

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 633

MINISTERIO PÚBLICO  
PROCURADURÍA DE LA  
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 12 de septiembre de 2007

**Proceso Contencioso  
Administrativo de  
Plena Jurisdicción.**

El licenciado León Emilio Halphen, en representación de **Progreso AFP, S.A.**, para que se declare nula, por ilegal, la resolución 18 de 6 de septiembre de 2005, emitida por el **Consejo de Administración del SIACAP**, el acto confirmatorio y para que se hagan otras confirmaciones.

**Contestación  
de la demanda**

**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 numeral 2 del artículo 5 de la ley 38 de 31 de julio de 2000, con la finalidad de contestar la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción descrita en el margen superior.

**I. Los hechos en que se fundamenta la demanda, los contestamos de la siguiente manera:**

**Primero:** No es un hecho; por tanto, se niega.

**Segundo:** No es un hecho; por tanto, se niega.

**Tercero:** No es cierto; por tanto, se niega.

**Cuarto:** No es cierto; por tanto, se niega.

**Quinto:** No es cierto; por tanto, se niega.

**Sexto:** No consta; por tanto, se niega.

**Séptimo:** No es cierto; por tanto, se niega.

**Octavo:** No es cierto; por tanto, se niega.

**Noveno:** No es cierto; por tanto, se niega.

**Décimo:** Es cierto; por tanto, se acepta. (Cfr. foja 1 del expediente judicial).

**Décimo Primero:** No es cierto; por tanto, se niega.

**Décimo Segundo:** Es cierto; por tanto, se acepta. (Cfr. foja 4 del expediente judicial).

**Décimo Tercero:** Es cierto; por tanto, se acepta. (Cfr. fojas 4 a 8 del expediente judicial).

**Décimo Cuarto:** Es cierto; por tanto, se acepta. (Cfr. foja 8 del expediente judicial).

## **II. Disposiciones que se aducen infringidas y los conceptos de las supuestas infracciones.**

**A.** Artículo 2 de la ley 8 de 6 de febrero de 1997.

**B.** Artículo 76 del decreto ejecutivo 27 de 27 de junio de 1997, modificado por el decreto ejecutivo 17 de 27 de febrero de 2003.

Los conceptos de infracción de las normas aducidas como infringidas por la apoderada judicial de la parte actora pueden consultarse a fojas 16 y 17 del expediente judicial.

## **III. Descargos legales de la Procuraduría de la Administración, en representación de la entidad demandada.**

La apoderada judicial de la demandante considera que la resolución impugnada, al obligar a su poderdante a remitir al Sistema de Ahorros y Capitalización de Pensiones de los Servidores Públicos, en adelante SIACAP, los recursos integrados por los fondos privados que actualmente administra a fin de que el SIACAP los distribuya entre las empresas administradoras de inversiones privadas que hubiesen sido

favorecidas en la licitación convocada por el Consejo de Administración del SIACAP, constituye un acto administrativo violatorio del artículo 2 de la ley 8 de 6 de febrero de 1997, ya que de conformidad con esta norma, dichos fondos luego de ingresar a las cuentas individuales se constituyen en fondos privados cuyos titulares ya designaron a su poderdante para administrarlos, por lo que de haberse aplicado la norma legal antes citada, no se le hubiese impuesto a la demandante la obligación de remitir tales fondos privados al SIACAP.

Luego de analizados los argumentos de la demandante para sustentar el cargo de violación del artículo 2 de la ley 8 de 6 de febrero de 1997, este Despacho observa que no le asiste la razón, habida cuenta que a través de una adenda publicada en diferentes medios de comunicación social el 15 y 16 de septiembre de 2005 la institución procedió a modificar el numeral 2 del punto 2.6 del pliego de cargos de la Licitación Pública Internacional 3-2004, agregando al final del párrafo un mecanismo de distribución de los recursos del SIACAP y mantuvo esa distribución durante los primeros 24 meses de vigencia de los contratos que se suscribieran al inicio de ese período y que una vez vencido ese plazo, los afiliados y los tenedores en debido curso de los Certificados de Participación Negociables podrían optar, una vez cada 12 meses, por escoger la entidad administradora de inversiones a la que desearan estar afiliados. (Cfr. fojas identificadas inicialmente como 30 a 34 del expediente administrativo).

