

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 1013

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 11 de junio de 2024

Proceso Contencioso
Administrativo de Nulidad.

Concepto.

Expediente 335612024.

La Licenciada María Gabriela Dutari, actuando en nombre y representación del **Centro de Incidencia Ambiental de Panamá (CIAM)**, solicita que se declare nula, por ilegal, la Adenda 3 de 13 de agosto de 2021, del Contrato 220 de 31 de agosto de 1999, suscrita entre el **Ministerio de Comercio e Industrias** y la empresa Gethsa Internacional, S.A.

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 emitir nuestro concepto, en interés de la Ley, en torno a la acción presentada.

I. La pretensión.

El Centro demandante solicita que se declare nula, por ilegal, la Adenda 3 de 13 de agosto de 2021, del Contrato 220 de 31 de agosto de 1999, suscrita entre el Ministerio de Comercio e Industrias y la empresa Gethsa Internacional, S.A. (Cfr. fojas 3-23 del expediente judicial).

II. Las disposiciones que se estiman infringidas.

El activador judicial menciona que el acto en estudio conculca las siguientes normas:

A. El artículo 14 de la Ley 181 de 17 de noviembre de 2020, que prohíbe otorgar nuevas concesiones mineras dentro de la cuenca hidrográfica del río Pacora y se suspenden las prórrogas hasta la aprobación del Plan de Ordenamiento Territorial y del Plan de Ordenamiento Ambiental Territorial de la Cuenca Hidrográfica del Río Pacora, tomando en consideración el Plan Nacional de Cambio Climático (Cfr. fojas 9-10 del expediente judicial); y,

B. Los artículos 34 y 36 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, que guardan relación con los principios que informan al procedimiento administrativo general, particularmente, el principio de

legalidad; y, que ningún acto podrá emitirse o celebrarse con infracción de una norma jurídica vigente, aunque éste provenga de la misma autoridad que dicte o celebre el acto respectivo (Cfr. fojas 10-12 del expediente judicial).

III. Conceptos de las violaciones planteados por el actor.

El accionante sostiene que la Adenda 3 de 13 de agosto de 2021, suscrita entre el Ministerio de Comercio e Industrias y la empresa Gethsa Internacional, S.A., prorroga la vigencia del Contrato 220 de 31 de agosto de 1999, por el término de diez (10) años, situación que, a su juicio, infringe el artículo 14 de la Ley 181 de 17 de noviembre de 2020, porque esa norma suspendió las prórrogas de las concesiones mineras dentro de la cuenca hidrográfica del río Pacora (Cfr. fojas 9-10 del expediente judicial).

En ese mismo sentido, el actor señala que la Adenda 3 de 13 de agosto de 2021, suscrita entre el Ministerio de Comercio e Industrias y la empresa Gethsa Internacional, S.A., vulnera los artículos 34 y 36 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, por razón que esas disposiciones están dirigidas a que las actuaciones administrativas se rijan por el principio de legalidad; y, además, prohíbe la expedición de actos que conculquen una norma jurídica vigente, que en este caso lo es el artículo 14 de la Ley 181 de 17 de noviembre de 2020 (Cfr. fojas 10-12 del expediente judicial).

IV. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Una pieza procesal incorporada en autos, evidencia que el Estado panameño, a través del Ministerio de Comercio e Industrias, por una parte; y, la empresa Gethsa Internacional, S.A., por la otra, **suscribieron el Contrato 220 de 31 de agosto de 1999**, para la extracción de minerales no metálicos (arena continental) en una zona con una superficie total de quinientas (500) hectáreas, ubicada en el corregimiento de San Martín, distrito y provincia de Panamá (Cfr. foja 69 del expediente judicial).

En la **sentencia de 19 de marzo de 2003**, de la Sala Tercera, se tiene que por medio de la **Resolución IA-166-99 de 20 de julio de 1999, dictada por la entonces Autoridad Nacional del Ambiente, se resolvió aprobar el Estudio de Impacto Ambiental, con todas las medidas de mitigación**, correspondiente a la extracción y lavado de mineral no metálico (arena continental) en

una zona de quinientas hectáreas (500 Has.) de terreno, ubicada en la comunidad de San Miguel, corregimiento de San Martín, distrito de Panamá, provincia de Panamá, presentado por la empresa Gethsa Internacional, S.A. (Cfr. <http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html>).

