

34094-2020

DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE PLENA JURISDICCIÓN, INTERPUESTA POR EL LICENCIADO JORGE FEDERICO LEE, ACTUANDO EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE **CONSORCIO FCC- CORREDOR DE LAS PLAYAS I (CONFORMADO POR FCC CONSTRUCCIÓN, S.A. Y OPERADORA CICSA, S.A. DE C.V.),** PARA QUE SE DECLARE NULA, POR ILEGAL, LA RESOLUCIÓN N° 07 DE 4 DE SEPTIEMBRE DE 2019, EMITIDA POR LA ALCALDÍA DEL DISTRITO DE LA CHORRERA Y PARA QUE SE HAGAN OTRAS DECLARACIONES

MAGISTRADO PONENTE CARLOS VÁSQUEZ REYES



**REPÚBLICA DE PANAMÁ
ÓRGANO JUDICIAL**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.-

Panamá, quince (15) de octubre de dos mil veinte (2020).

VISTOS:

El Licenciado Jorge Federico Lee, actuando en nombre y representación de Consorcio FCC- Corredor de las Playas I (conformado por FCC Construcción, S.A. y Operadora Cicsa, S.A. de C.V.), ha promovido ante esta Superioridad, Demanda Contencioso-Administrativa de Plena Jurisdicción para que se declare nula, por ilegal, la Resolución N° 07 de 4 de septiembre de 2019, y su acto confirmatorio, distinguido como la Resolución de 16 de diciembre de 2019, ambas dictadas por la Alcaldía del distrito de La Chorrera.

I. LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL.

El acto administrativo impugnado resolvió sancionar al Consorcio Corredor de Playas, con la suma de diez mil balboas (B/.10,000.00), por iniciar, sin contar con el permiso respectivo, los trabajos del Proyecto denominado “Ampliación a Seis (6) Carriles- Corredor de Las Playas, Tramo I: La Chorrera-Santa Cruz, Distrito de La Chorrera, Provincia de Panamá Oeste”; así como suspender todos los trabajos que tengan que ver con dicho proyecto.

Al examinar la admisibilidad de la Demanda, se advierte que el Consorcio recurrente, en la parte final de su memorial, 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:

“(…)

Conforme a lo previsto en el artículo 73 de la Ley No. 135 de 1943, pido que se disponga la suspensión provisional de los efectos de la Resolución No. 07 de 4 de septiembre de 2019 emitida por el alcalde del distrito de La Chorrera, para evitar que se irroge un perjuicio notoriamente grave al el (sic) Consorcio Corredor de Playas, así como para el Estado y para la sociedad panameña. A falta de dicha suspensión, se corre el riesgo de un triple ***periculum in mora***, a saber:

- a. En cuanto al Consorcio Corredor de Playas, el perjuicio que supondría el pago de la suma de diez mil balboas (B/.10,000.00), sin haber sido siquiera oída previamente.
- b. En cuanto al Estado panameño, el perjuicio consiste en que la suspensión de todos los trabajos relacionados con el proyecto ‘AMPLIACIÓN A SEIS (6) CARRILES – CORREDOR DE LAS PLAYAS (TRAMO I: CHORRERA-SANTA CRUZ), PROVINCIA DE PANAMÁ OESTE’ provocará que la ejecución de una obra crucial para el desarrollo económico del país se demore indefinidamente y no pueda concluirse a tiempo.
- c. En cuanto a la sociedad panameña, el perjuicio tiene dos vertientes: Primero, la pérdida de los puestos de empleo directos e indirectos asociados a la ejecución de la obra, principalmente de trabajadores residentes el (sic) propio distrito de La Chorrera. En segundo lugar, la prolongación indefinida de agobio y la mala calidad de vida que sufren las decenas de miles de trabajadores y personas en general que diariamente viajan desde la provincia de Panamá Oeste hacia la ciudad de Panamá

y viceversa, al tener que seguir empleando un tiempo considerable en tránsito y transportándose en una vía congestionada por completo y además sumamente deteriorada, hecho que tiene carácter notorio, por no poder completarse la ampliación de la carretera interamericana a seis carriles en tiempo oportuno.”

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 Enterría 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 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”*. (citado por Jorge Fábrega P., Medidas Cautelares, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Colombia, 1998, Pág. 347).

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"*

En relación con los requisitos que deben concurrir para que la Suspensión Provisional del acto sea decretada, el administrativista argentino Roberto Dromi 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.*” (DROMI. Roberto. Derecho Administrativo. 12ª. Edición, Hispana Libros. Buenos Aires. 2009 P. 1216).

Sobre este último punto, la jurisprudencia de este Tribunal ha coincidido al referirse a dos 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

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, 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 a la ponderación 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 emisión de la Resolución N° 07 de 4 de septiembre de 2019, impugnada, a través de la cual se le impuso una multa, se realizó sin que le fuera permitido ser oída previamente.
- 2) Estima la existencia de graves perjuicios derivados del acto impugnado, pues, éste sufre una afectación económica por el valor de la multa impuesta; en lo concerniente al Estado Panameño, el daño se ve reflejado en la suspensión indefinida de una obra crucial para el desarrollo económico del país, y; sobre a la sociedad, las afectaciones inciden directamente en el menoscabo en su calidad de vida.

