

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 892

Panamá, 1 de octubre de 2015

**Proceso Contencioso
Administrativo de Nulidad**

**Recurso de apelación
Promoción y sustentación**

El Licenciado **Jorge Roberto Mattos Alvarado**, actuando en representación de la empresa **Sociedad Española de Montajes Industriales, S.A.**, solicita que se declare nula por ilegal la Resolución GG-01-2015 de 24 de febrero de 2015, emitida por la **Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A.**

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 7 de agosto de 2015, mediante la cual se admite la demanda contencioso administrativa de nulidad descrita en el margen superior, visible a foja 40 del expediente; solicitando al Tribunal que, conforme el criterio utilizado al proferir su Resolución de 1 de diciembre de 2009, se conceda este recurso en el efecto suspensivo.

La oposición de la Procuraduría de la Administración a la admisión de la demanda se fundamenta en las siguientes razones:

1. El demandante se equivoca al interponer una acción de nulidad para impugnar un acto administrativo de contenido individual que directamente afectó sus derechos subjetivos.

Conforme advierte este Despacho, la recurrente, **Sociedad Española de Montajes Industriales, S.A.**, ha presentado una **acción de nulidad** con el propósito que la Sala Tercera declare nula, por ilegal, la **Resolución GG-01-2015 de 24 de febrero de 2015**, emitida por la Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A., por medio de la cual se resolvió declarar la resolución administrativa por incumplimiento del contratista del Contrato

número GG-098-2010 de 2 de diciembre de 2010 (Cfr. fojas 20 a 23 del expediente judicial).

De lo anterior, se desprende con claridad que la citada resolución es **un acto administrativo de contenido individual y no uno de carácter general, impersonal u objetivo**; puesto que estas últimas son las características que se le exigen a las actuaciones de la Administración Pública que son impugnadas a través de ese tipo de acciones. Así lo ha reconocido la Sala Tercera en reiterados pronunciamientos, entre éstos, las Sentencias de 12 de mayo de 1993 y 7 de agosto de 1995 y los Autos de 12 de enero de 2000 y 21 de febrero de 2014, en los cuales ha puntualizado que **el objeto de la demanda contencioso administrativa de nulidad es el de impugnar la legalidad del acto de carácter general**, protegiendo dicha legalidad desde un punto de vista objetivo, en vías de preservar el orden jurídico abstracto.

De igual manera, es evidente que la **Resolución GG-01-2015 de 24 de febrero de 2015, acusada de ilegal, afectó de manera directa los derechos subjetivos del demandante**; máxime, que este acto se refiere a la resolución administrativa del Contrato número GG-098-2010 de 2 de diciembre de 2010, celebrado entre la empresa **Sociedad Española de Montajes Industriales, S.A.** y la Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A., el cual tenía por objeto el compromiso por parte del Contratista de suministrar todos los materiales, todo el equipo y herramientas de construcción; suplir y brindar toda la mano de obra; y, en general, todo lo que fuera necesario para completar las obras civiles, el suministro, el montaje, las pruebas y la puesta en servicio de los equipos electromecánicos y las estructuras para la adición de bancos de capacitadores de ciento veinte megavar (120 MVAR) en la subestación Panamá II ciento quince kilovoltios (115KV) y noventa megavar (90 MVAR) en la subestación Llano Sánchez doscientos treinta kilovoltios (230KV), en perfectas condiciones de funcionamiento y a entera satisfacción de la Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A. (Cfr. foja 24 del expediente judicial).

Este interés de naturaleza subjetiva que caracteriza la pretensión del demandante, es corroborado por la propia actora en el hecho décimo de su demanda, en el cual señala, entre otras cosas, que, cito: “...*no tomó en consideración, la cláusula 25 de este contrato que estipula que cualquier controversia que surja en cuanto a la interpretación y ejecución del contrato se deberá resolver ante un tribunal arbitral o ante un tribunal ordinario, basado en el concepto de que los contratos son ley entre las partes y que la ley 22 establece la aplicación de las normas civiles y comerciales, la presente resolución unilateral no se debió dar sino acudir ante la autoridad competente pactada en el contrato, y esto se desprende de la lectura de la resolución impugnada que en su contenido describe una controversia sobre la ejecución del contrato..., por consiguiente bajo nuestro criterio la misma es absolutamente nula.*” (El destacado es de la demandante) (Cfr. foja 13 del expediente judicial).

