

Panamá, 30 de enero de 2002.

Ingeniero

RICARDO R. ANGUIZOLA M.

Administrador General

Autoridad Nacional del Ambiente

E. S. D.

Ingeniero Anguizola:

Cumpliendo con nuestras funciones constitucionales y legales de servir de consejera jurídica de los funcionarios administrativos, procedemos a absolver su consulta, distinguida con la Nota AG-2120-2001 de fecha 5 de noviembre del 2001 y recibida en este Despacho el 7 de noviembre del mismo año, relacionada con la transferencia de las concesiones permanentes para uso de aguas que otorga la Autoridad Nacional del Ambiente. Específicamente, expone la siguiente interrogante:

"¿Cuáles deben ser las acciones que deberá tomar la Autoridad Nacional del Ambiente, para no infringir la Ley y mucho menos perjudicar al usuario que suscribió un contrato de buena fe con esta Autoridad?"

Antecedentes:

Usted expresa en su nota que la Autoridad Nacional del Ambiente (en adelante ANAM) confronta actualmente una situación especial consistente en la

solicitud hecha por las empresas que se dedican a explotar concesiones para la generación hidroeléctrica sobre la posible transferencia de sus concesiones permanentes para uso de aguas.

La situación es especial por razón de que el artículo 35 del Decreto Ley N°35 de 1966 establece que la "...Concesión permanente para uso de aguas, o descargar aguas usadas, es una autorización mediante la cual se le garantiza al usuario el derecho al uso de aguas con carácter permanente pero no transferible..."

Pese a lo señalado en el artículo arriba citado, Usted señala que el INRENARE, (hoy ANAM), ha suscrito contratos de concesiones permanentes para uso de aguas con diversas empresas, en los cuales se pactó que "...la concesión no puede ser cedida a un tercero sino con expresa autorización de la ANAM..."

De igual forma manifiesta que las empresas concesionarias han solicitado a la ANAM que autorice la transferencia de su concesión permanente de aguas, fundamentándose en el Contrato de Concesión y que tal transferencia se hace necesario para incluir la concesión para uso de aguas entre los bienes que garantizan su deuda con aquellas instituciones que le estén financiando sus proyectos.

Esgrimen los concesionarios, a guisa de ejemplo de lo solicitado, que el Ente Regulador de los Servicios Públicos en el Contrato de Concesión suscrito con ellos, les confiere la libre disponibilidad de los bienes objetos de la concesión (cláusula 8ª. del Contrato).

Nuestra Opinión:

Antes de emitir nuestra opinión, consideramos oportuno determinar cuál es la normativa vigente que regula las concesiones de aguas, tema central de su consulta.

Veamos:

En primer lugar, hemos revisado cuidadosamente toda la documentación que Vuestro Despacho adjuntó a la consulta, la cual guarda íntima relación con el tema en cuestión.

Asimismo, hemos consultado la Ley N°12 de 25 de enero de 1973, que creó el Ministerio de Desarrollo Agropecuario(MIDA), la Ley N°21 de 16 de diciembre de 1986, así como la Ley N°41 de 1° de julio de 1998 que instituyó la Autoridad Nacional del Ambiente (ANAM).

Efectivamente, el Decreto Ley N°35 de 22 de septiembre de 1966 reglamentó el uso o explotación de las aguas en la República, enmarcando su aprovechamiento conforme al **interés social** y definiéndolos como **bienes de dominio público** del Estado, de aprovechamiento libre y común.

Esta normativa caracterizó sus disposiciones como de orden público e interés social abarcando todas las aguas que se utilizaren para fines domésticos y de salud pública, agrícola y pecuaria, industriales y cualquier otra disposición.

Este Decreto Ley N°35 de 1966 creó una dependencia denominada Comisión Nacional de Aguas dentro del Ministerio de Agricultura, Comercio e Industrias, cuyo propósito era el de aplicar y desarrollar las disposiciones de este Decreto Ley.

El artículo 15 de esta excerta estableció que el derecho de aguas podía ser adquirido solo mediante

permiso o concesión para uso provechoso, calificando el uso provechoso de aguas "como aquel que se ejerce en beneficio del concesionario y es racional y cónsono con el interés público y social". (art.16).

