



República de Panamá
Procuraduría de la Administración

Panamá, 12 de marzo de 2020
C-024-20

Licenciado
Lorenzo Hincapié Pretelt
Director de Asesoría Legal
Ministerio de Gobierno

Referencia: Resolución emitida por el Patronato del Benemérito Cuerpo de Bomberos de la República que contó con firmas de miembros que habrían funcionado más allá de su período legal.

Licenciado Hincapié

Por este medio, en concordancia con nuestras funciones constitucionales y legales, consagradas respectivamente en el artículo 220 de la Constitución Política de la República de Panamá y en el artículo 6, numeral 1 de la Ley N° 38 de 31 de julio de 2000, respondemos a su consulta, elevada ante esta procuraduría el día 9 de marzo del presente año 2020, la cual transcribimos a continuación:

“En virtud de este sustento legal, nos permitimos elevar a la Procuraduría de la Administración, una Consulta sobre la interrogante jurídica que plantea la Resolución N° 002 de 30 de octubre de 2019, con la cual, el Patronato del Benemérito Cuerpo de Bomberos de la República de Panamá, sometió a consideración del Excelentísimo Señor Presidente de la República, las ternas para los cargos de Director General y Subdirector General del Benemérito Cuerpo de Bomberos de la República de Panamá.

La decisión arribada en la Resolución en comento, a nuestro entender, estuvo suscrita por miembros del Patronato, los cuales ya se les había vencido su período para adoptar dicha decisión.

En consecuencia, el artículo 9 de la Ley N° 10 de 16 de marzo de 2010 (Con las modificaciones de la Ley N° 38 de 11 de junio de 2013; Ley N° 124 de 31 de diciembre de 2013; Ley N° 24 de martes 28 de octubre de 2014 y Ley N° 70 de 24 de noviembre de 2015), dispone lo siguiente:

“Artículo 9. Los miembros del Patronato serán elegidos por el Órgano Ejecutivo para un período concurrente con el período presidencial, el cual deberá finalizar el 30 de junio del año en que tome posesión el Presidente de la República, dichos miembros no podrán ser reelectos...” (el subrayado es nuestro).

Concordante con la norma indicada, el artículo 13, numeral 1 del mismo cuerpo normativo, taxativamente expresa que:

“Artículo 13. Los miembros del Patronato y sus suplentes cesarán en sus funciones por alguna de las siguientes causas:

- 1. Terminación del período para el que fueron nombrados.
...” (el subrayado es nuestro).*

Nuestra posición atiende lo dispuesto en las normas transcritas, ya que mediante el Decreto Ejecutivo N° 617 de 26 de diciembre de 2019, se designan los miembros principales y suplentes del Patronato del benemérito Cuerpo de Bomberos de la República de Panamá, correspondientes a la representación de las Compañías Aseguradoras, la SPIA y APEDE, por lo que, al vencerse el período de los anteriores Patronos, los cuales fueron concurrentes con el período presidencial de 1 de julio de 2014 a 30 de junio de 2019, sus funciones se encontraban cesadas por invocación del artículo 13, numeral 1 de la Ley N° 10 de 2010, previamente expuesta.

En consecuencia, la actuación de estos Patronos, dispuesta en la Resolución N° 002 de 30 de octubre de 2019, carecían de legitimidad para actuar, al someter al Órgano Ejecutivo, la terna para los cargos de Director general y Subdirector General del Benemérito Cuerpo de Bomberos de Panamá”.

La consulta versa sobre la legitimidad de algunos patronos del organismo colegiado denominado como Patronato del Benemérito Cuerpo de Bomberos de la República para la emisión de lo que a la luz de la Ley N° 38 de 31 de julio de 2000, se define como un acto administrativo. Mismo que, en su contenido, determina la escogencia de una terna que propone al Señor Presidente de la República, en camino a una futura escogencia del Director y Sub Director de la entidad.

Frente a la inquietud planteada, nos vemos en la necesidad de estudiar la naturaleza jurídica de este tipo de actos. Dadas las particularidades del ordenamiento jurídico administrativo panameño, resulta necesario recurrir a la doctrina comparada, así como a la jurisprudencia comparada y nacional correspondiente para finalmente arribar a las disposiciones positivas que serían aplicables.

Partimos con la identificación de este tipo de actos que, en principio, generan condiciones a tomarse en cuenta para la emisión de otros actos sucesivos y definitivos, al respecto GAMERO CASADO y FERNÁNDEZ RAMOS establecen:

“Como sabemos, el procedimiento administrativo es una sucesión de trámites que desembocan en una resolución final: a lo largo de un procedimiento se acumulan una serie de actos que no son la respuesta que la Administración ofrece al problema en examen, sino eslabones sucesivos que darán como resultado una solución...”

