

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número: 628

Panamá, 03 de agosto de 2020

Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.

El Licenciado Juan Eduardo Vega Benedito, actuando en nombre y representación de Mejores Acabados, S.A., solicita que se declare nula, por ilegal, la Nota EGESA-GG-PTG-MAC-001 de 16 de enero de 2018, emitida por la Empresa de Generación Eléctrica, S.A., y que se hagan otras declaraciones.

Alegato de Conclusión.

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

Acudo ante usted conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley 135 de 1943, modificado por el artículo 39 de la Ley 33 de 1946, con el propósito de presentar el alegato de conclusión de la Procuraduría de la Administración dentro del proceso descrito en el margen superior, momento procesal que nos permite reiterar lo expresado en nuestra contestación de la demanda, en cuanto a la carencia de sustento que se advierte en la tesis planteada por la actora, Mejores Acabados, S.A., referente a lo actuado por la Empresa de Generación Eléctrica, S.A., al emitir la Nota EGESA-GG-PTG-MAC-001 de 16 de enero de 2018.

La acción propuesta por el apoderado judicial de Mejores Acabados, S.A., tiene como fundamento el hecho que, en su opinión, la Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A., no cumplió con los trámites necesarios para que se procediera a la formalización del contrato administrativo No.2014-11, toda vez que omitió promover el refrendo de éste o, en caso que lo haya promovido, no realizó las correcciones necesarias para que fuese refrendado por la Contraloría General de la República.

Así mismo señala, que en ningún momento, la entidad estatal ha dejado sin efecto, mediante acto administrativo motivado, la Resolución de Adjudicación del Acto Público, sino que, contrario a ello, se ha limitado a emitir la nota impugnada, a través de la cual se manifiesta el no refrendo y por ende, el no pago del monto del contrato. (Cfr. fojas 6 y 7 del expediente judicial)

En esta ocasión, nos permitimos reiterar el contenido de la Vista 607 de 13 de junio de 2019, por cuyo conducto contestamos la acción en examen, señalando que no le asiste la razón a la demandante; ya que debemos advertir que las normas de contratación pública establecen reglas que procuran el prevailecimiento del interés público sobre el interés privado. Sobre este punto, se ha dicho que “el Estado busca la satisfacción de las necesidades generales de todos los habitantes, de conformidad con los principios, finalidades y cometidos consagrados en la Constitución Política, entendiendo que los organismos, entidades y personas encargadas, de manera permanente o transitoria, del ejercicio de funciones administrativas deben ejercerlas consultando el interés general.”¹

Es por ello, que las contrataciones públicas poseen una naturaleza especial, pues la competencia de la Administración y sus agentes para suscribir contratos y perfeccionar dichos actos administrativos, no se regulan por la Ley Civil, sino por las normas administrativas que prescriben los requisitos y solemnidades especiales exigibles a dichos contratos.

Los razonamientos plasmados en párrafos anteriores, nos conducen a examinar la pretensión de la recurrente a la luz de la regulación legal aplicable a la contratación de la empresa Mejores Acabados, S.A., con el Estado, para el “Suministro de Repuestos para Mantenimiento Mayor de la Planta Turbina de Gas Panamá”; siendo así, tenemos que el artículo 74 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, “Que regula la contratación Pública” (según estaba vigente al momento que se suscribió el contrato en referencia), señala que, “Los contratos se entenderán perfeccionados cuando sean refrendados por la Contraloría General de la República, y surtirán sus efectos a partir de la fecha de notificación o entrega de la orden de proceder al contratista”.

