contrario, los servicios tipo B requieren de una concesión tipo B que reviste la forma de una resolución administrativa del Ente Regulador de los Servicios Públicos.....Así pues, son servicios tipo A los servicios de telefonía móvil celular que se ofrecen en un régimen limitado a dos operadores, mientras que entre los servicios tipo B se incluyen servicios tales como internet, transmisión de datos, radiocomunicaciones marítimas, valor agregado y el servicio de sistemas troncales convencionales.

Los contratos de concesión del servicio de telefonía móvil celular de Panamá, así como las demás normas aplicables al servicio, imponen a los concesionarios muchas obligaciones que no son exigibles a los concesionarios de servicios tipo B, y que se inspiran en el deseo del Estado de garantizar en beneficio del mayor número posible de habitantes condiciones mínimas de acceso y calidad de servicio.los concesionarios del servicio de telefonía móvil celular están obligados a prestar servicios en todo el país, en áreas de cobertura mínimas expresamente definidas en sus contratos, así como a cumplir con normas y metas de calidad de servicio establecidas por el Estado, entre otras obligaciones de similar naturaleza. En contrastelos proveedores de servicios tipo B como los del servicio de sistemas troncales convencionales, pueden elegir libremente en qué áreas del país desean prestar sus servicios, lo cual puede llevarlos a prestar servicios solamente en las áreas más rentables del país, sin estar obligados a cumplir metas de calidad de servicios.

Esta aparente desigualdad regulatoria entre ambos prestadores se justifica precisamente por el hecho de que los concesionarios de servicios tipo A y tipo B, en efecto, no son iguales.

.....

Ahora bien, no cabe duda de que al ser calificados por el legislador como servicios públicos, los servicios de telecomunicaciones en general cumplen una finalidad de interés público. No obstante, el artículo 35 de la Ley N°31 distingue entre los servicios que tienen interés público 'esencial' y los que no.....

.....la prohibición de medidas cautelares contempladas en la norma acusada no surge del deseo del Estado de favorecer o crear ventajas competitivas para los concesionarios de los servicios tipo A.....Por el contrario, tal prohibición surge de la obligación que tiene el Estado de garantizar la prestación continua e ininterrumpida al usuario de un servicio tipo A que, en el caso de la telefonía celular, se ofrece en un régimen limitado a dos concesionarios.....

.....

Si un concesionario de servicios tipo B enfrenta medidas cautelares que puedan afectar la prestación de sus servicios, habrá varios otros proveedores capaces de suplir esa oferta si fuere el caso. No obstante, en las mismas circunstancias, la interrupción de un servicio tipo A como el

servicio celular producto de medidas cautelares-que no en pocas ocasiones acceden a demandas frívolas o temerarias- pueden traer nefastas consecuencias para el mercado, ya que sólo dos operadores están facultados para proveen (sic) servicios de este tipo.

.....

En virtud de lo anterior, está claro que el primer párrafo del artículo 35 de la Ley 31 no busca sino proteger el interés de la colectividad, en este caso de los cientos de miles de usuarios del servicio de telefonía móvil celular...

Por ende, el supuesto 'privilegio' que se ataca de inconstitucional no sólo es legítimo, sino que, además, consulta los más caros intereses del Estado en lo que a prestación de servicios públicos se refiere.

Por otro lado, es importante resaltar que la 'igualdad procesal' que según el advirtiente es vulnerada por la prohibición de decretar medidas cautelares en contra de los concesionarios tipo A, no es absoluta. En ese sentido, encontramos que existen muchas normas en nuestro ordenamiento que propician desigualdad procesal, precisamente en atención a los intereses públicos en juego.....

.....no existe en esta caso desigualdad entre iguales, como lo sostiene el advirtiente. Lo que hay es tratamiento desigual para concesionarios en condiciones y situaciones jurídicas manifiestamente distintas.

