

ENTRADA No. 383642020

DEMANDA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA DE NULIDAD INTERPUESTA POR EL DOCTOR ERNESTO CEDEÑO ACTUANDO EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE LA **SOCIEDAD INTERFAST PANAMA S.A.**, PARA QUE SE DECLARE NULO, POR ILEGAL, EL ARTÍCULO 51 DEL DECRETO EJECUTIVO NO. 151 DE 16 DE JUNIO DE 2020, EMITIDO POR EL MINISTERIO DE VIVIENDA Y ORDENAMIENTO TERRITORIAL (MIVIOT).

MAGISTRADO CARLOS ALBERTO VÁSQUEZ REYES



**REPÚBLICA DE PANAMÁ
ÓRGANO JUDICIAL**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Panamá, quince (15) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

I. VISTOS:

El Doctor Ernesto Cedeño, actuando en nombre y representación de la Sociedad **INTERFAST PANAMA S.A.**, ha presentado Demanda Contenciosa Administrativa de Nulidad, para que se declare nula, por ilegal, el artículo 51 del Decreto Ejecutivo No. 151 de 16 de junio de 2020, emitido por el Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial (MIVIOT).

La Sala se percata que la demandante solicita como medida preliminar, la Suspensión Provisional de los efectos del acto acusado.

La Medida Cautelar requerida por la parte actora se fundamenta medularmente bajo los siguientes criterios:

“Fumus Bonis Iuris

El instrumento impugnado sale a la vida jurídica flagelando disposiciones legales claras, debido a que hace viable que se hagan convenios con los operadores dominantes, para los servicios de telecomunicaciones con promotores de edificios, y juntas directivas y/o asambleas de dueños de propiedades horizontales para prestar de manera privilegiada en esos recintos tales servicios. **Están desconociendo el derecho fundamental de los usuarios de los servicios públicos de tener acceso a los servicios de telecomunicaciones y, sobre todo, de**

escoger, para tales efectos, al prestador de su preferencia, de manera igualitaria.

Las infraestructuras idóneas para las telecomunicaciones, **en derecho son consideradas comunes, y no exclusiva de un presunto propietario, así lo ha declarado la ASEP y la Sala Tercera en sus precedentes**, por lo tanto, no puede verse afectada la libre oferta, permitiendo beneficios para unos que se asocian, con un promotor, en detrimento de los otros competidores.

La ASEP ha venido sancionando a empresas para celebrar acuerdos que limitan el acceso de otros concesionarios a las instalaciones de propiedades horizontales, porque **las infraestructuras de telecomunicaciones en los PHs, son comunes. ...**

Por otro lado, posibilita lo impugnado la apropiación privada de bienes comunes, en prohibición de lo señalado por la ley de propiedad horizontal.

El artículo 16 numeral 4 de la Ley 31 del 2010, reza que son bienes comunes las áreas e instalaciones de servicios centrales, no obstante, el artículo demandado, permite la propiedad privada de la infraestructura en cuestión.

Con la norma en cuestión, **se le está autorizando al Promotor, a retener para su beneficio los ductos e infraestructura común de telecomunicaciones, a fin de ofrecer con privilegio, el servicio a los usuarios del edificio, y limitar las opciones de operadores, como ya se ha visto en casos similares.**

Esto es así, por tal como y como indica el artículo censurado, para que otro operador pueda entrar, tendría que firmar un contrato y pagar por el supuesto uso de esa infraestructura, la cual, por ley, es una infraestructura común y esencial del PH, que pertenece a los propietarios.

Periculum in Mora

Si no se suspende el acto objetado por nosotros, **todos los abonados de mi Mandante en un PH** podrían quedar desconectados, ya que los operadores dominantes que se asociaron con un promotor, para establecer la infraestructura primaria en un edificio, exigirán pagos elevadísimos por la utilización de los ductos, que no se podrían solventar. No podrá seguir en algunos PHs, perdiendo toda su inversión erogada por años. **Esto ocasionaría irremediamente un daño irreparable a la empresa y el cierre posterior del establecimiento.**

No es viable que el Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial afecte tanto la prestación continua de un servicio público que debe proteger como parte del Estado, como la libre competencia entre concesionarios que debe garantizar, favoreciendo a los operadores dominantes injustificadamente, por virtud del artículo censurado.