Vale la pena mencionar, que a pesar de la intención inicial que pudo tener la entidad demandada en suscribir el Contrato Administrativo 2014-11 con la sociedad Mejores Acabados, S.A., no se puede perder de vista que para su materialización se requería el refrendo de la Contraloría General de la República, lo que no había ocurrido al momento de emitirse la nota impugnada; y que luego fue negado expresamente por la Contraloría General de la República, mediante la Nota No.2072-18 DFG, fechada 14 de mayo de 2018; razón por la cual, resultaba imposible el pago de

¹ MORA CAICEDO, Esteban y RIVERA MARTÍNEZ, Alfonso. Derecho Administrativo y Procesal Administrativo. Teórico y Práctico. Tercera Edición. Grupo editorial LEYER. Bogotá Colombia 2001. Pág. 71.

suma alguna en virtud de un contrato que nunca entró a la vida jurídica, en atención a lo establecido en el artículo 77 de la Ley 32 de 8 de noviembre de 1984, orgánica de la Contraloría General de la República, el cual establece lo siguiente:

"Artículo 77.

La Contraloría improbará toda orden de pago contra un tesoro público y los actos administrativos que afecten un patrimonio público, siempre que se funde en razones de orden legal o económico que ameriten tal medida. En caso de que el funcionario y organismo que emitió la orden de pago o el acto administrativo insista en el cumplimiento de aquélla o de este, la Contraloría deberá cumplirlos o, en caso contrario, pedir a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia que se pronuncie sobre la viabilidad jurídica del pago o del cumplimiento del acto.

No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, el funcionario u organismo encargado de emitir el acto, una vez improbado éste por la Contraloría, puede también someter la situación planteada al conocimiento del Consejo de Gabinete, de la Junta Directiva, Comité Directivo, Consejo Ejecutivo, Patronato o cualquiera otra corporación administrativa que, según el caso, ejerza la máxima autoridad administrativa en la institución, a efecto de que ésta decida si se debe insistir o no en la emisión del acto o en el cumplimiento de la orden. En caso de que dicha corporación dicta que el acto debe emitirse o que la orden debe cumplirse, la Contraloría deberá refrendarlo, pero cualquier responsabilidad que del mismo se derive recaerá de manera conjunta y solidaria, sobre los miembros de ella que votaron afirmativamente. En caso que la decisión sea negativa, el funcionario u organismo que emitió el acto o libró la orden se abstendrá de insistir en el refrendo". (El resaltado es nuestro)

En este orden de ideas, es importante destacar que los contratos públicos constituyen actos administrativos complejos que deben contar con las autorizaciones necesarias para surgir a la vida jurídica, pues no sólo requieren el consentimiento y la firma de las partes, como ocurre en los contratos civiles, sino que por mandato expreso de la ley, necesitan del refrendo de la Contraloría General de la República para considerarse perfeccionados y puedan generar derechos y obligaciones para las partes.

Para mayor alcance de lo planteado en el párrafo anterior, resulta conveniente indicar que Sala Tercera se ha referido en innumerables ocasiones a los efectos jurídicos del refrendo de una contratación pública, advirtiendo de forma concluyente que la falta de refrendo impide el perfeccionamiento del contrato, y hace que éste no sea vinculante entre las partes, pues, no existe jurídicamente. Sobre el particular, son consultables, entre otras, las sentencias de 21 de mayo de 2003; 24 de julio de 2008; y más reciente, la de 15 de octubre de 2012, en la que la Sala Tercera indicó:

"Cuenta también esta Corporación con varios los pronunciamientos que ilustran que el refrendo de Contraloría General de la República es indispensable para el perfeccionamiento de los contratos administrativos. Veamos a manera de ejemplo extracto de uno de estos pronunciamientos:

'Disiente la Sala de esa interpretación, por cuanto este Tribunal Colegiado, en aplicación de las normas jurídicas vigentes sobre contratación pública y aquellas complementarias a la materia (ver artículo 73 de la Ley 56 de 1995; la Ley 32 de 1984; el artículo 1 numeral 4 del Decreto Ley No.7 de 1997 en concordancia con el artículo 45 de la Ley 56 de 1995, entre otras), se ha referido en numerosas ocasiones a los efectos jurídicos del refrendo de una contratación pública, subrayando en términos categóricos que la falta de refrendo impide el perfeccionamiento del contrato, y hace que éste no sea vinculante entre las partes, pues no existe jurídicamente. Sobre el particular son consultables, entre otras, las sentencias de 26 de abril de 1993; 9 de mayo de 2000 y más recientemente en de sentencia de 9 de marzo de 2001, cuando esta Superioridad indicó:

'La Ley 56 de 1995, claramente contempla lo referente al perfeccionamiento de los contratos de esa naturaleza, y entre otros aspectos formales el artículo 73 de la mencionada Ley prevé que deberán ser refrendados por el Contralor General de la República.'

