

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 1304

Panamá, 14 de noviembre de 2017

**Proceso Contencioso
Administrativo de Plena
Jurisdicción.**

La firma López, Villanueva & Heurtematte (LOVILL), actuando en representación de la sociedad **Darrin Business, S.A.**, solicita se declare nula, por ilegal, la Resolución DM-0402-2015 de 8 de octubre de 2015, emitida por el **Órgano Ejecutivo, por conducto del Ministerio 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 **Darrin Business, 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-0402-2015 de 8 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 0309-2016 de 9 de mayo 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 **Darrin Business, S.A.**, Contrato de Concesión de Uso de Agua 119-2012, 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-0402-2015 de 8 de octubre de 2015, la cual fue confirmada mediante la Resolución 0309-2016 de 9 de mayo 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 de la lectura del expediente judicial se observa que mediante la Resolución DM-0402-2015 de 8 de octubre de 2015, el **Ministerio de Ambiente** declaró prescrito el Contrato de Concesión de Uso de Agua 119-2012, suscrito entre esa entidad y la sociedad **Darrin Business S.A.**, en razón que se consideró, de acuerdo al informe de verificación anual de uso de agua, que la empresa concesionaria no había hecho uso provechoso del recurso hídrico y no había construido obra de infraestructura alguna para uso de ese recurso (Cfr. fojas 18 a 19 del expediente judicial).

En tal sentido, debemos insistir en que el tema de las aguas que la Nación panameña destina a los servicios públicos de producción hidroeléctrica, es una importante política de Estado, a tal punto que la 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, el 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, es 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.

La firma forense que actúa en defensa de los intereses de la empresa **Darrin Business S.A.**, señala que el Ministerio de Ambiente, al emitir el acto administrativo impugnado, violó de manera directa por comisión, los artículos 35 y 43 de Ley 35 de 1966, los cuales señalan:

“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.”

...
“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).

Para emitir la Resolución DM-0402-2015 de 8 de octubre de 2015, acto administrativo hoy acusado en sede de legalidad, el Ministerio de Ambiente motivó el mismo, con el siguiente criterio:

...
 Que el artículo 15 del Decreto Ley 35 de 22 de septiembre de 1966 establece que **el derecho de aguas podrá ser adquirido sólo por permiso o concesión para uso provechoso**, el cual se encuentra definido por el artículo 16 de la misma excerta legal como aquel que se ejerce en beneficio del concesionario y es racional y cónsono con el interés público y social.

Que el mismo artículo 16 del Decreto Ley 35 de 1966 establece que **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; mientras que el artículo 42 de la misma excerta legal considera como uso preferente o de mayor provecho para el interés público y social, el uso de agua que atañe a la salud pública.

Que el artículo 43 del Decreto Ley 35 de 1966 establece que prescribirá la concesión cuando se deje de destinar todas o parte de las aguas a un uso provechoso durante dos (2) años consecutivos.

Que la Autoridad Nacional de Ambiente (ANAM), hoy Ministerio de Ambiente y la sociedad **DARRIN BUSINESS, S.A.**, suscribieron, en virtud de la Resolución AG-0294-2012 de 25 de junio de 2012 (fs. 272 - 273 del expediente administrativo), el Contrato de Concesión de Uso de Agua No. 119-2012, el cual entró en vigor el 7 de agosto de 2012, fecha en que fue refrendado por la Contraloría General de la República (fs. 308 -310 del expediente administrativo).

Que según consta en Informe de Inspección de Verificación Anual de Uso de Agua, de inspección realizada el 29 de junio de 2015 (fs. 326 - 328 del expediente administrativo), el concesionario no ha hecho uso provechoso del recurso hídrico y no ha construido obra de infraestructura alguna para el uso del recurso.

...” (Lo resaltado es nuestro) (Cfr. foja 18 del expediente judicial)..

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 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.

A efectos de determinar la legalidad de la Resolución DM-0402-2015 de 8 de octubre de 2015, emitida por el Ministerio de Ambiente, es necesario tomar en consideración que dicha entidad declaró la prescripción del Contrato de Concesión de Uso de Aguas 119-2012, suscrito por esa entidad con la empresa **Darrin Business 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** (Cfr. foja 18 del expediente judicial).

