REPÚBLICA DE PANAMÁ
GOBIERNO NACIONAL

GACETA OFICIAL DIGITAL

Año CXVIX **Panamá, R. de Panamá jueves 10 de septiembre de 2020** **N° 29110-A**

CONTENIDO

ASAMBLEA NACIONAL

Ley N° 163
(De jueves 10 de septiembre de 2020)

QUE ESTABLECE BENEFICIOS EN RECONOCIMIENTO A LOS HÉROES SOBREVIVIENTES Y FAMILIARES DE ESTOS Y DE LOS MÁRTIRES DE LA GESTA HEROICA DE ENERO DE 1964

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Fallo N° S/N
(De viernes 06 de marzo de 2020)

POR EL CUAL SE DECLARA QUE NO ES ILEGAL LA RESOLUCIÓN NO. 9-17 SGP DE 5 DE JULIO DE 2017, EMITIDA POR EL CONSEJO ADMINISTRATIVO DE LA UNIVERSIDAD DE PANAMÁ.

Fallo N° S/N
(De miércoles 11 de marzo de 2020)

POR EL CUAL SE DECLARA QUE SE HA PRODUCIDO EL FENÓMENO JURÍDICO DE COSA JUZGADA, DENTRO DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE NULIDAD, PROMOVIDO POR EL LICENCIADO PUBLIO RICARDO CORTÉS C., PARA QUE SE DECLARE NULA, POR ILEGAL, LA FRASE “(…) PERO SIN QUE ELLO GENERE DERECHO O DEVOLUCIÓN EN NINGÚN CASO”, LA CUAL SE ENCUENTRA CONTENIDA DENTRO DEL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 25 DEL DECRETO EJECUTIVO 84 DE 26 DE AGOSTO DE 2005, MODIFICADO POR EL ARTÍCULO 17 DEL DECRETO EJECUTIVO 91 DE 2010, QUE REGLAMENTA EL IMPUESTO A LA TRANSFERENCIA DE BIENES CORPORALES MUEBLES Y LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS (ITBMS), EMITIDO POR EL MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS.

Fallo N° S/N
(De martes 19 de mayo de 2020)

POR EL CUAL SE DECLARA QUE NO ES INCONSTITUCIONAL LA RESOLUCIÓN DE GABINETE NO. 41 DE TREINTA Y UNO (31) DE MARZO DE DOS MIL CATORCE (2014), DICTADA POR EL CONSEJO DE GABINETE.

LEY 163
De 10 de Septiembre de 2020

Que establece beneficios en reconocimiento a los héroes sobrevivientes y familiares de estos y de los mártires de la Gesta Heroica de enero de 1964

LA ASAMBLEA NACIONAL

DECRETA:

Artículo 1. Esta Ley tiene por objeto otorgar beneficios a los héroes sobrevivientes y sus familiares hasta el segundo grado de consanguinidad, así como a los familiares de los mártires de la Gesta Heroica de los días 9, 10, 11 y 12 de enero de 1964 hasta el segundo grado de consanguinidad.

Artículo 2. El Estado panameño otorgará un resarcimiento económico a través de una pensión vitalicia, atención médica inmediata, becas y otros.

El monto de la pensión vitalicia deberá permitir que los beneficiarios puedan vivir con decoro y bienestar, teniendo en consideración el alto costo de la vida, canasta básica, educación, salud, vivienda, agua, luz, vestuario, transporte y demás situaciones extremas impuestas.

Lo referente a las becas y su monto será determinado por la comisión establecida en la presente Ley y estas serán otorgadas para estudios de educación preescolar, premedia, media y universitaria.

Artículo 3. Se crea la comisión que evaluará y determinará los beneficiarios de esta Ley y llevará registros de estos.

La comisión estará integrada por:

1. El ministro de Educación o quien designe, que la presidirá y coordinará.
2. El ministro de Salud o quien designe.
3. El ministro de Desarrollo Social o quien designe.
4. Un representante de la Asociación Centinelas del Canal.
5. Tres miembros de los beneficiarios de esta Ley.

Artículo 4. La comisión deberá contar con una ventanilla única para que todo ciudadano que considere que tiene derecho a algún beneficio por su participación en los sucesos de los días 9, 10, 11 y 12 de enero de 1964 presente su testimonio personal, fotos, recortes de periódicos, testigos, certificados médicos, cédula de identidad personal, antecedentes personales y toda información activa en cualquier lugar de la República de Panamá en las históricas fechas citadas. De igual manera, deberá aportar las pruebas de su lucha permanente por la soberanía y para que el histórico suceso no sea olvidado. Las solicitudes de los posibles beneficiarios deberán ser presentadas por los interesados.

Artículo 5. El Estado debe velar por el estado de salud de los héroes y las heroínas de la Patria, por lo cual se expedirá un carné especial para los beneficiarios de esta Ley, a fin de que sean atendidos de manera expedita en hospitales y centros de salud del Estado.

Artículo 6. Los beneficiarios de la presente Ley que presten servicios en las dependencias del Gobierno Central, las entidades autónomas y semiautónomas, así como en los municipios, gozarán de estabilidad laboral y solo podrán ser destituidos por incumplimiento en el ejercicio de sus deberes referentes a los cargos que ocupen.

Artículo 7. El Órgano Ejecutivo asignará las partidas necesarias para la ejecución de la presente Ley en el año fiscal que corresponda.

Artículo 8. Esta Ley comenzará a regir desde su promulgación.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Proyecto 737 de 2019 aprobado en tercer debate en el Palacio Justo Arosemena, ciudad de Panamá, a los diez días del mes de abril del año dos mil diecinueve.

La Presidenta,

Yanibel Abrego S.

La Secretaria General Encargada,

Anelis Bernal C.

ÓRGANO LEGISLATIVO. SANCIONADO POR EL PRESIDENTE DE LA ASAMBLEA NACIONAL EN CUMPLIMIENTO DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 172 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Panamá, República de Panamá, 29 de enero de 2020.

El Presidente,

Marcos E. Castillero Barahona

El Secretario General,

Quibián T. Panay G.

128

REPÚBLICA DE PANAMÁ
ÓRGANO JUDICIAL
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA TERCERA DE LO CONTENCIOSO, ADMINISTRATIVO Y LABORAL

ENTRADA N°833-17 **MAGISTRADO LUIS RAMÓN FÁBREGA**

DEMANDA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA DE NULIDAD INTERPUESTA POR LA FIRMA BC & D ABOGADOS, ACTUANDO EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE DAYSI VALOY DE VON CHONG, PARA QUE SE DECLARE NULA POR ILEGAL LA RESOLUCIÓN N°9-17 SGP DE 5 DE JULIO DE 2017, EMITIDA POR EL CONSEJO ADMINISTRATIVO DE LA UNIVERSIDAD DE PANAMÁ, ASÍ COMO SU ACTO CONFIRMATORIO Y PARA QUE SE HAGAN OTRAS DECLARACIONES

Panamá, seis (6) de marzo de dos mil veinte (2020).

VISTOS:

La firma BC & D Abogados, actuando en nombre y representación de Daysi Valoy de Von Chong, ha interpuesto ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, la Demanda Contenciosa Administrativa de Nulidad, para que se declare nula por ilegal la Resolución N°9-17 SGP de 5 de julio de 2017, emitida por el Consejo Administrativo de la Universidad de Panamá.

La presente demanda fue admitida, por medio de la Resolución de 17 de enero de 2018 (f.69), se le envió copia de la misma al Presidente del Consejo Administrativo de la Universidad de Panamá, para que rindiera su informe explicativo de conducta y se le corrió traslado de la misma al Procurador de la Administración.

La pretensión y su fundamento

Dicha demanda solicita se declare nula por ilegal la Resolución N°9-17 SGP de 5 de julio de 2017, emitida por el Consejo Administrativo de la Universidad de Panamá.

Indica que la licenciada DAYSI VALOY DE VON CHONG, es enfermera de profesión con licencia N°5274, quien labora como enfermera básica, en la Clínica Universitaria en la Universidad de Panamá, desde el 16 de octubre del año 2007.

171

Ingreso a laborar en dicha institución como Enfermera Básica, Categoría III, el 16 de octubre del año 2007 y fue nombrada en una posición permanente en el año 2010, además conforme han pasado los años ahora ostenta la Categoría VI del Escalafón de Enfermeras. Según la Ley 1 de 1954, que reglamenta la Carrera de Enfermera, estos profesionales ejercerán en distintas instituciones del Estado, incluyendo las instituciones autónomas como la Universidad de Panamá, además otorga el derecho a la estabilidad en sus cargos, mientras que el Decreto de Gabinete 87 de 1972, señala que el personal de enfermería tendrá un Escalafón aplicable a aquellos que presten servicio en las distintas dependencias del Estado, incluyendo las entidades autónomas.

Mediante diferentes resoluciones administrativas y Acuerdos, el Ministerio de Salud, la Caja de Seguro Social y la Asociación Nacional de Enfermeras, entre otros han establecido y reconocido instrumentos en la escala salarial , aumentos de sueldo, bonificaciones, incentivos por evaluación satisfactoria de desempeño y otros beneficios laborales para los profesionales de la salud que laboren en las instituciones del Estado, lo que incluye al personal de enfermería, específicamente a nuestra representada, quien es Enfermera Básica a tiempo completo en la Clínica Universitaria de la Universidad de Panamá.

La Universidad de Panamá, mediante el Consejo Administrativo, ha emitido acuerdos y resoluciones a través de los cuales ha tomado decisiones de índole administrativa, en cumplimiento de las leyes de los profesionales de la salud, adoptando y aprobando el reconocimiento de algunos derechos de las enfermeras y demás personal de salud que labora en la Universidad de Panamá.

El Consejo Administrativo mediante Acuerdo adoptado en reunión N°18-01 de 18 de diciembre de 2001, punto 7, señaló: "Con relación al análisis jurídico de la situación laboral que los médicos odontólogos y enfermeras que laboran en las clínicas Universitarias de la Universidad de Panamá a tiempo completo, se acordó que los mismos tendrán derecho a la estabilidad laboral y remuneración mediante

130

escalafón. En atención al acuerdo descrito en el hecho anterior, se emitió a favor de funcionarios de la Universidad, entre ellos, los colaboradores de la Clínica Universitaria, la Resolución N°4-05 de 2 de marzo de 2005, en cuyos puntos 1 y 2 se acordó respectivamente, "Reconocer mediante resolución la categoría que le corresponde a cada funcionario a partir de enero 2005". Estas decisiones favorables al personal de la Clínica Universitaria se vieron materializados en el año 2007, con lo que se demuestra que la Universidad de Panamá ha emitido actos administrativos que reconocen los derechos a las enfermeras que laboran en la institución y, más aún, ha ejecutado dichas decisiones.

En reunión N°16-16 celebrada el 7 de septiembre de 2016, el Consejo Administrativo de la Universidad de Panamá, emitió un acuerdo en el que indicó que se aprobó que la Universidad de Panamá se acoge a la nueva escala salarial de los médicos, odontólogos y enfermeras adoptada según acuerdo entre el Ministerio de Salud, la Caja de Seguro Social y los gremios de profesionales de la salud. Los médicos, odontólogos y enfermeras, que laboran en la Universidad de Panamá a tiempo completo, se beneficiarán de lo dispuesto en la nueva escala salarial. El ajuste salarial se realizará en tres partes, la primera durante el 2016 y los dos restantes en los años 2017 y 2018. El primer pago correspondiente al presenta año se hará tomando como fecha inicial, la de aprobación del presente acuerdo. El pago de ese año se hará siempre y cuando haya la disponibilidad financiera para poder asumirlo.

El Acuerdo entre el Ministerio de Salud, la Caja de Seguro Social y los gremios de profesionales de la salud, al que se refiere el Consejo Administrativo en la Reunión 16-16, que hemos citado, es el Acuerdo S/N de 17 de septiembre de 2015, publicado en Gaceta Oficial Digital 27921 de 3 de diciembre de 2015 y su Adenda publicada en la gaceta oficial 27939 de 31 de diciembre de 2015, que constituye la más reciente modificación de la escala salarial de las enfermeras,

131

clasificadas por gremio entre ellos la Asociación Nacional de Enfermeras (ANEP), a la que pertenece nuestra representada; en dicho acuerdo y adenda se determinó conforme cada gremio de profesionales, los salarios ajustados, así como la explicación en cómo serían pagados los mismos, divididos en los años 2017, 2018 y 2019. El Consejo Administrativo de la Universidad de Panamá, en reunión N°13-17 de 5 de julio de 2017, aprobó en Acuerdo la Resolución 9-17 SGP, mediante la cual tomando como fundamento el Reglamento de Carrera del Servidor Público Administrativo de la Universidad de Panamá y el Manual Descriptivo de clases de puestos, resolvió ajustar gradualmente los salarios de los funcionarios de la salud de la clínica universitaria, específicamente a los médicos y enfermeras de la misma, de manera que sus emolumentos (salario) se aproximen a los salarios externos de estos profesionales. Igualmente derogó el Acuerdo N°16-16 de 7 de septiembre de 2016.

Disposiciones que se estiman infringidas

La parte actora considera que la resolución acusada infringe la norma siguiente:

1. El artículo1 del Decreto de Gabinete 87 de 16 de mayo de 1972 "Por el cual se crea el Escalafón para las enfermeras y practicantes y auxiliares de enfermería que prestan servicio en las distintas dependencias del Estado, en las instituciones Autónomas y Semiautónomas, municipales y de cualquier organismo oficial descentralizado, estableciendo nomenclatura de cargos, normas de ascenso y reconocimiento por los años de servicio, que es del tenor siguiente:

   "Artículo 1. El personal de enfermería, practicantes y auxiliares de enfermería de las distintas dependencias del Estado, instituciones autónomas, semiautónomas, municipales y demás organismos oficiales descentralizados, tales como Juntas o Patronatos, se regirá por un escalafón que se denominará el Escalafón de Enfermería."

   La Resolución N°9-17 SGP emitida por el Consejo Administrativo de la Universidad de Panamá, en reunión N°13-17 de 5 de julio de 2017, infringió de forma directa el artículo1 del Decreto de Gabinete 87 de 16 de mayo de

132

1972, que establece el Escalafón de Enfermería, para el personal de enfermería que labore en toda dependencia del Estado, en este caso en particular la Universidad de Panamá, que, aun siendo entidad autónoma, debe acatar las normas jurídicas de la República de Panamá.

El acto que acusamos de ilegal, resolvió ajustar gradualmente los salarios de los funcionarios de salud de la Clínica Universitaria, de manera que sus emolumentos se aproximen a los salarios externos de estos profesionales, asimismo, dispuso derogar el Acuerdo 16-16 de 7 de septiembre de 2016, cuyo punto 12 aprobó que la Universidad de Panamá, se acogería a la nueva escala salarial para Médicos Odontólogos y enfermeras que laboran a tiempo completo en la Universidad de Panamá, adoptada según Acuerdo entre el Ministerio de Salud, la Caja de Seguro Social y los gremios de profesionales de la salud.

La intención de la Universidad de Panamá de no reconocer el Escalafón de Enfermería, se corrobora al derogar el Acuerdo adoptado en Reunión 16-16, que reconocía pagar a los profesionales de la salud de la Clínica Universitaria, de acuerdo a la escala salarial establecida, mediante acuerdo entre el Ministerio de Salud, la Caja de Seguro Social y los gremios de profesionales de la salud.

2. El artículo 5 del Decreto de Gabinete 87 de 16 de mayo de 1972 "Por el cual se crea el Escalafón para las enfermeras y practicantes y auxiliares de enfermería que prestan servicio en las distintas dependencias del Estado, en las instituciones Autónomas y Semiautónomas, municipales y de cualquier organismo oficial descentralizado, estableciendo nomenclatura de cargos, normas de ascenso y reconocimiento por los años de servicio, que establece a tenor lo siguiente:

> "Artículo 5: Desde la fecha en que este Decreto entra en vigencia, ninguna enfermera ingresará a prestar servicio de enfermería sin percibir el salario

133

correspondiente al nivel y etapa en el cual ha sido nombrado."

La Resolución N°9-17 SGP emitida por el Consejo Administrativo de la Universidad de Panamá, en reunión N°13-17 de 5 de julio de 2017, infringió la norma antes citada, en el sentido que el acto acusado no solamente resolvió ajustar gradualmente, es decir, en un tiempo indeterminado, los salarios a los funcionarios de la Clínica Universitaria, sino que también decidió que la institución lo hará de manera que los emolumentos de esta como enfermera se aproximen a los salarios externos de los profesionales y dispuso derogar el Acuerdo 16-16 de 7 de septiembre de 2016, cuyo punto 12 aprobó que la Universidad de Panamá, se acogería a la nueva escala salarial para Médicos Odontólogos y enfermeras que laboran a tiempo completo en la Universidad de Panamá, adoptada según Acuerdo entre el Ministerio de Salud, la Caja de Seguro Social y los gremios de profesionales de la salud.

La Universidad de Panamá, está obligada a continuar reconociendo los salarios que de acuerdo al Escalafón de Enfermería, en algunas ocasiones le ha pagado a Daysi Valoy DE VON CHONG y no contradecir sus propios actos administrativos, con el acto administrativo demandado, en abierta violación al Decreto de Gabinete 87 de 1972, el cual es un instrumento con rango de ley que previamente ha conferido derechos al personal de enfermería en las distintas instituciones del Estado.

3. El artículo 1 de la Ley 1 de 1954 que Reglamenta la carrera de Enfermera y es del tenor siguiente:

> "**Artículo 1**: Se instituye la carrera de Enfermera. A quienes ejerzan estas funciones profesionales en distintas secciones del Estado, o en Instituciones oficiales autónomas y semiautónomas o municipales, pero dentro de las disposiciones de esta ley, se les reconoce el derecho a estabilidad, pension en caso de separación por enfermedad y jubilación.