Con la normativa bajo ataque, se posibilita que los operadores dominantes impidan a los usuarios acceder a los servicios de su preferencia con otros operadores, ya que podrán establecer precios onerosos para la utilización de la infraestructura. Esto podrá afectar el interés público.

Afirmamos que se le está autorizando al Promotor, a retener para su beneficio los ductos e infraestructura común de telecomunicaciones, a fin de ofrecer con privilegio el servicio a los usuarios del edificio, y limitar las opciones de operadores, como ya se ha visto en casos similares, sin la normativa cuestionada, inclusive. **Esto es así, porque tal y como indica el artículo objetado, para que otro operador pueda entrar, tendría que firmar un contrato y pagar por el supuesto uso de esa infraestructura, la cual, por ley, es una infraestructura común y esencial del PH, que pertenece a los propietarios.**" (Lo subrayado por la Sala)

I. DECISIÓN DE LA SALA TERCERA

Luego de planteada la solicitud requerida por la demandante, es necesario señalar que de acuerdo con el artículo 73 de la Ley 135 de 1943, modificada por la Ley 33 de 1946, el Tribunal Contencioso Administrativo está facultado para suspender los efectos de un acto, resolución o disposición, si a su juicio, ello es necesario para evitar un perjuicio notoriamente grave mientras dure el Proceso, que es la finalidad de la medida de suspensión.

Esta Corporación de Justicia, ha señalado reiteradamente que para las Acciones Contencioso Administrativas motiven causa de suspensión, se debe acreditar la apariencia de buen derecho (*fumus bonus iuris*), el cual se refiere a la necesidad de que la pretensión tenga apariencia razonable de fundamento legal, en adición a la presencia del daño grave e irreversible (*periculum in mora*), peligro en la tardanza de la resolución principal.

De igual manera, ha expresado para que dicha Medida Cautelar sea considerada procedente en las de Nulidad, también **es necesario acreditar principalmente la apariencia de buen derecho (*fumus bonus iuris*)**, como presupuesto fundamental, mismo que se refiere a la necesidad de que la pretensión tenga apariencia razonable de fundamento legal. Lo anterior, porque aun cuando del acto o resolución acusada puedan derivarse determinados perjuicios en detrimento del demandante, la Suspensión Provisional de sus

efectos es admisible sólo cuando el demandante demuestre la existencia de una infracción manifiesta de los preceptos que cita como violados.¹

La apariencia de buen derecho (*fumus bonis iuris*) se configura cuando el examen preliminar de la actuación administrativa atacada, se desprenden indicios de ilegalidad, sin que la Sala tenga que entrar en el estudio de fondo de la situación controvertida.²

Con relación al presupuesto del *periculum in mora* o peligro en la demora, es importante indicar que entre las razones que justifican la Suspensión Provisional del acto demandado bajo examen se encuentra la protección del ordenamiento legal y los intereses generales. Es decir, que la apreciación del daño irreparable debe hacerse en presencia del posible daño que para los intereses generales pueda derivarse de la adopción de una medida cautelar.³

De allí que, la Jurisprudencia ha sido reiterada en señalar que, para acceder a la Medida Cautelar, resulta insuficiente que el recurrente enuncie su solicitud y argumente la ocurrencia de un supuesto daño, siendo imprescindible que el mismo compruebe de forma incuestionable, los hechos que la motivan, suministrando los elementos de juicio que justifiquen la necesidad de adoptar, con urgencia, la medida solicitada.

Por consiguiente, la posición de este Tribunal ha sido inveterada en cuanto que, para conceder la Medida Cautelar de Suspensión Provisional del acto o la norma atacada, se deben atender dos presupuestos concretos que son: *periculum in mora* y *fumus boni iuris*, y que no basta con alegar los presupuestos, sino que también se debe presentar al menos prueba indiciaria de éste.

