

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 1145

Panamá, 12 de octubre de 2017

**Proceso Contencioso
Administrativo de Plena
Jurisdicción.**

El Licenciado Ramón Alberto Palacios Tejada, actuando en representación de la sociedad **Hidroecológica Gualaquita, S.A.**, solicita se declare nula, por ilegal, la Resolución DM-0436-2015 de 20 de octubre de 2015, emitida por el **Órgano Ejecutivo, por conducto de la Ministra de Ambiente**, el acto confirmatorio y que se hagan otras declaraciones.

Alegato de conclusión.

**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, quien representa los intereses de la Administración Pública, dentro del proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción descrito en el margen superior; oportunidad procesal que nos permite reiterar lo expresado en nuestro escrito de contestación de la demanda, al afirmar que no le asiste la razón a la empresa demandante **Hidroecológica Gualaquita, S.A.**, en lo que respecta a su pretensión dirigida fundamentalmente a lograr que la Sala Tercera declare que es nula, por ilegal, la Resolución DM-0436-2015 de 20 de octubre de 2015, emitida por el **Órgano Ejecutivo, por conducto de la Ministra de Ambiente**, así como el acto confirmatorio contenido en la Resolución número 0379-2016 de 4 de julio de 2016, proferida por la misma autoridad, y que se hagan otras declaraciones.

I. Antecedentes.

La Autoridad Nacional del Ambiente, hoy Ministerio de Ambiente, suscribió con la empresa **Hidroecológica Gualaquita, S.A.**, Contrato de Concesión de Uso de Agua 066-2009, no obstante, la empresa no cumplió con las obligaciones contractuales contraídas con el Estado panameño en el referido contrato, toda vez que la misma no hizo uso provechoso del recurso hídrico concesionado al no construir las obras de infraestructura correspondiente en el término señalado por la Ley, según se constata en los Informes de Inspección de Verificación Anual de Uso de Agua que dicha entidad estatal realizó. Ante tales circunstancias, la Ministra de Ambiente declaró prescrito el Contrato de Concesión en referencia, mediante el acto administrativo consistente en la Resolución DM-0436-2015 de 20 de octubre de 2015, cual cual fue confirmada mediante la Resolución DM-0379-2016 de 4 de julio de 2016, proferida por la misma autoridad.

II. Reiteración de descargos de la Procuraduría de la Administración, en representación de la entidad demandada.

En esta oportunidad procesal debemos reiterar que la lectura del expediente judicial se observa que mediante la Resolución DM-0436-2015 de 20 de octubre de 2015, emitida por el **Ministerio de Ambiente** declaró prescrito el Contrato de Concesión de Uso de Agua 066-2009, suscrito entre esa entidad y la sociedad **Hidroecológica Gualaquita S.A.**, en razón que se consideró, de acuerdo a diversos informes de verificación anual de uso de agua, que la empresa concesionaria no ha hecho uso provechoso del recurso hídrico y no ha construido obra de infraestructura alguna para uso del recurso (Cfr. fojas 63 a 64 del expediente judicial).

El tema de las aguas que la Nación panameña destina a los servicios públicos de producción hidroeléctrica, es una importante política de Estado, hasta el punto que Constitución Política de la República de Panamá, vigente a la fecha,

la protege dentro del Título IX (La Hacienda Pública), Capítulo I (Bienes y Derechos del Estado), siendo considerada como bienes del Estado Panameño. En tal sentido, de acuerdo al artículo 258 de la Constitución Política de la República de Panamá de 1972, con sus respectivas reformas, señala los bienes que pertenecen al Estado y que no pueden ser objeto de apropiación privada:

“Artículo 258. 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. En todos los casos en que los bienes de propiedad privada se conviertan por disposición legal en bienes de uso público, el dueño de ellos será indemnizado.”

En atención a lo dispuesto por el constituyente patrio, en el sentido que a pesar que los bienes de uso público no son susceptibles de ser objeto de apropiación privada, los mismos pueden ser otorgados en concesión a particulares, de acuerdo al principio de bienestar social e interés público que establece el artículo 259 de la Carta Constitucional:

“Artículo 259. Las concesiones para la explotación del suelo, del subsuelo, de los bosques y **para la utilización de agua**, de medios de comunicación o transporte y de otras empresas de servicio público, **se inspirarán en el bienestar social y el interés público.**” (Lo resaltado es nuestro).

El artículo 259 de la actual Constitución Política, bastante similar al artículo 211 de la Constitución de 1946, instrumento vigente al momento de promulgarse el Decreto Ley 35 de 22 de septiembre de 1966, mediante el cual se reglamenta el

uso de las aguas, no obstante el artículo constitucional vigente agrega principio de **bienestar social y el interés público** como elemento a considerar para la concesión de bienes del Estado.

Para analizar en la esfera jurisdiccional el presente proceso, es necesario iniciar considerando la noción de “**bienestar social**” y de “**interés público**” que por mandato constitucional, deben inspirar las concesiones para la utilización de agua para la producción hidroeléctrica, las cuales pertenecen al Estado y son de uso público y, por consiguiente, no pueden ser objeto de apropiación privada.

La noción de **interés público o general**, es definido por el Diccionario del Español Jurídico, editado por la Real Academia Española de la Lengua y el Consejo General del Poder Judicial (primera edición, Barcelona, 2016) como: **“Concepto que resume las funciones que se encomienda constitucionalmente a los poderes públicos y que concierne a valores y objetivos que trascienden los intereses concretos de ciudadanos o grupos. La Administración sirve con objetividad los intereses generales.”** (Lo resaltado es nuestro).

En 1966, el Presidente de la República en uso de las facultades que la Constitución le confería, y especialmente la que le otorgó el ordinal 21 del artículo 1 de la Ley 8 de 1 de febrero de 1966, una vez escuchado el concepto favorable del Consejo de Gabinete, con aprobación de la Comisión Legislativa Permanente de la Asamblea Nacional, consideró la necesidad de reglamentar el uso y explotación de las aguas del Estado, para su aprovechamiento conforme al interés social, **y así procurar el máximo bienestar público en la utilización, conservación y administración de las mismas**, para lo cual, se expidió el Decreto Ley en referencia.

El artículo 32 del Decreto Ley 35 de 22 de septiembre de 1966, señala que el derecho a usar aguas o a descargar aguas usadas puede ser adquirido por

permiso; por concesión transitoria; o por concesión permanente. Así las cosas, el artículo 35 de la referida excerta señala:

“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.”

Al tener claridad de la vertiente asumida por el Derecho Público panameño, veamos el tema de los contratos administrativos de concesión.

En primer término, es necesario destacar que los contratos administrativos difieren de los civiles, toda vez que el objeto de las contrataciones públicas tiene como objeto la satisfacción de una necesidad pública por parte de las entidades gubernamentales, al mismo rigen una serie de principios y criterios que no son propios del ámbito del Derecho Civil o Privado. Entre estos principios, se encuentran las llamadas “clausulas exorbitantes”, de la cual la Honorable Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, se ha referido en la Sentencia de 22 de julio de 2002, cuando expresó:

“Es claro que estamos ante un contrato administrativo el cual presenta definitivamente características particulares que lo diferencian de los contratos civiles. Una de ellas es la existencia de cláusulas exorbitantes, que si bien no son estipulaciones contractuales, sí están inmersas tácitamente en este tipo de contratación, situación que obedece a la finalidad de realización de una obra o servicio público a que responden los contratos administrativos. Existe, pues, una situación de desigualdad jurídica a favor de la Administración, como gestora del interés público, que conlleva la posibilidad de adopción de medidas unilaterales relacionadas, entre otras, con la interpretación y resolución de los contratos. No obstante, debe quedar claro que ello no es absoluto, dado que el ejercicio de esas facultades exorbitantes se dan en la medida que se ajusten a las normas jurídicas por las que se rige, tal como sucedió y quedó en evidencia en este caso.” (sic) (Lo resaltado es nuestro).

