

ENTRADA No. 809-18-A

INCIDENTES DE NULIDAD INTERPUESTOS POR EL LICENCIADO HARMODIO JIMENEZ ACTUANDO EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DEL MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA DENTRO DE LA DEMANDA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA DE INDEMNIZACIÓN PRESENTADA POR EL DOCTOR ARTURO HOYOS, ACTUANDO EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE ABDUL MOHAMED WAKED FARES PARA QUE SE CONDENE AL BANCO NACIONAL DE PANAMÁ (ESTADO PANAMEÑO), AL PAGO DE MIL DOSCIENTOS SESENTA Y OCHO MILLONES, SETECIENTOS CUATRO MIL, CIENTO SETENTA Y SIETE BALBOAS CON 00/100 B/. 1,268,704,177.00, POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS, MÁS INTERESES, CAUSADOS POR LA INFRACCIÓN EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES O CON PRETEXTO DE EJERCERLAS.

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO VÁSQUEZ REYES



**REPÚBLICA DE PANAMÁ
ÓRGANO JUDICIAL**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Panamá, cuatro (04) de septiembre de dos mil veinte (2020).

VISTOS:

El Licenciado Harmodio Jiménez, actuando en nombre y representación del **Ministerio de la Presidencia**, ha presentado ante la Secretaría de la Sala Tercera, **Incidente de Nulidad por Falta de Competencia y Falta de Notificación**, dentro de la Demanda Contenciosa Administrativa de Indemnización, promovida por Abdul Mohamed Waked Fares, a través de su apoderado judicial, para que se condene al Banco Nacional de Panamá y el Estado panameño, al pago de la suma de Mil Doscientos Sesenta y Ocho Millones, Setecientos Cuatro Mil, Ciento Setenta y Siete Balboas con 00/100, (B/.1,268,704,177.00), en concepto de daños y perjuicios causados por las infracciones en que han incurrido en el ejercicio de sus funciones o con pretexto de ejercerlas.

I. ARGUMENTOS DEL INCIDENTISTA.

Expone el apoderado judicial del incidentista que en atención al hecho que, a través de la Providencia de 23 de agosto de 2018, se admitió la Acción de Indemnización presentada por Abdul Mohamed Waked Fares, y que éste designó como parte demandada al Ministerio de la Presidencia, a su juicio, se debió notificar a la referida entidad de dicha actuación bajo los términos establecidos en la Ley; por tales motivos, sostiene que se dejó en estado de indefensión a su mandante, y se configuró así la causal de nulidad descrita en el numeral 3 del artículo 90 de la Ley 135 de 1943, es decir, *“por falta de notificación en forma legal de cualquiera de las partes”*.

De igual manera, alega que la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia no tiene competencia para conocer del negocio bajo examen, toda vez que tanto el Fideicomiso Soho como el Fideicomiso Félix constituyen negocios fiduciarios que tuvieron como fideicomitentes a sociedades comerciales cuyos accionistas no son ni eran personas de derecho público, por lo cual, los bienes transferidos en éstos fideicomisos eran de propiedad privada, así como los beneficiarios de ambos instrumentos.

Así pues, considera que estos elementos obligan a enmarcar a ambos fideicomisos, y particularmente al Fideicomiso Soho, en la definición del fideicomiso privado, conforme lo descrito en el numeral 15 del artículo 41-D de la Ley 1 de 1984, razón por lo cual, considera que se erige la causal de nulidad estipulada en el numeral 1 del artículo 90 de la Ley 135 de 1943, *“por incompetencia de la jurisdicción”*.

II. OPOSICIÓN AL INCIDENTE

Mediante **Resolución de 2 de octubre de 2019**, este Tribunal admitió el Incidente en estudio, del cual se le corrió traslado al señor Abdul Mohamed Waked Fares, y a la Procuraduría de la Administración.

En ese sentido, según el demandante, el Ministerio de la Presidencia fue debidamente notificado en cumplimiento de lo establecido en el artículo 5 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, toda vez que, al formar parte de la estructura del Gobierno Central, quien está llamado a ejercer la representación judicial de la Administración Pública en este tipo de procesos es la Procuraduría de la Administración, misma que fue notificada y ejerció el derecho a la defensa.

