

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.

Alegato de conclusión.

Vista Número 588

Panamá, 7 de junio de 2019

La firma forense Fuentes y Rodríguez Law Firm, actuando en nombre y representación de la sociedad **Desarrollo Urbanístico del Atlántico, S.A. (D.U.A.S.A.)**, solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución ADMG-252-2016 del 15 de julio de 2016, emitida por la **Autoridad Nacional de Administración de Tierras**, y para que se hagan otras declaraciones.

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 el alegato de conclusión de la Procuraduría de la Administración dentro del proceso contencioso administrativo descrito en el margen superior, el cual nos permite reiterar lo ya planteado en nuestra contestación de la demanda, en el sentido que no le asiste la razón a la recurrente en cuanto a su pretensión que se declare nulo, por ilegal, el acto objeto de reparo.

Tal y como hicimos al momento de contestar la demanda, consideramos importante iniciar indicando, que mediante el Contrato 245 de 5 de noviembre de 2001, publicado en la Gaceta Oficial número 24,464 de 4 de enero de 2002, se dispuso, entre otras cosas lo siguiente:

“PRIMERA: Declara La Nación que mediante Resolución de Gabinete 81 de 26 de septiembre de 2001, se declaró de interés público el proyecto denominado Costa Marina, y se facultó al Ministerio de Economía y Finanzas para que negocie y suscriba el contrato de concesión, de acuerdo a las disposiciones legales

vigentes, con la empresa Desarrollo Urbanístico del Atlántico, S.A. (D.U.A.S.A.).

SEGUNDA: Declara La Nación que, por este medio, da en concesión a El Concesionario, 3 globos de terreno nacionales consistentes en fondo marino con una cabida superficial de 5 HAS. + 1,162.62 M2, área de ribera de playa con una cabida superficial de 5,247.10 y un área costanera con una cabida superficial de 1,207.10 M2 que forman parte de la Finca cinco mil cinco (5,505), inscrita al Tomo setecientos treinta y cinco (735), Folio trescientos noventa y cuatro (394) propiedad de La Nación

...

...

CUARTA: Declara El Concesionario que el área total, y área de uso público que tendrán cada una de las etapas del Proyecto Costa Marina será como se detalla a continuación:

Primera Etapa: Esta etapa consistirá en el relleno de cinco hectáreas con siete mil setecientos diecisiete metros cuadrados con cincuenta decímetros cuadrados (5 HAS. + 7,617.50 M2) solicitada en concesión.

Segunda Etapa: Esta tiene un área total de 11,920 mts², de los cuales 6,000 mt², corresponden a calles y áreas de uso público, por ellos el área útil será de 5,920.00 mt²

En esta fase se construirán cuatro (4) edificios con las correspondientes calles y áreas de uso público.

Tercera Etapa: Esta tiene un área total de 26,076.50 mts² de los cuales 17,097.50 mt² corresponden a viviendas residenciales y 7,979.00 mt² a calles y área de uso público, por ello el área útil será de 17,097.50 mt².

En esta etapa se construirán 20 unidades de vivienda turísticas, tipo villas y un parque.

Cuarta Etapa: Esta tiene un área total de 20,621.00mt², en los cuales se construirá un Hotel de doscientas (200) habitaciones y locales comerciales.

..." (Cfr. fojas 48 – 49 y 53 – 54 del expediente judicial).

Mediante la Providencia 101 de 16 de junio de 2016, se dispuso comunicar a la sociedad **Desarrollo Urbanístico del Atlántico, S.A. (D.U.A.S.A.)**, la

intención de resolver administrativamente el Contrato 245 de 5 de noviembre de 2001, y su Adenda 1 de 28 de marzo de 2011 (Cfr. foja 29 del expediente judicial).