El insigne jurista colombiano, Libardo Rodríguez, en su obra Derecho Administrativo General y Colombiano, explica así la figura: *“Desde este punto de vista, se dijo que un contrato de la administración era administrativo cuando contenía una o más cláusulas exorbitantes. Se dice que la cláusula exorbitante es aquella ‘derogatoria del derecho común’, pero es evidente que esta expresión no le da mayor precisión ni claridad al concepto. Actualmente, puede decirse que el concepto de cláusula exorbitante se refiere a aquella que es extraña a los contratos entre particulares. Pero esa extrañeza a los contratos entre particulares puede obedecer a varias ideas: que la cláusula sea imposible de incluir en un contrato privado, es decir, que sería ilegal en un contrato de esa naturaleza; que la cláusula otorgue prerrogativas de poder público, ya sea a la administración frente al contratista, ya sea el contratista frente a terceros; finalmente que la cláusula ‘lleve grabada por consideraciones de interés general imposibles de manifestarse en los contratos entre particulares.’”* (Libardo Rodríguez Rodríguez, Derecho Administrativo General y Colombiano, Editorial Temis, 13ra. ed., Bogotá, 2002, p.355).

En la Sentencia de 4 de enero de 2011, la Sala Tercera señaló a propósito de lo anterior:

“Elizabeth Iñiguez de Salinas en su obra ‘Contratos Administrativos’ define los mismos como ‘el acuerdo de voluntades generador de obligaciones y derechos, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen con otro órgano administrativo o con un particular o administrado **para satisfacer finalidades públicas**’.

Se dice que para que un contrato administrativo se configure como un negocio contractual, es necesario que cumpla con ciertos rasgos distintivos esenciales; entre ellos, podemos destacar los relativos a su juridicidad, su bilateralidad y contractualidad, **la desigualdad de sus partes, su formalidad, su régimen jurídico exorbitante del derecho privado**, y, sobre todo, su finalidad.” (Lo resaltado es nuestro).

A efectos de determinar la legalidad de la Resolución impugnada en sede jurisdiccional, es necesario tomar en consideración que dicha entidad declaró la prescripción del Contrato de Concesión de Uso de Aguas, suscrito por esa entidad con la empresa **Hidroecológica Gualaquita, S.A.**, en razón de la causal establecida en el artículo 43 del Decreto Ley 35 de 22 de septiembre de 1966, es decir, que señala que **prescribirá la concesión cuando se deje de destinar todas o parte de las aguas a un uso provechoso durante dos (2) años consecutivos**. En tal caso, **el derecho para utilizar las aguas no usadas revertirá al Estado** y éstas vendrán a ser aguas disponibles para otros concesionarios.

En tal sentido, la resolución impugnada en la presente demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción, **se fundamenta en que el concesionario dejó de destinar todas o parte de las aguas a un uso provechoso durante dos (2) años consecutivos**.

El uso provechoso que previene la legislación vigente sobre el uso de aguas (Decreto Ley 35 de 1966), implica que las mismas sean utilizadas **de manera que irradie un beneficio o utilidad para las personas**.

Consta en el expediente administrativo el Informe de Inspección de Verificación Anual de Uso de Aguas, levantado por personal del Departamento de Gestión Integrada de Recursos Hídricos de la Dirección Nacional de Gestión Integrada de Cuencas Hidrográficas del **Ministerio de Ambiente**, Administración Regional de Chiriquí, el que revela que luego de la visita in situ (en el sitio) correspondiente al proyecto hidroeléctrico en mención, se determinó la no construcción alguna en el lugar, así como la no utilización del agua concesionada.

De lo anterior, efectivamente se puede constatar que desde el refrendo del Contrato de Concesión de Uso de Aguas 066-2009, realizado por la Contraloría General de la República a la fecha de la Inspección de Verificación Anual de Uso

de Aguas, la empresa **Hidroecológica Gualaquita, S.A.**, incumplió la obligación establecida en el contrato respectivo, consistente en la utilización del caudal concesionado sólo para los fines establecidos en el mismo.

De igual forma, dentro de la copia debidamente autenticada del expediente administrativo aportado por el Ministerio de Ambiente con el respectivo informe de conducta, no existe constancia ni evidencia alguna que la empresa **Hidroecológica Gualaquita, S.A.**, hubiese presentado o solicitado a la autoridad competente, justificación alguna por el cual la misma haya dejado de utilizar las aguas otorgadas en concesión, a efectos de producirse la prórroga que establece la Ley, antes que la entidad emitiese el acto administrativo hoy demandado.

En efecto, a todo lo largo del referido expediente administrativo, no existe constancia alguna que la empresa demandante haya realizado acciones para concretizar la construcción del proyecto Hidroeléctrico en referencia, razón por la cual, en su momento se le otorgó la concesión de uso de aguas.

Luego de la anterior consideración, veamos los argumentos del abogado accionador en sede de legalidad.

De acuerdo al apoderado judicial de la empresa recurrente, el mismo alega la supuesta infracción del artículo 1107 del Código Civil que a la letra señala:

“Artículo 1107. La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.”

Como lo señalamos al contestar la demanda dentro del presente proceso, la sociedad demandante estima que la norma ha sido infringida por **violación directa e indebida interpretación y aplicación.**

Esta Procuraduría de la Administración discrepa de la afirmación del demandante por las siguientes razones:

En primer término, los conceptos de la infracción, que tradicionalmente señala la doctrina y la jurisprudencia de la Sala Tercera son violación directa (la

cual puede ser por comisión u omisión), indebida aplicación e interpretación errónea. El profesor Heriberto Araúz en su obra Curso de Derecho Procesal Administrativo, explica claramente los conceptos:

“1. Violación Directa.

Por comisión: ocurre cuando al aplicar la ley, se desconoce un derecho, establecido en forma clara en la disposición. En otras palabras, cuando el acto impugnado establece una cosa u orden contrario a lo que preordena la ley.

Por omisión: ocurre cuando se deja de aplicar una norma legal aplicable a un caso concreto. La administración actúa ignorando o desconociendo el derecho.

2. Indebida Aplicación.

Este concepto se da en aquellos casos en que cuando una norma clara, se aplica a un caso o hecho que ella no regula. La administración en estos decidió un caso o aplicando una norma o ley que no regula o se aplica al caso controvertido. La norma viene así traída de los cabellos a resolver un caso para el cual seguramente existe otra norma directamente aplicable.

3. Errónea Interpretación.

En este concepto no se trata de la aplicación o no de una norma idónea para el caso, sino que la autoridad aplica una norma pertinente, útil al caso, pero dándole un sentido o interpretación errónea: un sentido distinto al espíritu que el legislador le otorgó.”.

La determinación de concepto de violación es fundamental en las demandas contenciosas administrativas de plena jurisdicción, toda vez que estos son los que permiten a la Sala analizar y entender la pretensión del demandante al resolver la controversia jurídica planteada y su exposición confusa imposibilita el estudio del caso.

En tal sentido, no es posible que la norma jurídica haya sido vulnerada con las tres causales a la vez, sino que la invocación de una es excluyente de las demás.

En el Auto de 16 de septiembre de 1993, la Sala Tercera señaló:

“Además, el demandante debe exponer las modalidades en que se haya producido la infracción literal de los preceptos legales **lo cual puede darse por violación directa, interpretación errónea o indebida aplicación.** Igualmente se ha señalado de manera constante que el concepto de la violación debe explicarse con cierto detalle a fin de dar cumplimiento al requisito legal antes mencionado” (Diógenes Santamaría Sánchez Vs. Ministerio de Gobierno y Justicia) (Ver caso Hipólita Asprilla Vs. Ente Regulador de los Servicios Públicos).”

Cuando la Sala hace la reflexión anterior, al enunciar los conceptos de la violación, utiliza la conjunción disyuntiva “o” lo cual denota diferencia, separación o alternativa entre dos o más personas, cosas o ideas.

En otro orden de ideas, estimamos que el acto administrativo demandado no vulnera el artículo 1107 del Código Civil, toda vez, como hemos señalado anteriormente, el Contrato de Concesión de Uso de Agua 066-2009, suscrito entre la entonces **Autoridad Nacional del Ambiente**, ahora **Ministerio de Ambiente** y la sociedad **Hidroecológica Gualaquita, S.A.**, no es de índole civil, sino eminentemente administrativo, en donde se distinguen las llamadas “clausulas exorbitantes”, en las cuales por razón del mandato del artículo 259 de la Constitución Nacional, que expresamente determina que las concesiones para la utilización de agua, se deben inspirar en el bienestar social y el interés público, la Administración Pública tiene facultades para resolver administrativamente el mismo. La naturaleza de contrato administrativo, surge en razón de la materia contractual, la concesión de un bien público perteneciente al Estado panameño, como lo es la utilización del recurso hídrico.

