

REPÚBLICA DE PANAMÁ



**MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN**

Vista Número 1525

Panamá, 29 de agosto de 2023

**Proceso Contencioso
Administrativo de Nulidad.**

El Licenciado **Víctor Baker Revelo**, actuando en su propio nombre y representación, solicita que se declare nulo, por ilegal, el Decreto Ejecutivo 243 de 18 de noviembre de 2022, emitido por el **Ministerio de la Presidencia**.

**Alegato de Conclusión
(Concepto de la Procuraduría
de la Administración).**

Expediente: 19372023.

**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 61 de la Ley 135 de 1943, modificado por el artículo 39 de la Ley 33 de 1946, para presentar, en tiempo oportuno, el concepto de Ley dentro del alegato de conclusión de la Procuraduría de la Administración relacionado con el proceso contencioso administrativo de nulidad descrito en el margen superior.

I. Cuestión Previa.

Conforme observa este Despacho, el Órgano Ejecutivo, por conducto del Ministerio de la Presidencia, emitió el Decreto Ejecutivo 243 de 18 de noviembre de 2022, "Que regula el precio del gas licuado de petróleo en cilindros de 11.34 kilogramos (25 libras) en la República de Panamá" (Cfr. Decreto Ejecutivo 243 de 18 de noviembre de 2022, publicado en la Gaceta Oficial 29666-C).

En virtud del acto administrativo antes mencionado, el Licenciado Víctor Baker Revelo, el 6 de enero de 2022, actuando en su propio nombre y representación, presentó ante la Sala Tercera la demanda contencioso administrativa de nulidad que ocupa nuestra atención, con el propósito que se declare la nulidad, por ilegal, del Decreto Ejecutivo 243 de 18 de noviembre de 2022, emitido por el Ministerio de la Presidencia, "Por el cual se regula (sic) los precios máximos de venta al público de algunos combustibles líquidos en la República de Panamá, publicado en la Gaceta Oficial No.

29666-A del 18 de noviembre de 2022" (Cfr. fojas 1-5 del expediente judicial). En atención a ello, la Honorable Sala a la cual nos dirigimos, a través de la Resolución de treinta (30) de enero de dos mil veintitrés (2023), niega la solicitud de suspensión provisional solicitada por el demandante (Cfr. fojas 13-15 del expediente judicial).

En otro orden de ideas, este Despacho advierte que a través de la Providencia de diecisiete (17) de febrero de dos mil veintitrés (2023), fue admitida la demanda de nulidad que ocupa nuestra atención y se envió copia de la misma por cinco (5) días al Ministerio de la Presidencia; el cual mediante Nota 100-2023-DM de 1 de marzo de 2023, presentó el informe de conducta solicitado (Cfr. fojas 18 y 20-22 del expediente judicial).

II. Normas que se aducen infringidas.

La parte actora estima que el Decreto Ejecutivo 243 de 18 de noviembre de 2022, emitido por el Ministerio de la Presidencia, acusado de ilegal, vulnera las siguientes disposiciones legales, que pasamos a indicar:

A. Los artículos **199 y 200 de la Ley 45 de 31 de octubre de 2007**, que hacen referencia, dentro de los cuales se establece que excepcionalmente, el Órgano Ejecutivo formulará y reglamentará las políticas de regulación de precios, y la Autoridad las ejecutará, fijando temporalmente los precios de determinados bienes y servicios, solo en situaciones en que se advierta la existencia de restricciones al funcionamiento eficiente del mercado, o el inicio de una conducta monopolística generalizada, por uno o varios agentes económicos con poder sustancial sobre el mercado pertinente, que constituya una amenaza inminente contra el consumidor y la libre competencia, a fin de lograr la eficaz protección de los intereses del consumidor. Esta regulación solo podrá ser ejercida sobre productos cuyo arancel de importación aplicado exceda el cuarenta por ciento (40%) ad valórem y, por ser esta medida temporal, tendrá que motivarse y fundarse su adopción. En el caso de los hidrocarburos, los productos derivados del petróleo y los artículos de primera necesidad, solo será necesario el debido sustento para su adopción, sin la necesidad de que el arancel aplicado sea mayor del cuarenta por ciento (40%) ad valórem. De igual forma se estipula que los bienes y servicios sujetos a la regulación de precios, a que se refiere el artículo anterior,

