94

REPÚBLICA DE PANAMÁ
ÓRGANO JUDICIAL
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.-

Panamá, veintiséis (26) de diciembre de dos mil diecinueve (2019).

VISTOS:

El **Licenciado Jaime Raúl Molina Rivera,** actuando en nombre y representación de **ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES LIBRES**, ha interpuesto demanda Contencioso Administrativa de Nulidad para que se declare nulo, por ilegal, del Decreto Ejecutivo N° 331 de 31 de octubre de 2017, emitido por el **Ministerio de Gobierno**.

I. ACTO DEMANDADO

La actora solicita que se declaren nulos por ilegales, únicamente, los artículos 1, 2, 3, 6 y 16 del Decreto Ejecutivo N° 331 de 31 de octubre de 2017, que reglamenta el Servicio de Transporte de Lujo ofrecido a través de las tecnologías de la información y comunicaciones. Estos artículos son del contenido siguiente:

> "Artículo 1: Se reglamenta el servicio de transporte de lujo ofrecido a través de tecnologías de la información y comunicaciones, en adelante transporte de lujo TIC, que consiste en el transporte terrestre selectivo e individual, de pasajeros, con especificaciones de comodidad, itinerarios y tarifas especiales, solicitado y pagado a través de las plataformas tecnológicas. Este transporte deberá cumplir con las características y especificaciones que se incorporan en este Decreto Ejecutivo.

85

> Artículo 2. El servicio de transporte de lujo TIC, sólo podrá ser prestado por personas naturales, quienes deberán ser propietarios del vehículo o terceros debidamente autorizados. Solo podrán estar registrados bajo un mismo propietario hasta dos (2) vehículos. La autorización de terceros que prestarán el servicio, deberá ser autenticada ante Notario Público y registrada en la base de datos de la tecnología de la información y comunicaciones (TIC), al igual que el propietario del vehículo y deberá indicar las generales del vehículo.
>
> Artículo 3: El servicio de transporte de lujo TIC lo puede utilizar cualquier persona siempre y cuando lo solicite y lo pague exclusivamente de manera electrónica.
>
> Artículo 6. Este servicio podrá prestarse en las provincias de Panamá, Panamá Oeste, Colón y Coclé, según las necesidades del usuario y de acuerdo a las tarifas que establezca la empresa que brinda las tecnologías de la información y comunicaciones (TIC).
>
> Artículo 16:(Transitorio). El pago por el servicio de transporte de lujo TIC podrá ser en efectivo los primeros seis (6) meses a partir de la promulgación de este Decreto Ejecutivo. Vencido este término, esta medida podrá ser programada por el Órgano Ejecutivo por un plazo máximo de seis (6) meses."

Importa indicar, que luego de interpuesta la demanda en cuestión, el artículo 16 del decreto 331, ha sido objeto de tres modificaciones, mediante los Decretos Ejecutivos No. 47 de 27 de abril de 2018, No. 237 de 31 de octubre de 2018, y No. 50 de 30 de abril de 2019, en los cuales se extendió el término, para seguir pagando el servicio de lujo (TIC) en efectivo, conforme la norma expresamente lo autoriza, por tanto, el artículo en la última modificación queda de la siguiente manera:

> "Artículo 16: (Transitorio). El pago por el servicio de Transporte de Lujo (TIC) podrá ser en efectivo hasta el 30 de septiembre de 2019."

II. HECHOS QUE FUNDAMENTAN LA DEMANDA.

Como hechos de la demanda, indica la actora que el decreto recurrido creó la categoría de transporte de lujo ofrecido a través de la tecnología de la información y las comunicaciones (TIC), aduciendo como fundamento legal el

86

numeral 5 del artículo 40 de la Ley 14 de 1993, que establece el transporte de lujo, entendiéndose que se hizo una reglamentación de dicha ley.

Se añade a ese hecho, que el Decreto acusado establece una regulación "*ex novo*" de un servicio lícito; y establece prohibiciones, restricciones y obligaciones para los particulares prestadores de servicio y usuarios, no previstos en la ley.

De igual manera, se señaló que la Ley formal emitida por la Asamblea Nacional, sería la que puede regular actividades de los particulares; y la potestad reglamentaria del Órgano Ejecutivo de ninguna manera puede excederse del sentido y alcance de la Ley que se pretende reglamentar, y que en este caso, el Decreto demandado entra en conflicto con normas legales tanto de fondo como de forma.

Plantea la actora en otro hecho de la demanda, que el decreto en comento, refleja una política eminentemente hostil a la innovación empresarial y tecnológica, enviando un mensaje nefasto a la comunidad inversionista internacional sobre la actitud que tomará Panamá, en situaciones en donde deba decidirse entre permitir la libre competencia y libre concurrencia en los mercados, pese a significar una disrupción que afecte a los oferentes existentes de servicios competidores, cerrando al país a la competencia, para proteger un grupo de interés, blindando y perjudicando así al consumidor y perspectivas económicas del país.

Por lo anterior, se estima que con la entrada en vigencia del Decreto Ejecutivo No. 331 de 31 de octubre de 2017, perjudica de forma inmediata a miles de ciudadanos que se estarían beneficiando con una mayor oferta de opciones para recibir el servicio de transporte urbano.

La parte recurrente finaliza los hechos sosteniendo que este decreto solo puede producir destrucción neta de riqueza y bienestar para la sociedad panameña, tanto a largo como a corto plazo.

III. DISPOSICIONES LEGALES QUE FIGURAN COMO INFRINGIDAS

Quedan enunciadas como normas infringidas, el artículo 15 del Código Civil; los artículos 1171 y 1175 del Código Fiscal; los artículos 5 (numeral 40) y 17 de la Ley 14 de 1993; el artículo 3 de ley 45 de 2007 y el artículo 82 de la Ley 51 de 2008, que luego de citadas cada una de esas normas, sus conceptos de infracción se explican en cinco puntos, a saber:

1) **Disposiciones del artículo 1 del Decreto Ejecutivo No.331 de 2017, normas legales infringidas y concepto de la infracción.**

El artículo 1 citado previamente, que reglamenta el servicio de Lujo ofrecido a través de tecnologías de la información y comunicaciones (TIC) y en qué consiste, se estima violado de manera directa por omisión, el artículo 5, numeral 41 de la Ley 14 de 1993, que establece:

> "Artículo 5: Para los efectos de esta Ley, regirán las siguientes definiciones:
> ...
> 40. Transporte de Lujo. Servicio de transporte terrestre de pasajeros, con especificaciones adicionales de conformidad, itinerarios y tarifas especiales.
> 41. Transporte especial. Servicio de transporte terrestre de pasajeros, de carácter ocasional, con rutas e itinerarios libremente contratados."

El numeral 41 dice haberse infringido en el concepto de violación directa por omisión, porque contempla la modalidad de transporte especial, que reúne las características del servicio que el Decreto Ejecutivo 331 de 2017, pretendió reglamentar, pero tomando como base el numeral 40, que dispone la modalidad de transporte de lujo.

Se añade, que es un hecho notorio que el servicio establecido por medio de plataformas tecnológicas, que el decreto 331 pretendió reglamentar es uno de carácter ocasional, con rutas e itinerarios libremente contratados entre las partes, que de hecho el elemento diferenciador del servicio de transporte contratado por plataformas, corresponde concretamente a que el usuario puede solicitar un conductor, determinando previamente su ruta, ya que la aplicación móvil permite marcar la ruta de origen y sitio de destino de viaje, determinado la

aplicación la mejor ruta. Y cuando el conductor acepta el viaje, accede a recoger el usuario en el sitio indicado y llevarlo al destino predeterminado, siguiendo la ruta prestablecida.

De igual manera, se explicó en el concepto de infracción referido, que por contraste no es la esencia del servicio de transporte por medio de plataformas tecnológicas, una determinación de especificaciones adicionales de comodidad, ni tampoco tiene itinerarios especiales entendiendo como tal, itinerarios prefijados, debido a que este se establece al momento en que el usuario solicita el servicio por la aplicación móvil, concluyéndose que se deja de aplicar la norma adaptable al caso.

En cuanto al numeral 40 del artículo 5 de la Ley 14 de 1993, que se estima infringido por aplicación indebida, dice producirse porque el Decreto Ejecutivo 331, trata de encajar al servicio objeto de reglamentación, en una modalidad que no corresponde, por cuanto que ese numeral alude al transporte de lujo y la define de una manera no aplicable al servicio que el decreto en comento, ha tratado de reglamentar.