Estimamos que el acto administrativo demandado no vulnera el artículo 1107 del Código Civil, toda vez, como hemos señalado anteriormente, el Contrato de Concesión de Uso de Agua 066-2009, suscrito entre la entonces **Autoridad Nacional del Ambiente**, ahora **Ministerio de Ambiente** y la sociedad **Hidroecológica Gualaquita, S.A.**, no es de índole civil, sino eminentemente

administrativo, en donde se distinguen las llamadas “cláusulas exorbitantes”, en las cuales por razón del mandato del artículo 259 de la Constitución Nacional, que expresamente determina que las concesiones para la utilización de agua, se deben inspirar en el bienestar social y el interés público, la Administración Pública tiene facultades para resolver administrativamente el mismo. La naturaleza de contrato administrativo, surge en razón de la materia contractual, la concesión de un bien público perteneciente al Estado panameño, como lo es la utilización del recurso hídrico.

El demandante alega la supuesta infracción del artículo 1670 del Código Civil, el cual fue modificado por el Artículo 1 del Decreto de Gabinete 75 de 21 de marzo de 1969, el cual señala:

“Artículo 1670. Los derechos y acciones se extinguen por la prescripción en perjuicio de toda clase de personas, incluso las jurídicas, en los términos prevenidos por la Ley, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente.

Queda siempre a salvo a las personas impedidas de administrar sus bienes el derecho para reclamar contra sus representantes legítimos, cuya negligencia hubiese sido la causa de prescripción.

No obstante lo dispuesto en los incisos anteriores, las tierras de propiedad de la Nación, de los Municipios y de las entidades autónomas y semiautónomas oficiales, son imprescriptibles.”

Nuevamente el abogado demandante señala la infracción de la norma antes transcrita por violación directa de la misma, por su errónea interpretación y aplicación a la relación contractual descrita, alegando que la prescripción es una figura jurídica existente en nuestra legislación que persigue la extinción de cualquier posibilidad para ejercer acciones o derechos dimanantes de la responsabilidad contractual o extracontractual que tienen las partes dentro de una relación jurídica, por el simple paso y agotamiento del tiempo para su cumplimiento, agregando además, que no se trata de una sanción o de una manera de resolver o terminar relaciones contractuales ya existentes. Argumenta el accionador la relación contractual existente entre la Autoridad

Nacional del Ambiente, hoy **Ministerio de Ambiente** y la empresa **Hidroecológica Gualaquita S.A.**, para la producción hidroeléctrica, es de naturaleza bilateral, y bajo ningún concepto, puede ser alterada ni terminada de manera unilateral por una de las partes contratantes, y menos por causas distintas a las establecidas en la Ley o en el propio acuerdo contractual.

Esta Procuraduría de la Administración discrepa con los conceptos vertidos por el abogado en el libelo de la demanda, en primer lugar por los razonamientos expuestos anteriormente, **nos encontramos en un contrato eminentemente administrativo** y no de naturaleza civil o de Derecho Privado, donde la Administración Pública se reserva la facultad de ejercer determinados derechos y prerrogativas, emanadas, no sólo de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, "Que regula la Contratación Pública", sino también, en el caso *sub-iudice* (bajo examen), de la legislación ambiental, y específicamente la de uso de aguas, como lo reconoce el numeral 11 de la cláusula segunda del Contrato de Concesión Permanente para el uso de Agua 066-2009 suscrito entre las partes, donde se estipula que la concesionaria, en este caso, la empresa **Hidroecológica Gualaquita S.A.**, se obliga estrictamente a cumplir con las exigencias del Decreto Ley 35 de 22 de septiembre de 1966 y demás normativa del sector respectivo. En tanto, es precisamente esta normativa jurídica vigente, la que fue aplicada para que la Administración Pública, en este caso, el Ministerio de Ambiente, declarara la prescripción del respectivo contrato de concesión, por incumplimiento de las disposiciones legales correspondientes.

En segundo término, no podemos olvidar que materia de uso de aguas en la República de Panamá, está reglamentada por el Decreto Ley 35 de 22 de septiembre de 1966, cuyo artículo tercero establece con claridad:

"Artículo 3. Las disposiciones de este Decreto Ley son de orden público e interés social y cubren las aguas que se utilicen para fines domésticos y de

salud pública, agrícola y pecuaria, industriales y cualquier otra actividad.” (Lo resaltado es nuestro).

Como se puede observar, las normas que rigen la materia de aguas en la República de Panamá, son **de orden público e interés social**, por lo que tienen prioridad sobre cualquier acuerdo, ya sea que se rija por el Derecho Administrativo o por el Derecho Privado; haciéndose eco a lo que dispone el artículo 259 de la Constitución Política de la República de Panamá, antes transcrito.

Al ser una disposición de carácter especial, en tal sentido, en materia de permisos y concesiones, el artículo 43 del referido Decreto Ley, establece con meridiana claridad:

“Artículo 43. Prescribirá la concesión cuando se deje de destinar todas o parte de las aguas a un uso provechoso durante dos (2) años consecutivos. Esta concesión podrá ser prorrogada por un (1) año después de haberse justificado los motivos que impidieron la utilización de la concesión. El derecho para utilizar las aguas no usadas revertirá al Estado y éstas vendrán a ser aguas disponibles para otros concesionarios.” (Lo resaltado es nuestro).

Esta disposición fue uno de los fundamentos jurídicos que utilizó el Ministerio de Ambiente para declarar la prescripción del Contrato de Concesión de Uso de Aguas 066-2009, suscrito entre la entonces Autoridad Nacional del Ambiente (hoy Ministerio de Ambiente) y la empresa **Hidroecológica Gualaquita S.A.** (Cfr. fojas 63 a 64 del expediente judicial).

Es necesario aclarar la acepción del término jurídico “prescripción”. Para Guillermo Cabanellas, en su célebre Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, se refiere a *“Consolidación de una situación jurídica por efecto del transcurso del tiempo; ya sea convirtiendo un hecho en derecho, como la posesión o propiedad; ya perpetuando una renuncia, abandono o desidia, inactividad o impotencia.”* El mismo autor explica el concepto de “prescripción extintiva o liberatoria”, como **“modo de extinguirse los derechos patrimoniales por no ejercerlos su titular durante el lapso determinado por la ley.”** (Lo resaltado es nuestro).

De acuerdo al Diccionario del Español Jurídico, editado por la Real Academia Española de la Lengua y el Consejo General del Poder Judicial (primera edición, Barcelona, 2016, p.1249), la prescripción extintiva es: ***“Modo de extinción de derechos que tiene lugar cuando el transcurso del tiempo produce la pérdida del ejercicio de los derechos o facultades para su titular, pues razones de buena fe y seguridad jurídica determinan la necesidad de marcar un límite temporal al ejercicio de un derecho que permanece inactivo.”*** (Lo resaltado es nuestro).

En razón de lo dispuesto en la disposición antes transcrita, se observa que en el cuadernillo contentivo de las copias autenticadas del expediente administrativo remitido por el Ministerio de Ambiente, constan los Informes de Inspección de Verificación Anual de Uso de Agua, relativo al contrato de Concesión de Uso de Aguas 066-2009, antes señalado, de los años 2010, 2011, 2014 y 2015, en los cuales se deja constancia que no se ha hecho uso provechoso del recurso hídrico concesionado, en razón que no se ha construido obra de infraestructura alguna para el uso adecuado del recurso agua (Cfr. fojas 180 a 189 del cuadernillo contentivo de las copias autenticadas del expediente administrativo remitido por el Ministerio de Ambiente).

Así se observa, que la empresa **Hidroecológica Gualaquita,, S.A.** incumplió con lo dispuesto en el **artículo 43 del Decreto Ley 35 de 22 de septiembre de 1966, norma de orden público e interés social**, como se ha podido constatar, al no dar un uso provechoso durante dos (2) años consecutivo del recurso hídrico concesionado, por lo que la entidad no hizo más que aplicar la normativa jurídica especial antes trascrita y declarar prescrito el Contrato de Concesión de Uso de Agua 054-2010, suscrito entre la Autoridad Nacional del Ambiente (hoy Ministerio de Ambiente) y la empresa **Hidroecológica Gualaquita S.A.**, a través del acto administrativo contenido en la Resolución DM-0436-2015 de 20 de octubre de 2015, emitida por la **Ministra de Ambiente**, hoy demandado en sede de legalidad.

