REPÚBLICA DE PANAMÁ

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN

Vista Número 627

Panamá, 5 de diciembre de 2012

Advertencia de ilegalidad.

Recurso de apelación (Promoción y sustentación).

El licenciado Roberto Rodríguez Prada, actuando en representación de **Coral Minera, S.A.,** interpone advertencia de ilegalidad en contra de los literales "f" y "h" de la cláusula undécima del contrato administrativo 2-001-88 de 1988, suscrito entre la antigua **Autoridad Portuaria Nacional, hoy Autoridad Marítima de Panamá, y Coral Minera, S.A**.

Señor 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, para promover y sustentar recurso de apelación en contra de la providencia del 31 de agosto de 2012, visible a foja 31 del expediente judicial, por medio de la cual se admite la advertencia de ilegalidad descrita en el margen superior, solicitando a ese Tribunal que conforme al criterio utilizado en su resolución de 1 de diciembre de 2009, se conceda este recurso en el efecto suspensivo.

La oposición de la Procuraduría de la Administración en lo que corresponde a la admisión de la mencionada advertencia radica en las siguientes razones de fondo y de forma:

1. Razones de fondo:

1.1 Las cláusulas de un contrato administrativo no puede ser advertidas como ilegales por las propias partes contratantes.

En efecto, según consta en autos a través de la acción bajo estudio la sociedad recurrente advierte la ilegalidad de las cláusulas **"f"** y **"h"** de la cláusula undécima del **contrato administrativo 2-001-88 de 1988**, suscrito entre la

antigua Autoridad Portuaria Nacional, hoy Autoridad Marítima de Panamá y Coral Minera, S.A; no obstante, debemos precisar que, en opinión de este Despacho, las cláusulas de un contrato no pueden ser advertidas como ilegales por las propias partes contratantes, puesto que, una vez negociado y pactado dicho acuerdo de voluntades, éste se convierte en **Ley entre las mismas** al tenor de lo establecido en el artículo 976 del Código Civil, que es del siguiente tenor:

> "**Artículo 976.** Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos."

1.2 Los literales advertidos ya han sido aplicados al procedimiento administrativo.

Sin perjuicio de lo antes expuesto, esta Procuraduría debe señalar que de conformidad con lo establecido en el artículo 73 de la ley 38 de 2000, la consulta y/o la advertencia de ilegalidad podrá ser formulada en el curso de un procedimiento administrativo donde se pretenda aplicar, para resolver el mismo, una o más normas reglamentarias o un acto administrativo que la autoridad o una de las partes consideren que presentan vicios de ilegalidad, en cuyo caso dicha consulta y/o advertencia deberá ser sometida a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia dentro de los dos días siguientes.

De lo antes expuesto, se infiere que la interposición de la consulta o la advertencia de ilegalidad deberá efectuarse antes de que se adopte una decisión de fondo, puesto que, de interponerse luego de emitida la misma, la (s) norma (s) reglamentaria (s) o el acto administrativo que se estiman ilegales ya habrían sido aplicados, por lo cual, la consulta y/o la advertencia resultaría extemporánea, como ha ocurrido en la situación bajo estudio, tal como se explicará a continuación.

En efecto, tal como ya hemos señalado, la advertencia de ilegalidad bajo estudio recae sobre los literales **"f"** y **"h"** de la cláusula undécima del **contrato**

administrativo 2-001-88 de 1988, suscrito entre la antigua Autoridad Portuaria Nacional, hoy Autoridad Marítima de Panamá y Coral Minera, S.A., los cuales establecen dos de los supuestos que permiten la terminación del mencionado contrato y, que a juicio de la sociedad recurrente, serán aplicados por la entidad al momento de resolver el recurso de reconsideración que presentó en contra de la decisión de la autoridad demandada de resolver administrativamente el contrato ya señalado. No obstante, tal como consta en la nota visible a foja 29 del expediente judicial, el 3 de julio de 2012, la Autoridad Marítima de Panamá, a través de la resolución ADM 89-2012, **cuya copia autenticada es aportada por este Despacho**, resolvió administrativamente el contrato 2-001-88 de 1998, precisamente sobre la base de las causales establecidas en los literales "f" y "h" de la cláusula undécima del referido contrato, ahora advertidos como ilegales, de lo que resulta claro que los mismos ya fueron aplicados por la entidad, de ahí que la acción bajo estudio no resulta viable. Al respecto, este Procuraduría aporta una copia debidamente autenticada de la referida resolución (Cfr. foja 29 del expediente judicial y prueba de la Procuraduría de la Administración).

