

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Proceso Contencioso
Administrativo de Nulidad.

Recurso de Apelación
(Promoción y sustentación).

Vista Número 386

Panamá, 7 de abril de 2021

El Doctor **José Luis Romero González**, actuando en su propio nombre y representación, solicita que se declare la nulidad parcial, por ilegal, del Resuelto de Personal número 106 de 6 de junio de 2018, emitido por el **Ministerio de Seguridad Pública**, por medio del cual se asciende al rango de Capitán del Servicio Nacional Aeronaval (SENAN) a **Alex Vergara**.

Señor 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 los artículos 1132 y 1147 del mismo cuerpo normativo, para promover y sustentar recurso de apelación a fin de solicitar, con nuestro acostumbrado respeto, la reforma o modificación de la **Providencia de 3 de diciembre de 2020**, visible a foja 120 del expediente judicial, por la cual se admite la demanda contencioso administrativa de nulidad descrita en el margen superior, solicitando al Tribunal, que conforme el criterio adoptado en su Resolución de 1 de diciembre de 2009, se confiera este recurso en el efecto suspensivo.

Conforme observa este Despacho, el 24 de noviembre de 2020, el Doctor **José Luis Romero González**, quien actúa en su propio nombre y representación, presentó ante la Sala Tercera la demanda contencioso administrativa de nulidad que ocupa nuestra atención, con el propósito que se declare nulo, por ilegal, el Resuelto de Personal número 106 de 6 de junio de 2018, emitido por el **Ministerio de Seguridad Pública**, por medio del cual se asciende al rango de Capitán del

Servicio Nacional Aeronaval (SENAN) a **Alex Vergara**, únicamente en lo referente a dicho ascenso, el que citamos, en su parte pertinente, para mejor referencia:

"RESUELTO DE PERSONAL No. 106
(de 6 de Junio de 2018)

Por el cual se realizan cuatrocientos cuarenta y cuatro (442) (sic) ascensos en el Servicio Nacional Aeronaval.

EL MINISTRO DE SEGURIDAD PÚBLICA
En uso de sus facultades legales,

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO: Ascíendase a las siguientes personas tal como se detalla a continuación:...

ARISTIDES SANCHEZ
Cédula N° 8-525-1564

TENIENTE, Código 8025060, Posición 70684, Planilla 106, Salario Mensual de B/.1,250.00, más Sobresueldo por Antigüedad de B/.235.40, más Sobresueldo por Exclusividad de B/.300.00 a CAPITÁN, Código N° 8025050, Posición 70684, Planilla N° 106, Salario Mensual de B/.1,710.00, más Sobresueldo por Antigüedad de B/.235.40, más Sobresueldo por Exclusividad de B/.300.00 más gasto de representación de B/.350.00.

ALEX VERGARA
Cédula N° 8-440-693

TENIENTE, Código 8025060, Posición 70698, Planilla 101, Salario Mensual de B/.1,250.00, más Sobresueldo por Antigüedad de B/.237.40 a CAPITÁN, Código N° 8025050, Posición 70698, Planilla N° 101, Salario Mensual de B/.1,710.00, más Sobresueldo por Antigüedad de B/.237.40, más gasto de representación de B/.350.00.

PARÁGRAFO:

...
Para los efectos legales y fiscales estos ascensos entrarán en vigencia a partir del 1 de febrero de 2018.

FUNDAMENTO LEGAL:

Artículo 28 y 29 de la Ley 93 de 7 de noviembre de 2013 y Resolución, MEF-RES-2016-0054 de 26 de octubre de 2016.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dado en la ciudad de Panamá, a los 6 días del mes de junio de 2018
(FDO.) ALEXIS BETHANCOURT YAU
MINISTRO DE SEGURIDAD PÚBLICA" (Cfr. fojas 60, 64 y 111 del expediente judicial).

I. De la naturaleza jurídica de los Actos Condición y la Teoría de los Móviles y Finalidades.

Antes de explicar el sustento de la apelación que ocupa nuestra atención, este Despacho estima oportuno señalar que el acto administrativo en estudio, prevé dos (2) situaciones a saber: el nombramiento por razón del ascenso al rango de Capitán en el Servicio Nacional Aeronaval (SENAN) a **Alex Vergara**, y el **ajuste salarial** en una nueva posición; **situación jurídica que se replica en el mismo acto para otros administrados.**

En ese contexto, debemos tener presente los presupuestos jurídicos recogidos en torno a los actos condición y en yuxtaposición la doctrina sobre los móviles y finalidades, que conlleva la propuesta dinámica de observar y abordar las acciones de nulidad y el restablecimiento de derechos; teniendo en cuenta el contenido de los actos acusados, los efectos de su declaratoria de nulidad y la relación del accionante con los efectos del acto administrativo.

