

(ACUMULADO AL 1191-17). MAGISTRADO PONENTE: HARRY A. DÍAZ. DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTA POR EL LICENCIADO RICARDO SALCEDO LÓPEZ, ACTUANDO EN SU PROPIO NOMBRE Y REPRESENTACIÓN, PARA QUE SE DECLAREN INCONSTITUCIONALES LOS ARTÍCULOS 101, NUMERAL 20, Y 130, NUMERAL 4, DE LA LEY NO. 51 DE 27 DE DICIEMBRE DE 2005 (QUE REFORMA LA LEY ORGÁNICA DE LA CAJA DEL SEGURO SOCIAL Y DICTA OTRAS DISPOSICIONES). PONENTE: HARRY A. DIAZ. PANAMÁ, VEINTIOCHO (28) DE JUNIO DE DOS MIL DIECINUEVE (2019)

Tribunal: Corte Suprema de Justicia, Panamá

Sala: Pleno

Ponente: Harry Alberto Díaz González

Fecha: 28 de junio de 2019

Materia: Inconstitucionalidad

Acción de inconstitucionalidad

Expediente: 341-17

VISTOS:

El licenciado Ricardo Salcedo López, actuando en su propio nombre y representación, ha presentado demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 101, numeral 20, y 130, numeral 4, de la Ley 51 de 27 de diciembre de 2005, que reforma la Ley Orgánica de la Caja del Seguro Social y dicta otras disposiciones, habida cuenta que, a su juicio, dichas normas reglamentarias podrían ser violatorias de los artículos 47 y 298 de la Carta Política.

Por idénticas razones jurídicas, ingresó a la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia, nueva demanda de inconstitucionalidad presentada por el propio licenciado Ricardo Salcedo López, el cual se listó con el número de entrada 1191-17, y en esta nueva demanda se aducen las mismas normas acusadas, invocando esta vez como normas constitucionales transgredidas los artículos 19 y 298 de la Carta Magna. Por ser ambas demandas coincidentes en los mismos razonamientos jurídicos, esta Superioridad procedió a su acumulación (fs. 90-91).

Admitidas ambas demandas de inconstitucionalidad se corrió traslado a la Señora Procuradora General de la Nación, y por devuelto el expediente con la respectiva vista de traslado, se fijó en lista por el término de Ley, para que el

demandante y las personas interesadas presentaran argumentos por escrito sobre el caso, cumpliéndose de esa manera los trámites de la sustanciación establecida en la ley.

El caso se encuentra por tanto en estado de decidir y a ello se procede, previas las consideraciones siguientes:

HECHOS EN LOS QUE SE FUNDA LA DEMANDA

La pretensión incoada consiste en que el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de la facultad que le confiere el inciso primero del artículo 206 de la Constitución Política, declare que son inconstitucionales los artículos 101, numeral 20, y 130, numeral 4, de la Ley 51 de 27 de diciembre de 2005, publicada en Gaceta Oficial No. 25453 de 28 de diciembre de 2005, que reforma la Ley Orgánica de la Caja del Seguro Social y dicta otras disposiciones.

Los numerales atacados de inconstitucionales son del tenor siguiente:

Artículo 101. Recursos de la Caja de Seguro Social. Los recursos de la Caja de Seguro Social para cubrir los gastos de administración que demande la gestión administrativa de la Institución y las prestaciones de los Riesgos de Enfermedad y Maternidad y de Invalidez, Vejez y Muerte, estarán constituidos por los siguientes ingresos:

1. *La cuota pagada por los empleados, la cual será:*
 - a. *Hasta el 31 de diciembre de 2007, el equivalente a siete punto veinticinco por ciento (7.25%) de sus sueldos.*
 - b. *Del 1 de enero de 2008 al 31 de diciembre de 2010, el equivalente a ocho por ciento (8%) de sus sueldos.*
 - b. *Del 1 de enero de 2011 al 31 de diciembre de 2012, el equivalente a nueve por ciento (9%) de sus sueldos.*
 - c. *A partir del 1 de enero de 2013, el equivalente a nueve punto setenta y cinco por ciento (9.75%) de sus sueldos.*
2. *La cuota pagada por los empleadores, la cual será:*
 - a. *A partir de la entrada en vigencia de esta Ley, el equivalente a diez punto setenta y cinco por ciento (10.75%) de los sueldos que paguen a sus empleados.*
 - b. *Del 1 de enero de 2008 al 31 de diciembre de 2010, el equivalente a once punto cincuenta por ciento (11.50%) de los sueldos que paguen a sus empleados.*
 - c. *Del 1 de enero de 2011 al 31 de diciembre de 2012, el equivalente a doce por ciento (12%) de los sueldos que paguen a sus empleados.*