Posteriormente, el 1 de septiembre de 2005, todas las empresas que participaron en el referido acto público internacional presentaron sus propuestas financieras, aceptando así lo estipulado en el pliego de cargos y especificaciones, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 30 de la ley 56 de 1995, vigente a la fecha de los hechos, que establecía que todo proponente en un acto de licitación pública, se obligaba a aceptar el pliego de cargos sin objeciones ni restricciones.

Por otra parte, al sustentar el cargo de violación directa, por inaplicación u omisión, del artículo 76 del decreto ejecutivo 27 de 27 de junio de 1997, modificado por el decreto ejecutivo 17 de 27 de febrero de 2003, la apoderada judicial de la demandante estima que el Consejo de Administración del SIACAP sólo podía ordenar la distribución de los recursos del SIACAP entre la Caja de Seguro Social y las dos o más entidades administradoras de inversiones privadas con las que éste hubiera celebrado contratos de administración, durante los primeros 24 meses de vigencia de los mismos a partir del inicio de operaciones del SIACAP, por lo que dicho organismo de dirección de la entidad no estaba facultado para ordenarle a su poderdante, Progreso AFP, S.A., la remisión de los fondos privados que dicha sociedad administra en virtud del mandato expreso de los titulares de las cuentas individuales y de los tenedores en debido curso de Certificados de Participación Negociables (CERPANES), como pretende hacerlo a través de la resolución impugnada.

Esta Procuraduría observa que el artículo 76 del decreto ejecutivo 27 de 1997 facultó al mencionado consejo de administración para distribuir en partes iguales entre las entidades administradoras de inversiones, es decir, entre la Caja de Seguro Social y dos o más entidades administradoras de inversiones privadas e independientes entre sí, que serían escogidas a través de licitación pública, los recursos provenientes de la recaudación.

Por su parte, el párrafo segundo de ese texto reglamentario señala que al término de este período los afiliados podrán optar, una sola vez cada 12 meses, por escoger la administradora de inversiones que desearán. Los afiliados que no lleven a cabo la selección se mantendrán en el fondo general del SIACAP.

El artículo 76 en referencia fue modificado posteriormente por el artículo 24 del decreto 32 de 1998 que, a su vez, fue modificado por el decreto ejecutivo 17 de 2003 al incorporar este derecho a los tenedores en debido curso de un Certificado de Participación Negociable (CERPAN).

Lo anterior demuestra que los cargos de infracción legal aducidos por la parte demandante carecen de sustento jurídico, toda vez que el Consejo de Administración del SIACAP al elaborar los pliegos de cargos de las licitaciones públicas para escoger a las administradoras de inversiones, debe acatar lo dispuesto en el artículo 76 del decreto ejecutivo 17 de 2003, en lo referente a la obligación de repartir en partes iguales los recursos del SIACAP entre la Caja de Seguro Social y las administradoras de inversiones

seleccionadas; los cuales, según dispone la norma en mención, deben permanecer por un término de 24 meses en poder de estas administradoras, y es sólo al vencimiento de este período que los afiliados y tenedores en debido curso de un CERPAN pueden proceder a escoger libremente, una vez por año, a la administradora de su preferencia.

Por las consideraciones anteriores, esta Procuraduría solicita al Tribunal declarar que **NO ES ILEGAL** la resolución 18 de 6 de septiembre de 2005 emitida por el Consejo de Administración del SIACAP y, en consecuencia, se denieguen las pretensiones formuladas en la demanda.

#### **IV. Pruebas.**

Se aduce como prueba el expediente administrativo referente a este caso, el cual reposa en los archivos del Sistema de Ahorros y Capitalización de Pensiones de los Servidores Públicos (SIACAP).

Aportamos copias debidamente autenticadas de los documentos que reposan en las fojas 1057 a 1068, 1073 a 1076, 1152, 1176 y 1202 del expediente administrativo.

#### **IV. Derecho.**

Se niega el invocado por la demandante.