El demandante alega que el acto administrativo viola el artículo 113 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, "Que regula la contratación pública", y que a la letra señala:

"Artículo 113. Causales de la resolución administrativa del contrato. Como causales de resolución administrativa del contrato, además de las que se tengan por convenientes pactar en el contrato, deberán figurar las siguientes:

1. El incumplimiento de las cláusulas pactadas.
2. La muerte del contratista, en los casos en que deba producir la extinción del contrato conforme a las reglas del Código Civil, si no se ha previsto que puede continuar con los sucesores del contratista, cuando sea una persona natural.
3. La quiebra o el concurso de acreedores del contratista, o por encontrarse este en estado de suspensión o cesación de pagos, sin que se haya producido la declaratoria de quiebra correspondiente.
4. La incapacidad física permanente del contratista, certificada por médico idóneo, que le imposibilite la realización de la obra, si fuera persona natural.
5. La disolución del contratista, cuando se trate de persona jurídica, o de alguna de las sociedades que integran un consorcio o asociación accidental, salvo que los demás miembros del consorcio o asociación puedan cumplir el contrato.

Las causales de resolución administrativa del contrato se entienden incorporadas a este por ministerio de esta Ley, aun cuando no se hubieran incluido expresamente en el contrato."

El abogado demandante, sostiene que el concepto de la infracción es por aplicación errónea de la norma (Cfr. foja 13 del expediente judicial).

Discrepamos de la afirmación antes señalada, toda vez que a todas luces se desprende que la norma jurídica señalada **no ha sido aplicada** dentro del procedimiento administrativo que adelantó el Ministerio de Ambiente y que culminó con la emisión del acto administrativo objeto de la presente demanda contenciosa administrativa de plena jurisdicción, presentada ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

Reiteramos el concepto señalado anteriormente, en el sentido de lo destacado por la doctrina en cuanto define la aplicación errónea o indebida, como aquella que

ocurre en cuanto **una norma clara, se aplica a un caso o hecho que ella no regula**. La administración en estos decidió un caso o aplicando una norma o ley que no regula o se aplica al caso controvertido. En un didáctico precedente, contenido en la Sentencia de 21 de junio de 1966, la Sala Tercera explicó de manera pedagógica:

“La DIRECTA se consuma cuando el juzgador deja de aplicar un texto claro que debió aplicar, o cuando dicho texto es por el juzgador aplicado desconociendo un derecho que el mismo consagra en forma evidente. LA INTERPRETACIÓN ERRÓNEA, cuando a la norma se le da un alcance o un sentido que pugna con su letra y su espíritu, con lo cual el fin de aquella se desnaturaliza y desvía. **Por INDEBIDA APLICACIÓN se infringe la disposición jurídica cuando se aplica el texto claro de ésta a un supuesto de hecho no contemplado en ella, o cuando a un supuesto de hecho claramente determinado se aplica una disposición jurídica que no es pertinente**, siempre y cuando que en el proceso de subsunción no haya mediado interpretación errónea de texto aplicado. Para que las violaciones imputadas a un acto administrativo tengan eficacia, deben necesariamente indicarse usando los conceptos mencionados: violación directa, interpretación errónea, indebida aplicación.” (Lo resaltado es nuestro).

Por otra parte, se observa que el artículo 3 de la Resolución AG-0409-2009, de 2 de junio de 2009, por la cual se otorga el derecho de uso de aguas mediante concesión permanente a **Hidroecológica Gualaquita, S.A.**, emitida en su momento por la Autoridad Nacional del Ambiente, hoy **Ministerio de Ambiente**, señala:

“Artículo 3: HIDROECOLÓGICA GUALAQUITA S.A. deberá cumplir con todas las leyes y normas que regulan el uso y protección de los recursos naturales y el ambiente, así como también con todos los trámites exigidos por entidades estatales concernientes con el ejercicio de los derechos y actividades relacionadas con la concesión otorgada.”

De igual forma, el numeral 11 de la cláusula 2 del Contrato de Concesión de Uso de Agua 066-2009, suscrito entre la entonces **Autoridad Nacional del Ambiente**, ahora **Ministerio de Ambiente** y la sociedad **Hidroecológica**

Gualaquita, S.A., de carácter administrativo, contiene la obligación estricta de la concesionaria de cumplir con las obligaciones consagradas en la Ley 41 de 1 de julio de 1998, general de Ambiente de la República de Panamá; **el Decreto Ley 35 de 22 de septiembre de 1966, sobre uso de las aguas**; el Decreto Ejecutivo 70 de 27 de julio de 1973, por el cual se reglamenta el otorgamiento de permisos y concesiones para el uso de aguas y se determina la integración y funcionamiento del Consejo Consultivo de Recursos Hidráulicos; el Decreto Ejecutivo 55 de 13 de junio de 1973; la Ley 1 de 3 de febrero de 1994, por la cual se establece la Legislación Forestal en la República de Panamá y se dictan otras Disposiciones; la Ley 44 de 5 de agosto de 2002, que establece el Régimen Administrativo especial para el manejo, protección y conservación de las cuencas hidrográficas de la República de Panamá; y demás normas concordantes y complementarias.

En razón de lo dispuesto en el artículo 3 de la Resolución AG-0409--2009, de 2 de junio de 2009, por la cual se otorga el derecho de uso de aguas mediante concesión permanente a **Hidroecológica Gualaquita, S.A.**, así como la cláusula correspondiente señalada en el contrato de concesión, existía la obligación jurídica de la empresa señalada, de someterse a la legislación antes señalada, entre ellas el propio Decreto Ley 35 de 22 de septiembre de 1966, sobre uso de las aguas; cuyas normas desconoció el concesionario, razón por la cual la autoridad administrativa competente, declaró la prescripción de la concesión por el incumplimiento de las condiciones señaladas en la Ley. Al vulnerar las disposiciones de esta norma, que de acuerdo a la propia ley, son de orden público e interés social, la Administración Pública, en este caso, representada por el **Ministerio de Ambiente**, toma la decisión de declarar prescrita la concesión otorgada a través del contrato correspondiente.

En tal sentido, podemos afirmar que la empresa concesionaria, hoy demandante, incurrió en la causal establecida en el numeral 1 del artículo 113 de

la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública en Panamá, la cual establece como causal de resolución administrativa del contrato, el incumplimiento de las cláusulas pactadas, toda vez que la misma tenía como obligación, observar las disposiciones jurídicas antes señaladas, entre las cuales está la que se desprende del artículo 43 del Decreto Ley 35 de 22 de septiembre de 1966, sobre uso de las aguas, como la de destinar todas o parte de las aguas a un uso provechoso durante dos (2) años consecutivos, en cuyo incumplimiento, implica declarar prescrita la concesión otorgada por el Estado panameño a través del Ministerio de Ambiente.

Si bien es cierto, el Contrato de Concesión objeto de estudio, establece en la cláusula sexta, que serán causales de resolución administrativa del mismo, aquellas señaladas a través del artículo 99 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006 (hoy artículo 113 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006), además del incumplimiento de las cláusulas del contrato, también ha de entenderse que la violación de las disposiciones ambientales, en este caso del Decreto Ley 35 de 22 de septiembre de 1966, norma de orden público e interés social según ella misma lo señala, son aplicables para que la entidad, de manera unilateral, pueda declarar **la prescripción de la concesión cuando se deje de destinar todas o parte de las aguas a un uso provechoso durante dos (2) años consecutivos.**

La accionante alega la vulneración del artículo 115 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, “Que regula la contratación pública”, el cual señala:

“Artículo 115. Resolución del contrato por incumplimiento del contratista. El incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, dará lugar a la resolución administrativa del contrato, la cual se efectuará por medio de acto administrativo debidamente motivado. La entidad contratante notificará a la fiadora el incumplimiento del contratista, decretado mediante resolución motivada, la que dispondrá de un término de treinta días calendario, siguientes a la notificación de incumplimiento, para

ejercer la opción de pagar el importe de la fianza, o de sustituir al contratista en todos sus derechos y obligaciones, siempre que quien vaya a continuarlo, por cuenta de la fiadora y a cuenta y riesgo de esta, tenga la capacidad técnica y financiera, a juicio de la entidad contratante.

Para los efectos técnicos y legales se harán extensivas y propias las cláusulas del contrato principal dentro del contrato de la fianza, en lo relativo a la ejecución del contrato.