El 6 de julio de 2016, la sociedad **Desarrollo Urbanístico del Atlántico, S.A.**, como contestación a la intención de resolver el contrato de concesión al que hacemos alusión en el párrafo que antecede, indicó, entre otras cosas, lo siguiente:

“Es de rigor señalar, que aun cuando en esta ocasión la empresa Desarrollo Urbanístico del Atlántico, S.A. (D.U.A.S.A.), no ha suspendido la ejecución de los trabajos del Proyecto Costa Marina, si se originó una desaceleración de los trabajos frente a la incertidumbre jurídica – sobre todo de la Adenda 1 de 28 de marzo de 2011. De conformidad con el Fallo de la Corte hemos venido citando a lo largo del presente ‘Es la aplicación de la teoría de la imprevisión a los contratos administrativos, que confiere al contratista el derecho de recomposición del Contrato, en nuestro caso la Adenda suscrita.’”

Nuestra representada lleva invertido a la fecha, cerca de quince (15) millones de relleno, adecuación del lote, limpieza, mantenimiento, seguridad, estudios, planos, defensa de más de diecisiete (17) procesos judiciales en contra de la Concesión, razón por la que estimamos que este esfuerzo e inversión económica significativa, requiere contar con todas las garantías emanadas del Estado que generen seguridad jurídica, a fin de que los derechos adquiridos mediante Contrato de Concesión 245 y su Adenda, no sean violentados o desconocidos.

...” (Cfr. foja 33 del expediente judicial).

Así las cosas, y cumplidos con los trámites exigidos por la normativa vigente, mediante la Resolución ADMG-252-2016 de 15 de julio de 2016, se resolvió, entre otras cosas, lo siguiente:

“PRIMERO: RESCINCIR el Contrato 245 de 5 de noviembre de 2001 y su Adenda 1 de 28 de marzo de 2011, suscrito por La Nación y la sociedad Desarrollo Urbanístico del Atlántico, S.A. (D.U.A.S.A.), ... para la concesión de tres (3) globos de terrenos nacionales consistentes en fondo marino con una cabida superficial de 5 Has + 1,162.62 M2, área de ribera de playa con una cabida superficial de 5,247.10 M2 y un área costanera con una cabida superficial de 1,207.78 M2, que forman

parte de la Finca cinco mil cinco (5005) ... propiedad de La Nación, ubicados en la Bahía de Manzanillo, Corregimiento de Barrio Norte, Distrito y Provincia de Colón, para el desarrollo del Proyecto de Costa Marina, específicamente por el incumplimiento de la etapa 1 y 2, a que se refiere las cláusulas cuarta, séptima y octava del mencionado contrato y su adenda." (Cfr. foja 45 del expediente judicial).

Producto de lo anterior, el 13 de septiembre de 2017, la firma forense Fuentes y Rodríguez Law Firm, actuando en nombre y representación de la sociedad **Desarrollo Urbanístico del Atlántico, S.A. (D.U.A.S.A.)**, presentó una demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción en la que solicitó que se declare nula, por ilegal, la **Resolución ADMG-252-2016 del 15 de julio de 2016**, emitida por la **Autoridad Nacional de Administración de Tierras**, la cual resolvió, entre otras cosas, rescindir el Contrato 245 de 5 de noviembre de 2001 y su Adenda 1 de 28 de marzo de 2011, suscrito por **La Nación** y la sociedad **Desarrollo Urbanístico del Atlántico, S.A. (D.U.A.S.A.)**, para la concesión de tres (3) globos de terreno nacionales consistentes en fondo marino, ubicados en la Bahía de Manzanillo, Corregimiento de Barrio Norte, distrito y provincia de Colón (Cfr. fojas 3 - 25 del expediente judicial).

La sociedad recurrente sustentó su accionar, entre otras consideraciones, en que, el Administrador General de la ANATI carecía de competencia para emitir el acto objeto de reparo, cuando, según ella, dicha facultad recaía en el Ministro de Economía y Finanzas, en su calidad de custodio de los bienes nacionales (Cfr. fojas 3 - 25 del expediente judicial).

Así las cosas, y una vez surtidas las etapas procesales correspondientes, esta Procuraduría reitera que **no le asiste la razón a la recurrente**, en cuanto a la carencia de sustento que se advierte en la tesis planteada, referente a lo actuado por **Autoridad Nacional de Administración de Tierras**, al emitir el acto objeto de reparo, que en su opinión, es contrario a Derecho.