1.1 Acto Condición.

En ese orden de ideas, tenemos en primer lugar que el acto condición es aquel que tiene por objeto colocar a un individuo en una situación jurídica impersonal o hacer regular el ejercicio de un poder legal.

Sobre el particular, la Sala Tercera mediante el Auto de 26 de abril de 2006, señaló con relación al “**acto condición**” lo siguiente:

“El resto de los Magistrados integrantes de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en calidad de Tribunal de Segunda Instancia, conocen del recurso de apelación promovido contra el Auto de 13 de diciembre de 2005 por la firma Suárez, Castellero, Holmes & Richa, en representación de ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE LA UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA DE LA UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA DE PANAMÁ (A.P.U.T.), para que se declare nulo, por ilegal, el acto administrativo mediante el cual se nombra al Ingeniero César Encalada como Director de Centro de Proyectos de la U.T.P.

...

DECISIÓN DE LA SALA

Evacuados los trámites de la Ley, el resto de los Magistrados que integran la Sala proceden a resolver el recurso de apelación bajo examen, previa las siguientes consideraciones:

En efecto, se advierte que el acto administrativo mediante el cual se nombra al Ingeniero César Encalada como Director de Centro de Proyectos de la U.T.P, viene a ser un acto condición como bien es conocido en la doctrina y de igual forma acogido por nuestra jurisprudencia. Este acto condición es aquel que tiene por objeto jurídico colocar a un individuo en una situación jurídica impersonal o hacer regular el ejercicio de un poder legal. Dicho cargo le otorga un status legal que le permite ejercer una actividad que repercute sobre la colectividad, pero además de ello se ha configurado con un supuesto ajuste a las normas legales, por lo que, si el funcionario nombrado no cumple ni reúne los requisitos establecidos para su designación, se está violando el orden legal objetivo, y en tal circunstancia cualquier persona por medio de una demanda contenciosa de nulidad puede impugnar tal nombramiento. Es oportuno señalar que la Sala Tercera ha tenido la oportunidad de pronunciarse en diversas ocasiones sobre lo anteriormente anotado, tal y como se advierte en Resoluciones de 13 mayo de 1993 (Manuel Gilberto Vence contra el Decreto Ejecutivo emitido por conducto del Ministerio de Salud, mediante el cual se nombró a la señora Nubia De Castillo como Técnica Jefe en Radiología del Hospital Santo Tomás); Resolución de 19 de mayo de 1993 (José Osvaldo Gordón, para que se declare nula por ilegal, la Resolución N°101-30-15 de 15 de abril de 1993 emitida por el Consejo Municipal de Colón); Resolución de 15 de septiembre de 1994 (Teófanés López Resolución N° 58- C. T. de 30 de julio de 1991 expedida por el Consejo Técnico de Salud).

Por las razones expuestas, el resto de los Magistrados que integran la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, REVOCAN la Resolución de 13 de diciembre de 2005, dictada por el Magistrado Sustanciador y en consecuencia, ADMITEN..." (El destacado es nuestro y el subrayado es de la Sala Tercera).

1.2 Teoría de los Móviles y finalidades.

Ahora bien, en segundo lugar, es importante traer a colación los principios recogidos en la teoría de los **móviles y finalidades**, la cual ha dejado en evidencia la importancia de atender otros aspectos que van más allá de solo determinar que la demanda de nulidad pueda ser interpuesta contra actos administrativos de contenido particular. Esto se ve precisamente enfocado en aquella relevancia que se le debe dar al contenido del acto administrativo de naturaleza particular, en otras

palabras, se deben definir las consecuencias que va a tener la declaratoria de nulidad de dicho acto en el evento que el mismo se materialice.