Ahora bien, en las Demandas de Nulidad, como es el caso que nos ocupa, igualmente, la Jurisprudencia de esta Sala ha señalado que la Medida de Suspensión procede si el acto acusado infringe palmariamente el Principio de

¹ Resolución de 31 de octubre de 2018

² Resolución de 1 de marzo de 2005

³ CHINCHILLA MARÍN, Carmen. "La Tutela Cautelar en la Nueva Justicia Administrativa" Madrid, España. 1991. Editorial Civitas, S.A. 1ra ed. Págs. 44, 46-47

Separación de Poderes; o si pudiera entrañar un perjuicio a la integridad del ordenamiento jurídico por violar, en forma manifiesta, normas de superior jerarquía.⁴

Siendo ello así, advertimos que la parte actora sustenta su solicitud de Suspensión Provisional en el hecho que la actuación de la Administración viola de forma manifiesta normas de superior jerarquía.

En ese sentido, observamos que el acto demandado recae en el artículo 51 del Decreto Ejecutivo No. 151 de 16 de junio de 2020, por el cual se reglamenta la Ley 31 de 18 de junio de 2010, que establece el Régimen de Propiedad Horizontal, que establece:

“Artículo 51. Siempre que se garantice el funcionamiento de los servicios básicos y de las áreas comunes, en el Reglamento de Copropiedad se podrán incorporar disposiciones relativas al suministro de servicios por parte del propietario inicial o terceros que cuenten con permisos de operación y/o licencias de explotación que les hayan sido otorgados por autoridades competentes, por contar éstos con la cualidad para la explotación de la actividad y para la prestación del servicio.

El operador ejercerá la actividad y brindará el servicio correspondiente a las unidades inmobiliarias, conforme a los términos dispuestos en la licencia y/o permiso de operación.

El suministro de estos servicios podrá implicar la propiedad de la infraestructura construida o pagada por los operadores. Dado el caso, deberá especificarse las servidumbres o limitaciones de dominio correspondientes.

Ello, sin perjuicio del derecho de los propietarios de contratar al proveedor de servicios de elección en estos casos dispondrán el uso de la infraestructura construida o pagada por el operador, en los términos que se establezcan.” (Lo subrayado es por la Sala)

Aunado que, el apoderado judicial de la parte actora sustenta el presupuesto de apariencia de buen derecho, en que las infraestructuras idóneas para las telecomunicaciones, en derecho son consideradas comunes, y no exclusiva de un presunto propietario, así lo ha declarado la ASEP y la Sala Tercera en sus precedentes, por lo tanto, no puede verse afectada la libre oferta,

⁴ Resolución de 27 de febrero de 2019

permitiendo beneficios para unos que se asocian, con un promotor, en detrimento de los otros competidores, de allí que, le advierte a la Sala que la norma impugnada, permite la propiedad privada contrario a lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 16 de la Ley 31 de 2010, que estipula que:

“Artículo 16. Son bienes comunes los siguientes:

...

4. Las áreas e instalaciones de servicios centrales, como electricidad, gas, agua fría y caliente, refrigeración, cisternas, tanques y bombas de agua y demás similares.”
(Lo subrayado es por la Sala)

Siendo ello así, este Tribunal, luego del examen preliminar de los argumentos que sirven de sustento a la solicitud de Suspensión Provisional requerida por la parte actora, concluye que no se evidencia de manera manifiesta la ilegalidad del acto, y en ello ha sido constante la Sala Tercera al señalar que para que proceda la Suspensión, **la violación a la Ley debe ser clara, manifiesta o notoria**, de allí que, nos encontramos ante una situación que requiere de un examen más pormenorizado de la legalidad del acto, la cual será analizada de manera detenida al momento de resolver el fondo de la Acción de Nulidad presentada, y no en esta etapa procesal.

De igual forma, se advierte que la demandante argumenta que la normativa impugnada ocasiona un peligro o *periculum in mora*, porque de no suspenderse generaría efectos a su mandante, **INTERFAST PANAMA S.A.**, toda vez que todos los abonados de la sociedad en un PH podrían quedar desconectados, ya que los operadores dominantes que se asociaron con un promotor, para establecer la infraestructura primaria en un edificio, exigirán pagos elevadísimos por la utilización de los ductos, que no se podrían solventar, lo cual le ocasionaría irremediablemente un daño irreparable a la empresa y el cierre posterior del establecimiento.