En ese sentido, no cabe duda que al no contar el Contrato de SUMINISTRO LOS ANDES con el refrendo de Contraloría, éste no se encontraba perfeccionado ni podía ser exigible a ninguna de las partes. En ese entendimiento, el contrato establecía en su Cláusula Undécima lo siguiente:

'Este contrato comenzará a regir a partir de la fecha del refrendo por parte de la Contraloría General de la República'

Por su parte, el artículo 45 de la Ley 56 de 1995, y el artículo 53 del Decreto Ejecutivo No. 18 de 1996, establecen en su parte pertinente lo siguiente:

'Artículo 45: Adjudicación de la licitación pública, del concurso o de la solicitud de precios.

La adjudicación no se considerará perfeccionada hasta que haya obtenido las autorizaciones o aprobaciones requeridas. (Subrayado es de la Sala)

'Artículo 53. La adjudicación no se considerará perfeccionada hasta que haya obtenido las autorizaciones o aprobaciones requeridas'

(Subrayado es de la Sala)

Todo lo anterior, nos conduce a la conclusión de que al no contar la contratación con el refrendo de la Contraloría General, el demandante no puede invocar derechos de ejecución del contrato frente a la Autoridad Marítima de Panamá, lo que significa que no puede accederse a la pretensión del demandante, de que se compren a SUMINISTROS LOS ANDES las 8 grúas hidráulicas para el Puerto de Vacamonte, o que se le pague una indemnización por el monto total de la contratación, como si ésta se hubiese perfeccionado." (El resaltado es del Despacho).

En este sentido, no cabe duda que al no contar el Contrato Administrativo No.2014-11, con el Refrendo de la Contraloría, éste no se encontraba perfeccionado ni podía ser exigible a ninguna de las partes.

Por las razones anteriormente expuestas, resulta evidente que, contrario a lo señalado por la demandante, en este procedimiento de contratación no ha existido violación alguna del artículo 70 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la Contratación Pública (conforme estaba vigente al momento que se dieron los hechos), debido a que, una vez se cumplieron todos los trámites inherentes al caso, fue sometido al refrendo del Contralor General de la República, mismo que no había sido concedido al momento de emitirse la nota impugnada y que luego fue negado expresamente, de acuerdo a las razones expuestas en la Nota No.2072-18 DFG, fechada 14 de mayo de 2018, situación que impidió la realización del pago por parte de la entidad demandada. De ahí a que la Nota EGESA-GG-PTG-MAC-001 de 16 de enero de 2018, emitida por el Apoderado General de la Empresa de Generación Eléctrica, S.A., no es ilegal, y es que, al no contar la contratación con el refrendo de la Contraloría General, la demandante no puede invocar derechos de ejecución del contrato frente a la empresa estatal demandada; en consecuencia, deben descartarse las pretensiones formuladas por la actora.

En este punto, cabe resaltar que la mera expectativa de derecho es una pretensión de que se realice una situación jurídica concreta, conforme a la legislación vigente en un momento determinado, distinto a un derecho adquirido que puede ser definido como el acto realizado que introduce un bien, una facultad o un provecho al patrimonio de una persona, y ese hecho no puede afectarse, ni por voluntad de quienes intervinieron en el acto, ni por disposición legal en contrario; así, en un caso similar, la Sala Tercera mediante Sentencia de 28 de septiembre de 2010, expuso lo siguiente:

"IV. DECISIÓN DE LA SALA:

Una vez expuestos los argumentos plasmados por las partes dentro del presente proceso contencioso administrativo, procede la Sala a dictar los elementos de juicio que servirán de fundamento para desatar la litis planteada.

...

