

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 484

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 22 de diciembre de 2005

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

La firma Patton Moreno & Asvat, en representación de **Luna Brillante, S.A.**, para que se declare nula, por ilegal, la Resolución Núm. 160 de 22 de octubre de 2004, dictada por el **Ministerio de Economía y Finanzas**, el acto confirmatorio y para que se hagan otras declaraciones.

**Contestación
de la demanda.**

Honorable Magistrado Presidente de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia.

Acudo ante Usted con la finalidad de contestar la Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción enunciada en el margen superior, de conformidad con el artículo 5, numeral 2 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000.

I. Los hechos en los que se fundamenta la demanda, se contestan de la siguiente manera:

Primero: No es un hecho como se expone; por tanto, se niega, (foja 1 del expediente administrativo).

Segundo: Es cierto; por tanto, se acepta, (foja 7 del expediente administrativo).

Tercero: Es cierto; por tanto, se acepta, (foja 22 del expediente administrativo).

Cuarto: Es cierto; por tanto, se acepta, (fojas 25 a 30 del expediente administrativo).

Quinto: Es cierto; por tanto, se acepta, (foja 38 del expediente administrativo).

Sexto: Es cierto; por tanto, se acepta, (foja 39 del expediente administrativo).

Séptimo: Es cierto; por tanto, se acepta, (fojas 52 y 53 del expediente administrativo).

Octavo: Es cierto; por tanto, se acepta, (foja 57 del expediente administrativo).

Noveno: Es cierto; por tanto, se acepta, (foja 58 del expediente administrativo).

Décimo: Es cierto; por tanto, se acepta, (fojas 60 y 61 del expediente administrativo).

Undécimo: Es cierto; por tanto, se acepta, (foja 67 del expediente administrativo).

Duodécimo: Es cierto; por tanto, se acepta, (foja 69 del expediente administrativo).

Décimo Tercero: Es cierto; por tanto, se acepta, (fojas 1 y 2 del expediente judicial).

Décimo Cuarto: Es cierto; por tanto, se acepta, (fojas 130 a 134 del expediente administrativo).

Décimo Quinto: Es cierto; por tanto, se acepta, (fojas 3 a 5 del expediente judicial).

II. Normas que se dicen infringidas y los conceptos de las supuestas violaciones.

1. Artículo 2, numeral 2, de la Ley 35 de 29 de enero de 1963, modificado y adicionado por el artículo 16 de la Ley 36 de 6 de julio de 1995, conforme al cual, el Órgano Ejecutivo, a través del Ministerio de Hacienda y Tesoro (actual

Ministerio de Economía y Finanzas) puede, mediante contrato de concesión, permitir a personas naturales o jurídicas, la ocupación de playas para usos especiales, entre los que figura la construcción de rampas para fines de atracción turística.

En la opinión del apoderado judicial de la sociedad demandante, el acto acusado de ilegal, al igual que el acto confirmatorio, infringen dicha norma en concepto de violación directa por comisión, al negar la solicitud de concesión petitionada, fundándose "única y exclusivamente" en que el proyecto no es de orden público o interés social, desconociendo que se trata de una obra de atracción turística que, por tanto, se conforma al supuesto previsto en el numeral 2 del artículo 1, en referencia.

2. Artículo 1-A de la Ley 35 de 29 de enero de 1963, modificado y adicionado por el artículo 17 de la Ley 36 de 6 de julio de 1995, el cual dispone que la ocupación y utilización de playas, riberas y fondos de mar, sin la autorización expresa del Ministerio de Hacienda y Tesoro (actual Ministerio de Economía y Finanzas) o de la Autoridad Portuaria Nacional (actual Autoridad Marítima de Panamá), según corresponda, o sin la formalización del contrato de concesión respectivo, será sancionada con multa equivalente a cinco (5) veces el valor del área ocupada; pudiendo el titular de la institución, además, ordenar la demolición de las obras para restaurar los bienes ilegalmente ocupados a su condición original, o darlos en arrendamiento a sus

ocupantes; esto último, según mejor convenga a los intereses nacionales.