2) Disposiciones del artículo 2 del Decreto Ejecutivo No. 331 de 2017, normas legales infringidas y concepto de infracción.

En lo medular, ese artículo 2 señala que el servicio de transporte de lujo TIC solo pueden ofrecerlo personas naturales y un propietario solo puede registrar hasta dos vehículos, y consideró la actora que infringe el artículo15 del Código Civil, el artículo 3 de la Ley 45 de 2007 y el artículo 82 de la Ley 51 de 2008.

En cuanto al artículo del Código Civil, según el cual las órdenes y demás actos ejecutivos del Gobierno, expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución o a las Leyes, la infracción dice darse en el concepto de violación directa por comisión, específicamente por las frases, **"solo podrá ser prestado por personas naturales"** y "Solo podrán estar registrados bajo un mismo propietario hasta dos (2) vehículos, considerando que ambas limitaciones

89

exceden de la potestad reglamentaria del Órgano Ejecutivo, por establecer prohibiciones no previstas en la ley, debido a que el Decreto Ejecutivo 331, más que establecer disposiciones para el mejor cumplimiento de la ley, suplanta la función legislativa.

Dentro del concepto de infracción en referencia, también se aprecia el extracto de una sentencia de la Sala Tercera de 8 de febrero de 1993, que indica en lo medular que los límites de la potestad reglamentaria, pueden ser de carácter formal y material, el primero, que atañe a la competencia para dictar el reglamento y el segundo, al límite de la potestad discrecional de reglamentar las leyes, que deberán ejercerse en interés público y no con abuso y desviación de poder. Y añade a ello, que la creación de prohibiciones y obligaciones para el ciudadano, al limitar derechos subjetivos y relaciones jurídicas entre particulares, es potestad legislativa, de conformidad con el principio de legalidad.

Con respecto a la supuesta infracción producida al artículo 3 de la Ley 45 de 2007, referente a que el Estado velará por la libre competencia económica y libre concurrencia, que define dicha ley en sus artículos 9 y 10, respectivamente, de la siguiente manera:

> "**Artículo 9-Libre competencia económica.**
> Se entiende por libre competencia económica la participación de distintos agentes económicos en el mismo mercado pertinente, actuando sin restricciones ilícitas en el proceso de producción, compra, venta, fijación de precios y otras condiciones inherentes a su actividad económica.
> Para los efectos de esta Ley, se considera un solo agente económico el conjunto de personas jurídicas de Derecho Privado que estén controladas por un mismo sistema económico.
> **Artículo 10-Libre concurrencia.**
> Se entiende por libre concurrencia la posibilidad de acceso de nuevos competidores al mismo mercado competente."

Explica la parte actora, que la prohibición de las personas jurídicas ofrezcan el servicio como que un propietario solo pueda registrar dos vehículos, restringen de forma artificial las opciones del ciudadano para elegir a su

90

proveedor de servicio de transporte de pasajero, y no podría alegarse, que la medida es para evitar la concentración económica, por cuanto que en un mercado donde hay miles de vehículos utilizados para brindar el servicio, el hecho que una persona tenga tres vehículos para brindar el servicio no constituiría una concentración económica, que le dé capacidad alguna para limitar la libre competencia y tampoco, trata de una restricción que obedezca a un objetivo legítimo de seguridad pública, de orden público sino, por el contrario obstaculización a la entrada de oferentes al mercado, restringiendo artificialmente la oferta disponible a los prestadores del servicio, contrario a los principios de libre concurrencia y libre competencia.

En ese mismo contexto, figura el artículo 82 de la Ley 51 de 2008, según el cual la prestación de servicios comerciales a través de internet no estará sujeta a autorización previa y se promoverá la libertad de prestación de servicios, de libre competencia, neutralidad tecnológica, compatibilidad internacional y equivalencia funcional, definiendo primero, Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, de acuerdo a dicha ley, citando lo que sigue:

> "Artículo 2. Definiciones.
> ...
> 36. Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TLC).
> a. Conjunto de tecnologías que permiten la adquisición, producción, almacenamiento, tratamiento, comunicación, registro, presentación de informaciones contenidas en señales de naturaleza acústica (sonidos), óptica (imágenes) o electromagnética (datos alfanuméricos).
> b. En el ámbito de la prestación de servicios de comercio a través de los medios electrónicos, se refiere a las tecnologías de la información y comunicación que permitan transacciones comerciales o ventas a distancia por medios electrónicos."

El concepto de infracción que dice producirse en el concepto de violación directa por comisión, se sostiene en que las limitaciones previstas en la norma acusada de ilegal en referencia, riñen primero con el principio de libre competencia, al establecer barrera al ofrecimiento del servicio, que no

91

responden a razones técnicas, sino solo a restringir la competencia y aplicar la presión política del gremio de taxistas y en un segundo lugar, que no puede prohibirse a las personas jurídicas la prestación de un servicio ilícito y que no existe ninguna norma en la Ley 51 de 2008, que restrinja la prestación de los servicios objeto del Decreto Ejecutivo No. 331 de 31 de octubre de 2017.

3) Artículo 3 del Decreto Ejecutivo No. 331, normas legales y concepto de infracción.

El artículo 3 según el cual el servicio de transporte de lujo TIC, puede utilizarlo cualquier persona siempre que pague exclusivamente de manera electrónica, que vulnera estima la parte actora el artículo 15 del Código Civil; los artículos 1171 y 1175 del Código Fiscal; el artículo 3 de la Ley 45 de 2007; 82 de la Ley 51 de 2008; y el numeral 1 del artículo 17 de la Ley 14 de 1993.

El concepto de infracción del artículo 15 del Código Civil, que igualmente se estima violado por el artículo 2 del Decreto Ejecutivo No. 331 de 2017, dice darse por la frase, "**siempre y cuando lo solicite y pague exclusivamente de manera electrónica**", porque limita de manera absoluta una transacción entre particulares, excediéndose de esta forma el Órgano Ejecutivo la competencia material, ya que es la Asamblea Nacional en el ejercicio de la función legislativa quien tiene competencia para prohibir conductas entre particulares.

En la infracción a los artículos 1171 y 1175 del Código Fiscal, según los cuales la unidad monetaria de la República de Panamá, será el Balboa y que el actual dólar de los Estados Unidos de América y sus múltiples divisiones serán de curso legal en la República; y que las monedas nacionales serán de aceptación forzosa, se alude solo a la frase "**siempre y cuando lo solicite y pague exclusivamente de manera electrónica**".

Continuando con el orden expuesto por la actora, corresponde referirnos al artículo 3 de la Ley 45 de 2007, que señala que el Estado debe velar por la libre competencia económica y libre concurrencia en los mercados. La infracción que dice producirse en el concepto de violación directa por comisión, queda

qq

explicada en que al prohibirse el pago por el servicio en efectivo, restringe de forma artificial las opciones del ciudadano para elegir a su proveedor de un servicio de transporte de pasajeros, y porque esa prohibición tampoco responde a ninguna razón de seguridad pública o ciudadana, ni de protección del consumidor, sino a la presión por parte de un grupo de intereses, ya que la prohibición se dirige únicamente al servicio de transporte contratado mediante plataformas tecnológicas.

El artículo 82 de la ley 51 de 2008, que vuelve a alegarse como infringido pero, en esta ocasión por el artículo 3 del referido Decreto 331, se estima violado considerando que el Órgano Ejecutivo desatiende la obligación legal de promover la libertad de prestación de los servicios, con la exclusividad de hacer el pago únicamente electrónico. También, se indicó que en Panamá existen muchos servicios prestados a través de internet, poniendo como ejemplo Encuentra 24, que ofrece bienes y servicios con anuncios clasificados, que permite que cualquiera persona ingrese al portal y publique un anuncio de ofrecimiento de bienes y servicios, permitiéndose que el pago se haga tanto en efectivo como tarjeta.

Finalmente, la ilegalidad que dice producirse al artículo 17 en su numeral 1 de la Ley 14 de 1993, de acuerdo al cual el usuario queda obligado a pagar el valor del pasaje según la tarifa se sostiene en que en esa norma no se indica nada sobre el medio y forma de pago y al pretender el Decreto 331, restringir lo que la ley no limita, el Órgano Ejecutivo se excedió de su potestad reglamentaria

4) Artículo 6 del Decreto Ejecutivo No. 331 de 31 de octubre de 2017.

Por esa disposición jurídica, figuran como infringidos los artículos 3 de la Ley 45 de 2007, 15 del Código Civil y 82 de la Ley 51 de 2008.

