

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 793

Panamá, 25 de julio de 2017

**Proceso Contencioso
Administrativo de Nulidad.**

**Alegato de Conclusión
(Concepto de la Procuraduría
de la Administración).**

El Licenciado **Luis Carlos Lezcano Navarro**, actuando en su propio nombre y representación, solicita que se declaren nulas, por ilegales, las cláusulas primera y segunda del Contrato de Concesión A-2010-13 de 3 de octubre de 2013, suscrito entre la **Autoridad Marítima de Panamá y Petrocar, S.A.**, publicado en la Gaceta Oficial 27,400 de 22 de octubre de 2013.

Honorable 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 61 de la Ley 135 de 1943, modificado por el artículo 39 de la Ley 33 de 1946, para presentar en tiempo oportuno el alegato de conclusión de la Procuraduría de la Administración dentro del proceso contencioso administrativo descrito en el margen superior.

I. Acto acusado.

En la Vista Fiscal 259 de 6 de marzo de 2017, este Despacho precisó que en el negocio jurídico bajo examen, la demanda de nulidad interpuesta por el Licenciado **Luis Carlos Lezcano Navarro**, actuando en su propio nombre y representación, busca que se declaren nulas, por ilegales, las cláusulas primera y segunda del Contrato de Concesión A-2010-13 de 3 de octubre de 2013, suscrito entre la **Autoridad Marítima de Panamá y Petrocar, S.A.**, publicado en la Gaceta Oficial 27,400 de 22 de octubre de 2013, las cuales son del tenor siguiente:

“PRIMERO: LA AUTORIDAD otorga en concesión a LA CONCESIONARIA, sujeto al refrendo de la Contraloría General de la República de Panamá, un área de fondo de mar con una superficie total de 670.56 m², ubicados en la entrada del Muelle Fiscal de Chiriquí Grande, Corregimiento de Chiriquí Grande, Distrito de Chiriquí Grande, Provincia de Bocas del Toro.

En el área se describe a continuación:

Partiendo del punto 1, con Coordenadas Norte 989369.238 y Este 377325.979 se mide una Distancia de 14.899 m con Rumbo S 10° 44' 18" E, para llegar al punto 2.

Partiendo del punto 2, con Coordenadas Norte 989354.600 y Este 377328.746 se mide una Distancia de 26297 m con Rumbo 83° 28' 33" E, para llegar al punto 3.

Partiendo del punto 3, con Coordenadas Norte 989357.588 y Este 377354.873 se mide una Distancia de 30.450 m con Rumbo N 8° 12' 12" W, para llegar al punto 4.

Partiendo del punto 4, con Coordenadas Norte 989387.727 y Este 377350.529 se mide una Distancia de 17.702 m con Rumbo S 81° 47' 48" W, para llegar al punto 5.

Partiendo del punto 5, con Coordenadas Norte 989385.201 y Este 377333.007 se mide una Distancia de 14.930 m con Rumbo S 6° 40' 10" E, para llegar al punto 6.

Partiendo del punto 6, con Coordenadas Norte 989370.372 y Este 377334.741 se mide una Distancia de 8.844 m con Rumbo S 82° 37' 59", para llegar al punto 1.

SEGUNDO: EL área otorgada en concesión a LA CONCECIONARIA será utilizada para operar una estación para la venta de combustible y construir un depósito de mercancía seca.

PARAGRAFO I: Cuando LA CONCECIONARIA desee dedicarse a otras actividades complementarias o que tengan relación con las originalmente autorizadas, solicitará a LA AUTORIDAD el permiso correspondiente para las nuevas actividades."

II. Antecedentes

Según advertimos en la Vista Fiscal antes indicada, el 9 de julio de 2010, la sociedad Petrocar, S.A., por conducto de su apoderado judicial, solicitó a la Autoridad Marítima de Panamá, S.A., una concesión de un área de fondo de mar, con una superficie de seiscientos setenta metros con cincuenta decímetros cuadrados (670.50 mts²), localizada en la entrada del muelle fiscal de Chiriquí Grande, distrito y corregimiento del mismo nombre, provincia de Bocas del Toro, con la finalidad de operar una estación de expendio de combustible (Cfr. foja 42 del expediente judicial y 1 del expediente administrativo).