serán determinados mediante decreto expedido por el Órgano Ejecutivo, previa consulta no vinculante a la Autoridad. En el decreto ejecutivo se establecerá que la medida quedará eliminada, cuando hubieran desaparecido las causas que motivaron su adopción, según se determine mediante resolución fundada. La regulación tendrá una duración máxima de seis meses, salvo que se justifique su prórroga por periodos iguales, en tanto persistan las circunstancias originales que motivaron su adopción. Junto con la regulación, el Órgano Ejecutivo adoptará las medidas que se requieran para eliminar las imperfecciones del mercado. Los agentes económicos que produzcan o comercialicen bienes o servicios cuyos precios sean objeto de regulación según los artículos precedentes no incurrir en prácticas monopolísticas por este hecho.(Cfr. fojas 2-4 del expediente judicial).

III. Posición de la parte actora respecto a los cargos de infracción.

En lo medular de la demanda bajo análisis, el Licenciado **Víctor Baker Revelo** señala en lo que corresponde a la primera norma, que *"El decreto ejecutivo objeto de censura el activar (sic) el artículo 199 de la lex cit, como fundamento jurídico del acto regulatorio, omite señalar y advertir todas aquellas situaciones que restringen el funcionamiento eficiente del mercado del gas licuado de petróleo, y/o tampoco señala las amenazas inminentes contra el consumidor y la libre competencia de dicho mercado, emitiéndose el presente decreto ejecutivo sin la debida motivación y fundamentación, que exige el legislador en la norma que se citada (sic) como infringida, ya que el administrador activo la misma, pero desconociendo las obligaciones que exige la norma (sic)"* (Cfr. fojas 3-4 del expediente judicial).

En ese mismo sentido, también señala que en lo que toca a la segunda norma citada en líneas anteriores, que *"El presente Decreto Ejecutivo, al activar la presente norma para motivar la figura de control de precios, yerra jurídicamente al establecer que la medida de regulación de precios se eliminará por recomendación de la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia (ACODECO), cuando desaparezcan las causas que motivaron el control de precios; sin embargo, esto riñe con el artículo 200 de la Ley 45 de 2007, ya que dicha ley no establece que la*

eliminación de la regulación de precios se elimina por recomendación de la (ACODECO), violándose así el contenido jurídico de la norma.

Por otro lado, la presente norma impone la obligación en cabeza del Órgano Ejecutivo de establecer las medidas que son requeridas para eliminar las imperfecciones del mercado que motivaron la adopción (sic) de la regulación de precios del gas licuado de petróleo; de manera, que si bien, la parte motiva cita el artículo 200 de la Ley 45 de 2007, como fundamento jurídico del acto censurado, el administrador lo aplica desconociendo las obligaciones que son inherentes en la estructura jurídica de la norma (Cfr. fojas 2-4 del expediente judicial).

IV. Posición del Ministerio de la Presidencia, respecto a los cargos de infracción.

En contraposición a lo descrito en líneas precedentes, el Ministerio de la Presidencia, a través de la Nota 100-2023-DM de 1 de marzo de 2023, presentó su informe de conducta, en el que señaló lo siguiente:

“ ...

Para efectos de este informe, debemos aclarar que de conformidad con los artículos 1 y 3 de la Ley 43 de 25 de abril de 2011, Que reorganiza la Secretaría Nacional de Energía y dicta otras disposiciones, el acto administrativo demandado, lleva la rúbrica del señor presidente de la República y del ministro de la Presidencia, por tratarse de un tema relacionado con el gas licuado de petróleo y por disposición de la Ley le corresponde a esa secretaría, adscrita al Ministerio de la Presidencia, ser la rectora del sector energía, el cual también comprende el sector de los hidrocarburos, que incluye ese producto.