A. “*Fumus boni iuris*”

Sobre la Posible violación a la Garantía del Debido Proceso.

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 probablemente haya existido una prescindencia de trámites esenciales que debían seguirse previo a la emisión de la multa, que podrían derivar en una violación al debido proceso.

Señalamos lo anterior, debido a que al confrontar los textos legales y argumentos de violación con las actuaciones de las autoridades municipales, realizando la revisión de la copia autenticada del expediente administrativo aportado como prueba con la demanda, se aprecia que se decidió la imposición de una multa a la recurrente, sin que se pueda advertir hasta ahora, que a ella le

haya antecedido el procedimiento establecido en el artículo 22 del Decreto Ejecutivo No. 23 de 2007, “Por el cual se reglamenta la Ley 6 de 1 de febrero de 2006 que Reglamenta el Ordenamiento Territorial para el Desarrollo Urbano y dicta otras disposiciones”.

En este sentido, tenemos que el precitado artículo 22, contempla el trámite a seguir para la suspensión de una obra y la interposición de una multa; no obstante, este Despacho no observa, en este análisis preliminar, que se haya realizado la Audiencia Oral contenida en el numeral 3 de dicho cuerpo normativo, la cual le hubiese dado la oportunidad al Consorcio demandante de poder ser oído en el proceso y presentar sus descargos, situación que, reiteramos, podría, a primera vista, constituir en una violación a la Garantía del Debido Proceso Legal.

Sobre la posible violación al Ordenamiento Jurídico Superior.

Sin perjuicio de lo anterior, pareciese que en el presente caso se podría generar una infracción al Ordenamiento Jurídico Superior, de acuerdo a lo expuesto en líneas siguientes.

Las constancias procesales revelan que el Consorcio FCC- Corredor de las Playas I, conformado por FCC CONSTRUCCIÓN, S.A. y OPERADORA CICSA, S.A. DE C.V., se sometieron a un proceso de Licitación que finalmente concluyó con la suscripción del Contrato No.AL-1-85-17 de fecha 22 de marzo de 2018, a través del cual se establece la ejecución del proyecto denominado “AMPLIACIÓN A SEIS (6) CARRILES – CORREDOR DE LAS PLAYAS (TRAMO 1: CHORRERA – SANTA CRUZ)”.

En este orden de ideas, debemos referirnos al contenido del artículo 245 de la Constitución Política, que a su letra dice:

“Artículo 245. Son municipales los impuestos que no tengan incidencia fuera del Distrito, pero la Ley podrá establecer excepciones para que determinados impuestos sean municipales a pesar de tener esa incidencia. Partiendo de esa base, la Ley establecerá con la debida separación las rentas y gastos nacionales y los municipales.”

De una atenta lectura del artículo invocado, se desprende que, como norma general, las obras que tienen carácter Nacional no pueden ser gravadas con impuestos municipales; sin embargo, la norma constitucional impone una excepción, derivando en la Ley la potestad de determinar que los mismos puedan ser municipales, a pesar de tener esa incidencia extradistrital, lo que conlleva la posibilidad que exista la extra municipalidad impositiva, siempre y cuando, tales tributos sean expresamente determinados por Ley.

Lo anterior significa que sólo pueden los Municipios fijar y cobrar impuestos con incidencia extradistrital cuando estos se encuentren debidamente contemplados, de manera expresa, en una disposición con rango Legal.

En este sentido, al realizar el debido análisis del proyecto licitado (Ampliación del tramo 1 del “Corredor de Las Playas”), podemos percatarnos que el mismo trata sobre la construcción de una carretera vial que deberá ejecutarse en regiones comprendidas en los distritos de La Chorrera, Capira y San Carlos.

De igual manera, el pliego de cargos de la Licitación que motivó la suscripción del contrato antes descrito, revela que la obra posee un impacto Nacional, tal como puede apreciarse en su apartado denominado “2. *OBJETO DESCRIPCIÓN DEL PROYECTO*”, que dispone lo citado a continuación:

“El Gobierno Nacional de Panamá, a través del Ministerio de Obras Públicas, está desarrollando los proyectos de ampliación de la red vial de alta capacidad entre la Chorrera y San Carlos, que son necesarias para absorber el aumento de la demanda de transporte terrestre que se está produciendo debido, principalmente, al desarrollo de comunidades del sector costal del pacífico.

Estos proyectos tienen como objetivo ampliar la red vial de alta capacidad de la Carretera Panamericana, en su tramo La Chorrera – San Carlos, para adecuarlos a la demanda presente y futura, mejorar la permeabilidad y la circulación entre las poblaciones en el lado del Pacífico, y mejorar las actuales condiciones de la red de infraestructuras con respecto a distancias y tiempos de trayecto, confort y seguridad para los usuarios.”

