

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 1054

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 6 de septiembre de 2018

**Advertencia de
Inconstitucionalidad.**

**Concepto de la
Procuraduría de
la Administración.**

Advertencia de inconstitucionalidad presentada por el Licenciado Álvaro Antonio Hernández Zambrano, actuando en su propio nombre y representación, para que se declare inconstitucional la frase "...un solo...", contenida en el Artículo 38 de la Ley 31 de 8 de febrero de 1996.

**Honorable Magistrado Presidente de la Corte Suprema de
Justicia. Pleno.**

Acudo ante usted de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 206 de la Constitución Política de la República, en concordancia con el artículo 2563 del Código Judicial, con el propósito de emitir el concepto de la Procuraduría de la Administración respecto a la advertencia de inconstitucionalidad descrita en el margen superior.

I. Norma advertida de inconstitucional.

Debemos precisar que en la Providencia de Admisión se indica que la norma advertida es la frase "un solo" contenida en el artículo 38 de la Ley 31 de 1996, por la cual se dictan normas para la regulación de las telecomunicaciones en la República de Panamá; sin embargo, al revisar la acción en estudio observamos que el activador constitucional también aduce la inconstitucionalidad de la totalidad del artículo 37

de la referida ley; en consecuencia, nos pronunciaremos respecto a ambas normas.

Así las cosas, la norma y la frase acusada de ilegal son las siguientes:

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

"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 resaltado es nuestro).

A este respecto, esta Procuraduría debe señalar que la norma legal advertida como inconstitucional va a ser aplicada dentro del proceso administrativo de reclamación, distinguido como expediente 21629, incoado por el Licenciado Álvaro Antonio Hernández Zambrano en su propio nombre; y en contra de Cable & Wireless Panamá, S.A. (Cfr. foja 1 del expediente judicial).

II. Disposición constitucional que se aduce infringida.

El advirtiente indica que las normas acusadas infringen los artículos 17, 49 y 284 de la Constitución de la

República; ya que no permite al Ente Regulador, ahora, Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, 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 (Cfr. foja 4 del expediente judicial).

III. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

A juicio del demandante, el texto de las normas advertidas como inconstitucionales imponen una restricción a la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, en lo que respecta a la regulación de los precios de los servicios ofrecidos por las concesionarias de los servicios de telecomunicación, limitándose de esta manera, el campo de acción de dicha entidad en lo que respecta a la posibilidad de frenar un alza que resulte injustificado (Cfr. foja 4 del expediente judicial).

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 sentido, y a fin de sustentar lo indicado en el párrafo que antecede, consideramos oportuno iniciar haciendo referencia a las disposiciones constitucionales que el activador constitucional considera infringidas, las cuales son del tenor siguiente:

"ARTICULO 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."

"ARTICULO 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 a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. La Ley establecerá los mecanismos necesarios 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 trasgresión de estos derechos." (El resaltado es nuestro).

"ARTICULO 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 se refiere la presente Constitución y, en especial, para los siguientes fines:

1. Regular por medio de organismos especiales las tarifas, los servicios y los 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.

3. Coordinar los servicios y la producción de artículos. La Ley definirá los artículos de primera necesidad." (El resaltado es nuestro).

Conocido el contenido del texto constitucional, podemos partir por indicar que la finalidad de los mismos gira en torno a la protección, de la 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; así como reconocer y garantizar 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; libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno; y a la posibilidad del Estado a intervenir en toda clase de empresas, dentro de la reglamentación que establezca la Ley, para hacer efectiva la justicia social.

Lo anterior es importante ponerlo de relieve, ya que, el análisis que surge producto de la interposición de la acción que nos encontramos analizando, debe ir encaminado en verificar si las normas acusadas, en encuentran en contraposición, o no, de los principios arriba enunciados.

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.

Por otro lado, y antes de entrar en las consideraciones de fondo del tema que ocupa nuestra atención, debemos tener presente, que el análisis de una disposición jurídica, del

rango que sea, no puede limitarse al estudio de manera aislada de una u otra norma; ya que, el artículo o disposición, al formar parte de un cuerpo complejo adquirirá sentido y concordancia en la medida en que este sea analizado de manera conjunta y no seccionada, razón por la cual, el análisis de constitucionalidad que nos prestamos a realizar, tendrá en cuenta, la totalidad del texto constitucional, tal como lo redacta el Código Judicial, así como de aquel del cual forman parte las disposiciones acusadas de inconstitucionales.

