

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 160

Panamá, 11 de febrero de 2010

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción**

**Contestación
de la demanda**

La firma forense Consultorías Legales, Trámites Judiciales y Asociados, en representación de **Midfield Associates, S.A.**, solicita que se declare nula, por ilegal, la resolución 035-09 de 7 de mayo de 2009, emitida por el **Ministerio de Obras Públicas** y se hagan otras declaraciones.

**Honorable Magistrado Presidente de la Sala Tercera de o
Contencioso Administrativo de a Corte Suprema de Justicia**

Acudo ante Usted de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 5 de la ley 38 de 2000, con el propósito de contestar la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción descrita en el margen superior.

**I. Los hechos u omisiones fundamentales de la acción se
contestan de la siguiente manera:**

Primero: No consta, por tanto se niega.

Segundo: No consta, por tanto se niega.

Tercero: No consta, por tanto, se niega.

Cuarto: No es cierto, por tanto, se niega.

Quinto: Es cierto, por tanto, se acepta.

Sexto: No es cierto, por tanto, se niega.

Séptimo: Es cierto, por tanto, se acepta.

Octavo: No es un hecho, por tanto, se niega.

Noveno: No es cierto, por tanto, se niega.

Décimo: Es cierto, por tanto, se acepta.

Décimo Primero: Es cierto, por tanto, se acepta.

Décimo Segundo: No es cierto, por tanto, se niega.

Décimo Tercero: No es cierto, por tanto, se niega.

Décimo Cuarto: No es cierto, por tanto, se niega.

Décimo Quinto: Es cierto, por tanto, se acepta.

Décimo Sexto: Es cierto, por tanto, se acepta.

Décimo Sexto: Es cierto, por tanto, se acepta.

II. Disposiciones legales que se estiman violadas y conceptos de infracción respectivos.

La demandante alega que la resolución 035-09 de 7 de mayo de 2009, emitida por el Ministerio de Obras Públicas, infringió los artículos 46 y 170 de la ley 38 de 2000; el artículo 29 de la ley 6 de 1 de febrero de 2006, el artículo 1 de la ley 56 de 27 de diciembre de 1995; el artículo 1 de la ley 11 de 27 de abril de 2006 y el artículo quinto de la resolución 068 de 5 de julio de 2006; de acuerdo con los conceptos expresados por ella de fojas 93 a 98 del expediente judicial.

III. Descargos de la Procuraduría de la Administración en representación de los intereses de la institución demandada.

Analizadas las constancias documentales que obran en autos y los argumentos esgrimidos por la demandante, esta Procuraduría debe coincidir con lo expresado por el ministro de Obras Públicas en su informe explicativo de conducta, ya que lo que se discute es la construcción y ocupación de infraestructuras hechas por la demandante dentro del área de

servidumbre de la carretera transístmica Boyd-Roosevelt y no si la actora contó o no con los permisos municipales para establecer una cerca y una garita de seguridad en dicha área. En efecto, como consta en el "Permiso para construcción N° 0324", de 29 de mayo de 2008, expedido por la Alcaldía del distrito de San Miguelito, se autorizó la construcción de un edificio para almacenaje y distribución de mercancía sobre la finca 53998, por lo que no puede entenderse que dicho permiso era extensivo a la construcción de infraestructuras dentro del área de servidumbre de una vía pública y menos si dicha servidumbre fue constituida por mandato legal.

La controversia surgida entre la accionante y el Ministerio de Obras Públicas gira en torno a las obras que debía construir la empresa Conalvias, S.A., en virtud del contrato AL-1-164-07, suscrito por la mencionada entidad estatal, para los "Estudios, Diseños y Construcción de Dos (2) Pasos Elevados Vehiculares en la Ciudad de Panamá: Intersección Avenida Ricardo J. Alfaro-Avenida de La Paz e Intersección Carretera Transístmica-Entrada a San Isidro; Provincia de Panamá" y de la "addenda No. 1 al contrato No. AL-1-164-07 del 30 de enero de 2009, para la construcción de tres (3) retornos a nivel, uno en la avenida Tecnológica, otro en reemplazo de la Herradura de San Isidro y el último frente a Blockmigon.