Asimismo, señala que el Magistrado Sustanciador al admitir la acción indemnizatoria acogió su competencia sobre el caso bajo examen mediante Auto de 23 de agosto de 2018, el cual fue confirmado mediante Auto de 7 de febrero de 2019, señalando que el contrato de Fideicomiso Soho es consecuente ejecución de vías de hecho y de lo acordado por el Consejo de Gabinete, cuyo fundamento de derecho se colige que tiene como finalidad el interés público, y por tanto es de competente de este Tribunal.

III. CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN

Por otra parte, el representante del Ministerio Público mediante Vista Número 1250 de 18 de noviembre de 2019, indica que al confrontar lo expuesto por incidentista con la demanda y las actuaciones procesales surtidas en el caso, es de la opinión que, en virtud que el Ministerio de la Presidencia fue incorporado por el actor en su libelo como parte demandada, lo procedente era que dicha entidad se constituyera como sujeto procesal pasivo en el presente proceso; sin embargo, únicamente se le corrió traslado al Banco Nacional de Panamá, dejando así en estado de indefensión al referido ministerio, ya que no tuvo oportunidad ejercer de forma oportuna y adecuada su derecho de defensa.

Advierte, que el Ministerio de la Presidencia no se encontró debidamente representado por dicha Agencia del Ministerio Público, puesto que, si bien por Ley debe defender los intereses del Estado, como se determinó como único sujeto pasivo al Banco Nacional de Panamá, dicho ejercicio solo se enfocó técnica y puntualmente a dicha entidad bancaria.

Continúa indicado que considera que existe falta de competencia por parte de la Sala Tercera para conocer la demanda bajo estudio, al tenor de lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 90 y del numeral 1 del artículo 91 de la Ley 135 de 1943, que señalan lo siguiente:

“Artículo 90. En los procedimientos ante lo contencioso administrativo hay nulidad en los casos siguientes:

1. Por incompetencia de jurisdicción;”

“Artículo 91. Hay incompetencia de jurisdicción:

1. Cuando por naturaleza del asunto, o por disposición de la ley, el conocimiento del negocio corresponde a funcionarios o corporación distinta del Tribunal de lo Contencioso Administrativo;”

Esto es así, según el Procurador porque las actividades comerciales o de interés privado ejercidas por el Banco Nacional no pueden dar lugar a reclamos indemnizatorios ante la Sala Tercera, aunado al hecho que, dicha acción tiene como objeto el contrato de fideicomiso de Soho, cuya naturaleza no es propia del conocimiento de este Tribunal, ya que obedece a una actuación de la entidad bancaria en el ejercicio de la banca comercial, es decir, no es naturaleza administrativa.

Por tales razones, le solicita a la Sala declare probado el Incidente de Nulidad por Falta de Notificación y Falta de Competencia del Tribunal, y de ser probado este último, se declare la nulidad de la Resolución de 23 de agosto de 2018, que admitió la Demanda Contenciosa Administrativa de Indemnización, promovida por Abdul Mohamed Waked Fares, a través de su apoderado judicial, para que se condene al Banco Nacional de Panamá y el Estado panameño, al pago de la suma de Mil Doscientos Sesenta y Ocho Millones, Setecientos Cuatro Mil, Ciento Setenta y Siete Balboas con 00/100 (B/.1,268,704,177.00), en concepto de daños y perjuicios causados por las infracciones en que han incurrido en el ejercicio de sus funciones o con pretexto de ejercerlas.

IV. DECISIÓN DE LA SALA

Verificada la competencia de la Sala para tales efectos y cumplidos los trámites legales, este Tribunal Colegiado procede a resolver los Incidentes presentados por el apoderado judicial del Ministerio de la Presidencia (Incidente de Nulidad por Falta de Competencia y Falta de Notificación), de forma separada.

1. Incidente de Nulidad por Falta de Competencia de la Sala Tercera

Debemos indicar que, los Incidentes de Nulidad se rigen principalmente por dos principios, el **principio de especificidad**, según el cual no hay nulidad procesal sin texto que lo establezca, en ese sentido, nuestra legislación panameña en la Jurisdicción Contencioso Administrativo estipula en el artículo 90 de la Ley 135 de 1943, las causales de nulidad; y el **principio de trascendencia** que implica que la declaratoria de nulidad cabe sólo en el caso de agravio y perjuicios procesales al que la invoca.

