

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 196

Panamá, 7 de febrero de 2023

**Proceso Contencioso
Administrativo de Nulidad.**

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

Expediente 317982020.

El Magíster **Edwin Jesús Sanjur**, actuando en su propio nombre y representación, solicita que se declare nulo, por ilegal, el **Contrato número 5 de catorce (14) de marzo de dos mil trece (2013)**, suscrito entre el **Ministerio de Comercio e Industrias** y la sociedad **Cantera Roca Dura, 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 intervenir en interés de la ley en el proceso contencioso administrativo de nulidad descrito en el margen superior.

I. Antecedentes.

La Dirección General de Recursos Minerales del **Ministerio de Comercio e Industrias**, actuando a través de la **Resolución número 2012-510 de 26 de septiembre de 2012**, declaró a la sociedad **Cantera Roca Dura, S.A.**, elegible para la extracción de **minerales no metálicos (grava de río)**, en dos (2) zonas con una superficie total de ciento noventa y uno punto cuarenta y tres (191.43) hectáreas, ubicadas en los corregimientos de Boqueron Cabecera, El Bongo y La Concepción, distritos de Boqueron y Bugaba, provincia de Chiriquí, de acuerdo con los planos identificados con los números 2012-99, 2012-100 y 2012-101 (Cfr. foja 68 del expediente judicial).

Posteriormente, mediante el **Contrato número 5 de catorce (14) de marzo de dos mil trece (2013)**, suscrito entre el **Ministerio de Comercio e Industrias** y la sociedad **Cantera Roca Dura, S.A.**, el Estado le otorgó a esta concesionaria los derechos exclusivos

para la extracción de minerales no metálicos (grava de río), por un período de veinte (20) años, en las zonas antes descritas (Cfr. Gaceta Oficial Digital 27,454 de 16 de enero de 20146 y fojas 42 a 51 del expediente judicial).

Por otra parte, el Magíster **Edwin Jesús Sanjur**, actuando en su propio nombre y representación, ha interpuesto ante la Sala Tercera una demanda contencioso administrativa de nulidad en contra del citado Contrato de Concesión, y entre sus pretensiones, solicitó la suspensión provisional de los efectos del mismo (Cfr. fojas 5-8 del expediente judicial).

Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal a través de la Resolución de veintisiete (27) de mayo de dos mil veintiuno (2021) no accedió a la suspensión provisional solicitada por el demandante (Cfr. fojas 54-61 del expediente judicial).

En otro orden de ideas, este Despacho advierte que a través de la Resolución de quince (15) de junio de dos mil veintiuno (2021), fue admitida la presente demanda y se le corrió traslado al **Ministerio de Comercio e Industrias**, para que en el término de cinco (5) días, rindiera su informe explicativo de conducta en relación con la actuación adelantada en la celebración del **Contrato número 5 de catorce (14) de marzo de dos mil trece (2013)**, quien a través de la **Nota DM-N-386-21 de 23 de junio de 2021**, presentó el informe de conducta solicitado (Cfr. fojas 66 y 67-95 del expediente judicial).

En ese mismo sentido, mediante la Resolución de quince (15) de junio de dos mil veintiuno (2021), se le corrió traslado a la sociedad **Cantera Roca Dura, S.A.**, quienes comparecieron al proceso y contestaron la demanda, a través de su defensor de ausente el Licenciado Roberto Aparicio (Cfr. fojas 66, 125 y 128-129 del expediente judicial).

II. Normas que se aducen infringidas.

El actor, **Edwin Jesús Sanjur**, aduce que el contrato de concesión cuya declaratoria de nulidad se demanda infringe las siguientes disposiciones:

A. Los artículos 17, 18 (numeral 6) y 140 (numeral 3) del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública, ordenado por el artículo 44 de la Ley 48 de 10 de mayo de 2011, normas que en su orden guardan relación con, los principios generales de la contratación pública, entre estos, transparencia; que en cumplimiento del principio de transparencia las autoridades no actuaran con desviación de poder y ejercerán su competencia exclusivamente para los fines previstos en la ley; y que son causales de nulidad absoluta de los contratos públicos que sean violatorios de la Constitución Política o la Ley (Cfr. fojas 15-16, 16-17 y 18 del expediente judicial);

B. Los artículos 3, 4, 8, 9, 15, 24, 39 y 40 del Decreto Ejecutivo 246 de 15 de diciembre de 2004, Código Uniforme de Ética de los Servidores Públicos, que guardan relación con los principios de probidad, prudencia, responsabilidad, transparencia y legalidad; que el ejercicio del cargo involucra el cumplimiento personal del Código de Ética; que el servidor público no debe aceptar situaciones que pudiera estar en conflicto con el cumplimiento de los deberes y funciones a su cargo; que el funcionario público debe excusarse y abstenerse de participar en todos aquellos casos en los que pudieran presentarse conflicto de intereses (Cfr. fojas 19, 20-21, 21-22, 22-23, 23-24, 24-26, y 26-28 del expediente judicial);

