

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO  
PROCURADURÍA DE LA  
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 1008

Panamá, 12 de septiembre de 2017

**Proceso Contencioso  
Administrativo de  
Plena Jurisdicción.**

La firma forense Morgan & Morgan, actuando en nombre y representación de la sociedad **Hidroeléctrica Barriles, S.A.**, solicita se declare nula, por ilegal, la Resolución DM-0420-2015 de 12 de octubre de 2015, emitida por el **Órgano Ejecutivo, por conducto del Ministerio 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 contenciosa administrativa de plena jurisdicción que la firma forense Morgan & Morgan, actuando en nombre y representación de la sociedad **Hidroeléctrica Barriles, S.A.**, interpuso ante la Sala Tercera, de la Corte Suprema de Justicia, a fin que se declare nula, por ilegal, la Resolución DM-0420-2015 de 12 de octubre de 2015, emitida por el **Órgano Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Ambiente**, el acto confirmatorio y que se hagan otras declaraciones.

**I. Los hechos en que se fundamenta la demanda los contestamos de la siguiente manera:**

**Primero:** No consta; por tanto, se niega.

**Segundo:** No consta; por tanto, se niega.

**Tercero:** No consta; por tanto, se niega.

**Cuarto:** Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. fojas 121 a 127 del cuadernillo contentivo de la copia autenticada expediente administrativo, remitido por el Ministerio de Ambiente con el informe de conducta).

**Quinto:** Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. fojas 170 a 172 del cuadernillo contentivo de la copia autenticada expediente administrativo, remitido por el Ministerio de Ambiente con el informe de conducta).

**Sexto:** No consta; por tanto, se niega.

**Séptimo:** Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. fojas 112 a 132 del cuadernillo contentivo de la copia autenticada expediente administrativo, remitido por el Ministerio de Ambiente con el informe de conducta).

**Octavo:** Es cierto de manera parcial; por tanto, no se niega (Cfr. fojas 59 a 104 del expediente judicial).

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

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

**Décimo Octavo:** No consta; por tanto, se niega.

**Décimo Noveno:** No consta; por tanto, se niega.

**Vigésimo:** No es un hecho; 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.

**Vigésimo Cuarto:** No consta; por tanto, se niega.

**Vigésimo Quinto:** No es un hecho; por tanto, se niega.

**Vigésimo Sexto:** No es un hecho; por tanto, se niega.

**Vigésimo Séptimo:** No es un hecho; por tanto, se niega.

**Vigésimo Octavo:** No es un hecho; por tanto, se niega.

**Vigésimo Noveno:** No es un hecho; por tanto, se niega.

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

**Trigésimo Primero:** No es un hecho; por tanto, se niega.

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

**Trigésimo Tercero:** No consta; por tanto, se niega.

**Trigésimo Cuarto:** No consta; por tanto, se niega.

**Trigésimo Quinto:** No consta; por tanto, se niega.

**Trigésimo Sexto:** No consta; por tanto, se niega.

**Trigésimo Séptimo:** No es un hecho; por tanto, se niega.

**Trigésimo Octavo:** No es un hecho; por tanto, se niega.

**Trigésimo Noveno:** No es un hecho; por tanto, se niega.

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

**Cuadragésimo Primero:** No es un hecho; por tanto, se niega.

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

**Cuadragésimo Tercero:** No consta; por tanto, se niega.

**Cuadragésimo Cuarto:** No es un hecho; por tanto, se niega.

## **II. Normas que se aducen infringidas por la demandante.**

La sociedad demandante expresa que la resolución objeto de censura en sede de la legalidad y su acto confirmatorio, ambas emitidas por el **Ministerio de Ambiente**, mediante la cual se procede a declarar prescrito el Contrato de Concesión de Uso de Agua 087-2011, suscrito entre la Autoridad Nacional de Ambiente (hoy **Ministerio de Ambiente**) y la sociedad **Hidroeléctrica Barriles**,

---

**S.A.**, son nulas, por ilegales, puesto que infringen las siguientes disposiciones legales y reglamentarias:

1. **El artículo 43 del Decreto Ley 35 de 1966, “Para reglamentar el Uso de Aguas”**, sobre la prescripción del uso de aguas (Cfr. fojas 20 a 27 del expediente judicial);