Por otra parte, este Despacho considera oportuno hacer referencia a lo expresado por Coral Minera, S.A., en sustento de su pretensión, en el sentido que, a pesar de reconocer que los literales advertidos "f" y "h" de la de la cláusula undécima del contrato administrativo 2-001-88 de 1988, ya fueron aplicados por la Autoridad Marítima de Panamá al emitir la resolución ADM 89-2012, dichos literales deberán ser aplicados nuevamente por la referida autoridad al momento de resolver el recurso de reconsideración que presentó en contra del mencionado acto administrativo, de ahí que, en su opinión, su acción resulta viable.

A juicio de esta Procuraduría, tal planteamiento resulta contrario a lo establecido en el artículo 73 de la ley 38 de 2000, así como a lo que ha sido el criterio mayoritario de esa Sala, de acuerdo con el cual una vez que la norma

acusada ha sido aplicada para adoptar alguna decisión de fondo en el curso de un procedimiento administrativo, la misma no es susceptible de ser advertida con posterioridad, tal como lo expresó ese Tribunal en sus resoluciones de 29 de octubre de 2009 y 6 de diciembre de 2005, que en su parte medular señalan que:

29 de octubre de 2009

"…la viabilidad jurídica de la advertencia de ilegalidad depende de la existencia de un proceso administrativo en el que no se haya adoptado una decisión, al exigir que el acto o la norma advertida no haya sido aplicado, dicho en otro sentido cuando en un proceso administrativo se emita la decisión al respecto, no es posible presentar la acción contenciosa que nos ocupa, lo que es independiente de los recursos administrativos que se tenga a bien interponer, lo decimos a manera de aclararle a la parte actora respecto a su consideraciones de que por la interposición del recurso, que no haya sido resuelto, puede considerarse que el acto no ha sido aplicado.

Siendo así las cosas, queda desprendido en el caso que nos ocupa, que el acto advertido de ilegal, ya fue aplicado, lo cual es contrario a lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 38 de 2000.

Por lo anterior, el resto de la Sala debe concordar con los planteamientos del señor Procurador de la Administración, en cuanto que la presente advertencia de ilegalidad no cumple con los requerimientos del artículo 73 de la Ley 38 de 2000, por lo cual no debe ser admitida" (Lo subrayado es nuestro).

6 de diciembre de 2005

"…

El Magistrado Sustanciador procede al examen del libelo, y en este punto advierte que la advertencia de legalidad, visible a foja 294 y siguientes del dossier, no puede ser admitida, toda vez que la disposición advertida de ilegal *ya fue aplicada*…

En efecto, según se desprende de la Nota No. ALER-230-05 de 26 de octubre de 2005, suscrita por la Directora de Asuntos Jurídicos del Ente Regulador de los Servicios Públicos, la controversia administrativa se origina en la petición de intervención que hiciera la empresa GALAXY

