

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 691

Panamá, 23 de junio de 2010

Advertencia de ilegalidad.

**Recurso de Apelación
(Promoción y sustentación).**

Propuesta por el licenciado Camilo Rojas Vega, en representación de **Cable & Wireless Panama, S.A.**, para que la Sala se pronuncie sobre la legalidad del artículo 34 de decreto ejecutivo 138 del 15 de junio de 1998, dictada por el **Ministerio de Gobierno y Justicia.**

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 21 de diciembre de 2009, visible a foja 63 del expediente judicial, mediante la cual se admite la advertencia de ilegalidad descrita en el margen superior.

La oposición de la Procuraduría de la Administración a la admisión de la advertencia de ilegalidad bajo estudio, se fundamenta en lo dispuesto en el artículo 73 de la ley 38 de 31 de julio de 2000, que señala que cuando una autoridad o alguna de las partes advirtiere que la norma o normas reglamentarias o el acto administrativo a aplicarse en el proceso administrativo tiene vicios de ilegalidad, debe someterlo a consulta ante ese Tribunal; así como en el

numeral 9 del artículo 201 de la misma excerpta la cual define la acción de advertencia de ilegalidad como la observación formulada por una de las partes a la autoridad que conoce de un proceso administrativo, sobre supuestos vicios de ilegalidad que le atribuye a un acto administrativo que debe ser aplicado para resolver dicho proceso.

1. La norma reglamentaria invocada ya fue aplicada en el procedimiento administrativo adelantado por la institución demandada.

Al respecto observamos que, tal como se desprende de lo antes anotado, para que proceda la advertencia de ilegalidad es preciso que la norma advertida de ilegal no haya sido aplicada en el correspondiente proceso administrativo; situación contraria a la observada, puesto que la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, en ejercicio de sus facultades legales y reglamentarias, intervino, a petición de una de las partes, para adelantar un proceso de mediación con el fin de dirimir diferencias existentes entre Costa del Este Infraestructure, Inc. y Cable & Wireless Panamá, S.A., con relación al acceso y uso de los subductos en el área de Costa del Este.

Nuestra posición coincide igualmente con lo que ya ha sido señalado por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia mediante resolución de 24 de octubre de 2007, emitida al resolver una acción de amparo interpuesta dentro del proceso administrativo que nos ocupa; decisión en la cual esa Alta Corporación de Justicia se pronunció de la siguiente manera:

“Conoce el Pleno de esta Corporación de Justicia de la acción de amparo propuesta por la firma de Abogados ALEMAN, CORDERO, GALINDO Y LEE, apoderados judiciales de la Sociedad CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A. contra la resolución de 5 de febrero de 2007 proferida por el Director Nacional de Atención al Usuario de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, en la que declara no procedente la remisión de la advertencia de ilegalidad propuesta por la Sociedad Cable & Wireless a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, dentro del proceso administrativo de mediación para lograr un acuerdo sobre el uso de subductos en el área de Costa del este, entre las empresas Cable & Wireless Panamá, y Costa del Este Infrastructure, Inc. (f.11)

El proceso de mediación surgido entre las empresas y Cable & Wireless y Costa del Este Infrastructure Inc, fue decidido por el Director Nacional de los Servicios Públicos mediante resolución No. AN 491-TELCO de 20 de diciembre de 2006, decisión que fue reconsiderada por la empresa Cable & Wireless Panamá.

Encontrándose por resolver el recurso de reconsideración formulado por la empresa Cable & Wireless contra la decisión No. AN 491 -TELCO de 20 de diciembre de 2006, Cable & Wireless Panamá, interpuso una advertencia de ilegalidad contra el artículo 34 del Decreto Ejecutivo No. 138 de 1998, disposición que a juicio de la recurrente, debe ser aplicada para resolver el recurso de reconsideración formulado contra la resolución No. 491 TELCO de 20 de diciembre de 2006, por lo cual no está en firme y la norma advertida de ilegal, es la norma reglamentaria en base a la que se resolverá la reconsideración formulada contra esta decisión.