Tal y como se indicó en su momento, cabe destacar que la actora solo adujo como infringidas dos disposiciones, situación que permite a este Despacho realizar un examen por separado de dichas disposiciones.

De conformidad a la demandante, a través de la emisión del acto objeto de reparo se ha vulneró el artículo 52 (numeral 2) de la Ley 31 de 31 de julio de 2000, habida cuenta que, según ella, el Administrador General de la Autoridad Nacional de Administración de Tierras carecía de competencia para su emisión, análisis que este Despacho no comparte por las razones que a continuación pasamos a explicar.

En ese sentido, a fin de determinar si la **Autoridad Nacional de Administración de Tierras** resultaba competente para emitir el acto objeto de reparo, debemos hacer referencia a la Ley 59 de 8 de octubre de 2010, a través de la cual se creó esta institución **y se unifican las competencias de la Dirección General de Catastro, de la Dirección Nacional de Reforma Agraria, el Programa Nacional de Administración de Tierras y el Instituto Geográfico Tommy Guardia.**

En ese sentido, el artículo 1 de la Ley en mención establece lo siguiente:

“Artículo 1. Se crea la Autoridad Nacional de Administración de Tierras, identificada con las siglas ANATI, en lo sucesivo la Autoridad, **como única entidad competente del Estado** para regular y asegurar el cumplimiento y aplicación de las políticas, leyes y reglamentos **en materia de tierras** y demás bienes municipales, **independientemente de que sean de propiedad privada o propiedad estatal**, nacional o municipal, **bienes de uso o dominio público**, así como de las tierras indígenas o colectivas, y para recomendar la adopción de políticas nacionales relativas a estas materias o bienes.” (El resaltado es nuestro).

De lo anterior, se desprende con claridad que la **ANATI es la única entidad competente en materia de tierras a nivel nacional**, independientemente que estas sean propiedad estatal, propiedad privada o **que se trate de bienes de dominio público.**

En razón de lo anterior, aducir una supuesta falta de competencia, alegando que el área objeto de la concesión era un bien de uso o dominio público, y por tanto, solo podía disponerse del mismo a través del **Ministerio de Economía y Finanzas**, es un argumento que carece de sustento jurídico, habida cuenta que, tal y como lo establece el artículo en mención, la **Autoridad Nacional de Administración de Tierras**, sí tiene competencia sobre los bienes inmuebles que tengan esta condición.

En este punto, y solo a manera de aclaración, debemos resaltar que, de conformidad al artículo 258 de la Constitución Política de la República, pertenecen al Estado y **son de uso público y, por consiguiente, no pueden ser objeto de apropiación privada, entre otras cosas, la plataforma continental submarina, el lecho y el subsuelo marino;** tal y como ocurre en el caso que nos ocupa.

Por otro lado, en lo que respecta a la supuesta falta de competencia de la **ANATI**, derivada de la emisión del acto objeto de reparo, el cual, a consideración de la actora, debió, en todo caso, haber sido emitido por el Ministerio de Economía y Finanzas, habida cuenta que fue este quien suscribió originalmente el Contrato 245 de 5 de noviembre de 2001; constituye un análisis que se realiza sin tener en cuenta el contenido de la Ley 59 de 8 de octubre de 2010, la cual, al referirse a la **Autoridad Nacional de Administración de Tierras**, establece, en su artículo 1, que ella es la única entidad competente del Estado para regular y asegurar el cumplimiento y aplicación de las políticas, leyes y reglamentos en materia de tierras, haciendo especial referencia el artículo al que hacemos alusión, **a los bienes de uso o dominio público.**

En ese sentido, y encontrándose la Ley 59 de 8 de octubre de 2010, vigente al momento de la emisión del acto objeto de reparo, resultaba jurídicamente improcedente que el contenido de la Resolución ADMG-252-2016 del 15 de julio de 2016, fuese emitido por una autoridad distinta a la **ANATI**; aun y cuando el

contrato de concesión, haya podido haber sido suscrito por una autoridad distinta, **atendiendo a la normativa vigente del momento de su suscripción.**

En otro marco conceptual, y en lo que respecta a la supuesta violación de la **Cláusula 27 del contrato de concesión 245 de 5 de noviembre de 2001**, debemos reiterar que a la actora tampoco le asiste la razón en lo que respecta a este supuesto cargo de infracción.

