

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 239

**MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN**

Panamá, 26 de marzo de 2009

**Proceso Contencioso
Administrativo de Nulidad**

La licenciada Lina Vega Abad, en representación de **Juan Burgos, Ricardo Alba y Clarence Sealey**, solicita que se declare nula, por ilegal, la resolución 129 de 5 de marzo de 1999, emitida por la **viceministra de Finanzas del Ministerio de Economía y Finanzas**.

**Recurso de apelación.
Promoción y sustentación.**

Honorable Magistrado Presidente de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia.

Acudo ante usted de conformidad con lo dispuesto en el artículo 109 del Código Judicial, en concordancia con el artículo 1147 del mismo cuerpo normativo, para promover y sustentar recurso de apelación en contra de la providencia de 20 de enero de 2009, visible a foja 54 del expediente judicial, mediante la cual se admite la demanda contencioso administrativa de nulidad, corregida, descrita en el margen superior.

La oposición de la Procuraduría de la Administración a la admisión de la mencionada demanda, radica en el hecho que la misma está dirigida a que ese Tribunal declare nula, por ilegal, la resolución 129 de 5 de marzo de 1999, a través de la cual la viceministra de Finanzas del Ministerio de Economía y Finanzas resolvió exceptuar al director general de Catastro del requisito de selección de contratista y le

autorizó a contratar directamente con la empresa Sociedad Desarrollo Turístico San Carlos, S.A., la compra de un globo de terreno baldío nacional; lo que hace evidente que en esta ocasión nos encontramos ante la impugnación de un acto preparatorio o de mero trámite, que se expidió como parte de un procedimiento administrativo de contratación pública, que debió culminar con la celebración del contrato de compraventa del citado globo de terreno. En razón de ello, somos de opinión que se ha incumplido lo dispuesto en el artículo 42 de la ley 135 de 1943, modificado por el artículo 25 de la ley 33 de 1946, que indica lo siguiente:

“Artículo 42: Para ocurrir en demanda ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo es necesario que se haya agotado la vía gubernativa, lo que se entenderá cuando los actos o resoluciones respectivos no son susceptibles de ninguno de los recursos establecidos en los artículos ... o se han decidido, ya se trate de actos o resoluciones definitivas, o de providencias de trámite, si éstas últimas deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, de modo que le pongan término o hagan imposible su continuación.” (la subraya es de la Procuraduría).

Lo anteriormente expuesto nos indica que únicamente la eventual celebración del contrato de compraventa a cuya autorización se refiere la resolución 129 de 5 de marzo de 1999, emitida por la viceministra de Finanzas, y no esta última, vendría a constituir el acto administrativo que puede ser objeto de impugnación ante esta jurisdicción, puesto que, insistimos, esta resolución no deja de ser otra cosa que un acto precontractual, preparatorio o de trámite.

La Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo en los autos de 16 de junio de 1998, el 3 de junio de 1999, el 9 de septiembre de 2002 y el 22 de septiembre de 2003, se pronunció respecto a la naturaleza jurídica de los actos de excepción de contratación directa, estableciendo de la siguiente manera, que los mismos son preparatorios o de trámite:

Auto 16 de junio de 1998

"... Observamos claramente que el propósito de la mencionada resolución es la autorización al Director de la Autoridad Portuaria Nacional para suscribir un posible contrato de concesión con la empresa COLON PORT TERMINAL, S.A., sobre la administración de los muelles 3 y 4 del Puerto de Coco Solo Norte de Colón, y un área circundante..., suscripción que deberá formalizarse en el respectivo contrato de concesión en un plazo de treinta (30) días.

Estamos frente a un mero acto preparatorio en donde se han fijado las pautas a seguir, para la posterior formalización del respectivo contrato de concesión. Es decir se señala que el Director de la Autoridad Portuaria está autorizado para suscribir un contrato de concesión con la empresa COLON PORT TERMINAL, S.A., y segundo se ha fijado el término dentro del cual se deberá suscribir ese contrato de concesión. El futuro contrato de concesión entre el Director de la Autoridad Portuaria Nacional y la empresa COLON PORT TERMINAL, S.A., de celebrarse en el plazo de treinta (30) días, por ser un contrato administrativo definitivo podrá ser impugnado por los afectados a través de una demanda contencioso administrativa, si consideran que no se cumplieron con los requisitos legales establecidos para su validez. (Ver fallos del 22 de diciembre de 1995 y 19 de septiembre de 1997)...

Por todo lo anterior, el resto de los Magistrados que conforman la Sala Tercera (Contencioso Administrativa) de la Corte Suprema, ... PREVIA REVOCATORIA de la Resolución de 4 de febrero de 1998, NO ADMITE, la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción interpuesta por el Licenciado Elio José Camarena, en representación de la empresa PORT AND SERVICES, S.A."

Auto 3 de junio de 1999.