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.**

En tal sentido, 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) realizada el 29 de junio de 2015, en el lugar correspondiente al proyecto hidroeléctrico, ubicado en el corregimiento de Jaramillo, distrito de Boquete, provincia de Chiriquí, se determinó en los hallazgos que: *“No existe construcción alguna en el lugar. El agua no está siendo utilizada aún...”*

De lo anterior, efectivamente se puede constatar que desde el refrendo del Contrato de Concesión de Uso de Aguas 119-2012, realizado por la Contraloría General de la República el 7 de agosto de 2012 (Cfr. fojas 308 a 310 del expediente administrativo debidamente autenticado, aportado por el Ministerio de Ambiente con el Informe de Conducta correspondiente), a la fecha de la Inspección de Verificación Anual de Uso de Aguas, realizada el 29 de junio de 2015, la empresa **Darrin Business S.A.**, incumplió la obligación establecida en

la cláusula primera del referido contrato, consistente en la utilización del caudal concesionado sólo para los fines establecidos en la cláusula primera del mismo, es decir, la utilización permanente “...de un volumen de agua anual de cuarenta y cuatro millones ochocientos dieciocho mil ochocientos setenta y seis punto ocho metros cúbicos de agua (44,818,876.8 m3), a razón de trece millones ciento cuarenta y dos mil cuarenta y cuatro punto ochenta metros cúbicos de agua (13,142,044.80 m3), en los meses de diciembre a mayo y treinta y un millones seiscientos setenta y seis mil ochocientos treinta y dos metros cúbicos de agua (31,676,832 m3) en los meses de junio a noviembre, **para el uso hidroeléctrico (generación de energía eléctrica de 2 MW)**, que serán tomados del río Los Valles, perteneciente a la cuenca 108, río Chiriquí, ubicado en la comunidad de Alto Jaramillo, corregimiento de Jaramillo, distrito de Boquete, provincia de Chiriquí” (Cfr. fojas 308 a 310 y 326 a 328 del expediente administrativo debidamente autenticado, aportado por el Ministerio de Ambiente con el Informe de Conducta correspondiente).

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 **Darrin Business 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.

En otro orden de ideas, la empresa demandante arguye que el acto administrativo desconoció los postulados del debido proceso y el principio de legalidad.

Contrario a lo manifestado en la demanda, dentro del expediente judicial puede observarse que dentro de la vía gubernativa, la firma forense que representaba los intereses de la empresa demandante, pudo utilizar los recursos prescritos por la ley para que la Administración Pública pudiese revisar su actuación (Cfr. fojas 20 a 26 del expediente judicial). Estas consideraciones nos llevan a sostener el criterio que el Ministerio de Ambiente ha cumplido con el debido proceso al declarar prescrito el contrato de concesión de uso de aguas antes señalados, toda vez que la empresa incumplió las regulaciones establecidas en la República de Panamá para el uso de aguas, consideradas como bienes de uso público del Estado panameño.

Como puede observarse, el artículo 43 del Decreto Ley 35 de 1966, sobre uso de aguas, fue la norma aplicada por el Ministerio de Ambiente para emitir el acto administrativo contenido en la Resolución DM-0402-2015 de 8 de octubre de 2015, toda vez que bastaba que el concesionario **dejará de destinar todas o parte de las aguas a un uso provechoso durante dos (2) años consecutivos, por lo que correspondía que el Estado panameño declarara la prescripción del contrato de concesión, en razón que desde el año 2012 al 2015 la concesionaria, no había utilizado las mismas, ni procedido a la construcción del proyecto hidroeléctrico, razón de ser de la concesión de uso de aguas que le había sido otorgada.**

Por esta razón, la entidad demandada no ha infringido ninguna de las normas que se enuncian como violadas por la actora, consistente en los artículos 35 y 43 del Decreto Ley 35 de 1966, que reglamenta el uso de aguas, en razón que la empresa **Darrin Business S.A.**, incumplió con las obligaciones emanadas

de la concesión otorgada por el Estado panameño a través del Ministerio de Ambiente.