En ese mismo fallo, la Sala Tercera estimó importante señalar que: “... *el Ministro de Comercio e Industrias en el informe explicativo de conducta que rindió, claramente expuso que **no envió para la publicación en la Gaceta Oficial el Contrato N°220 ya refrendado**, hasta tanto se presentaran ante el Ministerio de Comercio e Industrias y la Autoridad del Ambiente medidas como: prohibir el uso de las aguas del Río Pacora; **no permitir el lavado del mineral que pudiese generar sedimentos al río; utilizar un camino alterno salvaguardando la seguridad de la comunidad; evitar la tala de árboles en el área**, todo lo cual, luego del consenso de las partes, que incluye a miembros de la Comunidad y la Junta Comunal de San Martín, **dio lugar a la Addenda N°1 del contrato**, en la que además se insertó como causal de rescisión del mismo ‘el incumplimiento por parte de la empresa, de la Resolución Ambiental que aprueba el Estudio de Impacto Ambiental correspondiente y de las leyes, reglamentos y demás normativas de carácter ambiental vigentes; la Addenda N°1 fue refrendada el 16 de febrero de 2001 y publicada en la Gaceta Oficial junto al Contrato N°220 de 31 de agosto de 1999, en la Gaceta Oficial N°24,249 de 22 de febrero de 2001 (véase de fojas 126 a 131). Por lo expuesto, la Sala desestima este cargo.’ ...” (Énfasis suplido) (Cfr. <http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html>).*

Luego del análisis respectivo, la Sala Tercera expidió la sentencia de 19 de marzo de 2003, que hemos comentado, en la que declaró que no es ilegal la **Resolución IA-166-99 de 20 de julio de 1999**, dictada por la entonces Autoridad Nacional del Ambiente, que aprobó el Estudio de Impacto Ambiental (Cfr. <http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html>).

Los derechos otorgados en concesión en el Contrato 220 de 31 de agosto de 1999, fueron prorrogados por diez (10) años mediante la **Adenda 2 de 14 de julio de 2010** (Cfr. foja 69 del expediente judicial).

El 18 de noviembre de 2020, entró en vigencia la **Ley 181 de 17 de noviembre de 2020**, que en su artículo 1, declara **la parte alta de la cuenca hidrográfica del río Pacora como área protegida**

en la categoría de reserva hidrológica; y, en el artículo 3, prevé que la competencia de tal actividad recae sobre el Ministerio de Ambiente, mediante el aporte de los fondos necesarios para realizar la protección, el manejo y la capacitación de la población (Cfr. la Gaceta Oficial 29156-B de 17 de noviembre de 2020).

En el **Memorando DIAM-0283-2024 de 21 de enero de 2024**, aducido como prueba junto con la demanda que se analiza, el Director de Informática Ambiental del Ministerio de Ambiente señaló que el polígono aprobado por la **Resolución IA-166-99 de 20 de julio de 1999**, emitida por la anterior Autoridad Nacional del Ambiente, que aprobó el Estudio de Impacto Ambiental, abarca una superficie total de quinientas hectáreas más punto ciento cuarenta y seis con veintiocho metros cuadrados (500 ha + 0.146.28 m²), ubicada en el corregimiento de San Martín, distrito y provincia de Panamá; y que de éstas, **cuatrocientas treinta y seis hectáreas más punto cuatrocientos sesenta y uno con cero siete metros cuadrados** (436 ha + 0.461.07 m²) **se encuentran dentro del área protegida de la Reserva Hidrológica Cuenca Alta del Río Pacora** (Cfr. fojas 40-41 del expediente judicial).

Para los efectos de garantizar el área protegida, **el artículo 14 de la Ley 181 de 17 de noviembre de 2020**, prohibió otorgar nuevas concesiones mineras dentro de la cuenca hidrográfica del río Pacora y **suspendió las prórrogas a tales concesiones** hasta la aprobación del Plan de Ordenamiento Territorial y del Plan de Ordenamiento Ambiental Territorial de la Cuenca Hidrográfica del río Pacora, tomando en consideración el Plan Nacional de Cambio Climático (Cfr. la Gaceta Oficial 29156-B de 17 de noviembre de 2020).