C. Los artículos 2, 4, 14 y 16 de la Ley 109 de 8 de octubre de 1973, que reglamenta la exploración y explotación de minerales no metálicos utilizados como materiales de construcción, cerámicos, refractarios y metalúrgicos, modificada por la Ley 20 de 30 de diciembre de 1985 y la Ley 32 de 9 de febrero de 1996, que en su orden se refieren a que, los contratos serán celebrados por la Nación, representada por el Ministerio de Comercio e Industrias y el peticionario, y requerirán para su validez el refrendo de la Contraloría General de la República y la aprobación del Órgano Ejecutivo; que no se permitirá la extracción de los minerales que se refiere esta Ley, entre otros lugares, en las tierras, incluyendo el subsuelo, a una distancia menor de quinientos (500)

metros, de aguas o embalses o áreas inadjudicables; que el período de duración de los contratos no regulados por la Ley será de hasta diez (10) años; y, que los contratistas pagarán a la Nación en concepto de regalía, el porcentaje del valor de los minerales extraídos que se establezca en el contrato, que no podrá ser menor de dos por ciento (2%) ni mayor de cuatro por ciento (4%) de dicho valor calculado (Cfr. fojas 28, 29 y 30 del expediente judicial);

D. Los artículos 1107, 1112 (numeral 3) y 1126 del Código Civil, que, de manera respectiva, se refieren a que, la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes; la causa de la obligación que se establezca como requisito para que se de un contrato; y que los contratos sin causa o con causa ilícita, no producen efecto alguno (Cfr. fojas 30, 31 y 32 del expediente judicial);

E. Los artículos 6, 7 y 20 del Decreto Ley 23 de 22 de agosto de 1963, el cual aprueba el Código de Recursos Minerales, modificado mediante la Ley 20 de 30 de diciembre de 1985; normas que, en su orden, establecen que las concesiones serán otorgadas mediante contratos celebrados por la Nación, representada por el Ministerio de Comercio e Industrias y el peticionario, y requerirán para su validez el refrendo de la Contraloría General de la República; no se otorgará ninguna concesión minera sin que antes se hubiese constituido una garantía aceptable por razón de obligaciones derivadas de sumas que deban ser pagadas a la Nación; y que las solicitudes para concesiones de extracción que sean presentadas por personas que no posean concesión de exploración en las mismas zonas que comprendan los mismos minerales, deberán ir acompañadas de una propuesta de prima pagadera a la Nación por el derecho a la concesión (Cfr. fojas 33 a 36 del expediente judicial);

F. Los artículos 36 y 162 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, los cuales establecen, de manera individual, 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; y que los recursos podrán fundarse en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluyendo la desviación de poder (Cfr. fojas 36 y 37 del expediente judicial); y,

G. Los artículos 106, 108 y 109 de la Ley 41 de 1 de julio de 1998 General de Ambiente de la República de Panamá, disposiciones que, en su orden, señalan que toda persona natural o jurídica está en la obligación de prevenir el daño y controlar la contaminación; el que mediante uso o aprovechamiento de un recurso o por el ejercicio de una actividad, produzca daño al ambiente, estará obligado a reparar el daño causado; y toda persona natural o jurídica que emita, vierta, disponga o descargue sustancias o desechos que efecten o pongan en riesgo o causen daño al ambiente tendrán responsabilidad objetiva por los daños que puedan ocasionar graves perjuicios (Cfr. fojas 37-40 del expediente judicial).

II. Posición de la parte actora respecto a los cargos de infracción.

Tal como lo hemos mencionado en los párrafos que anteceden, el 18 de junio de 2020, el Magíster **Edwin Jesús Sanjur**, actuando en su propio nombre y representación, presentó la demanda contencioso administrativa de nulidad, con el propósito que la Sala Tercera declare nulo, por ilegal, el **Contrato número 5 de catorce (14) de marzo de dos mil trece (2013)**, suscrito entre el **Ministerio de Comercio e Industrias** y la sociedad **Cantera Roca Dura, S.A.**

Al explicar los cargos de infracción que hace con respecto a las normas legales ya mencionadas, el recurrente manifiesta que el **Contrato número 5 de catorce (14) de marzo de dos mil trece (2013)**, autorizó el inicio para la extracción de minerales no metálicos (grava de río), en dos (2) zonas con una superficie total de ciento noventa y uno punto cuarenta y tres (191.43) hectáreas, ubicadas en los corregimientos de Boqueron Cabecera, El Bongo y La Concepción, distritos de Boqueron y Bugaba, provincia de Chiriquí, por un periodo de veinte (20) años, suscrito entre el **Ministerio de Comercio e**

Industrias y la sociedad **Cantera Roca Dura, S.A.**, cuyo representante legal en ese momento era el Vice ministro de Vivienda del Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial, por lo que, a su criterio, tal situación conlleva la nulidad del mismo, debido a que se violó el principio de transparencia que debe regir en toda contratación pública (Cfr. fojas 15 a 18 del expediente judicial).