En ese sentido, el primer Incidente promovido pretende la nulidad de todo lo actuado, por considerar que este Tribunal no tiene competencia para conocer de la Demanda Contenciosa Administrativa de Indemnización, interpuesta por los apoderados judiciales de Abdul Mohamed Waked Fares, bajo el argumento que los Fideicomisos Félix y Soho, tuvieron como fideicomitentes a sociedades comerciales, cuyos accionistas no son, ni eran personas de derecho público. Los bienes transferidos en fideicomiso, eran de propiedad privada, y los beneficiarios de ambos instrumentos, eran personas particulares. Estos elementos obligan a enmarcar a ambos, en la definición del fideicomiso privado, particularmente al Fideicomiso Soho, es decir, que no es de naturaleza administrativa.

No obstante, se observa que el Procurador de la Administración interpuso Recurso de Apelación contra la Providencia de 23 de agosto de 2018, que admitió la referida acción de indemnización, siendo uno de los aspectos que sustentaban dicho recurso de alzada, lo inherente a la falta de competencia.

Sobre lo propuesto por el Procurador de la Administración, mediante la **Resolución de 7 de febrero de 2019**, la Sala confirmó la admisión de la Demanda

Contenciosa Administrativa de Indemnización, bajo el argumento que “el fideicomiso suscrito entre las sociedades Leemart Properties, Inc y Troll Properties Inc. (ambas representadas por Mohamed Abdo (sic) Waked Darwich), en su condición de fideicomitentes con el Banco Nacional de Panamá como fiduciario, es de **naturaleza administrativa** al tener como finalidad la de satisfacer un interés público y poseer cláusulas exorbitantes.” (Cfr. fojas 656-669 del expediente administrativo)

Asimismo, concluyó en la referida resolución que la finalidad del **Contrato de Fideicomiso Soho** es “preservar la estabilidad del sistema económico nacional y salvaguardar las fuentes de empleos de los trabajadores, en cumplimiento a los deberes y obligaciones que contempla la Constitución Política de la República. (Resolución de Gabinete No. 62 de 3 de junio de 2016)” (Cfr. fojas 656-669 del expediente administrativo)

Por tales razones, la postura de este Tribunal es que, habiéndose debatido y dilucidado el problema jurídico antes indicado, por lo tanto, lo procedente es **declarar no probado** el Incidente de Nulidad por Falta de Competencia presentado por el Ministerio de la Presidencia.

2. Incidente de Nulidad por Falta de Notificación al Ministerio de la Presidencia.

Por otro lado, observa la Sala que igualmente el incidentista alega que, en el caso bajo estudio, se configuró la causal de nulidad contemplada en el numeral 3 del artículo 90 de la Ley 135 de 1943, **por falta de notificación en forma legal de cualquiera de las partes**, toda vez que, a pesar que en el libelo de la demanda se designará como parte demandada al Ministerio de la Presidencia, se admitió la Demanda de Indemnización presentada por los apoderados judiciales del señor Abdul Mohamed Waked Fares, mediante la Providencia de 23 de agosto de 2018, y no se le corrió traslado a dicha entidad ministerial, dejándola en estado de indefensión, porque no tuvo oportunidad ejercer de forma oportuna y adecuada su derecho de defensa.

Siendo ello así, cabe indicar en este punto que el artículo 57 de la Ley 135 1943, estipula que: **“Recibida la demanda en el Tribunal y verificado el reparto, el magistrado sustanciador dispondrá al admitirla, que se dé traslado de ella a la parte demanda; que se abra la causa a pruebas por el término de 5 días y que se envíe copia de la demanda al funcionario que dictó el acto acusado, para que éste, dentro de igual término, explique su conducta, por medio de un informe.”**

Por tanto, de conformidad con el artículo 1002 y 1939 del Código Judicial, norma supletoria aplicable en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa conforme a lo dispuesto en el artículo 57c de la Ley 135 de 1943. modificada por la Ley 33 de 1946, se hace necesario que se efectúe **personalmente la notificación.**

Bajo este marco jurídico, este Tribunal advierte a folio 3 del libelo que contiene su pretensión, que el actor designó como partes demandadas, de conformidad a lo exigido en el numeral 1 del artículo 43 de la referida norma, al Banco Nacional de Panamá y al Estado Panameño, representado por el Ministerio de la Presidencia, **razón por lo cual concluye que se le debió correr traslado de la admisión de la demanda a todas las entidades demandadas**, y no así únicamente a la entidad bancaria.