Si el fiador ejerce la opción de sustituir al contratista en todos sus derechos y obligaciones, deberá indicarle a la entidad quién continuará la ejecución del contrato a su nombre.

Una vez asumida la sustitución del contratista, la fiadora tendrá un término de treinta días calendario para continuar con la ejecución del contrato y finalizar la obra de conformidad con lo pactado.

Salvo que el incumplimiento de que trata este artículo sea por caso fortuito, fuerza mayor, o causas no imputables a este, el contratista se hará merecedor a las sanciones e inhabilitaciones previstas en el artículo 117 de la presente Ley, sin perjuicio de la responsabilidad civil correspondiente derivada del incumplimiento contractual. La entidad contratante ejecutará las fianzas de cumplimiento consignadas, previo cumplimiento de las formalidades de rigor.”

De acuerdo a lo expuesto por el abogado de la demandante, la infracción de la norma transcrita ocurre por “aplicación inexistente” del mandato que establece el artículo arriba transcrito, alegando que el Ministerio de Ambiente procedió a terminar el Contrato 066-2009 por un supuesto incumplimiento del contratista **Hidroecológica Gualaquita, S.A.**, sin seguir el procedimiento señalado en el artículo 115 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, antes citado.

Sobre lo anterior, en primer término, no alcanzamos a entender lo que el abogado demandante quiere explicar por “*aplicación inexistente del mandato que establece el artículo arriba transcrito en su parte pertinente*” (Cfr. foja 14 del expediente judicial).

En segundo lugar, esta Procuraduría de la Administración considera que el artículo señalado como vulnerado, no es aplicable al presente proceso administrativo.

El artículo o cláusula 6 del Contrato 066-2009 suscrito por la **Autoridad Nacional del Ambiente** (hoy **Ministerio de Ambiente**) y la empresa **Hidroecológica, S.A.**, se refiere solamente a que las causales de resolución administrativa del contrato son las señaladas en el artículo 99 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006 (antes del Texto Único de la referida ley que fue promulgado en 2011), hoy artículo 113. El contrato no dispuso la utilización del procedimiento de resolución administrativa. En tal sentido, son dos figuras distintas, la de las causales de resolución y las del procedimiento correspondiente.

Por otra parte, la norma señalada como infringida, tampoco es aplicable dentro del presente proceso, toda vez que la misma se refiere a aquellos contratos que surgen de los actos públicos que regula la Ley 22 de 27 de junio de 2006, donde existe una selección de contratistas en sus diversas modalidades, en las cuales es obligatoria la consignación de las diversas fianzas de seguros. El artículo 115 de la referida excerta legal se refiere a la eventualidad que en caso de incumplimiento del contrato, surgido a raíz de un acto público de selección de contratistas, el mismo debe ser motivado, así como la obligación de notificar a la fiadora el incumplimiento del contratista, a efectos que pueda ejercer la opción de pagar el importe de la fianza, o de sustituir al contratista en todos sus derechos y obligaciones, siempre que quien vaya a continuarlo, por cuenta de la fiadora y a cuenta y riesgo de esta, tenga la capacidad técnica y financiera, a juicio de la entidad contratante.

En el proceso que nos ocupa, no se ejerció la selección de contratistas en alguna de las modalidades como contratación menor, licitación pública, licitación por mejor valor, licitación por mejor valor con evaluación separada, licitación para

convenio marco, licitación de subasta en reversa, licitación abreviada, subasta de bienes públicos o a través del procedimiento excepcional de contratación, conocido anteriormente como contratación directa.

Dentro del expediente judicial, así como del cuadernillo contentivo de las copias autenticadas del expediente administrativo correspondiente, no existe constancia ni evidencia alguna que demuestre que la empresa **Hidroecológica Gualaquita S.A.**, haya consignado fianza alguna dentro del procedimiento administrativo surtido ante la Autoridad Nacional del Ambiente, por lo que no corresponde a aplicación del artículo 115 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006.

De igual forma, el abogado demandante señala la infracción del contenido del artículo 116 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública, y que a la letra señala:

“Artículo 116. Procedimiento de resolución.

La resolución administrativa del contrato se ajustará a lo establecido en el artículo anterior, con sujeción a las siguientes reglas:

1. Cuando exista alguna causal para la resolución administrativa del contrato, la entidad contratante adelantará las diligencias de investigación y ordenará la realización de las actuaciones que conduzcan al esclarecimiento de los hechos, que pudiesen comprobar o acreditar la causal correspondiente.

No obstante, cuando sea factible, la entidad contratante podrá otorgarle, al contratista, un plazo para que corrija los hechos que determinaron el inicio del procedimiento.

2. Si la entidad contratante considera resolver administrativamente el contrato, se lo notificará al afectado o a su representante, señalándole las razones de su decisión y concediéndole un término de cinco días hábiles, para que conteste y, a la vez, presente las pruebas que considere pertinentes.

3. Debe contener una exposición de los hechos comprobados, de las pruebas relativas a la responsabilidad de la parte, o de la exoneración de responsabilidad en su caso, y de las disposiciones legales infringidas.

4. Podrá ser recurrible ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, dentro de un plazo de cinco días hábiles, contado a partir de la

notificación de la resolución, que se surtirá en el efecto suspensivo, con lo cual se agotará la vía gubernativa.

5. La decisión final, una vez agotada la vía gubernativa, será recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa, de conformidad con las disposiciones que regulan la materia.

6. Una vez ejecutoriada la resolución, se remitirá a la Dirección General de Contrataciones Públicas, para los efectos del registro correspondiente.

Las lagunas que se presenten en este procedimiento se suplirán con las disposiciones pertinentes del procedimiento administrativo de la Ley 38 de 2000.”

El abogado demandante señala que la norma se vulnera por “falta de aplicación”, al señalar que el **Ministerio de Ambiente** debió haber seguido y agotado todos los pasos preceptuados en la excerta anterior y haber agotado con ello la vía gubernativa, que permitiese su ocurrencia a la vía jurisdiccional.

Nos oponemos a lo señalado por el abogado de la defensa, toda vez, que como hemos expresado anteriormente y reiteramos, que la norma señalada como infringida, no es aplicable dentro del presente proceso, en razón que la misma se refiere a aquellos contratos que surgen de los actos públicos que regula la Ley 22 de 27 de junio de 2006, donde existe una selección de contratistas en sus diversas modalidades. En tal sentido, al no ser existir un procedimiento de selección de contratista, las impugnaciones en sus diversas etapas, no pueden ser objeto de control por parte del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas.

En cuanto a la afirmación del abogado recurrente que señala que “*debió haber seguido y agotado todos los pasos preceptuados en la excerta anterior y haber agotado con ello la vía gubernativa, que permitiese nuestra ocurrencia a la vía jurisdiccional*”, consideramos que la premisa es falsa y temeraria, toda vez que el Ministerio de Ambiente, una vez notificada la empresa hoy demandante del acto administrativo originario, el mismo anunció y sustentó recurso de reconsideración ante la Ministra de Ambiente, la cual mediante Resolución 0379-2016 de 4 de julio de 2016, resolvió el mismo, lo que permitió al mismo recurrir a través de la

presente acción contenciosa administrativa de plena jurisdicción presentada ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, por lo que si se dio la vía gubernativa, requisito *sine qua non* (fundamental) para acudir ante la Corte Suprema de Justicia a través de la respectiva acción (Cfr. fojas 65 a 82 del expediente judicial).

Por otra parte, el artículo 31 de la Ley 41 de 1 de julio de 1998, “General de Ambiente de la República de Panamá”, modificada por la Ley 8 de 25 de marzo de 2015, establece claramente:

“Artículo 31. Contra las decisiones del Ministerio de Ambiente cabe recurso de reconsideración, que agota la vía gubernativa.”

Señala que se infringe de igual forma el artículo 73 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el Procedimiento Administrativo General y dicta disposiciones especiales”, que a la letra dispone:

“Artículo 73. La autoridad que advierta o a la cual una de las partes le advierta que la norma legal o reglamentaria que debe aplicar para resolver el proceso tiene vicios de inconstitucionalidad, formulará, dentro de los dos días siguientes, la respectiva consulta ante el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, salvo que la disposición legal o reglamentaria haya sido objeto de pronunciamiento por dicho Tribunal.