De conformidad a la demandante, la actuación de la ANATI, al dictar la Resolución ADMG-252-2016 de 15 de julio de 2016, es violatoria de la Cláusula Vigésima Séptima del Contrato 245 de 5 de noviembre de 2001, habida cuenta que, según ella, en dicha cláusula se estableció que para la terminación del contrato, debía mediar un proceso arbitral (Cfr. foja 21 del expediente judicial).

En relación a lo anterior, si bien la Cláusula Vigésima Séptima del contrato de concesión contiene una cláusula arbitral, la cual habría de aplicarse en caso de dudas y controversias relativas al objeto, aplicación, ejecución, interpretación, validez, cumplimiento y terminación de dicho contrato; **la demandante omite hacer referencia a otra disposición que resulta de medular importancia en el caso que nos ocupa.**

En ese sentido, la Cláusula Décima Sexta del Contrato de Concesión 245 de 5 de noviembre de 2001, establece lo siguiente:

“DECIMA SEXTA: La Nación se reserva el derecho de resolver administrativamente el presente contrato de concesión por cualquiera de las causales señaladas a continuación:

1. El incumplimiento de las clausulas señaladas en este contrato.

...” (El resaltado es nuestro).

Como se observa, la cláusula arriba citada establece de manera taxativa que El Estado **se reservó el derecho de resolver administrativamente el Contrato de Concesión 245 de 5 de noviembre de 2001**, estableciendo una serie de

causales como condición para el ejercicio de este derecho, siendo, la primera de ellas, **el incumplimiento de las cláusulas señaladas en el contrato**, condición que sirvió de sustento para la emisión del acto objeto de reparo.

En este sentido, debemos insistir que, de una lectura del libelo de la demanda presentada por la actora, se desprende que la misma, omitió hacer referencia a la cláusula arriba citada, haciendo alusión únicamente a la disposición arbitral, a fin de sustentar sus pretensiones, de lo que se desprende que, en lo que respectaba a la rescisión del contrato, dicha decisión no se encontraba condicionada a que su decisión o declaratoria de nulidad, fuera avalada por un Tribunal Arbitral, ya que, como se ve, dicha discrecionalidad fue reservada por La Nación al momento de suscribir el contrato de concesión.

Por otro lado, debemos resaltar que fue precisamente el contenido del Contrato de Concesión 245 de 5 de noviembre de 2001, el cuerpo normativo que la entidad demandada utilizó como fundamento de derecho para la emisión del acto objeto de reparo.

En este sentido, y tomando en consideración el contenido de la Cláusula Décimo Sexta del contrato de concesión, la entidad demandada, el momento de emitir el acto objeto de reparo, sustentó su actuar, entre otras cosas, en lo siguiente:

“Sobre el particular, esta Autoridad es consciente que el Contrato 245 de 5 de noviembre de 2001, ha sido objeto de distintas acciones judiciales las cuales han sido resueltas a favor de la legalidad del Contrato 245 tal como consta en Sentencia del 30 de mayo de 2007 de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral de la Corte Suprema de Justicia y es precisamente ésta situación ajena a la voluntad del contratista conocida como teoría de la imprevisión y la aplicación del principio de equilibrio contractual, **lo que en su momento consideró el Ministerio de Economía y Finanzas para suscribir la Adenda 1 otorgándole a la concesionaria nuevos términos para la ejecución de la obra, es decir, nuevos plazos establecidos por la Adenda que a la fecha han sido incumplidos por la concesionaria.**”

Siendo esto así, tenemos que los hechos actualmente argumentados por la licenciada Arsenia Blake Villarreta fueron en su momento tomados en consideración al momento en que La Nación suscribe la Adenda 1 del Contrato 245, quedando evidenciada la voluntad del Estado en continuar con la concesión otorgada a favor de D.U.A.S.A., pero sujeto a los nuevos términos pactados en la cláusula octava según texto reformado.

