



REPÚBLICA DE PANAMÁ
ÓRGANO JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
Panamá, quince (15) de enero de dos mil veintiuno (2021).

VISTOS:

El Licenciado Franklin Augusto Bell, actuando en nombre y representación de la Autoridad del Canal de Panamá, ha promovido ante esta Superioridad, Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción para que se declare nula, por ilegal, la Resolución AN N° 15702 de 30 de septiembre de 2019, y su acto confirmatorio, ambas dictadas por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos.

I. LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL.

El acto administrativo impugnado resolvió **"SANCIONAR** a la **AUTORIDAD DEL CANAL DE PANAMÁ**, por infringir el numeral 9 del artículo 139 de la Ley 6 del 3 de febrero de 1997, específicamente lo dispuesto en el artículo 87 de dicha excerta legal"; así como **"IMPONER** a la **AUTORIDAD DEL CANAL DE PANAMÁ**, una **AMONESTACIÓN**."

Al examinar la admisibilidad de la Demanda, se advierte que la Entidad recurrente, en memorial separado, ha formulado una solicitud especial que debe

ser atendida de manera previa, y que hace referencia a la medida cautelar de **Suspensión Provisional** del acto demandado, con base en el artículo 73 de la Ley 135 de 1943, motivo por el cual la misma debe ser revisada a fin de verificar si cumple con los requisitos establecidos en la Ley, y si se acreditaron los hechos alegados para fundamentar su petición, la cual debe ser plenamente motivada, con la finalidad de indicar los elementos de razonamiento que justifiquen la urgente necesidad de su adopción.

En ese sentido, se aprecia que la solicitud elevada a esta Sala por la parte demandante, sustenta las razones por la cual considera que la medida de Suspensión Provisional debe ser decretada, de la siguiente manera:

“HECHOS Y CONSIDERACIONES QUE FUNDAMENTAN LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN:

PRIMERO: Que la Resolución AN No. 15702-CS del 30 de septiembre de 2019, y de su acto confirmatorio, la Resolución AN No. 15778-CS del 6 de noviembre de 2019 pretenden sancionar ilegalmente a Autoridad del Canal de Panamá (ACP) por motivo de supuestas infracciones a las normas del mercado de electricidad. La sanción consiste en una amonestación pública a la ACP y ella lleva implícita la obligación de pago por parte de ACP de aquellos aportes que la ASEP estima se adeudan retroactivamente al Fondo de Electrificación Rural.

SEGUNDO: Que, la Autoridad de los Servicios Públicos ha interpretado antojadiza y erróneamente el texto del artículo 87 de la Ley 6 de 3 de febrero de 1997, estimando que el aporte no realizado por la ACP trata de una tasa por servicio público con lo cual, el mismo se encuadra dentro de las excepciones establecidas por el artículo 43 de la Ley 19 de 11 de junio de 1997.

TERCERO: No obstante, es claro que la Ley Orgánica del Canal de Panamá está basada sobre el principio de autonomía de derecho público, con el cual el legislador buscó mantener la operación del Canal de Panamá alejada de los vaivenes políticos. En virtud de lo anterior, el sentido literal de la norma indica textualmente que la ACP está exenta del pago de todo tributo, impuesto, derecho, tasa, cargo o contribución, de carácter nacional o municipal.

...

QUINTO: Si se mantienen los efectos jurídicos de la Resolución AN No. 15702.CS del 30 de septiembre del 2019, y de su acto confirmatorio, la Resolución AN No. 15778-CS del 6 de noviembre de 2019, se abre el compás para que, autoridades gubernamentales establezcan futuros actos administrativos que condicionen económicamente al Canal de Panamá con pago de aportes y/o contribuciones que por muy loables que fueran puedan ser sus fines sociales, no son la naturaleza que el legislador sabiamente concibió al momento de regular el principal activo de la Nación Panameña.

SEXTO: Adicional al efecto jurídico existe la afectación financiera que puede representar al Canal de Panamá, pues el monto que la OER (sic, ASEP) pretende obtener de la ACP, supera la suma de siete millones de balboas (\$7,000,000.00) que no han sido contemplados en el presupuesto del Canal de Panamá y su desembolso pudiera causar un desbalance que afecte incluso el presupuesto destinado para operación del Canal que conforme a la Constitución debe brindar un servicio ininterrumpido. De tener que efectuar el desembolso, la ACP se vería en la necesidad de descontarlo de los excedentes que entrega a la Nación, del cual se compone gran parte del Presupuesto del Estado que también se vería comprometido por la misma razón."