- d. *A partir del 1 de enero de 2013, el equivalente a doce punto veinticinco (12.25%) de los sueldos que paguen a sus empleados.*
3. *La cuota pagada por los trabajadores independientes contribuyentes, la cual será equivalente a:*
 - a. *Desde el 1 de enero al 31 de diciembre de 2007, nueve punto cinco por ciento (9.5%) de sus honorarios anuales considerados para su base de cotización.*
 - b. *Del 1 de enero de 2008 al 31 de diciembre de 2010, once por ciento (11%) de sus honorarios anuales considerados para su base de cotización.*
 - c. *Del 1 de enero de 2011 al 31 de diciembre de 2012, doce punto cincuenta por ciento (12.50%) de sus honorarios anuales considerados para su base de cotización.*
 - d. *A partir del 1 de enero de 2013, trece punto cincuenta por ciento (13.50%) de sus honorarios anuales considerados para su base de cotización.*
4. *La contribución especial del empleador, que será realizada sobre la base de cada una de las tres partidas del Decimotercer Mes, equivalente a diez punto setenta y cinco por ciento (10.75%) de la suma pagada por el empleador en este concepto a sus empleados.*
5. *La contribución especial que será realizada por el empleado, sobre la base de cada una de las tres partidas del Decimotercer Mes, la cual será equivalente a siete punto veinticinco por ciento (7.25%).*
6. *La cuota pagada por los pensionados por Invalidez, Vejez y Muerte e Incapacidad Parcial o Absoluta Permanente de Riesgos Profesionales de la Caja de Seguro Social, que será igual a seis punto setenta y cinco por ciento (6.75%) del monto mensual de la pensión.*
7. *La cuota pagada por los asegurados de la Caja de Seguro Social que reciban subsidios de incapacidad temporal, de origen profesional o no, y por maternidad, la cual será igual a:*

- a. *Hasta el 31 de diciembre de 2007, el equivalente a siete punto veinticinco por ciento (7.25%) de dicho subsidio.*
 - b. *Del 1 de enero de 2008 y hasta el 31 de diciembre de 2010, el equivalente a ocho por ciento (8%) de dicho subsidio.*
 - c. *Del 1 de enero de 2011 y hasta el 31 de diciembre de 2012, el equivalente a nueve por ciento (9%) de dicho subsidio.*
 - d. *A partir del 1 de enero de 2013, el equivalente a nueve punto setenta y cinco por ciento (9.75%) de dichos subsidios.*
8. *La participación en el Impuesto Selectivo al Consumo de Bebidas Gaseosas, Alcohólicas y Cigarrillos a que se refiere la Ley 45 de 1995, modificada por la Ley 6 de 2005.*
 9. *Un aporte del Estado, equivalente a ocho décimos del uno por ciento (0.8%) de los sueldos y bases de cotizaciones de los asegurados obligatorios, de los sueldos básicos e ingresos de las personas incorporadas al régimen de seguro voluntario y de lo pagado a jubilados del Estado, sobre los cuales la Caja de Seguro Social recibe cuotas.*
 10. *Los ingresos provenientes del Fideicomiso que establece el Estado a favor de la Caja de Seguro Social como aporte a la sostenibilidad financiera y actuarial del Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte.*
 11. *La cuota a pagar por los pensionados y jubilados del Estado y de los fondos especiales de retiro, la cual será equivalentes a seis punto setenta y cinco por ciento (6.75%) del monto bruto mensual de sus pensiones o jubilaciones.*
 12. *Un subsidio anual del Estado, equivalente a veinte millones quinientos mil balboas (B/.20,500,000.00) al año, para compensar las fluctuaciones o posible disminución de la tasa de interés de las inversiones que mantenga la Caja de Seguro Social en bonos, pagarés u otros valores similares emitidos por el Estado.*

13. *Los ingresos producto de los acuerdos de compensación de costos, en el caso en el que los hubiera.*
14. *Los pagos que reciba la Caja de Seguro Social cuando actúe como fiduciario.*
15. *Las cuotas de las personas incorporadas al régimen de seguro voluntario.*
16. *Las utilidades que obtengan la Caja de Seguro Social de la inversión de los fondos y reservas de los distintos riesgos.*
17. *El diez por ciento (10%) de las primas cobradas por Riesgo Profesional.*
18. *Las multas y recargos que cobre de conformidad con la presente Ley.*
19. *Las herencias, legados y donaciones que se le hicieran, los cuales serán deducibles para los efectos del Impuesto sobre la Renta.*
20. *El diez por ciento (10%) de los ingresos netos de las concesiones que el Estado otorgue en materia de fibra óptica.*
21. *Los pagos que le ingresen por cualquier otro concepto.*

Artículo 130. Ingresos destinados al Riesgo de Enfermedad y Maternidad. Para cubrir las prestaciones en especie y en dinero que se otorguen, según la presente Ley y sus reglamentos, a los asegurados en los riesgos de enfermedad no profesional y maternidad, se destinarán los siguientes ingresos:

1. *Para el financiamiento de las prestaciones en dinero, los empleados aportarán el equivalente a un medio de uno por ciento (0.5%) de la cuota total que le corresponde cotizar sobre sus sueldos.*
2. *Para el financiamiento de las prestaciones médicas, tanto de los empleados como de sus dependientes, se destinará:*
 - a. *A partir de la entrada en vigencia de esta Ley, de las cuotas pagadas por los empleadores, una suma equivalente al ocho por ciento (8%) de los sueldos pagados a sus empleados.*

