

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 1223

**MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN**

Panamá, 07 de diciembre de 2015

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Nulidad.**

El Licenciado **Alexis R. Zuleta A.**, actuando en su propio nombre y representación, solicita que se declare nulo, por ilegal, el Contrato A-2005-2014 de 28 de octubre de 2014, suscrito entre el **Estado panameño, por conducto de la Autoridad Marítima de Panamá y la sociedad PSA Panamá International Terminal, S.A.**

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

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. Acto acusado de ilegal.

El Licenciado **Alexis R. Zuleta A.**, actuando en su propio nombre y representación, solicita que se declare nulo por ilegal el **Contrato A-2005-2014 de 28 de octubre de 2014**, suscrito entre el Estado panameño, por conducto de la Autoridad Marítima de Panamá y la sociedad PSA Panamá International Terminal, S.A., para el *“desarrollo, construcción, operación, administración y dirección de una terminal de contenedores, carga a granel y ro-ro”* (Cfr. fojas 2 y 111-160 del expediente judicial).

I. Sustentación de nuestro recurso:

En el proceso que ocupa nuestra atención, la demanda se dirige en contra del contrato de concesión administrativa suscrito el 28 de octubre de 2014, por el Estado panameño por intermedio de la Autoridad Marítima de Panamá con la

sociedad PSA Panamá International Terminal, S.A., aprobado mediante la Ley 2 de 10 de febrero de 2015, ya que según lo manifestado por el accionante, dicho contrato infringe, disposiciones del Decreto Ley 7 de 10 de febrero de 1998, que crea la Autoridad Marítima de Panamá; del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, mediante la cual se regula la Contratación Pública; de la Ley 56 de 6 de agosto de 2008, General de Puertos de Panamá; y de la Ley 21 de 2 de julio de 1997, que aprueba el Plan Regional para el desarrollo de la Región Interoceánica y el Plan General de Uso, Conservación y Desarrollo del área del Canal.

Conforme ya se ha indicado en el apartado anterior, la pretensión del accionante tiene como objetivo que se declare nulo, por ilegal el **Contrato A-2005-2014 de 28 de octubre de 2014**; en ese sentido, es preciso indicar que; si bien es cierto, dicho contrato constituye un acto administrativo expedido por una Autoridad competente, no podemos obviar el hecho que, el mismo fue expedido con sustento en **el numeral 15 del artículo 159 de la Carta Política** que faculta al Órgano Legislativo para los fines que se describen a continuación:

“Artículo 159: La función legislativa es ejercida por medio de la Asamblea Nacional y consiste en expedir las Leyes necesarias para el cumplimiento de los fines y el ejercicio de las funciones del Estado declarados en esta Constitución y en especial para lo siguiente:

...

15. Aprobar o improbar los contratos en los cuales sea parte o tenga interés el Estado o alguna de sus entidades o empresas, si su celebración no estuviere reglamentada previamente conforme al numeral catorce o si algunas estipulaciones contractuales no estuvieren ajustadas a la respectiva Ley de autorizaciones.

...” (El destacado es de la Procuraduría de la Administración).

Al revisar el ordenamiento jurídico, observamos que mediante la **Ley 2 de 10 de febrero de 2015** la Asamblea Legislativa, aprobó, en todas sus partes, el

Contrato A-2005-2014 de 28 de octubre de 2014, acusado de ilegal, el cual recibió el correspondiente concepto favorable del Consejo de Gabinete a través de la Resolución de Gabinete No.58 de 8 de abril de 2014 (Cfr. Gaceta Oficial 27,719-A del 11 de febrero de 2015).