2. **El artículo 7 de la Ley 45 de 4 de agosto de 2004, “Que establece un régimen de incentivos para el fomento de sistemas de generación hidroeléctrica y de otras fuentes nuevas, renovables y limpias, y se dictan otras disposiciones”**, relativo a la expiración de las concesiones de uso de aguas (Cfr. fojas 27 a 28 del expediente judicial);

3. **Los artículos 9, 14, 34-D y 976 del Código Civil, aprobado mediante la Ley 2 de 22 de agosto de 1916**, referente al principio de hermenéutica en la interpretación de la Ley, a la definición de fuerza mayor y caso fortuito, y a la fuerza de las obligaciones que nacen de los contratos, (Cfr. fojas 28 a 34 del expediente judicial);

4. **Los artículos 34, 36, 52, 155 (numerales 1 y 3), 201 (numerales, 1, 31 y 56) de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, “sobre procedimiento administrativo general”**, las que en su orden, guardan relación con los principios que inspiran la actuación administrativa; a la prohibición de emitir actos administrativos con infracción de las normas jurídicas vigentes; las causales de nulidad absoluta de los actos administrativos, la motivación de los actos administrativos; así como las definiciones de acto administrativo, debido proceso legal e indefensión. (Cfr. fojas 34 a 42 del expediente judicial).

**III. Descargos de la Procuraduría de la Administración en representación de los intereses de la entidad demandada.**

De la lectura del expediente judicial se observa que mediante la Resolución DM-0420-2015 de 12 de octubre de 2015, el **Ministerio de Ambiente** declaró



prescrito el Contrato de Concesión de Uso de Agua 087-2011, suscrito entre la Autoridad Nacional de Ambiente (hoy **Ministerio de Ambiente**) y la sociedad **Hidroeléctrica Barriles, 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 59 a 60 del expediente judicial).

### 1. Valor jurídico de los Decretos Leyes.

La sociedad demandante afirma, entre otras consideraciones erradas, lo siguiente:

“Pretende entonces el **MINISTERIO DE AMBIENTE** declarar la prescripción de la Concesión de Uso de Agua otorgada a **HIDROELÉCTRICA BARRILES, S.A.**, aplicando de manera indebida una norma anterior, general y de menor jerarquía (Decreto Ley No. 35 de 1966), aun cuando este derecho fue adquirido para uso exclusivo del proyecto “MINIHIDROELÉCTRICA COTITO” que se rige por normas especiales, de superior jerarquía y, además, posteriores como lo es la Ley No. 45 de 4 de agosto de 2004, que otorgan otro plazo distinto de vencimiento de la concesión; por lo que queda plenamente demostrada la infracción de la norma aquí descrita como violada, en el concepto que se deja expuesto, todo esto infringiendo entonces el ordenamiento jurídico vigente y los derechos de nuestra mandante.” (Cfr. foja 21 del expediente judicial).

Consideramos equivocado el argumento expuesto por la firma forense que representa a la demandante, toda vez que el Decreto Ley 35 de 1966, no es de inferior jerarquía que la Ley 45 de 4 de agosto de 2004, puesto que aunque la primera es una ley material y la otra es una ley formal, **ambas tienen igual rango jerárquico.**

El valor de los Decretos Leyes (decretos con valor de ley) ha sido examinado por la doctrina, la cual les concede el mismo valor que la Ley formal;

es decir, aquella expedida por el Órgano Legislativo de acuerdo con el procedimiento correspondiente para la expedición de las mismas.

De acuerdo a la definición de “Decreto Ley” que brinda el Diccionario del Español Jurídico, editado por la Real Academia Española de la Lengua y el Consejo General del Poder Judicial, dirigido por Santiago Muñoz Machado (primera edición, Barcelona, 2016, p. 593):

“Const. Norma con rango de ley, de carácter provisional, dictada por el Gobierno cuando concurre una circunstancia de extraordinaria y urgente necesidad.”

En nuestra tradición constitucional, la figura del decreto-ley tiene valor de ley material. El jurista panameño, Doctor César Quintero Correa, en su obra Derecho Constitucional (Librería Lehmann, San José, 1967, p. 589 et seq.) considera al respecto:

“Queríamos, así, incluir dentro de esa denominación los diferentes tipos de ‘decretos-leyes’, especialmente los dos principales: los que el Ejecutivo emite mediante autorización parlamentaria y los que expide sin ellas. En Panamá sólo existen los primeros. Pero unos y otros podrían definirse como actos con categoría de ley dictados por el Ejecutivo sobre materias cuya regulación la Constitución atribuye al Órgano Legislativo. La expresada categoría legal estriba en que por medio de dichos actos el Ejecutivo puede reformar e, incluso derogar leyes formales, o sea, acordadas por el Parlamento. Esto diferencia cualquier especie de decreto-ley de los demás decretos del Ejecutivo, ya sean de carácter individual (decretos ejecutivos) o general (decretos reglamentarios).