Tenemos que el artículo 3 de la Ley 45 de 2007, al que hemos hecho referencia previamente en virtud de otros cargos de ilegalidad, se estima infringido en el concepto de violación directa por comisión, en esta ocasión por la frase "**este servicio podrá prestarse en las provincias de Panamá Oeste,**

Colón y Coclé" contenida en el artículo 6 del referido decreto, con sustento en que al solo mencionar esas tres provincias excluyendo el resto de provincias del territorio de la República, limita la libre concurrencia y la prestación del servicio regulado, en las zonas del país no mencionadas en la norma acusada.

En cuanto al artículo 15 del Código Civil, que se alegó vulnerado en la modalidad de directa, por comisión, la actora la sustenta reiterando que el Ejecutivo se excedió en la potestad reglamentaria, debido a que lo reglamentado riñe con lo previsto en la ley. De igual manera, porque establece una prohibición absoluta a todos los ciudadanos para desarrollar una actividad, en determinada zona geográfica del país, que tampoco responde a motivos de seguridad pública, ni a protección al consumidor.

La infracción al artículo 82 de la Ley 51 de 2008, planteada en el concepto de violación directa por comisión, se sustenta en la limitación de que el servicio regulado sea prestado únicamente en determinadas zonas geográficas, es contrario a la obligación del Estado de promover la libertad de prestación de servicios y libre competencia.

5) **Artículo 16 (Transitorio) del decreto demandado, normas legales infringidas y conceptos de infracción.**

El último de los artículos acusados de ilegales, con vigencia transitoria que señala que el pago por el servicio de transporte de lujo TIC, podrá hacerse en efectivo los primeros seis meses a partir de la promulgación del Decreto Ejecutivo, la actora estimó que infringe los artículos 15 del Código Civil; 1171 y 1175 del Código Fiscal; 3 de la Ley 45 de 2007; 82 de la ley 51 de 2008; y el numeral 1 del artículo 17 de la Ley 14 de 1993.

El concepto de infracción de esas normas, queda sustentado en que la prohibición de pago y cobro en efectivo del servicio de transporte de pasajeros mediante plataformas tecnológicas de comunicación, cuya prohibición se encuentra prevista en el artículo 3 del decreto, los cargos de ilegalidad

94

impuestos contra este, son exactamente los mismos que los imputados al artículo 3, motivo por el cual se encuentran ya indicados.

IV. INFORME DE CONDUCTA DE LA ENTIDAD DEMANDADA

El funcionario demandado, el Ministro de Gobierno a través de la Nota No. DAJTL-MG-002895, de 4 abril de 2018, rindió el informe requerido mediante oficio No.602 de 26 de marzo de 2018, señalando primeramente, que la Autoridad de Tránsito y Transporte Terrestre fue creada por la Ley 34 de 1999, como una entidad descentralizada del Estado, con personería jurídica, autonomía en su régimen interno y en el manejo de su patrimonio e independencia en el ejercicio de sus funciones, sujeta a la política del Órgano Ejecutivo por conducto del **Ministerio de Gobierno**, y de conformidad con el numeral 8 del artículo 2 dicha entidad, es el ente rector para supervisar la actuación de concesionarios de empresa o personas, dedicadas a la prestación del servicio de transporte terrestre público de pasajeros y sancionados por el incumplimiento de las disposiciones legales.

Añade el funcionario, que está entre las funciones legales de la Autoridad de Tránsito y Transporte Terrestre dirigir, supervisar y fiscalizar la operación y el control de servicios de transporte terrestre. Y que por medio de la Ley 14 de 1993, se regula el Transporte Público de Pasajeros, con el objeto de normalizar el sector y garantizar los derechos de concesión al momento de la entrada en vigencia de la ley, así como la incorporación de sociedades anónimas para que pudieran optar por la concesión definitiva, mediante contrato con la Nación con el servicio específico.

Así mismo, menciona que constitucionalmente existe la libertad de mercadeo en los esquemas particulares a través de la libre oferta y demanda, pero que en ese contexto, se tendría que analizar a la luz de la Constitución, por lo cual transcribe el artículo 282 de la Constitución Política, y el fenómeno de la intervención del Estado en la economía dentro de las sociedades con un sistema de economía de mercado como el de Panamá, manifiesta vestigios evolutivos de

95

un Estado de Derecho, hacia un Estado Social de Derecho, tendiente a garantizar la participación activa de la sociedad dirigida por el Estado.

Por otro lado, se menciona que el tema del transporte de pasajeros es un servicio público, siendo este restringido mediante la ley, y en el cual el grado de intervención del Estado es notorio para mayor protección de los usuarios en los que respecta a los esquemas de tarifa y seguridad, resaltando en esto el artículo 284 de la Constitución Política, en lo que respecta a la intervención del Estado en toda clase de empresas dentro de la reglamentación establecida por la Ley, de exigir la debida eficacia en los servicios y la adecuada calidad.

Además, que la Autoridad de Tránsito y Transporte Terrestre, no cuenta en su ordenamiento jurídico con normas que protejan o amparen una relación de consumo, porque versa de una institución que regula lo concerniente al transporte terrestre de la República de Panamá; y aunque el servicio de transporte a través de las plataformas tecnológicas (transporte particular) no se encontraba regulada como una modalidad de transporte en Panamá, no implicaría, que el mismo queda excluido de ser un servicio de transporte terrestre.

De lo dicho explica, que más que una relación de consumo trata de una necesidad de transporte, que por los constantes cambios a los que estamos expuestos y los avances de la tecnología, que día a día se hace parte de la sociedad, pero además de cambiar rápido por lo que se requiere de una adecuación de la normativa de transporte vigente, siendo en este caso, el ente competente para regular todo lo concerniente al servicio de transporte terrestre por medio de las plataformas tecnológicas, la Autoridad de Tránsito y Transporte Terrestre, servicio público que tiene inherente, la finalidad social del Estado, y sujeto a la intervención y reglamentación de las autoridades competentes.

96

Es por ello, que en el informe de conducta el **Ministro de Gobierno** señala que las disposiciones legales que regulan el transporte, le otorgan el carácter de servicio público esencial y resalta la prelación del interés general sobre el particular, especialmente en lo que tiene que ver con la garantía de protección a los usuarios, de acuerdo con los derechos y obligaciones establecidos en la Constitución, la Ley y los reglamentos. Se añade a ello, que el mismo ordenamiento destaca la seguridad en el servicio, sobre todo, la del usuario, es prioridad en la actividad y del sistema de transporte, ajustándose al mandato constitucional.

Por otro lado, se indica en el informe que el servicio de transporte por medio de plataformas tecnológicas, no versa de un servicio de transporte con chofer, en donde predomina la relación de consumo, sino más bien un servicio de transporte que suple la necesidad de transporte para la población, en el cual se utiliza mecanismos tecnológicos y ofreciendo un servicio con altos estándares de calidad, comodidad, seguridad y eficiencia, razón por la que podría tratarse de un servicio privado de transporte por plataformas tecnológicas, en lo que al prestador de servicio podría definirse como aquellas personas naturales o jurídicas autorizadas por el ente competente, siendo en este caso la Autoridad de Tránsito y Transporte Terrestre.

En el informe también, se hizo referencia a una denuncia administrativa que presentó el sector transportista, ante la Autoridad de Tránsito y Transporte Terrestre, contra la empresa **UBER PANAMA TECNOLOGY, INC.**, por considerar ilegal el ejercicio de la actividad de transporte por una plataforma digital no autorizada, ni regulada; razón por la cual, dicha entidad emite la Resolución No. OAL-466 de 18 de agosto de 2017, la cual declara el servicio de transporte generado a través de plataformas tecnológicas que se está brindando por servicio electrónico, versa de una actividad económica que deberá ser reglamentada.

De igual manera, queda manifestado que en esa resolución se recomendó que dentro de lo posible, se regularía la actividad de transporte generado por medio de las plataformas tecnológicas, contemplando varios aspectos y en él, se establece un término de treinta días para que las autoridades competentes en proferir disposiciones o normativas que regulen la actividad ofrecida por las plataformas electrónicas. Y con posteridad, el 31 de octubre de 2017, en ejercicio de la potestad reglamentaria otorgada constitucionalmente al Presidente de la República con el Ministro del ramo respectivo, en este caso el **Ministro de Gobierno**, y se emite el Decreto Ejecutivo No. 331 de 31 de octubre de 2017.

