

28 de agosto de 2002

**Advertencia de
Inconstitucionalidad**

Interpuesta por la firma forense Chen, Estrada y Wong, dentro del Proceso Administrativo Resolutorio del Pliego de Cargos, formulado en contra de **The German Consulting Group, S.A.** el día 8 de febrero de 2002, ante el **Ente Regulador de los Servicios Públicos**, en relación a la frase: "...o sin convenio con el correspondiente concesionario", inserta en el texto del numeral 8, del artículo 56 de la Ley N°31 de 8 de febrero de 1996, y el artículo 63 del decreto Ejecutivo N°73 de 29 de abril de 1997, expedido por la Presidencia de la República.

Concepto

Señor Magistrado Presidente de la Corte Suprema de Justicia, Pleno.

En virtud del traslado que nos ha conferido Vuestro Augusto Tribunal de Justicia, mediante resolución fechada 13 de agosto de 2002, de la Advertencia de Inconstitucionalidad enunciada en el margen superior del presente escrito, procedemos a emitir nuestro Concepto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5, numeral 1, de la Ley N°38 de 31 de julio de 2000, "que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el Procedimiento Administrativo General y dicta disposiciones especiales".

I. El acto administrativo que se advierte de inconstitucional.

La consulta de inconstitucionalidad se circunscribe a la frase " o sin convenio con el correspondiente concesionario",

contenida en el artículo 56, numeral 8, de la Ley N°31 de 8 de febrero de 1996; el cual es del siguiente tenor literal:

"Artículo 56°. Constituyen infracciones en materia de telecomunicaciones:

...

8. La promoción, mercadeo y reventa de servicios de telecomunicaciones sin concesión propia, o sin convenio con el correspondiente concesionario."
(La subraya es nuestra)

Asimismo, la parte demandante advierte la inconstitucionalidad de la frase **"El ente regulador solo expedirá esta concesión cuando exista un contrato con el concesionario del servicio primario en el cual se le autorice la reventa del servicio correspondiente"**, contenida en el artículo 63 del Decreto Ejecutivo N°73 de 29 de abril de 1997, emitido por la Presidencia de la República, reglamentario de la Ley 31 de 1996. Éste, expresa lo siguiente:

"Artículo 63°: El servicio de reventa de servicios de telecomunicaciones requiere de una concesión. El Ente Regulador solo expedirá esta concesión cuando exista un contrato con el concesionario del servicio primario en el cual se le autorice la reventa del servicio correspondiente. Durante el período de exclusividad temporal, solo se admitirán aquellas reventas de servicios de telecomunicaciones que no contravengan los derechos conferidos por la exclusividad temporal."

II. Normas constitucionales consideradas como infringidas:

De conformidad con lo expuesto por la apoderada judicial de la sociedad anónima The German Consulting Group, las frases ya citadas, infringen lo dispuesto en los artículos 40, 44, 60, 287 y 290 de la Constitución Nacional, los cuales rezan así:

"Artículo 40: Toda persona es libre de ejercer cualquier profesión u oficio sujeta a los reglamentos que establezca la Ley en colegiación, salud pública, sindicación y cotizaciones obligatorias.

No se establecerá impuesto o contribución para el ejercicio de las profesiones liberales y de los oficios y las artes."

- o - o -

"Artículo 44: Se garantiza la propiedad privada adquirida con arreglo a la Ley por personas jurídicas o naturales."

- o - o -

"Artículo 60: El trabajo es un derecho y un deber del individuo y por lo tanto es una obligación del estado elaborar políticas económicas encaminadas a promover el pleno empleo y asegurar a todo trabajador las condiciones necesarias a una existencia decorosa."

- o - o -

"Artículo 287: No habrá bienes que no sean de libre enajenación ni obligaciones irredimibles, salvo lo dispuesto en el artículo 58 y 123. Sin embargo valdrán hasta un término máximo de veinte años las limitaciones temporales al derecho de enajenar y las condiciones o modalidades que suspendan o retarden la redención de las obligaciones."

- o - o -

"Artículo 290: Es prohibido en el comercio y en la industria toda combinación, contrato o acción cualquiera que tienda a restringir o imposibilitar el libre comercio y la competencia y que tenga efectos de monopolio en perjuicio del público.