En esos términos, resulta pertinente traer a colación lo expresado por el autor Cesar Quintero en su obra Derecho Constitucional, quien al referirse a las funciones de la Asamblea Legislativa, señala que: *“la particularidad de nuestro sistema de dividir las funciones de la Asamblea Nacional en tres categorías. En ese sentido indica que, es interesante observar, asimismo, que el método que ha seguido el Constituyente en las tres Constituciones para clasificar las funciones de la Asamblea es exclusivamente formalista. En consecuencia, clasifica como legislativas todas aquellas funciones que la asamblea realiza en forma de ley. No ha tenido, pues, en cuenta el hecho de que dichas funciones sean intrínsecamente de sustancia legislativa o no. Incluye, por ejemplo, entre las legislativas la de aprobar o improbar los contratos que celebre el ejecutivo y la de decretar los monumentos públicos que haya de erigir el Estado, cuando éstas son funciones de índole administrativa. Asimismo, enumera como función legislativa la de conceder amnistía, la cual en realidad es una función de carácter judicial. Lo que ocurre es que la Asamblea realiza las funciones que acabamos de citar por medio de leyes formales. Y en vista del criterio puramente formalista adoptado se les clasifica como funciones legislativas.”* (QUINTERO, César. Derecho Constitucional, Librería Antonio Lehmann, San José, 1967, página 507).

También, es importante mencionar que el numeral 2 del artículo 206 de la Constitución Política de la República establece la competencia de los Magistrados de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, para conocer, entre otras materias, la legalidad de las resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten,

adopten, expidan las entidades nacionales, provinciales, municipales y las entidades públicas autónomas o semiautónomas.

En el plano legal, el artículo 23 de la Ley 135 de 30 de abril de 1943, adicionado por el artículo 15 de la Ley 33 de 11 de septiembre de 1946, dispone lo que a continuación se transcribe:

“Artículo 23. El Tribunal ejercerá su competencia en los actos previstos en el artículo 13, ya anulando los actos acusados de ilegalidad; ya restableciendo el derecho particular violado, estatuyendo disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas; y pronunciándose prejudicialmente acerca del sentido y alcance de un acto administrativo o de su valor legal.”

En adición, el artículo 97 del Código Judicial que establece la competencia de esa Sala Tercera, también se refiere a la necesidad de dirigir las demandas en contra de actos administrativos, veamos:

"Artículo 97.(98) A la Sala Tercera le están atribuidos los procesos que se originen por actos, omisiones, prestaciones defectuosas o deficientes de los servidores públicos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten, expidan o en que incurran en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, los funcionarios públicos o autoridades nacionales, provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas.

En consecuencia, la Sala Tercera conocerá en materia administrativa de lo siguiente:

1. De los decretos, órdenes, resoluciones o cualesquiera actos, sean generales o individuales, en materia administrativa, que se acuse de ilegalidad;... (La destacado es de este Despacho).

Luego de haber realizado el análisis normativo y doctrinal que antecede, este Despacho es del criterio que, debido a la naturaleza del acto acusado, en el proceso que nos ocupa, resulta aplicable el principio de especialidad o preferencia de la vía Constitucional sobre la Contencioso Administrativa, pues aunque el **Contrato A-2005-2014 de 28 de octubre de 2014**, como indicamos en párrafos anteriores, su esencia es un acto administrativo, el mismo no está sujeto al control

de legalidad que ejerce la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ya que el mismo reviste valor formal de ley, debido a que ese contrato fue aprobado por el Órgano Legislativo en cumplimiento de sus atribuciones legislativas, lo que demuestra que la Sala Tercera no es competente para conocer sobre la legalidad de un acto de naturaleza contractual con rango de ley; de allí que su contenido no puede ser impugnado, en la esfera contencioso administrativa.

Esa Alta Corporación de Justicia se pronunció en Auto de 11 de octubre de 2006 en torno a un caso similar al que nos ocupa, señalando en lo siguiente:

El licenciado ..., quien actúa en nombre y representación de los señores ..., ha promovido demanda contencioso-administrativa de nulidad para que se declaren nulos, por ilegales, el **Contrato Ley N° 5 de 16 de enero de 1997, publicado en la Gaceta Oficial N° 23,208 de 21 de enero de 1997**, los Anexos del 1 al 10 del Contrato de Concesión Administrativa, publicado en la Gaceta Oficial N° 23,477 de 27 de diciembre de 1997 y la Addenda N° 1 aprobada mediante Ley N° 55 de 28 de diciembre de 2005, publicada en la Gaceta Oficial N° 25,454 de 29 de diciembre de 2005.

