

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 916

Panamá, 3 de agosto de 2018

**Proceso Contencioso
Administrativo de Nulidad.**

**Concepto de la Procuraduría
de la Administración.**

El Licenciado Efraín Villarreal Arenales, actuando en su propio nombre y representación, solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución 128 de 30 de diciembre de 2016, emitida por el **Ministerio de Comercio e Industrias**, publicada en la Gaceta Oficial 28344-B del 16 de agosto de 2017.

**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 numeral 3 del artículo 5 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, con la finalidad de intervenir en interés de la ley dentro del proceso contencioso administrativo de nulidad descrito en el margen superior.

I. Antecedentes

Mediante la Ley 9 de 28 de febrero de 1997, publicada en la Gaceta Oficial 23,235 de 28 de febrero de 1997, se aprobó, el Contrato de Concesión celebrado entre el Estado y la sociedad Minera Petaquilla, S.A., (hoy Minera Panamá, S.A.) para el ejercicio de los derechos sobre los yacimientos de oro, cobre y otros minerales con un área de concesión total de trece mil seiscientas hectáreas, ubicada en el área conocida como Cerro Petaquilla, en el distrito de Donoso, provincia de Colón, República de Panamá.

Conforme las Resoluciones 2005-175 de 13 de noviembre de 2005, modificada y/o corregida por las Resoluciones 2005-78 de 23 de septiembre de 2005; 163 de 9 de noviembre de 2005; 37 de 19 de mayo de 2014; 38 de 19 de mayo de 2014; y la 39 de 22 de mayo de 2014, del Ministerio de Comercio e

Industrias, se han realizado cesiones entre Minera Petaquilla, S.A., (hoy Minera Panamá, S.A.) y Petaquilla Gold, S.A., conforme lo establecido en la cláusula novena del Contrato Ley.

El día 29 de enero de 2018, el Licenciado Efraín Villarreal, actuando en su propio nombre y representación, interpuso una demanda contencioso administrativa de nulidad en contra de la Resolución 128 de 30 de diciembre de 2016, a través de la cual el Ministerio de Comercio e Industrias, dispuso, entre otras cosas, lo siguiente:

“Artículo 1: OTORGAR primera prórroga al Contrato Ley de Concesión minera celebrado entre el Estado y la Sociedad MINERA PETAQUILLA, S.A. (hoy MINERA PANAMA, S.A.), aprobado mediante Ley 9 de 26 de febrero de 1997, publicada en Gaceta Oficial 23,235 de 28 de febrero de 1997” (Cfr. fojas 49 y reverso del expediente judicial).

Así las cosas, el demandante fundamenta su accionar, entre otras consideraciones, en lo siguiente:

“La resolución impugnada viola el artículo 1 de la Ley 9 de 1997, Clausula Novena en forma directa, por omisión, toda vez que en los considerandos no se estipula que PETAQUILLA GOLD, S.A., tiene la capacidad técnica y financiera adecuada para cumplir con las obligaciones que se han estipulado en este contrato aprobado por la Ley 9 de 1997. Además, no especifica cual es la proporción que corresponde a la Concesionaria de los derechos y obligaciones contractuales, así como tampoco se establece cual es la proporción que, en consecuencia, le corresponde a MINERA PETAQUILLA, S.A. hoy MINERA PANAMA, S.A., en cuanto a sus derechos y obligaciones resultantes contraídos por razón de esta cesión en virtud del contrato aprobado por la Ley 9 de 1997, obligaciones éstas que se deben reflejar en las inversiones a que está obligada a realizar de conformidad con las cláusulas tercera, cuarta y sexta del artículo primero de la Ley 9 de 1997. Un ejemplo clásico fundamental consiste en determinar cuál es la obligación de invertir de MINERA PETAQUILLA, S.A. hoy MINERA PANAMA, S.A. como resultado de la cesión indicada.” (Cfr. foja 7 del expediente judicial).