Para aclarar, las simples expectativas son las esperanzas de adquisición de un derecho fundado en la ley vigente y aun no convertidas en derecho por falta de alguno de los requisitos exigidos por la ley.

En conclusión la autorización otorgada a través de la Resolución 074-05 de 8 de noviembre de 2005, no creó a favor de la empresa demandante ningún derecho, sino una mera expectativa, toda vez que lo acordado por la Junta Directiva de la ARI requería para su perfeccionamiento de otros trámites y autorizaciones previstos en las normas de contratación pública que se encontraban vigentes." (El resaltado y subrayado es nuestro)

Frente a lo anotado, resulta totalmente improcedente que la Empresa de Generación Eléctrica, S.A., apruebe un pago que no había sido refrendado por la Contraloría General de la República, y en consecuencia, que no se sustente en un contrato vigente válido, de ahí que deba descartarse la pretensión que para tal fin ha formulado la sociedad recurrente.

Por otra parte, en cuanto a la validez y legalidad de la actuación de la Contraloría General de la República, al dictar la Nota No.2072-18 DFG, fechada 14 de mayo de 2018, generadora del no refrendo expreso del Contrato Administrativo No. 2014-11, ya se ha pronunciado la Sala Tercera en innumerables fallos, de los cuales rescatamos el contenido de la Resolución de 16 de marzo de 2009, que en su parte pertinente dice:

"En relación con el refrendo del comentado contrato, se hace necesario señalar el contenido del artículo 1 y el artículo 11, específicamente los numerales 1 y 2, de la ley 32 de 1984, que disponen lo siguiente:

'Artículo 1. La Contraloría General de la República es un organismo estatal independiente, de carácter técnico, cuya misión es fiscalizar, regular y controlar los movimientos de los fondos públicos y bienes públicos, y examinar, intervenir, fenecer y juzgar las cuentas relativas a los mismos.'

'Artículo 11. Para el cumplimiento de su misión, la Contraloría General ejercerá las siguientes atribuciones:

1. Llevará las cuentas nacionales que sean necesarios para reflejar las operaciones financieras del Estado, entre las que figurarán las de ingreso, las de egreso, las de la deuda pública, interna y externa, y las patrimoniales.

2. Fiscalizará, regulará y controlará todos los actos de manejo y otros bienes públicos, a fin de que tales actos se realicen con corrección y según lo establecido en las normas jurídicas respectivas.

...'

...

Al respecto del uso de los bienes públicos, que introduce el conocimiento de la materia administrativa, la Sala se ha pronunciado previamente al señalar lo siguiente:

Resolución de 17 de marzo de 2008:

'La Sala considera que la Contraloría General de la República para llevar a cabo su misión de fiscalización, regulación y control de los movimientos de los fondos y bienes públicos de la Nación, posee una serie de facultades otorgadas en los numerales 1 y 2 del artículo citado. El numeral 2 le permite a la Contraloría determinar los casos en que ejercerá el control previo y posterior de los fondos públicos, en el acto impugnado.

Cabe señalar que esta Sala se ha pronunciado anteriormente respecto a las funciones fiscalizadoras de la Contraloría General de la República mediante petición de interpretación que le hiciera la Contraloría General de la Nación para que se pronunciara prejudicialmente, lo cual hizo mediante sentencia del 8 de abril de 1992 de la siguiente manera:

'III. Los fundamentos constitucionales y legales del control fiscal que ejerce la Contraloría General de la República.

En nuestro país el control fiscal que ejerce la Contraloría General de la República es de carácter externo y puede ser previo o posterior. Es externo ya que el mismo se asigna a una entidad estatal ajena al órgano controlado. Según lo previsto en la Constitución el control puede ser previo, es decir que puede efectuarse durante el proceso de formación del acto o, en todo caso, antes de que produzca sus efectos, o puede ser posterior al acto de gestión fiscal.

El control fiscal que ejerce la Contraloría General de la República tiene como finalidad la protección del patrimonio del Estado y también persigue la correcta y legal utilización de los recursos públicos. Este control se ha venido a ejercer acuciosamente con la restauración del Estado de Derecho en Panamá.