Dentro de este marco de referencia se produce la emisión del Decreto Ejecutivo No. 243 de 18 de noviembre de 2022, que regula el precio del gas licuado de petróleo en cilindros de 11.34 kilogramos (25 libras) en la República de Panamá, publicado en el ejemplar de la Gaceta Oficial No. 29666-A de 18 de noviembre de 2022.

Luego de aclarar la competencia de la Secretaría Nacional de Energía, estimo oportuno señalar que a través de la Nota MIPRE-2022-0039318 de 17 de octubre de 2022, esa entidad elevó formal consulta a la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia, a efectos de requerir de ese ente regulador su concepto en torno a la viabilidad técnica de establecer los precios máximos de venta al consumidor, para los cilindros de gas licuado de petróleo en cilindros de 11.34 kilogramos (25 libras), por un período máximo de seis meses, prorrogables. Mediante la Nota AG-602-2022/JQQ/DNLC de 19 de octubre de 2022, la Autoridad emitió concepto en relación con la medida consultada, manifestando que la misma, además de ser legalmente factible, resulta conveniente y es plenamente consistente con lo establecido en los artículos 199 y 200 de la Ley 45 de 2007.

En virtud de lo antes expresado, resulta cierta la afirmación de que la autoridad competente para advertir cualquier conducta monopolística entre los agentes económicos del mercado, no advirtió ninguna situación que impidiera su regulación; por el contrario, manifestó que es la única medida que permite asegurar

que el subsidio se refleje íntegramente en el precio final al consumidor, garantizando la consecución del objetivo que sustenta dicha medida.

Además, en la parte dispositiva del acto administrativo demandado, se detalla en un cuadro los precios por localidad, a nivel nacional, tanto al por mayor como al por menor, del cilindro 11.34 kilogramos (25 libras) de gas licuado de petróleo, así como la competencia que tiene la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia para llevar a cabo la regulación e implementar las medidas que sean necesarias para asegurar que el subsidio estatal alcance efectivamente a los consumidores finales.

Aunado a lo anterior, es válido anotar que en su artículo 3 el Decreto Ejecutivo No.243 de 18 de noviembre de 2022, indica taxativamente que la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia recomendará que la regulación del precio en mención, sea eliminada cuando desaparezcan las causas que la motivaron, y el artículo 4 del mismo instrumento reglamentario establece que en virtud de la potestad que le otorga la Ley 45 de 2007, corresponde a esa Autoridad la ejecución y velar por el fiel cumplimiento de esa normativa, así como también la aplicación de las respectivas sanciones a los agentes económicos que infrinjan sus disposiciones.

El Decreto Ejecutivo objeto de la presente acción de nulidad tiene una vigencia de seis meses, prorrogables, lo cual se señala en dicho acto administrativo. Ello en atención a que el artículo 200 de la Ley 45 de 2007, establece que dicha regulación tendrá una duración máxima de seis meses, salvo que se justifique su prórroga por periodos iguales, en tanto persistan las circunstancias originales que motivaron su adopción. **En razón de ello, este Decreto Ejecutivo vence el 18 de mayo de 2023.** (Cfr. fojas 20-22 del expediente judicial) -Lo resaltado es por parte de esta Procuraduría-

V. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Según observa esta Procuraduría, el Órgano Ejecutivo, por conducto del Ministerio de la Presidencia, expidió el Decreto Ejecutivo 243 de 18 de noviembre de 2022, "*Que regula el precio del gas licuado de petróleo en cilindros de 11.34 kilogramos (25 libras) en la República de Panamá*" (Cfr. Decreto Ejecutivo 243 de 18 de noviembre de 2022, publicado en la Gaceta Oficial 29666-C de la misma fecha).