134

La Resolución N°9-17 SGP emitida por el Consejo Administrativo de la Universidad de Panamá, en reunión N°13-17 de 5 de julio de 2017, infringió la norma antes citada, al disponer ajustar gradualmente los salarios del personal de la Clínica Universitaria. De manera que el emolumento se aproxime a los salarios externos de estos profesionales y derogar el Acuerdo N°16-16 de 2016, el cual en su punto 12 aprobó que la Universidad de Panamá, se acogería a la nueva escala salarial para Médicos Odontólogos y enfermeras que laboran a tiempo completo en la Universidad de Panamá, adoptada según Acuerdo entre el Ministerio de Salud, la Caja de Seguro Social y los gremios de profesionales de la salud.

La enfermera Daysi Valoy tiene una ley especial que regula y a para su profesión y un Decreto que establece el Escalafón de Enfermería, en contradicción con la norma invocada y el artículo 297 de la Constitución Política de la República de Panamá, que establece que los derechos de los servidores públicos deben estar previamente contemplados en la Ley, que los fije, determine y regule, situación que claramente se cumple con la existencia de la Ley que reglamenta la carrera de Enfermera y el Decreto de Gabinete, con fuerza de Ley, que crea el Escalafón de Enfermería.

4. El artículo 2(parágrafo) del Reglamento de Carrera del Servidor Público Administrativo de la Universidad de Panamá, aprobado mediante Acuerdo en Reunión 4-16 de 22 de marzo de 2016, publicado en Gaceta Oficial 28012-A.

> "Artículo 2…
> Parágrafo: A los servidores públicos administrativos amparados por Leyes Especiales se les aplicarán las normas contenidas en este Reglamento en lo referente a: nombramiento o contratación, permanencia, reconocimiento de años de servicio, régimen disciplinario, cursos y evaluación de desempeño."

La Resolución N°9-17 SGP emitida por el Consejo Administrativo de la Universidad de Panamá, en reunión N°13-17 de 5 de julio de 2017, infringió la norma antes citada, el Reglamento de Carrera del Servidor Público

135

Administrativo de la Universidad de Panamá, el acto cuya ilegalidad dispuso ajustar gradualmente los salarios a los funcionarios de la Clínica Universitaria, que incluye a la demandada que es enfermera básica de tiempo completo; también decidió que dicho ajusta la institución lo haría de manera que sus emolumentos, se aproximen a los salarios externos de estos profesionales, además dispuso derogar el Acuerdo N°16-16 de 2016, el cual en su punto 12 aprobó que la Universidad de Panamá, se acogería a la nueva escala salarial para Médicos Odontólogos y enfermeras que laboran a tiempo completo en la Universidad de Panamá, adoptada según Acuerdo entre el Ministerio de Salud, la Caja de Seguro Social y los gremios de profesionales de la salud.

5. El artículo 36 de la Ley 38 de 2000, que regula el procedimiento administrativo en general. No le está permitido a la Universidad de Panamá, emitir un acto administrativo infringiendo las normas vigentes, como lo son la Ley que reglamenta la carrera de las enfermeras, el Decreto de Gabinete, con rango de Ley, que establece el Escalafón de Enfermería, el Reglamento de Carrera de Servidor Público Administrativo de la Universidad de Panamá y los Acuerdos entre el Ministerio de Salud, la Caja de Seguro Social y los gremios profesionales de salud.

El informe de conducta de la entidad demandada

A foja 71 del expediente, consta informe suscrito por el Rector Eduardo Castro, indicando que:

> "El sustento o fundamento principal de la resolución censurada, según su parte motiva, es la autonomía universitaria que goza la Universidad de Panamá...
>
> La autonomía que goza la Universidad de Panamá está consagrada en el artículo 104 de la Constitución Política. En relación a esta autonomía universitaria, el pleno de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 19 de noviembre de 1993, se pronunció así:

136

"Planteadas las anteriores premisas, no cabe la menor duda que la Universidad de Panamá está entre las dos únicas instituciones del Estado que goza de autonomía a nivel de la Constitución Política de la República, porque así lo dispuso el poder constituyente.

En el caso de la Universidad de Panamá, por ser el que interesa, tíenese, entonces, que la autonomía universitaria vista dentro del ámbito del ordenamiento constitucional constituye un derecho social fundamental, el cual, precisamente, aparece consagrado en las normativas del Capítulo 5. "EDUCACIÓN", del Título III de los "DERECHOS Y DEBERES INDIVIDUALES Y SOCIALES", de la Carta Política.

De allí que la propia Constitución a la par que concede autonomía a la Universidad, igualmente le reconozca personería jurídica, patrimonio propio y derecho de administrarlo, para que dicha autonomía sea realmente efectiva.

De lo cual resulta, en consecuencia, que a tenor de lo estatuido por el artículo 17 de la Carta Política, ninguna autoridad de la República debe intervenir en el normal desarrollo de la Universidad de Panamá, no sólo en cuanto al aspecto de su organización interna sino también en lo que respecta a su patrimonio y el derecho de administrarlo, siempre que los actos que expidan los Órganos de Gobierno que la conformase, se enmarquen dentro de la Constitución y la ley. Es por ello, además, que la Constitución panameña al consagrar la acción de amparo de garantías constitucionales en el artículo 50, precisamente, en armonía con lo dicho sobre los derechos sociales fundamentales, dispuso que el amparo puede dirigirse no sólo contra eventuales infracciones de las garantías sino también contra violaciones de los derechos fundamentales que tengan su origen inmediato y directo en un acto u omisión emitido por cualquier servidor público."

...el artículo 103 de la Constitución Política al consagrar la economía de la Universidad de Panamá, no solamente le reconoce personería jurídica, patrimonio propio y derecho de administrarlo, sino también la facultad de designar y separar a su personal en la forma que determine la ley.

En desarrollo de dicha norma constitucional, el legislador dispuso que la Universidad de Panamá, a través de sus propias autoridades y órganos del gobierno, estableciera el mecanismo interno para la creación de sus instancias académicas y administrativas, así como la remuneración de su personal académico y administrativo.

137

En efecto, el artículo 3 de la Ley 24 de 14 de julio, 2005 dispone que la autonomía garantiza a la Universidad de Panamá, su gestión administrativa, financiera, económica, patrimonial, su auto reglamentación, el manejo de los recursos presupuestarios y el derecho de autogobernarse, así como la facultad para designar y separa a su personal en la forma que establezca la Ley y el Estatuto Universitario. De igual manera, el artículo 5, del Estatuto de la Universidad de Panamá, señala que "La autonomía universitaria comprende la auto reglamentación, el manejo de los recursos presupuestarios y el derecho de autogobernarse, así como la facultad de designar y separar a su personal en la forma que establezca la ley y el Estatuto Universitario. De igual manera, el artículo 5, del Estatuto de la Universidad de Panamá señala que "La autonomía universitaria comprende la autoreglamentación, que es el derecho de la institución de normar por su cuenta su organización y funcionamiento, mediante la aprobación y modificación del Estatuto, reglamentos y acuerdos por los órganos de gobierno, según la materia o asunto de su competencia."

El artículo 48, de la Ley N°24 de 2005, expresa que "En ejercicio de su autonomía administrativa, la Universidad de Panamá tiene la potestad de autorregirse y establecer las normas y procedimientos necesarios para el cumplimiento de sus fines, objetivos y programas, podrá elegir y remover a sus autoridades, así como designar, contratar, separar o remover a su personal académico y administrativo, sin necesidad de comunicar o informar a ninguna otra entidad pública".

...Cabe destacar que en los acuerdos salariales en mención no ha participado la Universidad de Panamá. En tal sentido la aplicación de estos acuerdos ha requerido, con base en el alcance de la autonomía constitucional que goza la Universidad de Panamá, tal como se ha explicado arriba, la aprobación del máximo órgano del gobierno universitario, en lo relacionado con los asuntos administrativos, presupuestarios, financieros y patrimoniales, que es el Consejo Administrativo, según el artículo 19 de la Ley N°24 de 2005...

...En aplicación del principio general del derecho "las cosas se deshacen como se nacen" y en ejercicio de su función de "Establecer las políticas, estrategias y programas para una eficiente y eficaz administración de recursos humanos, físicos y financieros de la Universidad de Panamá", según el artículo 19, numeral 1, de la Ley N°24 de 2005, el Consejo Administrativo en su reunión 13-17, celebrada el 5 de julio de 2017, aprobó la Resolución N°9-17 SGP censurada por la demandante.

138

La Vista del Procurador de la Administración

El Procurador de la Administración, mediante la Vista N°103 de 14 de noviembre de 2018, manifiesta que luego de haber realizado un análisis de las constancias que reposan en los autos, considera que no le asiste la razón a Daysy Valoy de Von Chong, pues su reclamación tiene que ver con el alcance de la autonomía de la Universidad de Panamá y la aplicación de las decisiones que esa casa de estudio puede adoptar dentro del marco de las leyes y demás disposiciones de aplicación general.

Cita el fallo de 11 de junio de 2018, el cual indica que, la Universidad de Panamá se provee de un régimen íntegro o completo, autónomo o independiente de cualquier otro, además en el mencionado fallo se indica la autonomía legislativa la cual consiste en la competencia de carácter normativo para elaborar y aprobar sus propios estatutos y reglamentos, sin otras limitaciones que aquellas que señala la Constitución y la Ley Orgánica de la Universidad.

La causa de pedir de la recurrente encuentra su fundamento en la falta de concordancia, entre el contenido de la ley formal y lo dispuesto por el Consejo Administrativo en la Resolución 9-17 de 5 de julio de 2017, acusada de ilegal, que no resulta jurídicamente justificable, ya que la Universidad de Panamá tiene un régimen integro, autónomo o independiente de cualquier otro y someter jerárquicamente las decisiones que pueda emitir la institución demandada a cuerpos normativos distintos de la Constitución, su Ley Orgánica y los Convenios Internacionales, sería atentar contra el principio de la autonomía reconocido en nuestra Carta Magna. Por lo tanto, no es ilegal la Resolución 9-17 SGP de 5 de julio de 2017, emitida por el Consejo Administrativo de la Universidad de Panamá.

DECISIÓN DE LA SALA.

Cumplidos los trámites legales, la Sala procede a resolver la presente controversia.

137

El demandante solicita que se declare nula por ilegal la Resolución N°9-17 SGP de 5 de julio de 2017, emitida por el Consejo Administrativo de la Universidad de Panamá. Indica que la licenciada DAYSI VALOY DE VON CHONG, es enfermera de profesión con licencia N°5274, quien labora como enfermera básica, en la Clínica Universitaria en la Universidad de Panamá, desde el 16 de octubre del año 2007. Ingreso a laborar en dicha institución como Enfermera Básica, Categoría III, el 16 de octubre del año 2007 y fue nombrada en una posición permanente en el año 2010, además conforme han pasado los años ahora ostenta la Categoría VI del Escalafón de Enfermeras. Según la Ley 1 de 1954, que reglamenta la Carrera de Enfermera, estos profesionales ejercerán en distintas instituciones del Estado, incluyendo las instituciones autónomas como la Universidad de Panamá, además otorga el derecho a la estabilidad en sus cargos, mientras que el Decreto de Gabinete 87 de 1972, señala que el personal de enfermería tendrá un Escalafón aplicable a aquellos que presten servicio en las distintas dependencias del Estado, incluyendo las entidades autónomas. Mediante diferentes resoluciones administrativas y Acuerdos, el Ministerio de Salud, la Caja de Seguro Social y la Asociación Nacional de Enfermeras, entre otros han establecido y reconocido instrumentos en la escala salarial , aumentos de sueldo, bonificaciones, incentivos por evaluación satisfactoria de desempeño y otros beneficios laborales para los profesionales de la salud que laboren en las instituciones del Estado, lo que incluye al personal de enfermería, específicamente a nuestra representada, quien es Enfermera Básica a tiempo completo en la Clínica Universitaria de la Universidad de Panamá.

La Universidad de Panamá, mediante el Consejo Administrativo, ha emitido acuerdos y resoluciones a través de los cuales ha tomado decisiones de índole administrativa, en cumplimiento de las leyes de los profesionales de la salud, adoptando y aprobando el reconocimiento de algunos derechos de las enfermeras y demás personal de salud que labora en la Universidad de Panamá. El Consejo

140

Administrativo mediante Acuerdo adoptado en reunión N°18-01 de 18 de diciembre de 2001, punto 7, señaló: "Con relación al análisis jurídico de la situación laboral que los médicos odontólogos y enfermeras que laboran en las clínicas Universitarias de la Universidad de Panamá a tiempo completo, se acordó que los mismos tendrán derecho a la estabilidad laboral y remuneración mediante escalafón. En atención al acuerdo descrito en el hecho anterior, se emitió a favor de funcionarios de la Universidad, entre ellos, los colaboradores de la Clínica Universitaria, la Resolución N°4-05 de 2 de marzo de 2005, en cuyos puntos 1 y 2 se acordó respectivamente, "Reconocer mediante resolución la categoría que le corresponde a cada funcionario a partir de enero 2005". Estas decisiones favorables al personal de la Clínica Universitaria se vieron materializados en el año 2007, con lo que se demuestra que la Universidad de Panamá ha emitido actos administrativos que reconocen los derechos a las enfermeras que laboran en la institución y, más aún, ha ejecutado dichas decisiones.

En reunión N°16-16 celebrada el 7 de septiembre de 2016, el Consejo Administrativo de la Universidad de Panamá, emitió un acuerdo en el que indicó que se aprobó que la Universidad de Panamá se acoge a la nueva escala salarial de los médicos, odontólogos y enfermeras adoptada según acuerdo entre el Ministerio de Salud, la Caja de Seguro Social y los gremios de profesionales de la salud. Los médicos, odontólogos y enfermeras, que laboran en la Universidad de Panamá a tiempo completo, se beneficiarán de lo dispuesto en la nueva escala salarial. El ajuste salarial se realizará en tres partes, la primera durante el 2016 y los dos restantes en los años 2017 y 2018. El primer pago correspondiente al presenta año se hará tomando como fecha inicial, la de aprobación del presente acuerdo. El pago de ese año se hará siempre y cuando haya la disponibilidad financiera para poder asumirlo. El Acuerdo entre el Ministerio de Salud, la Caja de Seguro Social y los gremios de profesionales de la salud, al que se refiere el Consejo Administrativo en la Reunión 16-16, que hemos citado, es el Acuerdo S/N de 17 de septiembre de

41

2015, publicado en Gaceta Oficial Digital 27921 de 3 de diciembre de 2015 y su Adenda publicada en la gaceta oficial 27939 de 31 de diciembre de 2015, que constituye la más reciente modificación de la escala salarial de las enfermeras, clasificadas por gremio entre ellos la Asociación Nacional de Enfermeras (ANEP), a la que pertenece nuestra representada; en dicho acuerdo y adenda se determinó conforme cada gremio de profesionales, los salarios ajustados, así como la explicación en cómo serían pagados los mismos, divididos en los años 2017, 2018 y 2019. El Consejo Administrativo de la Universidad de Panamá, en reunión N°13-17 de 5 de julio de 2017, aprobó en Acuerdo la Resolución 9-17 SGP, mediante la cual tomando como fundamento el Reglamento de Carrera del Servidor Público Administrativo de la Universidad de Panamá y el Manual Descriptivo de clases de puestos, resolvió ajustar gradualmente los salarios de los funcionarios de la salud de la clínica universitaria, específicamente a los médicos y enfermeras de la misma, de manera que sus emolumentos (salario) se aproximen a los salarios externos de estos profesionales. Igualmente derogó el Acuerdo N°16-16 de 7 de septiembre de 2016.

Ahora bien, igualmente, señala que se han infringiendo las normas siguientes:

1. El artículo1 del Decreto de Gabinete 87 de 16 de mayo de 1972 "Por el cual se crea el Escalafón para las enfermeras y practicantes y auxiliares de enfermería que prestan servicio en las distintas dependencias del Estado, en las instituciones Autónomas y Semiautónomas, municipales y de cualquier organismo oficial descentralizado, estableciendo nomenclatura de cargos, normas de ascenso y reconocimiento por los años de servicio, que es del tenor siguiente:

"Artículo 1. El personal de enfermería, practicantes y auxiliares de enfermería de las distintas dependencias del Estado, instituciones autónomas, semiautónomas, municipales y demás organismos oficiales descentralizados, tales como Juntas o Patronatos, se regirá por un escalafón que se denominará el Escalafón de Enfermería."

142

La Resolución N°9-17 SGP emitida por el Consejo Administrativo de la Universidad de Panamá, en reunión N°13-17 de 5 de julio de 2017, infringió de forma directa el artículo1 del Decreto de Gabinete 87 de 16 de mayo de 1972, que establece el Escalafón de Enfermería, para el personal de enfermería que labore en toda dependencia del Estado, en este caso en particular la Universidad de Panamá, que, aun siendo entidad autónoma, debe acatar las normas jurídicas de la República de Panamá.

El acto que acusamos de ilegal, resolvió ajustar gradualmente los salarios de los funcionarios de salud de la Clínica Universitaria, de manera que sus emolumentos se aproximen a los salarios externos de estos profesionales, asimismo, dispuso derogar el Acuerdo 16-16 de 7 de septiembre de 2016, cuyo punto 12 aprobó que la Universidad de Panamá, se acogería a la nueva escala salarial para Médicos Odontólogos y enfermeras que laboran a tiempo completo en la Universidad de Panamá, adoptada según Acuerdo entre el Ministerio de Salud, la Caja de Seguro Social y los gremios de profesionales de la salud.