IV. OPINIÓN DEL PROCURADOR DE LA ADMINISTRACIÓN

El Procurador de la Administración, mediante la vista 772 de 18 junio de 2018, emitió concepto en el que solicitó a esta Sala que declare que no es ilegal, el Decreto Ejecutivo No. 331 de 31 de octubre de 2017, cuya sustentación la resumimos de la manera que se expone a continuación.

En cuanto al punto 1, el Procurador de la Administración sostiene que el propio Decreto Ejecutivo 331, deja claro que el servicio de transporte terrestre de pasajeros que se sustenta en las tecnologías de la información y telecomunicaciones se fundamenta en el numeral 40 del artículo 5 de la Ley 14 de 26 de mayo de 1993, que define el transporte de lujo.

Sobre el punto 2 de los cargos de ilegalidad, el Procurador de la Administración, se opone, con sustento en que atendiendo que se trata de un supuesto al que refiere la Ley 14 de 26 de mayo de 1993, modificada por la Ley 42 de 22 de octubre de 2007, la Ley 41 de 10 de julio de 2008, y la Ley 122 de 31 de diciembre de 2013, lo que guarda relación con el certificado de operación, el transporte selectivo común de pasajeros y la organización a través de personas; y que el transporte de lujo por medio de las plataformas tecnológicas que tiene su fundamento en el artículo 5, numeral 40 de la Ley 14 de 1993, reglamentado por el decreto demandado, por su carácter especial se establece

96

que el servicio sea prestado por personas naturales, quienes deben ser propietarios de los vehículos, no se rebasa la potestad reglamentaria, ni se vulneran los principios de libre competencia y concurrencia económica.

Del punto 3 el Procurador de la Administración es del concepto que tampoco se produce la ilegalidad, porque el servicio de lujo que se presta a través de una plataforma o aplicación tecnológica, permiten transacciones comerciales o ventas a distancia por medios electrónicos.

Y en el punto 4 la oposición del Procurador de la Administración, se dirige a reiterar lo señalado con anterioridad, en cuanto que el servicio de transporte de lujo ofrecido por las plataformas tecnológicas es un servicio especial únicamente prestado en las provincias de Panamá, Panamá Oeste y Colón, según las necesidades del usuario y de acuerdo a las tarifas que establezca la empresa que brinda el servicio, y que el artículo 5 numeral 40, lo fue objeto de desarrollo por el **Decreto Ejecutivo 331 de 31 de octubre de 2017**.

En lo que refiere al punto 5, el Procurador de la Administración emitió concepto señalando en lo medular, que considera que se produjo la figura de sustracción de materia, debido a que el artículo 16 del Decreto Ejecutivo 331 de 2017, concerniente al pago por el servicio de transporte de lujo, fue modificado por el artículo 2 del Decreto Ejecutivo 47 de 27 de abril de 2018.

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE

Desarrolladas las etapas procesales de rigor, corresponde a esta Sala entrar a resolver el presente negocio, sobre la base de las consideraciones que siguen:

1. Competencia

De conformidad con lo establecido en los artículos 206 de la Constitución Política y 97 del Código Judicial, a la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo le están atribuidos los procesos que se originan de actos, omisiones, prestaciones defectuosas o deficientes de los servidores públicos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten o expidan o en que

99

incurran en el ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, los funcionarios públicos o autoridades nacionales o provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas.

2. Legitimación activa y pasiva

En el presente caso, actúa como demandante la Asociación de Consumidores Libres, quien comparece como persona jurídica para impugnar los artículos 1,2,3,6 y 16 del Decreto Ejecutivo No.331 de 31 de octubre de 2017. En las acciones de nulidad cualquier persona puede recurrir, de conformidad con el artículo 43B de la Ley 135 de 1943, por tanto, el nombrado se encuentra legitimado.

El acto demandado fue dictado por el **Ministerio de Gobierno**, organismo estatal que figura entonces, como sujeto pasivo en este proceso.

3. Problema Jurídico

Es conveniente iniciar este análisis precisando que el presente examen de ilegalidad de este Tribunal, incluirá únicamente los artículos 1, 2, 3, 6 y 16 del **Decreto Ejecutivo 331 de 31 de octubre de 2017**, toda vez que son las disposiciones jurídicas mencionadas en la demanda; sin embargo, debe advertirse, solo se hará sobre aquellas frases insertas de las normas indicadas como violatorias, debido a que si bien la actora señaló como disposiciones alegadas dichas normas en alguno de los conceptos de infracción se alude de manera concreta a determinadas frases de la norma acusada.

De los planteamientos expuestos por la actora, deducimos que su disconformidad con la emisión del Decreto Ejecutivo No. 331 de 17 de 2017, conducido a reglamentar el servicio de transporte de lujo, ofrecido a través de tecnologías de la información y comunicación, fundamentado en lo que dispone el numeral 40 del artículo 5 de la Ley 14 de 1993, sobre este servicio específico es porque, a su juicio el servicio regulado en la ley corresponde al servicio de transporte especial regulado en el numeral 41 del artículo 5 y no el servicio de lujo, que es distinto al servicio de transporte por medio de una plataforma de

106

tecnologías, que apunta a que el usuario pueda solicitar un conductor determinado con anterioridad y su ruta, en una aplicación móvil, precisando el sitio de destino de viaje.

De igual manera, considera que hay vulneraciones a la legalidad porque el servicio de transporte reglamentado mantiene limitaciones respecto a que, solo puede ser prestado por personas naturales; que un propietario solo pueda registrar dos vehículos; que el usuario del servicio solo pueda pagarlo por un medio electrónico y que el servicio se preste únicamente en las provincias de Panamá, Panamá Oeste, Colón y Coclé, es decir, en una región del país, aduce que estos aspectos son contrarios a normas legales que posibilitan la libre competencia, libre concurrencia de los mercados, la libertad de prestación de los servicios comerciales a través de internet y el curso legal de la moneda. En el cargo de violación, a la normativa que regula la prestación de servicios a través de internet, sostiene que el decreto reglamentario vulnera su contenido, pues el servicio comercial por internet, no estaría sujeto a autorizaciones y se promoverían de manera libre.

Lo anterior, nos lleva a plantearnos como problemas jurídicos a resolver en el presente negocio, los siguientes:

¿Si la reglamentación del servicio de transporte ofrecido a través de las tecnologías de la información y comunicaciones, forman parte del transporte de lujo consignado en el numeral 40 del artículo 5 de la Ley 14 de 1993, o si versa de una modalidad de transporte distinta?

¿Si el Decreto Ejecutivo No. 331 de 31 de octubre de 2017, excede de su potestad reglamentaria y riñe con los principios de libre concurrencia de los mercados y libre competencia, al disponer que solo puede ser prestadora por personas naturales y que un mismo propietario solo puede registrar hasta dos vehículos; cuando la prestación de servicios comerciales por medio de internet no están sujetos a autorización previa y deben promover la libertad de prestación de servicios y libre competencia?;

101

En ese mismo contexto, ¿si al establecer el reglamento que el servicio de transporte de lujo por plataforma electrónica solo pueda utilizarlo quien pague de manera electrónica, el Órgano Ejecutivo se excede de su competencia material para con las transacciones entre particulares y desconoce que la ley prevé que la moneda panameña es de aceptación forzosa, la protección al consumidor, la libre concurrencia, y que la obligación del usuario, según la ley, es la de pagar el valor del peaje según la tarifa correspondiente?

Por último, ¿si al establecerse en el Decreto Ejecutivo demandado que el servicio de transporte de lujo solo puede prestarse exclusivamente en tres provincias de Panamá, Panamá Oeste, Colón y Coclé, se excede también de la potestad reglamentaria y restringe una actividad de prestación de servicios comerciales a través de internet, por cuanto que según ley no debe estar sujeta a autorización previa y puede ser prestada con libertad?;

Expresados los criterios o los problemas jurídicos a resolver, sintetiza este Tribunal, que a consideración de la parte actora la reglamentación que dispone el Decreto Ejecutivo 331 de 31 de octubre de 2017, es ilegal, desde diversos ámbitos a saber: a) el servicio reglamentado es o no compatible con el servicio de lujo previsto en la ley 14 de 1993; b) limita la libre competencia económica, la libre concurrencia, la libre protección de servicio comercial por internet y la libertad del consumidor del servicio de transporte; y c) incumple con la obligación del Estado de promover el servicio de transporte a nivel nacional.