Según consta a foja 173 del expediente judicial, al iniciar los trabajos objeto del contrato, la contratista determinó que necesitaría utilizar el área de servidumbre de la carretera transístmica Boyd-Roosevelt, que por mandato

legal es de 30.48 metros a ambos lados de la vía; no obstante al realizar el levantamiento del área se percató que dicha servidumbre estaba ocupada en algunos puntos, por Ricardo Pérez, S.A.; por los muros de cuatro residencias; por Grúas Salerno, José EAU, Inmobiliaria Rioja, S.A. (instalaciones de Tiesa, S.A.) y Midfield Associates, S.A. (instalaciones de Conway), por lo que el Ministerio de Obras Públicas le comunicó a cada uno de ellos que debían remover en un plazo de 24 horas todas las infraestructuras que habían construido en la servidumbre mencionada o, de lo contrario, se procedería a su remoción por los medios legales correspondientes.

Es importante destacar que la servidumbre que se vio afectada por la construcción de la cerca y garita de seguridad edificada por Target, S.A., de propiedad de Midfield Associates, S.A., fue establecida mediante el decreto número 687 de 11 de octubre de 1944, que en su artículo 5 dispone:

"Artículo 5º: En las carreteras transístmicas construidas o que se proyectan, la línea de construcción estará a una distancia no menor de treinta (30) metros, a ambos lados del eje central, reservándose de esta manera una faja de servidumbre de sesenta (60) metros, dentro de la cual queda absolutamente prohibido toda clase de construcción, salvo las líneas telegráficas, telefónicas y las de transmisión eléctrica que autorice el Ministerio de Salubridad y Obras Públicas." (subrayado nuestro)

De conformidad con el artículo 531 del Código Civil, las servidumbres impuestas por la ley tienen por objeto la

utilidad pública o el interés de los particulares, disponiendo también dicho código en su artículo 532, que todo lo concerniente a las servidumbres establecidas para utilidad pública o comunal se regirá por las leyes y reglamentos especiales que las determinan, y, en su defecto, por las disposiciones contenidas en el Título X del Libro II del propio cuerpo normativo. (subrayado nuestro)

Es precisamente en cumplimiento de lo previsto en la citada norma reglamentaria y en otras disposiciones legales concordantes, que el Ministerio de Obras Públicas ordenó a los ocupantes de la servidumbre legal constituida a ambos lados de la carretera transístmica Panamá-Colón, (Boyd-Roosevelt), el desalojo de la misma, en atención a que la construcción de los pasos vehiculares y los retornos a nivel objeto del contrato a ejecutar por Conalvías, S.A., son de indudable utilidad pública y, además, porque de acuerdo al mandato de la norma antes descrita, está prohibido todo tipo de construcción dentro de esa servidumbre vial.

Recientemente el Órgano Legislativo aprobó la ley 6 de 1 de febrero de 2006, con el objeto de establecer el marco regulador del ordenamiento territorial para el desarrollo urbano. Esta disposición define en su artículo 5.14 el concepto de "servidumbre pública" refiriéndose a ésta como la franja territorial de uso público destinada al mantenimiento y a la protección de playas, ríos, quebradas, desagües sanitarios y pluviales, energía eléctrica, aguas potables, telecomunicaciones y vías de comunicación, imponiéndose al Estado el deber de velar por la protección de la integridad

del espacio público y por su destinación al uso común, el cual, conforme lo prevé tal disposición prevalece sobre el interés particular.