Estima el abogado actor que esta norma ha sido infringida en concepto de violación directa por comisión.

Sostiene el letrado que el Ministerio de Economía y Finanzas no está facultado para imponer términos para la ejecución de sanciones, que no han sido establecidas por ley, razón por la cual -según su apreciación- el acto acusado infringió la norma en cuestión al establecer un término de treinta (30) días hábiles, contados a partir de su notificación, para que su mandante procediera a ejecutar la orden de demolición.

Igualmente -en su opinión- esta norma no faculta al Ministerio de Economía y Finanzas a ordenar la demolición de obras construidas sobre todo tipo de bienes de dominio público, sino únicamente sobre playas, fondos o riberas de mar. Sostiene que la petición de concesión formalizada por su mandante recaía sobre un "globo de terreno" preexistente, no utilizado por la empresa, razón por la cual -en su criterio- la entidad demandada no podía ordenarle demoler el relleno, (crf. fojas 91 a 93 del expediente judicial).

3. Artículo 1, penúltimo párrafo, de la Ley 35 de 29 de enero de 1963, modificado y adicionado por el artículo 16 de la Ley 36 de 6 de julio de 1995, el cual dispone que el Ministerio de Hacienda y Tesoro (actual Ministerio de Economía y Finanzas), al tramitar las solicitudes de concesión, de acuerdo con su naturaleza, consultará y coordinará con el Instituto Nacional de Recursos Naturales

Renovables (actual Autoridad Nacional del Ambiente), o con otras entidades públicas.

En la opinión del abogado actor, esta norma ha sido violada en concepto de violación directa por comisión, toda vez que -según su apreciación- la entidad demandada, a pesar de haber consultado a las entidades públicas pertinentes, no efectuó una labor de coordinación con la Autoridad Nacional del Ambiente, ni con el Instituto Panameño de Turismo, sustentando su actuación en un poder discrecional, a su juicio inexistente, (crf. fojas 93 a 95 del expediente judicial).

4. Artículo 34 del Decreto Ejecutivo 205 de 28 de diciembre de 2000, "Por el cual se aprueba el Plan de Desarrollo Urbano de la Áreas Metropolitanas del Pacífico y del Atlántico, adscrito a la Dirección de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda y su Reglamento General", norma que deroga en todas sus partes las disposiciones legales y reglamentarias contrarias a lo dispuesto en dicho Decreto.

Señala el abogado actor que dicha norma ha sido infringida en concepto de violación directa por comisión, por haberse sustentado los actos acusados de ilegales, en la "equivoca vigencia de la Resolución No. 124-94 de 18 de agosto de 1994, expedida por el Ministerio de Vivienda, por la cual se declara como zona restringida el área del litoral en el inicio de la Avenida de los Poetas, incluyendo el Casco Viejo, hasta la desembocadura del Río Abajo.", (crf. fojas 95 y 96 del expediente judicial).

5. Artículo 34 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, que dispone que las actuaciones administrativas en todas las entidades públicas se efectuarán sin menoscabo del Debido Proceso Legal.

En la opinión del apoderado judicial de la sociedad demandante, esta norma ha sido infringida en concepto de violación directa por comisión, con sustento en los mismos cargos de infracción esgrimidos en los apartes II(2), II(3) y II(4), del presente escrito, por lo que nos abstenemos de transcribirlos.

Adicionalmente, indica que no constan en el expediente la totalidad de los folios que lo componen; y que el acto confirmatorio mantiene la sanción, a pesar de ordenar el archivo del expediente y remisión de la actuación a la Dirección de Catastro y Bienes Patrimoniales, (cfr. foja 96 a 98 del expediente judicial).

6. Artículo 47 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, que prohíbe establecer requisitos o trámites no previstos en la ley y los reglamentos.

El apoderado judicial de la sociedad demandante sustenta este cargo de infracción esgrimiendo los mismos argumentos señalados en el párrafo II(5), salvo lo indicado en el aparte II(2), por lo que nos abstenemos de transcribirlos, (cfr. foja 98 a 99 del expediente judicial).