También manifestamos en aquella oportunidad que la empresa antes mencionada, por conducto de su apoderado judicial, presentó un escrito modificando su solicitud original, en

el sentido de precisar que la misma tenía como finalidad la construcción de un muelle y un local para el expendio de combustible y, en el resto del perímetro, construir una estructura para el depósito de mercancías (Cfr. foja 42 del expediente judicial y 13 del expediente administrativo).

Al respecto, una vez culminado el trámite de rigor y de subsanar algunas deficiencias, el entonces Administrador de la Autoridad Marítima de Panamá a través de la Resolución ADM-Co. 016-2013 de 9 de julio de 2013, autorizó el otorgamiento de la concesión solicitada por Petrocar, S.A., por el término de 20 años sujeto al refrendo de la Contraloría General de la República (Cfr. foja 44 del expediente judicial y fojas 85 a 89 del expediente administrativo).

En este orden de ideas, mediante Resolución 109-2013 de 11 de julio de 2013, el Administrador de la Autoridad Marítima de Panamá modificó la Resolución ADM-Co. 016-2013 de 9 de julio de 2013, en el sentido que Petrocar, S.A., no podía ceder ni traspasar los derechos y obligaciones del contrato de concesión, ni subarrendar el área concesionada, sin previa autorización de la Autoridad Marítima de Panamá (Cfr. foja 44 del expediente judicial y 90 a 92 del expediente administrativo).

Frente a lo indicado, el Administrador de la Autoridad Marítima de Panamá de ese entonces y Mirza Gutiérrez de Robinson, en su condición de Representante Legal de Petrocar, S.A., suscribieron el Contrato A-2010-13 de 3 de octubre de 2013, cuyo refrendo se produjo el 16 de septiembre de 2013. El referido acuerdo de voluntades fue publicado en la Gaceta Oficial 27,400 de 22 de octubre de 2013 (Cfr. fojas 14 a 19 y 44 del expediente judicial y fojas 112 a 122 del expediente administrativo).

En tal sentido, 5 de julio de 2016, el Licenciado Luis Carlos Lezcano Navarro actuando en su propio nombre y representación interpuso en la Sala Tercera una demanda contencioso administrativa de nulidad con la finalidad que se declaren nulas, por ilegales, las cláusulas primera y segunda del Contrato A-2010-13 de 3 de octubre de 2013, antes descrito (Cfr. fojas 1 a 10 del expediente judicial).

De la demanda antes indicada, la Sala Tercera corrió traslado a la empresa Petrocar, S.A., quien compareció al proceso por conducto de su apoderado judicial oponiéndose a las consideraciones de hecho y de Derecho manifestadas por **Luis Carlos Lezcano** (Cfr. fojas 47 a 51 del expediente judicial).

III. Disposiciones Infringidas

En la Vista 259 de 6 de marzo de 2017 manifestamos que el actor adujo la infracción de las siguientes disposiciones: **a)** el artículo 5 del Reglamento 9 de 24 de marzo de 1974, para el otorgamiento de concesiones, emitido por la anterior Autoridad Portuaria Nacional, modificada por la Resolución J.D 35-2012 de 9 de agosto de 2012, **que dispone que no se otorgarán concesiones ni permisos en áreas de habitual uso o tránsito público;** **b)** El artículo 16 del Decreto Ejecutivo 123 de 14 de agosto de 2009, tal como estaba vigente al momento en que se dieron los hechos, por el cual se reglamenta el Capítulo II del Título IV de la Ley 41 de 1 de julio de 2008, General de Ambiente de la República de Panamá, el cual establece la lista de proyectos, obras u actividades que ingresarán al proceso de Evaluación de Impacto Ambiental, utilizado de referencia, entre otras, la Clasificación Industrial Internacional Uniforme (CIIU) ; **c)** los artículos 34 y 52 (numeral 4) de la Ley 38 de 2000, que establecen los principios que inspiran las actuaciones administrativas y los supuestos en que se incurre en vicios de nulidad absoluta en los actos administrativos, entre éstos, cuando se dicten con prescindencia u omisión absoluta de trámites fundamentales; **d)** el artículo 329 (numeral 1) del Código Civil que, entre los bienes de dominio público establece los destinados al uso público, como los caminos, canales, ríos, torrentes, puertos y puentes construidos por el Estado, las riberas, las playas, radas y otros análogos; y **e)** el artículo 259 de la Constitución Política de la República, según el cual, las concesiones para la explotación del suelo, del subsuelo, de los bosques y para la utilización de agua, de medios de comunicación o transporte y de otras empresas de servicio público, se inspirarán en el bienestar social y el interés público (Cfr. foja 7 del expediente judicial).

