

39736-2020

DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE NULIDAD, INTERPUESTA POR EL LICENCIADO PATRICIO VILLARREAL, ACTUANDO EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, PARA QUE SE DECLARE NULA, POR ILEGAL, LA ORDEN VERBAL DE HACER (ORDEN DE ANULAR Y/O REPONER UN TÍTULO DE VALOR), IMPARTIDA POR LA ENTONCES DIRECTORA NACIONAL DE MÉTODOS Y SISTEMAS DE CONTABILIDAD DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, CONSISTENTE EN ANULAR EL CERTIFICADO DE PARTICIPACIÓN NEGOCIABLE (CERPAN) N°107678 DE 27 DE FEBRERO DE 2002, POR LA SUMA DE DIECISÉIS MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y DOS BALBOAS CON 58/100 (B/.16,682.58) Y REPONERLO, POR EL IDENTIFICADO CON EL NÚMERO 121260 DE 23 DE MAYO DE 2002, EMITIDOS A FAVOR DE JORGE KARIKA.

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS VÁSQUEZ REYES



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 Patricio Villarreal, actuando en nombre y representación de la Contraloría General de la República, ha promovido ante esta Superioridad, Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad, para que se declare nula, por ilegal, la Orden Verbal de Hacer (orden de anular y/o reponer un título de valor), impartida por la entonces Directora Nacional de Métodos y Sistemas de Contabilidad de la Contraloría General de la República, consistente en anular el Certificado de Participación Negociable (CERPAN) N°107678 de 27 de febrero de 2002, por la suma de Dieciséis Mil Seiscientos Ochenta y Dos Balboas con 58/100 (B/.16,682.58) y reponerlo, por el identificado con el número 121260 de 23 de mayo de 2002, emitidos a favor de **JORGE KARIKA**.

I. LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL.

El acto administrativo impugnado resolvió anular el Certificado de Participación Negociable (CERPAN) número 107678 de 27 de febrero de 2002, por la suma de Dieciséis Mil Seiscientos Ochenta y Dos Balboas con 58/100 (B/.16,682.58), y reponerlo, a su vez, por el identificado con el número 121260 de 23 de mayo de 2002, emitido a favor de **JORGE KARICA**, varón panameño, mayor de edad, portador de la cédula de identidad personal número 8-117-127.

Al examinar la admisibilidad de la Demanda, se advierte que la Entidad recurrente 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:

“SOLICITUD ESPECIAL

Solicitamos a los Honorables Magistrados de la **Sala Tercera (de lo Contencioso Administrativo) de la Corte Suprema de Justicia** que, con fundamento en lo que establece el artículo 73 de la **Ley 135 de 1943, SUSPENDAN PROVISIONALMENTE la orden de hacer (orden de reponer un título valor)** impartida impropia por la otrora **Directora de la Dirección Nacional de Métodos y Sistemas de Contabilidad de la Contraloría General de la República**, señora Berta Alicia Escala de Karica, consistente en **anular** el Certificado de Participación Negociable (CERPAN) identificado con el número **107678** de 27 de febrero de 2002 y **reponerlo**, a su vez, por el identificado con el número **121260** de 23 de mayo de 2002, siendo el beneficiario o titular de ambos certificados el señor Jorge Karica.

Esta petición la formulamos en razón de que concurren, en el presente caso, los elementos y requisitos que exige esta Augusta Sala para acceder a las solicitudes de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo. Ellos son: el *fumus bonis iuris* (aparición del buen derecho) y el *periculum in mora* (la existencia de un perjuicio notoriamente grave).

El *fumus boni iuris* está debidamente acreditado en este linelo, ya que la **orden de hacer (orden de anular y reponer un título valor)** impartida impropriamente por la otrora **Directora de la Dirección Nacional de Métodos y Sistemas de Contabilidad de la Contraloría General de la República**, señora Berta Alicia Escala de Karica, consistente en **anular** el Certificado de Participación Negociable (CERPAN) identificado con el número **107679** de 27 de febrero de 2002 y **reponerlo**, a su vez, por el identificado con el número **121260** de 23 de mayo de 2002, siendo el beneficiario o titular de ambos certificados el señor Jorge Karica, se da bajo la apariencia de una orden legítimamente¹ (sic) impartida.

En cuanto al *periculum in mora*, resulta claro que lo debatido en esta demanda es el ejercicio de control previo que tiene la **Contraloría General de la República**, el cual pretende proteger los intereses del Estado cuando detecta la posible práctica de actuaciones lesivas a los intereses de éste, así como prevenir una posible lesión patrimonial producida por una acción ejercida impropriamente por parte de una exfuncionaria, la cual sería difícil recuperar en caso que se permita tal afectación.”

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 1943² 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.

¹ La Sala considera que, en base a lo plasmado en la demanda, realmente quiso decirse “**no** se da bajo la apariencia de una orden ilegítimamente impartida”.

² 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*”.

Sobre el particular, el autor García De Enterría³ 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”.

En relación con los requisitos que deben concurrir para que la Suspensión Provisional del acto sea decretada, el administrativista argentino Roberto Dromi⁴ 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

³ Citado por Jorge Fábrega P., Medidas Cautelares, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Colombia, 1998, Pág. 347.