La intención de la Universidad de Panamá de no reconocer el Escalafón de Enfermería, se corrobora al derogar el Acuerdo adoptado en Reunión 16-16, que reconocía pagar a los profesionales de la salud de la Clínica Universitaria, de acuerdo a la escala salarial establecida, mediante acuerdo entre el Ministerio de Salud, la Caja de Seguro Social y los gremios de profesionales de la salud. **Sobre esta infracción, es pertinente mencionar que, Artículo 3 de la Ley 24 de 14 de julio de 2005, señalando que: "La autonomía garantiza a la Universidad de Panamá la libertad de cátedra, su gestión académica, administrativa, financiera, económica y patrimonial; la inviolabilidad de sus predios, su autorreglamentación, el manejo de los recursos presupuestarios, los fondos propios de autogestión y el derecho de auto-gobernarse. La Universidad tiene la**

143

facultad para organizar sus estudios, así como para designar y separar a su personal en la forma que indique esta Ley y los Estatutos Universitarios"; por lo tanto, indicar como lo ha hecho la parte demandante que intención de la Universidad de Panamá de no reconocer el Escalafón de Enfermería, se corrobora al derogar el Acuerdo adoptado en Reunión 16-16, que reconocía pagar a los profesionales de la salud de la Clínica Universitaria, de acuerdo a la escala salarial establecida, mediante acuerdo entre el Ministerio de Salud, la Caja de Seguro Social y los gremios de profesionales de la salud, es incorrecto, debido a que la Constitución Política de Panamá en sus artículos 103 y 104, señala lo siguiente:

> "ARTICULO 103. La Universidad Oficial de la República es autónoma. Se le reconoce personería jurídica, patrimonio propio y derecho de administrarlo. Tiene facultad para organizar sus estudios y designar y separar su personal en la forma que determine la Ley. Incluirá en sus actividades el estudio de los problemas nacionales así como la difusión de la cultura nacional. Se dará igual importancia a la educación universitaria impartida en Centros Regionales que a la otorgada en la capital.
>
> ARTICULO 104. Para hacer efectiva la autonomía económica de la Universidad, el Estado la dotará de lo indispensable para su instalación, funcionamiento y desarrollo futuro, así como del patrimonio de que trata el artículo anterior y de los medios necesarios para acrecentarlo."

Es por ello que la autonomía universitaria es un derecho fundamental y la Constitución Nacional con el fin de hacerlo eficaz u efectivo le reconoce personería jurídica, patrimonio propio y derecho de administrarlo.

2. El artículo 5 del Decreto de Gabinete 87 de 16 de mayo de 1972 "Por el cual se crea el Escalafón para las enfermeras y practicantes y auxiliares de enfermería que prestan servicio en las distintas dependencias del Estado, en las instituciones Autónomas y Semiautónomas, municipales y de cualquier organismo oficial descentralizado, estableciendo nomenclatura de cargos, normas de ascenso y reconocimiento por los años de servicio, que establece a tenor lo siguiente:

144

"Artículo 5: Desde la fecha en que este Decreto entra en vigencia, ninguna enfermera ingresará a prestar servicio de enfermería sin percibir el salario correspondiente al nivel y etapa en el cual ha sido nombrado."

La Resolución N°9-17 SGP emitida por el Consejo Administrativo de la Universidad de Panamá, en reunión N°13-17 de 5 de julio de 2017, infringió la norma antes citada, en el sentido que el acto acusado no solamente resolvió ajustar gradualmente, es decir, en un tiempo indeterminado, los salarios a los funcionarios de la Clínica Universitaria, sino que también decidió que la institución lo hará de manera que los emolumentos de esta como enfermera se aproximen a los salarios externos de los profesionales y dispuso derogar el Acuerdo 16-16 de 7 de septiembre de 2016, cuyo punto 12 aprobó que la Universidad de Panamá, se acogería a la nueva escala salarial para Médicos Odontólogos y enfermeras que laboran a tiempo completo en la Universidad de Panamá, adoptada según Acuerdo entre el Ministerio de Salud, la Caja de Seguro Social y los gremios de profesionales de la salud.

La Universidad de Panamá, está obligada a continuar reconociendo los salarios que de acuerdo al Escalafón de Enfermería, en algunas ocasiones le ha pagado a Daysi Valoy DE VON CHONG y no contradecir sus propios actos administrativos, con el acto administrativo demandado, en abierta violación al Decreto de Gabinete 87 de 1972, el cual es un instrumento con rango de ley que previamente ha conferido derechos al personal de enfermería en las distintas instituciones del Estado. **Sobre este punto, el artículo 1 de la Ley N°24 de 14 de julio de 2005, es decir, la Ley Orgánica de la Universidad de Panamá, establece que la Universidad de Panamá, como universidad oficial de la República, tiene carácter popular, está al servicio de la nación panameña, sin distingo de ninguna clase y posee un régimen de autonomía consagrado en la Constitución Política de la República de Panamá, con personería jurídica y patrimonio propio.**

145

Asimismo, el artículo 3 de la citada ley señala que la autonomía garantiza a la Universidad de Panamá la libertad de cátedra, su gestión académica, administrativa, financiera, económica y patrimonial; la inviolabilidad de sus predios, su autorreglamentación, el manejo de los recursos presupuestarios, los fondos propios de autogestión y el derecho de auto-gobernarse. La Universidad tiene la facultad para organizar sus estudios, así como para designar y separar a su personal en la forma que indique esta Ley y los Estatutos Universitarios.

3. El artículo 1 de la Ley 1 de 1954 que Reglamenta la carrera de Enfermera y es del tenor siguiente:

"Artículo 1: Se instituye la carrera de Enfermera. A quienes ejerzan estas funciones profesionales en distintas secciones del Estado, o en Instituciones oficiales autónomas y semiautónomas o municipales, pero dentro de las disposiciones de esta ley, se les reconoce el derecho a estabilidad, pensión en caso de separación por enfermedad y jubilación."

La Resolución N°9-17 SGP emitida por el Consejo Administrativo de la Universidad de Panamá, en reunión N°13-17 de 5 de julio de 2017, infringió la norma antes citada, al disponer ajustar gradualmente los salarios del personal de la Clínica Universitaria. De manera que el emolumento se aproxime a los salarios externos de estos profesionales y derogar el Acuerdo N°16-16 de 2016, el cual en su punto 12 aprobó que la Universidad de Panamá, se acogería a la nueva escala salarial para Médicos Odontólogos y enfermeras que laboran a tiempo completo en la Universidad de Panamá, adoptada según Acuerdo entre el Ministerio de Salud, la Caja de Seguro Social y los gremios de profesionales de la salud.

La enfermera Daysi Valoy tiene una ley especial que regula y a para su profesión y un Decreto que establece el Escalafón de Enfermería, en contradicción con la norma invocada y el artículo 297 de la Constitución Política de la República de Panamá, que establece que los derechos de los

146

servidores públicos deben estar previamente contemplados en la Ley, que los fije, determine y regule, situación que claramente se cumple con la existencia de la Ley que reglamenta la carrera de Enfermera y el Decreto de Gabinete, con fuerza de Ley, que crea el Escalafón de Enfermería. **Sobre el particular, el Estatuto Universitario es claro al establecer en su artículo 4 que, la Universidad de Panamá es autónoma y cuenta con personería jurídica, patrimonio propio y derecho de administrarlo, además que en su artículo 5 establece que la autonomía de la Universidad de Panamá, se encuentra Consagrada en la Constitución Política y desarrollada en su Ley Orgánica, debe ser ejercida y defendida de conformidad con las disposiciones que la regulan. La autonomía universitaria comprende la auto reglamentación, que es el derecho de la institución de normar por su cuenta su organización y funcionamiento, mediante la aprobación y modificación de su estatuto, reglamentos y acuerdos por los Órganos del gobierno. En otras palabras la Universidad de Panamá está facultada constitucionalmente para disponer, administrar y acrecentar su propio patrimonio.**

4. El artículo 2(parágrafo) del Reglamento de Carrera del Servidor Público Administrativo de la Universidad de Panamá, aprobado mediante Acuerdo en Reunión 4-16 de 22 de marzo de 2016, publicado en Gaceta Oficial 28012-A.

> "Artículo 2…
> Parágrafo: A los servidores públicos administrativos amparados por Leyes Especiales se les aplicarán las normas contenidas en este Reglamento en lo referente a: nombramiento o contratación, permanencia, reconocimiento de años de servicio, régimen disciplinario, cursos y evaluación de desempeño."

La Resolución N°9-17 SGP emitida por el Consejo Administrativo de la Universidad de Panamá, en reunión N°13-17 de 5 de julio de 2017, infringió la norma antes citada, el Reglamento de Carrera del Servidor Público Administrativo de la

147

Universidad de Panamá, el acto cuya ilegalidad dispuso ajustar gradualmente los salarios a los funcionarios de la Clínica Universitaria, que incluye a la demandada que es enfermera básica de tiempo completo; también decidió que dicho ajusta la institución lo haría de manera que sus emolumentos, se aproximen a los salarios externos de estos profesionales, además dispuso derogar el Acuerdo N°16-16 de 2016, el cual en su punto 12 aprobó que la Universidad de Panamá, se acogería a la nueva escala salarial para Médicos Odontólogos y enfermeras que laboran a tiempo completo en la Universidad de Panamá, adoptada según Acuerdo entre el Ministerio de Salud, la Caja de Seguro Social y los gremios de profesionales de la salud. **Sobre este tema, la Ley N°24 de 14 de julio de 2005, indica que:**

> "Artículo 19. El Consejo Administrativo es el máximo órgano de gobierno de la Universidad de Panamá, en lo relacionado con los asuntos administrativos, presupuestarios, financieros y patrimoniales de la institución, y con las actividades complementarias de producción material y de servicios. Sus funciones principales son: 1. Establecer las políticas, estrategias y programas para una eficiente y eficaz administración de los recursos humanos, físicos y financieros de la Universidad de Panamá. 2. Salvaguardar el patrimonio universitario y acordar los proyectos para su acrecentamiento. 3. Elaborar y aprobar el proyecto de presupuesto anual de la Universidad, de acuerdo con los lineamientos generales establecidos por el Consejo General Universitario. 4. Acordar el plan de la Universidad, que incluirá sus obras y construcciones, de acuerdo con el plan de desarrollo de la Universidad de Panamá y las prioridades establecidas por el Consejo Académico. 5. Aprobar los reglamentos especiales de orden administrativo. 6. Proponer al Consejo General Universitario para su aprobación, el reglamento de la Carrera de Personal Administrativo. 7. Establecer los derechos de matrícula, laboratorios y otros que deben pagarse a la Universidad, de acuerdo con los lineamientos generales establecidos por el Consejo General Universitario. 8. Ejercer las demás funciones que establezca el Estatuto Universitario."

Es por ello que, es importante hacer énfasis en el hecho que, la Universidad de Panamá se provee de un régimen integro o completo, autónomo o independiente de cualquier otro, que le permita resolver cualquier situación que se suscite.

REPUBLICA DE PANAMA ... DE JUSTICIA ... SALA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ... ORGANO JUDICIAL

148

5. El artículo 36 de la Ley 38 de 2000, que regula el procedimiento administrativo en general. No le está permitido a la Universidad de Panamá, emitir un acto administrativo infringiendo las normas vigentes, como lo son la Ley que reglamenta la carrera de las enfermeras, el Decreto de Gabinete, con rango de Ley, que establece el Escalafón de Enfermería, el Reglamento de Carrera de Servidor Público Administrativo de la Universidad de Panamá y los Acuerdos entre el Ministerio de Salud, la Caja de Seguro Social y los gremios profesionales de salud. **Sobre el particular, la Autonomía Universitaria debe ejercerse dentro de los límites que exige el marco normativo superior que fue impuesto por nuestra Carta Magna, por las leyes y los pactos internacionales, por lo tanto, la Universidad de Panamá tiene la facultad de normar sus propios acuerdos, en ejercicio de la potestad que le permite autorregularse, además de estar integrado por normas jurídicas imperativas al que está sometido toda la Universidad de Panamá. Ahora bien, después de lo antes expuesto, queda claro que el artículo 3 de la Ley 24 de 14 de julio de 2005, expresa que la autonomía garantiza a la Universidad de Panamá la libertad de cátedra, su gestión académica, administrativa, financiera, económica y patrimonial; la inviolabilidad de sus predios, su autorreglamentación, el manejo de los recursos presupuestarios, los fondos propios de autogestión y el derecho de auto-gobernarse. La Ley N°24 de 14 de julio de 2005, en su artículo 19, señala que El Consejo Administrativo es el máximo órgano del gobierno de la Universidad de Panamá, en lo relacionado con los asuntos administrativos, presupuestarios, financieros y patrimoniales de la institución, estableciendo las funciones del mismo, expresando lo siguiente:**

149

"Artículo 19. El Consejo Administrativo es el máximo órgano de gobierno de la Universidad de Panamá, en lo relacionado con los asuntos administrativos, presupuestarios, financieros y patrimoniales de la institución, y con las actividades complementarias de producción material y de servicios. Sus funciones principales son: 1. Establecer las políticas, estrategias y programas para una eficiente y eficaz administración de los recursos humanos, físicos y financieros de la Universidad de Panamá. 2. Salvaguardar el patrimonio universitario y acordar los proyectos para su acrecentamiento. 3. Elaborar y aprobar el proyecto de presupuesto anual de la Universidad, de acuerdo con los lineamientos generales establecidos por el Consejo General Universitario. 4. Acordar el plan de la Universidad, que incluirá sus obras y construcciones, de acuerdo con el plan de desarrollo de la Universidad de Panamá y las prioridades establecidas por el Consejo Académico. 5. Aprobar los reglamentos especiales de orden administrativo. 6. Proponer al Consejo General Universitario para su aprobación, el reglamento de la Carrera de Personal Administrativo. 7. Establecer los derechos de matrícula, laboratorios y otros que deben pagarse a la Universidad, de acuerdo con los lineamientos generales establecidos por el Consejo General Universitario. 8. Ejercer las demás funciones que establezca el Estatuto Universitario."

Esta ley 24 de 14 de julio de 2005, Orgánica de la Universidad de Panamá, establece que dicha institución posee un régimen de autonomía consagrado en la Constitución Política de la República de Panamá, con personería jurídica y patrimonio propio, determinando que dicha autonomía garantiza, entre otros aspectos, la libertad de cátedra, su autorreglamentación, el derecho de autogobernarse, la facultad de designar y separar a su personal, en la forma en que se indique en esta Ley y en el Estatuto.

Ahora bien, el principio de autonomía universitaria constituye una forma de organización descentralizada de servicios.

En razón de lo antes expuesto, lo procedente, es declarar que no es ilegal el acto demandado, toda vez que en este caso en particular, la carga de la prueba corresponde a la parte actora, que debe comprobar que la la Resolución N°9-17 SGP de 5 de julio de 2017, emitida por el Consejo Administrativo de la Universidad

150

de Panamá, es ilegal y en el expediente no se encuentran caudal probatorio que demuestre que dicha resolución es ilegal, por lo tanto, incumplió lo establecido por el artículo 784 del Código Judicial que señala lo siguiente: "Incumbe a las partes probar los hechos o datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que le son favorables."

En consecuencia, la SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA QUE NO ES ILEGAL la Resolución N°9-17 SGP de 5 de julio de 2017, emitida por el Consejo Administrativo de la Universidad de Panamá.

NOTIFÍQUESE,

LUIS RAMÓN FÁBREGA S.
MAGISTRADO

CARLOS ALBERTO VÁSQUEZ REYES
MAGISTRADO

CECILIO CEDALISE RIQUELME
MAGISTRADO

LICDA. KATIA ROSAS
SECRETARIA DE LA SALA TERCERA

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

Sala III de la Corte Suprema de Justicia
NOTIFIQUESE HOY 11 DE mayo DE 2020 :
A LAS 10:15 a.m. DE LA mañana
A Procurador de la Administración .
Firma

37

REPÚBLICA DE PANAMÁ

ÓRGANO JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA TERCERA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y LABORAL

Panamá, once (11) de marzo de dos mil veinte (2020)

VISTOS:

El Licdo. PUBLIO RICARDO CORTÉS, actuando en su propio nombre y representación, ha promovido formal Demanda Contencioso-Administrativa de Nulidad con la finalidad que se declare nula, por ilegal, la frase *pero sin que ello genere derecho a devolución en ningún caso*, la cual se encuentra contenida en el primer párrafo del artículo 25 del Decreto Ejecutivo Nº 84 de 2005, debidamente subrogado por el artículo 17 del Decreto Ejecutivo Nº 91 de 2010, mediante el cual se reglamenta el impuesto a la transferencia de bienes corporales muebles y la prestación de servicios (ITBMS), emitido por el Ministerio de Economía y Finanzas, publicado en la Gaceta Oficial Nº 26606-B del miércoles 25 de agosto de 2010.

I.- POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDANTE:

El Licdo. PUBLIO RICARDO CORTEZ quien actúa en su propio nombre y representación, ha indicado dentro del libelo de demanda que el Impuesto a la Transferencia de Bienes Corporales Muebles y la Prestación de Servicios (ITBMS), regulado en el artículo 1057-V del Código Fiscal de la República de Panamá, es un tributo que cumple con los elementos para ser considerado similar a lo considerado dentro de la doctrina tributaria denominado bajo el nombre "Impuesto sobre el Valor Agregado" o "Impuesto sobre el Valor Añadido" (IVA).

El ITBMS, está regulado en el Decreto Ejecutivo No. 84 de 2005, el cual ha sido objeto de diversas reformas y subrogaciones, y además a través del Decreto Ejecutivo No. 91 de 2010 se incluyeron otras modificaciones.