- b. *La totalidad de la cuota pagada por los pensionados de la Caja de Seguro Social por invalidez, vejez, muerte e incapacidad parcial o absoluta permanente de Riesgos Profesionales, y por los pensionados y jubilados del Estado, y de los fondos especiales de retiro sujetos al pago de cuotas de seguro social.*
3. *También se destinarán a este riesgo:*
 - a. *Las cuotas que se determinen mediante el reglamento que al efecto dicte la Junta Directiva, de los aportes de cada categoría de los asegurados incorporados al régimen voluntario.*
 - b. *Las herencias, legados y donaciones que sean dirigidos a este riesgo específicamente.*
4. *El diez por ciento (10%) de los ingresos netos de las concesiones que el Estado otorgue en materia de fibra óptica.*

Indica el demandante, que la infracción del artículo 19 de la Constitución Política se da de forma directa por comisión, toda vez que al establecerse un "ingreso" para beneficiar a una condición determinada de ciudadanos o clase social (entiéndase los asegurados de la Caja del Seguro Social), se están beneficiando a unas personas por encima de otras simplemente por su condición.

Respecto a la vulneración del artículo 47 de la Carta Magna, estima el accionante que es de forma directa por omisión, puesto que las normas demandadas de inconstitucionales se refieren a "pagos", sin especificar si se trata de un impuesto o de una tasa.

Explica, que una tasa es un pago que se realiza como contraprestación a un servicio específico que solo beneficia a quien lo solicita, y que el impuesto, por el contrario, es un pago que se impone para beneficiar a la colectividad sin importar que se haga uso del servicio prestado por el Estado o no. Por ello, sustenta, se estaría gravando con un impuesto una actividad económica para favorecer a un grupo determinado de personas (los beneficiarios de la Caja del Seguro Social).

Por último, la conculcación del artículo 298 de la normativa constitucional se da de forma directa por omisión, pues considera se está creando una carga que favorece indebidamente a los prestadores de servicios de comunicaciones que no utilizan fibra óptica, en detrimento de otros prestadores que sí la utilizan, pues sus

ganancias se ven diezmadas porque deben pagar el mencionado 10% a la Caja del Seguro Social. Es decir, incluir en el régimen de concesiones a un tipo específico de comunicaciones es discriminar y favorecer otro tipo de comunicaciones.

OPINIÓN DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

La señora Procuradora General de la Nación, por su parte, al opinar en este proceso de inconstitucionalidad que conoce el Pleno de esta Corporación de Justicia, a través de la Vista No.02 de 12 de enero de 2018 (fs. 95-103) recomienda se declaren NO INCONSTITUCIONALES los artículos 101, numeral 20, y 130, numeral 4, de la Ley 51 de 27 de diciembre de 2005.

En su análisis, la representante del Ministerio Público indica que las normas señaladas como infractoras, no vulneran el artículo 47 de la Constitución Política, puesto que el pago del 10% a la Caja del Seguro Social se impone a las empresas que el Estado concesionó en materia de fibra óptica, y no supone en ninguna forma una restricción, limitación, prohibición al derecho de uso y goce como propiedad privada tal como refiere la concesión de fibra óptica. Señala también el hecho que el 10% señalado es utilizado para cubrir programas colectivos de la Caja del Seguro Social, lo cual no es determinante ni factor que coloque en riesgo la propiedad privada.

Respecto a la vulneración del artículo 298 de la Constitución Política, estima que la determinación terminológica del 10% bajo estudio, no representa en forma alguna vulneración al contenido de este artículo, destacando que si bien los agentes económicos brindan servicios de comunicaciones vía fibra óptica, así mismo los hay a través de ADSL o cable de cobre y es a los primeros a los que se refieren las normas atacadas, sin que ello haga merma en la libre competencia, puesto que su competidor, en materia de fibra óptica, mantiene las mismas disposiciones; no así aquellos proveedores de servicios que no dispongan de la fibra óptica, por lo cual no es sostenible comparar el tipo de producto ofrecido para su servicio.

Respecto a la omisión en establecer si se trata de una tasa o impuesto, señala que la determinación terminológica del 10% bajo estudio no representa, en forma alguna, vulneración al contenido del artículo 298 de la Constitución Política, habida cuenta que los conceptos doctrinales y jurisprudenciales referentes a tasa e impuestos no son objeto de análisis dentro del presente caso, y a su vez no recaen sobre el señalado 10% de ingresos que generan las concesionarias que el Estado le ha otorgado en materia de fibra óptica, señalados en las normas demandadas.

FASE DE ALEGATOS

De acuerdo con el trámite procesal, luego de la última publicación del edicto de conformidad con el artículo 2564 del Código Judicial, se abrió un término de diez días hábiles para que todas las personas interesadas en el caso presentaran

argumentos por escrito, recibíendose argumentos escritos del licenciado Ricardo Salcedo López (proponente de la demanda de inconstitucionalidad) (v. fs. 110-112).

El letrado en su escrito de alegatos, sostiene que la Ley No. 51 de 2005 rige una institución autónoma del Estado, que provee un seguro colectivo de salud a la población asegurada, y provee jubilación a estos asegurados. No es, en modo alguno, una regulación sobre el sector económico de las telecomunicaciones. No obstante, en los artículos de la referida ley en que se estipulan los ingresos de dicha institución, se incluye una norma típica de regulación sectorial que impone un gravamen, carga, tasa o impuesto con implicaciones en todo el sector de las telecomunicaciones, lo cual transgrede el principio constitucional de la libre competencia.