De igual manera indica que según el acto impugnado, fue emitido en contravención de las normas del Código Uniforme de Ética de los Servidores Públicos, relativas al principio de probidad, prudencia, responsabilidad, transparencia y legalidad; porque el Vice Ministro de Vivienda del Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial solicitó la concesión y obtuvo para sí un beneficio amparándose en su cargo, a siendo que los funcionarios públicos no pueden aceptar situaciones en cuyo contexto sus interés financieros pudieran estar en conflicto con el cumplimiento de los deberes y funciones asignadas por Ley, lo que se traduce a su criterio en desviación de poder (Cfr. fojas 19-28 del expediente judicial).

Por otro lado, argumenta que el acto impugnado otorga una concesión de veinte años (20), cuando la norma que rige la materia indica que el tiempo para la explotación no podrá exceder de los diez (10) años, sumado al hecho que el contrato no fue aprobado por el Órgano Ejecutivo, lo que lo hace nulo. Adicionalmente, manifiesta que en ninguna de las cláusulas contractuales se establece el pago de regalías a favor del Estado, omisión que se traduce en serios vicios de nulidad (Cfr. fojas 28-30 y 32-33 del expediente judicial).

En ese mismo sentido sostiene que, el Ministerio de Comercio e Industrias otorgó dicha concesión sobre parte de tierras inadjudicables, como son los manglares, zonas en las que no se pueden realizar trabajos de exploración o explotación minera, ya que esta actividad iría en contravención de las disposiciones en materia ambiental (Cfr. fojas 30-32 del expediente judicial).

También señala el demandante que, además de las aprobaciones que debe tener el contrato de concesión que se acusa de ilegal, el Estado debió exigir a la empresa concesionaria una garantía en razón de las obligaciones emanadas del referido contrato, como consecuencia de daños y perjuicios a terceras persona que resultaran del ejercicio de dicha concesión (Cfr. fojas 33-36 del expediente judicial).

Indica el recurrente que el contrato de concesión impugnado viola directamente el artículo 36 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, porque fue celebrado con infracción de normas legales y reglamentarias que rigen la materia, y además infringe el artículo 162 de la misma excerpta legal, que se refiere al fenómeno jurídico denominado desviación de poder, ya que a su parecer se ha querido revestir con razones legales, el favorecer a una de las partes al momento de la suscripción de dicho contrato, quien en ese momento ostentaba un cargo de servidor público (Cfr. fojas 36-37 del expediente judicial).

Finalmente manifiesta, que producto de la extracción de minerales no metálicos (grava de río) en áreas inadjudicables (manglares), situación que atenta contra el ecosistema de la región y produce graves daños al ambiente, por lo que considera que se infringieron los artículos 106, 108 y 109 de la Ley 41 de 1 de julio de 1998 General de Ambiente de la República de Panamá (Cfr. fojas 37-40 del expediente judicial).

III. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Con respecto a la violación de las disposiciones legales y reglamentarias que, a juicio del demandante viola el acto impugnado, nos permitimos señalar lo siguiente.

Este Despacho procede a analizar la información acopiada en autos, en la que se observa que el 10 de agosto de 2012 el apoderado legal de la la sociedad **Cantera Roca Dura, S.A.**, presentó una solicitud de concesión ante la Dirección Nacional de Recursos Minerales para la extracción de minerales no metálicos (grava de río) en dos (2) zonas con una superficie total de 191.43 hectáreas, ubicadas en los Corregimientos de Boquerón (cabecera) y El Bongo y la Concepción, distritos de Boquerón y Bugaba, Provincia de

Chiriquí, la cual fue identificada con el simbolo CRDSA-EXTR (grava de río) 12-23. Una vez evaluados los documentos que conforman la solicitud de concesión, mediante Resolución Número 2012-510 de 26 de septiembre de 2012, la entidad resolvió declarar elegible a la sociedad Cantera Roca Dura S.A., y posteriormente le otorgó los derechos que habían sido peticionados por la empresa prenombrada para la extracción de minerales no metálicos (grava de río), en las zonas antes indicadas (Cfr. Gaceta Oficial Digital 27135 de 4 de octubre de 2012 y fojas 67-68 del expediente judicial).