Para una mejor aproximación de los planteamientos que anteceden, este Despacho tiene a bien citar como ejemplo una Sentencia del Consejo de Estado de Colombia, que explica las consecuencias de la declaratoria de nulidad de un acto particular, si éste ha reconocido derechos particulares. Veamos:

“Pero el Consejo de Estado, consecuentemente con la doctrina que hasta el momento ha defendido rebatió las argumentaciones de la Corte Constitucional y en lo referente a las mismas, ha dicho en pronunciamiento de Sala Plena de marzo 04 de 2003: ‘El punto de vista de la Corte Constitucional se revela frágil en sus fundamentos e incoherente en sí mismo y con el sistema normativo que regula la materia contencioso administrativa... de esta forma si se acepta esta interpretación se llegaría a manera de ejemplo, a situaciones absurdas como aquella en donde se decreta la nulidad del acto de reconocimiento de una pensión manifiestamente ilegal, pero subsiste la obligación del Estado, a pesar de que no haya sustento jurídico de seguir reconociendo los derechos que allí se generaron... se estaría desconociendo la institución del decaimiento de los actos administrativos... en igual forma se desconocería el principio de agotamiento de vía gubernativa... además se estaría legitimando las vías de hecho administrativas.’

En ese caso el Consejo de Estado centra la defensa de su teoría en los efectos prácticos del fallo, en lo que estamos de acuerdo, pues qué pasaría con la declaratoria de nulidad de un acto particular si ha reconocido situaciones jurídicas o derechos particulares?, quedarías sin sustento jurídico, convirtiéndose entonces en situaciones que reconocen derechos, y son declaradas contrarias al ordenamiento jurídico. Entonces vendría a presentarse una nueva modalidad de origen de los derechos que no es otra que las situaciones de ilegalidad; así, la ilegalidad fuente de derechos. Pero consideramos además que los razonamientos del Consejo de Estado tienen un alto grado de validez sobre los de la Corte Constitucional, porque los actos administrativos de carácter particular y concreto tienen un sentido de interés primordialmente particular, del cual derivan su control que no debe ser otro que el de la acción de nulidad y el restablecimiento del derecho; pues en últimas ese interés particular desdibuja los intereses generales que controlan la acción de simple nulidad cuando vela por el mantenimiento del orden jurídico. No puede ser que una decisión de anulación de un acto administrativo se convierta en simple ejercicio académico y que no surta efectos reales dentro de la actividad práctica tanto de la jurisdicción como el de la Administración.” (GUECHA MEDINA, Ciro Nolberto, Contratos Administrativos. Control de Legalidad en el Procedimiento Administrativo de Contratación, Editorial Ibañez, páginas 477 a 478).

Luego de analizar el acto administrativo impugnado, bajo las construcciones jurisprudenciales y las tesis doctrinales, es clara la necesidad de realizar un control efectivo sobre la legalidad de las decisiones de la administración, evitando el menoscabo de los derechos subjetivos otorgados; y en consecuencia, procurar la protección de los derechos sustanciales de los asociados y la defensa de la legalidad.

Por razón de lo anterior, para este Despacho es preciso reiterar, que en el proceso bajo examen el acto condición en estudio; es decir, el Resuelto de Personal número 106 de 6 de junio de 2018, emitido por el **Ministerio de Seguridad Pública**, puede ser objeto de una acción de nulidad, por razón que se trata de una situación jurídica en la que **el funcionario nombrado no cumple ni reúne los requisitos establecidos para su designación.**

Sin embargo, en este caso, además, se da la peculiaridad que en **el mismo acto se otorgan derechos subjetivos producto del reconocimiento al interesado, Alex Vergara, así como a un grupo adicional de personas, de su designación en un nuevo cargo o posición, con el consiguiente ajuste salarial o de emolumentos.** Esa situación amerita que también nos hayamos referido a la Teoría de los Móviles y Finalidades que desarrollamos en líneas precedentes, en la que se ha dejado en evidencia la importancia de atender otros aspectos que van más allá de solo determinar que la demanda de nulidad pueda ser interpuesta contra actos administrativos de contenido particular. De allí la pretensión que desarrollamos a continuación.

II. Presupuestos Jurídicos que sustentan el Recurso de Apelación incoado.

Mediante la **Providencia de 3 de diciembre de 2020**, visible a foja 120 del expediente judicial, la Sala Tercera admitió la demanda contencioso administrativa de nulidad en estudio, y le corrió traslado por el término de cinco (5) días a esta

Procuraduría y a **Alex Vergara**; quien, a través de su apoderado especial, el Licenciado Rolando Peralta, compareció al Tribunal para contestar dicha demanda (Cfr: fojas 127-156 del expediente judicial).