Pertenece a este género la práctica de explotar una sola persona natural o jurídica, series o cadenas de establecimientos mercantiles al por menor en forma que haga ruinoso o tienda a eliminar la competencia del pequeño comerciante o industrial.

Habrá acción popular para impugnar ante los tribunales la celebración de cualquier combinación, contrato o acción que tenga por objeto el establecimiento de prácticas

monopolizadoras, la Ley regulará esta materia."

III. La representante judicial de la accionante sustentó su alzada, de la siguiente manera:

A. En cuanto a la infracción de los artículos 40 y 60 de nuestra Carta Política Nacional, explicó que la frase contenida en el numeral 8° del artículo 56 de la Ley 31 de 8 de febrero de 1996, y que se refiere específicamente a que constituye una infracción en materia de telecomunicaciones, la promoción, mercadeo y reventa de servicios de telecomunicaciones sin concesión propia 'o sin convenio con el correspondiente concesionario', condiciona de manera determinante el ejercicio de una actividad que por su naturaleza es meramente mercantil y en modo alguno de orden público.

Esta norma legal establece una limitante restrictiva, al legítimo derecho constitucional de que cualquier persona pueda dedicarse al oficio que sea de su preferencia y elección, es decir, ejercer el legítimo derecho del trabajo mediante la ejecución de este tipo de actividades.

A su juicio, el hecho que se declare como infracción la promoción, reventa y mercadeo de servicios de telecomunicaciones sin contar con la autorización y permiso de quien lo vende o produce originalmente, lo que realmente persigue es coartar el legítimo derecho para el ejercicio del comercio, el trabajo e incluso lesionando el derecho de propiedad, ya que coarta la facultad de disposición del mismo una vez adquirido.

Continuó argumentando que, en realidad lo que se busca es otorgarle, inconstitucionalmente al concesionario, el control de la libre comercialización del producto que es

objeto del presunto contrato. Como quiera que dicha norma no explica el porqué nos vemos obligados a presumir que lo que se busca es colocar en manos del proveedor principal del servicio, la facultad de ceder a su discreción y conveniencia la comercialización del servicio en manos de un limitado número de personas que pueden ser de su elección. Por otro lado no podemos soslayar el hecho que los servicios de telecomunicaciones son bienes intangibles de libre comercio y que lo que es de orden público es únicamente la facultad de explotarlos mediante concesión conferida por el Estado. (Cf. f. 16 y 17)

B. En cuanto a la infracción de los artículos 44 y 287 de la Constitución Política Nacional, expresó lo que a seguidas se copia:

"Nuestra constitución garantiza la propiedad privada adquirida con arreglo a la Ley por personas jurídicas o naturales conforme lo dispone el artículo 44. Ese derecho de propiedad esta constituido por dos poderes o derechos fundamentales: el de gozar y el de disponer del bien, y que no es mas que la facultad de transferir o transmitir este derecho sobre las cosas. Este es un criterio que ha sido sentado en múltiples oportunidades por nuestro máximo tribunal de justicia.

El o los servicios de telecomunicaciones, una vez producidos o creados y puestos en el comercio mediante operación de venta al público, por las personas autorizadas conforme la Ley para su aprovechamiento posterior (los concesionarios), son objetos de libre disposición una vez adquiridos por cualquier persona (compradores) sin mas limitaciones que aquellas emergentes de las disposiciones constitucionales y legales.

Hay que tomar muy en cuenta, que bajo ningún concepto, ninguna autoridad pública, con el pretexto de aplicar las limitaciones legales al ejercicio del

derecho de propiedad, tiene la facultad para imponer restricciones o limitaciones al derecho de propiedad, distintas de aquellas que son inherentes, aun cuando el bien o servicio del cual se trate, conlleva un interés público de cualquier naturaleza. Una vez adquirido el bien (tangible o intangible) este es de libre y absoluta enajenación como lo garantiza el Artículo 287 de nuestra Carta Magna..." (Cf. f. 19)

C. Respecto a la infracción del artículo 290 de la Constitución Política Nacional, el demandante señaló lo que a seguidas se copia:

"No hay ninguna duda que la aplicación de las normas acusadas, restringen la explotación de una actividad comercial que debe ser de libre competencia entre todas las personas que opten de manera indiscriminada a solicitar la concesión para ejecutarlas, y no debe pues el organismo expedidor de la misma, condicionar su otorgamiento a la celebración de un contrato de derecho privado que no puede controlar ni exigir que se mantenga vigente entre las partes.

