

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 150

MINISTERIO PÚBLICO  
PROCURADURÍA DE LA  
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 19 de febrero de 2009

**Proceso Contencioso  
de nulidad. (Acumulación)**

Los licenciados **Rodolfo Pinzón y Jorge Luis Lau**, actuando en su propio nombre y representación, solicitan que se declare nula, por ilegal, la resolución de gabinete 24 del 7 de abril de 2008, emitida por el **Consejo de Gabinete**, publicada en la gaceta oficial 26017 del 11 de abril de 2008.

**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 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 visible a foja 120 del expediente judicial, por la cual se admiten las demandas contencioso administrativas de nulidad descritas en el margen superior.

La oposición de la Procuraduría de la Administración a la admisión de las referidas demandas, se encuentra fundamentada en el incumplimiento de las formalidades contenidas en el artículo 42 de la ley 135 de 1943, subrogado por el artículo 25 de la ley 33 de 1946, el cual es claro al señalar que los actos acusables ante esta vía son aquellos que deciden el fondo del asunto, de modo que pongan término o hagan imposible su continuación.

Según es fácil inferir de la lectura de las piezas procesales, las recurrentes han promovido las demandas en

contra de la resolución de gabinete 24 de 7 de abril de 2008, mediante la cual se autorizó al ministro de Comercio e Industrias para que, en coordinación con la Autoridad Marítima de Panamá y en nombre y representación del Estado, procediera a la negociación de un contrato para el diseño, relleno, construcción, operación, administración y mantenimiento de una terminal de contenedores ubicada en el área de Farfán/Palo Seco en el Pacífico panameño, con el consorcio conformado por las empresas Cosco Pacific Limited y Ports America Group. (Cfr. fojas 62 y 63 del expediente judicial).

A juicio de este Despacho, la resolución antes mencionada no es un acto administrativo sino un acto preparatorio o de mero trámite, que no decide el fondo de un asunto, ni crea, modifica o extingue una situación jurídica; ya que la referida resolución sólo autoriza la negociación de los términos y condiciones de un futuro contrato, que deberá someterse a aprobación, por lo cual es un acto cuyo contenido forma parte de un procedimiento administrativo encaminado a adoptar una decisión final cuya condición puede variar.

La ley 38 de 31 de julio de 2000, por la cual se regula el procedimiento administrativo general, define el término "acto administrativo" en el numeral 1 de su artículo 201, refiriéndose al mismo como la "declaración emitida o acuerdo de voluntad celebrado, conforme a derecho, por una autoridad u organismo público en ejercicio de una función administrativa del Estado, para crear, modificar, transmitir o extinguir una relación jurídica que en algún aspecto queda regida por el Derecho Administrativo".

La definición previamente citada viene a confirmar lo antes señalado en el sentido que el acto demandado no reúne los elementos que exige la ley para definirlo como acto

administrativo, por lo que no puede ser impugnado ante la Sala de lo Contencioso Administrativo.

En efecto ese Tribunal, en un relacionado al que nos ocupa en esta ocasión, mediante auto de 11 de septiembre de 2006, mantuvo el siguiente criterio:

“En virtud de lo anterior, se puede concluir que para que un acto separable pueda ser impugnado ante la Sala tiene que tratarse de un acto administrativo que decida el asunto, pues los actos de mero trámite no pueden ser objeto de impugnación, salvo que pongan término a una actuación administrativa.

En ese sentido el jurista colombiano Carlos Ariel Sánchez Torres, destaca la importancia de distinguir los actos preparatorios de los definitivos, al señalar que ‘si todos los actos de trámite fueran demandables, nunca se llegaría a una decisión definitiva de la administración, porque el particular impugnaría esos actos según le favorecieran o no y nunca podría la administración llegar a una situación definitiva.’ (El Acto Administrativo. Teoría General. 2 Edición. Legis Editores, S. A. 1995. Pág. 168)

En adición a lo anterior, el citado autor agrega que ‘lo que define esos actos como susceptibles de recurso ante las autoridades jurisdiccionales es que el propósito de la administración se exprese, y que el objeto del procedimiento seguido hasta entonces se haya obtenido.’

En esta misma línea de ideas los juristas Eduardo García de Enterría y Tomas Ramón Fernández, explican con relación a la distinción entre actos resolutorios y los de trámite que, ‘la regla de la irrecurribilidad de éstos últimos, es una simple regla de orden, no es una regla material absoluta. No quiere decirse con ella, en efecto, que los actos de trámite no sean impugnables, que constituyan una serie de dominio soberano de la Administración que resulte absolutamente infiscalizable por los recursos. Quiere decirse, más

simplemente, que los actos de trámite no son impugnables separadamente. Expresa, pues un principio de concentración procedimental: habrá que esperar a que se produzca la resolución final del procedimiento para, a través de la impugnación de la misma, poder plantear todas las eventuales discrepancias que el recurrente pueda tener sobre el modo en que el procedimiento se ha tramitado, sobre la legalidad de todos y cada uno de los actos de trámite'. (Curso de Derecho Administrativo I. Editorial Civitas.S.A. Madrid. 1997. Págs. 561-562)

De lo anteriormente expuesto concluye la Sala que siendo el Pliego de Cargos unos de los instrumentos integrantes del procedimiento previo al perfeccionamiento del contrato administrativo, que contienen los requisitos formales para concursar, así como las condiciones de costo, calidad de los bienes, obras o servicios a contratar, los plazos de la licitación, las normas jurídicas reguladoras del contrato, entre los aspectos más relevantes, es claro que su contenido forma parte de una etapa preparatoria encaminada a adoptar el acto de carácter definitivo o decisorio, con lo cual el mismo no es susceptible de impugnación .

