



*República de Panamá*  
*Procuraduría de la Administración*

Panamá, 25 de noviembre de 2016.  
C-122-16.

Licenciada  
**Lisa Kam Williams**  
Secretaria Ad-Hoc  
Ministerio de Obras Pública  
E. S. D.

Licenciada Kam:

En atención a su Nota No. DM-AL-2444-2016 de 7 de noviembre de 2016, recibida el 17 del mismo mes, tengo a bien dirigirme a usted, para emitir el concepto de la Procuraduría de la Administración, como lo dispone el artículo 199 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, que regula el Procedimiento Administrativo General, en relación al recurso de revisión administrativa interpuesto por la licenciada **MARCIA NICOLE HERRERA MORGAN**, apoderada legal de la sociedad **NUEVO SANTIAGO MALL, S.A.**, en contra de la Resolución No. 046 de 7 de abril de 2016, que agota la vía gubernativa y confirma la Resolución No. 169 de 15 de septiembre de 2015, ambas dictadas por el Ministro de Obras Públicas.

**A. Antecedentes.**

El expediente contentivo del original de la Resolución No. 169 de 15 de septiembre de 2015, mediante la cual el Ministerio de Obras Públicas impuso sanciones a la promotora **NUEVO SANTIAGO MALL, S.A.**, inicia con la nota número DPV-157, fechada el 2 de marzo de 2015, en la que el ingeniero Moisés Gutiérrez, Director Provincial del Ministerio de Obras Públicas de la Provincia de Veraguas, le remite al arquitecto Jorge Abrego, Ingeniero Municipal del Distrito de Santiago, el informe relacionado con la gira que realizó al Proyecto Santiago Mall, específicamente cerca del Río Cuvibora, en el que informa que la promotora, **NUEVO SANTIAGO MALL, S.A.**, no ha canalizado el citado río, como aparece aprobado en los planos del proyecto, y sugiere adoptar varias acciones, entre ellas, ordenar la suspensión de la obra como medida de presión (Cfr. fs. 1 al 5, del expediente original).

El citado informe fue acompañado de varios anexos, entre los cuales se destacan la nota fechada el 31 de mayo de 2011 que el ingeniero Jorge Kiamko T., de la empresa Nuevo Santiago Mall, S.A., le dirige al ingeniero Raúl Arosemena, Director Regional del Ministerio de Obras Públicas de Veraguas, remitiéndole copias de los planos debidamente aprobados por el Ministerio de Obras Públicas sobre el mejoramiento del cauce el Río Cubivora, que atraviesa el lote donde se desarrolla el proyecto, y copia del estudio hidráulico, del citado río, que sirvió de anexo al plano aprobado por el Ministerio de Obras Públicas (Cfr. fs. 15), y la nota número DRV-082 de 22 de junio de 2015, en la que la ingeniera Sindy K. Solís A.,

comunica al ingeniero Oscar Chevalier, Ingeniero Residente del Proyecto Santiago Mall, que a la fecha no han cumplido con los trabajos indicados según los Planos aprobados por el Ministerio de Obras Públicas, dándole un plazo de tres (3) días hábiles para que inicie esos trabajos, recordándole que la Ley 11 de 2006, faculta al Ministerio de Obras Públicas a imponer multa que van desde B/.5,000.00 hasta B/.100.000.00 (Cfr. fs. 21) .

Consta también en ese expediente original, la nota número DNI-4121-15 de 20 de julio de 2015, suscrita por la ingeniera Giolis González, Directora Nacional de Inspección del Ministerio de Obras Públicas, en ese mismo sentido, es decir, comunicándole al Ministro, que la promotora no ha cumplido con los trabajos señalados en los planos aprobados, consistente en la canalización del Río Cubivora, y que mediante nota número DNI-4089 de 14 de julio de 2015, le habían notificado a la empresa que le iban a imponer una multa de Cincuenta Mil Balboas (B/.50,000.00), sin perjuicio de otras penalizaciones, sino tomaba las medidas correctivas (Cfr. fs. 22 y 23).

Importa señalar, que la nota número DNI-4089, que la ingeniera González cita en su comunicación, no consta en el expediente.

Luego de lo anterior, el Ministro de Obras Públicas dictó la Resolución No. 169 de 15 de septiembre de 2015, mediante la cual resolvió: (i) suspender temporalmente la obra Santiago Mall hasta tanto la promotora cumpla con lo establecido en los planos y especificaciones previamente aprobados; (ii) reiterar a la promotora la obligación de cumplir con los trabajos de canalización del Río Cubivora, en atención a lo indicado en los planos y especificaciones aprobadas; e (iii) imponerle multa de Cincuenta Mil Balboas (B/.50,000.00) por ejecutar la obra infringiendo los citados planos y especificaciones.