7. Artículo 52, numeral 4, de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, al tenor del cual, se incurre en vicio de nulidad absoluta en los actos administrativos, cuando son dictados con prescindencia absoluta u omisión de trámites

fundamentales, que impliquen violación del Debido Proceso Legal.

En sustento de este cargo de infracción, el abogado actor cita textualmente los mismos argumentos que esgrimió para sustentar los cargos señalados en el aparte II(5), por lo que nos abstenemos de transcribirlos, (cfr. foja 99 a 100 del expediente judicial).

8. Artículo 69 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, de conformidad con el cual toda actuación administrativa deberá constar por escrito y agregarse al expediente respectivo, con excepción de aquella de carácter verbal autorizada por la ley.

Señala el abogado actor, que esta norma ha sido infringida en concepto de violación directa por comisión; sin embargo, no explica cómo, (cfr. fojas 100 a 102 del expediente judicial).

9. Artículo 3 de la Ley 8 de 1994, que declara el turismo "industria de utilidad pública e interés nacional".

En la opinión del abogado actor, la Resolución 160 de 22 de octubre de 2004 y su acto confirmatorio infringen esta norma en concepto de violación directa por comisión, al contemplar, entre los motivos que la sustentan, que la construcción de la vía de acceso (rampa) al CENTRO TURÍSTICO INTERNACIONAL MULTICENTRO, objeto de la solicitud de concesión, no es una obra de orden público e interés social, (cfr. fojas 102 a 104 del expediente judicial).

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

Los cargos de ilegalidad, agrupados según su conexidad, se contestan de la siguiente manera:

1. Sobre los cargos de infracción del artículo 1-A de la Ley 35 de 29 de enero de 1963, modificado y adicionado por el artículo 17 de la Ley 36 de 6 de julio de 1995; y del artículo 3, de la Ley 8 de 14 de junio de 1994.

Consta de foja 1 a 2 del expediente judicial, copia auténtica de la Resolución 160 de 22 de octubre de 2004, dictada por el Ministro de Economía y Finanzas, por la cual se resuelve negar por improcedente la petición presentada por la sociedad Luna Brillante, S.A., para obtener la concesión de un lote de terreno baldío con una cabida superficiaria de 8,743 mts², ubicado en la Avenida Balboa, con la finalidad de construir una vía de acceso (rampa) al Centro Turístico Internacional Multicentro, notificada personalmente a la sociedad demandante, el 29 de octubre de 2004 (f. 2, reverso, del expediente judicial).

La lectura de la parte motiva de esta resolución permite constatar, entre los varios motivos que la sustentan, que el proyecto a realizar no es de orden público ni interés social; lo que, a juicio del abogado actor, infringe el numeral 2, del artículo 1, de la Ley 35 de 1963.

Si bien la construcción de rampas para fines de atracción turística, constituye un uso especial de área de playa susceptible de concesión, al tenor del artículo 1, literal b, del Decreto 58 de 3 de abril de 1964, que

reglamenta la Ley 35 de 29 de enero de 1963, el otorgamiento de la concesión, está condicionado, entre otros requisitos, a la justificación de "... los beneficios que redundarán en bien de la Nación y de la comunidad".

En el caso bajo estudio, lo que se pretendía construir era una obra de infraestructura vial, consistente en un paso vehicular, para permitir el acceso directo, expedito y exclusivo de vehículos hacia las instalaciones del centro comercial Multicentro, privilegiando a un grupo económico específico (la sociedad Luna Brillante, S.A.), en perjuicio de otros agentes económicos y sociales, toda vez que dicho proyecto no ofrecía alternativas de acceso a otras facilidades de esparcimiento o redes viales aledañas, en términos que realmente condujeran al desarrollo del turismo en el área.

Con sustento en lo indicado, queda claro que el abogado actor se contradice al señalar también como violado, el artículo 3 de la Ley 8 de 14 de junio de 1994, (cfr. foja 22 a 24 del expediente judicial), "Por la cual se promueven las actividades turísticas en la República de Panamá", cuyo tenor es el siguiente:

"Artículo 3: Se declara al turismo una industria de utilidad pública y de interés nacional."