De igual manera, cuando la autoridad advierta o alguna de las partes le advierta que la norma o normas reglamentarias o el acto administrativo que debería aplicar para resolver el proceso, tiene vicios de ilegalidad, dentro de los dos días siguientes, someterá la consulta respectiva ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, salvo que la disposición legal o acto haya sido objeto de pronunciamiento de esta Sala.

En uno y otro supuesto, la autoridad seguirá tramitando el proceso hasta colocarlo en estado de decisión, pero sólo proferirá ésta una vez el Pleno de la Corte Suprema de Justicia o la Sala Tercera, se hayan pronunciado sobre la consulta respectiva.

En la vía gubernativa únicamente podrán los interesados formular, por instancia, una sola

advertencia o consulta de inconstitucionalidad o de ilegalidad del acto o ambas.”

Consideramos en primer término que no le asiste razón al demandante, toda vez que el Ministerio de Ambiente, autoridad administrativa ante la cual fue presentada la advertencia de ilegalidad, tenía la potestad de ejercer un control previo sobre la admisibilidad de la misma. En tal sentido, la Sala Tercera en el Auto de 15 de mayo de 2013, señaló:

“En primer lugar, se debe tener en cuenta que el denominado recurso de advertencia de ilegalidad ha sido establecido con el fin de mantener la integridad del orden jurídico a fin de evitar que una disposición o precepto proyecte efectos contrarios a la finalidad y principios sobre los cuales descansa el conjunto normativo.

Esta figura tiene su ámbito de aplicación dentro del curso de un proceso que debe ser de naturaleza administrativa. Así, el examen de las notas que caracterizan a la advertencia de ilegalidad, tal como lo consagra la Ley 38 de 2000, permite apreciar que éste constituye una vía incidental que una de las partes en el proceso administrativo, puede formular a la autoridad que conoce del mismo con el fin de que se examinen los supuestos vicios de ilegalidad que se le atribuyen a una norma o acto administrativo que debe ser aplicado para poder resolver el proceso administrativo.

Es así que la primera característica esencial para la procedencia de la advertencia de ilegalidad es el ejercicio del control previo por parte de la autoridad administrativa, conforme a lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 38 de 2000. El ejercicio del control previo de admisión supone, entonces, que si la autoridad ante quien se promueve la advertencia comprueba que la norma o acto advertido ha sido aplicado, podrá abstenerse de remitir o enviar en consulta la advertencia de ilegalidad a la Sala Tercera de esta Corporación de Justicia. El artículo 73 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, en su párrafo segundo, literalmente lo expresa:

‘De igual manera, cuando la autoridad advierta o alguna de las partes le advierta que la norma o normas reglamentarias o el acto administrativo que deberá aplicar para resolver el proceso, tiene vicios de ilegalidad, dentro de los dos días siguientes, someterá la

consulta respectiva ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, salvo que la disposición legal o acto haya sido objeto de pronunciamiento de esta Sala.'

Sobre esta norma el Pleno de la Corte Suprema de Justicia se pronunció en Sentencia de 23 de febrero de 2012, fallo que hacemos nuestro, en el que se establece lo siguiente:

'Cuando la norma citada introduce el término 'salvo', nos está indicando que la advertencia respectiva será de conocimiento de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, 'siempre y cuando no' concurra la situación o el hecho que se menciona en la norma. Es a partir de la inclusión del término 'salvo', donde a nuestra consideración, nace el control previo de admisión en materia de advertencia de ilegalidad. En otras palabras, si la autoridad ante quien se promueve la advertencia comprueba la concurrencia del requisito anterior, puede abstenerse de remitir o enviar en consulta la advertencia de ilegalidad ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Y es que la redacción de la norma citada no señala que la comprobación de ese presupuesto en específico recaiga en la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, quedando como verificador de ese hecho, la autoridad ante quien se presenta la advertencia de ilegalidad.

Lo antes analizado permite concluir, que al igual que el tema de la advertencia de inconstitucionalidad, en la de ilegalidad ha jugado un papel de relevancia la jurisprudencia patria, quien ha "desarrollado" algunos aspectos que la norma ha dejado de hacer (El subrayado es nuestro).'

Lo anterior nos lleva a identificar primero si la autoridad administrativa ejerció el control previo que establece el artículo 73 de la Ley 38 de 2000. En ese sentido, se observa que la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia, luego de recibir el memorial de la advertencia de ilegalidad el 9 de enero del año en curso, remitió a esta Sala Tercera mediante Nota DNP-150-13/EE/hh de 1 de abril de 2013 (fj. 29), copia autenticada del expediente administrativo junto a la advertencia; no obstante, tal

remisión la hace sin antes dar cumplimiento con el ejercicio de verificar si la norma o acto advertido, en este caso el Acta No. 0712 de 3 de octubre de 2012, fue aplicado o no como requisito previo a la remisión a esta instancia judicial.

Como queda visto, la autoridad administrativa desconoció lo dispuesto en el artículo 73 lex cit. No obstante lo anterior, lo que nos ocupa ahora es la determinación del cumplimiento de las formalidades legales que consienten la admisibilidad de la advertencia promovida, dejando de un lado si se realizó el control previo, pues, como hemos señalado, éste le correspondía a la autoridad sujeta a la advertencia de ilegalidad y no necesariamente a la Sala Tercera. Sin embargo, antes de pasar con el examen de admisibilidad no puede escapar de nuestra atención que el acto advertido ya fue aplicado: como se puede apreciar dicha acta de fecha 3 de octubre de 2012, es la pieza preliminar que sustenta la apertura de la investigación administrativa ordenada por la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia mediante Resolución de 9 de octubre de 2012 (fj. 7). Así pues, se tiene que el Acta No. 0712 fue aplicada, tres meses antes como fundamento para el inicio de la investigación administrativa que tuvo origen a partir de los hallazgos que constan en la referida Acta No. 0712 de 3 de octubre de 2012.” (Lo resaltado en negrita es nuestro).

Por otra parte, la presente acción contenciosa administrativa de plena jurisdicción, no está diseñada para ventilar temas de admisibilidad de las advertencias de legalidad, cuando existen otras vías jurídicas para dirimir tales asuntos.

Por último, la demandante aduce la violación del artículo 170 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el Procedimiento Administrativo General y dicta disposiciones especiales, el cual señala:

“Artículo 170. El recurso de reconsideración, una vez interpuesto o propuesto en tiempo oportuno y por persona legitimada para ello, se concederá en efecto suspensivo, salvo que exista una norma especial que disponga que se conceda en un efecto distinto.”

Argumenta el letrado que la norma ha sido infringida por violación directa al no haberse aplicado su mandato, alegando que no existe ningún documento donde conste que se concedió el recurso en el efecto suspensivo.

Discrepamos de la afirmación antes señalada, toda vez que el efecto suspensivo es automático, salvo que la ley disponga algún otro.

No existe evidencia alguna en el expediente, que el mismo haya sido concedido en efecto distinto, por lo que estamos ante una presunción *iuris tantum* (tan solo de Derecho y que admite prueba en contrario), que en vía gubernativa, al surtirse el recurso de reconsideración anunciado por la empresa **Hidroecológica Gualaquita, S.A.**, contra el acto administrativo original objeto de la presente acción, fue concedido en efecto suspensivo, tal como lo previene la normativa.

III. Etapa probatoria.

La etapa probatoria dentro del presente proceso se circunscribió a la recepción de pruebas documentales, las cuales fueron admitidas mediante Auto de Pruebas 114 de 14 de marzo de 2017, el cual fue apelado por esta Procuraduría, con fundamento en el artículo 783 del Código Judicial, toda vez que se consideró que algunas de ellas eran irrelevantes para el *thema probandum* (tema de prueba) dentro del presente proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción, toda vez que en la misma se examina la legalidad o no de las resoluciones que declaran la prescripción del contrato de concesión de aguas que emitió en su momento el **Ministerio de Ambiente, en la cual la referida empresa no presentó a dicha entidad, solicitud ni justificación alguna, en el momento correspondiente, de la razón del no cumplimiento de las obligación emanada del respectivo contrato de concesión.**

Las pruebas en mención son las siguientes:

1. Copia autenticada de la Resolución DIEORA IA-208-2009 de 31 de marzo de 2009, emitida por la Autoridad Nacional del Ambiente, por la cual se

aprueba el Estudio de Impacto Ambiental, categoría III para la ejecución del Proyecto denominado “Hidroeléctrico Gualaquita”, (Cfr. fojas 20 a 30 del expediente judicial).