El 18 de mayo de 2018, **Minera Panamá, S.A.**, a través de su apoderada especial, presentó su contestación a la demanda, en la cual indicó, entre otras cosas, lo siguiente:

“Con relación a la pretensión de la actora, nos oponemos a la misma, toda vez que no existe ninguna causa de ilegalidad en la emisión de la Resolución 128 de 30 de diciembre de 2016, publicada en Gaceta Oficial 28,344-B, emitida por el MINISTERIO DE COMERCIO E INDUSTRIAS, aunado al hecho que MINERA PANAMA, S.A., cumplió con todos los requisitos exigidos por el Contrato para que el Estado concediera la prórroga de la Concesión.

El demandante a través de su memorial confunde dos eventos distintos a saber: las cesiones del Contrato realizadas en los años 2005 y 2014, y la prórroga otorgada por el MINISTERIO DE COMERCIO E INDUSTRIAS a la Concesión que, bajo el Contrato, ostenta la empresa MINERA PANAMA, S.A.

El MINISTERIO DE COMERCIO E INDUSTRIAS, en el acto acusado, se refiere a la existencia de dichas cesiones contractuales con el fin de dejar claro que la prórroga otorgada por el MINISTERIO DE COMERCIO E INDUSTRIAS recae únicamente sobre el Área de Concesión que pertenece a MINERA PANAMA, S.A., y en ningún caso, guarda relación con los hechos, argumentos o supuestos requisitos expresados por el demandante.

Se sustenta lo anterior, en el hecho, que la indicación del objeto del Contrato aprobado mediante Ley 9 de 1997, ni la indicación de las proporciones de derechos y obligaciones del Contrato, forman parte de los requisitos formales para la emisión de la aprobación de la prórroga del plazo de vigencia aplicable a la Concesión de MINERA PANAMA, S.A., amparada bajo el Contrato, es decir, para la emisión de la Resolución 128 de 30 de diciembre de 2016, la cual ataca el demandante.” (Cfr. fojas 93 - 94 del expediente judicial).

II. Normas que se aducen infringidas.

La recurrente manifiesta que la resolución objeto de reparo infringe las siguientes disposiciones:

A El artículo 1 de la Ley 9 de 1997, en sus cláusulas primera y novena, el cual hace alusión, por un lado, al objeto del contrato; y por el otro, a la facultad de cesión del mismo (Cfr. fojas 6 – 8 del expediente judicial);

B. Los artículos 34 y 36 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, los cuales hacen alusión a los principios que regulan el debido proceso en general (Cfr. fojas 8 - 9 del expediente judicial).

III. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Una vez examinados los cargos de ilegalidad en los que se sustenta la pretensión de la actora, y lo manifestado por la tercera interesada, los cuales analizaremos de manera conjunta, este Despacho se aboca a intervenir, en interés de la ley, advirtiendo que, conforme se demostrará, **no le asiste la razón al recurrente**; criterio que basamos en las razones de hecho y de Derecho que exponemos a continuación.

En el desarrollo de los supuestos hechos a los que hace alusión el actor, este indica que la cesión realizada por **Minera Panamá, S.A.** a favor de **Petaquilla Gold, S.A.**, debió realizarse previo cumplimiento de dos condiciones; siendo la primera de ellas, que no se alterara ninguno de los términos, ni condiciones originalmente pactadas en el contrato; y por otro lado, que la beneficiaria de la cesión contara con capacidad técnica y financiera para continuar con el proyecto, condiciones que a su entender no se cumplieron en el caso que nos ocupa (Cfr. foja 5 del expediente judicial).

Así las cosas, a fin de realizar un análisis que permita arribar a la conclusión a la que hemos hecho referencia en párrafos que anteceden, consideramos necesario, cuestión previa, hacer alusión al acto objeto de reparo, el cual, resolvió, como mencionamos anteriormente, entre otras cosas, lo siguiente:

“Artículo 1: OTORGAR primera prórroga al Contrato Ley de Concesión minera celebrado entre el Estado y la Sociedad MINERA PETAQUILLA, S.A. (hoy MINERA PANAMA, S.A.), aprobado mediante Ley 9 de 26 de febrero de 1997, publicada en Gaceta Oficial 23,235 de 28 de febrero de 1997.

Artículo 2. RECONOCER que el término de esta primera prórroga es por un plazo de veinte (20) años, que comenzará a computarse desde el uno (1) de marzo de

dos mil diecisiete (2017), hasta el veintiocho (28) de febrero de dos mil treinta y siete (2037).” (Cfr. fojas 49 y reverso del expediente judicial).