Ante este escenario, este Tribunal es del criterio que, inicialmente, pareciese que no puede el Municipio grabar impuestos por construcciones que alcancen la naturaleza de la obra que nos ocupa (máxime si se toma en cuenta que ésta posee un impacto extradistrital), debido a que no se advierte, hasta el momento, que haya una norma que lo faculte expresamente para el cobro de tal carga impositiva.

Para mayor alcance de lo planteado en este epígrafe, vale la pena traer a colación el contenido de la Resolución de 5 de febrero de 2018, proferida por esta Sala Tercera, mediante la cual se decreta la Medida Cautelar de Suspensión Provisional en un proceso muy similar al que hoy ocupa nuestra atención, en base a argumentos análogos a los expuestos en este punto, y cuyo tenor literal pasamos a reproducir:

“En cuanto a la violación al ordenamiento jurídico superior, a prima facie se puede asumir la presencia de esta causal. Como vemos, la Asociación Accidental Caminos de Darién, conformada por las empresas Constructora Urbana, S.A. y Toronto Global Holdings Corp., se sometieron a un proceso de licitación que finalmente concluyó con la suscripción del Contrato No. AL-1-29-15, a través del cual se establece llevar a cabo la ejecución del Proyecto "DISEÑO Y REHABILITACIÓN C.P.A. AGUA FRÍA- SANTA FE- YAVIZA, TRAMO: CANGLÓN-YAVIZA, PROVINCIA DE DARIÉN”.

Ahora bien, resulta ineludible tener en cuenta el artículo 245 de la Carta Fundamental, que sobre los impuestos municipales expresa que *‘Son municipales los impuestos que no tengan incidencia fuera del Distrito, pero la Ley podrá establecer excepciones para que determinados impuestos sean municipales a pesar de tener esa incidencia. Partiendo de esa base, la Ley establecerá con la debida separación las rentas y gastos nacionales y los municipales’*. En este caso, la Sala no observa que exista Ley que establezca el cobro de impuestos municipales y que alcance la naturaleza de la obra que nos ocupa.

Así las cosas, de manera preliminar lo que debe precisarse a fin de conocer si a *prima facie* se vulnera una norma de superior jerarquía, es si en efecto el Contrato suscrito entre la Asociación Accidental Caminos de Darién, conformada por las empresas Constructora Urbana, S.A. y Toronto Global Holdings Corp., y el Ministerio de Obras Públicas involucra o no efectos, o bien, alcanza obras cuyo desarrollo se extienden más allá

de los límites del distrito Municipal de Pinogana, en torno de lo cual se apoyó la Alcaldía de Pinogana de dicho distrito para gravar las tareas de diseño y construcción encomendadas a la empresa constructora.

Al realizar un análisis de la distribución político geográfico de las áreas que serán impactadas con el proyecto licitado, se puede advertir que el diseño y rehabilitación de la carretera Panamericana deberá ejecutarse en regiones comprendidas en tres (3) distritos 'AGUA FRÍA- SANTA FE- YAVIZA, TRAMO: CANGLÓN-YAVIZA, PROVINCIA DE DARIÉN'. Agua Fría pertenece al distrito de Chepigana, Yaviza es un corregimiento del distrito de Pinogana y se incluye el tramo de Santa Fe, distrito recientemente creado, todos ubicados en la provincia de Darién.

Por lo tanto, a simple vista se observa que la norma superior y fundamental se ve desconocida con la emisión del acto administrativo acusado, el cual decreta la imposición de una multa por el no pago del impuesto de construcción sobre una obra, que hasta el momento, parece que trasciende en más de un distrito municipal de la provincia de Darién."

B. "*Periculum in mora*"

En cuanto a los perjuicios graves que podrían derivarse del acto administrativo acusado, debemos indicar que vislumbramos, principalmente, las consecuencias que podrían derivarse del segundo punto de la parte resolutive del acto administrativo contenido en la Resolución N° 07 de 4 de septiembre de 2019, que ordena la suspensión de la obra carretera, que, como consta en el expediente administrativo, fue contratada con el Estado a través del Ministerio de Obras Públicas luego de cumplir con el trámite de Licitación Pública, puesto que, en caso de hacerse efectiva la suspensión decretada por la autoridad demandada, no sólo podría verse perjudicado el Consorcio recurrente, sino que la afectación incidiría en la gran población que está llamada a verse beneficiada con su construcción, aunado al perjuicio que ocasionaría al Estado en su misión constitucional de mejorar la calidad de vida de sus habitantes.

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, y es 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** la Resolución N° 07 de 4 de septiembre de 2019, emitida por la Alcaldía del distrito de La Chorrera.

NOTIFÍQUESE;

CARLOS ALBERTO VÁSQUEZ REYES
MAGISTRADO

CECILIO CEDALISE RIQUELME
MAGISTRADO

EFRÉN C. TELLO C.
MAGISTRADO

KATIA ROSAS
SECRETARIA