II. DECISIÓN DE LA SALA TERCERA.

Sobre la naturaleza de la Medida Cautelar de Suspensión Provisional del Acto Administrativo.

Previo a las consideraciones propias de la solicitud presentada, esta Sala estima oportuno exponer algunas acotaciones que a nivel jurisprudencial y doctrinal se han vertido sobre la figura de la Suspensión Provisional del Acto Administrativo, de manera que ello nos coloque en un contexto que nos permita evaluar de manera objetiva la viabilidad o no de la petición interpuesta.

Desde esa óptica, partimos señalando que, conforme a lo previsto en el artículo 73 de la Ley 135 de 1943¹ y la línea jurisprudencial sistemática de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, dicha medida cautelar responde a una potestad discrecional que se le reconoce a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia para suspender los efectos del acto administrativo impugnado si, en su opinión, ello es necesario para evitar un perjuicio grave e inminente.

Sobre el particular, el autor García De Enterría² considera la Suspensión Provisional como: *"...una medida de carácter provisional y cautelar, llamada a asegurar la integridad del objeto litigioso (suspensión en vía de recurso) o a garantizar la imposición del criterio del ente u órgano superior que ostente la*

¹ Cuyo contenido es el siguiente: "El Tribunal de lo Contencioso Administrativo en pleno puede suspender los efectos de un acto, resolución o disposición, si a su juicio, ello es necesario para evitar un perjuicio notoriamente grave".

² Citado por Jorge Fábrega P., Medidas Cautelares, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Colombia, 1998, Pág. 347.

tutela o el control sobre el autor del acto (suspensión como medida de tutela o control) en tanto se produce una decisión definitiva sobre la validez del mismo”.

En relación con los requisitos que deben concurrir para que la Suspensión Provisional del acto sea decretada, el administrativista argentino Roberto Dromi³ ha sostenido que “...las partes podrán solicitar la suspensión de ejecución de un acto administrativo siempre que se cumplieran los recaudos previstos en la normativa: 1) derecho verosímil, 2) posibilidad de sufrir un perjuicio inminente y que la medida solicitada no afecte el interés público...Procede la suspensión cuando la disposición a prima facie es nula o puede producir un daño grave si aparece como anulable.”

Sobre este último punto, la jurisprudencia de este Tribunal ha coincidido al referirse a dos (2) exigencias imprescindibles para que tal suspensión tenga lugar, a saber:

1. La apariencia del buen derecho, también conocida como “*fumus boni iuris*”, que converge cuando del acto administrativo impugnado se vislumbra una violación clara y manifiesta o notoria al ordenamiento jurídico, es decir, ante la existencia de un derecho o una situación jurídica que requiera de una protección jurisdiccional; y,
2. El perjuicio notoriamente grave, también conocido como “*periculum in mora*”, que alude al temor fundado que el derecho reclamado pueda sufrir un perjuicio inminente e irreparable, en otras palabras, no es más que el daño grave e irreversible que puede derivarse por el transcurso del tiempo que toma en surtirse el proceso, que se puede ocasionar, producto de la ejecución de la actuación.

Sobre la viabilidad de la Suspensión Provisional, esta Sala ha mantenido el criterio objetivo, dirigido a que se ordene la misma cuando es evidente el daño y peligro. Tal afirmación puede ser corroborada de la atenta lectura, entre otras,

³ DROMI. Roberto. Derecho Administrativo. 12ª. Edición, Hispana Libros. Buenos Aires. 2009 P. 1216

de la resolución de 14 de abril de 2015, misma que a su vez cita el extracto de la resolución de 12 de mayo de 2012, en lo siguiente:

"...para poder acceder a la medida de suspensión provisional de los efectos de la resolución demandada, se ha de cumplir con dos presupuestos indispensables, comprendidos por el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*.

El *fumus boni iuris*, o apariencia de un buen derecho, conlleva a que prima facie la demanda esté debidamente fundada, revestida de credibilidad y que el acto cuestionado se encuentre teñido de ilegalidad manifiesta.

Siendo que la ilegalidad que conduce a la suspensión, es la ilegalidad palmaria o manifiesta, es decir, la que surge en forma evidente del propio acto.

