

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 208

Panamá, 13 de febrero 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.

Contestación de la demanda.

**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 numeral 2 del artículo 5 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, con la finalidad de contestar la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción que el Licenciado Ramón Alberto Palacios Tejada, actuando en representación de la sociedad **Hidroecológica Gualaquita S.A.**, interpuso ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, a fin que se declare nula, por ilegal, la Resolución número 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. Los hechos en que se fundamenta la demanda los contestamos de la siguiente manera:

Primero: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. fojas 20 a 30 del expediente judicial).

Segundo: No es un hecho; por tanto, se niega.

- Tercero:** No es cierto como viene expuesto; por tanto, se niega.
- Cuarto:** Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. fojas 35 a 37 del expediente judicial).
- Quinto:** Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. foja 37 del expediente judicial).
- Sexto:** No es un hecho; por tanto, se niega.
- Séptimo:** Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. fojas 38 a 41 del expediente judicial).
- Octavo:** Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. fojas 42 a 58 del expediente judicial).
- Noveno:** Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. fojas 59 a 60 del expediente judicial).
- Décimo:** No es cierto como viene expuesto; por tanto, se niega.
- Décimo Primero:** No es un hecho; por tanto, se niega.
- Décimo Segundo:** No es un hecho; por tanto, se niega.
- Décimo Tercero:** No es un hecho; por tanto, se niega.
- Décimo Cuarto:** No es cierto como viene expuesto; por tanto, se niega.
- Décimo Quinto:** No es un hecho; por tanto, se niega.
- Décimo Sexto:** No es un hecho; por tanto, se niega.
- Décimo Séptimo:** No es un hecho como como viene expuesto, toda vez que la redacción resulta confusa e ininteligible; por tanto, se niega.
- Décimo Octavo:** No es un hecho; por tanto, se niega.
- Décimo Noveno:** No es cierto como viene expuesto; por tanto, se niega.
- Vigésimo:** No es cierto como viene expuesto; por tanto, se niega.
- Vigésimo Primero:** No es un hecho; por tanto, se niega.
- Vigésimo Segundo:** No es un hecho; por tanto, se niega.
- Vigésimo Tercero:** No es un hecho; por tanto, se niega.

II. Normas que se aducen infringidas por el demandante.

El abogado demandante expresa que la resolución objeto de censura en sede de la legalidad y su acto confirmatorio, ambas emitidas por la **Ministra de Ambiente**, mediante la cual se procede a declarar prescrito el Contrato de Concesión de Uso de Agua 066-2009, suscrito entre el **Ministerio de Ambiente** y la sociedad **Hidroecológica Gualaquita S.A.**, son nulas, por ilegales, puesto que infringen las siguientes disposiciones legales y reglamentarias:

A. Los Artículos 1107 y 1670 del Código Civil, sobre la validez y cumplimiento, así como la prescripción de los contratos (Cfr. foja 11 a 12 del expediente judicial);

B. Los Artículos 113, 115 y 116 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, “Que regula la contratación pública”, sobre las causales de resolución administrativa de los contratos, resolución del contrato por incumplimiento del contratista y el procedimiento de resolución de los contratos (Cfr. fojas 12 a 15 del expediente judicial);

C. Los Artículos 73 y 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”, referente a la advertencia de inconstitucionalidad e ilegalidad, y el efecto suspensivo en el cual se concede el recurso de reconsideración (Cfr. fojas 15 a 16 del expediente judicial).

III. Descargos de la Procuraduría de la Administración en representación de los intereses de la Administración Pública.

De la lectura del expediente judicial se observa que mediante la Resolución DM-0436-2015 de 20 de octubre de 2015, la **Ministra de Ambiente** declaró prescrito el Contrato de Concesión de Uso de Agua 0566-2009, 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).

Es importante, iniciar indicando que nos encontramos ante bienes del Estado Panameño, que por mandato constitucional, las concesiones otorgadas deben responder a los principios de **bienestar social y el interés público**.

La consideración en 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 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).

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 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.” (Lo resaltado es nuestro)

En atención a lo dispuesto por el constituyente, 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 el interés público como elemento a considerar para la concesión de bienes del Estado.

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.”

Ciertamente 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 “cláusulas 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).

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.”

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:

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.

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 Gualaquita 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.

IV. Solicitud.

En razón de ello, solicitamos respetuosamente a los Honorables Magistrados que integran la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL la Resolución DM-0436-2015 de 20 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 las empresas demandantes.

V. Pruebas: Nos oponemos a las pruebas presentadas por el demandante.

VI. Derecho: No se acepta el invocado por la demandante.

Del Señor Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Cecilia E. López Cadogan
Secretaria General, Encargada