Ha sido criterio continuado de la Honorable Corte Suprema de Justicia en reiteradas ocasiones, que cualquier combinación celebrada por una entidad estatal y una empresa en la cual se establezcan términos que tiendan a impedir o restringir de manera efectiva el cabal ejercicio del comercio al igual que el principio de oferta y demanda... viola el Artículo 290 de la Constitución Política.

Porque el propósito real del conjunto de disposiciones acusadas de inconstitucionales, no fue otro que permitir que los concesionarios tuviesen en sus manos el control absoluto de la comercialización de los mismos, de manera tal que sin competencia alguna de terceros pudieran además de generar el servicio comercializarlo a su antojo estableciendo precios y condiciones de acuerdo con márgenes de comercialización que pudieran establecer unilateralmente." (Cf. f. 22)

Concepto de la Procuraduría de la Administración

Este Despacho procede a analizar los cargos de inconstitucionalidad que se le endilgan a la frase: "**...o sin convenio con el correspondiente concesionario**", inserta en el numeral 8, del artículo 56 de la Ley 31 de 1996, así como la frase: "**El ente regulador solo expedirá esta concesión cuando exista un contrato con el concesionario del servicio primario en el cual se le autorice la reventa del servicio correspondiente**", contenida en el artículo 63 del Decreto Ejecutivo N°73 de 1997; de la siguiente manera:

El Estado panameño celebró contrato de Concesión con la empresa Cable and Wireless Plc., para la prestación de servicios de telecomunicaciones, otorgándole un período de exclusividad temporal en el servicio, tal como lo expresa la cláusula 8ª, del capítulo IV, denominado "Derechos del Concesionario". Ésta, expresa en su parte medular lo siguiente:

"CLAUSULA 8ª: PERIODO DE EXCLUSIVIDAD TEMPORAL

8.1.1 Sujeto a los términos y condiciones establecidos en el presente **CONTRATO DE CONCESION**, a lo dispuesto en el Artículo 23 del Reglamento y con el propósito de lograr los objetivos previstos en las Metas de Expansión y Calidad de Servicio contenidas en el Anexo C, la prestación de los servicios contenidos en la Cláusula 4ª de este Contrato estarán sujetos hasta el 1º de enero del año 2003 al régimen de exclusividad temporal.

8.1.2 Durante el período de exclusividad temporal otorgado a INTEL, S.A., todo tráfico de telefonía básica local, nacional o internacional que provenga o se dirija a una red de telecomunicaciones localizada dentro del territorio de la República de Panamá se regirá por las disposiciones del Artículo 15 del Reglamento.

...

8.2 Salvo por lo dispuesto en el Artículo 23 del Reglamento, durante el período de exclusividad temporal, ningún otro **CONCESIONARIO** podrá prestar los servicios mencionados en la Cláusula 8.1.1 dentro del área de **CONCESION**. Para los efectos de este Contrato, las disposiciones contenidas en el Artículo 23 del Reglamento comenzarán a regir un (1) año después del perfeccionamiento del presente **CONTRATO DE CONCESION**.

...

8.4. Sin menoscabo de las obligaciones contenidas en el presente **CONTRATO DE CONCESION** y el Reglamento, el período de exclusividad temporal será utilizado por EL **CONCESIONARIO** para:

8.4.1 Cumplir con las metas de expansión y calidad del servicio especificadas en el Anexo C, y

8.4.2 Efectuar la eliminación gradual y planificada de los subsidios cruzados en los servicios otorgados en régimen de exclusividad temporal..." (La subraya es nuestra)

Como podemos observar, a la empresa Cable and Wireless Panamá, S.A. se le confirió un período de exclusividad temporal hasta el 1° de enero de 2003; a fin que, ésta pudiera cumplir con las metas de expansión y calidad del servicio público de telefonía.