Debemos manifestar que el Decreto Ejecutivo No. 331 de 31 de octubre de 2017, se encuentra motivado fundamentalmente en dirección al avance de las tecnologías de la información y comunicaciones, permite el desarrollo de plataformas o aplicaciones tecnológicas, para facilitar que el usuario pueda solicitar el servicio de transporte desde sus dispositivos móviles y computadoras, estando dentro o fuera del país. Sin embargo, no debemos olvidar que la Ley 14 de 26 de mayo de 1993, como marco regulatorio del transporte público de pasajeros y en ella se establece el servicio de transporte de lujo en el numeral

102

40 del artículo 5 y el transporte terrestre como un servicio público; y la necesidad de proteger a los usuarios, los prestadores del servicio y a la comunidad en general.

En ese sentido, se debe señalar en primer lugar que la Ley 14 de 1993, modificada por la Ley 34 de 1999, que regula el transporte público de pasajeros, establece el **transporte terrestre de pasajeros, como un servicio público,** cuya prestación está a cargo de personas naturales y jurídicas, mediante concesiones que el Estado otorga, inspirado en el bienestar social y el interés público.

Bajo ese criterio normativo es importante señalar que la noción de servicio público, ha sido entendida por parte de la doctrina como "una concepción que abarca aquellas actividades y órganos destinados a satisfacer de manera continua regular, obligatoria y en igualdad de condiciones y necesidades colectivas de vital importancia para el desarrollo y bienestar social, tales como: la salud, seguridad social, salud, seguridad social, educación, cultura: radio, televisión y redes de bibliotecas e informática, **transporte,** viabilidad y ferrocarriles, correo, telecomunicaciones, servicios domiciliarios (electricidad, agua, agua y gas), viabilidad urbana y aseo urbano y limpieza, entre otros." Y los que reciben ese servicio público de transporte, son los usuarios, que serían las personas naturales o jurídicas que se benefician con el servicio de transporte público.

De allí entonces, que el servicio público es creado para la satisfacción de una necesidad colectiva, prestación y regulación, que para satisfacerlo es puesta en mano de la Administración, y es sobre la cual recae la obligación, toda vez que la prestación es un deber, una de sus finalidades y su razón de ser, por tanto, cuando una actividad se establece como un servicio público, y el Estado debe asumirlo como tal y ello se traduce en un derecho a que sus usuarios lo reciban de una manera continua y adecuada.

103

El usuario, de acuerdo con la Ley 14 de 1993, marco regulatorio del transporte público, en su artículo 45 numeral 5, usuario es la persona natural o jurídica beneficiaria del servicio de transporte terrestre público.

En este análisis, estimamos que también es de lugar precisar sobre la noción de transporte privado, del cual puede señalarse que se utiliza comúnmente para aludir a aquellos servicios de transporte, que no están abiertos al público en general.

Lo antes expresado pone de manifiesto, que el servicio de transporte público, tiene como finalidad satisfacer una necesidad colectiva, cuya obligación a que sea recibida de manera satisfactoria y adecuada corresponde al Estado; sin embargo, el servicio de transporte privado no está abierto a una colectividad, o público en general.

Hecho esos señalamientos, este Tribunal estima importante precisar, en este análisis, la circunstancia que el Decreto en comento, reglamenta la prestación de un servicio de transporte que utiliza las plataformas electrónicas, enmarcada en la modalidad de transporte de lujo, establecido en la normativa de transporte público de pasajeros, motivo por el cual no estamos únicamente en una actividad propia de la sociedad de la información, sino que también involucra una actividad prestada a la comunidad para satisfacer una necesidad, debido a que el elemento principal de la materia reglamentada es el transporte de pasajeros.

En ese orden de ideas, en este análisis cabe precisar el concepto de sociedad de la información, pero, para mayor claridad habría que partir del concepto de información, que según el Diccionario de la Real Academia Española, para lo que nos importa es la "comunicación o adquisición de conocimientos que permiten ampliar o precisar los que se poseen sobre una materia determinada".

Ahora bien, la noción de **sociedad de la información**, que dice haber empezado a desarrollarse en los años 70 y se conceptualiza como un fenómeno

104

de transformación profunda en la vida y relaciones entre individuos, gobiernos, empresas y organizaciones por el uso de las TIC, tecnologías que facilitan la creación, distribución y manipulación de la información y juegan un papel esencial en las actividades sociales, culturales y económicas, presentadas a menudo como una aspiración estratégica que permitiría superar el estancamiento social.

Sobre la base de lo planteado, en este caso, estimamos importante atender los objetivos de la Ley 14 de 1993, concretamente los previstos en los numerales 1 y 2 de su artículo 4, que señalan:

> "1. Establecer una política nacional en materia de desarrollo del transporte terrestre público de pasajeros para lograr una mayor eficiencia en la planificación, coordinación, operación y racionalización de las distintas modalidades de transporte terrestre público de pasajeros, **así como un adecuado equilibrio entre los intereses y necesidades de los usuarios, de los transportistas y del Estado**.
> 2. Garantizar la prestación del servicio de transporte terrestre remunerado de pasajeros con seguridad, eficiencia, comodidad, economía y responsabilidad, estableciendo un reordenamiento de las rutas, líneas, recorridos, horarios, tarifas y frecuencias del servicio, según las modalidades que correspondan.
> ..."

Bajo ese marco de ideas, resulta viable considerar el **principio de mutabilidad**, que rige en el derecho administrativo del cual el jurista **Alfredo Parés Salas** en el artículo, "**El Contencioso de los Servicios Públicos**", publicado en la **Revista de Derecho Administrativo No. 12**, localizado en el sitio electrónico, **w2.ucab. educ.we**, señala:

> "Si el fin de los servicios públicos es la satisfacción de intereses o necesidades generales, y estas, por definición, nunca son constantes sino contingentes, variando de acuerdo al momento histórico, lugar, condiciones socioeconómicas y culturales importantes, *ergo*, la regulación, organización y funcionamiento de los mismos debe poseer cierto grado de flexibilidad que le permite adaptarse a las circunstancias con el objeto de satisfacer de la manera más efectiva tales necesidades e intereses. He allí, la esencia del principio de la mutabilidad.
> .....la mutabilidad puede ser vista desde, al menos dos puntos de vista. El primero, a pesar desde

105

> íntimamente relacionado con el tema de la creación de los servicios públicos, se refiere los casos en que, a raíz de una marcada variación del interés general, un determinado servicio público deja de responder a la satisfacción de cierta necesidad, razón por la cual deja de ser concebido como tal. Lo que es hoy un servicio público, puede dejar de serlo mañana. Luego, un segundo y más preciso enfoque, se refiere a los cambios en cuanto a las condiciones de prestación o regulación de cierta actividad con la finalidad de adaptarse a las nuevas necesidades colectivas. "

Frente a todo ese escenario, consideramos que si las necesidades colectivas han variado, en este caso aplicando la tecnología a través de las plataformas electrónicas, el servicio puede variar sin que implique una vulneración a la Ley 14 de 1993, con independencia de que sea ofrecido a través de plataformas, razón por la cual estimamos no puede atenderse como una simple actividad económica desde un punto de vista de la libre concurrencia, además que por ese mismo motivo el Estado tiene la responsabilidad de regular, como en efecto se aprecia en el artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 331 de 2017, de ahí, que existen elementos jurídicos para descartar la ilegalidad de dicha norma, en relación con el artículo 4 de la Ley 14 de 1993, y otras normas en el mismo sentido en mención.

Lo expresado significa, que el alcance de ese servicio ofrecido por plataformas tecnológicas, siendo este un nuevo protagonista en la actividad de transporte, pues la normas regulatorias no prevén la intervención con el uso de la plataforma para contactar al usuario, si bien, versa de una manera no prescrita, de forma concreta en la Ley 14 de 1993, no puede separase del concepto del interés general, que si lo contempla la ley regulatoria, debido a la unión que tiene con éste, por ser un servicio de transporte de pasajeros.

El servicio de transporte que la plataforma brinda va más allá del beneficio que esta herramienta ofrece a las personas, porque cubre una necesidad de transporte, por cuanto que atiende las necesidades de los particulares con respecto a un servicio de transporte que se caracteriza por ser público, ya que

106

se brinda sin distinción. Toda vez que el transporte es un servicio público reglado por la Ley 14 de 1993 que dentro de sus objetivos se encuentra el deber del Estado, en este caso, representado por la entidad reguladora, cuya obligación es garantizar que dicho servicio sea prestado con seguridad, eficiencia y comodidad, que al no contar con una regulación específica se hace necesario por la propia naturaleza del servicio que brinda, que se dicte su reglamentación, pues, la utilización de la plataforma electrónica o herramientas electrónicas con la finalidad queda condicionada a la naturaleza del servicio que presta, y en tal sentido, no es posible señalar que estamos frente a una actividad liberalizada.