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, al precisar el alcance del término "utilidad pública" ha señalado en reiteradas ocasiones que el mismo se asimila al concepto de "interés social". En este sentido mediante fallo de 9 de mayo de 1994 indicó:

“En lo anteriormente expuesto encontramos que tanto la doctrina nacional como la extranjera y nuestra jurisprudencia, utilizan los términos ‘utilidad pública’ e ‘interés social’ e -sic- indistintamente. **Claro está que es cuando la obra a ejecutar sea en beneficio, provecho o comodidad de la sociedad, y no como pretende el actor, quien solicita que el sentido que se le dé al término ‘utilidad pública’ sea restrictivo y sin tener en cuenta que la obra a realizar es para satisfacer a la comunidad.** Siendo esto así, no existe motivo alguno para variar lo señalado, por lo que consideramos que se debe denegar la pretensión del actor.” (negrilla nuestra).

Por lo tanto, a pesar que las normas fiscales vigentes prevén la posibilidad de otorgar en concesión áreas de playa a favor de particulares, para la construcción de infraestructuras de interés turístico, la entidad concedente conserva la facultad de decidir si otorga la concesión, tomando en cuenta no sólo el cumplimiento de este presupuesto, sino también si la inversión turística favorece el interés colectivo.

2. Cargo de infracción del artículo 1-A de la Ley 35 de 29 de enero de 1963, modificado y adicionado por el artículo 17 de la Ley 36 de 6 de julio de 1995.

El artículo 17 de la Ley 36 de 6 de julio de 1995 señala:

“Artículo 17. Adicionase el Artículo 1-A a la Ley 35 de 1963 así:

Artículo 1-A: La ocupación y utilización de las playas, riberas y fondos de mar sin la autorización expresa del Ministerio de Hacienda y Tesoro, o de la Autoridad Portuaria Nacional, según corresponda, o sin la formalización del contrato de concesión

conforme al artículo anterior, será sancionada con multa equivalente a cinco (5) veces el valor del área ocupada, según avalúo conforme lo dispone el Código Fiscal, sin que en ningún caso pueda ser inferior a cinco mil balboas (B/.5,000.00). El Ministerio de Hacienda y Tesoro o la Autoridad Portuaria Nacional, según corresponda, podrá ordenar la demolición de las obras realizadas en los bienes antes expresados, restaurándolos a su condición original, o arrendarlos a sus ocupantes, según convenga a los intereses públicos."

La norma citada expresamente faculta al Ministerio de Hacienda y Tesoro (actual Ministerio de Economía y Finanzas) para sancionar, con carácter imperativo y, por tanto, no discrecional, la ocupación y utilización ilegal de áreas de playas, riberas y fondos de mar, con pena principal de multa, fijada conforme establece la propia ley. Igualmente le confiere facultad discrecional reglada, para imponer pena accesoria de demolición de las obras ilegalmente realizadas, o bien arrendarlas a sus ocupantes, según mejor convenga a los intereses públicos.

En el presente caso, el informe de análisis e inspección ocular fechado 22 de julio de 2003, visible a foja 19 del expediente administrativo, emitido por el Departamento de Avalúos de la Dirección de Catastro y Bienes Patrimoniales, señala claramente que el lote solicitado en concesión por la sociedad Luna Brillante, S.A., con una superficie de 8,743.68 m², sería utilizado para construir un relleno de ribera y fondo de mar, ubicado en la Avenida Balboa, conforme al plano no aprobado adjuntado. Si bien dicho informe, señala que a la fecha de su emisión, aún no se había realizado ningún tipo

de relleno, es un hecho notorio que la sociedad Luna Brillante, S.A., ocupó sin autorización de las autoridades competentes el globo de terreno sobre el cual recaía su solicitud de concesión, y que realizó sobre el mismo el relleno que el acto atacado le ordenó demoler. Es igualmente notorio que dicho relleno fue construido sobre un área de playa que se inunda por las altas mareas, lo que configura el presupuesto establecido por el citado artículo 1-A de la Ley 35 de 29 de enero de 1963, razón por la cual, la entidad demandada tenía plena facultad legal para ordenar la demolición del relleno en cuestión.