Contra esta Resolución, la sociedad **NUEVO SANTIAGO MALL, S.A**, por conducto de su apoderada legal, licenciada **MARCIA NICOLE HERRERA MORGAN**, interpuso, en tiempo oportuno, recurso de reconsideración, con el propósito de que fuera revocada en todas sus partes. No obstante, a través de la Resolución No. 046 de 7 de abril de 2016, el Ministro de Obras Públicas negó el recurso, y confirmó en todas sus partes la Resolución recurrida, razón por la cual la empresa sancionada interpuso recurso de revisión administrativa, invocando las causales contempladas en los literales “b” y “d” contenidos en el numeral 4 del artículo 166 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000.

En este estado, y por haberse cumplido con todos los requisitos de forma que prevé la Ley 38 de 31 de julio de 2000, se encuentra el caso para emitir concepto por parte de esta Procuraduría de la Administración.

#### **B. Las causales de revisión invocadas, los hechos y las pruebas.**

La recurrente invoca las causales establecidas en los acápites “b” y “d” contenidos en el numeral 4 del artículo 166 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000. La primera causal ocurre “cuando se condene a una persona a cumplir una prestación tributaria o económica, o una sanción por un cargo o causa que no le ha sido formulado” (cursivas de la Procuraduría); y la otra “cuando no se haya concedido a la persona que recurre oportunidad para presentar, proponer o practicar pruebas.” (cursivas de la Procuraduría).

Con respecto a la primera causal, la que aparece en el **literal “b”**, la revisionista relata en los hechos del libelo del recurso que en el expediente no consta en ninguna foja, documento o actuación alguna que diera formal inicio a un proceso administrativo en contra de **NUEVO SANTIAGO MALL, S.A.**, donde se le formulen cargos por el supuesto incumplimiento de los planos aprobados en el año 2011, y que la promotora no tuvo oportunidad plena y real de presentar lo descargos y/o practicar pruebas tendiente a demostrar el por qué no ha ejecutado la canalización del río, toda vez que no hubo oportunidad de presentar documentos o actuación que diera inicio formal al expediente administrativo, y tampoco hubo citación formal al representante legal de la sociedad (Cfr. hechos segundo y tercero del libelo).

Con respecto a la segunda causal invocada, la que aparece en el **literal “d”**, la recurrente aduce que, con el fin de respaldar el recurso de reconsideración, la empresa presentó una nota fechada el 23 de diciembre de 2015, recibida el 5 enero de 2016, dirigida al ingeniero Cresencio Pomares, Director de Estudios y diseños del Ministerio de Obras Pública, acompañado de un Estudio Hidrológico y los planos correspondientes, que sustentan científicamente que no es necesario la canalización del Río Cubivora, pero esos documentos le fueron devueltos, señalándole que el proyecto ya había sido aprobado y que se mantenía vigente, por lo cual no fue tomado en cuenta, dejando a la revisionista en total indefensión (Cfr. hecho tercero del libelo).

### **C. Concepto de la Procuraduría de la Administración.**

Analizados los antecedentes enunciados, la Procuraduría entra a emitir su concepto.

La Ley 35 de 30 de junio de 1978, “Por la cual se reorganiza el Ministerio de Obras Públicas”, como quedó modificada por la Ley 11 de 27 de abril de 2006, en su artículo 3, le atribuye a ese Ministerio las funciones de “ordenar la suspensión y/o demolición total o parcial, de obras que se estén ejecutando, en violación de los planos que cuenten con las aprobaciones correspondientes, en las materias que competen a la aprobación del Ministerio de Obras Públicas”, e “Imponer multas de Cinco Mil Balboas (B/.5,000.00) a Cien Mil Balboas (B/.100,000.00), según la gravedad de la falta, la cual será definida en la reglamentación respectiva...” (Cfr. literales “m” y “o” de dicho artículo 3).

De acuerdo a estas competencias, el Ministerio de Obras Públicas está facultado para ordenar la suspensión total o temporal de una obra e imponer multa hasta por Cien Mil Balboas (B/. 100,000.00) al infractor, pero es indudable que la adopción de alguna de estas medidas, debe estar precedida del contradictorio donde se formulen los cargos y se le dé oportunidad al supuesto infractor, a realizar sus descargos y presentar o aducir pruebas. Es decir, debe cumplirse con el procedimiento especial que regule la materia, o en su defecto, con el procedimiento general establecido en la Ley 38 de 2000.

Si bien es cierto que la Ley 35 de 1978 le atribuye competencias al Ministerio de Obras Públicas para realizar las funciones descritas en los párrafos que anteceden, también lo es que esta Ley no regula el procedimiento para sancionar a los presuntos infractores, pero sí lo faculta para que dicte la reglamentación correspondiente, para el cumplimiento de sus fines, según se destaca en los literales “o” y “p” del citado artículo 3.