El artículo 16 mencionado, desarrolla el contenido del artículo 256 de la Constitución Política, el cual señala que "...las concesiones para la explotación del suelo, subsuelo, de los bosques y para la utilización del agua, de medios de comunicación o transporte y de otras empresas de servicio público, se inspirarán en el **bienestar social y el interés público...**" (las negritas son nuestras)

El derecho a usar aguas o descargar aguas usadas puede ser adquirido:

- a) por permiso;
- b) por concesión transitoria; y
- c) por concesión permanente.

Nos limitaremos a analizar el artículo 35 que trata sobre la concesión permanente:

"Artículo 35. Concesión permanente para uso de aguas, o descargar aguas usadas, es una autorización mediante la cual se le garantiza al usuario el derecho al uso de aguas con carácter permanente **pero no transferible.**" (resalta la el Decreto Ley)

La consulta envuelve la necesidad de adentrarse en el por qué esta concesión permanente no es transferible. A nuestro juicio, el carácter intransferible del bien dado en concesión, o sea, las aguas, responde a su naturaleza de bienes de

dominio público, destinados a satisfacer el interés social.

La Constitución Política en su artículo 255 enumera los bienes del Estado de dominio público, entre los cuales se encuentran las aguas.

Veamos:

"Artículo 255. Pertenecen al Estado y son de uso público y, por consiguiente, no pueden ser objeto de apropiación privada:

1. El mar territorial y las aguas lacustres y fluviales; las playas y riberas de las mismas y de los ríos navegables, y los puertos y esteros. Todos estos bienes son de aprovechamiento libre y común, sujetos a la reglamentación que establezca la Ley.
2. Las tierras y las aguas destinadas a servicios públicos y a toda clase de comunicaciones.
3. Las tierras y las aguas destinadas o que el Estado destine a servicios públicos de irrigación, de producción hidroeléctrica, de desagües y de acueductos.
4. El espacio aéreo, la plataforma continental submarina, el lecho y el subsuelo del mar territorial.
5. Los demás bienes que la Ley defina como de uso público.

..."

Los bienes de dominio público se encuentran sujetos a un régimen jurídico de derecho público y, como lo señala el artículo 255 de la Constitución Política, no son susceptibles de enajenación.

Entre las características que distinguen a los bienes de dominio público, del resto de los bienes patrimoniales del Estado, tenemos la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad.

La primera característica mencionada, hace referencia a la prohibición de disponer de un bien de dominio público mientras está afectado a un fin de utilidad pública. En el caso de las aguas, la Constitución Política establece que no están sujetas a apropiación privada, y, además, que su uso por parte de los particulares deberá cimentarse en el bienestar social y el interés público.

La imprescriptibilidad de los bienes de dominio público supone que, "...frente a la posibilidad de la adquisición de la propiedad de los bienes privados ajenos por quien los posee durante un cierto tiempo..., los bienes de dominio público no pierden esa condición, ni la Administración su titularidad, cualquiera que fuere el tiempo de posesión por los particulares."¹

En cuanto a la inembargabilidad, señala el tratadista Ramón Parada en la obra ya citada, que los bienes de dominio público por su carácter extracomercial, prohíben que los mismos puedan servir de garantía hipotecaria, pues "...ambas figuras, embargo e hipoteca, en cuanto vinculan determinados bienes al cumplimiento de una

¹ Parada, Ramón. Derecho Administrativo. Tomo III. Octava Edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid. España. 2000.

obligación, pueden originar, si aquella obligación no se cumple, una venta forzosa de los bienes embargados o hipotecados..."²

Agrega este autor, que "...la inalienabilidad hay que entenderla en sentido amplio, como obstáculo insuperable frente a todo tipo de disposición, tanto de la propiedad como de todas sus virtualidades y poderes, impidiendo por ello la constitución de derechos reales limitados de goce sobre el dominio público..."

En resumen, los bienes de dominio público en razón de su naturaleza y destino, se consideran bienes destinados al uso permanente de la colectividad, y, por tanto, inalienables e imprescriptibles. No obstante, estos bienes pudieran ser objeto de relaciones jurídicas que generen derechos de uso especial o compatible con la naturaleza y destino de uso público de la cosa. La fórmula jurídica que permite un uso diferente es mediante el "permiso" o la "concesión".

Lo cierto es que, en materia de concesiones administrativas, el derecho del concesionario a transferir las mismas está sujeto a lo dispuesto en la ley y en el caso que nos ocupa, el Decreto Ley 35 de 1966, que regula el "Uso de las Aguas", ha dispuesto que las concesiones permanentes para uso de aguas son intransferibles.

