

al Tribunal que de conformidad con la Ley es competente para conocer de la misma y no existe ninguna duda en cuanto a la intención real de quien la propone.

3. Conceptúo que este rigorismo formalístico no tiene fundamento constitucional ni legal y compromete, gravemente, el acceso a la tutela de la Justicia Constitucional.
4. Estimo necesario subrayar que las exigencias de forma no encierran valores autónomos que tengan sustantividad propia, ya que estas sólo sirven en la medida en que son instrumentos para lograr u obtener una finalidad legítima. Por esta razón, es que cualquier criterio formalístico que se esgrima para dificultar el acceso a la justicia no hace más que “....confundir el instrumento con su finalidad” ya que “los presupuestos y requisitos que las leyes exijan han de ser valorados en su sentido y finalidad, es decir, mediante la razonable apreciación del medio en que consisten y del fin que con él se persigue, medidos en su justa proporción y ello para evitar la preponderancia de lo que es sólo instrumento (medio) entendido literalmente con mengua de la finalidad última de la función judicial, no otra que la de resolver definitiva y eficazmente los conflictos que a ella se le someten. Por su parte, el anti formalismo no significa prescindir de las normas procesales, sino saber qué parte de ellas es lo principal (y por tanto, insubsanable) y qué parte lo accidental (y por tanto, subsanable)” (FRANCISCO CHAMORRO BERNAL, “La Tutela Judicial Efectiva”, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1994, página 318).

En atención a que este criterio no coincide con la posición de mayoría, dejo sentado que SALVO EL VOTO.

Fecha ut supra.

ADAN ARNULFO ARJONA L.

CARLOS H. CUESTAS G. (Secretario General)

---

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADA POR EL BUFETE LESCURE CONTRA EL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 10 DE LA LEY 73 DE 22 DE DICIEMBRE DE 1976 POR EL CUAL SE REGULA EL NEGOCIO DE LAS AGENCIAS DE VIAJE, Y EL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 15 DEL DECRETO 17-A DE 1 DE JUNIO DE 1977 QUE REGLAMENTA DICHA LEY. PONENTE: ALBERTO CIGARRUISTA CORTÉZ. -PANAMÁ, VEINTE (20) DE ABRIL DE DOS MIL NUEVE (2009).

Tribunal:	Corte Suprema de Justicia, Panamá
Sala:	Pleno
Ponente:	Alberto Cigarruista Cortez
Fecha:	Lunes, 20 de Abril de 2009
Materia:	Inconstitucionalidad
	Acción de inconstitucionalidad
Expediente:	839-07

Vistos:

La firma de abogados Lescure, ha presentado formal acción de Inconstitucionalidad contra el primer párrafo del artículo 10 de la Ley 73 de 22 de diciembre de 1976, por la cual se regula el negocio de las Agencias de Viaje y el primer párrafo del artículo 15 del Decreto 17-A de 1 de junio de 1977 que reglamenta dicha ley.

Mientras tanto, las circunstancias fácticas y jurídicas que sirven de sustento a la petición de inconstitucionalidad, son del tenor siguiente:

“Primero: El desaparecido Consejo Nacional de Legislación expidió la Ley 73 de 22 de diciembre de 1976.....

Segundo: El Órgano Ejecutivo,...expidió el Decreto 17-A de 1 de junio de 1977.....

.....

Cuarto: Tanto el primer párrafo del artículo 10 de la Ley 73 de 1976 como el primer párrafo del artículo 15 del Decreto 17-A de 1977 establecen, en forma idéntica, que las Agencias de Viajes no podrán ceder total o parcialmente a sus clientes o terceros las comisiones en retribución de sus servicios, y que se excluye de esta prohibición la participación de las agencias autorizadas, nacionales o extranjeras con quienes se haya realizado el negocio.

Quinto: Las disposiciones legales y reglamentarias antes citadas son totalmente contrarias a los principios y normas fundamentales de lo que se conoce como la Constitución Económica, que consagra la Libertad de Mercado en nuestro país y, en consecuencia, contrarias a la Constitución Política de la República, concretamente en lo atinente a la libertad económica y empresarial, la libre competencia y la igualdad de las personas ante la Ley....”.