El ITBMS no agrava la transferencia de bienes corporales o la prestación de servicios, sino que grava el VALOR AÑADIDO a cada etapa de la comercialización. En cada periodo el contribuyente reporta el impuesto que le han causado a él sus proveedores en transacciones agravadas (crédito fiscal) y también declara el impuesto que el Contribuyente ha causado contra sus clientes en transacciones agravadas (débito fiscal).

Si en el periodo el débito es mayor que el crédito, se paga al fisco la diferencia en impuesto. Si en el periodo el crédito es mayor que el debido, la diferencia **se lleva como crédito a favor del Contribuyente para el periodo siguiente**.

Hay contribuyentes de ITBMS que en virtud de los negocios que desarrollan y/o por el efecto de la interacción con operaciones exentas de ITBMS, sufren el impago de que van acumulando crédito de ITBMS, en cada periodo. Igualmente existen otras circunstancias donde un Contribuyente de ITBMS está cerrando operaciones y tiene a su favor un alto nivel de crédito de ITBMS.

La norma reglamentaria impugnada relativa al ITBMS, implica el hecho que el Contribuyente no tiene derecho a que el Fisco le devuelva el crédito de ITBMS que tiene a su favor, ni en las circunstancias descritas en el hecho anterior, ni en ninguna otra. La disposición reglamentaria en cuestión, contradice un mandato de rango legal que si autoriza la devolución del crédito de ITBMS.

Dentro de la presente demanda se está solicitando que se declare nula, por ilegal, la frase "*(…) pero sin que ello genere derecho a devolución en ningún caso*", la cual se encuentra contenida en el primer párrafo del artículo 25 del Decreto Ejecutivo No. 84 de 2005, debidamente subrogado por el artículo 17 del Decreto Ejecutivo No. 91 de 2010, que reglamenta el Impuesto a la Transferencia de Bienes Corporales Muebles y la Prestación de Servicios (ITBMS), publicado en la Gaceta Oficial No. 26606-B del 25 de agosto de 2010. Dicha norma señala lo siguiente:

> "*Artículo 25. UTILIZACIÓN DEL CRÉDITO.*
> *Cuando el crédito fiscal sea superior al débito fiscal, dicho excedente podrá ser utilizado como tal en el periodo inmediato subsiguiente, pero sin que ello genere derecho a devolución en ningún caso.*
> *(…).*"

II.- NORMAS QUE SE ESTIMAN VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN:

El Licdo. PUBLIO RICARDO CORTÉS, quien actúa en su propio nombre y representación, ha indicado que la frase "*pero sin que ello genere derecho a devolución en ningún caso*", contenida en el primer párrafo del artículo 25 del Decreto Ejecutivo No. 84 de 2005, debidamente subrogado por el artículo 17 del Decreto Ejecutivo No. 91 de 2010, incurre en una infracción del Artículo 1057-V, Párrafo 15, Literal "g" del Código Fiscal, en concepto de violación directa por comisión. En consecuencia, dicha norma señala lo siguiente:

37

> "***PARÁGRAFO 15***. *La Dirección General de Ingresos, como oficina administrativa de este impuesto, está facultada para:*
> *(…)*
> *g. Establecer sistemas de devolución o aplicación de créditos a favor de los contribuyentes, incluyendo las situaciones específicas contempladas en el siguiente Parágrafo."*

La Dirección General de Ingresos (DGI), es una oficina administradora del ITBMS, lo cual va de la mano con el rol recaudador y gerencial que tiene la DGI sobre los impuestos nacionales, incluido el ITBMS, establecido en la legislación que hoy en día rige a la Dirección General de Ingresos (Decreto de Gabinete 109 de 1970, debidamente reformado).

El párrafo 15 del artículo 1057-V del Código Fiscal, cumple con el criterio que la DGI no crea impuesto ni establece los elementos esenciales de la mecánica de los impuestos, sólo aplica la Ley y –en ocasiones- precisa el proceso de su cobro; sin embargo, es la Ley la que debe aplicar principalmente los derechos y obligaciones del Contribuyente, en pleno respeto al Principio de Legalidad Tributaria, establecido en el artículo 52 de la Constitución Política.

Que cada vez que nuestro marco constitucional o legal establece las facultades, funciones o atribuciones a un ente administrativo, utiliza un verbo o verbos concretos, que indican una acción o varias acciones concretas que define la actividad que representa la facultad, o varias acciones concretas que define la función o atribución administrativa.

En materia tributaria, aplica el principio de estricta legalidad, según el cual los funcionarios solamente pueden hacer lo que la Ley les faculta de forma expresa y la redacción de normas como estas, permiten entender de forma expresa lo que puede o no hacer determinado funcionario.

Que el artículo 1057-V, PARÁGRAFO 15, Literal "g" del Código Fiscal, señala una lista de facultades que tiene la DGI como administrador del ITBMS y luego establece siete (7) literales, donde se encuentran los verbos claves para entender dichas facultades como son por ejemplo, habilitar, autorizar, exigir, etc. Así las cosas, llegamos al literal "g" del PARÁGRAFO 15 del artículo 1057-V del Código Fiscal. En ese literal, el verbo cardinal que denota la facultad otorgada a la DGI, en su rol de "administrador" del ITBMS, es el verbo "**establecer**". Inmediatamente después del verbo citado, se dice con toda claridad lo que puede ser establecido: se trata de "establecer **sistemas"**.

En consecuencia, a la DGI se le está otorgando una facultad puramente administrativa del tributo y que, dicho sea de paso, es muy común porque normalmente la DGI establece sistemas de todo tipo para recaudar mejor los impuestos que administra. El resto del literal "g" sigue delimitando ***cuáles son los sistemas que pueden ser establecidos***.

Si la norma legal en estudio (Artículo 1057-V, Parágrafo 15 del Código Fiscal), permite a la DGI, establecer sistemas de devolución de crédito a favor de los Contribuyentes, es porque la Ley implícitamente reconoce que los **contribuyentes de ITBMS tienen derecho a devolución de crédito de ITBMS**. Así las cosas, no tendría sentido que la Ley le permita al "administrador" del ITBMS, o sea, la DGI, el que pueda establecer los sistemas para devolverle créditos a los contribuyentes, si el derecho del contribuyente a la devolución no existiera previamente, dado que –en tal caso- los sistemas que se establezcan no podrían ser aplicados.

La norma infringida, no puede de ninguna manera, reconocerle una facultad a la DGI, de decidir si existe o no el derecho a la devolución del crédito de ITBMS. La DGI no puede tener a su discreción semejante facultad que solamente debe existir por Ley. En virtud de ello, realmente lo que la ley dispone es que, ante la existencia del derecho de devolución del crédito de ITBMS, se faculta a la DGI para que ejerza una labor muy típica de su rol de "administrador" del tributo, la cual consiste en ***establecer los sistemas de devolución de crédito a favor de los contribuyentes***.

Sin embargo, la frase impugnada contenida en el primer párrafo del artículo 25 del Decreto Ejecutivo No. 84 de 2005, debidamente subrogado por el artículo 17 del Decreto Ejecutivo No. 91 de 2010, señala lo contrario, cuando dice: "*(…) pero sin que ello genere derecho a devolución en ningún caso*". El contenido jurídico de dicha norma reglamentaria contradice de forma frontal el marco legal analizado, produciendo una violación directa, por comisión, del literal "g" del PARÁGRAFO 15 del artículo 1057-V del Código Fiscal.

Que en ninguna parte de la Ley aplicable al caso, o sea, en ninguna parte del parágrafo, ni sección del artículo 1057-V del Código Fiscal, existe una prohibición alguna en relación a la devolución del crédito de ITBMS a los contribuyentes. Que el único lugar en donde ha surgido dicha prohibición es en la disposición impugnada, la cual está a nivel de Decreto Ejecutivo, lo que involucra un uso excesivo de la potestad reglamentaria, dado que el reglamento se ha atribuido el derecho de imponer una prohibición de la esencia del tributo que la ley no contempla, provocando una violación directa, por comisión, del artículo 1057-V del Código Fiscal.

En varios países el crédito de IVA es sujeto de devolución, debido a lo cual es perfectamente razonable que el sistema legal tributario de Panamá, también lo permita.

III.- INFORME DE CONDUCTA POR PARTE DE LA ENTIDAD PÚBLICA DEMANDADA:

De fojas 22 a 24 del expediente judicial figura el informe de conducta de la entidad demanda, que en este caso es el Ministerio de Economía y Finanzas, quien a través de la nota MEF-2019-32970 del 22 de mayo de 2019, establece lo siguiente.

41

Que el Código Fiscal, en su artículo 1057-V, establece el Impuesto de Transferencia de Bienes Corporales Muebles y la Prestación de Servicios que se realicen en la República de Panamá. Que dicho tributo es regulado a través del Decreto Ejecutivo Nº 84 de 26 de agosto de 2005, modificado por el Decreto Ejecutivo Nº 91 de 25 de agosto de 2010.

Que el artículo 25 del Decreto Ejecutivo No. 84 de 2005, luego de las modificaciones establecidas a través del artículo 17 del Decreto Ejecutivo No. 91 de 2010, quedó de la siguiente manera:

> "*Artículo 25- Utilización del Crédito. Cuando el crédito fiscal sea superior al débito fiscal, dicho excedente podrá ser utilizado como tal en el periodo inmediato subsiguiente, pero sin que ello genere derecho a devolución en ningún caso.*"

Que el artículo 25 del Decreto Ejecutivo No. 84 de 2005, no violenta o transgrede el literal g, del parágrafo 15, del artículo 1057-V del Código Fiscal, que señala lo siguiente:

> "*Parágrafo 15.- La Dirección General de Ingresos, como oficina administradora de este impuesto, está facultada para:*
> *(...)*
> *g) Establecer sistemas de devolución o aplicación de créditos a favor de los contribuyentes, incluyendo las situaciones específicas contempladas en el siguiente parágrafo.*"

El la prenombrada disposición, se establece dentro de las facultades de la Dirección General de Ingresos (DGI), el establecer sistemas de devolución de crédito a favor de los contribuyentes o sistemas de aplicación de crédito en atención al ITBMS. Así las cosas, la norma señalada de ilegal, ha sido desarrollada en armonía y concordancia con el espíritu del Código Fiscal, el cual en el parágrafo 14 de dicho artículo señala que: "*en los casos que en determinado período el contribuyente luego de realizar la liquidación se encontrare con un crédito a su favor, lo imputará el a los períodos fiscales subsiguientes.*"

También la jurisprudencia nacional ha señalado, que la devolución establecida en el artículo 1057-V, parágrafo 15, literal g, del Código Fiscal, **no se ejecutará en forma líquida**, **sino** que la misma la hace la Dirección General de Ingresos, **a través de una compensación de crédito**, o sea, el reconocimiento de dicho crédito para el pago de un tributo en el periodo fiscal subsiguiente, tal como lo establece el parágrafo 14 de la norma en mención.

Que el artículo 25 del Decreto Ejecutivo No. 84 de 2005, a pesar de sufrir modificaciones por medio del artículo 17 del Decreto Ejecutivo No. 91 de 2010, ha mantenido intacto su parágrafo primero, en el cual se establece la frase demandada como ilegal. Sin dejar de lado, que, sobre la base del principio constitucional tributario

4/2

de reserva legal, el hecho imponible o bien hecho generador de este impuesto es la realización de una transferencia de bienes muebles corporales o la prestación o transferencia de servicios ocurridos en el territorio nacional, tal como lo señala el inciso primero del artículo 1057-V del Código Fiscal.

Que de conformidad con el tratamiento del Impuesto de Transferencia de Bienes Corporales Muebles y la Prestación de Servicios (ITBMS), el parágrafo 12 del Artículo 1057-V del Código Fiscal, establece que este tributo se determinará por la diferencia entre el débito fiscal y el crédito fiscal y cuando este último resulte mayor, constituirá un crédito fiscal a favor del contribuyente, y en consecuencia, se aplicará lo establecido en el parágrafo 14 antes indicado. Así las cosas, el referido parágrafo específica, que *si en un periodo fiscal determinado, después de ejecutada la liquidación del ITBMS, el contribuyente encontrase un crédito fiscal a su favor, éste lo atribuirá o bien lo imputará a períodos fiscales subsiguientes, es decir, no identifica la opción de devolución de las sumas integrantes del crédito fiscal.*

Por lo cual, la redacción del artículo 25 del acto administrativo impugnado, está subordinado a los preceptos legales previamente indicados.

IV.- OPINIÓN DE LA PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN:

A través de la vista Nº. 686 del 2 de julio de 2019, la Procuraduría de la Administración emite su concepto, el cual se encuentra visible de las fojas 25 a 29 del expediente judicial, y a grandes rasgos señala en torno al presente caso lo siguiente.

Que dentro del presente proceso, debe de tomarse en consideración que a través de la sentencia de 14 de julio de 2017, la Sala Tercera resolvió un proceso administrativo de nulidad, a través del cual, el Licdo. DIMAS ENRIQUE PÉREZ, actuando en su propio nombre y representación, presentó ante la Sala Tercera una demanda, con la finalidad que se declarara nula, por ilegal, la frase: "***pero sin que ello genere derecho a devolución en ningún caso***", la cual está contenida en el Primer Párrafo del artículo 25 del Decreto Ejecutivo 84 de agosto de 2005, emitido por el Ministerio de Economía y Finanzas.

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia del 14 de julio de 2017, llegó a indicar lo siguiente:

> "*(…) la Sala Tercera considera que la frase "(…)* ***pero sin que ello genere derecho a devolución en ningún caso*** *(…)", contenida en el Primer Párrafo del Artículo 25 del Decreto Ejecutivo No. 84 de 26 de agosto de 2015, emitido por el Ministerio de Economía y Finanzas,* ***no vulnera el literal g) del parágrafo 15 del artículo 1057-V del Código Fiscal.***
>
> *En consecuencia, la SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA QUE NO ES ILEGAL la frase "(…)* ***pero sin que ello genere derecho a devolución en ningún caso*** *(…)", contenida en el Primer Párrafo del Artículo 25 del Decreto Ejecutivo No. 84 de 26 de agosto de 2005, emitido por el Ministerio de Economía y Finanzas (El resaltado es nuestro)."*

Que de conformidad con el párrafo final del artículo 206 de la Constitución Política de la República, en concordancia con el artículo 52 de la Ley 135 de 1943, modificada por la Ley 33 de 1946 y el artículo 9 del Código Judicial, las decisiones de la Sala Tercera en ejercicio de las atribuciones señaladas en el numeral 2 de la citada disposición constitucional son finales, definitivas y obligatorias, y deben de publicarse en la Gaceta Oficial, por lo que mal puede el actor solicitarle a la Sala Tercera proceder a revisar y a modificar un decisión que tiene el **carácter de cosa juzgada**, entendiéndose como tal, el efecto de una resolución judicial firme, que impide abrir un nuevo proceso sobre el mismo objeto.

De acuerdo con un criterio expuesto por la Sala Tercera, a través del auto de 19 de septiembre de 2005, se indicó que:

> "*Las sentencias dictadas en las decisiones de nulidad son finales y definitivas. Por finales se entiende cosa juzgada, y, por tanto, no puede volver a plantearse el mismo problema decidido por la Sala Tercera en casos anteriores, y por definitivas se entiende que contra la decisión de la Corte no cabe recurso alguno.*"

Por lo antes expuesto, la Procuraduría de la Administración solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados que sirvan declarar que se ha producido el fenómeno de **COSA JUZGADA** dentro del proceso contencioso administrativo de nulidad, promovido por el Licdo. PUBLIO RICARDO CORTÉS C., para que se declare nula, por ilegal, la frase "***pero sin que ello genere derecho a devolución en ningún caso***", contenida en el primer párrafo del artículo 25 del Decreto Ejecutivo 84 de 26 de agosto de 2005, modificado por el artículo 17 del Decreto Ejecutivo 91 de 2010, que reglamenta el Impuesto a la Transparencia de Bienes Corporales Muebles y la prestación de Servicios (ITBMS), dictado por el Ministerio de Economía y Finanzas.

VI.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Le compete a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia entrar a examinar los cargos de infracción inherentes a las normas que se estiman vulneradas por la parte actora dentro de la presente Demanda Contenciosa-Administrativa de Plena Jurisdicción, a fin de determinar si las razones adoptadas por la entidad demandada con la expedición de los actos administrativos que se estiman impugnados se ajustan o no a derecho.

Previo al análisis de los cargos de ilegalidad efectuados por las demandantes, es pertinente indicar que a través de la presente demanda Contenciosa-Administrativa, se solicita que se declare lo siguiente:

- Que se declare nula, por ilegal, la frase "*pero sin que ello genere derecho a la devolución en ningún caso*", contenida en el primer párrafo del artículo 25 del Decreto

Ejecutivo No. 84 de 2005, debidamente subrogado por el artículo 17 del Decreto Ejecutivo No. 91 de 2010, que reglamenta el Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y la Prestación de Servicios (ITBMS), publicado en la Gaceta Oficial No. 26606-B del Miércoles 25 de agosto de 2010.

Expuestas las correspondientes pretensiones a través de la formulación de la presente demanda Contenciosa-Administrativa de Nulidad, y cumplidos los trámites legales, esta Corporación de Justicia procede a efectuar los siguientes señalamientos dentro del presente proceso.