Lo arriba indicado es importante tenerlo de presente, ya que la parte resolutive del acto acusado de ilegal contribuirá en gran medida a determinar el objeto y alcance del proceso.

En este sentido, si observamos el acto acusado de ilegal, podremos dar cuenta que el mismo **se limita a otorgar la primera prórroga al Contrato Ley celebrado entre el Estado y Minera Petaquilla, S.A. (hoy Minera Panamá, S.A.), y no se pronuncia sobre las cesiones**, ni a la condiciones, ni a la forma como estas se pudieran haber dado en el pasado.

Consideramos importante hacer esta aclaración, debido a que resulta jurídicamente improcedente indicar que un determinado acto administrativo vulnera normas tendientes a regular situaciones sobre el cual éste no se haya pronunciado y se encuentre en la obligación de hacerlo. Lo que, en efecto, no ocurre en el caso que nos ocupa, puesto que la resolución demandada **no tiene por finalidad realizar declaración alguna en lo que respecta a las concesiones** que se celebraron de manera posterior a la celebración del Contrato entre el Estado y Minera Petaquilla, S.A.; por lo que carece de congruencia indicar, que producto de la emisión del acto atacado se vulneraron normas sobre supuestos que este nunca tuvo por finalidad regular, modificar o extinguir.

En atención a lo anterior, somos de la consideración que la supuesta violación al artículo 1 (clausulas Primera y Novena) a la que hace alusión el actor en su libelo de demanda, carece de sustento habida cuenta de la inaplicabilidad de las mismas dentro de la relación jurídica que nos encontramos analizando.

En otro orden de ideas, en lo que respecta a las supuestas violaciones de los artículos 34 y 36 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, debemos empezar por resaltar que la Sala Tercera, de manera reiterada, ha indicado que quien concurra

ante esta jurisdicción, debe cumplir, entre otros requisitos, con presentar un análisis lógico jurídico en el que, partiendo de hechos concretos, se confronta el acto impugnado con el contenido de las disposiciones que se consideran violadas, de manera que la Sala Tercera pueda determinar si el acto es contrario, o no, al ordenamiento legal.

En este marco de ideas, si analizamos el concepto de violación esbozado por el actor en lo que respecta a las dos últimas normas a las que hemos hecho referencia, podemos concluir, que no se ha desarrollado de manera clara, la forma como el acto acusado de ilegal supuestamente vulnera las referidas disposiciones.

Lo anterior resulta importante ponerlo de manifiesto, ya que, el análisis de legalidad del acto al que este Procuraduría está llamada, se encuentra en gran medida condicionado a que exista claridad en cuanto a los argumentos del demandante en relación a la forma en que supuestamente se da la violación de las normas a las que él haga referencia.

De no existir dicha claridad, tal y como ocurre en el caso que nos ocupa, el análisis del acto solo podrá ser realizado en base a conjeturas o supuestos, a los que, producto de la falta de desarrollo en cuanto al concepto de violación ensayado por el demandante, haya que realizar a fin de poder conocer, al menos de manera indiciaria, la real intención del actor en relación a lo que quiso plasmar en su demanda, más allá de lo que efectivamente se haya contemplado en la misma; ejercicio que coloca a la entidad demandada en una posición de limitada defensa, producto de la poca claridad de los argumentos del demandante.

Sin perjuicio de lo anterior, y siendo que las disposiciones de la Ley 38 del 2000, a la que hace alusión el actor versan sobre el debido proceso, nuestro análisis se enfocará en verificar si el acto objeto de reparo se emitió acorde a lo establecido en el Contrato Ley, o si por el contrario, el mismo se dictó prescindiendo de las formalidades que el mismo exigía.