En cuanto al *periculum in mora*, o peligro en la demora, se traduce en que el acto impugnado de no ser suspendido pueda acarrear un daño grave, considerable y no fácilmente reparable.

En la tutela cautelar administrativa el Tribunal Contencioso Administrativo debe valorar no sólo la situación particular del afectado, sino también el interés público."

Este Tribunal, a través de su jurisprudencia, también ha señalado que en la Tutela Cautelar Administrativa el Tribunal Contencioso Administrativo debe valorar no sólo la situación particular del afectado, sino también el interés público, por tanto, previo a decretar la medida cautelar de Suspensión Provisional, es su obligación una minuciosa ponderación sobre los efectos adversos que el acto administrativo puede ocasionar en perjuicio del interés público. En torno al examen de intereses que debe efectuarse al ejercitar la Tutela Cautelar en sede administrativa, Carmen Chinchilla Marín, ha expresado lo siguiente:

"Todavía en el plano de la comprobación por el Juez del *periculum in mora*, la tutela cautelar administrativa presenta una peculiaridad muy importante consistente en que **debe valorarse siempre el interés público que el acto administrativo de que se trate ponga en juego**. Es decir, que la apreciación del daño irreparable debe **hacerse en presencia de la apreciación del posible daño que para los intereses generales pueda derivarse de la adopción de una medida cautelar**. En una palabra, la irreparabilidad del daño para el recurrente ha de ser comparada y ponderada con la irreparabilidad del daño para el interés general." (El resaltado es nuestro).

Así mismo, tenemos que la Resolución de 22 de junio de 2018, proferida por esta Sala reafirma estos razonamientos, al indicar en su parte medular lo siguiente:

“...se desprende que la medida cautelar tiene como finalidad garantizar que entre el tiempo de presentación de la demanda y de dicte la sentencia final no se produzcan perjuicios notoriamente grave, asegurando así que la sentencia tenga efectividad o utilidad, así mismo; **que en la cautelar administrativa tiene la peculiaridad de que se valore o pondere el interés general.**”

En ese contexto, tenemos que la Medida Cautelar de Suspensión Provisional del Acto Administrativo tiene como propósito evitar que el demandante o el ordenamiento jurídico sufran perjuicios graves o de difícil o imposible reparación; no obstante, se busca también preservar la existencia del acto impugnado, de manera que, posteriormente, pueda recaer una decisión que resuelva la pretensión planteada en la Demanda y que la misma no carezca de efectividad y utilidad. De igual manera, se evidencia **que en la medida cautelar administrativa debe necesariamente valorarse o ponderarse el interés general.**

Así las cosas, resulta oportuno señalar que el ejercicio de la discrecionalidad que contempla el artículo 73 de la Ley 135 de 1943, lleva implícito, como un deber para la Sala, ponderar si frente a lo solicitado existe preliminarmente, una afectación de un interés público tutelado, realizando así las debidas consideraciones.

Lo puntualizado, pone de manifiesto que para poder acceder a la medida cautelar de la Suspensión del Acto Administrativo, es necesario, además de la debida motivación de la solicitud, que queden plenamente evidenciados todos aquellos elementos probatorios y/o pruebas constituidas que permitan a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia corroborar el grado de afectación que podría generar la emisión del acto administrativo impugnado. En este sentido, el criterio que ha sostenido este Tribunal es que, quien formalice una Solicitud de

Suspensión Provisional del Acto Administrativo que demande, **tiene** que acompañarla de prueba o pruebas **que acrediten graves perjuicios**.

Habiendo señalado lo anterior, corresponde ahora el estudio de la procebilidad de la solicitud formulada.

Sobre el fondo de lo solicitado

Bajo este marco de ideas, luego de la debida revisión preliminar se aprecia que la solicitud incoada por el actor se fundamenta en dos aspectos, a saber:

- 1) Considera que la Resolución AN No. 15702-CS del 30 de septiembre de 2019, y su acto confirmatorio, contenido en la Resolución AN No. 15778-CS de 6 de septiembre de 2019, fueron emitidas interpretando erróneamente que el Fondo de Electrificación Rural constituye una Tasa por Servicio Público, y por ende, se encuentra dentro de las excepciones contempladas en el artículo 43 de la Ley 19 de 11 de junio de 1997; no obstante, dicha tasa se erige como un aporte de aquellos que por mandamiento Legal y Constitucional exceptúan a la Autoridad del Canal de Panamá; y,
- 2) Estima la existencia de graves perjuicios derivados del acto impugnado, pues, sanciona a dicha Entidad por no haber efectuado el pago de una tasa que conllevaría una afectación pecuniaria en contra del Presupuesto General del Estado, debido a que su desembolso se debería descontar de los excedentes que entrega la Autoridad del Canal de Panamá a Nación.