El suscrito procede a examinar el libelo, y en este punto se percata que el acto impugnado no es acusable ante la jurisdicción contencioso-administrativa, toda vez que el mismo constituye un contrato administrativo aprobado mediante ley.

A fin de delimitar el alcance de las funciones delegadas a esta Corporación de Justicia y las particularidades del acto demandado por el recurrente, es preciso realizar los siguientes apuntamientos:

Nuestra Constitución Política asigna las distintas funciones públicas a diversos órganos estatales, los cuales son independientes entre sí: el Órgano Ejecutivo, el Órgano Legislativo y el Órgano Judicial.

En este sentido, el artículo 206 de la Carta Magna establece las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, cuerpo colegiado del Órgano Judicial, uno de los órganos jerárquicos del Estado. De manera más específica, el numeral 2 de la citada norma constitucional delimita las funciones de la Sala

Tercera de la Corte Suprema de Justicia, preceptuando lo siguiente:

...

En desarrollo de la disposición constitucional arriba citada, la Ley 135 de 1943, modificada por la Ley 33 de 1946, regula ampliamente el procedimiento que debe seguirse ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Así, el artículo 23 de dicho instrumento legal establece lo siguiente:

...

Por su parte, el Código Judicial patrio igualmente identifica los procesos cuyo conocimiento le está atribuido a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. En ese sentido, el artículo 97 dispone lo siguiente:

...

Una vez realizado un examen de las normas, constitucionales y legales, que establecen la competencia de la Sala Tercera, es preciso examinar los actos impugnados, a fin de determinar si los mismos pueden ser del conocimiento de esta Corporación de Justicia.

Del libelo de demanda presentado por la parte actora, se desprende que el mismo busca que se declare la ilegalidad del contrato de concesión administrativa suscrito entre el Estado panameño y la empresa Panama Ports Company, S. A., con sus anexos y addendas, toda vez que a criterio del demandante, el mismo viola diversas normas legales contenidas tanto en la Ley N° 16 de 1992, que establece el proceso de privatización de empresas, bienes y servicios estatales, como en la Ley N° 56 de 1995, por la cual se regula la contratación pública.

En este sentido, es preciso indicar que los actos acusados de ilegal, si bien en esencia constituyen actos administrativos, los mismos fueron aprobados por el Órgano Legislativo, en base a las funciones legislativas que corresponden a este órgano del Estado. Así, el artículo 159 de la Constitución Política señala como función de la Asamblea Nacional lo siguiente:

...

En ese sentido, es preciso indicar que, si bien es cierto, los contratos públicos que suscribe la Administración y han sido aprobados mediante Ley, constituyen una verdadera declaración de voluntad de índole bilateral, generadora de derechos y obligaciones para las partes

contratantes, siendo acordada por el Estado en ejercicio de funciones administrativas, no puede dejarse de lado el hecho de que el Constituyente identificó expresamente esta atribución como una función legislativa de la Asamblea Nacional de Diputados, lo que impide el conocimiento de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, siendo esta última encargada exclusivamente del control de la legalidad de aquellos actos que revisten categoría inferior a la ley.

Así, aunque dichos actos carecen de generalidad y por el contrario poseen un contenido concreto y limitado, los mismos revisten valor formal de ley toda vez que, a pesar que la voluntad del legislador no intervino en la creación del contrato administrativo en cuestión, el mismo sí otorgó su aprobación para darle validez jurídica al mismo, la cual fue externalizada a través de una norma de rango legal.