Ese instrumento jurídico, se emitió con sustento en los artículos 49 y 284 de la Constitución Política de la Nación:

ARTICULO 49. El Estado reconoce y garantiza el derecho de toda persona a obtener bienes y servicios de calidad, información veraz, clara y suficiente sobre las características y el contenido de los bienes y servicios que adquiere; así como a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.

La Ley establecerá los mecanismos necesarios para garantizar esos derechos, su educación y los procedimientos de defensa del consumidor y usuario, el resarcimiento de los daños ocasionados y las sanciones correspondientes por la trasgresión de estos derechos.

ARTICULO 284. El Estado intervendrá en toda clase de empresas, dentro de la reglamentación que establezca la Ley, para hacer efectiva la justicia social a que se refiere la presente Constitución y, en especial, para los siguientes fines:

1. Regular por medio de organismos especiales las tarifas, los servicios y los precios de los artículos de cualquier naturaleza, y especialmente los de primera necesidad.
2. Exigir la debida eficacia en los servicios y la adecuada calidad de los artículos mencionados en el aparte anterior.
3. Coordinar los servicios y la producción de artículos. La Ley definirá los artículos de primera necesidad.

En ese orden de ideas, la Ley 45 de 31 de octubre de 2007 "Que dicta normas sobre protección al consumidor y defensa de la competencia y otra disposición" desarrolla esos principios constitucionales, al establecer, entre otros temas, el precio de referencia tope. En tal sentido, el artículo 106 de esa excerta legal, establece que, excepcionalmente, el Órgano Ejecutivo podrá poner precios de regulación, al tenor de lo preceptuado en los artículos 199 y 200 de la Ley 45 de 2007, las cuales precisamente son las normas supuestamente infringidas, a juicio del demandante:

"Artículo 199. Regulación de precios. Excepcionalmente, el Órgano Ejecutivo formulará y reglamentará las políticas de regulación de precios, y la Autoridad las ejecutará, fijando temporalmente los precios de determinados bienes y servicios, solo en situaciones en que se advierta la existencia de restricciones al funcionamiento eficiente del mercado, o el inicio de una conducta monopolística generalizada, por uno o varios agentes económicos con poder sustancial sobre el mercado pertinente, que constituya una amenaza inminente contra el consumidor y la libre competencia, a fin de lograr la eficaz protección de los intereses del consumidor.

Esta regulación solo podrá ser ejercida sobre productos cuyo arancel de importación aplicado exceda el cuarenta por ciento (40%) ad valórem y, por ser esta medida temporal, tendrá que motivarse y fundarse su adopción. En el caso de los hidrocarburos, los productos derivados del petróleo y los artículos de primera necesidad, solo será necesario el debido sustento para su adopción, sin la necesidad de que el arancel aplicado sea mayor del cuarenta por ciento (40%) ad valórem.

Artículo 200. Bienes y servicios sujetos. Los bienes y servicios sujetos a la regulación de precios, a que se refiere el artículo anterior, serán determinados mediante decreto expedido por el Órgano Ejecutivo, previa consulta no vinculante a la Autoridad. En el decreto ejecutivo se establecerá que la medida quedará eliminada cuando hubieran desaparecido las causas que motivaron su adopción, según se determine mediante resolución fundada.

La regulación tendrá una duración máxima de seis meses, salvo que se justifique su prórroga por periodos iguales, en tanto persistan las circunstancias originales que motivaron su adopción.

Junto con la regulación, el Órgano Ejecutivo adoptará las medidas que se requieran para eliminar las imperfecciones del mercado.

Los agentes económicos que produzcan o comercialicen bienes o servicios cuyos precios sean objeto de regulación según los artículos precedentes no incurrir en prácticas monopolísticas por este hecho. (lo resaltado en negrita y subrayado es por parte de esta Procuraduría)".