A pesar de lo establecido en la norma descrita en el párrafo anterior, las partes contratantes le introdujeron otra prórroga al Contrato 220 de 31 de agosto de 1999, a través de la **Adenda 3 de 13 de agosto de 2021**, objeto de nuestro examen, por un periodo de diez (10) años, que requería la aprobación previa del Plan de Ordenamiento Territorial y del Plan de Ordenamiento Ambiental Territorial de la Cuenca Hidrográfica del río Pacora, tomando en consideración el Plan Nacional de Cambio Climático (Cfr. fojas 69-71 del expediente judicial).

Al revisar la documentación aportada junto con el libelo, se observa la **Nota DRPM-0138-2024 de 27 de febrero de 2024**, suscrita por el Director Regional Panamá Metropolitana, Encargado,

dirigida al Equipo de Animación Pastoral, Pastoral Ecológica Jesús Buen Pastor, San Martín y Las Garzas, en la que se planteó lo que a seguidas se copia:

“En atención a su nota (s/n) del 16 de febrero del presente, en donde nos solicitan información de la existencia o no de un documento formal aprobado, ‘*Plan de Ordenamiento Ambiental de Territorio*’ de la Reserva Hidrológica Cuenca Alta del Río Pacora (Ley No. 181 del 17 de noviembre de 2020), como se refiere en los artículos 12 y 14, **le comunicamos que el Ministerio de Ambiente no ha elaborado ni aprobado el Plan de Ordenamiento Territorial de la Cuenca Hidrográfica del río Pacora, tomando en consideración el Plan Nacional de Cambio Climático.**” (Énfasis suplido) (Cfr. foja 39 del expediente judicial).

Lo anterior, nos lleva a afirmar que las partes acordaron la **Adenda 3 de 13 de agosto de 2021**, al Contrato 220 de 31 de agosto de 1999, **en contravención del principio de legalidad y de una norma jurídica vigente, el artículo 14 de la Ley 181 de 17 de noviembre de 2020**, que entre otras cosas, **suspendió las prórrogas a las concesiones mineras en el área preliminarmente indicada** hasta la aprobación del Plan de Ordenamiento Territorial y del Plan de Ordenamiento Ambiental Territorial de la Cuenca Hidrográfica del río Pacora, tomando en consideración el Plan Nacional de Cambio Climático, lo que no ha ocurrido, por lo que se infringieron los artículos 34 y 36 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000.

En lo que respecta al **principio de legalidad**, la Sala Tercera se pronunció en las sentencias de 19 de mayo de 2003 y 21 de julio de 2016 y, en las que expuso lo siguiente:

Sentencia de 19 de mayo de 2003.

“Según el principio de legalidad, ‘...*los organismos y funcionarios sólo pueden hacer lo que la Ley manda u ordena, lo que exige que sus acciones u omisiones deben estar precedidos de una base normativa que los sustente. La télesis incuestionable del apotegma positivizado es someter a la Administración Pública a la observancia de la juridicidad que nuclea todo el ordenamiento jurídico, preserva la seguridad jurídica al ser garantía de protección de derechos de los asociados y deberes correlativos exigibles a éstos, y marca las pautas imprescindibles del correcto desenvolvimiento del aparato público, en consonancia con la noción y práctica del Estado Constitucional y Social de Derecho*’ (Cfr. Sentencia de 16 de abril de 2003. Caso: demanda de nulidad interpuesta por Agroinvestment Lusel, Inc. versus Dirección Nacional de Reforma Agraria. Magdo. Ponente: Adán Arnulfo Arjona López).”

Sentencia de 21 de julio de 2016.

“Lo anterior está íntimamente ligado al principio de legalidad, del cual nos ilustra el autor Pedro Salazar Ugarte, de la siguiente manera:

...