Las disposiciones legales que se pretenden sean declaradas inconstitucionales, poseen ambas el mismo contenido; que es el siguiente:

“Las Agencias de Viajes no podrán ceder total o parcialmente a sus clientes o terceros las comisiones en retribución de sus servicios. Se excluye de esta prohibición la participación de las agencias autorizadas, nacionales o extranjeras con quienes se haya realizado el negocio”.

A juicio de quien recurre, dichas disposiciones contravienen lo dispuesto en los artículos 282, 295 y 20 de la Constitución Nacional. En ese sentido y respecto a la primera de las disposiciones señaladas, plantea el recurrente que:

“La norma constitucional..... constituye en nuestro ordenamiento jurídico ....lo que..... se conoce como Constitución Económica.....

Para apreciar la violación del artículo constitucional comentado,.....es preciso señalar que el mismo establece fundamentalmente el libre mercado, cuya base es la libertad de todas aquellas personas particulares que se desenvuelven en actividades comerciales e industriales. En el mismo sólo le está permitido al Estado intervenir para orientar, dirigir, reglamentar, reemplazar o crear, según las necesidades sociales...con el fin de acrecentar la riqueza nacional y asegurar sus beneficios para el mayor número posible de los habitantes del país.

...en el caso de las agencias de viajes, éstas son empresas que desarrollan un conjunto de actividades de naturaleza mercantil que tienen por finalidad brindar un servicio integral a las personas que desean utilizar la infraestructura turística de un país con fines de esparcimiento o negocios y conllevan la participación de una cadena de agentes económicos que tienen derecho a concurrir en ese mercado en condiciones de igualdad y de libre competencia.

.....los párrafos tachados de inconstitucionales establecen condiciones restrictivas a la libre competencia, .....al impedirle a otros agentes económicos distintos a las Agencias de Viajes participar en las operaciones que conllevan el negocio de intermediación entre viajeros y los prestatarios de los servicios utilizados por los mismos, lo cual conlleva que no se cumpla la finalidad de la intervención estatal en dicho tipo de mercado respecto a asegurar sus beneficios para el mayor número posible de habitantes del país.

.....las disposiciones censuradas..... no hacen más que prohibir que entre agentes económicos distintos a los mencionados (Agencias de Viajes) operen los denominados intermediarios comerciales o ‘comisionistas’, es decir, el intermediario de tipo mercantil que está reconocido expresamente por nuestro Código de Comercio que es de uso común en la práctica de la plaza, lo que constituye una limitación a la libertad económica y mercantil que peca de inconstitucional. Nos encontramos ante una legislación excluyente...”.

En cuanto al artículo 295 se indica:

“... al no permitir las disposiciones impugnadas que clientes o terceros participen libremente, en conjunto con las Agencias de Viajes, en las operaciones de intermediación entre viajeros y prestadores de servicios y al autorizar únicamente negocios de esta naturaleza entre las Agencias de Viajes, establecen claramente una intervención estatal que, sin ninguna justificación, privilegia a un grupo determinado de comerciantes en perjuicio de otros, limitando el libre comercio y la libre competencia, con efectos de monopolio en perjuicio de los intereses del público y establece un privilegio para un limitado número de personas.

.....las normas tachadas de inconstitucionales....instituye un régimen excepcional de privilegios, con efectos de monopolio, favorable exclusivamente para las Agencias de Viajes, contrario a lo estatuido en la norma constitucional cuya infracción se alega; todo ello sin tomar en cuenta que la actividad turística comercial es por naturaleza de carácter mercantil y, en consecuencia,

todos los agentes económicos deben encontrarse en plena libertad de participar en ella en un marco de libre competencia que al final de cuentas beneficia a los usuarios de estos servicios.

Seguidamente se hace referencia al concepto de infracción del artículo 20 de la Constitución Nacional, señalando los siguientes criterios:

“.....los párrafos impugnados....también generan una desigualdad injustificada entre personas que se encuentran en la misma situación (las agencias de viajes, sus clientes y terceros) y una práctica monopolística dentro de esta categoría de negocios con exclusión de otras personas.