...

Por otra parte, como ya apuntamos, puede haber actos normativos dictados por el Ejecutivo o por otras autoridades, que contienen todas las características esenciales de la ley (generalidad, impersonalidad, objetividad, normatividad). Con todo, no las denominamos leyes, porque no son leyes formales, ya que no han sido acordadas por la Asamblea.

Entre estos actos figuran los decretos-leyes, pues, **como hemos sostenido, éstos deben consistir en normas de carácter general. El decreto-ley,**

**según nuestro derecho constitucional, debe ser necesariamente ley material o sustancial...**

..." (Lo resaltado es nuestro).

Los autores panameños Manuel Bernal, José Antonio Carrasco y Lastenia Domingo, en su obra Manual de Derecho Administrativo Panameño (Litho Editorial Chen, Panamá, 2013, página 234) señalan a propósito de lo anterior, lo siguiente:

#### “1.3.3. Leyes

Cuando nos referimos a las leyes, aludimos a los textos adoptados por el Órgano Ejecutivo y que han sido objeto de sanción (firma) del Presidente de la República. Siempre se ha entendido que la Ley es la fuente principal del marco de la legalidad en nuestro medio.

**Paralelo a ello, debemos advertir que también se incluyen dentro de esta categoría de textos, adoptados por el Órgano Ejecutivo con el propósito de modificar o crear textos legislativos, tales como Decretos Leyes, Decretos de Gabinete (emitidos en situación de anormalidad institucional) y, los denominados Decretos Legislativos dictados por las asambleas constituyentes.**

#### 1.3.4. Los Decretos Leyes

Los Decretos Leyes son adoptados por el Consejo de Gabinete con motivo de una ley de concesión de facultades extraordinarias expedidas por el Órgano Legislativo (cfr. Art. 159, numeral 16, Constitución Política de la República de Panamá).

..." (Lo resaltado es nuestro).

En tal sentido, mediante la Sentencia de 17 de octubre de 1997, la Sala Tercera explicó lo siguiente:

“Nuestra impresión es, que la confusión surge de los conceptos de incompatibilidad de normas por la especialidad y de la misma jerarquía, con la incompatibilidad de normas de distinta jerarquía. Esto obedece a que el interesado afirma que el Decreto Ejecutivo N° 57 de 7 de febrero de 1956, reformado por el Decreto N° 168 de 18 de agosto de 1965 debe ser aplicado en el presente caso, debido a que es la norma especial que regula esta materia, olvidándose el recurrente, que los decretos ejecutivos constituyen reglamentos en desarrollo de la ley y **los decretos leyes son leyes materiales de jerarquía superior frente a aquellos.** En este sentido el artículo 15 del

Código Civil es claro cuando sostiene que ‘Las órdenes y demás actos ejecutivos del Gobierno, expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria, y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución o a las leyes’ (Subrayado es de la Sala).

Los Decretos Leyes son proferidos por el Órgano Ejecutivo, como facultad extraordinaria, cuando se encuentre la Asamblea en receso. Esta facultad es solicitada por el propio Ejecutivo, la cual es concedida por ley, y se limita a materias específicas estatuidas en la Constitución (ver numeral 6 del artículo 153 y el artículo 143 de la Constitución).”

Por otra parte, reforzando esta idea, encontramos que en la Sentencia de 29 de septiembre de 2014, la Sala Tercera externó el siguiente criterio:

“Sobre esta temática, los renombrados juristas Merlk y Kelsen, nos indican que el vértice en la denominación asignada a la jerarquía de las normas positivas en vigencia lo tiene, en primer lugar, la Constitución y, seguido de ella, las Leyes, aunque dentro de las mismas quepa apreciar alguna superioridad en los Códigos -tales como el Judicial- que cuentan con aplicación general como supletorios de normas legales afines; luego los Reglamentos -del Poder Ejecutivo o Judicial- y Decretos del Poder Ejecutivo; después las ordenanzas municipales y las resoluciones ministeriales; y, por último, las sentencias y resoluciones con carácter particular.