Resulta ser amparada, la resolución de 5 de febrero de 2007, proferida por el Director Nacional de Atención al Usuario de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, la que declara improcedente la remisión de la advertencia de ilegalidad ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia (f. 11- 12).

...

Examen y Decisión del Pleno

...

Un análisis a los hechos de la demanda, permiten ver que el artículo 34 del Decreto Ejecutivo No. 138 de 1998, advertido de ilegal dentro del proceso administrativo, fue aplicado por el Director Nacional de Protección al Usuario de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, quien es competente en el respectivo proceso administrativo, en razón de declaratoria de impedimento de Administrador General de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, al resolver dentro de un proceso de mediación la controversia sobre el uso de subductos en el área de Costa del Este, entre las empresas Cable & Wireless Panamá, y Costa del Este Infrastructure Inc.

...

En ese orden de ideas, si bien las acciones de amparo pueden ser interpuestas contra todo tipo de actos, la misma requiere para su procedibilidad la existencia de la gravedad e inminencia del daño, requisito que se encuentra ausente en el presente caso, toda vez que la disposición advertida de ilegal ya fue aplicada aún cuando no se encuentre en firme la decisión que resolvió la controversia de fondo y que ya aplicó el artículo 34 del Decreto Ejecutivo No. 138 de 15 de junio de 1998.

...

En el presente caso, la disposición legal advertida (art. 34 del Decreto Ejecutivo No. 138 de 1998) ya fue aplicada en el proceso administrativo. (El subrayado es nuestro).

Cabe reiterar, que la acción de amparo de garantías constitucionales, tutela aquellos derechos que no pueden ser impugnados o remediados y que denotan una urgencia de revocación por el daño que se presume puede ocurrir, lo que no resulta en el presente caso.

...

El Pleno de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NO ADMITE la demanda de amparo de derechos fundamentales presentada por la firma de Abogados ALEMAN, CORDERO, GALINDO Y LEE, apoderados judiciales de la Sociedad

CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A. contra la resolución de 5 de febrero de 2007 proferida por el Director Nacional de Atención al Usuario de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos." (Lo subrayado es nuestro).

Sobre la aplicación de la norma advertida, esa Sala ha señalado que para que proceda una advertencia de ilegalidad, es preciso que la norma advertida aún no haya sido aplicada dentro del proceso administrativo. Así lo recoge su resolución de 19 de abril de 2010, en la cual se indica lo siguiente:

"El jurista Edgardo Molino Mola en su obra denominada 'Legislación Contenciosa Administrativa Actualizada y Comentada' propone un concepto ampliado de la Advertencia de Ilegalidad, indicando que:

'La advertencia de ilegalidad consiste, en que cuando en un proceso administrativo, en cualquier estado del mismo, y antes de que se apliquen, alguna de las partes le advierta a la autoridad administrativa que ha de resolver el proceso y siguiendo la forma de una demanda de nulidad ante el Contencioso Administrativo, que la norma reglamentaria o el Acto Administrativo que deberá aplicar para decidir el proceso, tiene vicios de ilegalidad, por lo que deberá remitirlo a la Sala Tercera en el término de dos días, cerciorándose primero que no existe pronunciamiento sobre la cuestión legal advertida y continuando el proceso hasta dejarlo en el estado de decidir, en espera del fallo de la Corte.'

...

Por otro lado, es preciso señalar, que la eficacia de una advertencia de ilegalidad se centra en el hecho de incoarla antes de que la norma reglamentaria o acto administrativo sea aplicado para resolver el proceso, por lo que, éste presupuesto constituye un elemento indispensable para su tramitación.