De igual manera, observamos que la Dirección Nacional de Recursos Minerales procedió a remitir al Alcalde Municipal de Boqueron el aviso oficial de elegibilidad, para que dicha entidad procediera con la fijación del edicto a fin de notificar a los lugareños de los corregimientos correspondientes, por un término de quince (15) días hábiles, tal como lo establece el artículo 10 de la Ley 32 de 9 de febrero de 1996; y además se publicó en la Gaceta Oficial y en el periódico de circulación nacional Panamá América los días 12, 13 y 14 de octubre de 2012. Una vez vencido el término antes indicado, se dio el término de oposición; sin embargo, no se presentaron oposiciones a la solicitud de concesión (Cfr. Gaceta Oficial Digital 27136 de 5 de octubre de 2012 y foja 68 del expediente judicial).

En ese orden de ideas, se observa que una vez cumplidas todas las etapas y presentada la fianza de garantía, el **catorce (14) de marzo de dos mil trece (2013) mediante Contrato número 5**, el Estado otorgó a la sociedad **Cantera Roca Dura, S.A.**, los derechos exclusivos para la extracción de minerales no metálicos (grava de río) en dos (2) zonas con una superficie total de 191.43 hectáreas, ubicadas en los Corregimientos de Boquerón (cabecera) y El Bongo y la Concepción, distritos de Boquerón y Bugaba, Provincia de Chiriquí, el cual fue refrendado por la Contraloría General de la República el 10 de mayo de 2013, la cual fue publica en la Gaceta Oficial (Cfr. Gaceta Oficial Digital 27454 de 16 de enero de 2014 y fojas 68-69 del expediente judicial).

Por otro lado, resulta importante señalar que de acuerdo a la **cláusula cuarta del referido Contrato número 5 de catorce (14) de marzo de dos mil trece (2013)**, y el **artículo 28 de la Ley 109 de 1973, modificado por la Ley 20 de 30 de diciembre de 1985**, la concesionaria podía traspasar a una persona natural o jurídica dicho contrato, previa aprobación de la Dirección General de Recursos Minerales del Ministerio de Comercio e Industrias, disposiciones que se citan para mejor referendia:

“Artículo 28. Los Contratos celebrados de acuerdo con la presente Ley podrán ser traspasados a otra persona natural o jurídica con el consentimiento previo o expreso del Ministerio de Comercio Interior. La solicitud de traspaso deberá presentarse a la Dirección General de Recursos Minerales por medio de Abogado, cumpliendo el adquirente los requisitos establecido en el Artículo 8 de esta Ley para las solicitudes de Contratos.”

“CUARTA: LA CONCESIONARIA podrá ceder o traspasar los derechos que nazcan del presente Contrato, previa aprobación de la Dirección Nacional de Recursos Minerales del Ministerio de Comercio e Industrias, respecto a la competencia técnica, financiera, legal de la persona beneficiaria de la cesión o traspaso, cumpliendo las formalidades establecidas por la Ley.”

Como consecuencia de lo establecido en las normas antes citada, la sociedad **Iguana River, S.A.**, solicito ante la Dirección Nacional de Recursos Minerales del Ministerio de Comercio e Industrias la cesión de derechos del **Contrato número 5 de catorce (14) de marzo de dos mil trece (2013)**, suscrito entre el Estado y la empresa **Cantera Roca Dura, S.A.**, de ahí que dicha entidad una vez cumplido el trámite procesal de rigor, por medio de la Resolución Número 2019-144 de 16 de diciembre de 2019, resolvió declarar a la empresa solicitante elegible de acuerdo a las disposiciones del Código de Recursos Minerales (Cfr. Gaceta Oficial Digital 28940 de 15 de enero de 2020).

La circunstancia anteriormente planteada quedó posteriormente configurada a través de la **Resolución Número 30 de 18 de marzo de 2020**, emitida por el Ministro de Comercio e Industrias, a través de la cual se traspasa a la sociedad Iguana River, S.A., la

concesión de la empresa Corporación de **Cantera Roca Dura, S.A.**, amparada bajo el **Contrato número 5 de 2013** (Cfr. Gaceta Oficial Digital 29043-A de 09 de junio de 2020).

Ahora bien, una vez examinados los cargos de ilegalidad en los que se sustenta la pretensión el demandante, esta Procuraduría procede a emitir su concepto en atención a las siguientes consideraciones.

Según afirma el actor, el **Contrato número 5 de catorce (14) de marzo de dos mil trece (2013)**, resulta nulo, por ilegal, porque el representante legal de la empresa concesionaria, al momento de suscribir el mencionado acuerdo ejercía el cargo de Vice ministro de Vivienda del Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial, por lo que, a su criterio, se violó el principio de transparencia que debe regir en toda contratación pública, así como las normas del Código Uniforme de Ética de los Servidores Públicos, relativas al principio de probidad, prudencia, responsabilidad, transparencia y legalidad; debido a que dicho funcionario obtuvo para sí un beneficio amparándose en su puesto, a siendo que los servidores públicos no pueden aceptar situaciones en cuyo contexto sus interés financieros pudieran estar en conflicto con el cumplimiento de sus deberes y funciones, lo que se traduce en desviación de poder.