En su virtud, podemos distinguir entre actos de trámite y actos definitivos. Los actos de trámite son los que se producen a lo largo de un procedimiento administrativos antes de la resolución del procedimiento.

Son actos de trámite los informes, las propuestas, las pruebas, etc. Estos actos no tienen vida jurídica propia, y se entienden dependientes del acto por el que se resuelve el procedimiento”¹.

La jurisprudencia colombiana ha resuelto situaciones de colisión de derechos con plena fundamentación en estos soportes doctrinales en múltiples ocasiones, a su vez dictaminado criterios jurídicos directamente relacionados con casos como el que nos ocupa, en el tenor que sigue:

“...
iv. *Los actos mediante los cuales se conforman ternas para la elección de funcionarios públicos, son de trámite del acto de elección, esto es, el definitivo, pues son necesarios para este, pero no concluyen la actuación administrativa.*
v. *No obstante, el control jurídico de las eventuales irregularidades que afecten al acto de trámite (conformación de ternas) serán consideradas al analizar la legalidad del acto definitivo (el de elección).*
vi. *La acción de tutela es la vía judicial procedente para cuestionar las irregularidades que se presenten respecto de los actos de trámite, precisamente ante la inexistencia de otro medio de defensa judicial para enjuiciar este tipo de actuaciones”²*
(El resaltado es de la Procuraduría).

De esta forma, la jurisprudencia propia de Derecho Continental, orienta a que el acto que conforma una terna es “de trámite” del acto de elección, siendo éste último el definitivo, sin concluir aquellos de por sí la actuación administrativa. Como vemos, continúa la jurisprudencia tratada, ya con la plena calificación de acto de trámite a la conformación de una terna.

En otro caso, sigue el análisis a través del hilo conductor de la naturaleza jurídica de este tipo de actos administrativos.

“La norma hace una distinción entre actos administrativos definitivos y los actos de trámite. Los primeros son aquellos que concluyen la actuación administrativa, en tanto que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto y producen efectos jurídicos definitivos, mientras que los de trámite contienen decisiones administrativas necesarias para la formación del acto definitivo, pero por sí mismos no concluyen la actuación administrativa, salvo que, como lo prevé la norma, la decisión que se adopte impida que continúe tal actuación, caso en el cual se convierte en un acto administrativo definitivo porque le pone fin al proceso administrativo”³ (El resaltado es de la Procuraduría).

¹ GAMERO CASADO, Eduardo y FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. Manual Básico de Derecho Administrativo. Décimo Tercera Edición. Tecnos. Madrid, 2016. Página 514.

² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION QUINTA. Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO. Bogotá, D. C., seis (6) de agosto de dos mil catorce (2014)

³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION QUINTA. Consejero ponente: FILEMON JIMENEZ OCHOA. Bogotá, D. C., veintidós (22) de octubre de dos mil nueve (2009).

La distinción, claramente realizada en la cita Ut supra es necesaria, como se observa en el primer caso, para identificar los medios de restablecimiento del orden jurídico ante observaciones como las que usted externa en su consulta.

Así que la experiencia vecina es útil al sobrevenir en varios casos la materia específica de controversias administrativas relativas en general a actos preparatorios y ternas en específico. Un último caso que comparte este dictamen sobreviene no solamente en la definición del tipo de acto, sino también sus consecuencias jurídicas, de la siguiente manera:

“la conformación de la terna constituye una etapa previa e indispensable para la elección, por lo que las irregularidades contenidas en el procedimiento de formación y en el contenido de aquella pueden producir la nulidad del acto definitivo. De consiguiente, en caso de que se encuentren motivos de ilegalidad de la terna que alcancen el carácter de sustanciales o esenciales, el acto de selección acusado deberá ser retirado del ordenamiento jurídico”⁴ (El resaltado es de la Procuraduría).

Si bien, no con la frecuencia que esta exposición jurisprudencial ha evidenciado, pero con innegable contundencia, la jurisprudencia panameña, se ha pronunciado con respecto a la calificación de los actos administrativos que contienen ternas a consideración de una autoridad administrativa como actos preparatorios, sin características definitivas propias, de la siguiente forma:

“El recurso de apelación se opuso la Lcda. Y.P. quien, en lo medular, afirma que el señor P. confunde las nociones de acto administrativo principal y acto preparatorio. De ésta última forman parte las mencionadas notas No. 1271-04 y 1370-04, las cuales no son susceptibles de ser impugnadas ante la Sala Tercera (fs. 119-124).