Advierten quienes suscriben, que mediante fallo de 14 de julio de 2017, esta Sala declaró resolvió un proceso contencioso-administrativo de nulidad, en el que el Licdo. DIMAS ENRIQUE PÉREZ, actuando en su propio nombre y representación, había demandado solicitando que se declarara nulo, por ilegal, también el Primer Párrafo del artículo 25 del Decreto 84 de agosto de 2005, promulgado por el Ministerio de Economía y Finanzas, mediante el cual se demandaba en su debido momento la expresión "*(...)* ***pero sin que ello genere derecho a devolución en ningún caso***, que dicho sea de paso es la misma norma demandada a través de la presente acción por parte del Licdo. PUBLIO CORTÉS.

Así las cosas, a través de la sentencia del 14 de julio de 2017, la Sala Tercera declaró que no es ilegal, la frase "*(...)* ***pero sin que ello genere derecho a devolución en ningún caso***, contenida en el Primer Párrafo del Artículo 25 del Decreto Ejecutivo No. 84 del 26 de agosto de 2005, emitido por el Ministerio de Economía y Finanzas; y que **se relaciona con el mismo tema que es objeto de demanda** a través de la presente acción de nulidad, presentada por el Licdo. PUBLIO RICARDO CORTÉS.

En atención a lo señalado en el párrafo anterior, esta Sala concuerda con el criterio vertido por la Procuraduría de la Administración en el sentido que se ha producido el fenómeno jurídico de COSA JUZGADA, pues el objeto litigioso ha sido ya analizado y resuelto por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sin perder de vista que las sentencias emitidas por esta Corporación de Justicia son finales, definitivas y obligatorias, por lo cual no puede volverse a revisar y modificar una decisión que ya tiene las consideraciones o la naturaleza jurídica de una Cosa Juzgada, al haber sido ya resuelto este mismo problema jurídico planteado ante la Sala Tercera.

En efecto, le asiste la razón a la Procuraduría de la Administración cuando señala que el tema objeto de la presente demanda ya ha sido debatido y analizado por la Sala Tercera, produciéndose de esta manera el fenómeno de COSA JUZGADA, al existir previamente una resolución judicial en firme, lo cual impide abrir un nuevo proceso sobre el mismo objeto de litigio. Además, al ser la sentencia del 14 de julio de 2017 una

4/5

decisión final, debe entenderse que contra dicha decisión emitida por la Sala Tercera en virtud del artículo 207 de la Constitución Política de la República de Panamá, tampoco cabe ningún tipo de recurso (Cfr. expediente 416-16).

VII.- PARTE RESOLUTIVA:

En consecuencia, la Sala Tercera de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **DECLARA QUE SE HA PRODUCIDO EL FENÓMENO JURÍDICO DE COSA JUZGADA**, dentro del proceso contencioso administrativo de nulidad, promovido por el Licdo. PUBLIO RICARDO CORTÉS C., para que se declare nula, por ilegal, la frase "*(…) pero sin que ello genere derecho o devolución en ningún caso*", la cual se encuentra contenida dentro del primer párrafo del artículo 25 del Decreto Ejecutivo 84 de 26 de agosto de 2005, modificado por el artículo 17 del Decreto Ejecutivo 91 de 2010, que reglamenta el Impuesto a la Transparencia de Bienes Corporales Muebles y la prestación de Servicios (ITBMS), emitido por el Ministerio de Economía y Finanzas.

Notifíquese,

CECILIO CEDALISE RIQUELME
MAGISTRADO

LUIS RAMÓN FÁBREGA S.
MAGISTRADO

CARLOS ALBERTO VÁSQUEZ REYES
MAGISTRADO

KATIA ROSAS
SECRETARIA

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

Sala III de la Corte Suprema de Justicia
NOTIFIQUESE HOY 8 DE junio DE 2020
A LAS 9:40 a.m. DE LA mañana
A Procurador de la Administración.
Firma

479

N°1063-17 **PONENTE: MGDA. MARÍA EUGENIA LÓPEZ ARIAS**
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD PROPUESTA POR EL LICENCIADO JAMES BERNARD, EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, CONTRA LA RESOLUCIÓN DE GABINETE N°41 DE TREINTA Y UNO (31) DE MARZO DE DOS MIL CATORCE (2014), DICTADA POR EL CONSEJO DE GABINETE.

REPÚBLICA DE PANAMÁ
ÓRGANO JUDICIAL
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- PLENO

REPÚBLICA DE PANAMÁ Secretaría General CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Panamá, diecinueve (19) de mayo de dos mil veinte (2020).

VISTOS:

En conocimiento del Pleno de la Corte Suprema de Justicia se encuentra la Demanda de Inconstitucionalidad promovida por el Licenciado James Bernard, en nombre y representación de la Contraloría General de la República, contra la Resolución de Gabinete N°41 de treinta y uno (31) de marzo de dos mil catorce (2014), dictada por el Consejo de Gabinete, publicada en la Gaceta Oficial No. 27,505-A de primero (1°) de abril de dos mil catorce (2014), cuyo tenor es el siguiente:

"República de Panamá
CONSEJO DE GABINETE
RESOLUCIÓN DE GABINETE N° 41
De 31 de marzo de 2014

Que autoriza la celebración de un Acuerdo entre Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), en nombre y representación de EL ESTADO, y la Empresa ENEL FORTUNA, S.A. a fin de mitigar las pérdidas que esta sufra o pueda experimentar como resultado del retraso en la construcción de la ampliación de la tercera línea de transmisión eléctrica.

EL CONSEJO DE GABINETE

En uso de sus facultades constitucionales y legales

480

CONSIDERANDO:

Que el Gobierno Nacional implementa políticas en el sector eléctrico de gran importancia para nuestro país; destinadas a satisfacer necesidades colectivas primordiales de forma permanente, asegurando la prestación eficiente, continua e ininterrumpida del servicio, salvo excepciones contempladas en el Texto Único de la Ley 6 de 1997 que dicta el Marco Regulatorio e Institucional para la Prestación del Servicio Público de Electricidad;

Que la Empresa ENEL FORTUNA, S.A., es una sociedad anónima panameña de capital mixto, con la participación accionaria estatal, dedicada a los servicios de generación hidroeléctrica en la República de Panamá, la cual fue establecida bajo el amparo de la Ley 6 de 3 de febrero de 1997, y cuya sociedad está debidamente inscrita a ficha 340438, rollo 579883 e imagen 38, de la Sección de Micropelícula Mercantil del Registro Público de Panamá;

REPÚBLICA DE PANAMÁ
Secretaría General
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Que en la actualidad, la capacidad instalada en el parque de generación del Sistema Interconectado Nacional es de 2175.66 MW de los cuales 1687.49 MW, corresponden a potencia firme, pero debido a la indisponibilidad de algunas unidades de generación térmica e hidroeléctrica y la disminución de los caudales hídricos por debajo del promedio, se han reducido los niveles de generación instalada a un límite muy cercano a la demanda de energía;

Que es deber del Estado, procurar que la prestación del servicio público de electricidad sea eficiente, continuo e ininterrumpido, para procurar que las variaciones en el Mercado Mayorista de Electricidad no sean abruptas ni se impacte la garantía de suministro oportuno y confiable de energía que se traduce en una inadecuada señal de precios, lo cual repercute de manera perjudicial en la tarifa eléctrica de los clientes finales;

Que de conformidad con la legislación vigente en materia del servicio público de generación de energía eléctrica, el despacho de las distintas centrales de generación en el país es planificado y dirigido por el Centro Nacional de Despacho (CND), de la Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A. (ETESA);

Que la legislación vigente en materia del servicio público de electricidad, en la medida que el despacho mensual de un generador, según lo dirija el Centro Nacional de Despacho (CND), resulte inferior a la energía que, de conformidad con sus contratos de suministro vigentes, le corresponda entregar al sistema; dicho generador deberá comprar cualesquiera faltantes en el Mercado Ocasional, a los precios vigentes en el mismo;

Que las condiciones climatológicas no son objeto de control, no obstante, se pueden tomar las medidas necesarias a fin de lograr que las posibles afectaciones por el clima sean mínimas y controlables con su aplicación; por lo que es necesario contar con el respaldo de generación del parque térmico existente;

Que por motivo del retraso en la construcción de la ampliación de la tercera línea de transmisión eléctrica previsto en el plan de Expansión de Transmisión 2010 al 2024 (PESIN), se ha visto reducida la capacidad de generación de ENEL FORTUNA S.A., lo que ha motivado que esta empresa se vea obligada a realizar compras en el Mercado Ocasional a costos muy por encima de los presupuestos y así cumplir con los contratos de suministros con las distintas distribuidoras;

481

Que las limitaciones en la capacidad de transmisión, impiden el aprovechamiento de los recursos hídricos del sistema, así como le ha restado a ENEL FORTUNA S.A., la posibilidad de contar con la totalidad de la energía de su parque de generación para atender sus obligaciones bajo los contratos de suministro; y le ha generado una prestación excesivamente onerosa para el cumplimiento de sus obligaciones, causándole de esta manera afectaciones significativas;

Que la continuidad operativa de las unidades de generación de la empresa ENEL FORTUNA S.A., forman parte del Sistema Interconectado Nacional y constituyen un activo necesario para asegurar la continuación del suministro eléctrico en la República de Panamá;

Que ENEL FORTUNA S.A., se encuentra contratada en un 91% y aunado a las limitaciones en la línea de transmisión, le ha provocado la obligación de avocarse a compras en el Mercado Ocasional a fin de cumplir con los contratos de suministro vigentes, generándole una reducción en sus ingresos, debido al alza de sus costos por encima de lo previsto;

Que el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), en representación de EL ESTADO, consciente de las limitaciones en la capacidad de transmisión ha considerado oportuno y propicio reconocerle a ENEL FORTUNA S.A., los montos de hasta treinta millones de balboas con 00/100 (B/.30 000 000.00), en el periodo comprendido desde el 01 de marzo de 2014 al 31 de diciembre de 2014, a fin de mitigar las pérdidas que esta haya sufrido o sufra como resultado de las circunstancias antes descritas;

REPÚBLICA DE PANAMÁ
Secretaría General
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Que para el periodo comprendido desde el 1 de enero de 2015 al 31 de diciembre de 2015, el MEF reconocerá a ENEL FORTUNA S.A., la suma de hasta veintidós millones quinientos mil balboas con 00/100 (B/.22 500 000.00), y de hasta veintidós millones quinientos mil balboas con 00/100 (B/.22 500 000.00), en el periodo comprendido desde el 01 de enero de 2016 al 31 de diciembre de 2016;

Que los montos señalados en el párrafo que antecede serán afectados del Fondo de Compensación Energética (FACE), autorizado mediante Resolución de Gabinete N.° 174 de 8 de noviembre de 2011, que es un fideicomiso a través del cual se realizan los pagos correspondientes a las empresas generadoras de carga de energía eléctrica con capital accionario mixto;

Que el reconocimiento de los montos arriba descritos, estará sujeto al periodo comprendido de cada año, hasta los montos máximos según lo señalado con anterioridad o hasta la puesta en operación de toda la tercera línea de transmisión, lo que ocurra primero;

Que la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (ASEP), regula el ejercicio de las actividades del sector de energía eléctrica para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente y será la entidad encargada de la validación de los montos de acuerdo a la aplicación de la metodología para cálculos de los reconocimientos que el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), le hará a ENEL FORTUNA S.A., según las sumas antes señaladas. Dicha metodología de reconocimiento deberá ser definida en el Acuerdo;

Que el Consejo Económico Nacional (CENA), en sesión celebrada el 27 de marzo de 2014, a través de su nota CENA/073 de 27 de marzo de 2014, por votación unánime, emitió opinión favorable, a la celebración de un Acuerdo, para establecer un compromiso de aportes de EL ESTADO, a través del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), a ENEL FORTUNA S.A.;

482

Que es facultad del Consejo de Gabinete organizar el crédito público, reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio, según lo establece el numeral 7 del artículo 200 de la Constitución Política de la República,

RESUELVE:

Artículo 1. Autorizar la celebración de un Acuerdo entre Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), en nombre y representación de EL ESTADO, y la empresa ENEL FORTUNA, S.A., a través del cual se le reconoce los montos de hasta treinta millones de balboas con 00/100 (30 000 000.00) en el año 2014, y de hasta veintidós millones quinientos mil balboas con 00/100 (B/.22 500 000.00), para los años 2015 y 2016 respectivamente, a fin de mitigar las pérdidas que esta sufra o pueda sufrir como resultado del retraso en la construcción de la ampliación de la tercera línea de transmisión eléctrica.

Artículo 2. Autorizar al Ministerio de Economía y Finanzas, en nombre y representación de El Estado, para que aporte la suma reconocida en el artículo anterior de la siguiente manera:

De hasta treinta millones de balboas con 00/100 (B/.30 000 000.00), en el periodo comprendido desde el 1 de marzo de 2014 al 31 de diciembre de 2014; de hasta veintidós millones quinientos mil balboas con 00/100 (B/.22 500 000 00) en el periodo comprendido desde el 1 de enero de 2015 al 31 de diciembre de 2015; y de hasta veintidós millones quinientos mil balboas con 00/100 (B/.22 500 000.00), en el período comprendido desde el 01 de enero de 2016 al 31 de diciembre de 2016. Los montos antes descritos serán afectados del Fondo de Compensación Energética (FACE). El reconocimiento de los montos indicados, estará sujeto al periodo comprendido de cada año, hasta los montos máximos según lo señalado en este artículo o hasta la puesta en operación de toda la tercera línea de transmisión, lo que ocurra primero.

Artículo 3. Autorizar al ministro de Economía y Finanzas (MEF), para que, en nombre y representación de el ESTADO, o, en su defecto, al viceministro de Economía o, en su defecto, al viceministro de Finanzas, cada uno de ellos autorizado individualmente, para que negocie y suscriba acuerdo con la empresa ENEL FORTUNA S.A., así como cualquier otro documento, necesario y propio de este tipo de operaciones y realice los actos que se requieran para asumir los montos reconocidos por parte de EL ESTADO. El Acuerdo deberá contar con el refrendo de la Contraloría General de la República, conforme a las normas y prácticas prevalecientes para este tipo de transacciones.

Artículo 4. La presente Resolución de Gabinete comenzará a regir a partir de su promulgación.

FUNDAMENTO LEGAL: Numeral 7 del artículo 200 de la Constitución Política de la República, Resolución de Gabinete N.° 174 de 8 de noviembre de 2011.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Dada en la ciudad de Panamá, a los treinta y un (31) días de mes de marzo de dos mil catorce (2014).

(...)" (sic).

CONTENIDO DE LA DEMANDA DE INCOSTITUCIONALIDAD (FOJAS 2-25).

483

El demandante expresa que de conformidad con la Constitución Política de la República de Panamá y la Ley, la Contraloría General de la República está facultada para demandar la declaratoria de inconstitucionalidad o de ilegalidad de Leyes o actos contrarios a la Constitución Política de la República de Panamá o la Ley, que afecten patrimonio público.

En ese orden de ideas, considera que el acto atacado viola los artículos 200 (numeral 7), 17, 18, 163 (numeral 3), 19 y 32 de la Constitución Política de la República de Panamá.

En cuanto al artículo 200, numeral 7, de la Constitución Política de la República de Panamá, sostiene que dicha norma, en concordancia con el artículo 159, numeral 11, de la Constitución Política de la República de Panamá, facultan al Consejo de Gabinete para reglamentar las Leyes cuadro dictadas por la Asamblea Nacional, en materias referentes a la negociación y contratación de empréstitos, organización del crédito público, reconocimiento de la deuda nacional y arreglo de su servicio, fijar y modificar los aranceles, tasas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas, cuando el Órgano Legislativo no haya dictado Ley o Leyes que contengan las normas generales reguladoras de dichas materias.

Sin embargo, considera que la Resolución atacada lo que establece es un mecanismo para el reconocimiento de un monto de dinero a favor de la empresa ENEL FORTUNA, S.A. ajeno a la norma constitucional, que no reglamenta una Ley cuadro dictada previamente por el Órgano Legislativo, sino que se circunscribe a autorizar la celebración de un acuerdo entre el Ministerio de Economía y Finanzas (en nombre y representación del Estado) y la empresa ENEL FORTUNA, S.A., a través del cual se le reconoció a la empresa los montos indicados en los artículos 1 y 2 de dicha Resolución y se autoriza también al Ministerio de Economía y Finanzas para que aporte la suma reconocida en el artículo 1, al mismo tiempo que autoriza al Ministro de esta cartera, o en su defecto al Viceministro de Economía o, en su defecto al Viceministro de Finanzas, para que en nombre del Estado negocien y

484

suscriban acuerdos con la empresa ENEL FORTUNA, S.A., así como cualquier otro documento que sea necesario y propio a este tipo de operaciones, y realice los actos que se requieran para asumir los montos reconocidos por parte del Estado.

El demandante considera que la resolución atacada regula una materia ajena a las facultades que el artículo 200, numeral 7, del Texto de la Constitución Política de la República de Panamá le confiere al Consejo de Gabinete; no tiene las características de un Reglamento, ya que no es un acto de carácter general, sino que se trata de un acto de contenido individual, personal o concreto a través del cual se autoriza la celebración de un acuerdo entre el Ministerio de Economía y Finanzas y la empresa ENEL FORTUNA,S.A., y tampoco es un Reglamento subsidiario, ante la inactividad del Órgano Legislativo, sino un mecanismo para el reconocimiento de una indemnización a favor de la empresa ENEL FORTUNA,S.A. bajo el pretexto de mitigar las pérdidas que esta sufra o pueda sufrir como resultado del retraso en la construcción de la ampliación de la tercera línea de transmisión eléctrica.

REPÚBLICA DE PANAMÁ
Secretaría General
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

De igual modo, el accionante afirma que el acto atacado viola el principio de reenvío, que obliga al Consejo de Gabinete a remitir al Órgano Legislativo copia de todos los Decretos que dicte en ejercicio de la facultad que le otorga al Consejo en atención a lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 200 de la Constitución Política de la República de Panamá.