Diferimos del criterio expresado por el recurrente, debido a que para el 10 de agosto de 2012, fecha en la que el señor **Rogelio Javier Baruco Morales** en su calidad de representante legal de la sociedad **Cantera Roca Dura, S.A.**, firmo la solicitud de concesión, éste no ostentaba el cargo de servidor público; sin embargo, fue nombrado como Vice ministro de Vivienda del Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial a través del Decreto número 40 de 22 de febrero de 2013 (Cfr. Gaceta Oficial Digital 27231-A de 22 de febrero de 2013).

No obstante lo anterior, al momento en que se celebró el **Contrato número 5 de catorce (14) de marzo de dos mil trece (2013)**, las funciones que el prenombrado desempeñaba en el Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial, no se ajustaban a

lo dispuesto en el artículo 3 (numeral 3) de la Ley 109 de 1973, ya que dicho funcionario no era el encargada de adjudicar, ejecutar o extinguir contratos mineros, porque estaba designado, como se advierte, a otra dependencia estatal que no tiene competencia en materia minera. Para una mejor comprensión citamos el contenido de la disposición antes mencionada:

“ARTICULO 3º: No podrán celebrar los contratos a que se refiere esta Ley, por si o por interpuestas personas, ni podrán ejercer o disfrutar los derechos emanados de ellos, ninguno de los que a continuación se mencionan:

...

3. Los servidores públicos que directa o indirectamente tuviesen el deber de intervenir, por razón de sus funciones, en la adjudicación, ejecución o extinción de los contratos. Esta prohibición, se mantendrá en vigencia durante el año siguiente a la fecha en que el servidor público cese en sus funciones y comprende así mismo a los cónyuges, padres, hermanos e hijos de esos servidores;

...” (El destacado es nuestro).

Por otra lado, resulta importante advertir, en atención a la solicitud de traspaso del contrato de concesión presentado por la empresa **Cantera Roca Dura S.A.**, el Ministerio de Comercio e Industrias a través de Resolución Número 30 de 18 de marzo de 2020, dispuso traspasar formalmente el contrato de concesión a la empresa **Iguana River S.A.**, convirtiéndose la misma en la actual titular del contrato de concesión, tal como lo indicamos en párrafos anteriores, lo que demuestra en este sentido que no existe contradicción alguna entre el acto administrativo acusado de ilegal y las normas invocadas como infringidas, por lo que resulta entonces evidente, que no prosperan los cargos de infracción planteados por el actor con relación a los artículos 17, 18 (numeral 6) y 140 (numeral 3) del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública, ordenado por el artículo 44 de la Ley 48 de 10 de mayo de 2011, y los artículos 3, 4, 8, 9, 15, 24, 39 y 40 del Decreto Ejecutivo 246 de 15 de diciembre de 2004, Código Uniforme de Ética de los Servidores Públicos.

Por otra parte, acerca del hecho que el acto impugnado otorga una concesión por veinte (20) años, cuando la norma que rige la materia indica que el tiempo para la explotación no podrá exceder de los diez (10) años, sumado a que el contrato no fue aprobado por el Órgano Ejecutivo; y, además que en ninguna de las cláusulas contractuales se establece el pago de regalías a favor del Estado, omisión que se traduce en serios vicios de nulidad; sin embargo, diferimos del criterio expresado por el recurrente, sobre todo cuando la cláusula segunda del Contrato Número 5 de 14 de marzo de 2013, se encuentra en concordancia con lo que dispuesto en la Ley 13 de 3 de abril de 2012, misma que se encontraba vigente al momento de suscribir el referido contrato de concesión, que en su artículo 15 restableció la vigencia del artículo 14 de la Ley 109 de 1973, que citamos para mejor referencia:

“Artículo 15. Se restablece la vigencia del artículo 14 de la Ley 109 de 1973, así:

Artículo 14. El periodo de duración de los contratos regulados por la presente Ley será hasta de dos (2) años para los de exploración y **hasta de veinte (20) años para los de explotación**. Los plazos aquí previstos podrán prorrogarse, siempre que el contratista haya cumplido satisfactoriamente con sus obligaciones, aceptando todas las obligaciones, términos y condiciones que establezca la ley al momento de la prórroga. Las prórrogas podrán solicitarse, a más tardar, un (1) año antes del vencimiento del contrato.” (El destacado es nuestro).