Como se puede apreciar, la norma en referencia no establece límites temporales para la ejecución de la sanción, razón por la cual, en el caso bajo estudio, si la entidad demandada no hubiere dispuesto un término para su cumplimiento, habría tenido que ejecutarse de manera inmediata, toda vez que al tenor de lo dispuesto por el artículo 46 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, las órdenes y demás actos administrativos en firme "... tienen fuerza obligatoria inmediata, y serán aplicados mientras sus efectos no sean suspendidos, no se declaren contrarios a la Constitución Política, a la ley o a los reglamentos generales por los tribunales competentes."

No obstante, en el caso que nos ocupa, la autoridad demandada, fundada en claros motivos de racionalidad técnica, dispuso fijar un término de 30 días hábiles para la ejecución de la sanción, actuación que cuenta con pleno respaldo legal de conformidad con el artículo 510(500) del Código Judicial,

en concordancia con el segundo párrafo del artículo 202 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000. El artículo 510(500) del Código Judicial prevé que cuando la ley no haya establecido los términos, el juez los fijará, de acuerdo con la naturaleza del proceso y la importancia del acto o diligencia, procurando que no exceda lo necesario para los fines consiguientes; el artículo 202 de la Ley 38 de 2000, por su parte, hace viable la aplicación supletoria de esta disposición del Código Judicial, para llenar el vacío legal existente, en cuanto sea compatible con la naturaleza del procedimiento administrativo en cuestión.

3. Cargos de infracción del artículo 1, penúltimo párrafo, de la Ley 35 de 29 de enero de 1963, modificado y adicionado por el artículo 16 de la Ley 36 de 6 de julio de 1995; y del artículo 34 del Decreto Ejecutivo 205 de 28 de diciembre de 2000.

En relación al cargo de infracción del penúltimo párrafo del artículo 1 de la Ley 35 de 29 de enero de 1963, conforme fue modificado y adicionado por el artículo 16 de la Ley 36 de 6 de julio de 1995, se observa que el abogado actor no aportó prueba idónea que certifique que el Ministerio de Economía y Finanzas, al tramitar la solicitud de concesión, hubiere faltado a su deber de coordinar con la Autoridad Nacional del Ambiente y demás entidades públicas relacionadas, para determinar la viabilidad de la concesión, toda vez que ninguna de las pruebas aportadas por el letrado certifica que no se llevaron a cabo las reuniones técnicas

del caso, o que no se establecieron los enlaces técnicos de coordinación pertinentes, etc.

Sobre la supuesta infracción del artículo 34 del Decreto Ejecutivo 205 de 28 de diciembre de 2000, debemos señalar que dicho Decreto define, en su artículo 3, numeral 1 como "áreas especiales", aquellas "zonas que requieren de estudios más detallados para asegurar que el carácter y la función del desarrollo futuro, sean compatibles con el resto del área del Plan Metropolitano." Al tenor del artículo 13, "el litoral", que abarca las "... fronteras litorales de las ciudades de Panamá y Colón, los lagos y el Canal", está calificado como un área especial. Conforme a esta norma, **las áreas especiales ameritan un tratamiento por separado dentro del Plan de desarrollo urbano local metropolitano y dispondrán de planes y normas especiales.**

Por esta razón, mal podría estimarse que el artículo 34 del Decreto Ejecutivo 205 de 28 de diciembre de 2000, que dispone derogar todas las disposiciones legales y reglamentarias que le sean contrarias, afecta la vigencia de la Resolución 124-94 de 18 de agosto de 1994, "Por la cual se reglamenta el uso del litoral", ya que ésta no contradice lo dispuesto por el referido Decreto y es, además, norma especial en lo que respecta al uso del litoral.

