

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 305

MINISTERIO PÚBLICO  
PROCURADURÍA DE LA  
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 12 de mayo de 2006

**Proceso Contencioso  
Administrativo de  
Plena Jurisdicción.**

Interpuesto por el licenciado Rodrigo Esquivel K., en nombre y representación de **Fernando Gracia García y Fundación Mar del Sur**, para que se declare nula, por ilegal, la Resolución 692-2004-DAG del 9 de septiembre de 2004, dictada por la **Contraloría General de la República**, el acto confirmatorio y para que se hagan otras declaraciones.

**Incidente de Nulidad.  
Promoción y sustentación.**

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

Con fundamento en el artículo 96 de la Ley 135 de 1943, acudo ante usted para promover y sustentar Incidente de Nulidad dentro de la demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción descrita en la marginal superior.

La Procuraduría de la Administración fundamenta el presente incidente de nulidad en los siguientes hechos:

**Falta de personería jurídica:**

**Primero:** La Fundación Mar del Sur carece de personería jurídica para actuar como parte demandante dentro del presente proceso, toda vez que la misma **fue disuelta** por decisión unánime de su Junta de Síndicos en reunión extraordinaria de 5 de julio de 2004.

El acta de disolución fue elevada a Escritura Pública número 4218 de 27 de julio de 2004, de la Notaría Segunda de Circuito de Panamá e **inscrita en el Registro Público** a ficha C-16630, Documento 650348, de la Sección de Mercantil, **desde el 3 de agosto de 2004**, tal como consta en la certificación del Registro Público de Panamá visible a foja 85 del expediente principal y en las copias autenticadas de la Escritura 4218, visibles de fojas 179 a 183 del mismo expediente.

**Segundo:** La Fundación Mar del Sur como asociación sin fines de lucro se encontraba regulada por las disposiciones del Título II, del Libro Primero de nuestro Código Civil. Por ende, en cuanto a su capacidad civil estaba regida por los **estatutos aprobados por el Órgano Ejecutivo**. (ver foja 6 y 7 del expediente principal)

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25 del Estatuto de la Fundación Mar del Sur, **la disolución** de la misma **determinaría igualmente la liquidación** de todo su patrimonio, **subsistiendo únicamente para dicho propósito** (foja 176 del expediente judicial).

En otras palabras, la Fundación Mar del Sur una vez disuelta sólo subsistiría para los propósitos de llevar a cabo su proceso de liquidación; entendiendo éste como el "ajuste formal de cuentas" o el "conjunto de operaciones realizadas para determinar lo correspondiente a cada uno de los interesados en los derechos activos y pasivos de un negocio, patrimonio u otra relación de bienes y valores."

(Cabanelas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta, 26ª Edición, Buenos Aires)

Queda claro entonces, que después de culminado el proceso de ajuste de cuentas y de determinar qué le corresponde a cada interesado del patrimonio de la asociación, entre éstos el Estado panameño, la asociación formalmente desaparecerá con la inscripción en el Registro Público del Acta en la cual conste la finalización de la liquidación. (Artículo 27 de los estatutos de la Fundación)

Siendo así, a los efectos del proceso que se analiza, la Fundación Mar del Sur **está disuelta y carece de la condición de persona jurídica**, por lo que no puede configurarse como parte demandante en un proceso al tenor de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 585 del Código Judicial; por consiguiente, carece de legitimidad de personería, según lo dispone el numeral 2 del artículo 90 de la Ley 135 de 1943.