En virtud de lo anterior, el legislador dispuso regular esta normativa, con la finalidad de coadyuvar al cumplimiento del aludido contrato; de suerte que, se establecieron algunas prohibiciones para la prestación del servicio público de las telecomunicaciones, a través de la Ley N°31 de 8 de febrero de 1996, "por la cual se dictan normas para la regulación de las telecomunicaciones en la República de Panamá", contenidas en el artículo 56, el cual es del siguiente tenor literal:

"Artículo 56. Constituyen infracciones en materia de telecomunicaciones:

1. La prestación de servicios de telecomunicaciones sin la correspondiente concesión;
2. La interconexión a cualesquiera de las redes de telecomunicaciones, o la conexión de equipos terminales, sin la autorización correspondiente, en forma distinta a la autorizada, o en violación a las normas vigentes en materia de telecomunicaciones;
3. El ocasionar daños a las redes de telecomunicaciones o a cualquiera de sus elementos, así como interferencias o interceptaciones a los servicios de telecomunicaciones, o afectar en cualquiera otra forma, su funcionamiento como consecuencia de conexiones o instalaciones no autorizadas, o debido a dolo, negligencia o incumplimiento de las leyes o reglamentos pertinentes, sin perjuicio de las penas o indemnizaciones a que tenga derecho el Estado o terceras personas, por los daños y perjuicios ocasionados;
4. La alteración o manipulación de las características técnicas, etiquetas, signos o símbolos e identificación de los equipos, aparatos o terminales, cuando se encontrasen homologados por el Ente Regulador, o se usen en forma distinta a la autorizada;
5. La importación, distribución, arrendamiento o venta de equipos o aparatos, cuyo uso haya sido prohibido por el Ente Regulador;
6. La negativa, resistencia o falta de colaboración por parte del concesionario, a solicitud del Ente Regulador, con base en las normas vigentes en materia de telecomunicaciones;
7. La utilización en forma fraudulenta o ilegal de los servicios de telecomunicaciones, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales correspondientes;
8. La promoción, mercadeo y reventa de servicios de telecomunicaciones sin concesión propia, o sin convenio con el correspondiente concesionario;

9. La distorsión de la dirección del tráfico internacional, a través de mecanismos que permitan el acceso a redes telefónicas del exterior, para obtener tono de marcar originado en dichas redes y suscribir, promocionar, mercadear, reenrutar o revender el servicio de llamadas de larga distancia internacional, solamente cuando se encuentre vigente algún contrato de concesión tipo A para brindar servicio internacional;
10. El incumplimiento de las normas vigentes en materia de telecomunicaciones;
11. La realización de actos contrarios a la Ley, a sus reglamentos o a las resoluciones que emita el Ente Regulador, que afecten a los concesionarios de los servicios públicos de radio o televisión abierta o pagada." (La subraya es nuestra)

Por otra parte, el legislador fue claro cuando estipuló en el artículo 1° de la Ley N°31 de 1996, el objeto primordial de ese texto legal. Éste, indica lo siguiente:

"Normas y Principios.

Artículo 1: Esta Ley regula las telecomunicaciones, con el objeto de acelerar la modernización y el desarrollo del sector, promover la inversión privada en el mercado, extender su acceso, mejorar la calidad de servicios provistos, promover tarifas bajas al usuario y la competencia leal, en la provisión de los servicios de telecomunicaciones sujetos a esta Ley."

Culminado el análisis anterior, debemos manifestar que la frase: **"o sin convenio con el correspondiente concesionario"**, contenida en el numeral 8 del artículo 56 de la Ley N°31 de 1996, no infringe los artículos 40 y 60 de la Constitución Política Nacional, tal como lo asevera la parte demandante; toda vez que, la misma no está coartando el

derecho a desempeñar una profesión u oficio, ni mucho menos a ejercer el trabajo.

Es evidente que, el Contrato de Concesión del servicio de telecomunicaciones, suscrito entre el Estado Panameño y la empresa Cable and Wireless, Plc. no es de derecho privado; pues, contiene limitaciones y obligaciones de carácter general, propias de los contratos públicos.

La lectura del artículo 1 de la Ley N°31 de 1996, denota que el Estado en aras de implementar y desarrollar metas de calidad que mejoraran el servicio público de telecomunicaciones, optó por conceder la prestación del servicio dentro de un periodo determinado en forma exclusiva a la empresa Cable and Wireless Panamá, S.A.; con lo cual, le permitiría a ésta cumplir con las pautas previamente establecidas, dentro del término fijado.