> COMMUNICATION CORP., al ERSP, toda vez que la empresa CABLE & WIRELESS PANAMA S.A., se había negado a programar desde su red móvil celular, el código de marcación abreviada 177 asignado a GALAXY COMMUNICATION, para que usuarios y clientes puedan, desde la red celular, acceder a la plataforma de pre-pago y realizar llamadas de larga distancia nacional e internacional.
>
> …
>
> Encontrándose pendiente la decisión del recurso de reconsideración, se introduce la advertencia de ilegalidad contra la frase 'y deben ser accesados desde todas las redes, por lo que deberán ser marcados y completados desde cualquier red o teléfono a nivel nacional' contenida en el acápite 'h' del Resuelto Primero de la Resolución JD-3518 de 25 de septiembre de 2002.
>
> A juicio del suscrito, resulta evidente que dicha norma ya ha sido aplicada por el ERSP, desde el momento en que ordenó a la operadora de la Telefonía Móvil celular banda "B", que programe de manera inmediata en su central, el código 177 de GALAXY COMUNNICATION, bajo la premisa que, de acuerdo a lo que establece el acápite "h" del Resuelto Primero de la Resolución JD-3518 de 25 de septiembre de 2002, los números de marcación abreviada *deben ser accesados desde todas las redes, por lo que deberán ser marcados y completados desde cualquier red o teléfono a nivel nacional*.
>
> Por lo expresado, quien suscribe se ve precisado a considerar que la advertencia de ilegalidad ha sido extemporáneamente presentada, y debe negarle curso legal." (El subrayado es nuestro).

De las resoluciones judiciales cuyos extractos han sido transcritos, se infiere con claridad que una vez aplicada la norma que se acusa, ésta no puede ser advertida con posterioridad aun cuando esté pendiente de resolverse algún recurso administrativo en contra de la decisión adoptada por la entidad.

2. Razones de forma:

Según reiterada jurisprudencia de esa Sala, las advertencias de ilegalidad deben cumplir con los mismos requisitos exigidos a las demandas contencioso administrativas de nulidad. Así lo señaló en su fallo de 6 de marzo de 2008, al indicar en su parte pertinente que "…*Del contenido de la excerta recién transcrita*

(se refiere al artículo 73 de la ley 38 de 2000), *se aprecia que la misma no regula formalidad alguna en cuanto a la presentación de la advertencia de ilegalidad. No obstante, la jurisprudencia de la Sala Tercera ha señalado que estas acciones deben cumplir con los requisitos formales de una demanda contencioso-administrativa de nulidad, como lo son aquellos establecidos en la Ley 135 de 1943 y por vía jurisprudencial*." (El subrayado es de esta Procuraduría).

En atención a lo indicado, esta Procuraduría estima que la advertencia de ilegalidad admitida mediante la providencia objeto de apelación, también incumple con lo establecido en el artículo 44 de la ley 135 de 1943, modificada por la ley 33 de 1946, el cual establece como requisito de admisibilidad de este tipo de acciones, que a las mismas se acompañe una copia del acto acusado; ello, en concordancia con el artículo 833 del Código Judicial, según el cual las reproducciones de documentos que se presenten al proceso deberán ser autenticadas por el funcionario encargado de la custodia del original.

En efecto, tal como se ha indicado previamente, a través del ejercicio de la presente advertencia la parte actora pretende que esa Sala se pronuncie sobre la supuesta ilegalidad de los literales **"f"** y **"h"** de la clausula undécima del contrato administrativo 2-001-88 de 1988, suscrito entre la antigua **Autoridad Portuaria Nacional** hoy **Autoridad Marítima de Panamá y Coral Minera, S.A.,** no obstante, la recurrente no ha cumplido con la formalidad establecida en las normas antes indicadas, puesto que no acompañó la acción ensayada con una copia del contrato 2-001-88 de 1988, objeto de la advertencia en estudio, debidamente autenticada por el funcionario custodio de su original, tal como lo exigen las disposiciones adjetivas ya indicadas, sino que, en su lugar, presentó una copia de dicho acto, pero autenticada por el notario Quinto del Circuito de Panamá, lo cual no es procedente (Cfr. fojas 19 a 22 del expediente judicial).