El jurista panameño Edgardo Molino Mola, en su obra ‘*La Jurisdicción Constitucional en Panamá en un Estudio de Derecho Comparado*’ (1er. Ed. Edit. Dike. Colombia, 1998. Pág. 110), basado en la jerarquía de las normas, señala que:

**‘...la pirámide del ordenamiento jurídico panameño es la siguiente:** 1. La Constitución, 2. Los Tratados o convenios internacionales, **3. Las leyes formales- decretos leyes- decretos de gabinete. Decretos de gabinete sobre aranceles y tasas aduaneras -jurisprudencia obligatoria,** 4. Reglamentos constitucionales, 5. Decretos ejecutivos- decretos de gabinete -resoluciones de gabinete-estatutos reglamentarios ordinarios-reglamentos autónomos. Acuerdos del Órganos del Estado- acuerdos de instituciones autónomas- resueltos ministeriales-resoluciones

generales, 6. Acuerdos municipales-decretos alcaldicios-reglamentos alcaldicios, 7. Decisiones administrativas-sentencias judiciales-contratos-actos de autoridad-órdenes-laudos arbitrales y 8. La doctrina constitucional-reglas generales de derecho. Costumbre conforme a la moral cristiana.’

Por ello resulta un absurdo sostener que la normativa contenida en el Decreto Ley 36 de 1966, es de rango o jerarquía inferior a la Ley 45 de 4 de agosto de 2004, por lo que ambas deben ser consideradas en plano de igualdad jurídica.

## **2. La protección al Régimen Ecológico y las Normativas de Interés Público y Bienestar Social.**

A partir de las reformas a la Constitución Política de la República de Panamá de 1972, realizada mediante el Acto Constitucional de 1983, se introduce en nuestra regulación fundamental el “Régimen Ecológico”, el cual se encuentra inserto en el Capítulo 7mo. del Título III, contentivo de los Derechos y Deberes Individuales y Sociales, donde de acuerdo al artículo 118, se establece como deber fundamental del Estado garantizar que la población viva en un ambiente sano y libre de contaminación, en donde el aire, el agua y los alimentos satisfagan los requerimientos del desarrollo adecuado de la vida humana.

En tal sentido, los artículos 119 y 120 de la Constitución Política de la República de Panamá, parten de los siguientes postulados:

**“Artículo 119.** El Estado y todos los habitantes del territorio nacional **tienen el deber de propiciar un desarrollo social y económico que prevenga la contaminación del ambiente, mantenga el equilibrio ecológico y evite la destrucción de los ecosistemas.**” (Lo resaltado es nuestro).

**“Artículo 120.** El Estado reglamentará, fiscalizará y aplicará oportunamente las medidas necesarias para garantizar que la utilización y el aprovechamiento de la fauna terrestre, fluvial y marina, así como de **los bosques, tierras y aguas, se lleven a cabo racionalmente, de manera que se**

**evite su depredación y se asegure su preservación, renovación y permanencia.”** (Lo resaltado es nuestro).

En tal sentido, es función primordial del Estado panameño adoptar políticas que procuren el deber de propiciar un desarrollo social y económico que mantenga el equilibrio ecológico y evite la destrucción de los diversos ecosistemas existentes en el país, lo que en materia de aguas, se reglamenta mediante la legislación ambiental correspondiente, en especial del Decreto Ley 35 de 1966, “Para reglamentar el Uso de Aguas”.

De igual forma, en cumplimiento del mandato constitucional antes expuesto, a través del Decreto Ley 35 de 1966, el Estado reglamenta, fiscaliza y aplica oportunamente las medidas necesarias para garantizar que la utilización y el aprovechamiento de los bosques, tierras y aguas, se lleven a cabo racionalmente, de manera que se evite su depredación y se asegure su preservación, renovación y permanencia.

Como quiera que la tendencia moderna al derecho al ambiente sano es parte de los Derechos Humanos cuya protección está garantizada por los diversos tratados internacionales sobre la materia, como el artículo 11 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, ratificado por la República de Panamá mediante la Ley 21 de 22 de octubre de 1992, que establece lo siguiente:

**“Artículo 11. Derecho a un Medio Ambiente Sano.**

1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos.

2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.”