De conformidad con lo antes señalado y luego de la lectura prolija de la acción en comento, advertimos que el acto administrativo impugnado, fue emitido concediendo un número plural de ascensos y reconociendo derechos a un considerable grupo de servidores públicos; lo cuales no han sido llamados al proceso para ejercer el contradictorio, en lo que concierne a la legalidad de la emisión del **Resuelto de Personal número 106 de 6 de junio de 2018**, emitido por el **Ministerio de Seguridad Pública**.

Si bien es cierto, del examen de la pretensión del actor se desprende claramente que lo que se busca es la declaración parcial del acto impugnado, respecto al ascenso de **Alex Vergara**, debemos tener presente que **parte de los cargos de infracción en que se sustenta la ilegalidad del Resuelto de Personal número 106 de 6 de junio de 2018, versan sobre la falta de competencia del Ministro de Seguridad Pública**.

Así, de la lectura de las constancias procesales que reposan en el expediente se desprende que el demandante, señala con relación al artículo 40 de la Ley 93 de 7 de noviembre de 2013, lo que nos permitimos transcribir para una mejor comprensión:

“CONCEPTO DE VIOLACIÓN:

...

En el asunto sub examine, el ascenso al rango de CAPITÁN de ALEX VERGARA, viola los requisitos previstos en la Ley 93 de 7 de noviembre de 2013, que reorganiza el Servicio Nacional Aeronaval y en sus Reglamentos, asimismo, el ascenso fue realizado por el Ministro de Seguridad Pública por sí solo, cuando la precedente Ley y sus Reglamentos establecen que es el Presidente de la República quien otorgará los ascensos en el Servicio Nacional Aeronaval ...” (Cfr. fojas 24-25 del expediente judicial).

Ante el escenario anterior, para este Despacho es claro que el procedimiento para lograr el ascenso al grado de Teniente, del cual se hizo acreedor **Luis Vergara**, conlleva el cumplimiento de las **condiciones preestablecidas en el artículo 189 del Decreto Ejecutivo 219 de 13 de mayo de 2014**, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 189. Los cargos serán otorgados **por el presidente de la República**, previa lista remitida por el director general al ministro de Seguridad Pública, de acuerdo con la calificación de servicio para ascenso y la hoja del miembro juramentado del Servicio Nacional Aeronaval.” (El subrayado es nuestro).

En ese orden de ideas, estimamos oportuno resaltar que la **Competencia** a la luz de la Ley de Procedimiento Administrativo General, se define así:

“Artículo 200. Los siguientes términos utilizados en esta Ley y sus reglamentos, deben ser entendidos conforme a este glosario:

...
21. Competencia. Conjunto de atribuciones que la Constitución Política, la ley o el reglamento asignan a una dependencia estatal o a un cargo público.”

En esa misma línea de pensamiento, el jurista Jaime Orlando Santofimio, señala en su obra **“Acto Administrativo. Procedimiento de Eficacia y Validez”**, lo que nos permitimos transcribir a fin de sustentar nuestra opinión legal sobre el caso en estudio:

“La Competencia.

Tratándose de la función administrativa, **la competencia de los órganos para proferir y ejecutar los actos administrativos, es sinónimo de capacidad, en cuanto aquélla es la aptitud que otorga la Constitución, la ley o el reglamento al ente administrativo, para que éste manifieste y ejecute válidamente su voluntad.** Señala precisamente el profesor brasileño Themisticles Brandao Cavalcanti, que ‘...la capacidad para la práctica del acto administrativo, se traduce también en el derecho administrativo en términos de competencia... será así capaz, la autoridad que tiene competencia para el ejercicio de un asunto, **siendo en consecuencia nulo el acto proferido por aquella que no tenga competencia**, por lo tanto que carezca de capacidad legal para la práctica del acto... es por lo tanto capaz aquella autoridad que ha sido investida legalmente, para la práctica de un acto o el ejercicio de una función ...’

La competencia se mide por la cantidad de poder depositado en un órgano y su posibilidad del realizar el acto administrativo. Por tanto no es absoluta; debe en todos los

casos aparecer cierta y limitada, de manera que facilite al administrado la seguridad requerida para salvaguardar su vida honra y bienes.