En este mismo sentido la referida excerpta define el concepto "espacio público" como el conjunto de inmuebles y elementos arquitectónicos y naturales públicos, destinados por su naturaleza, uso o afectación a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas, y como "espacios públicos protegidos por el Estado", a los bienes de su propiedad, entre otros, las servidumbres y, en general, todos los bienes públicos existentes o proyectados, en los que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente, y que constituyan, por consiguiente, zonas para el uso o disfrute colectivo. (Cfr. artículos 5.6; 27, 28.5 y 28.6) (subrayado nuestro)

Por ello, estimamos que la alegada infracción de las disposiciones legales invocadas por la accionante pierde eficacia y relevancia frente a las circunstancias que se presentan en la servidumbre que ella ocupa ilegítimamente que son: la utilidad pública de las obras que debe construir el Estado dentro de esta servidumbre, y su creación o establecimiento por mandato legal.

Dentro de este contexto adquiere relevancia lo indicado por el ministro de Obras Públicas en la parte pertinente de su informe de conducta, consultable a foja 176 del expediente judicial, en cuanto a que, cito: "Las medidas y linderos de la finca 53998 indican claramente que colinda al Sur con la Carretera Boyd Roosevelt (Carretera Transístmica) y mide 76 metros, lo que conforme al plano aportado por Midfield

Associates, S.A., se cumple; sin embargo, como ya lo indicamos, en campo no se refleja dicha situación, toda vez que, al realizar el levantamiento existe un área de 686.30 m2 de invasión a la servidumbre vial existente y en ella se encuentra la garita de seguridad y el muro que limita la propiedad, por lo que lo plasmado en los planos, no se encuentra acorde con lo que físicamente encontramos al inspeccionar el área", lo que deja claro, conforme lo observa esta Procuraduría que se comprobó en campo la afectación de la servidumbre legal constituida a ambos lados de la carretera transístmica Boyd-Roosevelt. (subrayado nuestro)

Si bien la resolución de gabinete 135 de 14 de noviembre de 2007 que exceptuó al Ministerio de Obras Públicas del procedimiento de selección de contratista para la construcción de las obras amparadas por el contrato AL-1-164-07 y emitió concepto favorable al mismo, dispuso que entraría a regir a partir de su aprobación, y que la misma fue publicada en la gaceta oficial digital 25922 del lunes 19 de noviembre de 2007, (cfr. fojas 153 a 156 del expediente judicial), en modo alguno violenta el orden legal vigente en el país en materia de contratación pública, ya que la ley 22 de 27 de junio de 2006, bajo la cual se celebró el acto público de selección de contratistas convocado por el Ministerio de Obras Públicas para la construcción de las mencionadas obras, no exige la publicación en la gaceta oficial de este tipo de resolución y, por lo tanto, no erige en causal de nulidad absoluta ni relativa su no publicación.

La exigencia de publicación en la gaceta oficial de ciertos actos administrativos de acuerdo al artículo 46 de la ley 38 de 2000, está condicionada a que éstos tengan efecto general, pero en el caso que nos ocupa, la resolución 135 de 14 de noviembre de 2007, expedida por el Consejo de Gabinete, constituyó un acto preparatorio exigido por la ley de contratación pública para poder contratar directamente la ejecución de las obras proyectadas y para autorizar la celebración final del contrato respectivo. No obstante, como hemos expresado, la citada resolución fue publicada en la gaceta oficial digital 25922 de lunes 19 de noviembre de 2007, tan solo cinco (5) días calendario después de su adopción.

Sobre los efectos de la no publicación de los actos administrativos en la gaceta oficial, esta Sala en sentencia de 2 de septiembre de 2008, en lo medular, ha expresado:

“El acto administrativo objeto de demanda es la Resolución No. 396 de 31 de marzo de 2005, por la cual el Director Médico del Patronato del Hospital del Niño resuelve suspender del cargo, sin derecho a percibir salario, por el término de cinco (5) días a CARMEN BAÉZ DE ULLOA. (F. 1 del expediente)

El apoderado legal de la doctora BÁEZ DE ULLOA estima que la resolución impugnada, viola los artículos 46; 52, numeral 4 y 54 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, que a la letra disponen:

‘Artículo 46: ...

Los decretos, resoluciones y demás actos administrativos reglamentarios o aquellos que contengan normas de efecto general, sólo serán aplicables desde su promulgación en la Gaceta Oficial,

salvo que el instrumento respectivo establezca para su vigencia fecha posterior.'