...

Dentro de este contexto, la Sala en reiteradas ocasiones se ha manifestado en los siguientes términos:

'Observamos claramente que el propósito de la mencionada resolución es la autorización al Director de la Autoridad Portuaria Nacional, para suscribir un posible contrato de concesión con la empresa COLON PORT TERMINAL,S. A. sobre la administración de los muelles 3 y 4 del Puerto de Coco Solo Norte de Colón, y un área circundante, suscripción que deberá formalizarse en el respectivo contrato de concesión en un plazo de treinta (30) días.

Estamos frente a un mero acto preparatorio en donde se han fijado las pautas a seguir, para la posterior formalización del respectivo contrato de concesión. Es decir, se señala que el Director de la Autoridad Portuaria está autorizado para suscribir un contrato de concesión con la empresa COLON.

El futuro contrato de concesión entre el Director de la Autoridad Portuaria Nacional y la empresa COLON PORT TERMINAL, S. A., de celebrarse en el plazo de treinta (30) días, por ser un contrato de administrativo definitivo podrá ser impugnado por los afectados a través de una demanda contencioso administrativa, si consideran que no se cumplieron con los requisitos legales establecidos para su validez.' (Cfr. Sentencia de 16 de junio de 1998).

En esa misma línea de pensamiento, la Sala en sentencia de 22 de noviembre de 1996, expresó lo siguiente:

'En reiterada jurisprudencia esta Superioridad ha establecido que contra los actos preparatorios no cabe acción alguna, dado que su contenido forma parte de un procedimiento administrativo encaminado a adoptar una decisión final, cuya condición puede variar. La única excepción que permite a la Sala Tercera entrar a conocer actos preparatorios o de mero trámite es que en estos actos se decida el fondo del asunto de modo que le ponga término o hagan imposible su continuación, situación que no se presenta en este caso.

De lo anterior, se colige que estamos en presencia de un acto preparatorio, sin lugar a dudas, en el que se establece la obligación de negociar en el futuro un contrato administrativo, por lo que el demandante soslaya lo que se establece claramente en el artículo 42 de la Ley 135 de 1943, modificado por el artículo

25 de la Ley 33 de 1946, es decir, que para ocurrir en demanda contencioso administrativa, se hace necesario, como requisito sine qua non, que el acto que se impugne cause estado o sea de carácter definitivo, situación que a todas luces no se presenta en este caso. Un acto preparatorio no es un acto administrativo unilateral emitido en relación con la selección del contratista, y no cae dentro de la categoría de los actos administrativos separables del contrato administrativo que son unilaterales y que sí pueden impugnarse en forma autónoma. En todo caso, si el contrato administrativo no se ajusta a los requisitos legales establecidos para su validez, aquél podrá ser objeto de demanda contencioso administrativa.

Frente a este escenario jurídico, y al tenor de lo preceptuado en el artículo 50 de la Ley 135 de 1943, que ordena no tramitar las demandas que no reúnen los requisitos legales, lo procedente es declarar no viable la presente demanda contencioso administrativa, interpuesta contra un acto administrativo preparatorio.' (Sentencia de 25 de febrero de 2002)

...

Por las razones expuestas, y en cumplimiento del artículo 50 de la Ley 135 de 1943, no queda otra alternativa que lamentablemente negarle curso legal a la presente demanda.

En mérito de lo expuesto, el Magistrado Sustanciador, en representación de la Sala Tercera, 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 RODOLFO PINZÓN, en su propio nombre, para que se declare nula, por ilegal, la Cláusula Primera del Formulario N° 3 denominado Carta de Asociación y

Compromisos entre las partes, que forma parte del Pliego de Cargos correspondiente al Acto Público Internacional N° 1PI 001 2006, expedido por la Autoridad Marítima."

En el campo doctrinal, el autor nacional, Abilio Batista define los actos administrativos recurribles mediante la acción contencioso administrativa como aquellos que "... deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, es decir, que causan estado. Su nota fundamental está en su autonomía funcional, que le permite producir derecho y obligaciones y lesionar o favorecer por el mismo al particular (BATISTA, Abilio. Recursos Extraordinarios y Acciones Judiciales-Manual Teórico Práctico. Edit. Mundo Jurídico, S. A. Colombia, 2002. Pág. 453-454).

Sobre la base de las consideraciones jurídicas planteadas y en atención a la jurisprudencia reiterada de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, que en forma permanente ha indicado que ante el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 42 de la ley 135 de 1943, subrogado por el artículo 25 de la ley 33 de 1946, debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 50 de la ley 135 de 1943, modificado por el artículo 31 de la ley 33 de 1946, esta Procuraduría solicita al tribunal que REVOQUE la providencia del 20 de enero del 2009, visible a foja 120 del expediente judicial, que admite la demanda y, en su lugar, NO ADMITA la misma.

**Del Honorable Magistrado Presidente,**

Oscar Ceville  
**Procurador de la Administración**

Alina Vergara de Chérigo  
**Secretaria General, Encargada**