En ejercicio de esta facultad, mediante Resolución No. 068-06 de 5 de julio de 2006, el Ministro de Obras Públicas reglamentó la Ley 35 de 1978, y entre otras cosas, tipificó las infracciones y estableció las sanciones, pero no reguló el procedimiento para imponerlas, pero esta circunstancia no debe servir de fundamento para aplicar las sanciones previstas en la mencionada Ley 35 de 1978, sin haberle dado oportunidad al sancionado de presentar sus descargos y pruebas.

Sobre el particular, la Ley 38 de 31 de julio de 2000, que regula el Procedimiento Administrativo General, señala en su artículo 34, los principios que deben regir en toda actuación administrativa, entre los cuales se encuentra el debido proceso. Dice así la norma:

*“Artículo 34. Las actuaciones administrativas en todas las entidades públicas se efectuarán con arreglo a normas de informalidad, imparcialidad, uniformidad, economía, celeridad, y eficacia, garantizando la realización oportuna de la función administrativa, sin menoscabo del debido proceso legal con objetividad y con apego al principio de estricta legalidad. ...”* (cursivas de Procuraduría).

En el caso que nos atañe, observamos que la Resolución No. 169 de 15 de septiembre de 2016, mediante la cual se ordenó la suspensión temporal de la obra y se le impuso multa de Cincuenta Mil Balboas (B/.50,000.00) a la empresa promotora del proyecto **NUEVO SANTIAGO MALL, S.A.**, va antecedida de una serie de documentos internos de la administración (Ministerio de Obras Públicas), pero ninguno de ellos le da inicio formal a un proceso sancionatorio, ni revisten las características de *“formulación de cargos”*, ni siquiera el informe elaborado por el ingeniero Moisés Gutiérrez, Director Provincial del Ministerio de Obras Públicas de la Provincia de Veraguas, ni la Nota DRV-082 -15 de 22 de junio de 2015, antes citada.

La frase *“por un cargo o causa que no ha sido formulado”* empleada en la primera causal invocada, exige cumplir con las fases del proceso, las cuales son la instructora, donde precisamente se formulan los cargos, se presentan los descargos, se propone la práctica de pruebas que el procesado considere conveniente para su defensa, siempre con relación a los hechos que se le formulan; y la sancionadora - o más bien resolutoria, puesto que no necesariamente el proceso debe concluir con una sanción -, donde el órgano competente dicta resolución sancionando si se han acreditado los hechos.

En el caso que ocupa nuestra atención, se puede observar que a la sociedad **NUEVO SANTIAGO MALL, S.A.**, no se le formuló cargos de manera formal, ni se le dio oportunidad de presentar sus descargos y proponer las pruebas que consideraba conveniente para su defensa, sino que se dictó la resolución sancionadora (segunda fase), saltándose la primera (donde se produce el contradictorio), situación que acarrea que se haya configurado la primera causal invocada.

Por otra parte, consta en el recurso de reconsideración, visible a fojas 61 del cuadernillo, que la recurrente presentó como prueba, copia de la nota fechada el 23 de diciembre de 2015, mencionada en los antecedentes, y el Registro de Control No. 1308 del año 2016, del Departamento de Revisión de Planos del citado Ministerio, pero resulta que estas pruebas no fueron tomadas en cuenta para determinar si ciertamente, ya no era necesario canalizar el Río Cubivora, como lo afirmaba la recurrente.

Por las consideraciones antes expuestas, y luego del análisis de las consideraciones fácticas y jurídicas que rodean el caso; de los documentos que constan en el cuadernillo del recurso de revisión administrativa y en el expediente principal, el criterio de la Procuraduría de la Administración es que efectivamente se ha acreditado la ocurrencia de las dos causales invocadas, razón por la cual opina que debe **declararse fundado** el recurso de revisión administrativa interpuesto por la recurrente, y en consecuencia, declarar probadas las causales contenidas en los literales "b" y "d" del numeral 4 del artículo 166 de la Ley 38 de 2000, conforme fueron planteadas en el citado recurso, y en consecuencia **se debe revocar** la Resolución No. 046 de 7 de abril de 2016, y el acto original contenido en la Resolución No. 046 de 7 de abril de 2016, ambas dictadas por el Ministro de Obras Públicas.

Con el presente escrito que contiene el concepto de esta Procuraduría, le devolvemos los documentos y los planos que usted nos hizo llegar con la nota número. DM-AL-2444-2016, antes citada, en la misma forma que los identifica, a saber:

1. Expediente administrativo de la multa a la sociedad Nuevo Santiago Mall, S.A., que consta de ochenta y seis (86) fojas útiles;
2. Expediente de revisión administrativa presentado por la sociedad Nuevo Santiago Mall, que consta de ciento noventa y ocho (198) fojas útiles; y
3. Ocho (8) hojas de planos.

Atentamente,

  
Rigoberto González Montenegro  
Procurador de la Administración



Adj/lo indicado

*La Procuraduría de la Administración sirve a Panamá, lo sirve a ti.*