En este orden de ideas, el artículo 1 (Clausula Quinta) del Contrato Ley 9 de 26 de febrero de 1997, celebrado entre el Estado y la sociedad Minera Petaquilla, S.A., hoy Minera Panamá, S.A., estableció lo siguiente:

“CLAUSULA QUINTA

Duración del Contrato

Este contrato tendrá una duración de veinte (20) años contados a partir de la entrada en vigencia de la presente ley que lo aprueba. **Si LA EMPRESA ha cumplido sustancial y razonablemente** con las obligaciones que contrae en virtud del presente Contrato, **y si no se ha producido su terminación por mutuo acuerdo antes de que transcurrido dicho lapso**, LA EMPRESA solicitará y obtendrá **hasta dos (2) prórrogas consecutivas** del Contrato, entendiéndose que cada una de dichas prórrogas tendrá una **duración de veinte (20) años**. Queda entendido que en atención a solicitud presentada ante el Ministerio de Comercio e Industrias **dentro de los ciento veinte (120) días anteriores o los ciento veinte días posteriores al término de cada período de veinte (20) años**, el citado Ministerio de Comercio e Industrias otorgará cada una de las respectivas prórrogas de que trata la presente Clausula, entendiéndose otorgadas dichas prórrogas si el Ministerio de Comercio e Industrias **no se pronuncia respecto a la misma dentro de un período de sesenta (60) días** luego de presentada la citada solicitud ante el Ministerio de Comercio e Industrias.

...” (El resaltado es nuestro) (Cfr. foja 19 reverso – 20 del expediente judicial).

Del fragmento arriba citado podemos extraer las siguientes condiciones necesarias a fin que resulte jurídicamente procedente la prórroga del Contrato, a saber:

A. Que se haya cumplido sustancial y razonablemente con las obligaciones que contrae en virtud del presente Contrato;

B. Que no se haya producido la terminación del contrato por mutuo acuerdo antes de que transcurrido dicho lapso; y

C. Que la solicitud se haya presentado dentro de los ciento veinte (120) días anteriores o los ciento veinte días posteriores al término de cada período de veinte (20) años.

En este contexto, si revisamos el acto cuya legalidad se cuestiona, observamos que el mismo establece, de manera clara, lo siguiente:

“Que la empresa MINERA PANAMA, S.A., ha manifestado su intención de continuar con la referida concesión minera y ejercido su derecho a solicitar y obtener una primera prórroga para sí, habiendo presentado oportunamente solicitud al Ministerio de Comercio e Industrias dentro del plazo de ciento veinte (120) días anteriores al término del primer período de 20 años conforme a lo establecido en el referido Contrato Ley;

Que conforme a las disposiciones de la cláusula quinta del Contrato Ley, el derecho a prórroga de la empresa MINERA PANAMA, S.A., requiere que la empresa haya cumplido sustancial y razonablemente con las obligaciones que contrae por virtud del Contrato Ley y, siempre y cuando no se haya producido su terminación por mutuo acuerdo;

...
Que conforme a la evaluación y recomendación de la Dirección Nacional de Recursos Minerales, la concesionaria MINERA PANAMA, S.A., a la fecha, ha cumplido, sustancialmente, razonablemente con las obligaciones contraídas mediante el referido Contrato Ley;

...” (Cfr. foja 49 reverso del expediente judicial).

Como se desprende de la lectura de la resolución atacada, la entidad demandada, previo a su emisión, realizó un análisis tendiente a determinar el grado de cumplimiento de las condiciones a las que hace alusión la Cláusula Quinta del Contrato, pudiendo determinar que Minera Petaquilla, S.A., hoy, Minera Panamá, S.A.; cumplía sustancial y razonablemente con las condiciones establecidas en la Cláusula Quinta del contrato, surgiendo de esta manera el derecho a que ésta le fuera otorgada una primera prórroga, tal y como lo dispone el Contrato Ley, y como en consecuencia le fue reconocido a través de la Resolución 128 de 30 de diciembre de 2016.

Atendiendo a lo anterior, este Despacho es de la consideración que tampoco le asiste la razón al demandante en cuanto a los cargos de infracción de los artículos 34 y 36 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000; ya que, como se observa, la entidad

demandada sí cumplió con el debido proceso previo a la emisión del acto objeto de reparo.

Por las consideraciones previamente expuestas, esta Procuraduría solicita a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL** la Resolución 128 de 30 de diciembre de 2016, emitida por el Ministerio de Comercio e Industrias.

IV. Pruebas: Se aduce como prueba documental, copia autenticada del expediente administrativo que guarda relación con el caso, el cual reposa en los archivos de la entidad demandada.

Del Señor Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente 66-18