...
 Pretender que la Teoría de la Imprevisión es una justificación ilimitada para no cumplir con el Contrato 245 y su Adenda 1, es un argumento que contradice el carácter definitivo y obligatorio de que están investidos los fallos de nuestra máxima Corporación de Justicia, ...

...
 Ante esta situación como puede la concesionaria a sabiendas de la legalidad confirmada del Contrato 245 según Sentencia de 30 de mayo de 2007 y luego de suscrita la Adenda 1, aun justificar su actual incumplimiento basado en la Teoría de la Imprevisión; lo cierto es que luego de suscrita la Adenda 1 de 28 de marzo de 2011, **han transcurrido cinco (5) años aproximadamente sin cumplir con la etapa 1 y el inicio de la etapa 2, por vencimiento del plazo concedido por la cláusula 8 texto modificado por la Adenda 1**" (Cfr. fojas 38 – 39 del expediente judicial).

De las constancias hasta ahora analizadas, así como del fragmento arriba transcrito podemos dar cuenta de dos situaciones que resultan de medular importancia en el caso que nos ocupa.

Si bien el Contrato 245 de 5 de noviembre de 2001, pudo haber sido objeto en algún momento de diversas acciones legales, no es menos cierto que, **en ningún momento, el mismo fue suspendido de manera provisional; motivo por el cual, jurídicamente, no existe justificación para que la sociedad beneficiaria de la concesión hubiese suspendido las labores derivadas de los compromisos adquiridos a través del contrato de concesión, como lo sugiere la actora.**

Por otro lado, y sin perjuicio a lo arriba indicado, aludiendo precisamente a los supuestos escollos legales experimentados, y amparándose en la *Teoría de la Imprevisión*, la actora solicitó al Ministerio de Economía y Finanzas el restablecimiento del equilibrio contractual existente al momento de la celebración

del contrato, **petición que fue acogida y se vio materializada a través de la Adenda 1 al Contrato de Concesión.**

En este contexto, resulta oportuno resaltar que son las cláusulas cuarta, séptima y octava del Contrato 245 de 5 de noviembre de 2011, las que específicamente hacen alusión a lo concerniente a la primera y segunda etapa, del proyecto, las que, refiriéndose a la etapa 1, establecen que la misma consiste en un área de relleno de fondo marino de 5 Has + 7,617.50 M2, con sus correspondientes infraestructuras básicas de servicios públicos, tales como comunicación vial, acueductos, alcantarillados, electricidad y conexión domiciliaria, entre otros trabajos; **los que debieron concluir a más tardar el 16 de junio de 2012, y que a la fecha no muestran ningún tipo de infraestructura básica.**

De igual forma, en lo que respecta a la etapa 2, consistente en la construcción de cuatro (4) edificios de apartamentos con locales comerciales con sus correspondientes calles y áreas de uso público de manera que forman un centro comercial turístico, **tenemos que, según lo expresó la entidad, en campo no se evidencia ningún tipo de construcción; trabajo que a más tardar debieron iniciar el 16 de junio de 2012.**

En este orden de ideas, debemos igualmente destacar que el concesionario no ha adjuntado documentación alguna que acredite la culminación de ninguna de las obras u etapas que estaba supuesto a entregar, omisión que permite concluir que el mismo, al día de la presentación de la demanda, **no ha cumplido con las obligaciones contenidas en el contrato de concesión, ni en la adenda.**

Por el contrario, a lo largo de los hechos de la demanda, **la apoderada judicial de la actora lo que ha tratado es de justificar su incumplimiento.**

En este punto deseamos hacer especial énfasis en que la *Teoría de la Imprevisión* no puede, ni deber, ser utilizada como un argumento desmedido por parte de los administrados, y en el caso que nos ocupa, por parte de la

concesionaria, para justificar la desatención a obligaciones contenidas, ya sea, en normas de carácter legal, o contractuales, tal y como se da en el caso que nos ocupa.

En este contexto, si bien en el desarrollo de una relación contractual se pueden dar situaciones de caso fortuito o fuerza mayor, estas deben ser debidamente acreditadas a fin que, se pueda reconocer, en favor de quien las alegue, consideraciones tendientes a mitigar las afectaciones que se hubiesen podido generar producto de alguna de estas dos condiciones.