En cuanto al artículo 17 de la Constitución Política de la República de Panamá, el demandante afirma que fue infringido de forma directa, por omisión, ya que el Consejo de Gabinete debió abstenerse de dictar una Resolución que no está referida a alguna de las materias relacionadas con el numeral 7 del artículo 200 de la Constitución Política de la República de Panamá.

Igualmente, sostiene que la autorización para la celebración del acuerdo entre el Estado y la empresa ENEL FORTUNA,S.A. se realizó en contravención de las normas que integran el marco regulatorio que rige en el sector eléctrico y del

485

artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Ley N°13 de 27 de octubre de 1976), que reconoce el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia y a la mejora continua de las condiciones de existencia y del desarrollo sostenible.

En este orden de ideas, plantea que el uso del patrimonio del Fondo de Compensación Energética (FACE) para los fines indicados en la Resolución de Gabinete, vulnera el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, ya que las sumas destinadas a mitigar las pérdidas que sufra o pueda sufrir la empresa generadora de energía eléctrica como resultado de la demora en la ampliación de la tercera línea de transmisión eléctrica, se toman del Fondo de Compensación Energética (FACE), el cual se constituyó con el objetivo de compensar a las empresas distribuidoras de energía eléctrica por los montos que estas dejen de percibir debido a la estabilización de la tarifa eléctrica a los clientes regulados, de conformidad con las Resoluciones emitidas por la Autoridad de los Servicios Públicos.

REPÚBLICA DE PANAMÁ
Secretaría General
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Con relación al artículo 18 de la Constitución Política de la República de Panamá, que consagra el principio de legalidad de las actuaciones de los servidores públicos, según el cual estos sólo pueden hacer lo que la Ley les faculta, estima que se vulnera ya que el Consejo de Gabinete no es competente para autorizar la celebración de un acuerdo entre el Estado y la empresa ENEL FORTUNA, S.A. con relación a la materia pactada.

De igual manera, el actor sostiene que se desconoce el numeral 3 del artículo 163 de la Constitución Política de la República de Panamá, que prohíbe a la Asamblea Nacional reconocer indemnizaciones a cargo del Tesoro Público que no hayan sido previamente declaradas por las autoridades competentes, prohibición que considera extensible al Consejo de Gabinete, ya que, el mismo tiene entre sus funciones expedir, modificar, reformar o derogar las leyes conforme a la función legislativa que le otorga el artículo 159 de la Carta Magna, y no la de reconocer

486

indemnizaciones a cargo del Tesoro Nacional si no han sido previamente declaradas por las autoridades competentes.

Alega, la Resolución de Gabinete N°41 de treinta y uno (31) de marzo de dos mil catorce (2014) reconoce unos montos a favor de la empresa ENEL FORTUNA, S.A., sin que se hubiese ordenado indemnización alguna por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, órgano a quien en atención a lo previsto en los numerales 8, 9 y 10 del artículo 97 del Código Judicial le corresponde conocer de los procesos de indemnización contra el Estado.

Por otro lado, el demandante aduce la violación directa por omisión del artículo 19 de la Constitución Política, ya que considera que la Resolución de Gabinete produce un privilegio en favor de la empresa ENEL FORTUNA, S.A., el cual está dado por el reconocimiento de dinero a su favor sin fundamento constitucional o legal, y con el fin de conceder una ventaja o beneficio exclusivo a favor de la referida sociedad, lo que constituye una posible lesión a los bienes y fondos públicos que la Contraloría General de la República debe preservar.

Por último, alega el accionante que el acto impugnado infringe de forma directa, por omisión, el artículo 32 del Texto Fundamental, en virtud de que el Consejo de Gabinete carece de competencia para autorizar la celebración de un acuerdo entre el Ministerio de Economía y Finanzas en nombre del Estado y la empresa ENEL FORTUNA, S.A., a través del cual se le reconozca a la empresa los montos indicados. Advierte que la Resolución de Gabinete en el antepenúltimo párrafo del considerando establece que la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos será la encargada de la validación de los montos "... de acuerdo con la aplicación de la metodología para cálculos de los reconocimientos que el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), le hará a ENEL FORTUNA, S.A.". Sin embargo, señala que conforme al artículo 86 de la Ley N°45 de 31 de octubre de 2007, con relación a lo dispuesto en el artículo 9 del Texto Único de la Ley N°6 de 1997, esa no es competencia de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos. En línea con

487

lo anterior, indica que el acto demandado se realizó con prescindencia absoluta de los trámites legales por cuanto reconoce una indemnización sin que el Estado haya sido previamente condenado a pagar la misma en virtud de fallo en firme de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, autoridad judicial que conforme al artículo 97 numerales 8, 9 y 10 del Código Judicial, tiene entre sus competencias la facultad de conocer y decidir – previo cumplimiento de las garantías del debido proceso, el derecho a defensa y a prueba – de los procesos que se originen por actos, omisiones, prestaciones defectuosas o deficientes de los servidores públicos. Por último, señala el demandante que la Resolución de Gabinete no examina ni valora ningún medio de prueba que acredite la supuesta obligación del Estado de indemnizar a la empresa ENEL FORTUNA, S.A., faltando así al deber de motivar que conforme a la jurisprudencia constitucional afecta la garantía del debido proceso legal.

El actor solicita que al declararse la inconstitucionalidad de la Resolución de Gabinete N°41 de treinta y uno (31) de marzo de dos mil catorce (2014), dictada por el Consejo de Gabinete, se le otorgue a la sentencia efectos retroactivos, conforme a la jurisprudencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia que dispone que cuando la declaratoria de inconstitucionalidad afecta la vinculación jurídica de quienes fueron favorecidos con alguna medida, entonces la misma puede tener efectos hacia el pasado (*ex tunc*).

REPÚBLICA DE PANAMÁ
Secretaría General
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Una vez admitida la demanda, se corrió traslado a la Procuraduría General de la Nación, quien por medio de la Vista N°30 de dieciocho (18) de diciembre de dos mil diecisiete (2017) emitió concepto, solicitando que se declare que la Resolución de Gabinete demandada es inconstitucional (Fojas 107-140).

488

La representante del Ministerio Público considera que el Consejo de Gabinete puede actuar en el ámbito de su competencia, que es la de negociar y contratar empréstitos, organización de crédito público, reconocimiento de deuda nacional y arreglo de su servicio; fijación y modificación de aranceles, tasas y demás disposiciones de carácter aduanero, siempre que el Órgano Legislativo no haya dictado Leyes generales correspondientes y sobre lo cual deberá enviarse copias de los decretos en ejercicio de esta facultad. Sin embargo, estima que la facultad concedida al Consejo de Gabinete, a la que hace referencia el numeral 7 del artículo 200 de la Constitución Política de la República de Panamá funciona subsidiariamente, ya que interactúa con el numeral 11 del artículo 159 del Texto Constitucional, según el cual la Asamblea Nacional mantiene la obligación de dictar normas de carácter general o específicas a las que debe sujetarse el Poder Ejecutivo, las entidades autónomas y semiautónomas, las empresas estatales y mixtas, cuando, con respecto a éstas últimas, el Estado tenga el control de empréstitos, organización del crédito público, reconocimiento de deuda nacional y arreglo de su servicio; fijación y modificación de aranceles, tasas y demás disposiciones de carácter aduanero.

En ese orden de ideas, la representación del Ministerio Público observa que la Resolución de Gabinete N°41 de treinta y uno (31) de marzo de dos mil catorce (2014), fue dictada por el Consejo de Gabinete con la finalidad de autorizar al Ministerio de Economía y Finanzas, en representación del Estado, y la empresa ENEL FORTUNA, S.A., a fin de celebrar un acuerdo para mitigar las pérdidas que la empresa sufra o pueda experimentar por el retraso en la construcción de la ampliación de la tercera línea de transmisión eléctrica.

Destaca que en la Resolución AN N°9515-Elec la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, que aprobó los proyectos presentados por la Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A., en el marco del Plan de Expansión del Sistema Interconectado Nacional del año dos mil quince (2015), se señala que existe una

489

restricción en la capacidad de transmisión producto de los retrasos en la ejecución de obras comprometidas en los Planes de Expansión anteriores, y se conmina a adoptar las medidas de mitigación necesarias para que el Sistema Interconectado Nacional opere dentro de los rangos de calidad y seguridad indicados en la normativa vigente.

Afirma la Procuradora que el Contrato de Fideicomiso así como dos de las cláusulas del Contrato celebrado por el Ministerio de Economía y Finanzas y la Empresa de Transmisión Eléctrica permiten advertir que existen dos tipos de compensaciones para los cuales se ha diligenciado dicho contrato: El primero, para las empresas distribuidoras de energía, para el que se precisa dicha compensación económica; y el segundo, para el pago de empresas generadoras de este rubro condicionado a lo que disponga el Fideicomitente, que es donde figura la empresa ENEL FORTUNA S.A. como uno de los beneficiarios del contrato financiero en estudio.

Considera que las contingencias en el retraso de la construcción de la tercera línea de transmisión eléctrica así como las limitaciones en la capacidad de transmisión, no justifican la emisión del acto impugnado, dado que las compras en el mercado ocasional para la empresa sólo dan cabida a una reclamación económica cuando se justifique jurídica y técnicamente las pérdidas, a través de un procedimiento administrativo ante las autoridades correspondientes.

Señala, además, que la Resolución de Gabinete al autorizar la celebración de un acuerdo entre el Ministerio de Economía y Finanzas y la empresa ENEL FORTUNA S.A., está realizando una función que debe tener lugar en ausencia de leyes generales o específicas en materia de crédito público o deuda nacional, cosa que no ocurre en este caso.

La Procuradora destaca que el servicio público de electricidad para la República de Panamá a través de su legislación, permite cumplir y reglamentar de manera suficiente las contingencias de los agentes económicos que laboren en el

490

mercado de energía para que sean compensados cuando se logre justificar técnica y jurídicamente, sin que para ello se requiera de lo dispuesto en la Resolución impugnada, razón por la cual considera que debe prosperar el cargo de violación del artículo 200, numeral 7, de la Constitución Política de la República de Panamá.

Con relación a los argumentos de violación de los artículos 17 y 18 de la Constitución Política de la República de Panamá, hace alusión a un pronunciamiento del Pleno de la Corte Suprema de Justicia en donde se dice que son normas programáticas, que no consagran derechos ni garantías individuales ni sociales.

Respecto al cargo de infracción del artículo 163, numeral 3, de la Constitución Política de la República de Panamá, considera que no tiene lugar pues la Resolución N°41 de treinta y uno (31) de marzo de dos mil catorce (2014) no transgrede la restricción constitucional atacada, ya que lo resuelto por el Consejo de Gabinete no es una indemnización a cargo del Tesoro Público.

REPÚBLICA DE PANAMÁ Secretaría General CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

La Procuraduría General de la Nación expresa que coincide con el demandante en que el acto recurrido vulnera el artículo 19 de la Constitución Política de la República de Panamá en que la Resolución de Gabinete atacada fue emitida por un organismo sin competencia funcional, creando así una condición privilegiada con el resto de los agentes económicos del mercado que deberán surtir sus exigencias económicas mediante la aplicación de las Reglas del Mercado Mayorista de Electricidad que se incluye dentro del ejercicio de los actos administrativos del Estado.

Respecto al cargo de violación del artículo 32 de la Constitución, la Procuradora es del criterio que la Resolución de Gabinete impugnada no presenta vicios que afectan la garantía del debido proceso. En este caso, dice la representante del Ministerio Público "... contrario a la generalidad y al derecho de tutela judicial efectiva, no se le niega el reconocimiento de una garantía fundamental a favor de una persona o individuo, sino que se concede un derecho sin la facultad

491

constitucional para que el ente encargado lo haga por estar fuera de su competencia funcional".

En definitiva, la Procuradora sostiene que la Resolución de Gabinete N°41 de treinta y uno (31) de marzo de dos mil catorce (2014), debe declararse inconstitucional en virtud de que vulnera los artículos 19 y 200, numeral 7, de la Constitución Política de la República de Panamá.

REPÚBLICA DE PANAMÁ
Secretaría General
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ARGUMENTOS DE LOS TERCEROS INTERESADOS

En la fase correspondiente, los interesados hicieron uso del derecho contenido en el artículo 2564 del Código Judicial, expresando su opinión sobre el tema constitucional en debate.

El Doctor Olmedo Sanjur presentó alegatos en favor de que se declare inconstitucional la Resolución de Gabinete N°41 de treinta y uno (31) de marzo de dos mil catorce (2014), indicando que no encuentra fundamento jurídico para la misma en ninguno de los supuestos que señala el numeral 7 del artículo 200, en concordancia con el numeral 11 del artículo 159 de la Constitución Política de la República de Panamá, y considera que el acto atacado vulnera el numeral 3 del artículo 163 de la Constitución, ya que si la norma constitucional prohíbe a la Asamblea Nacional reconocer a cargo del Tesoro Público indemnizaciones que no hayan sido declaradas por las autoridades competentes, resulta lógica la conclusión de que al Consejo de Gabinete se le aplique la misma prohibición (Cfr. Fojas 147-151).

Por su parte, la Licenciada Karla León Navarro, presentó alegatos en contra de la pretendida declaratoria de inconstitucionalidad, pues a juicio la iniciativa constitucional que se examina no debió ser admitida por no cumplir con el principio de definitividad ya que, en su opinión, la Resolución de Gabinete N°41 de treinta y

492

uno (31) de marzo de dos mil catorce (2014) debió ser recurrida ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia antes de ser impugnada en la vía constitucional. En ese mismo sentido, rechaza la solicitud del demandante de que se le otorguen efectos retroactivos a la declaratoria de inconstitucionalidad peticionada, por considerarlo contrario a lo que dispone el artículo 2573 del Código Judicial. Señala que la Resolución de Gabinete impugnada responde a las materias reguladas en el artículo 200 de la Constitución Política de la República de Panamá, pues fue expedida a efecto de cumplir con la legislación vigente en materia del servicio público de energía eléctrica y forma parte de la política estatal que busca procurar que la prestación del servicio sea eficiente, continua e ininterrumpida, de manera que las variaciones del mercado mayorista de electricidad no impacten de manera negativa el suministro oportuno y confiable de energía y no repercutan de manera perjudicial en la tarifa eléctrica de los clientes finales (Cfr. Fojas 152-160).

La firma forense Evans González Moreno & Asociados, presentó alegatos en nombre y representación de la empresa ENEL FORTUNA, S.A., solicitando que se desestimen los cargos de violación y que se declare que, con relación a la Resolución de Gabinete N°41 de treinta y uno (31) de marzo de dos mil catorce (2014) hay cosa juzgada constitucional, en atención a la sentencia del Pleno de ocho (8) de febrero de dos mil diecisiete (2017).

Sostiene que con base en la Resolución N°41 de treinta y uno (31) de marzo de dos mil catorce (2014), se suscribió el Acuerdo No. 002-2014, que dio lugar a que, mediante Resoluciones de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, se ordenaran distintos pagos a ENEL FORTUNA por la suma Diecinueve Millones Veinticuatro Mil Quinientos Trece Balboas con Cuarenta y Cinco Centésimos (B/.19,024,513.45), actos administrativos que se encuentran en firme, lo mismo que las notas de autorización emitidas por el Ministerio de Economía y Finanzas, todo lo cual fue refrendado por la Contraloría General de la República y que por lo tanto, la actuación de la Contraloría contradice la doctrina de los actos propios.

493

Indica que actualmente la Empresa de Transmisión Eléctrica mantiene una cuenta por pagar en favor de la empresa ENEL FORTUNA por el monto de Trece Millones de Balboas con 00/100 (B/.13,000,000.00), la cual se encuentra señalada en la Resolución de Gabinete N°41 de treinta y uno (31) de marzo de dos mil catorce (2014) y en el Acuerdo No.002-2014, refrendado por la Contraloría General de la República; y que la Contraloría General de la República suspendió los pagos de estas cuentas cuando interpuso una Consulta de Constitucionalidad respecto de las Resoluciones de Gabinete No. 41 y 42 de treinta y uno (31) de marzo de dos mil catorce (2014), rehusándose a su vez a reconocer y pagar las cuentas que se continuaron generando durante el tiempo que transcurrió el proceso constitucional ante el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, el cual terminó con la emisión de la sentencia de ocho (8) de febrero de dos mil diecisiete (2017), publicada en Gaceta Oficial No. 28,260 de dieciocho (18) de abril de dos mil diecisiete (2017).

Refiere que el trece (13) de octubre de dos mil diecisiete (2017) la Contraloría General de la República a través de su apoderado legal, presentó sendas Demandas de Inconstitucionalidad contra las Resoluciones de Gabinete No. 41 y No. 42 de treinta y uno (31) de marzo de dos mil catorce (2014) (Entradas No. 1063-17 y 1064-17), y dos Demandas Contencioso Administrativas de Nulidad contra las mismas Resoluciones de Gabinete y los Acuerdos No. 002-2014 y 001-2014, refrendados por la Contraloría General de la República (Entradas No. 747-17 y 748-17).

Considera que el Consejo de Gabinete actuando en cumplimiento de la Constitución, dispuso que los montos que se aportarían para mitigar las pérdidas que sufrieran las empresas dedicadas a la generación de energía eléctrica, fueran dispuestos del Fondo de Compensación Energética de conformidad con la disponibilidad presupuestaria y que la Resolución N°41 de treinta y uno (31) de marzo de dos mil catorce (2014) no se expidió para otorgar una exoneración, ventaja o beneficio a alguna empresa de generación eléctrica, sino para mitigar las pérdidas

494

que sufrieran las empresas de generación de energía eléctrica como resultado del retraso en la ampliación de la tercera línea de transmisión eléctrica, imputable a la Empresa de Transmisión Eléctrica, por lo que rechaza que el acto demandado viole los artículos 17 y 18 de la Constitución Política de la República de Panamá.