Señala que la libre competencia tiene sus excepciones, sin embargo, ninguna de estas circunstancias excepcionales se presentan ni a la Caja del Seguro Social, ni al Estado panameño en general, ni al sector de las telecomunicaciones. Estima que el legislador pretendió con esta Ley simplemente incrementar los ingresos a la Caja del Seguro Social, sin poner atención a que debió crear una ley especial para regular el sector de las telecomunicaciones, o hacerlo a través de un artículo que, dentro de esta o cualquier ley, estipulara que la intención era establecer una ventaja a un sector de las telecomunicaciones para favorecer su desarrollo, o crear una tasa o impuesto especial para la Caja del Seguro Social.

Por ello, concluye el letrado, los numerales demandados de inconstitucionales son discriminatorios y anti libre competencia.

CONSIDERACIONES DEL PLENO

Encontrándose, por tanto, el proceso constitucional en etapa de su decisión en cuanto al fondo, a ello se avoca esta Superioridad, previas las consideraciones que se dejan expuestas.

Como ha quedado de manifiesto, en el presente proceso constitucional se pretende la declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos 101, numeral 20, y 130, numeral 4, de la Ley 51 de 27 de diciembre de 2005, "Que reforma la Ley Orgánica de la Caja de Seguro Social y dicta otras disposiciones" (calificada como Ley de orden público e interés social en su artículo 249), por ser presuntamente violatorios de la Constitución Política.

Procede el Pleno al examen por separado de cada disposición legal acusada de inconstitucional, correspondiendo en ese orden, iniciar con el análisis del artículo 19, cuyo texto es el que se deja transcrito:

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

La norma transcrita, preceptúa que en Panamá no habrá fueros o privilegios por razón de raza, nacimiento, discapacidad, clase social, sexo, religión o ideas políticas, no obstante, debemos indicar que en diversos fallos de esta Colegiatura Judicial se ha procedido a explicar el alcance de esta disposición constitucional. En este sentido encontramos la Sentencia de 14 de noviembre de 2013, en la cual se dejó plasmado lo siguiente:

"En cuanto al alcance y sentido de dicha garantía fundamental, lo que prohíbe la Constitución es la creación de fueros y privilegios entre personas que se encuentren en igualdad de condiciones; es decir, el trato desigual entre personas que se encuentren en identidad de condiciones, por lo que no puede la Ley regular en forma diversa, sin justificación adecuada, situaciones semejantes e iguales, porque estaría estableciendo injustificadas condiciones de ventajas o desventajas para los sujetos ubicados en la misma condición.

Al respecto, la Corte ha reiterado en varios fallos que el artículo 19 de la Constitución sólo prohíbe los fueros y privilegios, cuando son concedidos a título personal y no a categorías profesionales o de grupos. Así, en fallo de 20 de mayo de 1999, la Corte Suprema de Justicia, indicó lo siguiente:

"...

Este Pleno ha señalado en varias ocasiones que la recta interpretación del principio de igualdad ante la ley conduce a que ésta, al regular determinados aspectos de la vida social, no introduzca, ante situaciones que son iguales, tratamientos diferenciados. No estatuye, por lo tanto, un principio de igualdad matemática, sino de igualdad ante situaciones iguales y naturalmente, desigualdad ante situaciones que no tengan ese carácter, es decir, de justicia distributiva.

Desde su otra perspectiva, que es el que denuncia el demandante, la interdicción de los tratos discriminatorios en las manifestaciones del Poder Público, ha señalado el Pleno, también en innumerables ocasiones, lo que antes se ha destacado, es decir, el

tratamiento no discriminatorio implica un tratamiento igualitario ante las personas, naturales o jurídicas, que se encuentren en una misma situación, objetivamente considerado, y, por ello, cae fuera de su marco desigualdades naturales o que responden a situaciones diferenciadas; pero, en adición, que el trato discriminatorio ha de estar referido a situaciones individuales o individualizadas.

Así lo ha hecho, por ejemplo, en las sentencias de 11 de enero de 1991, de 24 de julio de 1994 y de 26 de febrero de 1998, y 29 de diciembre de 1998. En este último fallo, bajo la ponencia del Magistrado FABIÁN ECHEVERS, sostuvo el Pleno:

"En primer lugar, es necesario precisar el alcance real del principio contenido en el artículo 19 de la Carta Fundamental, materia que ha sido motivo de varios pronunciamientos por esta Corporación de Justicia. El Pleno se ha pronunciado en el sentido de que el artículo 19 prohíbe es la creación de privilegios entre personas naturales jurídicas o grupo de personas, que se encuentren dentro de iguales condiciones o circunstancias.

Así tenemos que en fallo de 11 de enero de 1991, el Pleno externó:

"El transcrito artículo sólo prohíbe los fueros o 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).

Sólo se considerará, entonces, que existe un privilegio cuando la distinción recae sobre una persona, o ente particular, colocándola en una posición de ventaja frente a otras u otros que presentan las mismas condiciones. (Sentencia de 29 de diciembre de 1998)." (El Resaltado es del Pleno).