...

...

La parte actora motiva la infracción de esta norma, en que la disposición de carácter reglamentario que sirvió de sustento para sancionar a la doctora BÁEZ DE ULLOA no había sido publicado en la Gaceta Oficial, y por ello no había surgido a la vida jurídica.

...

Observa la Sala, que el texto del Reglamento Interno de Personal del Hospital del Niño, no forma parte del contenido de la Resolución No. 375 de 2005, pero el mismo fue publicado posteriormente, en la Gaceta Oficial 25749 de 14 de marzo de 2007, a través de la Resolución No. 553 de 31 de enero de 2007.

...

Adicionalmente hay que tener en cuenta los artículos 53 y 201 de esta misma Ley, en los que se establece que los actos anulables son aquellos viciados de nulidad relativa y que la convalidación de los mismos tiene efectos retroactivos:

"Artículo 201. Los siguientes términos utilizados en esta Ley y sus reglamentos, deberán ser entendidos conforme a este glosario:

1....

28. Convalidación: Hacer válido lo que no era. Acto jurídico por el cual se torna eficaz un acto administrativo que estaba viciado de nulidad relativa; de allí que no son convalidables o subsanables aquellos actos atacados por una causa de nulidad absoluta. Con la convalidación o saneamiento, se procura economía procesal y que la parte útil del acto administrativo no se deseche por la inútil; produce efectos retroactivos, pero sin perjuicio de los derechos de terceros que tal vez hayan adquirido durante la vigencia del acto convalidado o saneado.' (El subrayado es de la Sala)

Siendo que la falta de promulgación del contenido del Reglamento Interno del Hospital del Niño no comprende ninguno de los supuestos de nulidad absoluta previstos en el artículo 52 de la Ley 38 de 2000, la omisión incurrida puede ser convalidada, y por ello, su publicación en la Gaceta Oficial 25749 de 14 de marzo de 2007, lo reviste de la vigencia y eficacia jurídica requerida.

..." (subrayado parcialmente nuestro)

De acuerdo con las disposiciones legales que regulan esta materia, ninguna persona, natural o jurídica, puede reclamar derechos particulares sobre áreas de servidumbres que ilegítimamente haya ocupado bajo la argumentación de que cuenta con los permisos de construcción y ocupación expedidos por las autoridades correspondientes, puesto que las servidumbres viales, como la establecida a ambos lados de la carretera transístmica Boyd-Roosevelt, tienen por objeto la utilidad pública, de ahí que el Estado tiene el deber de velar por su protección e integridad por su destinación al uso común, así como el consiguiente deber de proteger el interés público, el cual tiene que prevalecer sobre el interés particular. (Cfr. artículos 5.6; 27, 28.5 y 28.6) (subrayado nuestro)

Por consiguiente, es evidente para este Despacho que no se han producido las infracciones que, según la demandante, cometió el Ministerio de Obras Públicas al emitir la resolución demandada. Por el contrario, es indiscutible que su decisión halla pleno sustento en lo dispuesto en las normas jurídicas que regulan la protección y conservación de las servidumbres viales vigentes a la fecha del inicio de la

construcción de las obras públicas consistentes en los pasos vehiculares y los retornos a nivel, en las carreteras mencionadas.

Debido a las consideraciones que preceden, solicitamos respetuosamente a los Honorables Magistrados que integran la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, declarar que **NO ES NULA, POR ILEGAL** la resolución 035-09 del 7 de mayo de 2009, emitida por el Ministerio de Obras Públicas, y en consecuencia, se nieguen las pretensiones de la parte actora.

IV. Pruebas.

Aducimos el expediente administrativo relativo al presente caso, el cual debe reposar en el Ministerio de Obras Públicas, la Autoridad Nacional del Ambiente, cuya copia auténtica pedimos le sea requerida para que obre como prueba en este proceso.

Objetamos las presentadas y aducidas por la parte actora.

V. Derecho. Negamos el invocado en la demanda.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Nelson Rojas Avila
Secretario General