Al respecto, en aquella oportunidad indicamos que nos abstenríamos de pronunciarnos sobre los cargos de ilegalidad relativos al artículo 259 de la Constitución Política, puesto que en el **ámbito de la jurisdicción Contencioso Administrativa no deben invocarse como infringidas disposiciones constitucionales, por ser ésta una materia cuyo conocimiento le corresponde privativamente a la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, a la luz de lo que disponen el numeral 1 del artículo 206 del propio Texto Fundamental y el artículo 2554 del Código Judicial.**

IV. Concepto de la Procuraduría de la Administración y actividad probatoria.

1. En esta oportunidad procesal debemos reiterar que el recurrente adujo la infracción del artículo 5 del Reglamento de Concesión de la Autoridad Marítima de Panamá, aprobado mediante el Acuerdo 9-76 y artículo 329 del Código Civil, por el hecho que dicha entidad suscribió un contrato de concesión con la empresa Petrocar, S.A., el cual, en su opinión, no podía llevarse a cabo habida cuenta que incluyó la construcción de un depósito de mercancía en un área de uso público y de tránsito; además, estima que se trata de una zona de dominio público.

También se estimó que las cláusulas impugnadas infringen el artículo 16 del Decreto Ejecutivo 123 de 14 de agosto de 2009 y los artículos 34 y 52 (numeral 4) de la Ley 38 de 2000; puesto que a través de ellas se aprobó la construcción de un depósito de mercancía en un área de fondo de mar, sin que se hubiese elaborado un estudio de impacto ambiental, de ahí que no se haya seguido el debido proceso.

De lo anterior se desprende que los cargos de ilegalidad giraban básicamente en torno a dos (2) aspectos a saber: *1)* que la concesión comprende un área que es de uso y tránsito público; además de constituir una zona de dominio público; y *2)* que por tratarse un área de fondo de mar se requería la elaboración de un estudio de impacto ambiental.

Al respecto, debemos indicar que en aquella oportunidad, manifestamos que con los elementos de prueba aportados hasta ese momento, no era posible hacer un pronunciamiento en torno a la legalidad o no de las cláusulas impugnadas.

En efecto, con anterioridad manifestamos que entre las pruebas suministradas por las partes, **Luis Carlos Lezcano** aportó la copia autenticada de quinientas diecisiete (517) páginas relacionadas con una investigación de índole penal inherentes a una querrela presentada en contra de Roberto J. Linares Tribaldos quien era el Administrador de la Autoridad Marítima de Panamá y en contra de Mirtza Gutiérrez de Robinson quien es la Representante Legal de Petrocar, S.A., querrela que guarda relación con la celebración del Contrato de Concesión A-2010-13 de 3 de octubre de 2013, suscrito entre ambas partes; en tal sentido, advertimos que la última actuación de relevancia en dicho expediente consiste en Auto Vario (Prórroga) N° 11 de 23 de enero de 2015, por medio del cual el Juzgado Décimo Sexto de Circuito Penal, del Primer Circuito Judicial de Panamá, otorgó a la Fiscalía Quinta de Circuito, del Primer Circuito Judicial de Panamá una prórroga, a fin que pudiera concluir la investigación respectiva (Cfr. fojas 511 a 513 del expediente penal aportado por el recurrente).

En relación con dicha prueba en la Vista 259 de 6 marzo de 2017, manifestamos que no existía certeza del resultado de dicho proceso y su relación directa con el negocio jurídico en estudio.

2. Actividad Probatoria.

Mediante el Auto de Pruebas 165 de 15 de mayo de 2017, la Sala Tercera admitió una serie de pruebas documentales propuestas por el actor junto a su demanda, relacionadas a la Gaceta Oficial 27400 de 22 de octubre de 2013, que contiene el contrato cuyas cláusulas primera y segunda han sido impugnadas; copias de un oficio, de una inspección ocular y del expediente de naturaleza penal al que nos referimos con anterioridad.