Vale la pena señalar que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 276 de la Constitución el control fiscal que ejerce la Contraloría General de la República se extiende a todos los actos de manejo de fondos y otros bienes públicos."

Como consecuencia de lo anterior, la labor de control y fiscalización de la Contraloría General de la República, puede ser ejercida, sobre la institución hospitalaria denominada Hospital Integrado San Miguel Arcángel, puesto que implican la utilización de fondos o bienes públicos, de acuerdo con lo establecido por el artículo 11, numerales 1 y 2 de la ley 32 de 1984, previamente citado.

Advierte la Sala, que tanto el artículo 280 de la Constitución Nacional como el numeral 2 del artículo 11 de la Ley 32 de 8 de noviembre de 1984, norma señalada por el recurrente como infringida, faculta a la Contraloría General de la República para actuar cuando considere qué actos infringen la Ley y que afectan el patrimonio público.

Las consideraciones anteriores, hacen concluir a este Tribunal que se hace pertinente negar los cargos invocados, concluyendo que

la actuación de la Contraloría General de la República en este caso, se enmarcó dentro de sus facultades legales, y que actuó en salvaguarda de los intereses legales concernientes al régimen de fiscalización'." (El resaltado es nuestro).

Al tenor de lo anterior, se hace palpable que en el caso que la hoy demandante no estuviera de acuerdo con la decisión que tomó el Contralor General de la República, en uso de sus facultades constitucionales y legales, de negar el refrendo del Contrato objeto de la presente demanda, bien hubiese podido impugnarla ante la jurisdicción contencioso-administrativa mediante la acción correspondiente, para que se declarara nula, por ilegal y se restableciera el derecho que estimaran violado debido a la negativa del refrendo, pero en la demanda en examen no consta que la Nota No.2072-18 DFG, fechada 14 de mayo de 2018, haya sido impugnada, facultad que, reiteramos, poseía la parte actora.

Lo indicado nos obliga a reafirmar nuestras primeras líneas, en el sentido que la negativa del refrendo es la causa por la cual el contrato no se perfeccionó, lo que descarta que el Gerente General de la Empresa de Generación Eléctrica, S.A., hubiese actuado ilegalmente.

En el marco de lo antes indicado, debe advertirse que es discrecional la facultad de la administración de insistir en el refrendo o aprobación de una actuación administrativa, cuando ésta es negada. En todo caso, si la administración no insiste en el refrendo o aprobación, le corresponde a quien se considere afectado con esta actuación impugnar la improbación del acto administrativo ante esta vía contencioso-administrativa.

En el caso en estudio, el Gerente General de la Empresa de Generación Eléctrica, S.A. firmó el contrato administrativo No. 2014-11 y lo envió para su refrendo o aprobación, pero cuando éste le fue devuelto sin el refrendo o aprobación y posteriormente le fue negado, no insistió en el refrendo, hecho que no puede considerarse ilegal, con motivo de facultad discrecional que posee de no insistir.

En un caso similar al que ocupa nuestra atención, en Sentencia de 5 de diciembre de 1998, la Sala Tercera manifestó lo siguiente:

"La facultad de la administración de insistir en el refrendo o aprobación de una actuación administrativa, cuando ésta es negada, es discrecional. Si la administración no insiste en el refrendo o aprobación