El alegato que precede es cónsono con el contenido del artículo 73 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, el cual indica que, para que la Sala pueda pronunciarse sobre una advertencia de ilegalidad es necesario que la norma, acto o reglamento que se advierte no haya sido aplicado.

Lo anterior ha sido resaltado por nuestra jurisprudencia en reiteradas ocasiones ...

...
En consecuencia, el Magistrado Sustanciador en representación de la Sala Tercera (Contencioso Administrativo) de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NO ADMITE la presente Advertencia de Ilegalidad interpuesta por GLAXWELL FINANCIAL, LTD. Contra la Ley No.9 de 16 de marzo de 2006 dentro del proceso administrativo sancionatorio que le sigue la AUTORIDAD DE LOS RECURSOS ACUÁTICOS (ARAP)."

2. La inexistencia de un proceso administrativo.

Por otra parte, es importante destacar que consta a foja 65 del expediente judicial la nota del 29 de octubre de 2009, mediante la cual el representante legal de Costa Del Este Infraestructure, Inc., y el apoderado general de Cable and Wireless Panamá, S.A., remitieron al administrador general de la Autoridad de los Servicios Públicos, para su respectivo registro, el contrato de arrendamiento de subductos, suscrito por ambas sociedades, y comunicaron la existencia del consenso para la suscripción voluntaria de ese contrato, razón por la cual, a juicio de ambas partes, la intervención de la autoridad reguladora quedaba sin efecto, de ahí que devenga sin causa por falta de consentimiento de las partes, el procedimiento administrativo, iniciado por dicha autoridad

para lograr que las mismas suscribieran un contrato sobre esta materia.

Ante la evidente desaparición del tema objeto de controversia entre Costa del Este Infraestructure, Inc., y Cable & Wireless Panamá, S.A., el proceso administrativo llevado a cabo por la Autoridad de los Servicios Públicos llega a su fin, lo que trae como resultado la ausencia de un proceso administrativo dentro del cual pueda ser aplicada la norma advertida, lo que hace inviable que se prosiga su trámite.

En un caso similar al que nos ocupa, ese Tribunal mediante resolución de 29 de febrero de 2008, se expresó en los siguientes términos:

“En primer término, cabe señalar que la advertencia de ilegalidad debe formularse dentro de un proceso administrativo, y en el presente caso no se observa que exista un proceso en trámite, dentro del cual tenga que aplicarse una norma legal o reglamentaria o acto administrativo.

Esta exigencia se desprende de lo estipulado en el artículo 73 de la Ley 38 de 2000, que en su párrafo segundo, regula la figura de la advertencia de ilegalidad en nuestro derecho. El texto de la misma es el siguiente:

‘Artículo 73. ...

De igual manera, cuando la autoridad advierta o alguna de las partes le advierta que la norma o normas reglamentarias o el acto administrativo que deberá aplicar para resolver el proceso, tiene vicios de ilegalidad, dentro de los dos días siguientes, someterá la consulta respectiva ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, salvo que la disposición legal o acto haya sido objeto de pronunciamiento de esta Sala.

...'

Por tanto, a tenor de lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 38 de 2002, la advertencia de ilegalidad instaurada es inadmisibile.

...

En consecuencia, el Magistrado Sustanciador, en nombre de la Sala Tercera de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NO ADMITE la Advertencia de Ilegalidad presentado por el licenciado Oriel Castillo, en representación del PATRONATO DEL HOSPITAL SAN MIGUEL ARCANGEL."

Por lo expuesto, este Despacho solicita que se REVOQUE la providencia de 21 de diciembre de 2009, mediante la cual se admite la advertencia de ilegalidad interpuesta por el licenciado Camilo Vega Rojas, en representación de Cable & Wireless Panamá, S.A., en contra del artículo 34 del decreto ejecutivo 138 de 15 de junio de 2010, dictado por el Ministerio de Gobierno y Justicia y, en su lugar, NO SE ADMITA la misma.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Nelson Rojas Avila
Secretario General