Esa Sala, en su resolución de **19 de agosto de 2011**, proferida al pronunciarse sobre la admisión de una acción de nulidad, se expresó en los siguientes términos sobre la necesidad de aportar el acto acusado debidamente autenticado, con la finalidad de cumplir con la formalidad establecida en las normas antes señaladas. Veamos:

> "…
> Al examinar la demanda para determinar si la misma es impugnable ante la jurisdicción contencioso administrativa, el Magistrado Sustanciador advierte que no procede su admisión, toda vez que no se cumplió con los requisitos señalados en los artículos 44 y 46 de la Ley 135 de 30 de abril de 1943.
>
> La parte demandante no cumplió con la formalidad de aportar copia autenticada del acto impugnado, tal como se establece en el artículo 44 de la Ley 135 de 1943, el cual reza de la siguiente manera:
>
> > 'Artículo 44: A la demanda deberá acompañar el actor una copia del acto acusado, con las constancias de su publicación, notificación o ejecución, según los casos.'
>
> El requisito de la aportación de las copias autenticadas de los actos impugnados al proceso, guarda relación con lo ordenado en los artículos 786 y 833 del Código Judicial, que hacen referencia a los requisitos de aportación de copias autenticadas a los procesos judiciales. El artículo 786 del Código Judicial, establece que en caso de que el acto sea objeto de demanda, el mismo será aportado de acuerdo a las normas comunes, lo que significa que será aportado de conformidad con lo señalado en el artículo 833 del Código Judicial, que indica que los documentos aportados en copias deberán ser autenticados por el funcionario público encargado de la custodia del original.
>
> En el presente proceso la parte actora aportó copia de la Nota fechada 25 de noviembre de 2010, en la cual consta el sello y la certificación de cotejo de la Notaria Tercera de Circuito de Panamá (f.46 y reverso), sin embargo no se observa que la misma haya sido autenticada por el funcionario encargado de la custodia del original.

Respecto a este tema, la Sala a través de fallo de fecha 2 de septiembre de 2004 señalo lo siguiente:

> 'Quienes suscriben observan que el solo hecho que la Resolución impugnada no haya sido debidamente autenticada es causal suficiente para no admitir la presente demanda. En el documento visible a foja 1 simplemente se observa un sello de la Notaria Undécima de Circuito que no es indicativo de autenticación alguna. El resto de los Magistrados advierten que ciertamente la demanda incumple lo preceptuado en los artículos 44 de la Ley 135 de 1943 y 833 del Código Judicial, al no aportar, el demandante, copia debidamente autenticada del acto original impugnado, y asimismo, se apunta que el demandante no pidió en la demanda expresamente que el Magistrado Sustanciado solicitara la copia debidamente autenticada a la oficina donde se encuentra el original.
>
> Es oportuno mencionar que reiterada jurisprudencia de esta Sala ha sostenido que la presentación de la copia autenticada de los actos acusados constituye uno de los requisitos esenciales para la admisión de las demandas contencioso administrativas.' (Transportistas Boqueteños S. A., vs Autoridad del Transporte Terrestre.)
>
> …
>
> En mérito de lo expuesto, el Magistrado Sustanciador, en representación de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo 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, promovida por la licenciada Lynette Stanziola, en representación de Santiago G. Gómez Ramírez, para que se declare que es nula, por ilegal, la Nota de 25 de noviembre de 2010, emitida por la Vicepresidenta de Gestión Corporativa y Funcionaria de Ética de la Autoridad del Canal de Panamá." (El subrayado es nuestro).

De conformidad con el criterio expuesto, solicitamos a esa Sala que, en virtud de lo establecido en el artículo 50 de la ley 135 de 1943, modificado por el artículo

31 de la ley 33 de 1946, según el cual no se dará curso a la demanda que carezca de alguno de los requisitos establecidos en los artículos que le preceden, REVOQUE la providencia de 31 de agosto de 2012, visible a foja 31 del expediente judicial, mediante la cual se admite la presente advertencia de ilegalidad y, en su lugar, NO SE ADMITA la misma.

Pruebas. Se aporta copia debidamente autenticada de la resolución ADM. 087-2012 de 3 de julio de 2012, emitida por el Administrador de la Autoridad Marítima de Panamá.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Nelson Rojas Avila
Secretario General

Expediente 468-12