Este Tribunal estima importante, atender como las limitaciones previstas en esas normas afectan la figura del consumidor, quien en esta prestación de servicio es el más importante y perjudicado con las decisiones que se adoptan, pues frente a la innovación que ofrece esta plataforma tecnológica, como alternativa de solución a una necesidad, se abre un abanico de opciones para comodidad del usuario y con resultado eficientes.

A ese respecto, este Tribunal considera importante indicar, que abona a ese planteamiento una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 20 de diciembre de 2017, referido en la obra **Régimen Jurídico Consumo Colaborativo** que resuelve una cuestión perjudicial que elevó el Juzgado Mercantil de Barcelona, en relación a la naturaleza de los servicios prestados a través de la plataforma de **Uber**, y la interpretación de la normativa sobre comercio electrónico, que establece la libre prestación en general. Dicha sentencia sobre la problemática surgida por la plataforma **Uber**, expresa que no se limita a prestar un servicio de intermediación, debido a que al mismo tiempo crea una oferta de servicios de transporte urbano. Parte de la sentencia la reproducimos para una mejor enseñanza:

> "A este respecto, de la información de que dispone el Tribunal de Justicia resulta que el servicio de intermediación de Uber se basa en la selección de

REPÚBLICA DE PANAMÁ ÓRGANO JUDICIAL SALA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

107

> conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo, a los que esta sociedad proporciona una aplicación sin la cual, por una lado estos conductores no están en condiciones de prestar servicios de transporte y, por otro lado, las personas que desean realizar un desplazamiento urbano no podrán recurrir a los servicios de los mencionados conductores. A mayor abundamiento, **Uber ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores. Sobre este último punto, consta en particular que Uber, mediante la aplicación epónima, establece al menos el precio máximo de la carrera, que recibe este precio del cliente para después abonar una parte al conductor no profesional del vehículo y que ejerce cierto control sobre la calidad de los vehículos**, así como la idoneidad y el comportamiento de los conductores lo que en caso puede entrañar a la exclusión de éstos." GOSALVEZ PEQUEÑO, Humberto (Director). Régimen Jurídico del Consumo Colaborativo. Editora, Thomson Reuters ARANZADI, Primera Edición, 2019. Pag. 425-426. (el resaltado es de la Sala)

Lo transcrito como jurisprudencia extranjera pone de manifiesto, que las plataformas digitales que prestan el servicio de transporte de pasajeros, no son sencillamente empresas que brindan servicios a la sociedad de la información, que correspondería a que las tecnologías facilitan la creación, distribución y manipulación de la información, **es por ello que dicho servicio de pasajero,** no puede enmarcarse solamente bajo el amparo de la normativa de actividad electrónica, y con ello, de una simple actividad comercial, sino que estaría sujeta a la normativa que regula el servicio de transporte.

Luego entonces, podemos decir que el establecimiento de plataformas o aplicaciones como **Uber**, creada como un nuevo modelo impulsado gracias a la revolución tecnológica, cuya base es el internet al permitir conectar a las personas con la plataforma tecnológica es una alternativa que brinda al usuario un servicio de transporte, que le simplifica la situación de estrés e inseguridad, y que ha obtenido resultados satisfactorios para los servicios en distintos países.

De todo ese escenario, resulta entonces que el servicio de transporte de pasajeros ofrecido por las plataformas electrónicas, no puede observarse únicamente como una actividad de la información, pues no es una simple acción

108

del comercio electrónico, en virtud de la naturaleza del servicio a prestar, a la luz de los objetivos de la Ley 14 de 1994, encaja en las modalidades de transporte reguladas, por cuanto que el servicio de transporte debe estar sujeto a las normas reguladoras del transporte, descartando la posibilidad de que las plataformas electrónicas que presten el servicio de transporte sean actividades sujetas a la libre prestación de servicios dispuesta en el artículo 82 de la Ley 51 de 2008, cuya aplicación no puede realizarse aisladamente, del marco regulatorio de los servicios públicos y la obligación del Estado con administrarlos.

Sobre la base de esos planteamientos, considera este Tribunal existen elementos que llevan a descartar también la ilegalidad del artículo 2 del Decreto Ejecutivo 331 de 2017, pues no se excede la potestad reglamentaria, ni es violatoria a la libre competencia, libre concurrencia ni libre prestación de servicio en el comercio electrónico.

Y en ese mismo contexto, consideramos que queda descartada la ilegalidad contra las frases de que solo será prestado por personas naturales y solo podrán ser registrado bajo un mismo propietario hasta dos vehículos contenidos en el artículo 2 del Decreto Ejecutivo No. 331 de 2017, argumentando la parte actora se excede de la potestad reglamentaria, y viola la libre competencia, libre concurrencia y la libre prestación de servicio dentro del comercio electrónico, pues no es posible establecer que estamos frente a una actividad liberalizada y el hecho que cubre una necesidad de un público en general, motivo por el cual el Estado en este caso representada por la entidad reguladora, puede asumir las medidas necesarias que le imponen su deber y le permitan establecer un orden, en la prestación del servicio público transporte.

La postura anterior, lleva a este Tribunal a referirse a los cargos de ilegalidad de los artículos 3, 6 y 16 del Decreto Ejecutivo No. 331 de 2017, según los cuales el servicio de transporte de lujo por medio de plataformas electrónicas (TIC) reglamentado, si bien permite que cualquier persona pueda

109

utilizarlo **solo puede ser pagado de manera electrónica**; se prestaría en determinadas provincias de Panamá; y se permite el pago en efectivo, pero, solo por un periodo de tiempo, de lo cual conceptuamos que lo reglamentado limita que se cubra por igual, la necesidad de un público en general, a recibir un servicio de transporte.

Así mismo, que ese servicio se establece con la finalidad de proporcionar a sus usuarios un traslado seguro, personalizado, desde la ubicación donde se encuentra hasta donde desea trasladarse; pero, además, ese traslado es ofrecido con vehículos que deben reunir ciertas características de confort, debidamente registrados en la respectiva aplicación de la plataforma, cuyo servicio ha mostrado ventajas y beneficios para los usuarios tales como, contar con la identidad del conductor y datos del vehículo, salir y departir de forma segura, trasladarse sin necesidad de mover su vehículo, sin pensar en la ausencia de estacionamientos suficientes, entre otras ventajas, que van brindando confianza y comodidad; y sobre todo, después que la Corte Suprema de Justicia se pronunciase sobre la objeción de inexequibilidad de la ley que modifica y adiciona artículos de la Ley 45 de 2007, sobre la protección al consumidor y defensa de la competencia, que cobra por el uso de estos, en empresas públicas y privadas donde comparece el consumidor, en la sentencia de 28 de diciembre de 2017.

Precisa considerar también, que el **transporte a través de la tecnología de la información** brinda mayor seguridad en la forma de trato al usuario, quien en algunas ocasiones no tienen a disponibilidad a una tarjeta de crédito y solo pueden pagar de manera directa a través de pago en efectivo, contando el conductor con la plataforma como un comprobante de la prestación del servicio, para garantizar el cobro ante cualquier eventualidad, así mismo, permitiría que aquel conductor que no esté en la plataforma no pueda ofrecer el servicio, dándole de esta forma seguridad al usuario del servicio de transporte.

110

En el caso, no debemos obviar que el **usuario** de este servicio de transporte reglado, transformado en **un consumidor**, en su relación con el proveedor, tiene la libertad de elegir, y que la actividad sea prestada con igualdad de condición y acceso, lo que se traduce en que los servicios públicos deben ser iguales para todos los individuos y ante la modalidad de lujo de este servicio, no puede limitarse a aquel que lo requiera y tenga capacidad de costearlo.

Lo expuesto le permite a este Tribunal sostener que resulta injusto para aquellas personas que por el hecho de no tener acceso a un crédito o se encuentren en determinada área geográfica, no puedan utilizar un servicio de transporte terrestre de pasajeros ofrecido a través de la tecnología, cuando toda persona como usuario de un servicio o consumidor tiene el derecho a solicitar y recibir un servicio de transporte de manera rápida y segura, de ahí que conceptuamos que su prohibición a no poder usarlo por no poder pagar con una tarjeta de crédito implicaría una nulidad regresiva en desfavor del usuario que ha venido pagando el servicio en efectivo, sin ninguna compensación, y por supuesto limitaría la prestación de un servicio público de manera regular y eficiente.