Efectivamente desde la perspectiva jurídica, el principio de legalidad (en sentido estricto) se enuncia de la siguiente manera: *'todo acto de los Órganos del Estado debe encontrarse fundado y motivado en el derecho en vigor'*. Es decir que todo acto de la autoridad pública debe tener fundamento en una norma jurídica vigente y, más allá, dicha norma jurídica debe encontrar su propio sustento en una norma superior. Este principio tiene un origen histórico antiguo y se ha venido enriqueciendo durante el desarrollo del pensamiento político y jurídico. Desde sus orígenes detrás del principio de legalidad descansa la contraposición entre *'el gobierno de los hombres'* y el *'gobierno de las leyes'*: en el primer caso, los gobernados se encuentran desprotegidos frente al arbitrio del gobernante, y, en el segundo, los súbditos cuentan con más posibilidades de conocer de antemano los límites y alcances del ejercicio de la autoridad. Ciertamente, detrás de esta dicotomía existe un juicio de valor: donde impera la legalidad los administrados cuentan con un cierto grado de certeza y seguridad jurídica y disfrutan, en principio, de un estado de igualdad frente a la ley (ideal griego isonomía); donde la legalidad es un principio ausente, los gobernantes cuentan con un margen discrecional absoluto para afectar la vida de sus súbditos.

...".

La inobservancia del principio de legalidad, en nuestra legislación, trae aparejada la nulidad del acto administrativo, al tenor del artículo 52 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, en este caso, por infringir el numeral 4, alusivo al debido proceso, puesto que el acto acusado se llevó a cabo sin atender "los trámites legales".

El autor colombiano Antonio José Arciniega fue citado por la Sala Tercera para pronunciarse en torno a la **nulidad de un acto administrativo**, en la sentencia de 11 de junio de 2002, que en lo medular se expresa así:

"... este Tribunal ha dicho siguiendo la doctrina iusadministrativista que 'todas las actuaciones de la Administración están subordinadas a la ley, de modo que aquélla sólo puede hacer lo que ésta le permite con las finalidades y en la oportunidad previstas y ciñéndose a las prescripciones, formas y procedimientos determinados por la misma. La nulidad es la consecuencia jurídica de la no observancia del principio de legalidad'. (ARCINIEGA, Antonio José. Estudios sobre jurisprudencia administrativa, Tomo I, Edit. Temis, Bogotá, 1982, pág. 10) (Caso. Jorge Sáenz contra Resolución No. 16 (JMC) de 10 de julio de 1996 de la Junta Calificadora Municipal del Consejo Municipal de Panamá).

...". (Lo subrayado es de la fuente y lo destacado es nuestro).

El administrativista colombiano, Jaime Orlando Santofimio, en su obra Tratado de Derecho Administrativo – Tomo II (Acto Administrativo), manifiesta a propósito de lo anterior, lo que a seguidas se copia:


“De acuerdo a la doctrina, cabe señalar que la nulidad es la sanción al incumplimiento de los requisitos señalados para la perfección del acto jurídico. Se concreta esta penalidad en el desconocimiento de cualquier efecto jurídico a la manifestación de voluntad expresada con infracción a los necesarios requerimientos legales. Resulta evidente que si el ordenamiento prescribe condiciones de admisibilidad jurídica de una actuación que se proyecta al mundo del Derecho, debe así mismo indicar los mecanismos de protección para que sus previsiones no sean desconocidas. La doctrina identifica precisamente a la nulidad en los términos anteriormente expuestos. Para Alessandri Besa, la nulidad es ‘...la sanción legal establecida para la omisión de los requisitos y formalidades que las leyes prescriben para el valor de un acto [...] la ley, por lo general, sanciona siempre la omisión de los requisitos que ella considera indispensables para que un determinado acto jurídico produzca todos los efectos que le son propios...’

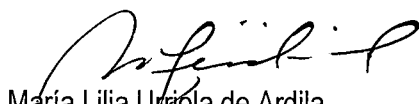
...” (Santofimio, Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo – Tomo II (Acto Administrativo), Universidad Externado de Colombia, 4ta. ed., Bogotá 2003, p.227 y siguiente) (Lo resaltado es nuestro).

Hemos querido incluir en nuestro análisis, al autor Jaime Orlando Santofimio, porque el mismo explica que la expedición de un acto administrativo sin cumplir con los requisitos establecidos en la Ley puede traer como consecuencia su nulidad absoluta, tal como ocurre en el proceso que ocupa nuestra atención.

Por lo expuesto, esta Procuraduría solicita respetuosamente al Tribunal que se sirva declarar que **ES ILEGAL** la Adenda 3 de 13 de agosto de 2021, del Contrato 220 de 31 de agosto de 1999, suscrita entre el Ministerio de Comercio e Industrias y la empresa Gethsa Internacional, S.A.

Del Señor Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


María Lilia Uriola de Ardila
Secretaría General