En otro orden de ideas, debemos advertir que el artículo 2 de la Ley 109 de 1973, modificada por la Ley 20 de 30 de diciembre de 1985, que actualmente se encuentra vigente, y además inserta en el Código de Recursos Minerales, que aplica para la celebración de los contratos de concesión para la extracción de minerales no metálicos, no establece que los contratos deben ser aprobados por el Órgano Ejecutivo, sino que para su validez requerirán el refrendo del Contralor General de la República y su vigencia se hará efectiva a partir de su publicación en la Gaceta Oficial, en tal sentido, observamos que el Contrato Número 5 de 14 de marzo de 2013, que fue publicado en la Gaceta Oficial

Digital 27454 de 16 de enero de 2014. Para mejor referencia citamos el contenido de la norma legal:

“Artículo 21. El artículo 2 de la Ley 109 de 8 de octubre de 1973, quedará así:

Artículo 2. Los contratos serán celebrados por la Nación, representada por el el Ministerio de Comercio e Industrias, y el peticionario, y **requerirán para su validez el refrendo del Contralor General de la República.**

Estos contratos entrarán en vigencia a partir de su publicación en la Gaceta Oficial.” (El destacado es nuestro).

Acorde con lo antes expuesto, resulta preciso indicar que la cláusula vigésima cuarta del mencionado Contrato, hace alusión a lo establecido en la norma legal que citamos previamente, tal como se expresa a continuación:

“VIGÉSIMA CUARTA: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 109 de 8 de octubre de 1973, modificado por la Ley 20 de 30 de diciembre de 1985, el Contrato, **requiere para su validez el refrendo de la Contraloría General de la República y entrará en vigencia a partir de su publicación en la Gaceta Oficial.”**

En otro orden de ideas, debe tenerse en cuenta que al momento que se suscribió el Contrato Número 5 de 14 de mazo de 2013, no era obligatorio el pago de regalías para la extracción de minerales no melálicos, ya que así lo establecía el artículo 16 de la Ley 109 de 8 de octubre de 1973; sin embargo, ordenaba únicamente los pagos de derechos municipales, situación que quedó contemplado en la cláusula décima séptima del aludido contrato de concesión, norma que señalaba lo siguiente:

“Artículo 16. Los contratistas pagaran a la Nación, en concepto de regalía, el porcentaje del valor de los minerales extraídos que se establezca en el contrato, que no podrá ser menor de dos (2%) por ciento ni mayor de cuatro (4%) por ciento de dicho valor calculado en el punto de cómputo de regalías que se acuerde en el contrato. En caso de que los minerales extraídos se incorporen a un proceso de industrialización en el país, el Órgano Ejecutivo podrá rebajar el porcentaje antes mencionado o exonerarlos del pago de regalías.

Los pagos de regalías se harán mensualmente antes del día 30 del mes siguiente a aquel en que se llevó a cabo la extracción.

La extracción de arena, arcilla, piedra caliza, piedra de cantera, coral, casajo y tosca, no causará el pago de la regalia, pero quedará

sujeta al pago de los derechos municipales de extracción que establezca la ley.” (El destacado es nuestro).

No obstante lo anterior, resulta importante observar que el artículo 16 de la Ley 109 de 1973, fue reformado por la Ley 27 de 4 de mayo de 2015, posteriormente a la suscripción del Contrato Número 5 de 14 de mayo de 2013, mediante el Decreto Ejecutivo 360 del 4 de agosto, momento en que se reglamentó la obligación del pago de regalías a los concesionarios dedicados a la extracción de minerales no metálicos, lo que demuestra en este sentido que no existe contradicción alguna entre el acto administrativo acusado de ilegal y la norma invocada como infringida, por lo que resulta entonces evidente, que no prosperan los cargos de infracción planteados por el actor con relación a los artículos 2, 4, 14 y 16 de la Ley 109 de 8 de octubre de 1973, que reglamenta la exploración y explotación de minerales no metálicos utilizados como materiales de construcción, cerámicos, refractarios y metalúrgicos, modificada por la Ley 20 de 30 de diciembre de 1985 y la Ley 32 de 9 de febrero de 1996.

En ese mismo orden de ideas, debemos advertir que, contrario a lo manifestado por el recurrente en cuanto a que no se consignó la fianza de garantía, para que la concesionaria responda por razón de obligaciones derivadas de sumas que deban ser pagadas a la Nación como resultado de la adquisición o ejercicio de la concesión, o que sean pagaderas a terceras personas por daños y perjuicios resultantes del ejercicio de la misma, a la que alude el artículo 7 del Decreto Ley 23 de 22 de agosto de 1963 (Código de Recursos Minerales de Panamá), y sus modificaciones; **lo cierto es, que la entidad demandada mediante la Nota DM-N-386-21 de 23 de junio de 2021, presentó el informe de conducta, en el cual señaló a este respecto lo siguiente: “...el contrato N°05 de 14 de mayo de 2013, publicado en la Gaceta Oficial N° 27,454 de 16 de enero de 2014, en su cláusula vigésima establece la consignación de la fianza de garantía por la suma de mil balboas (B/.1,000.00), que el concesionario está obligado a consignar al momento de la**

