

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 675

Panamá, 10 de mayo de 2023

Proceso Contencioso
Administrativo de Nulidad

Recurso de apelación
Promoción y sustentación.

Expediente 1075392022.

El Licenciado **Alexis Rubén Zuleta Aizpurúa**, actuando en su propio nombre y representación, solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución N° 163-2022/TACP de 19 de septiembre de 2022 (Admisión), emitida por el **Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas**.

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, en concordancia con el artículo 1147 del mismo cuerpo normativo, para promover y sustentar recurso de apelación en contra de la Providencia de 23 de febrero de 2023, visible a foja 47 del expediente, mediante la cual se admite la demanda contencioso administrativa de nulidad descrita en el margen superior.

La oposición de la Procuraduría de la Administración a la admisión de la presente demanda se fundamenta en las siguientes razones:

El demandante equivoca la vía al impugnar mediante una acción de nulidad un acto administrativo de carácter particular que afecta derechos subjetivos.

Conforme advierte este Despacho, la parte actora ha presentado una demanda contencioso administrativa de nulidad, para que se declare nula, por ilegal, la Resolución N° 163-2022/TACP de 19 de septiembre de 2022 (Admisión), emitida por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, por medio de la cual dicha entidad resuelve admitir un recurso de impugnación interpuesto en contra de la Resolución N° 065 del 8 de septiembre de 2022 (emitida por el Ministerio de Seguridad Pública), dentro de un proceso de selección de contratista por licitación pública.

En efecto, al revisar el contenido de la resolución atacada, se advierte lo que a seguidas se copia:

“RESUELVE

PRIMERO: ADMITIR el Recurso de Impugnación incoado por el Licenciado Carlos Enrique De Icaza, apoderado especial de la empresa **HOTELERA EL PANAMA, S.A.**, en contra de la **Resolución N°065 del 8 de septiembre de 2022**, por medio de la cual se adjudicó el acto público de selección de contratista por licitación pública **N°2022-0-18-01-99-LP-056626** al proponente **CONSORCIO NIKOS/PROCESADORA, S.A.**, por la suma de **SEIS MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIL MIL DOSCIENTOS CINCUENTA BALBOAS CON 00/100 (B/.6,269,250.00)**.” (Lo subrayado es nuestro) (Cfr. foja 37 del expediente judicial).

Visto lo anterior, resulta evidente que la Resolución N° 163-2022/TACP de 19 de septiembre de 2022 (Admisión), acusada de ilegal, **afectó directamente el derecho subjetivo de un ente particular**, en este caso del Consortio Nikos/Procesadora, S.A.; por consiguiente, **dicho acto no puede ser demandado a través de una acción contencioso administrativa de nulidad**, como lo ha propuesto la parte actora; ya que, tal y como la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado en numerosos pronunciamientos, **este tipo de acciones están reservadas para analizar la legalidad de actos de contenido general con efectos erga omnes, lo que no ocurre en el caso que nos ocupa.**

En esa línea de pensamiento, somos del criterio que nos encontramos ante un acto individual, personal y subjetivo, que debió ser recurrido por medio de los recursos que establece la propia resolución atacada, y luego de agostarse la vía gubernativa (si así lo hubiese estimado oportuno la parte recurrente), impugnarse a través de una acción de plena jurisdicción, dentro del plazo de los dos (2) meses a los que se refiere el artículo 42b de la Ley 135 de 1943, adicionado por el artículo 27 de la Ley 33 de 1946, que puntualiza:

“Artículo 42b. La acción encaminada a obtener una reparación por lesión de derechos subjetivos prescribe, salvo disposición legal en contrario, al cabo de dos meses, a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto o de realizado el hecho o la operación administrativa que causa la demanda.” (La negrita es nuestra).

Por consiguiente, de las pretensiones expresadas por el activador judicial, así como de los elementos de hechos a los que se hace referencia en la demanda; debemos indicar que la herramienta procesal utilizada; es decir, la acción de nulidad, no resulta jurídicamente procedente en lo que respecta a la causa de pedir; de allí que estimamos que se ha infringido el artículo 43 (numeral 2) de la Ley 135 de 1943, alusivo al cumplimiento del presupuesto procesal que señala:

"Artículo 43: Toda demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo contendrá:

...
2. Lo que se demanda." (Lo destacado es nuestro).

Así las cosas, estimamos que la acción presentada pierde de vista que de acuerdo con el artículo 42B de la Ley 135 de 1943 y del artículo 43 del mismo cuerpo normativo ya vistos con anterioridad, los actos administrativos que afecten derechos subjetivos, por su carácter individual, sólo pueden ser objeto de impugnación mediante la acción contencioso administrativa de plena jurisdicción y no a través de una acción de nulidad, **como ha ocurrido en el presente proceso.**

Es por tal razón, que advertimos que el activador ha errado al interponer una acción contencioso administrativa de nulidad; ya que no tomó en consideración las características de la demanda propuesta y sus particularidades.