De igual forma, consta que la pretensión de la Demanda de Indemnización consiste en que **se condene al Banco Nacional de Panamá, y solidariamente al Estado panameño, a la suma de Mil Doscientos Sesenta y Ocho Millones, Setecientos Cuatro Mil, Ciento Setenta y Siete Balboas con 00/100 (B/. 1, 268,704,177.00)**, por los daños y perjuicios, lucro cesante, daño emergente, daño moral e intereses causados al señor Abdul Mohamed Waked Fares, por las infracciones en que han incurrido en el ejercicio de sus funciones o con pretexto de ejercerlas.

Siendo ello así, el Ministerio de la Presidencia no se encontró debidamente representado como alega el incidentista, toda vez que de conformidad con lo establecido en el artículo 5 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, el Procurador de

la Administración se enfocó solamente sobre la defensa de las actuaciones efectuadas del Banco Nacional de Panamá, en su calidad de fiduciario dentro del instrumento de fideicomiso Soho, y no así las de dicho ministerio.

Ante tales hechos, subraya la Sala que la **notificación es una garantía para los sujetos sometidos a la actividad jurisdiccional**, máxime correrle traslado al sujeto pasivo, ya que este tipo de acto procesal tiene como finalidad de enterarlo que contra él cursa un proceso, en este caso una Acción de Indemnización que puede afectar sus derechos o intereses, contra la cual tiene derecho a oponerse, es decir a ejercer su derecho de defensa.

Cabe indicar en este punto que sobre la importancia de la notificación, el autor Juan Carlos Lugo González, ha señalado que: “...**Así la notificación es un elemento de gran importancia en el Derecho Procesal y de vital impacto para la vigencia del propio derecho y de la justicia dentro del sistema jurídico...Uno de los pilares indispensable del derecho y de la Justicia debe ser la igualdad de las partes ante la Ley...Dentro de este aspecto procesal, la notificación, es uno de los elementos fundamentales...**”(LUGO GONZÁLEZ, Juan Carlos, La Conflictividad en Relación a la Notificación Personal. Breves Consideraciones. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, www.juridicas.unam.mx, Fojas 219-240)

Por consiguiente, concluye la Sala que se **configura la nulidad invocada**, al no haberle dado traslado de la admisión de la demanda, al Ministerio de la Presidencia, quien se constituía como sujeto procesal pasivo en el caso bajo estudio, a luz de lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 90 de la Ley 135 de 1943.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **DECLARA NO PROBADO**, el Incidente por Falta de Competencia; **DECLARA PROBADO**, el Incidente de Nulidad por Falta de Notificación a partir de la foja

480, inclusive, que ordena la admisión de la acción, dentro de la Demanda Contenciosa Administrativa de Indemnización, promovida por Abdul Mohamed Waked Fares, a través de su apoderado judicial, para que se condene al Banco Nacional de Panamá y el Estado panameño, al pago de la suma de Mil Doscientos Sesenta y Ocho Millones, Setecientos Cuatro Mil, Ciento Setenta y Siete Balboas con 00/100 (B/.1,268,704,177.00), en concepto de daños y perjuicios causados por las infracciones en que han incurrido en el ejercicio de sus funciones o con pretexto de ejercerlas, y **NIEGA** el resto de las pretensiones.

Notifíquese,

**CARLOS ALBERTO VÁSQUEZ REYES
MAGISTRADO**

**CECILIO CEDALISE RIQUELME
MAGISTRADO**

**EFRÉN C. TELLO C.
MAGISTRADO**

**KATIA ROSAS
SECRETARIA**