En abono a lo indicado, cabe señalar que la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, aún luego de haber entrado en vigor el Decreto Ejecutivo 205 de 28 de diciembre de 2000, reconoció la vigencia de la Resolución 124-94 de 18 de agosto de 1994, mediante Auto de 23 de julio de 2003, por el cual

señaló: "Como al examinar los cargos de ilegalidad que se formulan contra el acto impugnado se observan violaciones ostensibles al artículo 3 de la Resolución 124-94 de 18 de agosto de 1994, la Sala considera que debe accederse a la solicitud presentada,..."

Por tanto, están vigentes las normas reglamentarias contenidas en la Resolución 124-04 de 18 de agosto de 1994, que declaran zona restringida "... el área del litoral, comprendida desde el inicio de la Ave. de los Poetas, incluyendo el Casco Viejo hasta la desembocadura del Río Abajo;" (artículo primero) y prohíben las construcciones que obstruyan la vista de la bahía, dentro del perímetro del área del litoral (artículo segundo).

4. Cargo de violación de los artículos 34, 47, 52 numeral 4, y 69 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000.

Sostiene el abogado actor, que el acto acusado de ilegal fue dictado con prescindencia absoluta de trámites fundamentales y que la autoridad estableció procedimientos no previstos en la ley. En tal sentido, aduce supuesta fijación ilegal de un término de 30 días para el cumplimiento de la sanción; incumplimiento por parte de la entidad demandada de su deber de coordinación; sustentación del acto acusado en una Resolución del Ministerio de Vivienda, supuestamente derogada (Resolución 124-04 de 18 de agosto de 1994); que no constan en el expediente la totalidad de los folios que lo componen y que la entidad demandada faltó al Debido Proceso de Ley por haber mantenido las sanciones impuestas, ordenado el archivo del expediente y remitido la

actuación correspondiente a la Dirección de Catastro y Bienes Patrimoniales, a través del acto confirmatorio (Resolución 188 de 30 de noviembre de 2004).

En cuanto a la supuesta ilegalidad del término de 30 días fijado por el Ministerio de Economía y Finanzas, para que Luna Brillante, S.A., diera cumplimiento de la sanción impuesta, como hemos explicado, dicho término se sustenta en lo dispuesto por el artículo 510(500) del Código Judicial, en concordancia con el segundo párrafo del artículo 202 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000.

En cuanto a la supuesta insubsistencia del Decreto Ejecutivo 205 de 28 de diciembre de 2000, "Por la cual se reglamenta el uso del litoral", como hemos indicado, dicha Resolución no fue afectada por el artículo 34 del Decreto Ejecutivo 205 de 28 de diciembre de 2000, por lo que se encuentra vigente.

Sobre la afirmación de que no constan en el expediente la totalidad de los folios que lo componen, debemos señalar que dicho cargo no ha sido probado por el abogado actor, toda vez que no aportó copia debidamente autenticada de las Resoluciones 205 y 206 de 29 de octubre de 2003, las cuales, según afirma no constan en el expediente principal.

Por último, en cuanto al cargo de violación del Debido Proceso, por haber el Ministerio de Economía y Finanzas mantenido las sanciones impuestas, ordenado el archivo del expediente y remitido la actuación correspondiente a la Dirección de Catastro y Bienes Patrimoniales, al dictar el acto confirmatorio, cabe señalar que el abogado actor se

limitó a mencionarlo en el libelo de la demanda, sin explicar los motivos por los cuales estima se cometió el aducido cargo de infracción.

Por consiguiente, solicitamos a los Honorables Magistrados declarar que NO ES ILEGAL la Resolución Núm. 160 de 22 de octubre de 2004, dictada por el **Ministerio de Economía y Finanzas** y se sirvan denegar las pretensiones de la sociedad demandante.

III. Pruebas.

Oportunamente aduciremos y aportaremos las pruebas que estimemos pertinentes y conducentes.

IV. Derecho:

Negamos el derecho invocado en la demanda.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Oscar Ceville
Procurador de la Administración

OC/1031/mcs

Alina Vergara de Chérigo
Secretaria General, a.i.