.....En esta línea, es posible concluir que no es inconstitucional el fuero o privilegio otorgado que no distinga ni discrimine entre los miembros de determinado sector. Si se hubiese contemplado la prohibición de medidas cautelares prevista en la norma acusada, a sólo uno, pero no a todos los concesionarios tipo A, en efecto la Ley habría incurrido en una violación a la norma constitucional mencionada, lo cual evidentemente no es el caso”.

También se recibió el escrito de alegato por parte de la firma

Alemán, Cordero, Galindo y Lee actuando en representación de Cable &

Wireless Panamá, S.A., y en el mismo se indicó:

“Existen dos tipos de concesiones en materia de telecomunicaciones, las concesiones tipo ‘A’ y las concesiones tipo ‘B’.

.....

Esta clasificación obedece a que el Estado necesitaba brindar una serie de seguridades al concesionario incumbente que estaría encargado de aportar las facilidades esenciales para que el mismo hiciera la inversión millonaria en las redes de todo el país.....Dicho en otras palabras, la clasificación de la concesión en Tipo A se le otorgó al concesionario que tendría la red madre y de la cual depende la seguridad y normalidad en las telecomunicaciones. De esta manera se aseguró tanto al Concesionario como el Estado, que no cabrían medidas cautelares en contra del titular de dicho derecho, que pusiesen en riesgo esa seguridad u normalidad: un secuestro severo en contra de CWP que pusiera en riesgo su ganancia operativa podría dar como resultado el congelamiento de toda la comunicación del país. Situación similar no ocurriría con un concesionario tipo B, ya que si alguno es afectado por una medida

cautelar, no se crea un riesgo para las comunicaciones nacionales, ya que no existen otras redes que dependen de su existencia, como sí e (sic) el caso en el Concesionario tipo A.

.....
Y es que recordemos que el párrafo censurado prohíbe que se decreten medidas cautelares en los proceso civiles en contra de los titulares de las concesiones tipo 'A', sin distinción en cuanto a las empresas que tengan esa condición, que además, tienen un carácter de interés público esencial. Es evidente que la empresa impugnante y el resto de concesionarios tipo 'B', no son concesionarios Tipo 'A' y, por tanto, no están en las mismas condiciones o circunstancias que CWP y que BELLSOUTH, con relación al interés público esencial que representan estas concesiones.

.....Por las razones expuestas, es falsa la afirmación que hace el accionante de que ostenta igual condición objetiva que los concesionarios tipo 'A', cuando es evidente que no la tiene.

Y es que la Constitución no prohíbe los fueros o privilegios, sino que lo que prohíbe es la adopción de fueros y privilegios personales, que son aquellos que se otorgan para distinguir a una persona frente a otra que está en su misma condición, cosa que no ocurre en este caso ya que la norma no hace distingos entre las concesiones tipo 'A', sino que por el interés público esencial que tienen, no proceden medidas cautelares en contra de cualquier persona que ostente esa condición".

El Ente Regulador de los Servicios Públicos por medio del licenciado

Ascención I. Broce, presentó sus argumentos en relación a la presente

advertencia, indicando entre otras cosas lo siguiente:

"5.13. Empero, la razón fundamental, realmente la define el propio artículo atacado cuando hace referencia al **interés público esencial** que tienen las concesiones Tipo A, es decir, **el especial interés que se tutela, que es la prestación de servicios de telecomunicaciones que tienen una incidencia de importancia superlativa para el público en general.**

5.14. Por consiguiente, al ejercerse alguna medida cautelar sobre el referido tipo de concesiones, **indubitablemente se podría poner en peligro la normalidad, seguridad y continuidad en la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones concesionados, que además están definidos como servicios básicos de telecomunicaciones.**

5.15. En conclusión, es la propia reglamentación en materia de telecomunicaciones la que, preventivamente, estableció claras diferencias entra un concesión Tipo A y Tipo B, lo que a nuestro juicio, de manera alguna significa que exista una discriminación con respecto a las concesiones Tipo B pues, como se ha visto, **ambos tipos de concesiones no se otorgan en condiciones de igualdad y, por tanto, no se encuentran en iguales circunstancias, por lo que conceptuamos que el precepto constitucional no ha sido vulnerado como erróneamente señala la actora**".