Con relación a esta última prueba documental debemos advertir que en la etapa de nuevas pruebas el recurrente **no aportó nuevos elementos de juicio en relación al estatus del proceso penal cuya copia había aportado en la demanda.**

Por otra parte, entre las pruebas documentales admitidas se encuentran comunicaciones emitidas por la Autoridad Nacional del Ambiente, hoy Ministerio de

Ambiente que indican que la empresa Petrocar, S.A., no cuenta con un estudio o algún instrumento de gestión ambiental aprobado para desarrollar el proyecto (Cfr. fojas 79 y 80 del expediente judicial).

Por otra parte, entre las pruebas admitidas cobra relevancia una inspección judicial al área concesionada a la empresa Petrocar, S.A., a fin de determinar aspectos inherentes a la entrada del muelle fiscal, si el área de construcción del depósito de mercancía seca, también constituye un área de tránsito habitual, si la estación de combustible cumple con las normas y principios de protección ambiental y la terminación del área que utiliza Petrocar, S.A., en el muelle fiscal de Chiriquí Grande.

Al respecto, debemos indicar que la inspección judicial se llevó a cabo el 23 de junio de 2017, en el área de concesión a la empresa Petrocar, S.A., y la entrega del informe pericial se fijó para el 11 de julio de 2017, en la Sala Tercera.

En la última fecha descrita, el perito designado por el Tribunal Luis Antonio Caballero Núñez fue el único que entregó el informe inherente a la inspección judicial antes indicada; del referido informe destacan los siguientes aspectos:

-A la pregunta relativa a que si la entrada del Muelle Fiscal de Chiriquí Grande, es área de tránsito de embarcaciones que entran y salen del mencionado muelle, el perito precisó:

“Que en investigaciones realizadas a personas que utilizan el Muelle Fiscal, nos percatamos de que es una zona de tránsito de lanchas que transportan personas con destino a diversas islas, (Ruta de Corregimiento de Bahía Azul, Distrito Cura Pin, Cañaveral, Kantintu, etc. en dicho muelle atracan aproximadamente 50 lanchas diarias, que transportan personas y mercancía a estas diversas comunidades, estableciendo un transporte permanente, así como también realizan viajes especiales a isla Colon a turistas que deseen dichos servicio (sic) el acceso a estas lanchas se realizan por medio de la entrada del Muelle Fiscal de Chiriquí Grande en forma permanente.”

Sobre el particular, en el informe pericial el perito adjuntó fotos que acreditan lo antes indicado.

-En relación a la pregunta en el sentido de si el área de tránsito habitual del depósito de mercancía seca de Petrocar, S.A., constituye área de tránsito habitual, para las embarcaciones que entran y salen de Chiriquí Grande, el perito manifestó lo siguiente:

“Al momento de proceder a realizar la medida de la ubicación del depósito o infraestructura existente del depósito de mercancía, tuvimos que pedir la colaboración de una lancha ubicada cerca de la construcción, percatándonos que se encuentra en el área habitual de tránsito para las embarcaciones que utilizan diariamente el Muelle Fiscal, para transporte de personas y mercancía.”

Cobra relevancia precisar que en el informe sobre el particular, en el perito adjuntó fotos que acreditan lo precisado.

-En relación a la pregunta relativa a determinar si la estación de combustible, propiedad de Petrocar S.A., otorgada mediante Contrato de Concesión A-2010-13 de 3 de octubre de 2013, cumple con las normas y principios de protección ambiental, el perito precisó lo siguiente:

“Que dentro de las instalaciones del Muelle Fiscal de Chiriquí Grande, se encuentra una estructura que fue utilizada como estación de combustible propiedad de Petrocar, S.A.

Que no cuenta con estudio o algún instrumento de gestión ambiental aprobado para el proyecto, por lo que no cumple con las normas y principios de protección ambiental.”

-En lo concerniente a la determinación del área que utilizaría Petrocar, S.A., en el muelle fiscal de Chiriquí Grande, distrito de Chiriquí Grande, provincia de Bocas del Toro, el perito, entre otras cosas destacó:

“La Autoridad, otorga en concesión a La Concesionaria, un área de fondo de mar... ubicado en la entrada del Muelle Fiscal de Chiriquí Grande, Corregimiento de Chiriquí Grande, Distrito de Chiriquí Grande, Provincia de Bocas del Toro.