Según puede advertirse en las normas citadas, la aplicación de la regulación excepcional por parte del Órgano Ejecutivo se fundamenta en la finalidad de preservar el interés superior del

consumidor, en circunstancias en que el comportamiento de los precios en el mercado nacional no guarde relación con aquéllos de tales productos o sus similares a nivel internacional.

Así las cosas, de la interpretación literal de las normas transcritas en párrafos precedentes, resulta evidente que uno de los sustentos principales, para mantener el subsidio del gas licuado de veinticinco (25) libras, como elemento fundamental para regular la vida económica de los consumidores más vulnerables dentro de la economía nacional, es el concepto de la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia (ACODECO).

Dicho criterio fue emitido por la precitada entidad, según lo expuesto en lo medular de la nota Nota AG-602-2022/JQQ/DNLC de 19 de octubre de 2022- ACODECO:

“Con base a los numerales 9 y 14 del artículo 86 y el artículo 199 de la Ley 45 de 2007, nuestro criterio sobre el particular sigue siendo que el carácter de la excepcionalidad guarda relación con tres aspectos, a saber:

1. Lograr una eficaz protección de los consumidores,
2. Que la regulación sea limitada en el tiempo, y
3. Que el alcance de la regulación esté igualmente limitado a productos que cumplan con determinadas características.

En este sentido, mantenemos el criterio esbozado en consultas anteriores que se cumplen con los tres aspectos señalados, ya que la medida surge dentro de un esfuerzo gubernamental más amplio para proteger a los consumidores nacionales puesto que el tanque de gas licuado en cilindros con un contenido neto de 25 libras (11.34 kilogramos), que es adquirido por los consumidores de menor poder adquisitivo, es objeto de un subsidio otorgado directamente por el Gobierno Nacional como medida para aliviar el presupuesto familiar de estos consumidores.”

No obstante y sin perjuicio de lo anterior, resulta prevalente destacar que la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia (ACODECO), hará estas recomendaciones al Órgano Ejecutivo, concernientes al subsidio en comento por **periodos de seis (6) meses prorrogables**. Al respecto, si verificamos la fecha de la promulgación del Decreto Ejecutivo 243 de 18 de noviembre de 2022, se advierte que fue publicada en la Gaceta Oficial 29666-C de 18 de noviembre de 2022. Por tanto, resulta oportuno recalcar que dicho ordenamiento señala, en su artículo 5, que **el mismo tendrá una duración de seis (6) meses prorrogables**; y, en el artículo 6, se indica que **entrará en vigencia a la fecha de su publicación, con lo que se tiene que al 18 de mayo de 2023, el acto impugnado ha surtido sus efectos jurídicos** (Cfr. fojas 6-11 del expediente judicial).

Por consiguiente, en el proceso en estudio ha operado el fenómeno denominado por la doctrina y la jurisprudencia como **sustracción de materia**, regulada en los artículos 992 y 201 (numeral 2) del Código Judicial, que indican:

“Artículo 992. En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo de las pretensiones objeto del proceso ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que haya sido probado oportunamente.”

“Artículo 201. Cualquiera que sea la naturaleza del proceso, los magistrados y jueces tendrán las siguientes facultades ordenatorias o instructorias:

1. ...;
2. Tener en cuenta, en la sentencia, de oficio o a petición de parte, cualquier hecho constitutivo, modificativo o extintivo del derecho sustancial que en el proceso se discute y que hubiere ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que haya sido probado oportunamente y que el interesado lo haya alegado antes de la sentencia si la ley no permite considerarlo de oficio...”

Respecto a esa temática, en el campo doctrinal se han referido a ello, los autores Beatriz Quintero y Eugenio Prieto en su obra Teoría General del Proceso, señalando lo siguiente en torno a dicha figura jurídica:

"Una vez que se ha generado un proceso, la pretensión procesal determina su mantenimiento, esto es, su subsistencia, hasta cuando el tratamiento que a la pretensión deba darse haya alcanzado su finalidad instrumental.