2. Copia autenticada de la Resolución JA-208 de 31 de marzo de 2009, emitida por la Autoridad Nacional del Ambiente, que establece el formato del letrero que deberá colocarse dentro del área del proyecto (Cfr. foja 31 del expediente judicial).

3. Copia autenticada de la Resolución AN-3325-ELEC de 10 de marzo de 2010, emitida por la Autoridad Nacional de Servicios Públicos, por la cual se otorga derecho de concesión a favor de la sociedad **Hidroecológica Gualaquita S.A.**, para la construcción y explotación de la Central Hidroeléctrica denominada Gualaquita (Cfr. fojas 38- 41 del expediente judicial).

4. Copia autenticada del Contrato de Concesión 52 para la Generación Hidroeléctrica, suscrito entre la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos y la empresa **Hidroecológica Gualaquita S.A.**, suscrito el 23 de septiembre de 2010 (Cfr. fojas 42 – 58 del expediente judicial).

5. Copia autenticada de la Resolución DIEORA IAM-067-2013 de 23 de agosto de 2013, emitida por la Autoridad Nacional del Ambiente, por la cual se aprueba la solicitud de modificación al Estudio de Impacto Ambiental, categoría III correspondiente al Proyecto denominado “Proyecto Hidroeléctrico Gualaquita” (Cfr. fojas 59-60 del expediente judicial).

6. Adenda 1 al Contrato de Concesión celebrado entre la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos e **Hidroecológica Gualaquita S.A.**, suscrito el 3 de julio de 2014 (Cfr. foja 61 -62 del expediente judicial).

La razón de las objeciones de la Procuraduría de la Administración formuló en el momento procesal correspondiente, en relación a las pruebas documentales presentadas por la sociedad demandante consistió en que **las mismas son**

completamente irrelevantes para el *thema probandum* (tema de prueba) dentro del presente proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción, en donde se examina la legalidad o no de las resoluciones que declaran la prescripción del contrato de concesión de aguas que emitió en su momento el Ministerio de Ambiente, en la cual la referida empresa no presentó a dicha entidad, solicitud ni justificación alguna, en el momento correspondiente, de la razón del no cumplimiento de las obligaciones emanadas del respectivo contrato de concesión, por lo que las pruebas aducidas devienen en inadmisibles, toda vez que se refiere a hechos no discutidos dentro del presente proceso, como lo establecen los artículos 783 y 784 del Código Judicial.

Como quiera que las pruebas antes anotadas, no guardan relación alguna con la emisión del acto administrativo demandado en sede jurisdiccional, toda vez que no se refieren a hechos discutidos ni objeto de debate procesal, las mismas, en razón de las reglas de la sana crítica, no deben ser valoradas por el Honorable Tribunal, en razón que son objeto de otra materia, distinta a la suscitada en el presente debate, en razón que **la presente acción se refiere única y exclusivamente a la declaración de la prescripción del contrato de concesión de uso de aguas**, en tal sentido, si bien es cierto, que la Autoridad Nacional del Ambiente en su momento, aprobó el Estudio de Impacto Ambiental, categoría III para la ejecución del Proyecto denominado "Hidroeléctrico Gualaquita", este no guarda relación alguna, ni está sujeto a discusión con la declaratoria de prescripción del contrato. Nos encontramos ante una temática completamente distinta al objeto de debate judicial.

El Doctor Jorge Fábrega Ponce en su obra Teoría General de la Prueba (Editora Jurídica Panameña, Panamá, 1986) señala al respecto:

"La conducencia significa que la prueba se contrae al objeto del proceso, esto es, que es

‘pertinente’. Se rechaza la prueba que carece de toda conexión con los hechos afirmados por las partes. Esta prueba, como ha destacado acertadamente la jurisprudencia, es más bien ‘impertinente’ [Corte, 22 de octubre de 1934. R.J. 80, pág. 1461].”

De igual forma, tampoco se observa la finalidad de aportar copia autenticada de la Resolución JA-208 de 31 de marzo de 2009, emitida por la Autoridad Nacional del Ambiente, que establece el formato del letrero que deberá colocarse dentro del área del proyecto. En tal sentido, consideramos que ambas pruebas son irrelevantes a objeto del presente proceso jurisdiccional.

En cuanto a las resoluciones emitidas por la Autoridad Nacional de Servicios Públicos, por la cual se otorga derecho de concesión a favor de la sociedad **Hidroecológica Gualaquita S.A.**, para la construcción y explotación de la Central Hidroeléctrica denominada Gualaquita; así como el Contrato de Concesión entre la sociedad demandante y esa entidad regente de los servicios públicos, y las respectivas adendas, consideramos que dichos documentos de igual forma son irrelevantes para el presente proceso jurisdiccional, en razón que fueron emitidos por una entidad que no es parte de la presente relación procesal, en razón que no se discute en la presente demanda la concesión para la construcción y generación hidroeléctrica por parte de la sociedad **Hidroecológica Gualaquita S.A.**, que se tramita ante la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, sino la vigencia o no de un contrato de concesión de uso de aguas, otorgado por la Autoridad Nacional del Ambiente (hoy **Ministerio de Ambiente**).

Aspectos que no fueron probados por el demandante.

Consideramos que la sociedad demandante no logró comprobar a través del presente proceso, las razones de hecho y/o de derecho que justificara el no uso adecuado de la concesión de aguas que le había sido otorgada. En tal sentido, reiteramos que el actor **no presentó ante el Ministerio de Ambiente solicitud ni justificación alguna, en el momento correspondiente, de la razón**

del no cumplimiento de las obligación emanada del respectivo contrato de concesión, situación que está condicionada a los parámetros señalados en el artículo 43 del Decreto Ley 35 de 22 de septiembre de 1966, que reglamenta el uso de las aguas, el cual establece con meridiana claridad, que **prescribirá la concesión cuando se deje de destinar todas o parte de las aguas a un uso provechoso durante dos (2) años consecutivos**. Esta concesión podrá ser prorrogada por un (1) año después de haberse justificado los motivos que impidieron la utilización de la concesión. De igual forma, establece que el **derecho para utilizar las aguas no usadas revertirá al Estado** y éstas vendrán a ser aguas disponibles para otros concesionarios. Tampoco existe evidencia que la empresa demandante haya puesto en conocimiento del Ministerio de Ambiente de tal situación a efectos que dicha autoridad conociera de la imposibilidad de cumplir con los parámetros fijados tanto en la Resolución Administrativa que otorgó la concesión de uso de las aguas, así como en el contrato correspondiente.

Observamos que el actor no realizó mayor esfuerzo en demostrar fácticamente, a través de los diversos medios de prueba que la ley le concede, los presupuestos que sustenta las pretensiones contenidas en el libelo de la demanda correspondiente.

En tal sentido, el **demandante no ha logrado acreditar en el proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción *sub iudice* (bajo estudio) en qué consiste la presunta ilegalidad del acto administrativo objeto de la presente censura.**

Así pues, de las constancias procesales, se desprende que **las pruebas admitidas y aportadas al expedientes, no logran acreditar de manera adecuada ni científica lo señalado por la sociedad Hidroecológica Gualaquita, S.A., en sustento de su pretensión**, de ahí que esta Procuraduría estima que **la actora no asumió en forma adecuada la carga procesal a la que**

se refiere el artículo 784 del Código Judicial que obliga a quien demanda a acreditar los hechos que dan sustento a su pretensión; deber al que se refirió esa alta Corporación de Justicia en su Sentencia 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...’ (El subrayado corresponde a esta Sala).

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 Fé, Bogotá, D. C. Colombia, 1997. Pág. 399)...” (Lo resaltado es nuestro).