Señalar que la labor que ejecuta actualmente la empresa Cable and Wireless Panamá, S.A., en forma exclusiva, coarta el derecho de otros para realizar la misma actividad, es a todas luces improcedente; porque, primeramente estamos frente a un contrato de carácter público el cual constituye ley entre las partes y, en segundo lugar, la norma explica con claridad cuál es objeto de conceder **un derecho de uso exclusivo temporal.**

Consideramos importante dejar sentado que, el ejercicio de la prestación del servicio telefónico no es puramente mercantil, pues, el Estado ejerce el control directo del uso y disfrute de las redes de comunicación, por ser un bien de orden público; de manera que, es permitido al Estado poder otorgar derechos de exclusividad temporal, a través de contratos de concesión.

Sobre el particular, el autor argentino Daniel Edgardo Maljar en su obra titulada "Intervención del estado en la prestación de servicios públicos", comentó lo siguiente:

"d) De los privilegios en particular:
El monopolio y la exclusividad

Como hemos dicho, el instrumento jurídico par otorgar un privilegio es la 'concesión de servicio público'.

A su vez, cuando el estado concede una determinada actividad, puede hacerlo para que el particular la ejerza en forma monopólica o exclusiva.

Si la entrega en monopolio, significa que el estado ha suprimido la concurrencia en una actividad de libre ejercicio hasta entonces, para reservar tal ejercicio a una persona pública o privada.

Mientras que si la otorga en forma exclusiva, el estado asume el compromiso de no otorgar nuevas concesiones para el mismo servicio o actividad por un período limitado de tiempo. Si el estado observa durante ese lapso esa actitud pasiva, su comportamiento estará estrictamente ajustado a Derecho.

Las demás personas, amparadas en la libertad de trabajo, y en ejercicio de sus demás derechos constitucionales, pueden ejercer por sí y para sí mismas, la actividad que motivó el privilegio de 'exclusividad'. Tal es el principio. Así, en el servicio de suministro de energía eléctrica, por ejemplo, la cláusula de exclusividad no impide que los particulares produzcan electricidad para su consumo propio. En cambio, si se tratase del privilegio de 'monopolio' -al quedar suprimida la concurrencia- el titular de éste sería el único que podría ejercer la actividad objeto del monopolio; por lo tanto, tratándose del monopolio del servicio de producción de energía eléctrica, las demás personas no podrían producirla ni aun para su propio servicio; deberán adquirirla al concesionario a quien se le dio el monopolio de esa actividad." (Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 1998, Págs. 316 y 317)

Lo escrito nos demuestra que, el Estado se encuentra facultado para celebrar concesiones administrativas, de servicios netamente públicos, bajo estándares de calidad, exclusividad y por un término fijo.

En consecuencia, estimar que, la frase: "**o sin convenio con el correspondiente concesionario**", es inconstitucional por ser violatoria a lo dispuesto en los artículos 40 y 60 de nuestra Carta Política Nacional, resulta a todas luces improcedente; pues, el marco de restricción contenido en el artículo 56 de la Ley N°31 de 1996, se fundamenta jurídicamente en la potestad que tiene el Estado para celebrar contratos de concesión, bajo parámetros de exclusividad temporal a favor del concesionario, el cual podrá revender el servicio de telecomunicaciones, siempre que respete los parámetros de calidad y exclusividad convenidos con el Estado, lo cual permite a los particulares poder desarrollar esa actividad, resguardándose así el derecho a desempeñar una profesión u oficio.

Además, no podemos dejar a un lado el hecho que el período de exclusividad convenido con la empresa Cable and Wireless Panamá, S.A., desaparece el día 1° de enero de 2003; por ende, cualquier particular podrá promocionar, mercadear y revender los servicios de telecomunicaciones, pero bajo el marco regulatorio que establezca previamente el Estado, a través de un contrato de concesión administrativa.

Pretender que un particular pueda por sí sólo realizar operaciones mercantiles, de un servicio netamente público, como es el caso de las telecomunicaciones, es despojar al Estado de uno de sus dominios; por tanto, para su

comercialización es necesario obtener una autorización del Estado.