Transcrito lo anterior, es claro que ni el numeral 20 del artículo 101, ni el numeral 4 del artículo 130 de la Ley No.51 de 27 de diciembre de 2005, infringen el artículo 19 de la normativa constitucional, por cuanto esta disposición no fue concedida a título personal sino a favor de los beneficiarios y asegurados de la Caja del Seguro Social, pues el monto deducido de las concesiones otorgadas por el Estado en materia de fibra óptica, estarían destinados a sufragar los gastos de esta institución y para generar fondos para cumplir con diversos programas de la misma, entre los cuales están el Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte y las prestaciones de riesgos de enfermedad y maternidad. Al respecto, conviene realizar las siguientes apreciaciones doctrinales:

En la causa que nos ocupa, los cargos relativos al derecho a la igualdad, a la propiedad privada y al régimen económico de libre competencia y libre mercado que rige en nuestro país, deben ser ponderados con el derecho a la seguridad social, que es un derecho igualmente establecido en la Constitución Política.

Y es que, al internarnos al análisis de los bienes jurídicos protegidos por el constituyente, que el activador constitucional estima son vulnerados, se debe observar lo dispuesto en el artículo 2566 del Código Judicial, que establece el principio de universalidad constitucional o de interpretación integral, a partir del cual la Corte Suprema de Justicia, al ejercer su función de control constitucional objetivo, debe examinar las normas acusadas confrontándolas con otros preceptos de la Constitución que estén relacionados y estime pertinentes; y con ello, aplicar el método de la ponderación en el análisis de las normas jurídicas.

Esto es así, porque al momento de hacer el examen de constitucionalidad de las normas demandadas, debe mantenerse la unidad e integridad constitucional y la eficacia de los derechos fundamentales que ella contiene, por lo que en el estudio de la constitucionalidad que se propone, el acto o norma demandada debe también, confrontarse a todos los preceptos constitucionales, y no limitarse a las normas que se aducen vulneradas.

La Constitución, como toda norma, debe interpretarse sistemáticamente y sobre la base de ello, en ponderación de intereses obviamente constitucionales, observándose los contenidos de los derechos fundamentales como parte de un todo; por lo que no pueden interpretarse las normas fundamentales de modo incompatible entre sí.

El jurista Carlos Bernal Pulido, explica en "*La solución de colisión entre derechos fundamentales por medio de la ponderación*", que constituye el Capítulo Noveno de la obra "*Lecciones de Derecho Constitucional*", que la ponderación tiene sus orígenes en el régimen constitucional de la libertad, dentro del modelo

del llamado Estado Social del Derecho, el cual supone una transformación del Estado de Derecho para adecuarlo a las desigualdades sociales. En ese sentido el Estado de Derecho justifica su existencia en la protección de la libertad, punto de partida de la regulación jurídica y del funcionamiento del Estado. Sin embargo, el derecho no es absoluto, pues esto desemboca en conflicto entre el ejercicio de las libertades individuales o en el predominio de la ley del más fuerte. Es por ello que el Magistrado de la Corte Constitucional Colombiana, Carlos Bernal Pulido, señala la necesidad de restringir estas libertades y hacer compatible el ejercicio de las mismas por todos los individuos. Esto es lo que justifica la competencia del Estado de imponer restricciones o límites, de manera formal y material, para no desembocar en el abuso ni vulneración de la libertad, y para ello, es que opera el principio de proporcionalidad y la ponderación como método de aplicación de la norma jurídica ante circunstancias, en el que ocurra una colisión entre los derechos fundamentales. (BERNAL PULIDO, Carlos. Capítulo Noveno *La solución de colisión entre derechos fundamentales por medio de la ponderación*. De la obra Lecciones de Derecho Constitucional, Tomo I Correa, M.; Osuno, N.; Ramírez, G., editores académicos. 2017. Bogotá, Colombia. Universidad Externado de Colombia. Pág. 545-549)

Por lo tanto, ante la concurrencia de varios derechos fundamentales, especialmente aquéllos que parecen estar contrapuestos, es preciso indicar que ningún derecho fundamental tiene primicia sobre otro, motivo por el cual, cuando ocurra una convergencia de intereses sobre un mismo objeto de regulación o situación jurídica que sea sometido al escrutinio constitucional, el Tribunal Constitucional no puede avocarse solo a uno de ellos, por el simple hecho de que es el que invoca la parte que concurre, máxime cuando la pretensión de la norma demandada era la protección del derecho fundamental que se contrapone, en este caso, el derecho al consumidor.

Bernal Pulido (2017), al explicar el concepto y aplicación de la ponderación como la metodología que se plantea como la más apropiada para resolver las colisiones constantes entre los derechos fundamentales, hace referencia a lo dispuesto en la teoría de los derechos fundamentales planteada por Robert Alexy, la cual califica como la más influyente en Europa y América Latina, de donde expone lo siguiente:

"De acuerdo con Alexy, los principios son mandatos de optimización. Los principios no son normas que establezcan exactamente lo que debe hacerse, sino normas que exigen que "algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes": El ámbito de lo jurídicamente posible

está determinado por principios y reglas que juegan en sentido contrario. Por su parte, los enunciados fácticos acerca del caso determinan el ámbito de lo fácticamente posible.

