

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 1149

Panamá, 19 de octubre de 2010

**Proceso Contencioso
Administrativo de Nulidad**

**Concepto de la
Procuraduría de
la Administración.**

La licenciada **Stephanie Dianne Salas Simons**, en su propio nombre y representación, solicita que se declare nulo, por ilegal, el contrato AI-1-164-07 suscrito el 4 de diciembre de 2007 entre el Ministerio de Obras Públicas y Conalvías, S.A., aprobado por el **Consejo de Gabinete** mediante la resolución 135 de 14 de noviembre de 2007.

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 numeral 3 del artículo 5 de la ley 38 de 31 de julio de 2000, con la finalidad de intervenir en interés de la Ley en el proceso descrito en el margen superior.

I. Las disposiciones que se aducen infringidas y los conceptos de las supuestas violaciones.

La actora considera que la resolución cuya declaratoria de nulidad demanda, infringe de manera directa, por omisión, el artículo 46 de la ley 38 de 31 de julio de 2000; el artículo 29 de la ley 6 de 1 de febrero de 2006; y, el artículo 338 del Código Civil, según los conceptos confrontables en las fojas 7 a 9 del expediente judicial.

II. Concepto de la Procuraduría de la Administración

A. Conforme puede advertir este Despacho, la presente acción contencioso administrativa de nulidad promovida por la licenciada Stephanie Salas Simons, en su propio nombre y representación se dirige a obtener la declaratoria de nulidad, por ilegal, del contrato AI-1-164-07 suscrito el 4 de diciembre de 2007 entre el

Ministerio de Obras Públicas y Conalvías, S.A., para los estudios, diseños y construcción de dos (2) pasos elevados vehiculares en la intersección entre avenida Ricardo J. Alfaro con avenida de La Paz, la carretera Transistmica y la entrada a San Isidro, localizadas en la provincia de Panamá, el cual fue aprobado por el Consejo de Gabinete mediante la resolución 135 de 14 de noviembre de 2007, en la que también se exceptuaba a dicha institución del acto de selección de contratista y se le autoriza a contratar directamente con la empresa Conalvías, S.A. (Cfr. fojas 1 a 4 del expediente judicial).

La pretensión de la parte actora está fundamentada en el hecho que el acto cuya nulidad solicita infringe el artículo 46 de la ley 38 de 2000, que dispone que los decretos, resoluciones y demás actos administrativos reglamentarios o aquellos que contengan normas de efecto general, sólo serán aplicables desde su promulgación en la gaceta oficial; ya que, a su juicio, al haber establecido la resolución acusada que empezaría a regir a partir de su aprobación, puso en vigencia su contenido antes que ésta se promulgara o publicara. (Cfr. fojas 7 y 8 del expediente judicial).

Este Despacho no comparte los planteamientos expuestos por la actora en relación a este cargo de ilegalidad, ya que el hecho que la resolución de gabinete 135 de 14 de noviembre de 2007, que constituye el acto acusado, haya dispuesto que entraría a regir a partir de su aprobación, es decir el 14 de noviembre de 2007, no es razón para estimar que el Ministerio de Obras Públicas aplicó su contenido antes que ese acto administrativo hubiese cumplido, para efectos de su vigencia, con el requisito de la publicidad. Ello resulta evidente al examinar el expediente administrativo, en el que se puede constatar que no fue hasta el 4 de diciembre de 2007 que esta institución suscribió el contrato AI-1-164-07, hecho que permite establecer, sin mayor esfuerzo, que el acto demandado se ejecutó

mucho después de su publicación en la gaceta oficial 25922 de 19 de noviembre de 2007. (Cfr. fojas 31 a 37 sin foliar del expediente administrativo).

Por otra parte, resulta oportuno destacar que el requisito de publicación, contenido en el artículo 46 la ley 38 de 2000, no es de aquéllos que produce la nulidad absoluta de los actos administrativos, conforme pretende la parte actora, puesto que tal formalidad no se encuentra comprendida en las causas que para tales efectos ha establecido el artículo 52 de esta Ley, el cual dispone que se incurre en un vicio de nulidad absoluta en los actos administrativos, cuando así esté expresamente determinado por una norma constitucional o legal; si se dictan por autoridades incompetentes; cuando su contenido sea imposible o constitutivo de delito; si se dictan con prescindencia u omisión absoluta de trámites fundamentales que impliquen violación del debido proceso legal; o, cuando se graven, condenen o sancionen por un tributo fiscal, un cargo o causa distintos de aquellos que fueron formulados al interesado.

La falta de promulgación de la resolución del Consejo de Gabinete que, entre otras cosas, autorizó la celebración del contrato AL-1-164-07, no forma parte del listado de causales de nulidad absoluta de los actos administrativos a los que se refiere en forma específica el artículo 52 de la ley 38 de 2000. Por el contrario, ésta es una omisión que, tal como lo prevé el artículo 53 de la propia excerpta es meramente anulable de ahí que podía ser convalidada con su publicación en la gaceta oficial, como efectivamente ocurrió el 19 de noviembre de 2007.

La Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 2 de septiembre de 2008 se pronunció respecto al requisito de publicidad en la gaceta oficial, para efectos de la vigencia de los decretos, resoluciones y demás actos administrativos de carácter general, así:

“... se aduce la infracción del artículo 46 de la Ley 38 de 2000, que comprende el requisito de publicidad en la Gaceta Oficial, de los decretos,

resoluciones reglamentos y demás actos de carácter general, para efectos de su vigencia.

...

En el presente negocio, consta que el Reglamento Interno de Personal del Hospital del Niño fue aprobado mediante Resolución No. 375 de 5 de enero de 2005, de la Dirección Médica del Patronato del Hospital del Niño, la cual a su vez fue publicada en la Gaceta Oficial 25,228 con fecha de 28 de enero de 2005. (Ver fojas 76-107 del expediente)

Observa la Sala, que el texto del Reglamento Interno de Personal del Hospital del Niño, no forma parte del contenido de la Resolución No. 375 de 2005, pero el mismo fue publicado posteriormente, en la Gaceta Oficial 25749 de 14 de marzo de 2007, a través de la Resolución No. 553 de 31 de enero de 2007.

Al amparo del artículo 59 de la Ley 38 de 2000, que faculta a la Administración a convalidar actos anulables, la actuación realizada por el Patronato del Hospital del Niño resulta viable...

Adicionalmente hay que tener en cuenta los artículos 53 y 201 de esta misma Ley, en los que se establece que los actos anulables son aquellos viciados de nulidad relativa y que la convalidación de los mismos tiene efectos retroactivos...

Siendo que la falta de promulgación del contenido del Reglamento Interno del Hospital del Niño no comprende ninguno de los supuestos de nulidad absoluta previstos en el artículo 52 de la Ley 38 de 2000, la omisión incurrida puede ser convalidada, y por ello, su publicación en la Gaceta Oficial 25749 de 14 de marzo de 2007, lo reviste de la vigencia y eficacia jurídica requerida.

Dentro de este contexto, la aplicación del Reglamento Interno del Hospital del Niño como fundamento legal en la sanción impuesta a la doctora BAEZ DE ULLOA, no infringe el artículo 46 de la Ley 38 de 2000". (El primer párrafo subrayado es de la Corte y el segundo párrafo el subrayado es nuestro).

Conforme puede inferirse de este criterio judicial, la falta de publicación no es un vicio de nulidad absoluta sino relativa el cual puede ser convalidado por la Administración Pública.

En adición a lo antes expuesto, también debe tenerse en cuenta que conforme lo dispone el artículo 15 del Código Civil, los actos administrativos que emite el Órgano Ejecutivo en ejercicio de la potestad reglamentaria están revestidos de una presunción de legalidad hasta que la autoridad judicial los haya declarado contrarios a la Constitución o a la ley.

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 27 de junio de 2003 se pronunció respecto al principio de presunción de legalidad consagrado en el artículo 15 del Código Civil, así:

“La validez de la aplicación de esta ley material expedida por la Junta Directiva se fundamenta en el artículo 15 del Código Civil, de modo genérico, que establece que las órdenes y demás actos ejecutivos del gobierno, expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza de Ley y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución o a las leyes; y de manera específica, en el poder normativo que tiene la Junta Directiva de la Caja de Seguro Social apoyado en el artículo 17 literal b) del Decreto Ley 14 de 1954, de dictar actos reglas o reglamentos.

Concatenadamente, el artículo 22, literales b) y h) relativos, en su orden, al deber del Director General de ejecutar y hacer ejecutar las resoluciones y acuerdos de la Junta Directiva y de resolver en primera instancia reclamos y consultas.

Considera el Tribunal que mediante la actuación administrativa objeto de revisión no se han conculcado las disposiciones legales en que se basa la demanda ni derechos de carácter económico de la parte actora, razones por las que los cargos de violación contra los artículos 29 y 38 indicados deben desestimarse”.

Por las razones antes expresadas consideramos que el cargo de infracción al artículo 46 de la ley 38 de 2000, aducido por la actora, debe ser desestimado.

B. La actora también aduce infringido el artículo 29 de la ley 6 de 2006, que reglamenta el ordenamiento territorial para el desarrollo urbano, el cual dispone que las franjas de retiro mínimo exigido de las edificaciones sobre las vías, son de propiedad privada sujeta a convertirse en espacio público para fines de utilidad pública o de interés social, por lo que su uso será reglamentado.

Igualmente, considera infringido el artículo 338 del Código Civil que dispone que nadie puede ser privado de su propiedad sino por autoridad competente y por graves motivos de utilidad pública, previa indemnización.