En este contexto, la accionante pierde de vista que **de acuerdo con el artículo 42B de la Ley 135 de 1943**, en concordancia con el **artículo 43A del mismo cuerpo normativo**, modificados, respectivamente, por los artículos 27 y 29 de la Ley 33 de 1946, **los actos administrativos que afecten derechos subjetivos, por su carácter individual, sólo pueden ser objeto de impugnación mediante la acción contencioso administrativa de plena jurisdicción y no a través de una acción de nulidad**, como ha ocurrido en el presente proceso; criterio expuesto por el referido Tribunal en el Auto de 3 de junio de 2014, dictado al pronunciarse sobre una situación similar a la que ahora se analiza, resolución que en lo medular señala lo siguiente:

“...
 Considera el Sustanciador que **el demandante equivoca la vía para demandar, al presentar un recurso contencioso administrativo de nulidad, cuando lo que corresponde, por ser parte interesada en el negocio jurídico, es una demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción.** Esto es así en virtud de que el Señor... funge dentro del expediente como propietario de una Finca numerada 14, ubicada en el Corregimiento de Pacora, provincia de Panamá, la cual se ve afectada con la Resolución No.D.N. 8-7-0264, emitida por la Autoridad Nacional de

Administración de Tierras (ANATI), mediante la cual se le adjudica al Señor...

Además consta en el expediente que el Señor... participó activamente, dentro de todos los procesos que se ventilaron en Reforma Agraria y en el Ministerio de Desarrollo Agropecuario, tales como:

...

Por lo tanto, y evidenciada la participación del Señor... dentro del proceso precitado, se concluye que éste **ha equivocado la vía para demandar la Resolución que considera le afecta sus derechos subjetivos, puesto que son las demandas contencioso administrativas de plena jurisdicción las destinadas a procurar la legalidad de los actos de carácter particular, no así las de nulidad que tienen otra finalidad...**

...

Con base en el criterio esbozado, se concluye que, no es posible darle curso legal a la presente demanda, toda vez que la misma resulta defectuosa... y de acuerdo al tenor de lo establecido en el artículo 50 de la Ley 135 de 1943, que indica que, ‘No se dará curso a la demanda que carezca de alguna de las anteriores formalidades...’

En consecuencia, el Magistrado Sustanciador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **NO ADMITE la demanda contencioso administrativa de nulidad...**” (Cfr. Proceso Contencioso Administrativo de Nulidad interpuesto por... en contra de la Dirección Nacional de Reforma Agraria del Ministerio de Desarrollo Agropecuario) (El destacado es nuestro).

Los anteriores razonamientos, nos permiten concluir que dado el carácter individualizado y personalizado del acto administrativo que se impugna a través de la demanda en estudio, así como la afectación de un derecho subjetivo de la accionante, **resulta claro que ésta**, de acuerdo con lo establecido en los artículos 42B y 43A de la Ley 135 de 1943, modificados, respectivamente, por los artículos 27 y 29 de la Ley 33 de 1946, **tenía como única vía idónea para concurrir ante la Sala Tercera, la de la presentación de una demanda de plena jurisdicción, cosa que no hizo.**

2. La recurrente no agotó la vía gubernativa

Si sólo en vías de discusión aceptáramos que lo dicho en el apartado anterior no fuera suficiente para que el Tribunal desestime por completo la pretensión de la recurrente, y considere viable enderezar el proceso y darle el trámite que legalmente le corresponda,

encaminado hacia la tutela del derecho de la accionante; lo cierto es que la acción ensayada también incumple el artículo 42 de la Ley 135 de 1943, modificado por el artículo 25 de la Ley 33 de 1946, que indica que para demandar ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo **es necesario que se haya agotado la vía gubernativa**, lo que, según explicamos a continuación, no se ha producido en el proceso bajo examen.

De acuerdo con lo que consta en autos, **el 3 de marzo de 2015**, fue publicada en el portal de Panamá Compra, la Resolución GG-01-2015 de 24 de febrero de 2015, por la cual a la actora se le resolvió administrativa por incumplimiento del contratista el Contrato número GG-098-2010 de 2 de diciembre de 2010 y se le inhabilitó por el término de dos (2) años para participar en actos de selección de contratistas; sin embargo, no le dio cumplimiento a los trámites procesales que corresponden a la presentación del recurso de reconsideración, de conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 116 del Texto Único la Ley 22 de 2006.