corresponde a quien se considere afectado con esta actuación impugnar la improbación del acto administrativo ante esta vía contencioso-administrativa. En el caso en estudio el Director General del IRHE firmó el contrato D. G. 308-94 y lo envió para su refrendo o aprobación, pero cuando éste le fue devuelto sin el refrendo o aprobación y luego éste le fue negado, no insistió en el refrendo, ni solicitó a la Junta Directiva del IRHE que decidiera si insistiría en dicho refrendo y aprobación. Como ya hemos expresado esta facultad del Director General es discrecional. El artículo 77 de la Ley 32 de 1984 preceptúa que la Contraloría puede improbar todo acto administrativo que afecte un patrimonio público por razones de orden legal o económico y esto fue lo que hizo la Contraloría en el caso en estudio, como ya se ha expuesto. Esta norma también establece que en caso de que el funcionario u organismo que emitió el acto insista en su cumplimiento la Contraloría deberá cumplirlo o pedir a esta Sala se pronuncie sobre la viabilidad jurídica de su cumplimiento. También puede el funcionario solicitar, a la máxima autoridad administrativa de la institución, que decida si se debe o no insistir en el cumplimiento del acto. De ser afirmativa la decisión la Contraloría debe aprobar el acto y cualquier responsabilidad que del acto se derive recaerá sobre la máxima autoridad de la institución que decidió insistir en la aprobación del acto. Si la decisión es negativa el funcionario se abstendrá de insistir en la aprobación del acto.

Como ya hemos dicho, si la administración no insiste en la aprobación del acto, el interesado puede impugnar la improbación o negativa de refrendo ante esta vía mediante una demanda contencioso-administrativa de plena jurisdicción." (el resaltado es nuestro)

Por todo lo expuesto, esta Procuraduría de la Administración considera que las actuaciones del Director General de la Empresa de Generación Eléctrica, S.A., se ajustan a derecho, y por ende, los cargos de ilegalidad que le son endilgados por la parte demandante no deben prosperar. En todo caso, si la parte demandante se consideraba agraviada por el no refrendo del contrato, debió haber demandado dicha negativa ante esta Jurisdicción Contencioso Administrativa y no la supuesta ilegalidad de las actuaciones del Gerente General de la empresa demandada, amén que éstas fueron perfectamente legales.

En otro orden de ideas, resulta importante señalar que en el presente caso ha existido buena fe por parte de la entidad demandada, en virtud de las razones que sucintamente se expondrán a continuación.

El principio de buena fe, es uno de los principios generales que sirve de fundamento al ordenamiento jurídico y que está previsto en el artículo 1109 del Código Civil, mismo que es aplicable a este caso, en virtud que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 16 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, según estaba vigente al momento que se suscribió el contrato; todas las

actuaciones de quienes intervengan en las contrataciones públicas se rigen, entre otros, por los principios generales del derecho y particularmente del derecho administrativo, que ha reconocido la vigencia del principio de buena fe en las relaciones con la administración pública.

Sin embargo, es preciso acotar que tal como se desprende de la doctrina, este principio no es absoluto, pues guarda estrecha relación con el cumplimiento de los requerimientos exigidos por ley. Sobre el particular, el tratadista español Jesús González Pérez², expresa lo siguiente:

“La aplicación del principio de buena fe permitirá al administrado recobrar la confianza en que la Administración no va exigirle más de los que estrictamente sea necesario para la realización de los fines públicos que en caso se persiga: Y que no le va a ser exigido en el lugar, en el momento ni en la forma más inadecuados, en atención a sus circunstancias personales o sociales, y a las propias necesidades públicas...” (El resaltado es nuestro).

De lo recién anotado, se hace palpable que si bien es cierto, el Estado debe atender el principio de buena fe, éste no puede comprometer otro principio fundamental del Derecho Público, como lo es el “Principio de Legalidad”, conforme al cual todo ejercicio de un poder público debe realizarse acorde a la ley vigente y su jurisdicción, y no a la voluntad de las personas.

Es decir, lo que se busca con la consideración del principio de legalidad es que esencialmente las entidades estatales o de Derecho Público, cumplan sus roles en estricto apego a las disposiciones legales vigentes al tiempo en que se encuentren en la necesidad de proferir un acto, ya sea, administrativo o judicial.

En el caso que nos atañe, vemos que el Contrato Administrativo No. 2014-11, pese a haber sido suscrito por la entidad demandada, culminó con la improbación o no refrendo por parte de la Contraloría de dicho contrato, debido a las razones expuestas en la Nota No.2072-18 DFG, fechada 14 de mayo de 2018, con fundamento en el artículo 77 de la Ley 32 de 1984, antes citado, razón por la cual, fácilmente puede concluirse que el hecho que el contrato no se hubiese formalizado no se debió a la mala fe o mora por parte del Gerente General de la Empresa de Generación Eléctrica, S.A., sino que éste procedió conforme le ordenaba la Ley 22 de 2006, que rige las Contrataciones Públicas.