A. "Fumus boni iuris"

Sobre la Posible contravención al contenido del artículo 43 de la Ley 19 de 11 de junio de 1997.

Al realizar el estudio preliminar de los argumentos invocados por el solicitante en la primera causal, este Despacho arriba a la conclusión que, a prima facie, se podría asumir que existen méritos para acceder a la solicitud formulada.

En este sentido, resulta pertinente citar el artículo 43 de la Ley 19 de 11 de junio de 1997:

“Artículo 43. La Autoridad está exenta del pago de todo tipo de tributo, impuesto, derecho, tasa, cargo o contribución de carácter nacional o municipal, con excepción de las cuotas de seguridad social, seguro educativo, riesgos profesionales, tasas por servicios públicos y lo que dispone el artículo 39 de esta Ley.”

Por su parte, el artículo 39, recién aludido, indica lo citado a continuación:

“Artículo 39. La Autoridad pagará anualmente al tesoro nacional derechos por tonelada neta, o su equivalente, cobrados a las naves sujetas al pago de peajes que transiten por el canal. Estos derechos, así como los otros que le corresponda pagar, serán fijados por la Autoridad y no serán inferiores a los que debe percibir la República de Panamá por iguales conceptos al 31 de diciembre de 1999.”

Tal como se desprende del contenido del bloque normativo invocado, se establece de manera expresa que la Autoridad del Canal de Panamá se encuentra exceptuada del pago de impuestos, derechos, tasas, cargos o contribución, sean estos de carácter nacional o municipal, salvo lo concerniente a las cuotas de Seguridad Social, Seguro Educativo, Riesgos Profesionales, Tasas por Servicios Públicos y el impuesto que trata el artículo 39, también citado.

En este orden de ideas, consideramos oportuno referirnos al contenido del artículo 87 de la Ley 6 del 3 de febrero de 1997, a través del cual se crea el Fondo de Electrificación Rural (conforme se encontraba vigente al momento que se dio la situación de hecho que precedió la interposición de la presente Demanda), que a su letra dice:

“Artículo 87: Fondo de Electrificación. Se crea el Fondo de Electrificación Rural, que será administrado por la Oficina de Electrificación Rural y estará constituido, además de las asignaciones anuales en el Presupuesto General del Estado, por el aporte anual de cada uno de los

agentes del mercado de energía eléctrica, que no excederá el uno por ciento (1%) del ingreso bruto anual por las ventas de energía, descontadas las compras en el mercado mayorista de electricidad. Este aporte será recaudado por la Oficina de Electrificación Rural en la fecha que esta establezca.

Se exceptúa del pago del aporte señalado en este artículo a los grandes clientes.

Las aportaciones al Fondo de Electrificación Rural por los agentes del mercado se harán por un período de cuatro años, contado desde el momento en que se dé inicio a la labor de recaudación por la Oficina de Electrificación Rural a dichos agentes.

La Oficina de Electrificación Rural dará prioridad a las áreas circundantes a las plantas de generación eléctrica." (El resaltado es nuestro).

De la atenta lectura del artículo en cuestión, podemos percatarnos que el Fondo de Electrificación consiste en un **aporte anual** a realizar por cada uno de los agentes del mercado de energía eléctrica.

Así las cosas, puede observarse que el aporte que trata el párrafo anterior difiere a las "Tasas por Servicios Públicos", por cuanto dicho aporte no se da como consecuencia directa de un Servicio Público brindado por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, entiendo como tal el ingreso monetario recibido por el Estado (a través de ente público o bajo el control y la regulación de éste), en pago de un servicio público especial y divisible que beneficia directamente a quien lo recibe, al mismo tiempo que beneficia a la sociedad en general.

Es decir, se trata de una recuperación total o parcial de los costos que genera la prestación de un servicio público; se autofinancia este servicio mediante una remuneración que se paga a la entidad administrativa que lo presta. Toda tasa implica una erogación al contribuyente decretada por el Estado por un motivo claro, que, para el caso, es el principio de razón suficiente: por la prestación de un servicio público específico, y es que el fin que persigue la tasa es la financiación del servicio público que se presta.