firma del contrato. De igual manera es preciso indicar que a foja 97 del expediente de concesión reposa copia del cheque número 002210 fechado 20 de febrero de 2013 del banco Credicorp Bank, a nombre de MICI-Contraloría por la suma de mil balboas (B/.1,000.00), que el concesionario Cantera Roca Dura S.A., presentó como fianza de garantía de cumplimiento de obligación del contrato. Dicha fianza fue remitida a la Contraloría General de la República y recibida el día 27 de febrero de 2013.”, situación por la que consideramos que no se vulneran las normas del Código de Recursos Minerales en ese sentido (Cfr. foja 90 del expediente judicial).

Con relación a lo señalado por el Magíster **Edwin Jesús Sanjur**, cuando afirmar que producto de la extracción de minerales no metálicos (grava de río) en áreas inadjudicables (manglares), situación que atenta contra el ecosistema de la región y produce graves daños al ambiente, por lo que considera que se los artículos 106, 108 y 109 de la Ley 41 de 1 de julio de 1998 General de Ambiente de la República de Panamá.

Tal como lo expresa el artículo 5 de la Ley 41 de 1 de julio de 1998, la Autoridad Nacional del Ambiente es la entidad rectora del Estado en materia de recursos naturales y del ambiente y, según el artículo 7 (numeral 10) de esa ley, tiene entre sus atribuciones, la de **evaluar los estudios de impacto ambiental y emitir las resoluciones respectivas**, lo que la constituye en el organismo competente para estimar, apreciar o señalar el valor de cualquier estudio de impacto ambiental que sea requerido por la legislación que rige esta materia.

Aunado a lo anterior, las **cláusulas sexta y séptima del Contrato número 5 de catorce (14) de marzo de dos mil trece (2013)**, establecen en cuanto al uso o aprovechamiento de un recurso o por el ejercicio de una actividad, como la que ocupa nuestra atención, lo que a continuación se cita:

“SEXTA: LA CONCESIONARIA se obliga a cumplir con las disposiciones del...; la Ley 41 de 1 de julio de 1998, con todas sus disposiciones reglamentarias...”

SÉPTIMA: LA CONCESIONARIA deberá velar por la protección del medio ambiente durante sus operaciones, por lo cual informará inmediatamente, a la Dirección Nacional de Recursos Minerales del Ministerio de Comercio e Industrias o a la Autoridad Nacional del Ambiente (ANAM) y al Sistema Nacional de Protección Civil (SINAPROC) de cualquier hecho o circunstancia que ponga en peligro la salud humana y el medio ambiente.

Los derechos al uso de las aguas y la necesidad de talar árboles deberán ser solicitados a la Autoridad Nacional del Ambiente (ANAM), y a las autoridades competentes para los fines de su ejecución de conformidad con las disposiciones legales vigentes.

El Estudio de Impacto Ambiental y sus anexos forman parte integral de este contrato y serán de obligatorio cumplimiento para **LA CONCESIONARIA.**”

Al revisar las constancias procesales, este Despacho advierte que la entidad demandada a través del informe de conducta remitido al Magistrado Sustanciador, señaló en cuanto al Estudio de Impacto Ambiental lo siguiente: “De fojas 436 a 439 del expediente de concesión reposa copia de la Resolución DIEORA-IA-108-2012 En (sic) la cual la Autoridad Nacional de Ambiente (hoy Ministerio de Ambiente) aprobó el estudio de impacto ambiental categoría II del proyecto ‘extracción de minerales no metálicos (grava de río)’, cuyo promotor era la sociedad Cantera Roca Dura S.A., con todas las medidas contempladas en el referido estudio y sus ampliaciones.” (Cfr. foja 93 del expediente judicial).

En ese sentido, debe tenerse en cuenta que la autoridad competente; es decir, la Autoridad Nacional del Ambiente (ANAM) hoy Ministerio de Ambiente, otorgó a la empresa concesionaria, previo la suscripción del contrato, el respectivo instrumento de gestión ambiental debidamente aprobado a través de la Resolución DIEORA-IA-108-2012; además no existe certificación o prueba documental en autos que indique que la empresa concesionaria haya ocasionado daños ecológicos al explotar la concesión; es decir, no reposan en el proceso elementos de convicción en el sentido que la concesionaria haya violado la Ley en tal sentido, por lo que a juicio de este Despacho, los cargos de infracción

con respecto a los artículos 106, 108 y 109 de la Ley 41 de 1 de julio de 1998 General de Ambiente de la República de Panamá no prosperan.