En virtud de lo anterior, la Sala se ve imposibilitada de conocer la acción interpuesta toda vez que las únicas actuaciones provenientes del Órgano Legislativo que pueden ser demandadas ante esta Corporación, son aquellas materializadas en ejercicio de la función administrativa por cuanto corresponde a la misma el control de la legalidad de dichas actuaciones.

Con anterioridad, esta Corporación de Justicia ha tenido oportunidad de pronunciarse con respecto a los actos administrativos que no pueden ser objeto de impugnación ante la Sala Tercera por poseer el carácter de ley. En ese sentido, podemos citar el auto de 23 de agosto de 1995 que en su parte medular expresa lo siguiente:

"En el precitado artículo claramente se puede apreciar que los Decretos de Gabinete que fijan o modifican los aranceles, que no es más que un impuesto de importación, tienen la jerarquía de una ley, que de conformidad con lo establecido en la Constitución vigente es una atribución legislativa conferida al Órgano Ejecutivo hasta tanto, y como bien lo señalara la Procuradora de la Administración, se dicten las respectivas Leyes Cuadro.

Por consiguiente el Decreto de Gabinete en mención no puede ser objeto de impugnación en esta vía, en la que la jurisdicción contencioso

administrativa tiene competencia para conocer sobre todos aquellos actos jurídicos emitidos en ejercicio de una función administrativa; siempre y cuando sean inferiores a la ley ..." (el subrayado es propio)

En igual sentido, se expresó la Sala en virtud de resolución de 8 de septiembre de 1995 cuando señaló lo siguiente:

"A través de la demanda examinada se impugna parte de una norma contenida en un Decreto de Gabinete que modificó el arancel de importación. En nuestra tradición jurídica estos preceptos, que son emitidos por el Órgano Ejecutivo por medio del cuerpo colegiado denominado Consejo de Gabinete, gozan de la jerarquía de la Ley formal, por lo que no son impugnables mediante procesos contencioso administrativos ...

No es posible jurídicamente que mediante un proceso contencioso administrativo se declare nula por ilegal una Ley, porque viola otra Ley. Mediante estos procesos se confronta los actos administrativos con la Ley y otras normas de inferior jerarquía. Las Leyes pueden impugnarse mediante la acción de inconstitucionalidad, si se estiman violatorias de la Constitución Nacional". (el subrayado es propio)

Finalmente, es preciso concluir que al poseer los actos demandados igual jerarquía que la ley, no proceden demandas contencioso-administrativas y por el contrario, dichas actuaciones sólo pueden ser examinadas por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia a través de una acción de inconstitucionalidad, conforme lo establece el artículo 206, numeral 1, de la Carta Magna.

En consecuencia, el Magistrado Sustanciador, en representación de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **NO ADMITE la Demanda Contencioso-Administrativa de Nulidad** interpuesta por el licenciado ..., en representación de los señores..., contra el Contrato Ley N° 5 de 16 de enero de 1997, publicado en la Gaceta Oficial N° 23,208 de 21 de enero de 1997, los

Anexos del 1 al 10 del Contrato de Concesión Administrativa, publicado en la Gaceta Oficial N° 23,477 de 27 de diciembre de 1997 y la Addenda N° 1 aprobada mediante Ley N° 55 de 28 de diciembre de 2005, publicada en la Gaceta Oficial N° 25,454 de 29 de diciembre de 2005.” (El destacado es nuestro y el subrayado de la Sala Tercera)

En el marco de lo antes expuesto, esta Procuraduría solicita a la Sala Tercera que, mediante la aplicación de lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley 135 de 1943, modificado por el artículo 31 de la Ley 33 de 1946, **REVOQUE la Providencia de 19 de octubre de 2015**, visible a foja 432 del expediente judicial que admite la demanda contencioso administrativa de nulidad propuesta por el Licenciado **Alexis R. Zuleta A.**, actuando en su propio nombre y representación, y en su lugar, **NO SE ADMITA la misma.**

Del Señor Magistrado Presidente,

Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración

Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente 452-15