A fin de establecer "la mayor medida posible" en la que un principio debe ser cumplido, es necesario contrastarlo con los principios que juegan en sentido contrario. En una constelación como esta, todos estos principios están en colisión. Ellos fundamentan prima facie las normas incompatibles (p- ej., la norma N1 que prohíbe o y la norma N2 que ordena o), que pueden proponerse como soluciones para el caso concreto.

La ponderación representa el mecanismo para resolver esta incompatibilidad entre normas prima facie. La ponderación no ofrece ni garantiza una articulación sistemática de todos los principios jurídicos que, en consideración de su jerarquía, resuelva de antemano todas las posibles colisiones entre ellos y todas las incompatibilidades entre las normas prima facie que fundamentan. Una hipotética solución de este tipo para las colisiones entre principios debe rechazarse por presuponer algo imposible de concebir en el ordenamiento jurídico de una sociedad pluralista: una jerarquía de todos los principios jurídicos que refleje una jerarquía de todos los valores. La ponderación no implica ni la validez de un orden lexicográfico de los derechos fundamentales de la de un orden lexicográfico de principios de justicia. Un modelo de esta índole fue propuesto por Rawls al defender la regla de la prioridad absoluta de su primer principio de justicia sobre el segundo y, en consecuencia, que "la libertad solo pueda ser restringida en razón de la propia libertad". La idea de un orden Lexicográfico debe descartarse asimismo, porque presupone la posibilidad de separar absolutamente las libertades de los derechos sociales (especialmente el derecho al mínimo existencial) y los bienes colectivos que se relacionan con el segundo principio de justicia. Esta posibilidad debe negarse, por cuanto la garantía del mínimo existencial es una condición para que las libertades no permanezcan sólo como aspiraciones retóricas. La ponderación, por su parte, es únicamente una estructura por medio de la cual no debe establecerse una relación absoluta, sino "una relación de precedencia condicionada" entre los principios, a la luz de las circunstancias del caso, a fin de determinar el sentido de la decisión judicial." (Pág. 557-558)

Señala Alexy que la ponderación se encuentra en el campo del principio de proporcionalidad en sentido estricto, que se refiere a la optimización relativa de las posibilidades jurídicas; de allí que denomina a la "ley de la ponderación", la cual consiste en que "*cuando mayor sea el grado de satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de importancia de la satisfacción del otro*", por lo cual reconoce que dicha ley se divide en tres pasos:

"En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de la afectación de uno de los principios. Luego de un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro". (ALEXY, Roberto. La fórmula del peso. Traducida por Carlos Bernal Pulido. Carbonell, M. y Grandes, P.P. "El principio de Proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo". Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional 8.2010. Lima, Perú. Palestra Editores, S. A. Pág. 15)

Respecto de estos pasos, Bernal Pulido (2017), considera "importante advertir que el primero y el segundo paso de la ponderación son análogos. Ambas operaciones consisten en *establecer la importancia de los principios en colisión*. Con esta expresión nos referimos en adelante a estos dos pasos. Alexy sostiene que en ambos casos puede alcanzarse la conmensurabilidad mediante referencia a una escala triádica, en la que las intensidades "leve", "moderada" y "grave" especifican el grado de importancia de los principios en colisión." (Págs.558-559)

Es por ello que, al hacerse el análisis de los cargos de violación del derecho a la igualdad, la propiedad privada y libre competencia y mercado que hace el activador constitucional, debe dejarse claro el contexto normativo que contiene los numerales que se denuncian de inconstitucional y el derecho constitucional que dicha ley orgánica desarrolla, que, en este caso trata de la seguridad social, toda vez que la regulación desarrolla normativamente este derecho.

Al respecto, es preciso señalar que la Constitución Política dentro de su Título III, de los Derechos y Deberes Individuales y Sociales, regula en su capítulo 6, la Salud, Seguridad Social y Asistencia Social, instituyendo en el artículo 113 el sistema de seguridad social, y encarga de su administración a una entidad descentralizada del Estado, señala los rubros que son susceptibles de la cobertura

de seguridad social, y dispone para su desarrollo el principio de reserva legal para implantar los servicios que se derivan de los derechos de seguridad social.

"Artículo 113. Todo individuo tiene derecho a la seguridad de sus medios económicos de subsistencia en caso de incapacidad para trabajar u obtener trabajo retribuido. Los servicios de seguridad social serán prestados o administrados por entidades autónomas y cubrirán los casos de enfermedad, maternidad, invalidez, subsidios de familia, vejez, viudez, orfandad, paro forzoso, accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y las demás contingencias que puedan ser objeto de previsión y seguridad sociales. La Ley proveerá la implantación de tales servicios a medida que las necesidades lo exijan.

El Estado creará establecimientos de asistencia y de previsión sociales. Son tareas fundamentales de éstos la rehabilitación económica y social de los sectores dependientes o carentes de recursos y la atención de los mentalmente incapaces, los enfermos crónicos, los inválidos indigentes y de los grupos que no hayan sido incorporados al sistema de seguridad social."