Para concluir este análisis, esta Procuraduría debe advertir que como parte de las normas que invoca como infringidas el recurrente aduce la violación de los artículos 36 y 162 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, que se refiere en su orden, al **principio de estricta legalidad**; y, al **fenómeno jurídico denominado desviación de poder**, ya que a su parecer se ha querido revestir con razones legales un acto administrativo, con motivos totalmente ajenos a la finalidad que se persigue; sin embargo, no existen elementos que indiquen que el **Ministerio de Comercio e Industrias** ha actuado infringiendo los principios que rigen las actuaciones administrativas. Por el contrario, el **Contrato número 5 de catorce (14) de marzo de dos mil trece (2013)**, en su aspecto impugnado, se enmarca dentro de las competencias legales que le asiste a esa institución para otorgar concesiones para la **exploración y explotación de minerales no metálicos**, puesto que como ya hemos advertido la **actuación de esa entidad, sólo se limitó en dar fiel cumplimiento a todos los trámites y procedimientos que el Código de Recursos Minerales, así como las disposiciones legales a las que nos hemos referido en arrafos anteriores, que se exigen para otorgar un contrato de concesión, por ser ésta una atribución que viene dada expresamente a través de la propia ley**, tal como lo hizo con el acto administrativo, que se acusa e ilegal.

De los conceptos vertidos, es claro que para que exista la desviación de poder la actuación administrativa se aparta del fin perseguido por la ley; no obstante, en el caso analizado la autoridad demandada, con fundamento en las normas que rigen la materia minera, primero declaró elegible a la empresa concesionaria, de acuerdo con las disposiciones que rigen la materia; **y posteriormente le otorgó la concesión para la extracción de minerales no metálicos (grava de río)** en dos (2) zonas con una superficie total de ciento noventa y uno punto cuarenta y tres (191.43) hectáreas, ubicadas en los

corregimientos de Boqueron Cabecera, El Bongo y La Concepción, distritos de Boqueron y Bugaba, provincia de Chiriquí, de acuerdo con los planos identificados con los números 2012-99, 2012-100 y 2012-101; por lo que, en nuestra opinión no se configura, el fenómeno jurídico denominado desviación de poder.

Lo anteriormente indicado, permite a esta Procuraduría señalar que en el proceso bajo análisis no existe contravención alguna entre el **Contrato número 5 de catorce (14) de marzo de dos mil trece (2013)** y las disposiciones invocadas como infringidas; es decir, los artículos 36 y 162 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, que establece el procedimiento administrativo general; y, por ende, dicho acto se emitió con apego al principio de estricta legalidad; por lo que las afirmaciones hechas en este sentido por el actor en su demanda deben ser desestimadas.

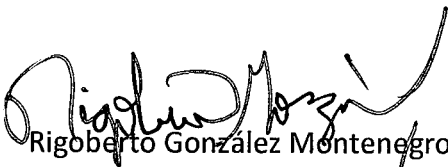
Por lo antes expuesto, este Despacho solita al Tribunal se sirva declarar que **NO ES ILEGAL el Contrato número 5 de catorce (14) de marzo de dos mil trece (2013), suscrito entre el entre el Ministerio de Comercio e Industrias y la sociedad Cantera Roca Dura, S.A.**, puesto que no se ha producido la violación de los artículos 17, 18 (numeral 6) y 140 (numeral 3) del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública, ordenado por el artículo 44 de la Ley 48 de 10 de mayo de 2011; los artículos 3, 4, 8, 9, 15, 24, 39 y 40 del Decreto Ejecutivo 246 de 15 de diciembre de 2004, Código Uniforme de Ética de los Servidores Públicos; los artículos 2, 4, 14 y 16 de la Ley 109 de 8 de octubre de 1973, que reglamenta la exploración y explotación de minerales no metálicos utilizados como materiales de construcción, cerámicos, refractarios y metalúrgicos, modificada por la Ley 32 de 9 de febrero de 1996; los artículos 1107, 1112 (numeral 3) y 1126 del Código Civil; los artículos 6, 7 y 20 del Decreto Ley 23 de 22 de agosto de 1963, el cual aprueba el Código de Recursos Minerales, modificado mediante la Ley 20 de 30 de diciembre de 1985; los artículos 106, 108 y 109 de la Ley 41 de 1 de julio de

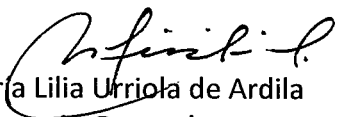
1998 General de Ambiente de la República de Panamá; ni los artículos 36 y 162 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000.

IV. Pruebas: Se **aduce** la copia autenticada del expediente administrativo que guarda relación con la concesión administrativa, que reposa en la entidad demandada.

V. Derecho: No se acepta, según lo indicado.

Del Honorable Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


María Lilia Urriola de Ardila
Secretaria General