Posterior a lo citado, se presentó un escrito de “replica a los argumentos expuestos por el advirtiente” por parte de la firma Alfaro, Ferrer & Ramirez expresando:

“.....nos dedicaremos a la supuesta norma constitucional infringida en el recurso: Artículo 19 de la Constitución Nacional.....

El recurrente ha extrapolado sin mesura la aplicación e interpretación de este artículo constitucional, obviando las más simples conjeturas que surgen de la lectura y aplicación de dicha norma y la frase advertida.

.....Esto es, pues lo que el artículo que examinamos prohíbe, o sea que las normas legales establezcan, o las autoridades públicas practiquen, un tratamiento desfavorable contra cualquier persona por al sola razón de su raza, nacimiento, clase social, sexo, religión o ideas políticas.

.....
En el caso que nos ocupa, se está discutiendo una prerrogativa que el Estado ha establecido a través de ley, en favor de todas las empresas concesionarias del servicio tipo a, dadas las características de tales concesiones, con la finalidad que el público obtenga un servicio continuo y eficaz. Y es que las concesiones tipo A son aquellas que se ofrecen en régimen de exclusividad o limitación numérica de concesionario, lo cual obliga al Estado a regularlas más estrictamente que aquellas concesiones como las tipo B, que se refieren a servicios que pueden ser prestados en régimen de libre competencia.

A manera de conclusión la prerrogativa que contiene el párrafo primero del Artículo 35 de la Ley N°31 de 8 de febrero de 1996, que regula las telecomunicaciones en la República de Panamá no es más que una diferencia establecida por el carácter del servicio y obligaciones que tienen que brindar las empresas concesionarias Tipo A, que no es el mismo carácter de servicio y obligaciones que tienen que brindar los concesionarios de servicio tipo B.

Claramente, tal distinción se inspira en el deseo del Estado de asegurar la continuidad de un servicio que sólo pueden ofrecer dos concesionarias.

Lo que si sería un fuero o privilegio sería crear una exclusión de las contempladas en el párrafo advertido de inconstitucional, entre las dos concesionarias Tipo A, a título personal, siendo que ambas brindan el servicio en las mismas”.

Otro de los alegatos de conocimiento de esta Corporación Judicial, es el impetrado por la firma Morgan y Morgan, quienes al respecto indicaron:

“En suma pues, somos del criterio de que a la hora de definir el correcto alcance del principio de igualdad ante la ley se debe concluir que es dable el que un Estado, por motivos que excedan el alcance literal de la norma aplicable, permita en ocasiones distinciones por supuestos que no

se encuentran cobijados en la norma constitucional pertinente.

En el presente caso, el recurrente ha equivocado la aplicación e interpretación del artículo número 19 de nuestra carta magna (sic), hasta el punto que ha confundido lo que realmente constituye el bien jurídico tutelado, en virtud del precepto constitucional citado.

Respecto del alcance e interpretación del Artículo Número 19 de la Constitución Política....., es importante mencionar que la constitución no prohíbe que haya distinciones. Lo que prohíbe es que hayan discriminaciones o, mejor dicho, distingos entre sujetos que se encuentran en un mismo plano situacional.

.....la distinción que hace el párrafo 1ero del artículo 35 de la Ley N°31 de 8 de febrero de 1996, que regula las telecomunicaciones en la República de Panamá, supone una preclara distinción respecto sólo a las Concesiones Tipo A, las cuales son distintas a las Concesiones Tipo B, por el tipo de servicio que se presta, razón por la cual esa distinción en atención al interés público esencial que tiene las Concesiones Tipo A, no debe, de modo alguno, confundirse como discriminaciones que atenten contra el principio de igualdad ante la Ley”.