.....la práctica rebasa las prohibiciones legales demandadas, al ser un hecho público que muchas personas y agentes económicos en general participan como intermediarios en la cadena de negocios propios de las agencias de viajes y turismo; tal es el caso de los contratos de agencias, de distribución comercial, de concesión comercial, de franquicia comercial y otros similares, en los cuales obviamente se distribuyen comisiones como forma de pago, de tal suerte que la legislación excluyente que impugnamos ha perdido su razón de existir, constituyéndose en un trato comercial desigual impuesto por el Estado, en forma injustificada, en contra de algunas personas”.

Surtidos los trámites que se imponen para estas acciones, el Procurador General de la Nación, encargado, remitió a esta Corporación de Justicia, la vista de 2 de enero de 2008, por medio de la cual externó el criterio que las disposiciones impugnadas, no contravenían la Constitución Nacional. A lo anterior agregó diversas consideraciones respecto a cada uno de las normas constitucionales invocadas por el proponente. Es así como al referirse al artículo 282 de la Carta Magna, indica lo siguiente:

“...el constituyente a pesar de mostrarse de acuerdo en que las personas practicasen autónomamente la economía, reservó en el Estado la facultad de guiar y organizar, las reglas por medio de la cual se va a desenvolver la actividad económica, es decir, a través de Leyes y Reglamentos, que constituyen los instrumentos jurídicos, para ello, eso sí, enfocado en que se acreciente la riqueza nacional y se asegure el beneficio del mayor número de habitantes del país, por lo tanto, este derecho de libre ejercicio de las actividades económicas y que expone incorrectamente el recurrente ha sido vulnerado, no constituye un derecho absoluto.

.....

Claro es que esta actividad económica, el Estado ha decidido regularla formalmente, por ende, quien pretenda ejercer las actividades que desarrollan las Agencias de Viajes, comprendidas en los instrumentos jurídicos detallados, debe y está en libertad de solicitar ‘Licencia Tipo A o B’, para operar de acuerdo a todos los lineamientos que se establecen, por lo que, no podemos compartir el criterio que se expone en cuanto a la inconstitucionalidad, arguyendo que es una norma excluyente, pues cualquiera puede solicitar el ejercicio de esta actividad, a través de los canales adecuados.

Aducir y comparar el ejercicio de la actividad económica que regula a las Agencias de Viajes, con quien específicamente no se dedique ni haya solicitado ingresar a esta actividad en particular como ha indicado el recurrente ocurre con los comisionistas no es procedente, pues la decisión Estatal ha sido legislar y reglamentar esta actividad, por tanto, soslayar esto consistiría una desventaja para quienes formalmente están reguladas, en pro de aquellos que sin haber pedido o solicitado permiso para ello, quieran competir con las formalmente constituidas.....”.

Seguidamente se detallan los criterios jurídicos en torno a la consideración de que el artículo 295 de la Constitución Nacional, no ha sido contravenido. Al respecto el señor Procurador señala que igual que ocurre con el concepto de infracción de la norma que precede, el recurrente incurre en el error de no señalar “bajo qué concepto se da la infracción de la norma”. Agrega a ello:

“...soslaya el accionante constitucional, que los párrafos demandados inconstitucionales, no hacen mas que establecer y regular, como explique(sic) a propósito de la infracción de la norma inconstitucional anterior, una actividad específica, como lo es la ejercida por la Agencias de Viajes, facultad que el Constituyente reservó para el Estado, lo que ha ocurrido al legislarse sobre actividades, como por ejemplo los Agentes Corredores de Aduanas. En cuanto al caso

concreto de las Agencias de Viajes, con esta legislación desde ninguna perspectiva puede inferirse que el Estado propicie prácticas monopolísticas.

Pasa por alto el Bufete Lescure, que los párrafos impugnados emanan de una facultad Constitucional conferida al Estado para reglamentar el libre ejercicio de las actividades económicas, que en el caso particular de las Agencias de Viajes, las perfecciona exigiendo que las personas que cumplan los requisitos para ejercer el comercio al por menor en la República de Panamá y quieran participar en esta actividad, soliciten sus licencias al Instituto Panameño de Turismo.....”.