#### **Excepción: Ausencia de un acto administrativo.**

Según observa este Despacho, la empresa PROGRESO AFP, S.A., interpuso demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción en contra de la resolución 18 de 6 de septiembre de 2005 emitida por el Consejo de Administración del Sistema de Ahorro y Capitalización de Pensiones de los Servidores Públicos (SIACAP), mediante la cual dicho consejo aprobó en

todas sus partes un instructivo contentivo del procedimiento a ser aplicado en la etapa de transición por las actuales entidades Registradora Pagadora y Administradoras de Inversiones del SIACAP y por las empresas seleccionadas para administrar el fondo por los próximos 5 años a partir del 1 de enero de 2006.

No obstante, conforme observa esta Procuraduría la parte actora ha ejercido la acción contencioso administrativa en contra de un **acto preparatorio**, lo que impide que se pueda emitir una sentencia de fondo en este proceso, toda vez quede conformidad con el artículo 42 de la ley 135 de 1943, modificada por la ley 33 de 1946, sólo son recurribles ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia los actos o resoluciones definitivas o providencias de mero trámite, si estas últimas deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, de modo que le pongan término o hagan imposible su continuación.

En efecto, mediante el acto acusado el Consejo de Administración del SIACAP aprobó el instructivo antes mencionado y ese mismo día publicó en algunos medios de comunicación la adenda por medio de la cual se modificó el pliego de cargos del acto público para ajustarlo al contenido del acto impugnado, el cual fue proferido de conformidad con la ley; celebrándose el acto público el 1 de noviembre de 2005, tal como consta en la copia de las propuestas económicas presentadas por las empresas participantes (Cfr. fojas 1152, 1176 y 1202 del expediente administrativo), luego de lo cual se procedió a seleccionar de entre las empresas

calificadas técnicamente, aquellas cuyas propuestas económicas convenían a los mejores intereses de la entidad licitante para prestar los servicios solicitados en la licitación pública internacional 3-2004.

Según advierte este Despacho, las condiciones establecidas en la resolución emitida por el Consejo de Administración del SIACAP fueron trasladadas al pliego de cargos, el cual fue aceptado por las empresas participantes sin restricciones ni objeciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 30 de la ley 56 de 1995, vigente a la fecha de los hechos. Además, de las constancias procesales no se desprende evidencia alguna de que permita establecer que dentro del proceso de la licitación pública ya mencionada se haya proferido una resolución o un acto administrativo con los que se pudiera haber afectado los derechos subjetivos e individuales de la demandante o que la misma haya sido notificada de un acto administrativo o resolución dictada por el Consejo de Administración del SIACAP que constituyera un **acto definitivo**; condición necesaria para acudir ante la Sala de lo contencioso Administrativo, conforme lo dispone el artículo 42 de la ley 135 de 1943 modificado por el artículo 25 de la ley 33 de 1946.

Ese Alto Tribunal de Justicia se ha manifestado en el sentido de que no son susceptibles de ser demandados ante la jurisdicción contencioso administrativa los pliegos de cargos o actos previos a la celebración de un acto público, toda vez

que se trata de meras expectativas tal como lo hiciera en fallo de 27 de julio de 2006.

En virtud de lo anteriormente expuesto, esta Procuraduría arriba a la conclusión de que se ha demandado como ilegal un **acto preparatorio**, aunado al hecho que la demandante presentó su propuesta en la licitación pública antes referida, por lo que legalmente debe entenderse que aceptaba el contenido del pliego de cargos, sin restricciones ni condiciones, de manera que en tal caso la misma **debió demandar el contrato suscrito, que constituye el acto administrativo.**

En consecuencia, solicitamos respetuosamente a ese Tribunal que al momento de dictar la sentencia reconozca la excepción que aducimos en este escrito, de conformidad con los artículos 86 y 87 de la ley 135 de 1943 en concordancia con el último párrafo del artículo 690 del Código Judicial.

**Del señor Magistrado Presidente,**

Oscar Ceville  
**Procurador de la Administración**

Nelson Rojas Avila  
**Secretario General**

OC/1062/mcs