Debemos recordar, como lo señalamos en el apartado anterior cuando iniciábamos el punto relativo a los descargos de la Procuraduría de la Administración en representación de los intereses de la entidad demandada, que el constituyente patrio dispuso en el numeral 3 del artículo 258 de la Carta Constitucional de 1972, que entre los bienes que pertenecen al Estado y que no pueden ser objeto de apropiación privada, se encuentran entre otros, las tierras y **las aguas destinadas o que el Estado destine a servicios públicos de irrigación, de producción hidroeléctrica, de desagües y de acueductos**. De igual forma, el constituyente dispuso que en razón que estos bienes de uso público no son susceptibles de ser objeto de apropiación privada, los mismos pueden ser otorgados en concesión a los particulares, de acuerdo al principio de bienestar social e interés público que establece el artículo 259 de la Carta Constitucional.

Así las cosas, la 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 materia de permisos y concesiones, el artículo 43 del referido Decreto Ley, se refiere a la posibilidad de prescribir las concesiones otorgadas en el evento en que el concesionario no destine toda o parte de las aguas de un uso provechoso durante dos (2) años consecutivos. La concesión podrá ser prorrogada por un (1) año siempre y cuando se hubiese justificado los motivos que impidieron la utilización de la concesión. La norma en referencia igualmente dispone que el derecho para utilizar las aguas no usadas revertirá al Estado y éstas vendrán a ser aguas disponibles para otros concesionarios.

Como hemos indicado, esta disposición fue el principal fundamento jurídico que utilizó el Ministerio de Ambiente para emitir el acto administrativo acusado, consistente en la Resolución DM-0402-2015 de 8 de octubre de 2015, en donde declaró la prescripción del Contrato de Concesión de Uso de Aguas 119-2012, suscrito entre la entonces Autoridad Nacional del Ambiente (hoy Ministerio de Ambiente) y la empresa **Darrin Business S.A.**, (Cfr. fojas 18 a 19 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, 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**, consta el Informe de Inspección de Verificación Anual de Uso de Agua, relativo al contrato de Concesión de Uso de Aguas 119-2012, antes señalado, del año 2015, en el cual 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.

Así se observa, que la empresa **Darrin Business 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 consecutivos del recurso hídrico concesionado, por lo que la entidad no hizo más que aplicar la normativa jurídica especial antes transcrita y declarar prescrito el Contrato de Concesión de Uso de Agua 119-2012, suscrito entre la Autoridad Nacional del Ambiente (hoy **Ministerio de Ambiente**) y la empresa **Darrin Business S.A.**, a través del acto administrativo contenido en la Resolución DM-0402-2015 de 8 de octubre de 2015, emitida por el **Ministerio de Ambiente**, hoy demandado en sede de legalidad, en donde declaró la prescripción del Contrato de concesión en referencia.

Por otra parte, se observa que el artículo 3 de la Resolución AG-0294-2012, de 25 de junio de 2012, por la cual se otorga el derecho de uso de aguas mediante concesión permanente a la empresa **Darrin Business S.A.**, emitida en su momento por la Autoridad Nacional del Ambiente, hoy **Ministerio de Ambiente**:

“Artículo 3: La sociedad **DARRIN BUSINESS 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.” (Cfr. foja 272 del cuadernillo contentivo de las copias autenticadas del expediente administrativo remitido por el Ministerio de Ambiente).

De igual forma, el numeral 12 de la cláusula segunda del Contrato de Concesión de Uso de Agua 119-2012, suscrito entre la entonces **Autoridad Nacional del Ambiente**, ahora **Ministerio de Ambiente** y la sociedad **Darrin Business S.A.**, 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 (Cfr. foja 309 del cuadernillo contentivo de las copias autenticadas del expediente administrativo remitido por el Ministerio de Ambiente).

En razón de lo dispuesto en el artículo 3 de la Resolución AG-0294-2012, de 25 de junio de 2012, por la cual se otorga el derecho de uso de aguas mediante concesión permanente a la sociedad **Darrin Business S.A.**, así como la cláusula correspondiente señalada en el contrato de concesión, existía la obligación jurídica de la citada empresa de someterse a la legislación antes enunciada, entre ellas el propio Decreto Ley 35 de 22 de septiembre de 1966, sobre uso de las aguas;

norma que desconoció la sociedad concesionaria, 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**, tomó la decisión de declarar prescrita la concesión sobre uso de aguas.