El jurista español Marco Fernando Pablo, en su obra titulada "Derecho General de las Telecomunicaciones", explicó sobre este tema, lo siguiente:

"El otro gran campo de especificaciones y limitaciones en la gestión de la red, resulta del propio título que la habilita. Tanto la **autorización** (exigible para la prestación del servicios distintos del telefónico disponible para el público o que impliquen el uso del dominio público radioeléctrico) como la **licencia individual** (exigible en principio para establecer o explotar **redes públicas**, para la prestación del servicio telefónico y para las redes y servicios que impliquen el uso de la radioelectricidad) implican, como se ha expuesto antes, una previa Orden Ministerial que fijará las condiciones generales y requisitos que habrán de acreditarse cumplidos para cada categoría de servicio o red, antes de obtener el título habilitante respectivo." (El resaltado es del autor) (Editorial COLEX, Madrid - España, 1998, Págs. 93 y 94)

Continuando con este mismo orden de ideas, debemos apuntar que las supuestas infracciones de los artículos 44 y 287 de la Constitución Política Nacional tampoco se han producido; puesto que, en párrafos anteriores hemos evidenciado que el Estado tiene plena potestad para imponer limitaciones o restricciones, al derecho de comercializar este bien de propiedad pública.

Ciertamente el artículo 44 de la Constitución Política garantiza la propiedad privada adquirida conforme a la Ley, precepto que ha sido desarrollado por el artículo 337 Código Civil Panameño, al disponer que: "la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas por la ley."

En el proceso que nos ocupa, la Ley N°31 de 8 de febrero de 1996, "por la cual se dictan normas para la regulación de las telecomunicaciones en la República de Panamá", contempla restricciones para los particulares en torno a la prestación del servicio de telecomunicaciones; esto, como parte del convenio de concesión celebrado con la empresa Cable and Wireless Panamá, S.A.

Pero, no concebimos el hecho que las frases: **"o sin convenio con el correspondiente concesionario"**, contenida en el numeral 8, del artículo 56 de la citada Ley 31 de 1996 y la frase: **"El Ente Regulador solo expedirá esta concesión cuando exista un contrato con el concesionario del servicio primario en el cual se le autorice la reventa del servicio correspondiente"**, contenida en el artículo 63 del Decreto N°73 de 29 de abril de 1996; son inconstitucionales, por ser infractores de los artículos 44 y 287 de la Constitución Política Nacional.

El examen exhaustivo efectuado demuestra que, no estamos ante una contratación de un bien privado sino de orden público y, que la empresa Cable and Wireless Panamá, adquirió por tiempo determinado el derecho al uso del servicio público de telecomunicación, en forma exclusiva, a través de un contrato de concesión, ajustado a las Leyes de la República de Panamá.

Además, opinamos que, el servicio de telecomunicación por su naturaleza no puede ser enajenado libremente; pues, es cierto que es un bien intangible pero también es de orden público, hecho que debe ser tomado en cuenta al momento de pretender ejercer su comercio, dado que el Estado como garante del interés público nacional, debe orientar la

explotación de las redes de telecomunicación de la forma que beneficie a la población panameña.

Es por eso que, se pactó con la empresa Cable and Wireless Plc. el derecho a ejercer el comercio de la telefonía en forma exclusiva, pero por un término establecido en el propio contrato, 1° de enero de 2003; a fin que se cumplieran con las metas de calidad, en la prestación del servicio y el mejoramiento de las redes de comunicación, lo cual representa un beneficio para el Estado.

Siendo ello así, consideramos que no hay violación alguna de los artículos 44 y 287 de la Constitución Política.

Para finalizar, consideramos que las aludidas frases atacadas como inconstitucionales, no conculcan el artículo 290 de la Constitución Política Nacional, pues, el servicio de telecomunicaciones es netamente público; por ende, no se le puede calificar dentro de las actividades mercantiles, las cuales se caracterizan por contener acciones restrictivas del libre comercio y la competencia a que se refiere el artículo 290 constitucional, a pesar que este servicio lo preste una empresa privada, en virtud de un contrato de concesión administrativa.

Por tanto, el aludido precepto constitucional no se aplica al servicio público de telecomunicaciones, independientemente que los mismos los brinde el Estado de manera directa o mediante concesión.