Al respecto, conviene hacer referencia a la doctrina nacional que señala lo siguiente:

"Ya hemos visto que **cuando se habla de capacidad para ser parte se está aludiendo a los atributos mínimos que debe tener una persona para que sus actuaciones procesales sean válidas y eficaces** (por ejemplo, mayoría de edad, goce de sus facultades mentales, libre disposición de sus derechos; en el caso de los incapaces, adecuada representación legal, etc.). **La falta de capacidad procesal se traduce en nulidad de lo actuado.**

Por el contrario, la legitimación en la causa es la condición que debe tener una persona según la ley sustantiva para lograr que el Juez se pronuncie respecto a las pretensiones formuladas en la demanda en relación con una

concreta y particular relación jurídica. Desde el momento en que una persona se identifica con la hipótesis abstracta reconocida en la ley sustantiva (demuestra que es heredera, acreedora, cesionaria, etc.), se puede indicar que tiene legitimación y, por tal razón, tiene derecho a que se dicte sentencia respecto a una concreta relación jurídica que afecta sus intereses. La falta de legitimación sustantiva es motivo de sentencia absolutoria. JORGE FABREGA PONCE, Estudios Procesales, Tomo I, Editora Jurídica Panameña, Panamá-1989, pág. 251)." (Lo resaltado es de la Procuraduría de la Administración).

- o - o -

**Falta de legitimación con respecto a la causa:**

**Primero:** La demanda de plena jurisdicción presentada por el licenciado Rodrigo Esquivel, señala al Dr. Fernando Gracia García como parte demandante, en conjunto con la Fundación Mar del Sur. El Dr. Fernando Gracia actúa dentro de esta demanda a título personal, tal como consta en el Poder Especial otorgado al licenciado Rodrigo Esquivel, visible a foja 86 del expediente principal.

**Segundo:** La Resolución impugnada, emitida por la Contraloría General de la República el 9 de septiembre de 2004 e identificada con el número 692-2004-DAG, ordenó a la Dirección de Auditoría General de dicha institución estatal realizar una auditoría a los fondos donados por el gobierno de la República de China (Taiwán) al gobierno de Panamá, **manejados por la Fundación Mar del Sur.**

Como se observa, la resolución impugnada ordena la realización de una acción de auditoría a los fondos del gobierno panameño que manejó **la Fundación Mar del Sur;** medida

ésta que se ejercería directamente sobre las cuentas de la fundación y no sobre los bienes del Dr. Gracia ni de ninguno de los directivos de la extinta fundación, a título personal.

En tal sentido, el Dr. Fernando Gracia García no es el afectado directo de la resolución impugnada, por lo que al mismo, a la luz de lo dispuesto en el artículo 43b de la Ley 135 de 1943, modificada por la Ley 33 de 1946, no se le puede reconocer el derecho a ser parte dentro del presente proceso, toda vez que no ha acreditado tener un interés directo en las resultas del juicio.

Asimismo, observamos que el apoderado judicial del Dr. Gracia tampoco establece cuál es el derecho subjetivo que le fue lesionado por la actuación de la Contraloría General de la República ni señala cuáles son las prestaciones que pretende en cuanto al restablecimiento del supuesto derecho conculcado, tal como lo exige el artículo 43a de la Ley 135 de 1943, modificada por la Ley 33 de 1946.

En ese sentido, conviene citar algunos de los pronunciamientos de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo sobre esta materia:

“Por otro lado, tal como lo indica la sustanciadora, el actor afirma que las notas en comento, afectan derechos subjetivos del señor FRANCISCO CORREA al limitarlo en el ejercicio de su profesión, por lo que solicita la nulidad de dicho acto, **sin embargo, obvia solicitar el restablecimiento o reparación del derecho conculcado.**

**Es importante** indicarle al actor que **mediante el proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción se impugnan actos administrativos que afectan derechos subjetivos, con el fin**

de que dichos actos sean anulados y se restablezcan los derechos subjetivos violados. Además, el ejercicio de dicha acción sólo podrá ejercerla la persona directamente afectada, tal como lo establecen los artículos 43a y 43b de la Ley 135 de 1943..." (Auto de 10 de mayo de 2001. Demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción. Magistrado ponente: Adán Arnulfo Arjona)

- o - o -

"Considera la Sala que la demanda en estudio no podrá ser revisada, dado que la parte demandante no se encuentra legitimada para actuar, es decir, que no posee legitimación con respecto de la causa lo cual es un requisito procesal para que el Órgano Jurisdiccional pueda examinar la pretensión encausada de conformidad con el artículo 30 de la Ley 33 de 1946, el cual preceptúa:

'...'