Con relación al argumento de la parte demandante en cuanto a que la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia es quien se encuentra exclusivamente facultada para resolver sobre las indemnizaciones por responsabilidad del Estado, explica que lo que hace la Resolución impugnada es constituir el Fondo de Compensación Energética, compuesto por los fondos provenientes del Contrato de Fideicomiso celebrado entre el Ministerio de Economía y Finanzas y la Empresa de Transmisión Eléctrica, cuyo objeto es crear un patrimonio aparte del Tesoro Nacional para compensar a las empresas distribuidoras de energía por los montos que dejaran de percibir debido a la estabilización de la tarifa eléctrica. Es decir, que no se trata de alguna de las materias prohibidas a la Asamblea Nacional por el artículo 163, numeral 3, de la Constitución Política de la República de Panamá.

Así mismo, descarta que el acto atacado infrinja el artículo 19 de la Constitución Política de la República de Panamá aducido en la demanda, ya que las razones que motivaron la expedición de la Resolución de Gabinete N°41 de treinta y uno (31) de marzo de dos mil catorce (2014) no conllevan el establecimiento de algún fuero o privilegio a la empresa ENEL FORTUNA, S.A., debido a que la misma responde a la necesidad de mitigar las pérdidas que sufra o pueda sufrir cada una de las empresas beneficiadas como resultado del retraso en la construcción de la ampliación de la tercera línea de transmisión eléctrica, contemplada en el Plan de Expansión de Transmisión 2010 al 2024 (PESIN); y en particular porque el retraso en la construcción de la ampliación de la tercera línea ha dado lugar a que la capacidad de generación de la empresa ENEL FORTUNA, S.A. se vea reducida y en consecuencia, la empresa se haya visto obligada a

REPÚBLICA DE PANAMÁ
Secretaría General
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

495

comprar en el mercado ocasional a un costo muy por encima de lo proyectado para poder cumplir con los contratos de suministros con las distintas distribuidoras.

Del mismo modo, descarta que el acto impugnado sea contrario al debido proceso. Por el contrario, afirma que existe un procedimiento creado especialmente para los casos en los que se vaya a utilizar el fondo de compensación energética, en el cual participan entidades estatales relacionadas al estudio, metodología y determinación de los factores del sector energético de Panamá, mismo que fue refrendado por el Contralor al momento de crearse el fondo y efectuarse los pagos posteriores a ENEL FORTUNA, S.A. y AES PANAMÁ, S.A., que cumplieron con el procedimiento administrativo aplicable por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, el Ministerio de Economía y Finanzas, la Contraloría General de la República y la Empresa de Transmisión Eléctrica.

REPÚBLICA DE PANAMÁ
Secretaría General
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

El Licenciado Enrique Navarrete a través de escrito consultable de foja 421 a foja 427, expresa su desacuerdo con las peticiones formuladas por la Contraloría General de la República y reitera que la Contraloría en su momento interpuso una Consulta de Inconstitucionalidad contra la Resolución de Gabinete N°41 de treinta y uno (31) de marzo de dos mil catorce (2014), que fue declarada No Viable y que ahora dicha entidad pretende traer nuevamente el asunto a revisión del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, obviándose que las decisiones de la Corte son finales, definitivas y obligatorias. En razón de la sentencia aludida, el interviniente solicita que en este caso se declare sustracción de materia.

La Contraloría General de la República a través de su representante, presentó alegatos finales, resaltando que la Demanda de Inconstitucionalidad promovida debe resolverse en el fondo, toda vez que el acto acusado, es de aquellos susceptibles de ser impugnados por vía de la Acción de Inconstitucionalidad; cuya impugnación no requiere agotar la vía contencioso administrativa o que esta tenga preferencia sobre la constitucional; la resolución atacada es un acto definitivo; y bajo los principios de tutela judicial efectiva y *pro*

496

actione lo que corresponde es que el Pleno se pronuncie en el fondo sobre las pretensiones de la demanda. En cuanto a las cuestiones de fondo, el accionante reitera los argumentos de violación ofrecidos en la demanda y recuerda que conforme a la doctrina y la jurisprudencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, cuando lo que se demanda no es una norma legal, sino un acto de carácter individualizado, como sucede en este caso, es factible que se establezca efecto retroactivo a la sentencia de inconstitucionalidad. Por lo anterior, concluye solicitando que se declare la inconstitucionalidad de la Resolución de Gabinete N°41 de treinta y uno (31) de marzo de dos mil catorce (2014) y se le otorguen efectos retroactivos a la sentencia que se dicte (Cfr. Fojas 428 a 468).

CONSIDERACIONES Y DECISIÓN DEL PLENO

Una vez cumplido con el trámite procesal inherente a este tipo de negocios, procede el Pleno a dilucidar la controversia constitucional planteada.

Como viene expuesto, el demandante aduce como normas violadas los artículos 200 (numeral 7), 17, 18, 163 (numeral 3), 19 y 32 de la Constitución Política de la República de Panamá.

Comenzaremos por examinar el cargo de infracción del artículo 200, numeral 7, en concordancia con el numeral 11 del artículo 159 de la Constitución Política de la República de Panamá, que a la letra expresan:

> Artículo 200. "Son funciones del Consejo de Gabinete:
>
> ...7. Negociar y contratar empréstitos; organizar el crédito público; reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio; fijar y modificar los aranceles, tasas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas, con sujeción a las normas previstas en las Leyes a que se refiere el numeral 11 del artículo 159. Mientras el Órgano Legislativo no haya dictado Ley o Leyes que contengan las normas generales correspondientes, el Órgano Ejecutivo podrá ejercer estas atribuciones y enviará al Órgano Legislativo Constitución Política de la República de Panamá y Texto Único del Reglamento Orgánico del Régimen Interno de la Asamblea Nacional copia de todos los Decretos que dicte en ejercicio de esta facultad...".
>
> Artículo 159. "...La función legislativa, es ejercida por medio de la Asamblea Nacional y consiste en expedir las leyes necesarias para

REPÚBLICA DE PANAMÁ
Secretaría General
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

497

el cumplimiento de los fines y el ejercicio de las funciones del Estado declarados en esta Constitución y en especial para lo siguiente:

... 11. Dictar las normas generales y específicas a las cuales deben sujetarse el Órgano Ejecutivo, las entidades autónomas y semiautónomas, las empresas estatales y mixtas cuando, con respecto a estas últimas, el Estado tenga su control administrativo, financiero o accionario, para los siguientes efectos: negociar y contratar empréstitos; organizar el crédito público; reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio; fijar y modificar los aranceles, tasas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas...".

Según el demandante, el numeral 7 del artículo 200 de la Constitución Política de la República de Panamá faculta al Consejo de Gabinete para reglamentar las materias referentes a la negociación y contratación de empréstitos, organización del crédito público, reconocimiento de la deuda nacional y arreglo de su servicio, fijar y modificar los aranceles, tasas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas, cuando el Órgano Legislativo no haya dictado la Ley o Leyes que contengan las normas generales reguladoras de dichas materias, también conocidas como Leyes cuadro.

Sin embargo, es de la opinión que la Resolución de Gabinete N°41 de treinta y uno (31) de marzo de dos mil catorce (2014), pretendiendo hacer uso de esa facultad constitucionalmente regulada, establece un mecanismo para el reconocimiento de un monto de dinero a favor de la empresa ENEL FORTUNA, S.A. ajeno a las funciones a que se refiere el citado artículo 200, numeral 7, del Texto de la Constitución Política de la República de Panamá y que no se encuentra reglamentado en una Ley cuadro, dictada previamente por el Órgano Legislativo.

Ahora bien, el tema de las Leyes cuadro y de si las competencias del Consejo de Gabinete están sujetas a ellas, es un asunto que ha sido objeto del pronunciamiento de esta Superioridad en ocasiones anteriores. En este sentido, resulta de gran interés el criterio que se plasma en la sentencia del nueve (9) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994), en el cual se interpretó el numeral 11 del artículo 153 (actual 159) en concordancia con el numeral 7 de

498

artículo 195 (actual artículo 200) de la Constitución Política de la República de Panamá, criterio que mantiene plena vigencia en la actualidad, debido a que las normas que analiza no han sido objeto de reforma constitucional, ni han resultado impactadas por otra normas que sí han sido reformadas. En la referida sentencia la Corte expresó lo siguiente:

"..."...resulta ilustrativo, para el caso en estudio, los conceptos expresados por el jurista panameño doctor Mario J. Galindo, en el ensayo sobre las 'LEYES -CUADRO Y MATERIAS ALEDAÑAS EN EL DERECHO PANAMEÑO' publicado en la Compilación 'Estudios de Derecho Constitucional Panameño' del Dr. Jorge Fábrega Ponce al abordar el tema de la 'Potestad del Órgano Ejecutivo para regular materias sujetas a las Leyes-Cuadro' y los tipos de actos de diferente jerarquía que puede dictar el Consejo de Gabinete, 'según exista o no inercia legislativa respecto de la regulación de las mismas', a páginas 736 a 738, el prenombrado jurista hace las acotaciones siguientes:

'Ahora también, de conformidad con nuestra Ley Fundamental, la referida relación de dependencia entre las leyes-cuadros y los decretos o reglamentos que las desarrollan, presupone la existencia de las primeras y, por consiguiente, sólo en presencia de las mismas puede predicarse que tal relación exista. Ello es que, en defecto de las leyes-cuadros, el Consejo de Gabinete goza de la prerrogativa de regular, en forma directa y autónoma, las materias que pueden ser objeto de tales leyes, decretando las providencias, autorizaciones y regulaciones que tenga por conveniente, con la misma amplitud con que podría hacerlo la Asamblea Legislativa.

...el Consejo de Gabinete, en ausencia de leyes-cuadros, está dotado de competencia constitucional propia, es decir, no subordinada a la previa expedición de tales leyes, para regular todo lo concerniente al manejo de las finanzas públicas y al régimen aduanero. En consecuencia, a diferencia de lo que ocurre en Colombia, las leyes-cuadros no tienen, conforme al Derecho Panameño, el carácter de 'actos-condiciones', puesto que la facultad del Consejo de Gabinete de regular dichos asuntos para nada depende de la existencia de las leyes-cuadros. Estas, más bien, una vez aprobadas, vienen a limitar la referida competencia del Consejo de Gabinete.

De conformidad, pues, con el precepto meritado, el Consejo de Gabinete, a propósito de las susodichas materias, puede dictar dos tipos de actos de diferente jerarquía, según exista o no inercia legislativa respecto de la regulación de las mismas. En un caso, si no hay tal inercia, los actos del Consejo de Gabinete se basarán en la ley-cuadro y, por lo tanto, estarán subordinados a ésta y a la Constitución. En el otro, en cambio, dichos actos desarrollarán, en forma autónoma, es decir, no sujeta a ninguna ley distinta de la Constitución, los preceptos pertinentes contenidos en ésta.

En resumen, la técnica de las leyes-cuadros en el Derecho positivo panameño se aparta de las dos tesis colombianas a que se ha hecho referencia y presenta las siguientes características principales, a saber:

1. No supone una división de competencias entre los Órganos Legislativo y Ejecutivo, puesto que, en principio, ambos están

499

dotados de facultad constitucional propia para regular las materias afectas a la predicha técnica.
2. La competencia del Órgano Legislativo no está limitada a la expedición de normas o pautas generales y, en consecuencias, éste puede regular las materias de que se trate con entera libertad.
3. La competencia del Consejo de Gabinete, por su parte, no está subordinada a la expedición previa de leyes-cuadros, por cuanto, en ausencia de éstas, el mismo puede regular ex propria auctoritate dichas materias, con la misma amplitud con que puede hacerlo el Órgano Legislativo.
4. La competencia del Órgano Legislativo para regular tales materias es de rango superior a la del Consejo de Gabinete, por cuanto aquél, al legislar, puede limitar y aún excluir o desplazar la potestad reguladora del Consejo de Gabinete, según apele a la técnica de las leyes-cuadros u opte por regular íntegramente la materia de que se trate, y porque, además, el legislador puede, en todo momento, reformar o derogar los decretos o reglamentos autónomos del Consejo de Gabinete relativos a las materias en cuestión, sin que éste pueda hacer lo propio a propósito de las normas de origen legislativo.
5. Las leyes-cuadros no tienen en Derecho panameño el carácter de los 'actos-condición', ya que, más que habilitar al Consejo de Gabinete para que éste pueda ejercer el poder regulador que la Constitución le otorga, dichas leyes representan un encuadramiento limitativo de dicho poder.
De todo cuanto queda dicho se desprende que el concepto de las leyes-cuadros en el Derecho positivo panameño presenta un carácter híbrido y atípico, que lo aleja de los modelos extranjeros analizados párrafos atrás.'
De donde resulta claro, en consecuencia, que de conformidad con el numeral 7 del artículo 195 de la Constitución, el Consejo de Gabinete, en ausencia de 'Leyes Cuadro', 'está dotado de competencia constitucional propia', es decir, 'no subordinada a la previa expedición de tales leyes, para regular todo lo concerniente al recurso de las finanzas públicas y al régimen aduanero' como ocurre en el caso concreto con la expedición del Decreto de Gabinete Nº 16..." [Cfr. sentencia del nueve (9) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994)].

Con fundamento en las consideraciones expresadas por la Corte en el fallo antes transcrito, se puede afirmar que como quiera que en el caso bajo examen, no se cuenta con una Ley cuadro que regule la materia que aborda la Resolución de Gabinete impugnada, la competencia del Consejo de Gabinete para ejercer las funciones que le atribuye en el Artículo 200, numeral 7, de la Constitución Política de la República de Panamá puede ser ejercida "*ex propria auctoritate*", de forma directa y autónoma, decretando las providencias, autorizaciones y regulaciones que tenga por conveniente para organizar el crédito público, reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio, según lo establece el numeral 7 del artículo 200 de

500

la Constitución Política de la República "...con la misma amplitud con que podría hacerlo la Asamblea Legislativa", con lo cual queda huérfano de sustento el argumento relativo a que tal Resolución vulnera el numeral 7 del artículo 200, en concordancia con el numeral 11 del artículo 159 de la Constitución Política de la República de Panamá, al no reglamentar una Ley cuadro dictada previamente por el Órgano Legislativo.

REPÚBLICA DE PANAMÁ Secretaría General CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Con relación a la infracción por omisión del artículo 163 numeral 3 de la Constitución Política de la República de Panamá, que prohíbe a la Asamblea Nacional reconocer indemnizaciones a cargo del Tesoro Público que no hayan sido previamente declaradas por las autoridades competentes, prohibición que considera extensible al Consejo de Gabinete, la Corte debe precisar que tal como señala la Procuraduría General de la Nación, los montos que reconoce la Resolución de Gabinete N°41 de treinta y uno (31) de marzo de dos mil catorce (2014) a favor de la empresa ENEL FORTUNA, S.A., se establecen en desarrollo de la función de "organizar el crédito público" y no corresponden a una indemnización de aquellas que requieran ser reconocidas y ordenadas por autoridad judicial.

En efecto, la atenta lectura del acto impugnado permite constatar que lo que hace, es autorizar la celebración de un acuerdo a través del cual se busca reconocer la posibilidad de que, al darse los eventos que afecten los montos que las empresas distribuidoras de energía eléctrica deban percibir debido a la estabilización de la tarifa eléctrica a los clientes regulados de conformidad con las Resoluciones emitidas por la Autoridad de los Servicios Públicos, se pueda dar una "compensación", la cual tiene fijado de antemano un tope máximo anual, previamente determinado, que es susceptible de ser reclamado mensualmente mientras ocurra esa afectación o hasta la puesta en operación de toda la tercera línea de transmisión, lo que ocurra primero.

501

Es importante precisar que el modo de pago de esta compensación, en el caso de la empresa ENEL FORTUNA,S.A., no está determinado en la misma Resolución de Gabinete N°41 de treinta y uno (31) de marzo de dos mil catorce (2014), sino por el Acuerdo N° 002-2014 que se suscribió con posterioridad entre la empresa ENEL FORTUNA, S.A. y el Ministerio de Economía y Finanzas, refrendado por la Contraloría General de la República el veintinueve (29) de abril de dos mil catorce (2014), el cual en su Anexo establece la Metodología Para Cálculo de Pagos para el Reconocimiento Mensual que el MEF le hará a la empresa ENEL FORTUNA, S.A. (Cfr. Fojas 209-213).

REPÚBLICA DE PANAMÁ
Secretaría General
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

De allí que mal pueda estimarse que el acto recurrido reconoce "indemnizaciones a cargo del Tesoro Público" que no han sido previamente declaradas por las autoridades competentes, con lo cual se desestima el cargo de infracción del artículo 163, numeral 3, de la Constitución Política de la República de Panamá.

Con relación al cargo de violación del artículo 17 de la Constitución Política de la República de Panamá, cuyo contenido normativo es indiscutible en la actualidad, la Corte estima que no prospera. Ello es así pues aun cuando el actor sostiene que la Resolución N° 41 treinta y uno (31) de marzo de dos mil catorce (2014) concedió a la empresa ENEL FORTUNA, S.A. una indemnización que no está referida a ninguna de las materias relacionadas con el numeral 7 del artículo 200 de la Constitución Política de la República de Panamá, ya se ha visto que no se concede una indemnización y que la materia que atiende sí corresponde a aquellas reguladas en el artículo 200, numeral 7 de la Constitución Política de la República de Panamá.