En este sentido es válido recordar que la Autoridad Nacional del Ambiente (ANAM), como entidad rectora del Estado en materia de recursos naturales y del ambiente, tiene la **obligación de asegurar el cumplimiento y aplicación de las leyes**, los reglamentos y la política nacional del ambiente (art.5), siendo parte de esta obligación el

² Op.cit. pág 94

cumplimiento del Decreto Ley N°35 de 22 de septiembre de 1966 antes mencionado, el cual es complementario a la Ley 41 de 1998, según lo dispone el artículo 129 de esta última excerta.

Nosotros compartimos la opinión de la Dirección Jurídica de la ANAM cuando señala que la cláusula en donde se permite la transferencia de la concesión de aguas es nula, y, por lo tanto, no obliga a la ANAM, así como tampoco puede generar ningún derecho o expectativa por parte del concesionario, conforme a lo dispuesto en el artículo 5 del Código Civil, que preceptúa: **"...Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor,** salvo en cuanto ella misma disponga otra cosa o designe expresamente otro efecto que el de la nulidad para el caso de contravención..." (las negritas son nuestras)

El Decreto Ley N°35 de 1966, en ninguno de sus artículos contempla la excepción a la que alude el artículo citado, por tanto prevalece la premisa de la nulidad de los actos que prohíbe la Ley.

En el caso que nos ocupa, estamos ante un "Contrato de Concesión", al cual le es aplicable primeramente las normas de derecho administrativo, y, de manera supletoria, las disposiciones del Código Civil en materia de contratos.

En cuanto al elemento de la buena fe por parte del concesionario, al cual hace referencia en su nota, nos permitimos indicar que la buena fe no puede ser tomada en cuenta para ir más allá de lo que permite la Ley. En este caso, en particular, la buena fe del concesionario no le da el derecho a la transferencia del bien objeto de concesión cuando existe una ley que prohíbe la misma, ya que la misma Constitución Política establece que los bienes de dominio público no son objeto de apropiación privada.

Así pues, observamos que el artículo 1106 del Código Civil, con nítida claridad indica que "...Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, **siempre que no sean contrarias a la ley, a la moral ni al orden público...**" (las negritas son nuestras)

En consecuencia, el argumento del principio de la buena fe por parte del concesionario, no puede convalidar una cláusula que a todas luces es ilegal, donde el objeto del contrato, como ya lo hemos señalado, es un bien de dominio público, cuya característica fundamental es la inalienabilidad.

Para finalizar, consideramos oportuno aclarar, que el Contrato de Concesión celebrado por las empresas que Usted menciona con el Ente Regulador de los Servicios Públicos tiene como objeto la generación de energía a través de una central hidroeléctrica.

Para la explotación de dicho derecho se hace necesario ciertos bienes que el Contrato de Concesión ha denominado "Bienes del Complejo", definidos como los bienes directamente afectados al represamiento y evacuación de las aguas y a la generación y transformación de electricidad, operación, mantenimiento y seguridad del Complejo Hidroeléctrico y, en general, todos los edificios e instalaciones ubicados dentro del Complejo Hidroeléctrico, salvo aquellos que expresamente se identifiquen como bienes propios.

El Contrato agrega, que el dominio (disposición) de los Bienes del Complejo se encuentra sujeto a restricciones. En tanto que, los bienes propios, identificados como bienes del concesionario, su dominio no se encuentra sujeto a restricciones.

Como podemos señalar, los bienes mencionados son objeto de disposición del concesionario, aunque los del Complejo mantienen ciertas restricciones que el mismo Contrato de Concesión establece.

Situación distinta es la planteada por Usted, con relación a la transferencia de la concesión para uso de aguas, como bien objeto de la concesión garantizador de empréstitos financieros, cuando ya hemos señalado que las aguas como tal no pueden considerarse como bienes susceptibles de enajenación por parte de los particulares, pues su conservación y uso es de interés social, siendo condicionado el uso de las mismas a la disponibilidad del recurso y a las necesidades reales del objeto a que se destinan.

Concluimos indicando, que las actuaciones de la Autoridad Nacional del Ambiente deben estar ceñidas a la estricta legalidad y los contratos que suscriban para las concesiones para usos de aguas deben estar conforme a las normas que las regulan.

De esta forma, damos respuesta a su interesante consulta, esperando que nuestra opinión le sea de utilidad,

Atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/12/hf.