Por último y respecto al artículo 20 de la Constitución Nacional, el criterio del señor Procurador, se centra en las siguientes consideraciones:

“.... al expresar nuestro criterio en torno a la vulneración de los artículo 282 y 295 de la Carta Magna, especificamos que en base a su facultad el Estado optó por Legislar y Reglamentar, al respecto del negocio que se genera por las Agencias de Viajes, por ende, dispuso normativas específicas, consistentes en la Ley 73 de 22 de diciembre de 1976 y el Decreto 17-A de 1 de junio de 1977 donde, entre otras disposiciones, se estatuye cómo y de qué forma se va a ejercer esta actividad, estableciendo que para el ejercicio de la misma se deberá petitionar licencia al Instituto Panameño de Turismo, quedando en igualdad de condiciones correlativamente quienes petitionen dichas licencias.

Ahora bien, no es procedente (sic) se den tratamientos iguales, a quienes se encuentren en condiciones distintas, situación que soslaya el Bufete Lescure y que la Corte Suprema de Justicia, ha tratado en diversa jurisprudencia, pues la igualdad que propugna el artículo 20 de la Constitución Política, consiste que ante hechos iguales, los efectos jurídicos han de ser también similares; sin embargo en lo planteado se confunde este concepto, al proponer que dos personas que se encuentren en situaciones distintas, como lo son las ‘Agencias de Viajes’ debidamente autorizadas y los comisionistas, sean tratados de forma similares, situación que no es la correcta...”.

#### Consideraciones y Decisión del Pleno:

Luego de la opinión que precede, en adición a los argumentos señalados por el recurrente, corresponde a esta Corporación de Justicia dirimir la controversia constitucional objeto de estudio.

Consideramos que uno de los aspectos centrales que nos permitirá determinar si nos encontramos frente a la vulneración de una norma constitucional, se centra en que no puede brindársele el mismo tratamiento a las agencias de viajes, que al resto de los entes o empresas que intervienen en éste negocio. Resulta claro que a las agencias de viajes, se le solicita el cumplimiento de requisitos distintos a los del resto de los entes que no se configuran como tales, es decir, como agencias de viaje.

Si partimos de esta premisa, se puede arribar a la diáfana conclusión que aquellos terceros o entes distintos a las agencias de viajes, no pueden ser partícipes de los mismos beneficios y por qué no, perjuicios, que le corresponden a éstas y viceversa.

En efecto, es éste el sentido en que han sido redactadas las normas ahora impugnadas, las que más allá de regular los aspectos específicos de la materia, dan muestra que ante la existencia de personas y situaciones diferentes entre sí, no pueden reconocerse los mismos beneficios establecidos para unos u otros.

Ante este escenario y tomando en consideración los presupuestos mencionados, conviene manifestar por otro lado, que no puede asegurarse con tanta vehemencia que las disposiciones impugnadas contravienen la Constitución Nacional por restringir la libre competencia, máxime cuando esta figura de la economía de mercado, se basa más bien en la libertad de elección tanto para consumidores como productores.

Tampoco se puede afirmar que la introducción de las normativas recurridas conllevan efectos de monopolio, porque para que éste se configure, es necesario que un solo productor sea el que satisfaga las necesidades (demanda) de todos los consumidores, pudiendo establecer el precio y cantidad de los bienes y servicios, con el único fin de obtener beneficios propios. Situación que evidentemente no se da con la redacción de las normas impugnadas, ya que la determinación del precio de un servicio, no queda en cabeza de un solo agente económico, ni se pone en peligro que la cantidad del producto sea menor que la requerida.

En esa línea de pensamiento tenemos, que el estándar de competitividad entre las agencias de viajes, no se ve afectado por la existencia de las normas atacadas. Así como también debemos afirmar, que lo que ahora se impugna de inconstitucional, no impide que aquellos terceros que así lo deseen, converjan al mercado de bienes y servicios e incluso se conviertan en nuevas agencias de viajes.