En este contexto, consideramos pertinente citar la obra del Doctor Edgardo Molino Mola, a su vez ex Magistrado de la Sala Tercera, quien en su libro Legislación Contencioso Administrativa Actualizada y Comentada. Con Notas, Referencias, Concordancias y Jurisprudencia, ha realizado un examen analítico de las semejanzas y diferencias entre las acciones de nulidad y las acciones de plena jurisdicción, así:

"Acciones de Nulidad.

1. Puede proponerse contra **actos Generales**, (actos del Ejecutivo o de instituciones autónomas, Acuerdos Municipales, etc.) Art. 43a Ley 33 de 1946.

2. Normalmente se utiliza contra actos condiciones.

3. Puede ejercerse por cualquier persona, natural o jurídica, nacional o extranjera, domiciliada en el país. (Acción popular o pública). Art. 203 N° 2 Constitución Nacional.

4. Puede ejercerse en cualquier tiempo, es imprescriptible. Art. 42a Ley 33 de 1946.

5. Sólo cabe pedir la declaratoria de ilegalidad, pero la Corte puede dictar normas en reemplazo de las impugnadas. Art. 203 N° 2 Constitución Nacional.

6. Sentencia tiene **efectos erga omnes**. Art. 27 y 53 Ley 135 de 1943.

7. En la nulidad no es necesario agotar la vía administrativa. No hay silencio administrativo.

8. Los actos generales se publican en Gaceta Oficial, al igual que la sentencia que se dicte anulando el acto general. Art. 100 Cód. Judicial.

9. Procurador de la Administración defiende la ley. Art. 348 Cód. Judicial.

10. El problema es de puro derecho y por tanto la prueba debe ser preconstituida. Lo fundamental es **probar la ilegalidad del acto general**.

11. No supone un 'juicio contencioso', pues no hay partes en sentido procesal. ...

Acción de Plena Jurisdicción.

1. Puede proponerse contra actos Administrativos individuales, personales que afecten derechos subjetivos. Art. 43a Ley 33 de 1946.

2. Excepcionalmente se usa contra actos-condiciones.

3. Puede ejercerla sólo la persona afectada por el acto (acción privada), sin necesidad de estar domiciliada en el país. Art. 203 N° 2 Constitución Nacional.

4. Sólo puede ejercerse dentro de los dos meses siguientes de la notificación o ejecución del acto. Art. 42b Ley 33 de 1946.

5. Se pide la declaratoria de ilegalidad a la vez que la restitución del derecho violado y todo lo que el demandante estime como intereses lesionados. La Corte puede dictar disposiciones en reemplazo de las impugnadas. Art. 203 N° 2 Constitución Nacional.

6. Sentencia tiene efectos entre partes. Art. 27 Ley 135 de 1943

7. Se requiere agotar la vía administrativa. Existe además Silencio Administrativo. Art. 42 Ley 135 de 1943.

8. Los actos individuales generalmente no se publican en la Gaceta Oficial y la sentencia tampoco se publica en la Gaceta Oficial. Art. 100 Código Judicial.

9. Procurador de la Administración defiende los actos de la Administración, excepto en los casos en que dos entidades estatales del mismo rango tengan intereses contrapuestos o en el caso que haya habido controversia entre particulares por razón de sus propios intereses. En estos casos excepcionales defiende la ley. Art. 348 Cód. Judicial. No. 2 y 3.

10. Normalmente, además del problema de derecho hay que probar hechos. Lo fundamental es probar la ilegalidad del acto individual. Art. 47, 48 y 49 Ley 135 de 1943....”

En este sentido, la Sala Tercera ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto a la no admisibilidad de acciones de nulidad cuando el acto acusado es evidentemente de carácter particular. Muestra de ello observamos en la Resolución de 18 de febrero de 2019, en donde el Tribunal al resolver un recurso de apelación como el que nos ocupa, manifestó lo siguiente:

“En base al sustento presentado por la Procuraduría esta Magistratura coincide en que la Naturaleza del acto atacado, no es susceptible de un proceso contencioso de nulidad.

Por ello corresponde hacer un análisis de estos aspectos observados.

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico **las demandas de nulidad van dirigidas para impugnar actos de carácter generales e impersonales y objetivos, es decir, que no están dirigidas exclusivamente a una persona, sino que afectan a la colectividad y las de Plena Jurisdicción van dirigidas a impugnar actos que sólo tienen efecto o trascendencia para el particular afectado por la decisión, además tienen diferencias tanto en los requisitos exigidos para su presentación como en las consecuencias o efectos que las mismas producen.**

...
En base a lo expuesto podemos observar que la resolución atacada solo se limita al señor..., sin afectar de manera colectiva, por ende, **el recurrente equivocó la vía al interponer una demanda de nulidad, ya que lo procedente era promover una demanda de plena jurisdicción de conformidad con el contenido del acto impugnado, éste afecta derechos subjetivos propios del señor...** (Énfasis suplido).