Lo anterior obedece al hecho de que por tratarse de una acción contencioso administrativa de Plena Jurisdicción con la cual se persigue el reconocimiento de una situación jurídica individualizada que se considera vulnerada por el acto administrativo acusado de ilegal, el recurrente debe ser el titular de la relación jurídica debatida. Caso contrario ocurre en la demanda subjúdice donde el demandante, actuando en su propio nombre y representación, pretende que se declare la ilegalidad de un acto administrativo sin acreditar un interés directo en las resultas del juicio. Ello en atención a que no ha demostrado tener en el presente recurso derecho alguno o, un mejor derecho para solicitar la cancelación de una marca de comercio registrada.

...

Por lo expuesto, y como lo señalamos anteriormente, esta acción no cumple con los presupuestos procesales que

hacen posible su admisión, ya que **el recurrente carece de la denominada 'legitimatio ad causam'**, esto es, **no es parte afectada por el acto por lo que este Tribunal no puede entrar a determinar si en efecto, el acto lesiona o afecta derechos subjetivos, requisito indispensable de la acción Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción, cuya finalidad es la protección de los derechos subjetivos de las personas...** " (Auto de 31 de marzo de 1995. Demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción. Magistrado ponente: Edgardo Molino Mola.)

- o - o -

"Así las cosas, este tribunal de primera instancia estima conveniente hacer énfasis en el hecho de que el recurso de nulidad y el de plena jurisdicción tienen características especiales y diferenciadas. En este punto se ha dejado claramente establecido que la demanda de nulidad se interpone contra actos generales de carácter abstracto, en tanto que con la **de plena jurisdicción se atacan los actos de carácter particular, que afectan situaciones jurídicas particulares o concretas.** Por otro lado, las declaraciones que la ley permite hacer al Tribunal en las acciones donde se ventilan derechos subjetivos, son distintas a las que se permite hacer en acciones que pretenden la reestructuración del orden jurídico positivo, donde interesa de manera concreta y exclusiva proteger y conservar el imperio de la legalidad. Esto es que **en las acciones de plena jurisdicción se persigue la reparación de derechos, característica importantísima de esta clase de proceso.**" (Auto de 11 de enero de 1999. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Demanda de Nulidad.)

- o - o -

**Solicitud especial:**

Sobre la base de las consideraciones jurídico fácticas expuestas, esta Procuraduría solicita a esa Corporación de Justicia declarar la nulidad de todo lo actuado dentro del expediente contentivo de la demanda contencioso administrativa de Plena Jurisdicción incoada por Fernando Gracia García, a título personal y en representación de la Fundación Mar del Sur.

**Pruebas:**

Se aducen las siguientes pruebas:

1. Las copias autenticadas de la Escritura Pública 4218 de 27 de julio de 2004, de la Notaría Segunda del Circuito de Panamá, contentiva del Acta de disolución de la Fundación Mar del Sur, inscrita en el Registro Público a ficha 16630, Documento 650348, el 3 de agosto de 2004, visibles de fojas 179 a 183 del expediente principal.

2. Las copias autenticadas del Estatuto de la Fundación Mar del Sur (antes Fundación Panamá Nuevo Canal), visibles de fojas 12 a 17 y de fojas 171 a 178 del expediente principal.

3. Poder Especial otorgado por el Doctor Fernando Gracia García a título personal y en representación de la Fundación Mar del Sur, al licenciado Rodrigo Esquivel, visible a foja 86 del expediente principal.

4. La copia autenticada de la Resolución 692-2004-DAG de 9 de septiembre de 2004, dictada por la Contraloría General de la República, visible de foja 1 a 2 del expediente principal.



**Derecho:**

Artículos 43a; 43b; 90, numeral 2 y 96 de la Ley 135 de 1943, modificada por la Ley 33 de 1946; y el artículo 585, numeral 2 del Código Judicial.

**Del Honorable Magistrado Presidente,**

Oscar Ceville  
**Procurador de la Administración**

Alina Vergara de Chérigo  
**Secretaria General, ad-hoc**

OC/ec/mcs