El demandante también manifiesta que la autorización para la celebración del Acuerdo entre el Estado y la empresa ENEL FORTUNA, S.A. se realizó en contravención de las normas que integran el marco regulatorio que rige en el sector eléctrico, así como el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos,

502

Sociales y Culturales, sin embargo, la Corte no encuentra cómo puedan darse tales infracciones, ya que precisamente, los considerandos de la Resolución bajo examen, permiten afirmar que el mismo se dictó tomando en consideración la gran importancia de las políticas que implementa el Gobierno Nacional "...destinadas a satisfacer necesidades colectivas primordiales de forma permanente, asegurando la prestación eficiente, continua e ininterrumpida del servicio..." ya que "...por motivo del retraso en la construcción de la ampliación de la tercera línea de transmisión eléctrica previsto en el plan de Expansión de Transmisión 2010 al 2024 (PESIN), se ha visto reducida la capacidad de generación de ENEL FORTUNA S.A., lo que ha motivado que esta empresa se vea obligada a realizar compras en el Mercado Ocasional a costos muy por encima de los presupuestos y así cumplir con los contratos de suministros con las distintas distribuidoras...y le ha generado una prestación excesivamente onerosa para el cumplimiento de sus obligaciones, causándole de esta manera afectaciones significativas...".

REPÚBLICA DE PANAMÁ Secretaría General CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Es en ese contexto que el Ministerio de Economía y Finanzas "...ha considerado oportuno y propicio reconocerle a ENEL FORTUNA S.A., los montos de hasta treinta millones de balboas con 00/100 (B/.30 000 000.00), en el periodo comprendido desde el 01 de marzo de 2014 al 31 de diciembre de 2014 ...desde el 1 de enero de 2015 al 31 de diciembre de 2015, el MEF reconocerá a ENEL FORTUNA S.A., la suma de hasta veintidós millones quinientos mil balboas con 00/100 (B/.22 500 000.00), y de hasta veintidós millones quinientos mil balboas con 00/100 (B/.22 500 000.00), en el periodo comprendido desde el 01 de enero de 2016 al 31 de diciembre de 2016...", pagaderos del denominado "Fondo de Compensación Energética (FACE)", autorizado mediante Resolución de Gabinete No. 174 de ocho (8) de noviembre de dos mil once (2011), que es un fideicomiso constituido con el objetivo de compensar a las empresas distribuidoras de energía eléctrica por los montos que éstas dejen de percibir debido a la estabilización de la tarifa eléctrica a los clientes regulados, de conformidad con las Resoluciones emitidas por la Autoridad de los Servicios Públicos. De este fideicomiso se realizan

503

los pagos correspondientes a las empresas generadoras de carga de energía eléctrica con capital accionario mixto, cuyo reconocimiento queda sujeto al periodo comprendido de cada año, hasta los montos máximos según lo señalado con anterioridad o hasta la puesta en operación de toda la tercera línea de transmisión, lo que ocurra primero.

Tampoco se aprecia que el acto recurrido ocasione la violación del artículo 18 de la Constitución Política de la República de Panamá, que consagra el principio de legalidad de las actuaciones de los servidores públicos ya que al examinar la infracción del artículo 200, numeral 7, se determinó que el Consejo de Gabinete sí tiene competencia para autorizar la celebración de un acuerdo entre el Estado y la empresa ENEL FORTUNA, S.A., con relación a la materia pactada.

Corresponde pronunciarse respecto al cargo de violación directa por omisión del artículo 19 de la Constitución Política de la República de Panamá, el cual se fundamenta en que la Resolución de Gabinete atacada produce un privilegio en favor de la empresa ENEL FORTUNA, S.A., el cual está dado por el reconocimiento de dinero a su favor que, a juicio del actor, constituye una posible lesión a los bienes y fondos públicos que la Contraloría General de la República debe preservar.

Como es sabido, el artículo 19 de la Constitución Política de la República de Panamá, al establecer que "No habrá fueros o privilegios ni discriminación por razón de raza, nacimiento, discapacidad, clase social, sexo, religión o ideas políticas", consagra el llamado "principio de no discriminación" el cual crea para el Estado el deber de no tratar de manera diferente a unas personas en relación con el trato que se brinda a otras en iguales circunstancias" [Cfr. sentencia del Pleno de cinco (5) de julio de dos mil doce (2012)].

Para distinguir si una norma crea un fuero o privilegio, siempre ha de tenerse en cuenta si una determinada legislación especial establece una situación ventajosa o discriminatoria para un grupo o número plural de personas, que se encuentren en igualdad de condiciones. En este sentido, en sentencia de veinte (20) de mayo de

504

mil novecientos noventa y nueve (1999), la cual explica que el artículo 19 no estatuye un principio de igualdad matemática, se realizó el siguiente análisis: "...sino de igualdad ante situaciones iguales y naturalmente, desigualdad ante situaciones que no tengan ese carácter... si la ley confiere ciertos fueros o privilegios a determinada categoría de ciudadanos, o de servidores públicos o de trabajadores, dichos fueros o privilegios no son inconstitucionales porque no han sido otorgados en atención a las personas en sí, sino a la condición o status que tiene'. (Repertorio Jurídico enero de 1991, p.16)."

En el caso bajo examen la Corte considera que la Resolución de Gabinete N°41 de treinta y uno (31) de marzo de dos mil catorce (2014) no ocasiona la vulneración constitucional que se plantea, ya que la compensación que establece no es exclusiva de ENEL FORTUNA, S.A.

Es evidente que al tratarse de un mercado en el que no existen muchas empresas distribuidoras, no son muchas las empresas beneficiarias. Sin embargo, no se trata de un fuero o privilegio personal, pues la compensación se ofrece a partir de un Fondo de Compensación Energética (FECE), refrendado por la Contraloría General de la República desde el veintitrés (23) de diciembre de dos mil once (2011), que estableció claramente los parámetros de quienes serían sus beneficiarios al disponer que su objeto era asignar los recursos que permitan al Estado compensar a "las empresas distribuidoras de energía eléctrica por los montos que éstas dejen de percibir debido a la estabilización de la tarifa eléctrica a los clientes regulados..." y "...a las empresas generadoras de energía eléctrica con capital accionario mixto".

REPÚBLICA DE PANAMÁ
Secretaría General
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Como puede verse, la compensación se otorga no por la persona jurídica en sí, sino por el estatus o condición que ostenta, que la ubica en el supuesto que permite recibir tal compensación. De este modo, el Pleno descarta que el acto

505

recurrido constituya una infracción al artículo 19 de la Constitución Política de la República de Panamá.

Por último, alega el accionante que el acto impugnado infringe de forma directa por omisión el artículo 32 de la Constitución Política de la República de Panamá, en virtud de que el Consejo de Gabinete carece de competencia para autorizar la celebración de un acuerdo entre el Ministerio de Economía y Finanzas en nombre del Estado y la empresa ENEL FORTUNA, S.A. a través del cual se le reconozca a la empresa los montos indicados y porque el acto recurrido adolece de motivación válida.

Esta Superioridad ha manifestado en múltiples ocasiones que el debido proceso, consagrado en el artículo 32 de la Constitución Política de la República de Panamá, busca asegurar a las partes "...la oportunidad razonable de ser oídas por un tribunal competente, predeterminado por la ley, independiente e imparcial, de pronunciarse respecto de las pretensiones y manifestaciones de la parte contraria, de aportar pruebas lícitas relacionadas con el objeto del proceso y de contradecir las aportadas por la contraparte, de hacer uso de los medios de impugnación consagrados por ley contra resoluciones judiciales motivadas y conformes a derecho, de tal manera que las personas puedan defender efectivamente sus derechos". (Cfr. Hoyos, Arturo, "El Debido Proceso", Editorial Temis, S.A. Santa Fe de Bogotá-Colombia, 1996, pág. 54).

REPÚBLICA DE PANAMÁ
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
Secretaría General

Sin embargo, en líneas superiores se ha expuesto ampliamente que el Consejo de Gabinete es competente para dictar la Resolución que se impugna en esta sede constitucional objetiva y que, contrario a lo planteado por el actor, la Resolución de Gabinete que se examina contiene una motivación amplia ya que en sus considerandos explica que se dicta tomando en consideración la gran importancia de las políticas que implementa el Gobierno Nacional para satisfacer necesidades colectivas primordiales de forma permanente, asegurando la prestación eficiente, continua e ininterrumpida del servicio de electricidad y que por

506

motivo del retraso en la construcción de la ampliación de la tercera línea de transmisión eléctrica se ha visto reducida la capacidad de generación de la empresa ENEL FORTUNA, S.A., lo que ha motivado que se vea obligada a realizar compras en el Mercado Ocasional a costos muy por encima de los presupuestos y así cumplir con los contratos de suministros con las distintas distribuidoras, por lo que se ha considerado oportuno y propicio reconocerle la compensación cuyo tope se determina en el acto recurrido.

Así las cosas, el Pleno de la Corte Suprema concluye que la Resolución de Gabinete N°41 de treinta y uno (31) de marzo de dos mil catorce (2014), dictada por el Consejo de Gabinete no infringe los artículos 200 (numeral 7), 17, 18, 163 (numeral 3), 19 y 32, ni ningún otro de la Constitución Política de la República de Panamá.

PARTE RESOLUTIVA

Por todo lo antes expuesto, **EL PLENO DE LA CORTE SUPREMA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley **DECLARA QUE NO ES INCONSTITUCIONAL** la Resolución de Gabinete N°41 de treinta y uno (31) de marzo de dos mil catorce (2014), dictada por el Consejo de Gabinete.

Notifíquese, Comuníquese y Publíquese en la Gaceta Oficial.

MGDA. MARÍA EUGENIA LÓPEZ ARIAS

MGDA. ANGELA RUSSO DE CEDEÑO
CON SALVAMENTO DE VOTO

MGDO. CARLOS ALBERTO VÁSQUEZ REYES

MGDO. OLMEDO ARROCHA OSORIO

MGDO. JOSÉ E. AYÚ PRADO CANALS

MGDO. CECILIO CEDALISE RIQUELME

MGDA. MARIBEL CORNEJO BATISTA

MGDO. HERNAN A. DE LEÓN BATISTA

MGDO. LUIS R. FÁBREGA S.
CON SALVAMENTO DE VOTO

LCDA. YANIXSA Y. YUEN
SECRETARIA GENERAL

SECRETARIA GENERAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

En Panamá a los 6 días del mes de julio del año 2020 a las 4:37 de la tarde Notifico a la Procuradora General de la Nación de la resolución anterior.

Firma de la Notificada

LO ANTERIOR ES FIEL COPIA
DE SU ORIGINAL

Panamá 14 de agosto de 2020

Secretaria General de la
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Licda. YANIXSA Y. YUEN C.
Secretaria General
Corte Suprema de Justicia

507

PONENTE: MAGDA. MARÍA EUGENIA LÓPEZ ARIAS ENTRADA: 1063-17

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADA POR EL LICENCIADO JAMES BERNARD EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA CONTRA LA RESOLUCIÓN DE GABINETE N°41 DE 31 DE MARZO DE 2014, DICTADA POR EL CONSEJO DE GABINETE.

SALVAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA ANGELA RUSSO DE CEDEÑO

Respetuosamente, debo manifestar que disiento de la decisión adoptada por la mayoría de los Magistrados que integran esta Corporación de Justicia, que DECLARA QUE NO ES INCONSTITUCIONAL la Resolución de Gabinete N°41 de 31 de marzo de 2014, dictada por el Consejo de Gabinete.

Al respecto preciso, que comparto la opinión esgrimida por la Procuraduría General de la Nación en la Vista Fiscal N°30 de 18 de diciembre de 2017, en la que expuso que la resolución demandada lesiona el orden constitucional, puntualmente, los artículos 19 y 200, numeral 7.

En este contexto, concuerdo en que la resolución acusada rebasa las facultades conferidas al Consejo de Gabinete de conformidad con el numeral 7 del artículo 200, que consisten en "negociar y contratar empréstitos; organizar el crédito público; reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio; fijar y modificar los aranceles, tasas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas, con sujeción a las normas previstas en las leyes a que se refiere el numeral 11 del artículo 159", en el entendido que en el caso que no ocupa las pérdidas económicas a Enel Fortuna, S.A. (de capital mixto) se concibieron en esta resolución como crédito público, deuda nacional y arreglo de su servicio; toda vez que el ejercicio de estas facultades se encuentra supeditado a la falta de leyes que contengan las normas generales correspondientes.

De allí, que esta infracción deviene porque en nuestro ordenamiento jurídico sí existe un marco regulatorio que precisa de normas rectoras del desarrollo de la actividad energética, además, de la existencia de los procesos administrativos y jurisdiccionales, que corresponden ser dilucidados ante las instancias administrativas y judiciales competentes, a las que puede accederse para hacer valer los reclamos que puedan originarse, por esta razón considero que no se cumple con el presupuesto que condiciona la expedición de esta clase de acto, tal como lo dispone el numeral 7, del artículo 200.

Por otra parte, igualmente estimo que con la expedición del acto objeto de esta acción constitucional se creó un beneficio que privilegia a Enel Fortuna, S.A. frente a otras empresas del sector energético, ante las compensaciones que puedan originarse por las pérdidas económicas debido al retraso en la construcción de la ampliación de la tercera línea de transmisión eléctrica.

Estos motivos son los que me permiten arribar a la conclusión que este Pleno debió DECLARAR QUE ES INCONSTITUCIONAL la Resolución de Gabinete N°41 de 31 de marzo de 2014 dictada por el Consejo de Gabinete.

En virtud de las razones expuestas, SALVO MI VOTO.

Fecha ut supra.

LO ANTERIOR ES FIEL COPIA DE SU ORIGINAL

Panamá 14 de agosto de 2020

Secretaría General de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Licda. YANIXSA Y. YUEN C.
Secretaria General
Corte Suprema de Justicia

ANGELA RUSSO DE CEDEÑO
MAGISTRADA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

YANIXSA Y. YUEN
SECRETARIA GENERAL

508

Entrada **No 1063-17** PONENTE: **MAG. María E. López Arias.**

ACCIÓN DE INCOSNTITUCIONALIDAD PROPUESTA POR EL LICENCIADO JAMES BERNARD, EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, CONTRA LA RESOLUCIÓN DE GABINETE N° 41 DE TREINTA Y UNO (31) DE MARZO DE DOS MIL CATORCE (2014), DICTADA POR EL CONSEJO DE GABINETE.

SALVAMENTO DE VOTO
DEL MAGISTRADO LUIS RAMON FABREGA S.

Con el respeto y consideración acostumbrada planteo los argumentos que motivan a salvar mi voto dentro de la sentencia emitida, que declara que no es inconstitucional la Resolución de Gabinete No.41 de 31 de marzo del 2014, dictada por el Consejo de Gabinete; fundamento mi desacuerdo en las siguientes razones:

El Pleno debió declarar que es Inconstitucional la Resolución de Gabinete No. 41 de 31 de marzo de 2014, emitida por el Consejo de Gabinete, toda vez que no encuentra fundamento jurídico para la misma en ninguno de los supuestos que señala el numeral 7 del artículo 200, en concordancia con el numeral 11 del artículo 159 de la Constitución Política de la República de Panamá.

Es decir, que la autorización del Consejo de Gabinete para celebrar un acuerdo en el que se le reconozca un monto de dinero a favor de una empresa generadora de energía hidroeléctrica, en concepto de mitigación de supuestas pérdidas sufridas o que pueda sufrir como resultado del retraso en la construcción de la ampliación de la tercera línea de generación eléctrica, es un asunto que no guarda ninguna relación, a la materia concerniente a la regulación de finanzas públicas y el régimen aduanero, a que se refiere el artículo 200, numeral 7 de la Constitución Política.

Comparto la postura vertida por la Procuraduría General de la Nación a través de su Vista Fiscal No. 30 de 18 de diciembre del 2017, en la que señalo que la situación de derecho planteada se fundamenta en un acto concreto e individual en donde a pesar de contar con la existencia de un sistema legal y procedimental para hacer valer las reclamaciones económicas de los agentes económicos involucrados en el servició público de electricidad, se obvió el mismo y se utilizó de forma directa la extensión facultativa de una competencia de rango ejecutivo para hacer valer un

509

derecho o contraprestación económica, soslayando la regulación administrativa pertinente.

Es así, que considero que la Resolución de Gabinete No.41 de 31 de marzo del 2014, cuya inconstitucionalidad se demanda, vulnera en concepto de indebida aplicación del artículo 200, del numeral 7 de la Constitución Política y de igual forma omite el sentido normativo del artículo 19 de la misma excerta legal, ya que contempla en realidad un mecanismo para el reconocimiento de un monto de dinero a favor de la empresa ENEL FORTUNA, S.A., como resultado del retraso en la construcción de la ampliación de la tercera línea de trasmisión eléctrica, materia que es ajena a la negociación y contratación de empréstitos, a la organización del crédito público; al reconocimiento de la deuda nacional y al arreglo de su servicio y, a la fijación y modificación de los aranceles, tasas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas, a que se refiere la citada norma constitucional (artículo 200, numeral 7).

En vista de las consideraciones arriba redactadas, respetuosamente SALVO EL VOTO.

Respetuosamente,

LUIS RAMÓN FÁBREGA S.
MAGISTRADO

LICDA. YANIXA Y. YUEN C.
Secretaria General

LO ANTERIOR ES FIEL COPIA
DE SU ORIGINAL
Panamá 14 de agosto de 2020

Secretaria General de la
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Licda. YANIXSA Y. YUEN C.
Secretaria General
Corte Suprema de Justicia