² El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo, Editorial Civitas, Cuarta Edición, Madrid, 2004, Pág. 116)

Finalmente, en cuanto a la solicitud que formula entre sus pretensiones el apoderado judicial de la demandante, para que el Tribunal le reconozca el pago de una indemnización por la suma de quinientos veintiocho mil novecientos treinta y tres balboas con sesenta y nueve centavos (B/.528,933.69); este Despacho considera que la misma resulta a todas luces improcedente, puesto que la determinación de posibles daños y perjuicios es un elemento característico de los procesos contencioso administrativos de indemnización y no de los de plena jurisdicción, los que debido a su naturaleza, sólo están encaminados a la declaratoria de nulidad de un acto administrativo y la consecuente reparación de los derechos subjetivos que se estiman lesionados, conforme se desprende de lo establecido en el artículo 42B de la Ley 135 de 1943, modificado por el artículo 27 de la Ley 33 de 1946.

Lo anterior es confirmado por la Sala Tercera en su Sentencia de 5 de agosto de 2016, en la cual expresó lo siguiente:

“...
Finalmente, debemos descartar la solicitud de reconocimiento de indemnización por daños y perjuicios, ya que la misma no va a ser considerada por este Tribunal Colegiado, primeramente porque la determinación de los posibles daños y perjuicios es un elemento característico de los procesos contencioso administrativos de indemnización y no de plena jurisdicción, debido a que estos últimos, por su naturaleza, solo están encaminados a la declaratoria de nulidad de un acto administrativo y la consecuente reparación de los derechos subjetivos que se estimen lesionados y segundo, porque del análisis de los planteamientos realizados por la actora en cuanto a los cargos de ilegalidad de los artículos 32 del Código Civil; 62 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, y 18 numeral 9 del Decreto Ley 7 de 1998; hemos podido concluir que los mismos carecen de fundamento jurídico, por lo que esta Sala procederá a decretar la legalidad de la Resolución GGM-DFM-003-2015 de 9 de febrero de 2015.
...” (La negrita es de esta Procuraduría).

El precedente jurisprudencial invocado, no hace más que confirmar nuestras primeras líneas, en el sentido que es a todas luces es improcedente la inclusión de reclamos indemnizatorios en el marco de un proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción.

Así las cosas, al confrontar lo anotado en el párrafo anterior con la realidad fáctica del caso que ocupa nuestra atención, claramente puede apreciarse que la parte actora ha solicitado una indemnización por daños y perjuicios dentro del proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción promovido.

Como se puede observar, dicho reclamo indemnizatorio corresponde a un recurso legal distinto al de plena jurisdicción, que debe ser exigido a través de la vía correspondiente; razón por la que nos encontramos frente a una pretensión que no es cónsona con la naturaleza de la acción que se analiza, y en consecuencia, la misma debe ser desestimada.

Actividad Probatoria.

La Sala Tercera emitió el Auto de Prueba 132 de 11 de marzo de 2020, por medio del cual admitió a favor de la actora: los documentos visibles de fojas 1, 2, 11, 12, 66-68 y 69, con fundamento en los artículos 833, 835, 842 y 857 del Código Judicial (Cfr. fojas 82-83 del expediente judicial).

En esa línea de pensamiento, vale la pena destacar que no se admitieron las pruebas documentales aportadas por el demandante, por ser copias simples de documentos privados, con sustento en lo que establece el artículo 833 del Código Judicial, los que constan a fojas 70, 71 y reverso, 73, 74 y 75 del expediente judicial (Cfr. foja 83 del expediente judicial).