En virtud de lo anterior, esta Procuraduría es del criterio que la **demandante no cumplió con el requisito de agotar la vía gubernativa**, pues, luego de la emisión del acto administrativo demandado, no hizo uso de los medios de impugnación en los términos que contempla la Ley de Contratación Pública.

En adición a lo antes anotado, el artículo 200 de la Ley 38 de 2000 establece claramente, cuándo debe considerarse agotada la vía gubernativa, advirtiendo este Despacho que, en el caso bajo estudio, no se cumplió con ninguno de los cuatro supuestos señalados por esta norma.

La finalidad que persigue el agotamiento de la vía gubernativa, es darle a la Administración la oportunidad de revisar sus decisiones, es decir, su objetivo es que la misma pueda revocar el acto que afecte al administrado o le cause perjuicios.

Con relación al incumplimiento del requisito de admisibilidad al que nos venimos refiriendo, la Sala Tercera en el Auto de 6 de julio de 2011 indicó lo que a seguidas se copia:

“Atendiendo a lo antes expuesto, consideramos que el **demandante no ha demostrado que agotó todos los medios existentes a fin de reclamar el derecho afectado y por lo tanto no agotó la vía gubernativa, requisito indispensable para recurrir a la Sala Tercera de lo Contenciosos Administrativo, tal como lo exige el artículo 42 de la Ley 135 de 30 de abril de 1943**, que a la letra dice:

‘Artículo 42: Para ocurrir en demanda ante el Tribunal de lo Contencioso-administrativo es necesario que se haya agotado la vía gubernativa, lo que se entenderá cuando los actos o resoluciones respectivos no son susceptibles de ninguno de los recursos establecidos en los artículos 33, 38, 39 y 41 o se han decidido, ya se trate de actos o resoluciones definitivas, o de providencias de trámite, si estas últimas deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, de modo que le pongan término o hagan imposible su continuación.’

En cuanto a este tema la Sala, a través de la resolución fechada 25 de febrero de 2000, señaló que:

‘Un examen del acto administrativo impugnado y de la demanda presentada demuestra que en efecto, **la parte actora no agotó los recursos existentes en la vía gubernativa** antes de recurrir a la jurisdicción contencioso administrativa, a través de una demanda de plena jurisdicción.

A este respecto, la Sala ha sido consistente al manifestar que **todo particular que se considere afectado por un acto administrativo, debe interponer en la vía gubernativa, todos los recursos que le permite la ley antes de demandar ante la Sala Tercera de la Corte para que declare la ilegalidad del mismo y restituya el derecho que considera vulnerado**. Este requisito está establecido en el artículo 42 de la Ley 135 de 1943.’

Como podemos ver en el presente proceso el demandante no utilizó los medios procesales permitidos por la ley para reclamar el derecho que se considera conculcado, por tanto no agotó la vía gubernativa. Ante esta situación estimamos que no le asiste la razón al recurrente, por lo que debe confirmarse la resolución dictada por el Magistrado Sustanciador, objeto del presente recurso.” (El destacado es de la Procuraduría)

Finalmente, solicitamos que al momento en que se decida esta apelación se tenga en cuenta que, conforme lo ha sostenido esa Alta Corporación de Justicia a través de diversos fallos, una cosa es la Tutela Judicial Efectiva y otra el deber que tiene toda persona que acuda ante la jurisdicción Contencioso Administrativa en auxilio de sus derechos subjetivos, de cumplir con los requisitos básicos y mínimos que la norma procesal establece (Cfr. Auto de 23 de junio de 2010).

Por las consideraciones expuestas, esta Procuraduría solicita a la Sala Tercera que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley 135 de 1943, modificado por el artículo 31 de la Ley 33 de 1946, conforme al cual no se dará curso a la demanda que carezca de alguna de las formalidades contempladas en los artículos que le anteceden, **REVOQUE la Providencia de 7 de agosto de 2015**, visible a foja 40 del expediente judicial, que admite la demanda contencioso administrativa de nulidad propuesta por el Licenciado **Jorge Roberto Mattos Alvarado**, actuando en representación de la empresa **Sociedad Española de Montajes Industriales, S.A.**, y, en su lugar, **NO ADMITA** la misma.

Del Señor Magistrado Presidente,

Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración

Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente 524-15