Ante tales alegaciones, considera este Tribunal que los intereses particulares que la actora señala, en los cuales fundamenta el cumplimiento del presupuesto del *periculum in mora*, para justificar la adopción de la Medida

Cautelar, no han logrado probar a prima facie que, como consecuencia de la ejecución del acto administrativo impugnado, se produzca una afectación al interés general, considerando que dichos intereses son los reclamables ante esta Corporación de Justicia, a través de las Acciones de Nulidad.

Cabe indicar en este punto que, como se señaló en párrafos precedentes, esta Corporación ha señalado que, para acceder a la medida cautelar de Suspensión Provisional, en este tipo de Acción, debe ser *a prima facie* ostensiblemente ilegal, como lo sostuvo en la **Resolución 4 de febrero de 2019**,

“....

El ejercicio de esta discrecionalidad, también impone como un deber para la Sala, **ponderar la existencia de afectación de intereses de terceros o derechos colectivos frente a lo solicitado, y, sobre todo, de un interés público tutelado, realizando así las debidas ponderaciones.**

...

En este sentido, la jurisprudencia ha sido reiterada en señalar que, **para acceder a la medida cautelar, resulta insuficiente que el recurrente enuncie su solicitud y argumente la ocurrencia de un supuesto daño, siendo imprescindible que el mismo compruebe de forma incuestionable, los hechos que la motivan, suministrando los elementos de juicio que justifiquen la necesidad de adoptar, con urgencia, la medida solicitada.**

Conforme a estos postulados, **se aprecia que el actor sustenta su solicitud en el perjuicio que podría ocasionar la demora del proceso**, al realizarse procesos de regularización migratoria de ciudadanos de la República Popular de China sin el cumplimiento de los requisitos que establece la Ley migratoria, además de que, a su juicio, violenta la separación de los poderes, pues las medidas dictadas debieron hacerse a través de Ley, por la Asamblea Nacional.

Al respecto, **este Tribunal Contencioso ha sostenido, inveteradamente, que la suspensión de los efectos del acto impugnado cuando se trata de demandas de nulidad procede en aquellos casos en que del acto acusado se evidencie, *prima facie*, de forma clara y manifiesta, violaciones ostensibles al ordenamiento jurídico en abstracto, lo que implica que la apariencia de buen derecho debe ser evidente y que exista una notoria probabilidad de que el acto administrativo demandado sea ilegal.**

...

En consecuencia, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de

la República y por autoridad de la Ley, **NIEGA LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL** del Decreto Ejecutivo N°183 de 28 de mayo de 2018, emitido por el Ministerio de Seguridad Pública, publicado en Gaceta Oficial No. 28536-C del 30 de mayo de 2018, dentro de la demanda contencioso administrativa de nulidad, para que se declare nulo, por ilegal, dicho acto administrativo, presentada por el licenciado Álvaro Antonio Hernández Zambrano, actuando en su propio nombre y representación.” (Lo subrayado es por la Sala)

Es por ello, que, al hacer el análisis de la medida solicitada, la Sala arriba a la conclusión de que no se han configurado los elementos para la adopción de la medida cautelar de suspensión de los efectos del acto demandado no sin antes señalar que la negativa en la suspensión provisional del acto administrativo, no constituye un adelanto de la decisión de esta Sala, toda vez que en el momento procesal correspondiente, se procederá a verificar el fondo de la situación planteada, para arribar a un dictamen final.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **NO ACCEDE A LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL** de los efectos del artículo 51 del Decreto Ejecutivo No. 151 de 16 de junio de 2020, impugnado por el Doctor Ernesto Cedeño, actuando en nombre y representación de la Sociedad **INTERFAST PANAMA S.A.**, dentro de la Demanda Contenciosa Administrativa de Nulidad.

Notifíquese;

CARLOS ALBERTO VÁSQUEZ REYES
MAGISTRADO

CECILIO CEDALISE RIQUELME
MAGISTRADO

EFRÉN C. TELLO C.
MAGISTRADO

KATIA ROSAS
SECRETARIA