Los anteriores razonamientos han sido la postura constante de nuestra máxima corporación de justicia. Así, tenemos que en la Resolución de 20 de noviembre de 2020, la Sala Tercera, actuando nuevamente como Tribunal de Alzada ante un recurso de apelación, sostuvo lo que a seguidas copiamos:

“Lo anterior, pone de relieve que la accionante, a través de una **Demanda de Nulidad** ha pretendido la impugnación de un acto administrativo por supuestas afectaciones de derechos subjetivos de su persona, aunado al hecho, que, como se observa, pretende con dicha declaratoria el restablecimiento fáctico de un derecho subjetivo, situación que no es posible en este tipo de acciones, en virtud que, por una parte, **no se trata de un tipo de resolución impersonal y orden social que permita la interposición de la Acción popular**, y por la otra, ha quedado acreditada la desvirtuación del interés legítimo que están llamados a tener los impugnantes de estas Demandas. De ahí que es claro que el demandante ha equivocado la vía para activar la Vía Contencioso Administrativa.

...

Nuestros anteriores razonamientos permiten demostrar la equivocación en que ha incurrido la demandante al confundir la vía para impugnar la Resolución acusada de ilegal, siendo que **interpuso una Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad, cuando lo procedente hubiese sido la interposición, en término oportuno, de una de Plena Jurisdicción**; motivo por el que resulta claro para el Tribunal de Apelación que la Acción no puede ser admitida.

...

En virtud de lo previamente señalado, este Tribunal de Apelación, considera que la actuación del Magistrado Sustanciador se da conforme a lo previsto en la legislación aplicable y a los criterios jurisprudenciales expuestos por ésta Sala, por tanto, es congruente CONFIRMAR la decisión proferida por éste, y en ese sentido nos pronunciamos.

En consecuencia, el resto de los Magistrados que integran la Sala Tercera de la Corte Suprema, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CONFIRMAN la Providencia de..., expedida por el Magistrado Sustanciador, que **NO ADMITE** la Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad, interpuesta por el Licenciado..., actuando en nombre y representación de..., para que se declare nula, por ilegal, la Resolución...” (La negrita es nuestra).

Como último punto que refuerza nuestros anteriores argumentos, debemos destacar que la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas en relación al recurso de impugnación (mismo que a su vez fue el objeto central dentro del acto acusado), **fue también demandada ante la Sala Tercera a través de una acción de plena jurisdicción**, interpuesta por el Licenciado Alexis Zuleta (parte actora en la presente causa), actuando en nombre y representación de Consorcio Nikos/Procesadora, S.A. (ente particular afectado por resolución atacada),

en la que se hace referencia a los mismos hechos que los planteados en el presente negocio. Aquella acción lleva por número de entrada (expediente) 130694-2022.


Finalmente, solicitamos que al momento en que se tome una decisión se tenga lo que ha indicado esa Alta Corporación de Justicia a través de reiterada jurisprudencia sobre la Tutela Judicial Efectiva y el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad para concurrir ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa. A este respecto, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en el Auto de 21 de octubre 2019, manifestó lo que a continuación transcribimos:

“Antes de finalizar, vale dejar constancia que una cosa es la Tutela Judicial Efectiva y otra cosa es el deber que tiene todo el que concurra ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa en auxilio de sus Derechos subjetivos o en defensa de los intereses de la colectividad, esto es, de cumplir con los requisitos básicos mínimos que por Ley se han establecido, por ello no se debe interpretar que la tutela judicial efectiva, sea un acceso desmedido a la justicia, puesto que, no ha sido esto lo que ha sostenido esta Corporación de Justicia a través de su jurisprudencia.” (La subraya es del Tribunal y el destacado de este Despacho).

Por las consideraciones expuestas, esta Procuraduría solicita a la Sala Tercera que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley 135 de 1943, conforme al cual no se dará curso a la demanda que carezca de alguna de las formalidades contempladas en los artículos que le anteceden, **REVOQUE la Providencia de 23 de febrero de 2023**, visible a foja 47 del expediente judicial, que admite la presente demanda contencioso administrativa de nulidad propuesta por el Licenciado **Alexis Rubén Zuleta Aizpurúa** actuado en su propio nombre y representación, y en su lugar, **NO ADMITA** la misma.

Del Señor Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


María Lilia Urriola de Ardila
Secretaría General