⁴ DROMI. Roberto. Derecho Administrativo. 12ª. Edición, Hispana Libros. Buenos Aires. 2009 P. 1216

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 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 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.**” (El resaltado es nuestro).

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 la Contraloría General de la República se fundamenta en dos aspectos, a saber:

- 1) Considera que el acto administrativo atacado (Orden de Hacer) no se da bajo la apariencia de una orden legítimamente impartida.
- 2) Estima que la Suspensión debe decretarse a objeto de evitar una posible lesión patrimonial que se produciría en contra del Estado como consecuencia del acto administrativo impugnado (Orden de Hacer), cuyo monto sería difícil de recuperar.

A. “*Fumus boni iuris*”

Sobre la Posible contravención al contenido del artículo 17 del Decreto Ejecutivo No. 138 de 5 de noviembre de 2001, que reglamenta la Ley 29 de 3 de julio de 2001, por la cual se Crea el Sistema de Ahorro y Capitalización de Pensiones de los Servidores Públicos (SIACAP), aplicable al momento en que fue dictada la Orden de Hacer.

Al realizar el estudio preliminar de los argumentos invocados por el actor, este Despacho estima que, a prima facie, se podría asumir que existen méritos para acceder a la solicitud formulada, toda vez que pareciese que probablemente existiese una contravención al contenido del artículo 17 del

Decreto Ejecutivo No. 138 de 5 de noviembre de 2001⁵, que reglamenta la Ley 29 de 3 de julio de 2001, por la cual se Crea el Sistema de Ahorro y Capitalización de Pensiones de los Servidores Públicos (SIACAP), como consecuencia de la orden de hacer dictada por la entonces Directora Nacional de Métodos y Sistemas de Contabilidad de la Contraloría General de la República.

En este sentido, resulta pertinente citar el contenido del aludido artículo 17 del Decreto Ejecutivo No. 138 de 5 de noviembre de 2001, que a su letra dice:

“Artículo 17. En caso de pérdida, destrucción, robo o hurto del CERPAN, el afiliado o tenedor en debido curso del mismo, según sea el caso, deberá notificarlo inmediatamente a la Contraloría General de la República e iniciar el proceso judicial respectivo para la anulación y reposición del CERPAN, según el trámite que se establece en el Código de Comercio. La Contraloría General de la República procederá a anular el CERPAN extraviado, robado o hurtado y a emitir uno nuevo contra la presentación de la respectiva sentencia judicial debidamente autenticada”

Tal como se aprecia, la normativa invocada dispone el procedimiento a seguir para la anulación y reposición de aquellos Certificados de Participación Negociable (CERPAN) en caso de pérdida, destrucción, robo o hurto. Así, vemos como trámites previos: 1) la notificación inmediata a la Contraloría General de la República; y, 2) la iniciación de un proceso Judicial respectivo para la anulación y reposición de dicho Certificado, según el trámite previsto en el Código de Comercio.

Ahora bien, al confrontar el contenido del artículo en cuestión con las constancias procesales que reposan en el expediente, se evidencia que en la entidad se procedió con la anulación del Certificado de Participación Negociable (CERPAN) número 107678 de 27 de febrero de 2002 y la reposición del certificado de la misma naturaleza, con número 121260 de 23 de mayo de 2002, ambos a nombre del señor **JORGE KARIKA**, sin que éste último haya acreditado la interposición y consecuente resolución de Proceso Judicial por tal

⁵ Norma aplicable al momento en que se profirió la Orden de Hacer impugnada.

hecho, conforme lo dispone el artículo 17 del Decreto Ejecutivo No. 138 de 5 de noviembre de 2001, antes citado.

Ante este escenario, este Tribunal arriba a la conclusión que, a prima facie, pareciese que se anuló el Certificado 107678 y se repuso por el 121260, prescindiendo del trámite previsto en el aludido artículo 17, como hemos acotado anteriormente.

B. “Periculum in mora”

En cuanto a los perjuicios graves que se derivarían del acto administrativo acusado, debemos indicar que vislumbramos, principalmente, que la negociabilidad del Certificado de Participación Negociable (CERPAN) número 121260 de 23 de mayo de 2002, podría conllevar, ante una eventual nulidad del mismo, una afectación económica en contra del Estado, en virtud que, tal como lo señala el accionante, dichos montos difícilmente serían recuperados por el Estado si el titular del Certificado llegara a percibirla..

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 Contraloría General de la República 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 Patricio Villarreal, actuando en nombre y representación de la Contraloría General de la República, dentro de la Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad para que se declare nula, por ilegal, la Orden Verbal de Hacer (orden de anular y/o reponer un título de valor), impartida por la entonces Directora Nacional de Métodos y Sistemas de Contabilidad de la Contraloría General de la República, consistente en anular el Certificado de Participación Negociable (CERPAN) número 107678 de 27 de febrero de 2002, por la suma de Dieciséis Mil Seiscientos Ochenta y Dos Balboas con 58/100 (B/.16,682.58) y reponerlo, por el identificado con el número 121260 de 23 de mayo de 2002, emitidos a favor de **JORGE KARIKA**.

NOTIFIQUESE,

CARLOS ALBERTO VÁSQUEZ REYES
MAGISTRADO

CECILIO CEDALISE RIQUELME
MAGISTRADO

EFRÉN C. TELLO C.
MAGISTRADO

KATIA ROSAS
SECRETARIA