En ese orden de ideas, conviene señalar que mediante el citado Auto de Pruebas, la Sala Tercera también admitió el reconocimiento de contenido y firma de ciertos documentos suscritos por Ariel Muñoz y Juan Gabriel Pérez Silva; así como los testimonios de Ariel Muñoz y Marisol de La Hoz, aducidos por la demandante; no obstante, según se dejó constancia en dos (2) actas secretariales que reposan en el expediente judicial, tales pruebas de reconocimiento de contenido y firma de documentos y las testimoniales no se practicaron porque la recurrente ni los testigos se presentaron en las fechas y horas programadas para ello por el Tribunal (Cfr. fojas 95 y 96 del expediente judicial).

La Sala Tercera, por medio del Oficio 934 de 1 de julio de 2020, le solicitó a la Empresa de Generación Eléctrica, S.A. la copia autenticada del expediente administrativo que guarda relación con el presente caso (Cfr. foja 93 del expediente judicial).

En este escenario, es importante destacar que, en lo que respecta a la información solicitada a la entidad demandada a la que nos hemos referido en el párrafo que precede, la misma fue

remitida al Tribunal en original, a través de la nota de 23 de julio de 2020 (Cfr. foja 94 del expediente judicial).

En cuanto a las pruebas admitidas a favor de la recurrente, esta Procuraduría observa que no logran demostrar que el Gerente General de la Empresa de Generación Eléctrica, S.A., al emitir el acto acusado, hubiese infringido las normas que sustentan el proceso presentado por la empresa Mejores Acabados, S.A.; por lo tanto, somos de la convicción que en el negocio jurídico bajo examen, la actividad probatoria del mismo no cumplió con la carga procesal que establece el artículo 784 del Código Judicial, que obliga a quien acciona a confirmar los hechos que dan sustento a su pretensión; deber al que se refirió la Sala Tercera en el Auto de 30 de diciembre de 2011, señalando en torno al mismo lo siguiente:

“La Corte advierte que, al adentrarse en el análisis del proceso, la parte actora no ha llevado a cabo los esfuerzos suficientes para demostrar los hechos plasmados en sus argumentos... Adicional a ello, consta en el expediente, que la actora no ha demostrado interés real de suministrar y/o practicar las pruebas por ellos solicitadas, que pudieran reflejar resultados a su favor, contrario a lo expresado en el artículo 784 del Código Judicial.

‘Artículo 784. Incumbe a las partes probar los hechos o datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que le son favorables...’ (Lo subrayado corresponde a la Sala Tercera).

Al respecto del artículo transcrito, es la parte actora quien debe probar que la actuación surtida por la Entidad emisora de la Resolución recurrida, así como sus actos confirmatorios, carecen de validez jurídica.


Es oportuno en esta ocasión hacer alusión al jurista colombiano Gustavo Penagos, quien dice en relación a la carga de la prueba que: *‘en las actuaciones administrativas se debe observar los principios de la carga de la prueba, la cual corresponde a los acusadores’*. (PENAGOS, Gustavo. Vía Gubernativa. Segunda Edición. Ediciones Ciencia y Derecho. Bogotá, Colombia, 1995. Pág. 14).

En este mismo sentido, Jairo Enrique Solano Sierra, dice que *‘la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la acción corresponden al actor’*. (SOLANO SIERRA, Jairo Enrique. Derecho Procesal Administrativo y Contencioso. Vía Administrativa- Vía Jurisdiccional- Jurisprudencia-Doctrina. Primera Edición. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Santa Fe, Bogotá, D. C. Colombia, 1997. Pág. 399)...”

De la lectura de la citada resolución judicial se infiere la importancia que reviste para la decisión del proceso, el hecho que la actora cumpla con la responsabilidad de acreditar su pretensión ante la Sala Tercera, de ahí que en ausencia de mayores elementos de prueba que fundamenten la demanda promovida por Mejores Acabados, S.A., este Despacho solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que NO ES ILEGAL la Nota EGESA-GG-PTG-MAC-001 de 16 de enero de 2018, emitida por la Empresa de Generación Eléctrica, S.A., y para que se hagan otras declaraciones.

Del Honorable Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General