De lo anterior se desprende que la Caja de Seguro Social surge como una institución autónoma del Estado, en lo administrativo, funcional, económico y financiero, con personería jurídica y patrimonio propio, creada como un instrumento de administración, planificación y control de las contingencias que en materia de seguridad social la ley le asigne, cuya finalidad es la satisfacción de necesidades sociales de los individuos que componen la sociedad, surgido de la capacidad de previsión del individuo y de la sociedad, como valor social, derivadas de las contingencias o riesgos que puede sufrir, pretendiendo brindar una protección básica, a través de las instituciones, medidas y otros medios que el Estado establezca, ante la ocurrencia de un riesgo o contingencia que coloca al individuo en un estado de necesidad.

En ese sentido es menester aclarar, aparte de lo dicho en el presente fallo, que la Ley 51 de 2005, Orgánica de la Caja del Seguro Social, al disponer sobre esta temática no establece regímenes especiales para una condición determinada de ciudadanos o clase social, que señala el activador constitucional como servicio exclusivo de los asegurados, sino que en el cumplimiento de la naturaleza para la cual fue instituida, se contempla en esta ley la afiliación obligatoria para todos los trabajadores, nacionales o extranjeros, por cuenta propia o ajena (artículo 77); y se prevé la posibilidad de alcanzar las prestaciones ante el riesgo de paro forzoso, cuando las condiciones actuariales y previsiones presupuestarias y económicas

garanticen su financiamiento (artículo 3); todo lo cual indica que la regulación de la seguridad social, entre ellas las formas de sus ingresos, tienen una finalidad pública que abarca a la sociedad en general.

Por tanto, no es posible señalar que los fondos o recursos de esta institución que presta el servicio de seguridad social alcanza solo a los asegurados, ni que crea fueros y privilegios; además de señalar que este es un derecho que viene precedido de los principios de universalidad, solidaridad, carácter público y subsidiariedad, entre otros (artículo 3).

En interpretación a estos principios que rigen la seguridad social y la distribución de las riquezas, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de 18 de mayo de 2018 señaló lo siguiente:

"En ese sentido, la seguridad social regida por los principios de solidaridad, equidad, integridad, igualdad y unidad, tiene como finalidad garantizar una protección social a los individuos y hogares que se encuentren en una situación de vulnerabilidad social. De allí que su importancia radica en que se constituye un mecanismo de redistribución de la riqueza, en la cual, con una cobertura adecuada, las cotizaciones pueden garantizar una calidad de vida más justa y equitativa, al proteger la salud, las pensiones y los desempleados una vez se acojan a su derecho, pero en los términos que se establece en la Ley Orgánica de la Caja del Seguro Social.

No implica esto, que la seguridad social sea un mecanismo que pretenda reemplazar el esfuerzo que el individuo deba realizar en la búsqueda de la solución de sus necesidades, sino que pretende brindar una protección básica, a través de las instituciones, medidas y otros medios, que el Estado establezca, ante la ocurrencia de un riesgo o contingencia que coloca al asegurado en un estado de necesidad, que puede materializarlo a través de diferentes derechos como: Acceso a la asistencia médica, seguridad del ingreso en caso de vejez, desempleo, enfermedad, invalidez, accidentes de trabajo, maternidad y pérdida de sostén de la familia entre otros derechos que le garantiza la seguridad social." (Advertencia de Inconstitucionalidad presentada por Wigberto Tapiero Ladrón de Guevara

para que se declare inconstitucional el primer párrafo del artículo 53-d, del decreto ley no.14 de 27 de agosto de 1954. Magistrado Ponente: Abel Augusto Zamorano)

También considera el accionante que los artículos atacados han infringido el artículo 47 de la Constitución Política, que es del tenor siguiente:

Artículo 47. Se garantiza la propiedad privada adquirida con arreglo a la Ley por personas jurídicas o naturales.

Estima el letrado, que dicha normativa constitucional ha sido infringida, puesto que no se establece si el 10% deducido de las concesiones otorgadas por el Estado en materia de **fibra óptica** es una tasa o un impuesto, con lo que se estaría gravando con un tributo una actividad económica para favorecer a un grupo determinado de personas, es decir, los beneficiarios de la Caja del Seguro Social.

Sin embargo, de la explicación del concepto de infracción aportada por el demandante, no se aprecia en qué manera la deducción establecida supone una vulneración al derecho a la propiedad privada, puesto que la misma no limita o restringe el derecho a la propiedad sobre los bienes o áreas otorgadas en concesión. Respecto de si la deducción en comento es una "tasa" o un "impuesto", la propia ley califica estos montos como "recurso" o "ingreso" de la Caja del Seguro Social, y la recaudación de los mismos se encuentra regulada a través de Resolución No.50,064-2016-J.D. de 26 de abril de 2016, que adopta el Reglamento General de Ingresos de la Caja del Seguro Social.

Por último, se alega la vulneración del artículo 298, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 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.