Por su parte, el licenciado Roberto Meana, apoderado especial de BELLSOUTH PANAMA, S.A., se refirió a la presente advertencia de inconstitucionalidad en los términos que se detallan:

“Evidentemente, existe una interpretación errónea del Advirtiente en cuanto al alcance de lo que la norma constitucional pretende al prohibir los fueros y privilegios, toda vez que ha sido jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia, el hecho de que la señalada ‘desigualdad’ no puede tener lugar entre particulares, dentro de las mismas condiciones. Como bien expresa el propio Advirtiente de la Inconstitucionalidad, la desigualdad no puede tener lugar entre iguales; siendo que el propio proponente reconoce que en el caso que nos ocupa no estamos frente a iguales. Si bien, dos particulares pueden ser concesionarios del servicio público de telecomunicaciones, el hecho de que uno de ellos ostente una calificación, Tipo A, y el otro no, ya no los hace iguales.

A guisa de ejemplo, en el comercio podemos encontrarnos con personas que ejercen el comercio, sin embargo uno ostenta Licencia Comercial Tipo B y el otro no, creándose una legislación que protege el comercio al por menor, así como otros derechos y privilegios a favor de unos y en contra de otros. Lo anterior, no constituye a nuestro juicio una violación al principio constitucional consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional.

Lo contrario sería, si mediante una ley se creara desigualdad entre concesionarios del servicio público de telecomunicaciones, a favor de unos y en contra de otros, siendo que ambos fuesen calificados como Tipo A”.

Consideraciones y Decisión del Pleno:

Antes de entrar al análisis constitucional que en derecho corresponde, es de lugar retomar el punto que lo impugnado es el párrafo primero del artículo 35 de la Ley N°31 de 8 de febrero de 1996, en virtud que el mismo contraviene la disposición contenida en el artículo 19 de nuestra Carta Fundamental; ambas normas son del tenor siguiente:

“Artículo 35: En atención al interés público esencial que tienen las concesiones tipo a, no se podrán ejercer medidas cautelares en los procesos civiles contra sus concesionarios, excepto las relativas a pruebas.

.....
Artículo 19: No habrán fueros o privilegios personales ni discriminación por razón de raza, nacimiento, clase social, sexo, religión o ideas políticas”.

Cabe recordar que en reiteradas ocasiones en que se impugna una norma por contravenir el artículo 19 de la Carta Fundamental, se hace un análisis conjunto con el artículo 20 contenido en la Constitución Nacional, ya que dicha norma (artículo 20) consagra la igualdad ante la Ley tanto de panameños como de extranjeros.

Quien acude a través de la acción de advertencia de inconstitucionalidad considera que la disposición contenida en la Ley 31 de 8 de febrero de 1996 “.....le otorga a los conaseccionarios (sic) del servicio de telecomunicaciones Tipo A una prerrogativa, que no tiene otros conaseccionarios (sic) del servicio público de telecomunicaciones, como lo es la de no ser afectados por medidas cautelares en los Procesos Civiles....., propicia la desigualdad de oportunidades en los Procesos Civiles en los cuales figure como parte un concesionario de servicio de

telecomunicaciones Tipo A". (Cfr fj 4 del expediente).

En virtud de lo expuesto, corresponde determinar si en efecto la norma impugnada encierra una prerrogativa, desigualdad, discriminación o privilegio en perjuicio de los concesionarios tipo B, como lo es C COMUNICA, S.A.

Para ello, es necesario partir del punto que existen dos tipos de concesionarios del servicio de telecomunicaciones, el tipo A y el tipo B.

Dentro de los primeros se encuentra la empresa BELLSOUTH PANAMA, S.A quien es la demandante dentro del proceso ordinario que le sigue a C Comunica, S.A. Por su parte, C Comunica, S.A., se encuentra dentro de la clasificación de concesionarios tipo B. Al observar esto, resulta evidente que por la o las razones establecidas en la Ley, los concesionarios tipo A no se encuentran en igualdad de condiciones a los concesionarios tipo B. Y es precisamente esa "*desigualdad entre desiguales*", lo que permite el establecimiento y aplicación de normas distintas para cada uno de ellos.