"... Los actos administrativos impugnados son la autorización que da el Consejo de Gabinete a la Caja de Ahorros para contratar directamente con el CONSORCIO GBM/UNISYS/DATAPRO, exceptuándola de cumplir con el requisito de selección de contratista; y el concepto favorable emitido por el Consejo de Gabinete para que la Caja de Ahorros suscriba un contrato con el CONSORCIO GBM/UNISYS/DATAPRO. Se trata de dos actos preparatorios del contrato de concesión administrativa que sería el acto definitivo, cuya nulidad podría demandarse ante la Sala, conjuntamente con los preparatorios, al tenor de lo preceptuado en el citado artículo 42 de la Ley 135 de 1943.

En virtud de las consideraciones expuestas, y de conformidad con lo preceptuado en el artículo 50 de la Ley 135 de 1943, la demanda no debe tramitarse porque no reúne los requisitos legales".

Auto de 9 de septiembre de 2002.

"...quien suscribe estima que la presente demanda no puede ser admitida. En efecto, se observa que el acto administrativo impugnado es de carácter preparatorio o de mero trámite, por lo cual no puede ser acusado ante esta jurisdicción, tal y como en reiteradas ocasiones lo ha señalado esta Sala (Ver Fallos de 9 de diciembre de 1998, 16 de junio de 1998, 19 de septiembre de 1997 y 22 de diciembre de 1995). Ello se desprende de la parte resolutive del mismo que dispone exceptuar al

Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales del procedimiento de selección de contratista en los términos del numeral 3 del artículo 58 de la Ley 56 de 1995; y autoriza al Director Ejecutivo del IDAAN A... a fin de que lleve a cabo todos los trámites legales pertinentes a fin de formalizar el contrato con la empresa Ingeniería Caribe, S.A.

La jurisprudencia de esta Sala ha expresado en situaciones similares a la que nos ocupa, que los actos preparatorios o de mero trámite, son aquellos cuyo contenido forma parte de un procedimiento administrativo, encaminado a adoptar una decisión final cuya condición puede variar. En el presente caso, el acto susceptible de ser impugnado ante la jurisdicción contencioso administrativa, como acto definitivo, lo sería el contrato que suscriba el IDAAN con la empresa Ingeniería Caribe, S.A. con base en la autorización otorgada por la resolución dictada por el Consejo de Gabinete, acusada en la presente demanda.

En ese orden de ideas, cabe destacar que la impugnación de la Resolución N° 6 de 30 de enero de 2002, carece de sentido práctico, pues, aún cuando eventualmente fuese declarada nula, subsistirían los efectos del precitado contrato.

Por las razones que se han explicado, y de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 50 de la Ley 135 de 1943, lo procedente es no admitir la demanda bajo estudio”.

Auto de 22 de septiembre de 2003.

“... Mediante el acto impugnado el Consejo de Gabinete ‘exceptúa al Ministerio de Obras Públicas del requisito de selección de contratista y se le autoriza a contratar directamente con la empresa Constructora Urbana S.A., el diseño, financiamiento y construcción del camino ecológico Boquete - Cerro Punta. (G.O. No. 24,695 de 6 de diciembre de 2002).

Sobre el particular, advertimos que la Resolución N° 123 de 2002 no es un acto administrativo de naturaleza definitiva, pues a través de la misma el Consejo de Gabinete se limitó a exceptuar al Ministerio de Obras Públicas del cumplimiento de un requisito esencial en las contrataciones públicas, como lo es el de selección de contratista, y autorizar al Ministro del Ramo para negociar el respectivo contrato, es decir, que no se trata de un acto que causa estado, que crea, modifica o extingue derechos. En la doctrina y en la jurisprudencia, a este tipo de actos se le denomina 'preparatorio o de mero trámite' y el autor colombiano Libardo Rodríguez, los define como 'aquellos que se expiden como parte de un procedimiento administrativo que se encamina a adoptar una decisión o que cumplen un requisito posterior a ella...' (Derecho Administrativo General y Colombiano, Edit. Temis. 6ª Ed. Bogotá. 1990. pág. 204)...

En mérito de lo expuesto, quien suscribe concluye que la Resolución de Gabinete N° 123 de 2002, cuya nulidad hoy se demanda, no es impugnabile ante la jurisdicción contencioso administrativa, pues se trata de un acto preparatorio del contrato administrativo que celebrará el Ministro de Obras Públicas con la empresa Constructora Urbana, S.A. Cabe destacar, que dicho contrato será el acto definitivo, susceptible de ser demandado ante esta Sala".

Por lo anteriormente expuesto, somos del criterio que en el presente caso debe aplicarse lo dispuesto por el artículo 50 de la ley 135 de 1943, modificado por el artículo 31 de la ley 33 de 1946, en el sentido que no se dará curso a la demanda que carezca de alguna de las formalidades previstas en esa excerpta legal.

En consecuencia, esta Procuraduría solicita a la Sala Tercera que se **REVOQUE** la providencia del 20 de enero de 2009, visible a foja 54 del expediente judicial, que admite la demanda y, en su lugar, **NO SE ADMITA** la misma.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Nelson Rojas Avila
Secretario General