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 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, el cual se encuentra bajo el Título X denominado La Economía Nacional, y el cual es del tenor siguiente:

"ARTICULO 298. El Estado velará por la libre competencia económica y la libre concurrencia en los mercados. Las leyes fijarán las modalidades y condiciones que

garanticen estos principios." (El resaltado es nuestro).

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*.

Pero, ¿qué debemos entender por *libre competencia económica, y libre concurrencia de mercados*?

A fin de absolver la pregunta que arriba nos formulamos, podemos indicar que *Libre Competencia* es una situación en donde cualquier persona o empresa es libre de participar en una determinada actividad económica ya sea como vendedor o como comprador.

Al respecto, debemos indicar que:

"Cuando existe libre competencia, las empresas o personas son libres de entrar o salir de un mercado. Asimismo, tienen completa libertad para fijar el precio de sus productos con el objetivo de atraer las preferencias de los consumidores. Estos últimos por su parte, son libres de elegir qué productos quieren comprar y a qué oferentes quieren acudir." (El resaltado es nuestro) (Cfr. <http://economipedia.com/definiciones/libre-competencia.html>).

En este mismo contexto, al referirse la publicación a la que hacemos referencia, a las condiciones para exista la libre competencia, la misma establece lo siguiente:

"Para que pueda existir la libre competencia en un mercado se debe contar con un marco legal adecuado y transparente

que permita que los agentes económicos ejerzan sus libertades respetando los derechos de los demás.

Dentro de este marco legal, el Estado debe tener la facultad de:

Investigar y sancionar a cualquier agente económico que busque restringir de manera injustificada la competencia. Generalmente esto se hace a través de la creación de una Ley de Competencia y de un organismo fiscalizador que es la agencia de Competencia.

Revisar y modificar las regulaciones o normativas que podrían estar restringiendo la competencia.

Establecer mecanismos para la protección de los derechos de los consumidores. Generalmente esto se hace a través de una Ley de derechos del consumidor y un organismo fiscalizador especializado." (El resaltado es nuestro) (Cfr. <http://economipedia.com/definiciones/libre-competencia.html>).

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.

Pero la norma constitucional también hace referencia a la *libre concurrencia de los mercados*, concepto que igualmente merece ser definido a fin de lograr una mejor aproximación al tema que nos encontramos analizando.

En ese sentido, la *Libertad de Concurrencia de Mercados* es un sistema económico o de Mercado, en donde los oferentes y demandantes de bienes y servicios, pueden concurrir libremente a la fijación de los precios en base a la libertad de juego de la Oferta y la Demanda (Cfr. https://www.eco-finanzas.com/diccionario/L/LIBRE_CONCURRENCIA.htm).

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 este 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.

Por otro lado, si analizamos las condiciones que deben concurrir para exista *Libre Competencia*, a saber, un marco legal que permita **investigar y sancionar** a cualquier agente económico que busque restringir de manera injustificada la competencia; **revisar y modificar** las regulaciones o normativas que podrían estar restringiendo la competencia; y **establecer mecanismos para la protección** de los derechos de

los consumidores; observamos que las mismas se cumplen en el caso que nos ocupa, habida cuenta que, todos estos mecanismos de control ya se encuentran contemplados en 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.

En este sentido, si analizamos el contenido de la Ley a la que hacemos referencia en el párrafo que antecede, y la contrastamos con los principios contenidos en los artículos 17, 49 y 284 de la Constitución Política, observaremos que la misma, específicamente en relación a las normas advertidas de inconstitucionales, **sí cumple con las disposiciones de la Carta Fundamental supuestamente vulneradas.**

Lo arriba indicado encuentra su sustento en el propio contenido de la Ley 31 de 1996, la cual contempla en su artículo 17 que, El Estado, por conducto del Consejo de Gabinete o el Ente Regulador (hoy Autoridad Nacional de los Servicios Públicos), según proceda, otorgará concesiones a los particulares, ya sean personas naturales o jurídicas, para la operación y expedición de servicios de telecomunicaciones, **siempre que se salvaguarde el bienestar social y el interés público.**

Aquella disposición resulta de medular importancia en el caso que nos encontramos analizando; ya que, como se desprende de su contenido, si bien el Estado se encuentra facultado para otorgar concesiones en materia de telecomunicaciones, **esa facultad se encuentra condicionada a**

que su ejercicio se dé teniendo como norte, la salvaguarda del bienestar social y del interés público.