Al sustentar dichos cargos de infracción, la actora alega que la institución, al ejecutar lo pactado en el contrato AL-164-07, no tomó en consideración la existencia de los retiros frontales, los que según la ley 6 de 2006 son bienes de propiedad privada del dueño de la finca. En adición a ello alega, que inicialmente el proyecto establecía rutas para lo cual el Consejo de Gabinete expidió la resolución 42 del 16 de abril de 2008, por cuyo conducto exceptuó al Ministerio de Economía y Finanzas del procedimiento de selección de contratista, lo autorizó a contratar directamente y aprobó los contratos de compraventa que suscribiría con los propietarios de las fincas o parte de éstas que se vieran afectadas por razón de la puesta en ejecución del contrato AL-164-07 suscrito entre el Ministerio de Obras Públicas y la sociedad Conalvías, S.A., pero posteriormente dictó una adenda que modificó las rutas ya establecidas, hecho que produjo que otros propietarios se vieran afectados con la ejecución de este contrato; por lo cual, a su juicio, el Ministerio de Vivienda debió establecer la ampliación de servidumbres, no así solicitar la demolición de dichos retiros frontales sin que se les hubiese reconocido a sus propietarios el pago de una indemnización. (Cfr. fojas 8 y 9 del expediente judicial).

Este Despacho también se opone a dichos planteamientos, toda vez que no consta en los expedientes judicial ni el administrativo documento alguno que acredite plenamente cuál de los propietarios de las fincas afectadas con la ejecución del contrato AL-164-07 suscrito entre el Ministerio de Obras Públicas y Conalvías, S.A., no le fue considerado los retiros frontales de su terreno, al momento de reconocer el pago de una indemnización, producto de su desafectación; máxime si en ninguno de los acuerdos de voluntades que expidió

Conalvías, S.A., y la institución demandada a favor de Ana Gilda Guzmán Esquivel; Rogelio y Rodrigo Merrón Vásquez; Tiany María López Armuelles; Ramón Bolívar Soto y Hermisenda Rivera de Soto; Romualdo, Ivonilda, Olier y Romina Ávila Iturralde; Pablo Delgado Angulo; Elena Camagnani; José Rodríguez Doval; Etelvina Samaniego de Sánchez y Ramiro, Noemí y Niria Sánchez Samaniego; Elisie Mariela Saenz; Candelario Saenz Abrego; Jaime Rolando Chanez Chang, propietarios de las fincas que se vieron afectados con la construcción de esta obra y que recibieron una compensación económica por parte del Estado, no aparece el nombre de la ahora demandante, Stephanie Salas Simons.

Lo antes expuesto demuestra, que en esta etapa del proceso la actora no ha cumplido con lo establecido en el artículo 784 del Código Judicial que dispone que le corresponde a las partes probar los hechos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que le son favorables, ya que no ha acreditado, que como consecuencia de la supuesta modificación de los sitios en el que serían construidos los dos (2) pasos vehiculares, los Ministerios de Obras Públicas y de Economía y Finanzas no le reconocieron el pago de una indemnización a otros propietarios de terrenos que se vieron afectados con la ejecución del contrato; por lo que, se estima que los cargos de infracción al artículo 29 de la ley 6 de 2006 y al artículo 338 del Código Civil, aducidos pro la actora, resultan infundados.

Dentro del marco de lo antes expuesto, esta Procuraduría solicita respetuosamente a los señores Magistrados se sirvan declarar que NO ES ILEGAL el contrato AL-1-164-07, aprobado por el Consejo de Gabinete mediante la resolución de gabinete 135 de 14 de noviembre de 2007 y, como consecuencia, se denieguen las demás pretensiones de la demanda.

III. Pruebas: Se aduce el expediente administrativo a que accede el negocio jurídico examinado, el cual fue remitido a la Secretaría de la Sala Tercera

de la Corte Suprema de Justicia por el Ministerio de Obras Públicas junto con el informe de conducta.

Se aporta, en calidad de prueba documental, una copia autenticada de los acuerdos de voluntades expedidos por Conalvías, S.A., y el Ministerio de Obras Públicas a favor de Ana Gilda Guzmán Esquivel; Rogelio y Rodrigo Merrón Vásquez; Tiany María López Armuelles; Ramón Bolívar Soto y Hermisenda Rivera de Soto; Romualdo, Ivonilda, Olier y Romina Ávila Iturralde; Pablo Delgado Angulo; Elena Camagnani; José Rodríguez Doval; Etelvina Samaniego de Sánchez y Ramiro, Noemí y Niria Sánchez Samaniego; Elisie Mariela Saenz; Candelario Saenz Abrego; Jaime Rolando Chanez Chang.

VI. Derecho: Se niega el invocado por la demandante.

Honorable Magistrado Presidente,

Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Nelson Rojas Avila
Secretario General

Expediente 391-09