En cuanto a la presunta violación del artículo 71 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, *“Que regula la contratación pública”*, alega la firma forense apoderada de la sociedad demandante, que la misma ha sido infringida por omisión. Señala la norma que se estima infringida:

“Artículo 71. Disposiciones aplicables a los contratos públicos. Los contratos públicos que celebren las entidades estatales se regirán por las disposiciones de la presente Ley y disposiciones complementarias, y lo que en ella no se disponga expresamente, por las disposiciones del Código Civil o del Código de Comercio, compatibles con las finalidades de la contratación pública.”

De acuerdo al argumento de la firma forense apoderada judicial de la sociedad demandante, al considerar que al momento en que el **Ministerio de Ambiente** declaró prescrito el contrato de Concesión de Uso de Agua Permanente 119-2012 en razón que la concesionaria no estaba dando uso provechoso a dichas aguas, la empresa **Darrin Business S.A.**, se encontraba adoptando pasos para el proyecto hidroeléctrico en mención, y que dicha entidad tenía conocimiento de la solicitud de modificación del Estudio de Impacto Ambiental Categoría III ya aprobado, situación que: *“...nunca fue contestada por dicha entidad, lo cual trae consigo la forma abusiva y contraria a la buena fe contractual con la que actuó el Ministerio del Ambiente, además toda la normativa contemplada en el Código Civil que impone a las partes, en una relación contractual, el deber de observar estrictamente, no sólo aquello expresamente pactado, sino el respeto a la*

igualdad de condiciones, y lo que sea conforme a la buena fe según claramente señala el artículo 1109 del Código Civil” (sic) (Cfr. fojas 13 y 14 del expediente judicial).

En primer término, es necesario recordar que los contratos administrativos difieren de los civiles, toda vez que el objeto de las contrataciones estatales tiene como objeto la satisfacción de una necesidad pública por parte de las entidades gubernamentales y los mismos son regidos por una serie de principios y criterios que no son propios del ámbito del Derecho Civil o Privado. Entre estos principios, se encuentran las llamadas “cláusulas exorbitantes”, sobre la cual la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, se ha referido en la Sentencia de 22 de julio de 2002, 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 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).

En tal sentido, se puede determinar que en los contratos administrativos, no existe la igualdad de condiciones entre las partes.

Por otra parte, el artículo 22 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la Contratación Pública, establece la regla de la interpretación de las reglas contractuales. Señala la norma:

“Artículo 22. Interpretación de las reglas contractuales. En la interpretación de las normas sobre contratos públicos, de los procedimientos de selección de contratista, de los casos de excepción de procedimiento de selección de contratista y **de las**

cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrán en consideración los intereses públicos, los fines y los principios de esta Ley, así como la buena fe, la igualdad y el equilibrio entre las obligaciones y los derechos que caracterizan los contratos conmutativos.” (Lo resaltado es nuestro)

Esta norma, tiene sustento en lo dispuesto en el artículo 50 de la Constitución Política de la República de Panamá, que establece el principio que el interés privado debe ceder al interés público. Señala la norma constitucional:

“Artículo 50. Cuando de la aplicación de una Ley expedida por motivos de utilidad pública o de interés social, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma Ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social.”

Si bien es cierto que el principio de buena fe, el cual es definido por la Real Academia Española de la Lengua y el Consejo General del Poder Judicial, en la obra Diccionario del Español Jurídico, (Primera edición, Barcelona, 2016, p.275) como: **“1. Gral. Estándar de conducta ética que debe presidir el ejercicio de los derechos subjetivos y los procedimientos y prácticas administrativas y procesales.”**, no se puede soslayar que de igual forma, en los contratos administrativos rige el principio de consideración de los intereses públicos, especialmente en esta materia, que como hemos señalado anteriormente, las normas sobre usos de aguas son de orden público e interés social, como ella misma lo ha definido.