La pretensión determina la conclusión de un proceso, cuando esta reclamación de parte deja de existir por algún acontecimiento que jurídicamente tenga asignada tal eficacia. La desaparición de la pretensión lleva consigo la eliminación del proceso en forma paralela.

Si la pretensión queda satisfecha, el proceso ha llegado a su fin normal y concluye por sentencia. **Si la pretensión procesal sin llegar a quedar satisfecha desaparece, por ejemplo, por acto de disposición que la vuelve su objeto y la revoca íntegramente, el proceso se extingue a sí mismo, tornando injustificada su ulterior continuación.**" (La negrita es nuestra) (QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. Teoría General del Proceso. Tomo I. Edit. Temis. Santa Fe de Bogotá. pág. 288).

De igual manera, la Sala Tercera, en su Sentencia de **6 de enero de 2023**, se ha pronunciado en los siguientes términos en relación con la sustracción de materia:

“... ”

Previo examen de los preceptos citados, es de trascendencia indicar que conforme las constancias procesales, las frases subrayadas fueron declaradas inconstitucionales mediante fallos del Pleno de la Corte Suprema de Justicia calendados, 19 de marzo de 2009 y 14 de septiembre de 2009-. En consecuencia, el Concejo Municipal fue desprovisto de la atribución legal de nombrar al Tesorero Municipal y de la creación de cargos para su personal subalterno, aproximadamente diecisiete (17) años después de expedirse el Acuerdo No. 04 de 1992, por determinarse el quebranto al orden constitucional modificado.

...

De manera palmaria, observamos en el citado texto, que ha salido del ámbito de la competencia del Concejo Municipal de Penonomé, la escogencia del personal subalterno a nombrar por la Tesorería Municipal y que se han dispuesto acciones de personal, por parte de la Comisión de la Mesa de que trata el artículo 66 de la Ley 106 de 1973. Esclarecidos estos aspectos, resaltamos sobre los artículos que se impugnan -bajo la premisa que invaden y/o desconocen las facultades o competencias del Tesorero Municipal y Alcalde-, que el artículo 5 del Acuerdo N°005 de 2021, dispone la derogatoria en todas sus partes del Acuerdo N°04 de 8 de abril de 1992. Esta realidad procesal da cabida a la aplicabilidad de la potestad jurisdiccional contenida en los artículos 201 (numeral 2) y 992 del Código Judicial, cuyos textos dicen así: ...

Al amparo de las disposiciones citadas, advertimos que ante la expedición del Acuerdo N°005 de 2021, los artículos 2, 3 y 5 del Acuerdo No. 04 de 1992, han perdido su vigor. Este último, siendo un acto de carácter general, ha quedado sin efecto jurídico, razón por la cual deviene en ostensible la desaparición del objeto procesal que motivó la presentación de la demanda, mas no una mera transformación que permita al Tribunal adentrarse al examen de otro acto administrativo con distinta motivación y fundamento de derecho.


En torno a la falta de objeto litigioso y/o pretensión extinta dentro de una demanda en que se impugna un acto administrativo, ..., este Tribunal se ha pronunciado dictaminando la ocurrencia del fenómeno jurídico que la doctrina conoce como '**obsolescencia procesal**' y que la jurisprudencia nacional ha denominado **sustracción de materia...**'.

En virtud de las argumentaciones expuestas *ut supra*, solicitamos respetuosamente a ese Tribunal se sirva declarar que en la presente causa se ha producido el fenómeno jurídico denominado **SUSTRACCIÓN DE MATERIA** y, en consecuencia, se ordene el archivo del expediente.

VI. Pruebas. Se aceptan las que cumplan con los requisitos de Ley.

Del Honorable Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


María Lilia Urriola de Ardila
Secretaría General.