En este punto, resulta oportuno referirnos a la Sentencia C-272 de 2016 de 25 de mayo de 2016, proferida por la Corte Constitucional de la Republica de

Colombia, que abordó lo referente a la diferenciación habida entre las tasas y los impuestos, cuyo extracto traeremos a colación a fin de tener un mayor entendimiento de lo que hemos planteado en párrafos anteriores. La parte pertinente del aludido pronunciamiento es el citado a continuación:

“Las tasas son un tipo de tributo claramente diferenciado de los impuestos. La distinción esencial radica en que (los impuestos) no establecen una relación entre el pago y la recepción de una prestación o servicio a favor del obligado. **La tasa es la retribución o compensación por un servicio utilizado por el contribuyente, a su propia iniciativa.** La Corte ha conceptualizado las tasas en estos términos. Se consideran tasas aquellos gravámenes que cumplan las siguientes características: 1. La prestación económica necesariamente tiene que originarse en una imposición legal; 2. **La misma nace como recuperación total o parcial de los costos que le representan al Estado, directa o indirectamente, prestar una actividad, un bien o servicio público;** 3. **La retribución pagada por el contribuyente guarda relación directa con los beneficios derivados del bien o servicio ofrecido**”. (El resaltado y contenido entre paréntesis es nuestro)

En virtud de la naturaleza de este Fondo, pareciese, a prima facie, que la Autoridad del Canal de Panamá se encuentra exceptuada a realizar la aportación del denominado “Fondo de Electrificación”, en virtud que su Ley Orgánica estipula expresamente que tal entidad **se encuentra exenta del pago de impuestos, derechos, tasas, cargos o contribución, sean éstas de carácter nacional o municipal**, tal como hemos acotado anteriormente.

B. “Periculum in mora”

En cuanto a los perjuicios graves que podrían derivarse del acto administrativo acusado, debemos indicar que vislumbramos, principalmente, que en caso de hacerse efectivo el cobro pretendido por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, no sólo podrían verse perjudicadas las operaciones en el Canal de Panamá, con la consecuencia directa en el desmejoramiento de la buena imagen que internacionalmente se tiene de esta vía de navegación interoceánica, sino que la afectación podría además incidir en el Presupuesto Nacional del Estado, con la consecuente incidencia negativa que esto representaría.

Tomando en cuenta lo antes indicado, y luego de la cuidadosa revisión de las piezas procesales que componen el Expediente objeto de nuestra atención, somos de la opinión que la solicitud incoada por la Autoridad del Canal de Panamá pareciese encontrar sustento jurídico en las excertas a las que hemos hecho alusión, por ende, posee la característica de apariencia del buen derecho, motivo por el cual, para evitar un perjuicio notoriamente grave, corresponde a la Sala acceder a la petición de Medida Cautelar por ella interpuesta.

Finalmente, se hace necesario anotar que aunque este Tribunal estima, de manera preliminar, la concurrencia de elementos que en esta fase permiten acceder a la Suspensión Provisional solicitada, ésta no constituyen una opinión definitiva sobre la controversia, toda vez que las cuestiones jurídicas que forman parte de la misma, se dilucidarán oportunamente al decidir el fondo del Proceso, razón por la cual debe quedar claro que lo aquí expresado no puede considerarse como un adelanto de tal decisión.

En consecuencia, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **ACCEDE** la solicitud de **Suspensión Provisional** solicitada por el Licenciado Franklin Augusto Bell, actuando en nombre y representación de la Autoridad del Canal de Panamá, dentro de la Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción para que se declare nula, por ilegal, la Resolución AN N° 15702 de 30 de septiembre de 2019, y su acto confirmatorio, ambas dictadas por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos.

NOTIFÍQUESE;


CARLOS ALBERTO VÁSQUEZ REYES
MAGISTRADO


CECILIO CEDALISE RIQUELME
MAGISTRADO


EFRÉN C. TELLO C.
MAGISTRADO


KATIA ROSAS
SECRETARIA

Sala III de la Corte Suprema de Justicia

NOTIFIQUESE HOY 23 DE febrero DE 2021

A LAS 8:12 DE LA mañana

A Procurador de la Administración


Firma

Recibido en Secretaría el 17-2-2021.