En otro orden de ideas, en cuanto a lo alegado por la sociedad demandante, en tal sentido que existía una solicitud para la modificación del Estudio de Impacto Ambiental aprobado, la cual no había tenido respuesta alguna por la entidad regente de la materia, consideramos que no le asiste razón a la parte demandante, toda vez que si bien es cierto, la misma fue presentada **el 4 de septiembre de 2014**, según afirma la firma forense en el libelo de la demanda (Cfr. foja 12 del expediente judicial), el contrato fue refrendado por la Contraloría

General de la República el **7 de agosto de 2012**, iniciado sus efectos legales a partir de esa fecha, por lo que para el **7 de agosto de 2014**, habían transcurrido los dos años que establece el artículo 43 del Decreto Ley 35 de 1966, que expresa que prescribirá la concesión cuando se deje de destinar todas o parte de las aguas a un uso provechoso durante dos (2) años consecutivos, lo que arroja que para el momento en que la empresa **Darrin Business S.A.**, presentó la solicitud, ya había prescrito la concesión de pleno derecho.

Por otra parte, consideramos este argumento no puede ser invocado en este proceso, toda vez de existir una petición o solicitud por parte de la empresa **Darrin Business S.A.**, la misma contaba con los mecanismos en sede administrativa y posteriormente en sede jurisdiccional para que fuese atendida su solicitud por parte de la Administración Pública.

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 217 de 30 de marzo de 2017, el cual fue apelado por la demandante, siendo confirmado mediante Auto de 2 de octubre de 2017, emitido por el resto de la Sala Tercera.

En cuanto a las pruebas documentales admitidas, ninguna de ella comprueba que la sociedad **Darrin Business S.A.**, haya presentado ante el **Ministerio de Ambiente**, alguna solicitud o justificación que evidencie de alguna manera la razón de por qué no había cumplido hasta ese momento, con las obligaciones que surgían del contrato de concesión de uso de aguas.

Aspectos que no fueron probados por la demandante.

Consideramos que la fecha en que se suscribe la presente vista de alegato, la sociedad demandante no ha logrado comprobar en el 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 la demandante **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.

En el caso que nos ocupa, mediante Nota DM-1313-2017 con fecha de 24 de julio del 2017, el señor Emilio Sempris, **Ministro de Ambiente**, encargado, informó a la Sala Tercera, entre otras cosas:

“En virtud de lo anterior, tengo a bien informarle lo siguiente:

1. Durante el período del 7 de agosto de 2012 al 8 de octubre de 2015, solo se observa a foja 317 del expediente contentivo de la solicitud de concesión para uso de agua, nota fechada 25 de noviembre de 2012, mediante la cual se detalla que la empresa se encuentra en la etapa de planificación y diseño del proyecto, además que se encuentra tramitando todos los permisos necesarios ante las autoridades competentes para poder iniciar el proyecto. Con excepción de a la nota referida, **no se observa dentro del expediente alguna otra**

documentación que justifique los motivos que impidieron la utilización de la concesión, tal y como, lo establece el artículo 43 del Decreto Ley No. 35 de 22 de septiembre de 1996.

2. Con relación al punto No. 2, tengo a bien señalarle, que para el período 2012-2015, la empresa DARRIN BUSINESS S.A., pagó los derechos de concesión de agua, tal como se observa en el estado de cuenta adjuntado a la presente nota, donde se desglosan 4 pagos correspondientes a las anualidades de 2012 a 2015.
3. En virtud de lo expuesto en el punto anterior, puedo señalarle, que para el día 29 de octubre de 2015, la empresa concesionaria DARRIN BUSINESS S.A., se encontraba paz y salvo con el Ministerio de Ambiente.

...” (Lo resaltado es nuestro).

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 expediente, no logran acreditar de manera adecuada ni científica lo señalado por la sociedad Darrin Business, 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 relacionado con la prescripción del contrato de concesión de 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.”

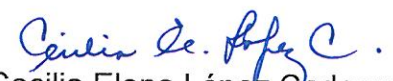
V. Solicitud de la Procuraduría de la Administración.

En razón de los elementos probatorios incorporados en el presente expediente judicial, consideramos que no le asiste razón alguna a la sociedad **Darrin Business, 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 119-2012 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 558 de 29 de mayo de 2017, en donde solicitamos respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL la Resolución DM-0402-2015 de 8 de octubre de 2015, emitida por el Órgano Ejecutivo, a través de la Ministra de Ambiente**, así como el respectivo acto confirmatorio, y en consecuencia, se denieguen todas las pretensiones de la empresa demandante.

Del Señor Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Cecilia Elena López Cadogan
Secretaria General, encargada