De allí entonces, que el compromiso con el usuario del servicio de transporte, que en este caso se da por medio de plataformas electrónicas, puede dejar de atender la necesidad social, que conlleva a que todo usuario del servicio o consumidor también pueda recibir con regularidad el servicio, lo que implica tener la libertad de elección, donde, y cuando lo necesita y pagarlo en cualquier forma, siempre que tenga la disponibilidad.

En esa línea es de lugar referirnos también a que en materia de **servicios públicos** quedan indicados dos pilares importantes de este servicio, ellos son: la **continuidad** y **regularidad**, que tiene apoyo en la obligatoriedad de satisfacer una necesidad de los administrados, en la capacidad de que pueden haber cambios, frente a la adaptación social, tal como lo explica el **principio de**

mutabilidad y **en derecho a la igualdad**, lo que queda a criterio de este Tribunal desestimado en las limitaciones previstas en los artículos 3 y 6 del Decreto Ejecutivo No. 331 de 2017.

Sobre las consideraciones expresadas y redundando en que como parte de los artículos 3 y 6 del Decreto Ejecutivo No. 331 de 2017, limitan que el servicio en el reglado bajo la modalidad de transporte ofrecido a través de plataformas tecnologías, impiden que sea prestado en todo el país y que cualquier persona pueda tener acceso a ese servicio por no poder pagar electrónicamente, son elementos que llevan a este Tribunal a declarar que se produce la ilegalidad alegada que recae sobre las frases que expresan **"siempre y cuando lo solicite y pague de manera electrónica" y "Este servicio podrá prestarse en las provincias de Panamá, Panamá Oeste, Colón y Coclé", respectivamente.**

Ahora bien, en cuanto al contenido del referido artículo 3, a efecto de que quede establecido que el servicio de transporte de lujo prestado por plataformas electrónicas, pueda ser pagado también en efectivo, este Tribunal, estima viable y necesario hacer uso de la facultad atribuida en el artículo 206 (numeral 2) de la Constitución Política, que permite estatuir nuevas disposiciones en remplazo de las impugnadas y pronunciarse prejudicialmente acerca del sentido y alcance de un acto administrativo o de su valor legal, por tanto, dispone que en el artículo 3 del Decreto Ejecutiva No. 331 de 2017, incluya en su parte final que podrá pagarse en efectivo.

Con relación al artículo 16 del Decreto Ejecutivo 331, precisa tener presente que su transitoriedad se estableció para efectos de fijar una fecha cierta para pagar en efectivo por el servicio de transporte de lujo ofrecido a través de tecnologías de la información, cuya fecha venció el 30 de septiembre de 2019, motivo por lo cual en la actualidad no tendría ningún sentido hacer una confrontación de legalidad sobre dicha norma, con lo cual se produce el fenómeno conocido como sustracción de materia en el artículo 16 en mención.

112

Lo anterior, implica que el referido artículo 16 acusado de ilegal perdió sus efectos y vigencia, por lo cual es viable a este Tribunal aplicar en esta oportunidad el numeral 2 del artículo 201 que indica lo siguiente:

> "Artículo 201. Cualquiera que sea la naturaleza del proceso, los magistrados y jueces tendrán las siguientes facultades ordenatorias e instructoras:
> 1. ...
> 2. Tener en cuenta, en la sentencia, de oficio o a petición de parte, cualquier hecho constitutivo, modificativo o extintivo del derecho sustancial que en el proceso se discute y que hubiera ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que haya sido probado oportunamente y que el interesado lo haya alegado antes de la sentencia si la ley no permite considerando de oficio;
> 3. ..."

En ese contexto, también es viable aplicar el artículo 992 del Código Judicial que señala que: "en la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo de las pretensiones objeto del proceso ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que haya sido probado oportunamente".

La institución **sustracción de materia**, en el Diccionario de Derecho Procesal Civil, citando a Jorge Peyrando, en la obra El Proceso Atípico, queda definida así: "Obsolescencia procesal. Es un medio de extinción de la pretensión constituido por la circunstancia de que en la materia justiciable sujeta a decisión deja de existir, por razones extrañas a la voluntad de las partes; no pudiendo el tribunal emitir un pronunciamiento de mérito (acogiendo o desestimando) sobre la pretensión deducida" (FÁBREGA PONCE, Jorge. Diccionario de Derecho Procesal Civil. CUESTAS, Carlos. Diccionario de Derecho Procesal Penal, Primera Edición 2004. Editores Colombia. Bogotá. pág.1232).

Por otro lado, los autores Beatriz Quintero y Eugenio Prieto, citados en resolución de 11 de agosto de 2014, de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, en virtud de demanda de plena jurisdicción interpuesta por la sociedad Qifar Internacional S.A., contra el Instituto de Acueductos y

13

Alcantarillados (IDAAN), bajo la ponencia del Magistrado Víctor Benavides, anotan lo siguiente:

> "Una vez que se ha generado un proceso o pretensión procesal determina su mantenimiento, esto es, su subsistencia, hasta cuando el tratamiento que a la pretensión deba darse haya alcanzado su finalidad instrumental.
> La pretensión determina la conclusión de un proceso, cuando esta reclamación de parte deja de existir por algún acontecimiento que jurídicamente tenga asignada tal eficacia. La desaparición de la pretensión lleva consigo o la eliminación del proceso en forma paralela.
> Si la pretensión queda satisfecha el proceso llega a su fin normal y concluye por sentencia. Si la pretensión procesal sin llegar a quedar satisfecha desaparece, por ejemplo por acto de disposición que la vuelve su objeto y revoca íntegramente, el proceso se extingue así mismo, tomando injustificada su ulterior continuación." (QUINTERO, Beatriz y Eugenio, PRIETO. Teoría General del Proceso. Tomo I. Edit. Temis. Santa Fe de Bogotá. Pág. 288.

En base a las circunstancias expresadas, y de acuerdo a la doctrina sistemáticamente reconocida por esta Corporación Judicial sobre las causas que producen el fenómeno jurídico denominado sustracción de materia, y en este caso, el artículo 16 del Decreto Ejecutivo No. 331 de 31 de octubre de 2017, al perder su vigencia desde el 30 de septiembre de 2019, la posición es que lo viable es declarar sustracción de materia.

Sin embargo, no se puede soslayar el hecho de que atendiendo que la ilegalidad también se dirige a la prohibición de que por el servicio prestado no pueda pagarse en efectivo lo cual al vencerse el tiempo de la **Vacatio**, regiría el efecto del artículo 3 del Decreto Ejecutivo No. 331 de 31 de octubre de 2017, a ello debemos reiterar lo manifestado con anterioridad, respecto al compromiso con el usuario del servicio de transporte, dado en este caso, por medio de plataformas electrónicas (TIC), debe atender la necesidad social, y con ello, que todo usuario pueda recibir con eficiencia el servicio, razón por la cual que el usuario en su condición de consumidor, tiene la libertad de elección, donde, y

114

cuando lo necesita y pagarlo electrónicamente y en efectivo, siempre que tenga la disponibilidad.

Sobre la base de lo expuesto, en esta motivación se procede a declarar ilegal parcialmente el Decreto Ejecutivo No. 331 de 31 de octubre de 2017, en el sentido de que son ilegales las frases "**siempre y cuando lo solicite y pague de manera electrónica**" y **"Este servicio podrá prestarse en las provincias de Panamá, Panamá Oeste, Colón y Coclé",** de los artículos 3 y 6 respectivamente; son legales los artículos 1 y 2; y se produjo sustracción de materia en el artículo 16, de ahí, que señalamos lo siguiente:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Contencioso Administrativa, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **DECLARA:**

1. **NO SON NULOS POR ILEGALES** los artículos 1 y 2 del Decreto Ejecutivo No. 331 de 31 de octubre de 2017,
2. **SON ILEGALES las siguientes frases:**
   a. Del artículo 3 la frase **"siempre y cuando lo solicite y pague de manera electrónica"**
   b. Del artículo 6, la frase **"Este servicio podrá prestarse en las provincias de Panamá, Panamá Oeste, Colón y Coclé"**,
3. **ESTABLECE** que el artículo 3 señale en la frase que se declaró ilegal que "y **podrá ser pagado en efectivo**", y
4. **Que se ha producido Sustracción de materia en el artículo 16 del** Decreto Ejecutivo No. 331 de 31 de octubre de 2017.