DECISIÓN DEL RESTO DE LA SALA

Después de examinar las constancias procesales, esta Superioridad estima que no existen elementos de mérito para variar la resolución impugnada.

En efecto, tal como indica la Lcda. P., las notas No. 1271-04 de 20 de septiembre de 2004 y No. 1370-04 de 11 de octubre de 2004, contra las cuales el señor P. estima que debió promoverse la demanda, constituyen lo que lo que en el Derecho Administrativo se conoce como "actos preparatorios", es decir, actos que no contienen la decisión final sobre un negocio o asunto administrativo, sino que forman parte de la actividad necesaria para adoptarla. Es esa decisión final, usualmente llamada "acto original o definitivo", la que causa estado, es decir, la que puede crear, modificar o extinguir una determinada situación de derecho.

⁴ EL CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA. Consejero Ponente. REINALDO CHAVARRO BURITICA. Bogotá, D. C. dieciséis (16) de octubre de dos mil tres (2003).

La distinción anterior tiene suma importancia porque, conforme ha sostenido reiterada jurisprudencia de la Sala, los actos de carácter preparatorio no son susceptibles de ser impugnados ante la Sala Tercera, salvo que éstos decidan el fondo del asunto, de modo que le pongan término o hagan imposible su continuación, tal como señala el artículo 42 de la Ley 135 de 1943.

En el caso bajo estudio, las notas a las cuales alude el señor P. se limitan a designar o proponer a los representantes de la Escuela de Educación Física de la Universidad de Panamá ante la Junta Directiva del INDE, pero el acto mediante el cual se hace oficial el nombramiento de estas personas como integrantes del referido organismo es el Decreto Ejecutivo No. 841 de 27 de octubre de 2004, impugnado en la demanda”⁵ (El resaltado es de la Procuraduría).

Por último en esta fase del presente examen jurídico, la Corte Suprema de Justicia ha dejado muy en claro su posición sobre las características generales de los actos preparatorios y sobre la manera idónea del subsecuente restablecimiento del ordenamiento jurídico que se estime como lesionado, como en las dos citas jurisprudenciales que transcribimos a continuación:

“De manera reiterada la Sala Tercera ha señalado la diferencia entre los actos definitivos y los actos preparatorios o de mero trámite, estableciendo 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. (Los subrayados son de la Procuraduría)⁶.

“Los actos preparatorios son considerados como aquellos que se van dictando dentro de un procedimiento administrativo, por disposición legal, y que operan dentro de este con la finalidad de ir ideando o formando la decisión final, e inciden sobre ella, ya sea porque se ha determinado previamente que son facultativos u obligatorios; es decir; prepara la posterior decisión de una autoridad administrativa que es la facultada para expedir el acto definitivo o decisión final”(El subrayado es de la Procuraduría)⁷.

Podemos colegir de la doctrina citada, así como de la jurisprudencia comparada que hemos expuesto que este tipo de actos, dentro de su naturaleza propositiva, limitada y dependiente, están siempre condicionados a otro acto administrativo que es el que genera el derecho en sí, caracterizándose por lo siguiente:

⁵ Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral. Fallo del 26 de enero de 2007. Magistrado Ponente Winston Spadafora Franco.

⁶ Tribunal: Corte Suprema de Justicia, Panamá. Sala: Tercera de lo Contencioso Administrativo. Ponente: Víctor L. Benavides P. Fecha: Jueves, 30 de Enero de 2014. Materia: Acción contenciosa administrativa. Plena Jurisdicción.

⁷ Sala: Tercera de lo Contencioso Administrativo. Proceso de Plena Jurisdicción. Fallo 29 de julio de 2009. Ponente Hipólito Gill Suazo.

- No causan estado: No son susceptibles a acción alguna ante la Corte Suprema de Justicia.
- Al ser advertida su irregularidad, debe preservarse la integridad del ordenamiento jurídico.

Así las cosas, el contenido de la Resolución de Patronato N° 002 de 30 de octubre de 2019, “*Por medio de la cual se escogen las ternas para los cargos de Director General y Sub Director General del Benemérito Cuerpo de Bomberos de la República de Panamá*”, resulta un Acto Preparatorio que realiza una proposición al Presidente de la República, como dice su primer artículo “***Somete a consideración del Excelentísimo señor Presidente de la República...las siguientes ternas...***” (Subrayado añadido). Su texto no llega a crear derechos, crea posibilidades y expectativas, puesto que lo que se haya decidido en aquel contexto, sigue estando condicionado a una decisión de fondo que sea la que termine el proceso del que se trate⁸.