El tema debatido, ha sido objeto de estudio por el Honorable Pleno de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia fechada 20 de noviembre de 2000, la cual en su parte medular plasmó lo siguiente:

"Compartimos el criterio del jurista Rogelio Fábrega Zarak, citado

por el señor Procurador, quien en parte de un trabajo titulado La Tutela constitucional de la competencia apunta lo siguiente:

'Dentro de este orden de ideas, estimo que los artículos 290 y 293 se aplican de manera exclusiva a actividades mercantiles, y no a los servicios públicos, sean prestados directamente o mediante concesión, salvo disposición legal expresa en contrario por las siguientes razones:

- a) El servicio público es, como afirma Escola, 'aquella actividad de prestación que es asumida por la administración pública, en forma directa o indirecta, a fin de atender las necesidades de interés público, bajo un régimen especial, preferiblemente de derecho público.'
- b) La organización de una actividad como un servicio público implica el de traerlo de la actividad privada y ubicarlo en la pública, bajo la responsabilidad inmediata del Estado, mediante la figura que Villar Palasi denominó la publicatio. Esta hace referencia a la decisión del poder público de incorporar a la esfera pública una actividad determinada trayéndola de la actividad privada o creada ex novo que, al propio tiempo que se sujeta a un régimen jurídico especial de derecho público, debe ser prestado con características de generalidad, uniformidad, igualdad, continuidad, y obligatoriedad, y sujeta a una intensa vigilancia y reglamentación por parte del Estado al concesionario o a los usuarios del mismo.
- c) La circunstancia de que la prestación del servicio se realice en forma indirecta, es decir, bajo concesión administrativa, no altera su régimen jurídico-público aplicable en forma directa inmediata a los servicios públicos, según las mas (sic) autorizadas doctrina.
- d) Al constituir cometidos o funciones públicas, no son actividades comerciales o industriales comerciales o industriales, y no se encuentran, por tanto, en el supuesto de hecho previsto por el artículo 290 y, en consecuencia, no le alcanza la

interdicción sancionada en el mismo, que viene referida a las acciones restrictivas del libre comercio y la competencia 'en el comercio y en la industria', y, además, que la segunda disposición constitucional citada, el artículo 293, se refiere a los monopolios privados, que no se aplica a los servicios públicos, los que tradicionalmente han sido explotados en forma monopólica.

- e) De acuerdo con el principio 'favor libertatis' habría que tener como servicios aquellos que se reputan como tales desde una concepción estricta, o sea, los creados y organizados por Ley para satisfacer necesidades generales en beneficio de los usuarios de los mismos. De lo contrario, caerían por fuera de la ordenación del mercado actividades privadas que son fuertemente intervenidas por el interés general que desempeñan, pero que no son técnicamente servicios públicos. Esta distinción es recogida por la doctrina, usualmente definiéndolas (sic), quizá con poco rigor técnico, como servicio público impropios. La posibilidad del establecimiento de monopolios oficiales para prestar un servicio público, por lo demás, tiene plena y expresa cobertura constitucional por el artículo 153, numeral 10° de nuestra Constitución, al atribuir (sic) como competencia expresa del Organo Legislativo, entre otros, 'establecer monopolios oficiales para atender los servicios públicos', norma que debe interpretarse en concordancia con los artículos 256 y 281 del ordenamiento constitucional, y por el artículo 262.' (FABREGA ZARAK, Rogelio. "La tutela constitucional de la competencia" en Anuario de Derecho N°21, Centro de Investigación Jurídica, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá, Imprenta Universitaria, 1992, Pp. 144-145.)"

En virtud de lo expuesto, este Despacho solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar la Constitucionalidad de las frases: "**o sin convenio con el correspondiente concesionario**", contenida en el

numeral 8, del artículo 56 de la citada Ley 31 de 1996 y la frase: **"El Ente Regulador solo expedirá esta concesión cuando exista un contrato con el concesionario del servicio primario en el cual se le autorice la reventa del servicio correspondiente"**, contenida en el artículo 63 del Decreto N°73 de 29 de abril de 1996; porque, no vulneran la Constitución Política, tal como se ha observado en el análisis que hemos efectuado.

Del Señor Magistrado Presidente,

**Licda. Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración**

AMdeF/11/mcs

Licdo. Víctor L. Benavides P.
Secretario General

MATERIA:

Contratación de servicio público con carácter exclusivo.