Esta aclaración es importante hacerla, ya que no es correcto indicar que a través de la normas advertidas de inconstitucionales, el Estado no se encuentra en la facultad de reconocer, ni garantizar el derecho que tienen los ciudadanos de recibir servicios de calidad; habida cuenta que, como observamos, desde el momento más incipiente, a saber, la negociación y posterior concesión del servicio, deberá estar fundamentada, precisamente, en el bienestar social e interés público que actor aduce que la norma desconoce.

Por otro lado, en relación a la imposición y/o modificación de las tarifas por la prestación de estos servicios, resulta oportuno traer a colación el artículo 39 de la Ley 31 de 1996, el cual, al referirse a estas, establece lo siguiente:

"Artículo 39. El régimen tarifario será fijado en el contrato de concesión. En consecuencia, las tarifas que se apliquen a los servicios de telecomunicación deberán cumplir, entre otros, con los siguientes principios:

1. Serán iguales en cuanto al método, condiciones y requerimientos, aplicables a los concesionarios autorizados a proveer la misma clase de servicio;

2. Serán equitativas, homogéneas y no discriminatorias entre clientes, para la misma clase de servicio;

3. Tomarán en cuenta las recomendaciones y reglamentaciones de las organizaciones internacionales de las cuales la República de Panamá sea miembro;

4. Procurarán la eliminación de los subsidios cruzados." (El resaltado es nuestro).

Obsérvese, que de conformidad a lo establecido en el artículo que antecede, 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 constituya un acto antojadizo del prestador del servicio.**

En este orden de ideas, si bien, de conformidad a la Constitución Política, nos manejamos bajo un modelo de *libre competencia*, dicha libertad no es absoluta, encontrando esta sus límites naturales en el propio acto de concesión, el cual, como hemos explicado, será aquel documento a través del cual se defina el régimen tarifario para una u otra concesionaria.

En este mismo marco conceptual, y tomando en cuenta los argumentos del actor en lo que respecta a la supuesta imposibilidad del regulador de verificar el precio ofrecido, so pretexto que nos encontramos ante un régimen de libre competencia, tenemos a bien citar las siguientes disposiciones de la Ley 31 de 1996:

"Artículo 40. En los casos contemplados en el artículo 38, salvo que el contrato de concesión correspondiente establezca otro tipo de régimen tarifario, se aplicará el Tope de Precios, de acuerdo con los lineamientos establecidos por el reglamento. Los concesionarios sujetos a este régimen, podrán fijar libremente los precios a los clientes siempre que no excedan el Tope de Precios establecido para un determinado servicio o grupo de servicios."

En concordancia a lo hasta ahora expuesto, si bien se reconoce que existe libre competencia, como hemos venido indicado 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 una institución que se encuentra facultada para verificar la validez y legitimidad de dicho aumento.

En ese sentido, el demandante indica:

"Las concesionarias han aumentado constantemente sus precios cumpliendo solo con un anuncio en el periódico y por medio de un mensaje de voz, por lo que el ente regulador no puede entrar a verificar si es justificado o no el aumento del precio y si existe un aumento de calidad en la prestación del servicio. Siendo así las normas no permiten que el Estado asegure la efectividad de los derechos individuales y sociales del usuario." (Cfr. foja 4 del expediente judicial).

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 contexto si revisamos el Título III de la Ley 31 de 1996, denominado, Infracciones, Sanciones y Procedimiento Sancionador, podremos observar, no solo que se hace referencia las infracciones en las que podrían incurrir los prestadores del servicio público de telecomunicaciones; sino que también establece todo un procedimiento tendiente a acreditar, o desmeritar; la posible desatención a alguna de las obligaciones establecidas en la Ley.

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, la cual podrá ser presentada por aquella persona que se sienta afectada producto lo que ella considere 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/.1,000,000.00); 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

incumplan con la Ley, sin perjuicio de la obligación de reparar el daño causado

De lo hasta ahora expuesto, podemos indicar que los artículo 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.

Del Honorable Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente 824-18-I