Ya la jurisprudencia da luces claras sobre las repercusiones jurídicas que debe asumir la Administración ante la situación que describe la consulta, lo que nos lleva al fenómeno de la nulidad relativa o anulabilidad de los actos administrativos, que son los mencionados en la jurisprudencia, en contundente contraposición a los que son propios de nulidad absoluta o nulos. La doctrina comparada distingue entre los actos nulos y los actos meramente anulables como:

“los que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder..., los defectos de forma sólo determinan la anulabilidad cuando el acto defectuoso carezca de los requisitos formales indispensables: a) Para alcanzar su fin (lo que nos remite a lo que antes dijimos sobre los requisitos de los actos); o b) que den lugar a indefensión de los interesados...Y, por otra parte, la realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas “sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo”...”⁹.

Siguiendo esta orientación, y tomando en cuenta lo que manifiestan sus consideraciones con respecto al texto de la Resolución de Patronato N° 002 de 30 de octubre de 2019, luego de los análisis correspondientes, nos lleva a considerar los dictámenes del Título II, titulado *De la Invalidez de los Actos Administrativos* del Libro Segundo de la Ley N° 38 de 31 de julio de 2000, especialmente el artículo 53, el cual mandata lo siguiente:

⁸ Procuraduría de la Administración. Vista N° 1427 de 3 de diciembre de 2019. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley 135 de 1943, modificada por la Ley 33 de 1946, solo son recurribles ante la jurisdicción contencioso administrativa “*los actos o resoluciones definitivas o las providencias de mero trámite, si estas últimas deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, de modo que le pongan término o hagan imposible su continuación*”.

⁹ LINDE PANIAGUA, Enrique. Fundamentos de Derecho Administrativo. Universidad Nacional de Educación a Distancia y COLEX Editorial. Madrid, 2009. Página 432.

“Fuera de los supuestos contenidos en el artículo anterior, será meramente anulable, conforme a las normas contenidas en este Título, todo acto que incurra en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder”.

La misma Ley entiende por desviación de poder *“la emisión o celebración de un acto administrativo con apariencia de estar ceñido a derecho, pero que se ha adoptado por motivos o para fines distintos a los señalados en la ley”.*

Coincide entonces el posterior artículo 55 de la precitada Ley con las consideraciones ya expuestas, cuando señala que *“La nulidad se decretará para evitar indefensión, afectación de derechos de terceros o para restablecer el curso normal del proceso”*, así como con el artículo 59 de la misma Ley N° 38 de 31 de julio de 2000, que a su vez expresa *“La Administración podrá convalidar los actos anulables subsanando los vicios de que adolezcan”* (El resaltado es de la Procuraduría)¹⁰

Por tanto, la naturaleza de la resolución de la que trata su consulta es la de un acto administrativo preparatorio, sobre los cuales existe doctrina y jurisprudencia consistente a nivel internacional y nacional, que les otorga un carácter dependiente con respecto a otro acto administrativo el cual, en el caso de marras, aún no se ha materializado.

De advertirse que los mismos conlleven infracciones al ordenamiento jurídico, incluida la desviación de poder, éstos pueden ser rectificadas siguiendo los parámetros ya establecidos en el Título II del Libro Segundo de la Ley N° 38 de 31 de julio de 2000, con la orientación ya dada a través de la doctrina y la jurisprudencia pertinente, a fin de salvaguardar y preservar la legalidad del acto administrativo final.

Atentamente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración



RGM/hjmm

La Procuraduría de la Administración sirve a Panamá, te sirve a ti.

*Apartado 0815-00609, Panamá, República de Panamá *Teléfonos: 500-3350, 500-3370 * Fax: 500-3310*

** E-mail: procadmon@procuraduria-admon.gob.pa Página Web: www.procuraduria-admon.gob.pa*

¹⁰ *“Los vicios materiales son determinantes de anulabilidad siempre – salvo que estén contemplados como vicios de nulidad radical - . Entre este tipo de vicios puede citarse la desviación de poder, la adjudicación de un contrato a quien no formule verdaderamente la mejor oferta, o cualquier otra ilegalidad, como el otorgamiento indebido de una subvención, el recogimiento de una dispensa no recogida en norma alguna, etc. Importa destacar que los actos dictados con infracción de ley no son por ello nulos de pleno derecho: la ilegalidad sólo da lugar, como regla general, a la mera anulabilidad del acto”* (Los subrayados son de la Procuraduría). GAMERO CASADO, Eduardo y FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. Manual Básico de Derecho Administrativo. Décimo Tercera Edición. Tecnos. Madrid, 2016. Página 536.