Dicho lo anterior, no debemos perder de vista que nos encontramos ante un escenario en donde la concesionaria, decidió, **unilateralmente**, cesar, o como ella indica, reducir el ritmo, de trabajos y mejoras a los cuales ya les había sido aprobado un cronograma para su entrega, utilizando como fundamento, que contra el Contrato de Concesión 245 de 5 de noviembre de 2001, se interpusieron una serie de recursos legales, los que, debemos resaltar, ningún tuvo por resultado, el que se suspendiera provisionalmente su vigencia, ni efectos, ni las obligaciones que de él derivaban.

En este sentido, la *Teoría de la Imprevisión*, no puede ser utilizada como un argumento jurídicamente aceptable ante situaciones como esta; ya que, de ser así, estaríamos legitimando incumplimientos que, como en el caso que nos ocupa, obedecieron a una consideración personal y subjetiva del concesionario, **en perjuicio de La Nación y del plan de desarrollo de la provincia de Colón.**

Actividad Probatoria.

Con el objeto de acreditar las razones de hecho sobre las cuales descansa su demanda, las recurrentes adujeron durante la etapa correspondiente, entre otras pruebas, la copia autenticada de la Resolución ADMG-252-2016 del 15 de julio de 2016; copia de la Gaceta Oficial 24,464 de 4 de enero de 2002; entre otras.

Producto de lo antes indicado, y en consecuencia del material probatorio aportado, y no sustentatorio de la pretensión de las accionantes, este Despacho estima que en el presente proceso las recurrentes **no cumplieron con su obligación de probar los datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas en las que sustentan su pretensión, tal como lo exige el artículo 784 del Código Judicial**; deber al que se refirió la Sala Tercera en su Auto de 30 de diciembre de 2011, señalando en torno al mismo lo siguiente:

“La Corte advierte que, al adentrarse en el análisis del proceso, **la parte actora no ha llevado a cabo los esfuerzos suficientes para demostrar los hechos plasmados en sus argumentos... Adicional a ello, consta en el expediente, que la actora no ha demostrado interés real de suministrar y/o practicar las pruebas por ellos solicitadas, que pudieran reflejar resultados a su favor, contrario a lo expresado en el artículo 784 del Código Judicial.**

‘Artículo 784. **Incumbe a las partes probar los hechos o datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que le son favorables...**’ (La negrita corresponde a la Sala Tercera).

Al respecto del artículo transcrito, es **la parte actora quien debe probar que la actuación surtida por la Entidad emisora de la Resolución recurrida, así como sus actos confirmatorios, carecen de validez jurídica.**

Es oportuno en esta ocasión hacer alusión al jurista colombiano Gustavo Penagos, quien dice en relación a la carga de la prueba que: *‘en las actuaciones administrativas se debe observar los principios de la carga de la prueba, la cual corresponde a los acusadores’*. (PENAGOS, Gustavo. Vía Gubernativa. Segunda Edición. Ediciones Ciencia y Derecho. Bogotá, Colombia, 1995. Pág. 14).

En este mismo sentido, Jairo Enrique Solano Sierra, dice que *‘la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la acción corresponden al actor’*. (SOLANO SIERRA, Jairo Enrique. Derecho Procesal Administrativo y Contencioso. Vía Administrativa- Vía Jurisdiccional- Jurisprudencia-Doctrina. Primera Edición. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Santa Fe, Bogotá, D. C. Colombia, 1997. Pág. 399)...”

Sobre la base de las consideraciones de hecho y de Derecho antes expuestas, podemos concluir que la actuación de la entidad demandada no contraviene las disposiciones que se aducen infringidas; razón por la cual esta Procuraduría reitera respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL** la Resolución ADMG-252-2016 del 15 de julio de 2016, emitida por la **Autoridad Nacional de Administración de Tierras**, ni su acto confirmatorio, y pide se desestimen las demás pretensiones de la actora.

Del Señor Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Cecilia E. López Cadogan
Secretaria General, Encargada

Expediente: 601-16