Las distintas normas legales brindan la oportunidad de que los entes económicos escojan el área que dentro del mercado se desean establecer, lo que a su vez marca el camino en cuanto a la forma en que lo podrán ejercer. Las agencias de viajes, son las agrupaciones que general y principalmente sirven de intermediarios entre clientes y empresas turísticas y no otras que pueden estar relacionadas a ello. Luego entonces, por qué habrá de reconocérsele un beneficio a un ente que no cumple con los requerimientos necesarios para la realización de determinada actividad, máxime cuando no lleva a cabo las mismas funciones que las agencias de viajes y por consiguiente no se les exigen los mismos elementos de constitución y funcionamiento. Permitir lo anterior, se constituiría entonces en una desventaja para aquellos que se han constituido como determinado ente económico y que han cumplido para ello, con los elementos que para esa actividad se le exigen y que son distintos a los de otras agrupaciones económicas.

Por otro lado tenemos, que no se puede soslayar que es la propia norma constitucional la que permite al Estado reglamentar las distintas actividades económicas, con el fin de asegurar no sólo la mayor cantidad de beneficios para los habitantes del país, sino para evitar altos costos en los productos y servicios, que se restrinja la libre competencia y evitar el monopolio. El establecimiento de normas reglamentarias de determinada actividad, no pueden ser consideradas como contrarias a la Constitución Nacional, por el sólo hecho de haberse expedido.

Lo antes desarrollado no lleva a otra conclusión, que la bien señalada por el señor Procurador de la Nación encargado, y consistente en que nos encontramos en una situación donde las personas inmersas dentro de las normas cuestionadas, no se encuentran en igualdad de condiciones. No se trata de los mismos entes económicos, dedicados exclusivamente a las mismas actividades, donde no se les requiere los mismos requisitos de funcionamiento, etc. Por consiguiente, no puede brindárseles el mismo trato, benéficos o prerrogativas a unos y otros que no se encuentren en un plano de igualdad. En ese sentido es de importancia recordar, que lo que constitucionalmente no se permite, es que haya distingos o tratos desfavorables para una persona o grupo de personas, respecto a otras que se encuentren en similar situación o circunstancias y obtienen un tratamiento favorable. En este punto es importante recalcar, que a través de los años la Corte Suprema de Justicia, se había referido a la prohibición de distingos de carácter personal, sin embargo, hoy día hacemos alusión no sólo a una persona en singular, sino a grupo o grupos de personas, por el simple hecho que con la incorporación de las reformas constitucionales del año 2004, se le eliminó a la redacción del artículo 19, la palabra personal.

Aclarado lo anterior, debemos concluir que ante circunstancias iguales, igual debe ser el tratamiento, lo que evidentemente no ocurre cuando nos encontramos frente a situaciones diferenciadoras entre unas y otras personas o grupos de personas. Es decir, que sería inaceptable que entre todas las “agencias de viajes”, existiese un grupo de éstas que en igualdad de condiciones, goce de beneficios que no se le otorgan a las otras agencias de viaje en similar situación.

En este sentido, conviene advertir que yerra el accionante al indicar en el primer párrafo obrante a foja 18 del expediente, que se está generando “una desigualdad injustificada entre personas que se encuentran en la misma situación (las agencias viajes (sic), sus clientes y terceros)”, cuando el análisis que precede, sirve de fundamento para concluir que dichas personas o entidades, no se encuentran en igualdad de condiciones.

En consecuencia, el Pleno de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre e la República y por autoridad de la Ley, DECLARA QUE NO SON INCONSTITUCIONALES el primer párrafo del artículo 10 de la Ley 73 de 22 de diciembre de 1976, por la cual se regula el negocio de las Agencias de Viaje y el primer párrafo del artículo 15 del Decreto 17-A de 1 de junio de 1977 que reglamenta dicha ley.

Notifíquese.

ALBERTO CIGARRUISTA CORTEZ

JERÓNIMO MEJÍA E. -- HARLEY J. MITCHELL D. -- OYDÉN ORTEGA DURÁN -- ANÍBAL SALAS CÉSPEDES -- WINSTON SPADAFORA FRANCO -- ADÁN ARNULFO ARJONA L. -- ESMERALDA AROSEMENA DE TROITIÑO - - VÍCTOR L. BENAVIDES P.

YANIXSA Y. YUEN C. (Secretaria General Encargada)