...

Dándose esta situación se procedió a determinar el área ubicada en el Muelle Fiscal de Chiriquí Grande, encontrando que existe una estación de combustible que no está en uso, y se está construyendo un depósito sobre el fondo de mar, en el lugar donde transitan embarcaciones de pasajeros y mercancías hacia islas vecinas.”

Del análisis del informe rendido por el perito Luis Antonio Caballero Núñez se desprende lo siguiente:

1. Que la concesión se otorgó en la entrada del muelle fiscal al que hemos hecho referencia en líneas previas;
2. Que el depósito de mercancía que se piensa construir está ubicado en el área habitual de tránsito para las embarcaciones que utilizan diariamente el Muelle Fiscal, para transporte de personas y mercancía; y
3. Que el proyecto a desarrollar por Petrocar, S.A., y en relación al cual se dio la concesión **no cuenta con estudio o algún instrumento de gestión ambiental aprobado para el proyecto, por lo que no cumple con las normas y principios de protección ambiental.**

Frente a lo indicado, consideramos que el recurrente ha acreditado la infracción del artículo 5 del Acuerdo 9 de 24 de marzo de 1974, que establece el reglamento para el otorgamiento de concesiones, modificado por la Resolución J.D 35-2012 de 9 de agosto de 2012, el cual es del tenor siguiente:

“Artículo 5. No se otorgarán concesiones ni permisos en áreas de habitual uso o tránsito público. Para estos efectos podrán solicitarse el parecer de los organismos oficiales correspondientes.” (La negrita es nuestra).

En la situación en estudio ha quedado evidenciado que la concesión incluye áreas que son de habitual tránsito, lo que sin duda implica una infracción a la norma antes indicada.

En consecuencia, igualmente se infringió el numeral 1 del artículo 329 del Código Civil, según el cual son bienes de dominio público *“Los destinados al uso público, como los caminos, canales, ríos, torrentes, puertos y puentes...”*.

Por otra parte, la información documental que reposa en el expediente judicial y lo indicado por el perito en su informe claramente ponen de manifiesto que pese a que la Cláusula Segunda del Contrato de Concesión A-2010-13 de 3 de octubre de 2013, suscrito entre la **Autoridad Marítima de Panamá y Petrocar, S.A.**, expresa que *“El área otorgada en concesión a LA CONCECIONARIA será utilizada para operar una estación para la venta de combustible y construir un depósito de mercancía seca”* la empresa Petrocar, S.A., no **contaba con estudios de impacto ambiental para dichas actividades que sustentaran su**

petición, lo que infringe el artículo 16 del Decreto Ejecutivo 123 de 14 de agosto de 2009, tal como estaba vigente al momento en que se dieron los hechos, el cual establece:

“Artículo 16. La Lista de proyectos, obras o actividades que **ingresarán al proceso de Evaluación de Impacto Ambiental**, utilizando como referencia entre otras, la Clasificación Industrial Internacional Uniforme (Código CIU), que a continuación se detalla:

Sector	Descripción de la Actividad	CIU relacionado
...
Industria de Construcción	Uso de Fondo de Mar	4100
Servicios	Estaciones comerciales expendio de combustible	4100

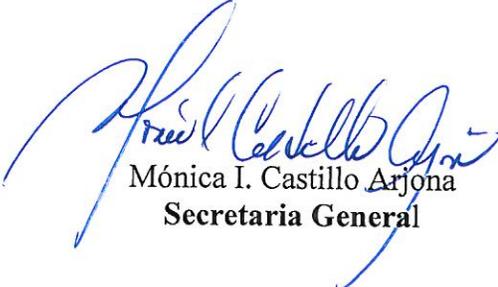
...”

Al respecto, entre las actividades ahí incluidas se encuentran las concesiones sobre fondo de mar y estaciones comerciales de expendio de combustible.

Como consecuencia de todo lo indicado, esta Procuraduría solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **SON ILEGALES** las cláusulas primera y segunda del Contrato de Concesión A-2010-13 de 3 de octubre de 2013, suscrito entre la **Autoridad Marítima de Panamá y Petrocar, S.A.**, publicado en la Gaceta Oficial 27,400 de 22 de octubre de 2013.

Del Honorable Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente 404-16