Lo que no podría permitirse es un trato distinto entre personas, ya sean naturales o jurídicas que se encuentren en iguales condiciones, por ejemplo, un trato favorable a un concesionario tipo A, en perjuicio de otro concesionario de este mismo tipo.

El análisis del artículo 19 de la Constitución Nacional nos permite explicar lo antes detallado. En dicha norma de rango constitucional se prohíben los fueros, privilegios o discriminaciones personales, tal y como

expresó el Doctor César Quintero:

“Todo lo expuesto indica que la Constitución no prohíbe que haya o se establezcan distinciones entre los habitantes del Estado. Lo que prohíbe, pues, es que haya distingos. Y esto nos lleva, por fin, a precisar este término.

El distingo entraña una limitación o restricción injusta; un trato desfavorable para determinadas personas que, en principio, se hallan en la misma situación que otras que, sin embargo, reciben un trato favorable. El concepto de distingo SE IDENTIFICA, así, como el de discriminación, el cual, no obstante ser un neologismo quizá exprese mejor la idea que hemos tratado de explicar.

Pues, el término discriminación, muy usado en otros idiomas, significa distinción injusta e injuriosa.

Esto es, pues, lo que el artículo que examinamos prohíbe, o sea que las normas legales establezcan, o las autoridades públicas practiquen, un tratamiento desfavorable contra cualquier persona por la sola razón de su raza, nacimiento, clase social, sexo, religión o ideas políticas.

Toda esta larga exposición nos lleva a concluir que el principio de la igualdad ante la Ley consiste, como ha dicho más de una vez la Corte Suprema de la Argentina, en que no se establezca excepciones o privilegios que excluyan a unos de los que se concede a otros en iguales circunstancias”. (C.S.J. Pleno, fallo de 27 de junio de 1996).

La jurisprudencia antes citada, en adición a lo expresado en líneas anteriores permite establecer que lo inaceptable conforme al artículo 19 de la Norma Fundamental es el trato desfavorable o desigual para cierta/s personas que se encuentren en circunstancias iguales. Esto se traduce en que la Norma Fundamental permite las distinciones entre unos y otros, lo que no puede ser aceptado de ninguna manera, son los distingos (trato diferente entre personas colocadas con igualdad de circunstancias).

El elemento fundamental tanto en la norma que se impugna como en la disposición constitucional considerada transgredida, es la existencia o no de la igualdad de condiciones entre las personas, en este caso, entre las compañía involucradas. Como ya hemos explicado anteriormente, en la presente controversia lo que se da es una desigualdad de condiciones

y calidades de los concesionarios tipo A con respecto a los B. C Comunica S.A. no se encuentra en un plano de igualdad en relación con Bellsouth Panamá, S.A., ya que, aún cuando ambos concesionarios brindan servicios de telecomunicaciones de carácter público, el prestado por la última compañía en mención, es considerado como de carácter esencial, y no por ello se está indicando que el servicio que brinda C Comunica, S.A., no sea público. Ese carácter esencial que ostenta el servicio brindado por Bellsouth Panama, S.A., constituye uno de los elementos diferenciadores entre las compañías antes citadas y en base a la existencia de circunstancias especiales que diferencian a ambos concesionarios, no pudiendo pretenderse que sus derechos y obligaciones sean iguales, ya que sus condiciones son diferentes.

La situación antes planteada ha sido motivo de diversos pronunciamientos por parte de este Máximo Tribunal de Justicia, específicamente en el alcance y debida interpretación de los artículos 19 y 20 de la Carta Magna, que son las mismas normas que en el presente caso se consideran infringidas; en virtud de ello nos referimos a los mismos:

“En cuanto a la interpretación del contenido y alcance de los preceptos en referencia, el Pleno mediante jurisprudencia reiterada, ha sostenido que las mismas tienden a evitar que se establezcan distinciones entre personas, tanto naturales como jurídicas, o grupo de personas que se encuentren en las mismas condiciones o circunstancias. De manera que, cualquier disposición legal o acto de autoridad que desmejore la condición de una persona o grupo de personas respecto de otras que se encuentren en igualdad de condiciones, vulneraría los preceptos fundamentales examinados. Así, en resolución de 26 de febrero de 1998, dejó expuesto el Pleno:

'Debe entenderse como fueros y privilegios personales aquellos que se otorguen tanto a personas naturales como a las jurídicas, es decir, esta norma se aplica en los casos en que un acto de autoridad desmejora la condición de una persona natural, grupo de personas o de una agrupación con personalidad jurídica, frente a otras que se encuentran en las mismas condiciones subjetivas....

La igualdad ante la ley está reconocida en el ordenamiento jurídico panameño como un derecho con carácter fundamental, por consiguiente de valor superior frente a otros, y su eficacia no puede limitarse únicamente a las personas naturales, por cuanto que sin ello se promovería la actuación arbitraria de las autoridades que conocen de conflictos surgidos entre personas jurídicas, en detrimento de un principio reconocido internacionalmente y que es consustancial a todo Estado de Derecho' (Fallo de 26 de febrero de 1998).

En principio pues, nuestra Carta Fundamental (sic) pregonla la igualdad de las personas ante la ley, por lo que prohíbe la creación de cualquier fuero o privilegio a favor de una persona natural o jurídica, en perjuicio de otras personas o grupo de personas que se encuentren en idénticas circunstancias. La Ley no puede, por consecuencia, regular en forma diversa situaciones semejantes o iguales, salvo que se encuentren debidamente justificado; por tanto, ante igualdad de circunstancias debe ofrecer igualdad de trato, y en desigualdad de circunstancias debe ofrecer diferente trato.

Teniendo como referencia lo anterior no estima el Pleno que la frase cuya inconstitucionalidad se demanda infrinja las disposiciones constitucionales que vienen examinadas, por cuanto de la misma no se desprende un trato desigual entre personas que se encuentren en la misma circunstancia". (Fallo de 26 de octubre de 2001. Mag Rogelio Fábrega).

Otro aspecto que debe ser aclarado, se centra en que en el presente caso no se observa que el patrón utilizado para diferenciar a los concesionarios de telecomunicaciones se haya basado en circunstancias como el nacimiento, la raza, ideas políticas, clase social, etc. Al respecto ha indicado esta Corporación Judicial:

"El transcrito artículo sólo prohíbe los fueros y privilegios cuando son personales, es decir, concedidos a título personal. De ahí que si la ley confiere ciertos fueros o privilegios a determinada categoría de ciudadanos, o de servidores públicos o de trabajadores, dichos fueros o privilegios no son inconstitucionales porque no han sido otorgados en atención a las personas en sí, sino a la condición o status que tiene". (R.J. enero de 1991, p.16).

Todo lo antes expuesto, podríamos resumirlo en una idea simple, existiendo condiciones, circunstancias o situaciones iguales no pueden permitirse tratos diferenciadores. Situaciones iguales, trato igualitario; condiciones distintas, trato de igual carácter.

En consecuencia, la ley debe aplicarse de manera uniforme ante supuestos iguales.

Por lo tanto, el Pleno de la Corte suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **DECLARA QUE NO ES INCONSTITUCIONAL** el párrafo primero del artículo 35 contenido en la Ley N°31 de 8 de febrero de 1996 a través de la cual se regulan las telecomunicaciones en la República de Panamá.

Notifíquese.

MAG. VIRGILIO TRUJILLO LOPEZ

MAG. GRACIELA J. DIXON C.

MAG. ARTURO HOYOS

MAG. GABRIEL FERNANDEZ

MAG. ANIBAL SALAS CESPEDES

MAG. WINSTON SPADAFORA F.

MAG. JOSE A. TROYANO

MAG. HIPOBITO GILL SUAZO

MAG. ESMERALDA AROSEMENA
DE TROITIÑO

Lcda. YANIXSA Y. YUEN
Secretaria General