Para determinar si esta disposición ha sido contravenida, es importante tener claro lo que debe entenderse por estos conceptos. Así, a través de sentencia de 28 de mayo de 2014 se dejó establecido el alcance del concepto de "libre competencia":

"Cuando se habla de la libre competencia, hay que tener presente que este término engloban varios aspectos, entre ellos, la libertad de elección de consumidores y productor, la participación de los distintos agentes económicos de forma independiente, pero sometidos a las mismas reglas; situación que a su vez produce competitividad e incentivos que deben conllevar a la eficiencia de las empresas, mayor calidad del producto

y disminución de precios. En similares términos opera la libre competencia, ya que este es el sistema donde la oferta y la demanda juegan un papel importante en la determinación del precio, producto de la libre participación en el mercado de consumidores y oferentes."

En ese sentido, de la explicación dada por el demandante, no se aprecia vulneración al artículo 298 en comento, puesto que los numerales demandados no establecen prohibiciones de participar en una concesión o en otra. Precisamente, y en salvaguarda al principio de libre competencia y concurrencia en los mercados, no se establecen intromisiones radicales del Estado que impidan la libre participación en las concesiones de fibra óptica, en otro tipo de concesiones en materia de telecomunicaciones. Además, según lo indicado en la Constitución Nacional sobre las normas de interés social, estas incorporan ese elemento excepcional que provoca que los intereses particulares, en este caso de los concesionarios, deban ceder a favor del bienestar de todos los habitantes en el territorio nacional y del mundo. Cuando se invoca y pretende el interés social (bienestar colectivo), se justifica la adopción de determinada decisión o actuación por parte de las autoridades del Estado. En este caso, se pretende preservar y garantizar una necesidad y derecho de todos los asegurados de la Caja del Seguro Social mediante una actuación directa del Estado, a través de la promulgación de una normativa como la que nos ocupa.

Si bien es cierto que en Panamá rige la libre competencia económica y la libre competencia de los mercados, y consideramos correcto que es deber del Estado impedir que se obstruya o se restrinja la libertad económica, evitando y controlando cualquier abuso de la posición dominante en el mercado; no es menos cierto que el Estado debe intervenir determinando las limitaciones a esa libertad económica, pues su finalidad es desplegar acciones positivas orientadas a favorecer el cumplimiento de los derechos y prerrogativas inmersas en la libre iniciativa y la libertad económica, pero procurando la protección del interés público comprometido y la prevalencia del interés social; siendo que la satisfacción del interés privado debe obtenerse dentro del marco de la responsabilidad y obligación social, contenidas en la función social de la propiedad, que no solo debe ser útil para su titular sino que debe enmarcar un beneficio para toda la comunidad.

Es por ello que, dentro de la función social de la propiedad y de las actividades económicas, el Estado delimita sus acciones en aspectos trascendentes como el derecho colectivo al medio ambiente sano y su preservación, la protección de los recursos y riquezas naturales, la preservación de los ecosistemas, entre otros aspectos, dentro del cual nos interesa destacar el deber del Estado de propiciar el

desarrollo social y económico de forma equilibrada. Entonces, la intervención del Estado en la libertad económica no solo va dirigida a proteger contra prácticas monopolísticas y favorecer la propiedad privada, y con ello fiscalizar la competitividad privada, y es allí donde interviene la justicia social, pues la libertad económica debe ser ejercida con responsabilidad, sin dejar de lado los conceptos de bien común y la función social, que es ejercida en estos casos, en dicha regulación con un porcentaje de las contrataciones por concesiones del Estado que, en todo caso, plantea un beneficio para el propio Estado, a través de la seguridad social.

Bajo este contexto, el Estado y sus autoridades tienen el deber de establecer normas favorables a sectores de la sociedad que requieran un tratamiento especial en sus relaciones jurídicas, tendientes a buscar una igualdad en el tratamiento jurídico, y que en forma indirecta, también redundan en beneficio de la economía social, de la propiedad privada y del libre mercado, pues a través de la seguridad social se busca resolver las contingencias que surgen de las necesidades sociales que se consideran merecedoras de protección, teniendo como características su relación con algún hecho biológico del ser humano (incapacidad, enfermedad, necesidades especiales, etc.), la pérdida o reducción de ingresos y otras asistencias que requieran los ciudadanos en este tema.

Al concluir el examen de los planteamientos esgrimidos en procura de la anulación constitucional de los numerales demandados, estima el Pleno que éstos no infringen los artículos 19, 47, 298, ni ninguno otro de la Constitución Política de la República de Panamá.

PARTE RESOLUTIVA

Por los razonamientos vertidos, el PLENO DE LA CORTE SUPREMA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA QUE NO SON INCONSTITUCIONALES los artículos 101, numeral 20, y 130, numeral 4, de la Ley 51 de 27 de diciembre de 2005, que reforma la Ley Orgánica de la Caja del Seguro Social y dicta otras disposiciones.

Notifíquese,

HARRY ALBERTO DÍAZ GONZÁLEZ

LUIS RAMÓN FÁBREGA SÁNCHEZ -- JERÓNIMO MEJÍA E. -- OYDÉN
ORTEGA DURÁN -- ANGELA RUSSO DE CEDEÑO ABEL AUGUSTO

ZAMORANO -- JOSÉ EDUARDO AYU PRADO CANALS -- CECILIO A.
CEDALISE RIQUELME -- HERNÁN A. DE LEÓN BATISTA

YANIXSA Y. YUEN C

. (Secretaria General)