IV. Reciente precedente sentado por la Sala Tercera.

Finalmente, deseamos destacar el reciente precedente que la Sala Tercera estableció en la Sentencia de 3 de agosto de 2017, cuando dicha instancia

jurisdiccional abordó el mismo tema relacionada con la prescripción del contrato de concesión del aguas otorgado por la entonces Autoridad Nacional del Ambiente. En dicha Sentencia, la Sala determinó de manera unánime lo siguiente:

“La demandante solicita que se declare ilegal la Resolución N°DM-0422-2015 de 12 de octubre de 2015, emitida por el Ministerio de ambiente (sic). Sostiene la demandante que la Resolución N°DM-0422-2015 de 12 de octubre de 2015, fue emitida por el Ministerio de ambiente (sic), que declara la prescripción del Contrato de Concesión Permanente para Uso de agua N°19-2012, refrendado por la Contraloría General de la República el 20 de abril de 2012 y Contrato de Concesión N°063-13, refrendado el 21 de noviembre de 2013, que sería utilizada en el proyecto hidroeléctrico Candela II, el cual utilizaría el recurso natural del río Candela ubicado en el corregimiento de Río Sereno, provincia de Chiriquí, para generar hasta 0.60 MW. Mediante contrato de concesión mencionado, refrendado por la Contraloría General de la República en la mencionada fecha, se otorgó el derecho a la demandante de utilizar un volumen de agua total de 30,085,480.00 metros cúbicos de agua por año, para uso hidroeléctrico. En otras palabras, el contrato de generación se formalizó un año y 7 meses después del refrendo del Contrato de Concesión para uso del agua. Finalmente, a través de la Resolución N°DM-0422-2015 de 12 de octubre de 2015, el Ministerio de Ambiente declaró la prescripción del contrato de concesión de Uso de agua N°19-2012.

...

Es importante destacar el contenido del artículo 109 de la Ley 41 de 1 de julio de 1998, Ley General de Ambiente de la República de Panamá, que comprende las reformas aprobadas por la Ley 18 de 2003, la Ley 44 de 2006, la Ley 65 de 2010 y la Ley 8 de 2015, publicada en Gaceta Oficial No. 28131-A, el 4 de octubre de 2016, que señala que:

‘Artículo 109. Los informes elaborados por personal idóneo del Ministerio de Ambiente, la Contraloría General de la República o las entidades componentes del Sistema Interinstitucional de Ambiente constituyen prueba pericial y dan fe pública.’

Haremos referencia al Decreto Ley 35 de 22 de septiembre de 1966, que reglamenta el uso de las aguas, publicado en Gaceta Oficial N° 15,725 de 14 de octubre de 1966, que establece lo siguiente:

‘Artículo 1.

Reglamentase la explotación de las aguas del Estado, para su aprovechamiento conforme al interés social. Por tanto, se procurará el máximo bienestar público en la utilización, conservación y administración de las mismas.’

‘Artículo 16.

Se entiende por uso provechoso de aguas aquél que se ejerce en beneficio del concesionario y es racional y cónsono con el interés público y social. El uso provechoso de aguas comprende entre otros aquellos usos para fines domésticos y de salud pública, agropecuarios, industriales, minas y energías, y los necesarios para la vida animal y fines de recreo.’

‘Artículo 17.

Cualquier uso provechoso de agua que estén ejerciendo en la fecha en que este Decreto Ley entre en vigor o que se ejercite en conjunto con trabajos de construcción en dicha fecha o realizados con anterioridad a ella, será legalizado otorgándose la concesión permanente respectiva. Los actuales usuarios tendrán derecho al uso provechoso de las aguas sujetándose de acuerdo a las características de las obras, a las disposiciones de este Decreto Ley o sus reglamentaciones. Cualquier ampliación de significativo valor de un sistema existente tendrá prioridad sobre cualquier sistema nuevo.’

‘Artículo 25.

A solicitud, debidamente documentada, de un usuario que se considere afectado por el uso indebido de las aguas en una zona o área determinada, la Comisión procederá al estudio del caso y a la aplicación de la reglamentación correspondiente, pudiendo hacerlo, también de oficio, sin que medie solicitud. Parágrafo: Se exceptúan de las disposiciones de este Artículo los usos provechosos de aguas que se estén ejercitando en la fecha en que este Decreto Ley entre en vigor tal como se señala en el Artículo 17.’

‘Artículo 32.

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

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

Los derechos otorgados para fines agropecuarios estarán estrechamente ligados al título de propiedad de la tierra sin que se pueda transferir el uno sin el otro. En estos casos la concesión se otorga al predio y no al propietario o usuario.’

‘Artículo 42.

Para los efectos de este Decreto Ley se considera como uso preferente o de mayor provecho para el interés público y social, el uso de agua que atañe a la salud pública.’

‘Artículo 43.

Prescribirá la concesión cuando se deje de destinar todas o parte de las aguas a un uso provechoso durante dos (2) años consecutivos. Esta concesión podrá ser prorrogada por un (1) año después de haberse justificado los motivos que impidieron la utilización de la concesión. El derecho para utilizar las aguas no usadas revertirá al Estado y éstas vendrán a ser aguas disponibles para otros concesionarios.’

El informe de Inspección de verificación de uso de agua de 1 de julio de 2015, determinó que no se estaba haciendo uso provechoso del recurso hídrico y tampoco se encontró construcción alguna para el inicio de estas obras, que contaba con dos años para llevarse a cabo. Entonces, el artículo 43 del citado Decreto Ley es la base jurídica por la cual se declaró la prescripción del Contrato de Concesión permanente de Uso de Agua N°19-2012.

Ahora bien, es importante dejar claro que se pueden presentar situaciones que dilaten la construcción, sin embargo, la citada norma establece que la **concesión podrá ser prorrogada por un (1) año después de haberse justificado los motivos que impidieron la utilización de la concesión** (Lo resaltado es nuestro).

En el presente expediente se ha acreditado el hecho que la demandante no ha dado el uso provecho (sic) del recurso hídrico como lo establece el Decreto Ley mencionado, por un período de dos años, ni ha solicitado la prórroga de dicha concesión, como lo permite el Decreto Ley 35 de 22 de septiembre de 1966, que reglamenta el uso de las aguas, publicado en Gaceta Oficial N°15,725 de 14 de octubre de 1966.

...

Respecto a la validez del Informe presentado y que dio como resultado la Resolución N°DM-0422-2015 de 12 de octubre de 2015, emitida por el Ministerio de Ambiente, dicho informe tiene su fundamento jurídico en el Decreto Ejecutivo 70 de 27 de julio de 1973, por el cual se reglamenta el Otorgamiento de Permisos y Concesiones para Uso de Aguas y se determina la integración y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Recursos Hidráulicos, publicado en Gaceta Oficial 17,429 de 11 de septiembre de 1973.

Asimismo, dentro del Contrato de Concesión Permanente para uso del agua N°19-2012, en la cláusula segunda, numeral 12, señala lo siguiente:

‘...11. Cumplir con las obligaciones consagradas en el Decreto Ley No.35 de 22 de septiembre de 1966, el Decreto Ejecutivo 70 de 27 de julio de 1973, Decreto Ejecutivo N°55 de 13 de junio de 1973, Ley 1 de 3 de febrero de 1994, Ley 41 de 1 de julio de 1998, Ley 44 de 5 de agosto de 2002 y demás normas concordantes y complementarias.’

‘CUARTA: LA ANAM se reserva el derecho de revisar los caudales otorgados, así como las tarifas establecidas por el derecho de uso de agua y de hacer los ajustes necesarios cuando las circunstancias del recurso así lo exijan.’

Por las razones expuestas, no están llamados a prosperar los cargos de violación señalados por parte del demandante.

Asimismo, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 784 del Código Judicial, es preciso indicar lo siguiente:

‘Artículo 784. Incumbe a las partes probar los hechos o datos que constituyen

el supuesto de hecho de las normas que le son favorables.’

Por ende, la carga probatoria se encuentra asignada a la parte demandante, que debía probar los hechos alegados en su demanda, fehacientemente en el expediente, por tanto, debe declararse no ilegal el acto administrativo demandado.”


IV. Solicitud de la Procuraduría de la Administración.

En razón de los elementos probatorios incorporados en el presente expediente judicial, consideramos que no le asiste razón alguna a la sociedad **Hidroecológica Gualaquita, S.A.**, en cuanto a las pretensiones solicitadas en el libelo de la presente demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción, toda vez que la actuación del **Ministerio de Ambiente**, al declarar prescrito el Contrato de Concesión de Uso de Agua 066-2009, estaba plenamente justificada, razonada y sustentada por el acto administrativo demandado.

En razón de las consideraciones expuestas, de acuerdo a las constancias procesales acreditadas en autos, reiteramos la petición formulada en la Vista 208 de 13 de febrero de 2017, en donde solicitamos respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL la Resolución DM-0436-2015 de 20 de octubre de 2015, emitida por el Órgano Ejecutivo, por conducto de la Ministra de Ambiente**, el acto confirmatorio y en consecuencia, se denieguen las pretensiones de la empresa demandante.

Del Señor Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General