El acto administrativo es válido, cuando el órgano que ejerce las funciones administrativas actúa dentro de los linderos de la competencia asignada. La determinación del grado de competencia que corresponde a cada organismo, como lo advertimos corresponde al derecho positivo; sin embargo, existen importantes criterios doctrinales que permiten delimitar con precisión el ámbito del poder o la capacidad de actuación de un ente administrativo, son los conocidos como los determinantes de la competencia en razón del grado, territorio, tiempo. La primera determinante es aquella que corresponde a un órgano de la administración pública en razón al lugar que ocupa dentro de la estructura de la administración; corresponde al grado jerárquico administrativo de la autoridad. La segunda determinante corresponde a la clase o tipo de funciones que de acuerdo con las normas superiores o legales debe cumplir la entidad. La tercera se refiere al ámbito espacial dentro del cual el órgano administrativo puede ejercer las funciones que le corresponden. La última determinante corresponde a las oportunidades temporales que tiene un organismo administrativo para proferir determinados actos.

La competencia reviste algunas otras características especiales; tales como que, debe ser expresa, irrenunciable, improrrogable, o indelegable. No puede ser negociable por la administración. Es estricta, en cuanto emana del orden impuesto por el poder constituyente y legal.

Lo anterior nos permite concluir que la competencia, resulta connatural al principio de la legalidad... pues ella determina las obligaciones, derechos y facultades a los que la administración se encuentra invariablemente ligada y constituye el sendero o cauce del actuar administrativo (Cfr. Santofimio. J. "Acto Administrativo. Procedimiento de Eficacia y Validez". Colombia. Página 71-79)

Ahora bien, tal y como se desprende de la doctrina la "Competencia" es connatural al principio de legalidad, y reviste un carácter especial, estricto e innegociable a propósito del orden impuesto por el poder constituyente y legal, de modo que la falta de ésta configura una de las causales de nulidad absoluta, dispuestas en el artículo 52 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 52: Se incurre en vicio de nulidad absoluta en los actos administrativos dictados en los siguientes casos:

1. Cuando así esté expresamente determinado por una norma constitucional o legal;

2. Los dictados por autoridades incompetentes;

3. Aquellos cuyo contenido sea imposible o constitutivo de delitos;

4. Los dictados con prescindencia absoluta de trámites fundamentales que impliquen violación del debido proceso;

5. Los que graven, condenen o sancionen por un tributo fiscal, un cargo o causa distintos de aquellos que fueron formulados al interesado." (El resaltado es nuestro).

En el marco de lo antes expuesto, estimamos oportuno solicitar al Tribunal, con nuestro acostumbrado respeto, se **reforme la resolución de admisión de la demanda y en ese sentido, se llamen al conocimiento del proceso a todos los administrados a quienes la nulidad del acto pudiera afectarles derechos adquiridos, vulnerando así su derecho a ser oídos como partes del juicio y configurando la nulidad del mismo de conformidad con el artículo el artículo 90 de la Ley 135 de 1943, cuyo texto dice:**

"Artículo 90: En los procedimientos ante lo contencioso-administrativo hay nulidad en los casos siguientes:

1. Por incompetencia de jurisdicción;
2. Por falta o legitimidad de personería en alguna de las partes, o de su apoderado o representante legal;
3. **Por falta de notificación en forma legal de cualquiera de las partes;**
4. Por no haberse dictado auto para abrir a pruebas la causa, cuando fuere del caso hacerlo." (El resaltado es nuestro).

En concordancia con lo antes expuesto, es oportuno señalar el contenido de los artículos 43 (numeral 1) y 57c de la Ley 135 de 1943, modificada por la Ley 33 de 1946, así como el artículo 1131 del Código Judicial, cuyos textos dicen así:

"Artículo 43: Toda demanda ante la jurisdicción de los Contencioso-Administrativo contendrá:

1. La designación de las partes y de sus representantes

..."

"**Artículo 57c:** Los vacíos en el procedimiento establecido en esta Ley se llenarán por las disposiciones del Código Judicial y las leyes que lo adicionen y reformen, en cuanto sean compatibles con la naturaleza de los juicios y actuaciones que corresponden a la jurisdicción contencioso administrativa."

"**Artículo 1131:** El **Recurso de Apelación** tiene por objeto que el superior examine la decisión dictada por el Juez de primera instancia y la revoque o reforme."

Producto de las anteriores consideraciones, esta Procuraduría solicita al Tribunal que en atención a las nomas que anteceden **REFORME la Providencia de 3 de diciembre de 2020**, visible a foja 120 del expediente judicial, que admite la demanda y, en consecuencia, se llamen al proceso a todos los administrados a quienes el acto impugnado les otorgó derechos y que pueden ser vulnerados ante su declaratoria de nulidad.

Del Honorable Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente 832952020