NOTIFÍQUESE;

ABEL AUGUSTO ZAMORANO
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE PANAMÁ
ÓRGANO JUDICIAL
SALA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

CECILIO CEDALISE RIQUELME
MAGISTRADO

EFRÉN C. TELLO C.
MAGISTRADO
CON SALVAMENTO DE VOTO

KATIA ROSAS
SECRETARIA

Sala III de la Corte Suprema de Justicia

NOTIFIQUESE HOY 6 DE Enero DE 2020

A LAS 2:20 pm DE LA tarde

A Procurador de la Administración

Firma

Para notificar a los interesados de la resolución que antecede,

se ha fijado el Edicto No. 3264 en lugar visible de la

Secretaría a las 4:00 de la Tarde

de hoy 30 de Diciembre de 20 19

SECRETARIA

REPÚBLICA DE PANAMÁ
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
ÓRGANO JUDICIAL

Recibido en Secretaría el 30-12-19.

115

ENTRADA N° 908-17 **MAGDO. ABEL AUGUSTO ZAMORANO**

Demanda Contenciosa Administrativa de Nulidad, interpuesta por el licenciado Jaime Molina, actuando en nombre y representación de la **ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES LIBRES,** para que se declare nulo, por ilegal, el Decreto Ejecutivo N° 331 de 31 de octubre de 2017, emitido por el Ministerio de Gobierno.

SALVAMENTO DE VOTO

De la manera más respetuosa, manifiesto mi desacuerdo con la sentencia que declara nulas por ilegales, las frases de los artículos 3 y 6 del Decreto Ejecutivo N° 331 de 31 de octubre de 2017, "Que reglamenta el Servicio de Transporte de Lujo ofrecido a través de las tecnologías de la información y comunicaciones", e, instituye el pago en efectivo por este servicio.

Su regulación por parte del Órgano Ejecutivo, se origina en la Ley 14 de 26 de mayo de 1993, "Por la cual se regula el transporte público de pasajeros", mas no en la usurpación de funciones legislativas. Categóricamente, el contenido del texto objeto de demanda, se ciñe a la responsabilidad del Estado de normalizar el servicio de transporte de lujo TIC que se está ofreciendo en el país, y cuyo uso prolifera día tras día en la población panameña.

Destaco que la nulidad de la frase del artículo 3 del Decreto Ejecutivo No. 331 de 2017, contraría el derecho que suscita y cimienta el **transporte de lujo** "TIC". Así lo corrobora el texto del artículo 1 ibídem –cuya nulidad se niega en la presente sentencia, el cual define diáfanamente este transporte, en los términos siguientes:

> "Artículo 1. Se reglamenta el servicio de transporte de lujo ofrecido a través de tecnologías de la información y comunicaciones, en adelante **transporte de lujo TIC**, que consiste en el transporte terrestre, selectivo e individual, de pasajeros, con especificaciones de comodidad, itinerarios y tarifas especiales, **solicitado y pagado a través de las plataformas tecnológicas...**"

Del texto resaltado se evidencia que el pago electrónico resulta congruente con la forma de solicitar el servicio de transporte (Tecnología de la

116

Información y Comunicación), es decir, utilizando una plataforma tecnológica que sirve de conexión, enlace o vínculo entre los usuarios necesitados de un transporte de lujo TIC y las distintas prestatarias. Al respecto, el artículo 3 del Decreto 331 de 2017, nos dice:

> "Artículo 3. El **servicio de transporte de lujo TIC lo puede utilizar cualquier persona siempre y cuando lo solicite y pague exclusivamente de manera electrónica**".

Es de notar, que el pago electrónico, de un servicio solicitado a través de un celular o computador, compagina con la calificación de "transporte de lujo TIC", y, con la comodidad y seguridad que ofrece –entiéndase lujo; al facilitar su contratación vía electrónica desde la casa, oficina u otro lugar y, disminuir el riesgo de agresión y pérdida de la vida, por razón de un asalto. Sobre el particular, acotamos que el pago en efectivo –que se instituye en el artículo 3 a través de la parte resolutiva de esta sentencia, lleva implícito el tener que dar **cambio o vuelto por el cobro de la tarifa**. Esto último, colisiona o irrumpe con los factores tecnológicos y de confiabilidad inherentes a un transporte denominado de lujo TIC. En esta herramienta electrónica y su cónsona forma de pago, encontramos la esencia de la diferenciación entre ambos servicios de transporte selectivo –de lujo TIC y taxi. A manera de ejemplo acotamos, que si el conductor del transporte de lujo TIC no tiene para dar cambio a un pago en efectivo de veinte balboas (B/. 20.00) ante una tarifa de ocho balboas (B/. 8.00), se crea para el usuario, una incomodidad que dista del concepto lujo como tener que hacer una parada previa a su lugar de destino y bajarse (ya sea en un establecimiento comercial: estación de gasolina, tienda, etc.), para cambiar el billete que le permitirá cancelar la tarifa de transporte convenida.

Hemos advertido que el pago mediante tarjeta –usando un celular o computador, es acorde con la tecnología que respalda este servicio de

117

transporte de lujo TIC (Cfr. artículo 1 Decreto Ejecutivo No. 331 de 2017), y el derecho del usuario a transportarse libremente bajo condiciones más confortables y seguras. Sobre el particular, es trascendental indicar que la plataforma tecnológica de los distintos proveedores permiten tanto al usuario como a cualquier familiar del mismo, conocer quién es el conductor –mediante fotos y datos personales, e, incluso el recorrido del automóvil en que es transportado, desde que sale en búsqueda del usuario, subida de éste al vehículo y llegada al destino previamente fijado. Por tanto, ante la contratación de un servicio de transporte a través de una herramienta tecnológica aventajada (dispositivo móvil o computadora), deviene en intrínseco la exclusividad de pago por medio de mecanismos similares.

Respecto a la prórroga de cobro en efectivo, establecida mediante el artículo 16 (Transitorio), del Decreto No 331 de 2017, advertimos que luego de su extensión mediante Decreto No. 237 de 2018, perdió vigencia el 30 de septiembre de 2019; por lo que resulta procedente la sustracción de materia que se reconoce respecto al mismo. No obstante, recalco mi desacuerdo con la fijación del pago en efectivo por parte de este Tribunal, ya que el mismo deviene en incompatible con el servicio de transporte TIC y contraría lo dispuesto en el propio artículo 1 del Decreto 331 de 2017, que lo conceptúa.

Ahora bien, en cuanto a la cobertura del servicio de transporte de lujo TIC, hacia determinadas provincias, establecida a través del artículo 6 del Decreto 331 de 2017, advierto que tiene la finalidad dotar en forma paulatina a quienes habiten en el territorio nacional de dicho servicio basado en tecnología de la información y comunicación –mas no constituye un impedimento para su prestación en todo el país y acceso a quienes se transportan empleando medios tecnológicos. A contrario sensu, la entronización progresiva de este servicio mediante el artículo 6 del Decreto 331 de 2017 y, a través de futuras

118

modificaciones reglamentarias, fortalece el desarrollo del turismo en suelo patrio y da cabida a que el transporte selectivo, no de lujo, cree mejoras en su servicio, sin determinar al transporte de lujo TIC como una competencia abrupta. De esta forma, advertimos la existencia de un transporte terrestre selectivo que **carece** de una herramienta tecnológica para que se requiera y pague su servicio, así como de múltiples especificaciones en cuanto a comodidades, itinerarios y/o tarifas especiales en sus vehículos. Esta realidad –no de lujo- respalda el cobro en efectivo, quedando el usuario en libertad para elegir cuál servicio de transporte utiliza –entiéndase selectivo de lujo TIC o selectivo no de lujo.

En virtud de lo expresado, no comparto la nulidad de la frase: "siempre y cuando lo solicite y pague de manera electrónica", contenida en el artículo 3 y, aquélla que dispone el artículo 6: "Este servicio podrá prestarse en las provincias de Panamá, Panamá Oeste, Colón y Coclé", ambas del Decreto Ejecutivo No. 331 de 31 de octubre de 2017; ni el establecimiento del pago en efectivo para un transporte de lujo basado en tecnologías de la información y comunicación (TIC). Por tanto, salvo mi voto.

Fecha ut supra.

REPÚBLICA DE PANAMÁ
CENTRO DE JUSTICIA
SALA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
ÓRGANO JUDICIAL

EFRÉN C. TELLO C.
MAGISTRADO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA TERCERA
ES COPIA AUTÉNTICA DE SU ORIGINAL
Panamá, 11 de agosto de 2020
DESTINO: Gaceta Oficial de Panamá