Partiendo de las premisas constitucionales y convencional antes indicadas, es necesario indicar que a pesar que el Decreto Ley 35 de 1966, fue dictado antes de la firma de los tratados internacionales antes señalados, el mismo mantiene que dentro del ámbito ecológico, el tema de la regulación de aguas es de “interés público” y “bienestar social”, nociones que dentro del presente negocio jurisdiccional debemos analizar, toda vez que en materia de concesión para la utilización de aguas para la producción hidroeléctrica, las cuales pertenecen al Estado y son de uso público y, por consiguiente, no pueden ser objeto de apropiación privada.

Así las cosas, 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, 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 el interés público como elemento a considerar para la concesión de los bienes del Estado.**

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 que prescriban 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. En tal sentido, la norma también establece que 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-0420-2015 de 12 de octubre de 2015, en donde declaró la prescripción del Contrato de Concesión de Uso de Aguas 087-2011, suscrito entre la entonces Autoridad Nacional del Ambiente (hoy **Ministerio de Ambiente**) y la empresa **Hidroeléctrica Barriles, S.A.** (Cfr. foja 59 a 60 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, 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 en referencia, del año 2015, en el cual se deja constancia que no se ha hecho uso provechoso del recurso hídrico concesionado, además señala que no hay nada establecido en el lugar (Cfr. foja 173 a 175 del cuadernillo contentivo de las copias autenticadas del expediente administrativo remitido por el **Ministerio de Ambiente**).

Así se observa, que la empresa **Hidroeléctrica Barriles, 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 087-2011, suscrito entre la Autoridad Nacional del Ambiente (hoy **Ministerio de Ambiente**) y la empresa **Hidroeléctrica Barriles, S.A.**, a través del acto administrativo contenido en la Resolución DM-0420-2015 de 12 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-0149-2011, de 29 de marzo de 2011, por la cual se otorga el derecho de uso de aguas mediante concesión permanente a la empresa **Hidroeléctrica Barriles, S.A.**, emitida en su momento por la Autoridad Nacional del Ambiente, hoy **Ministerio de Ambiente**, establece lo siguiente:

**“Artículo 3: La sociedad HIDROELÉCTRICA BARRILES, 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 168 del cuadernillo contentivo de las copias autenticadas del expediente administrativo remitido por el Ministerio de Ambiente) (Lo resaltado es nuestro).

La noción de **interés público o general**, es definido por el Diccionario del Español Jurídico 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 entonces 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 y 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.

Al analizar la normativa correspondiente, se puede observar que el artículo 32 del Decreto Ley 35 de 22 de septiembre de 1966, señala que el derecho a usar o descargar aguas usadas puede ser adquirido por permiso; por concesión transitoria; o por concesión permanente, esta última, regulada por el artículo 35 de la referida excerta.

### **3. Sobre la presunta violación del artículo 43 del Decreto Ley 35 de 1966, “Para reglamentar el Uso de Aguas”.**

La firma forense que actúa en defensa de los intereses de la empresa **Hidroeléctrica Barriles, S.A.**, señala que el Ministerio de Ambiente, al emitir el

acto administrativo impugnado, violó por aplicación indebida el artículo 43 del Decreto Ley 35 de 1966, el cual señala:

**“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).

Según afirma la demandante, esta norma ha sido infringida en concepto de aplicación indebida al emitirse el acto administrativo objeto de la presente demanda, y su acto confirmatorio, en razón que el Ministerio de Ambiente: *“...aplicó esta norma (Decreto) anterior, general y de menor jerarquía a un supuesto regulado por una norma (Ley) posterior, de superior jerarquía y de especial aplicación a las minihidroeléctricas, como es el caso de nuestra mandante para el Proyecto ‘MINIHIDROELÉCTRICA COTITO.’* (Cfr. foja 20 del expediente judicial).

Consideramos que el activador en sede de legalidad desconoce la diferencia de “ley formal” y “ley material” que hemos indicado con anterioridad.

El Decreto Ley 35 de 1966, “Para reglamentar el uso de las Aguas”, dictado por el entonces Presidente de la República, Marco Aurelio Robles y su Gabinete, en virtud de la autorización otorgada por la Asamblea Nacional mediante la Ley 8 de 1 de febrero de 1966, de acuerdo a lo señalado en el numeral 25 del artículo 118 de la Constitución Política de la República de Panamá de 1946, es una “ley material”, de igual rango jurídico de acuerdo a la doctrina y a la jurisprudencia, que la Ley 45 de 4 de agosto de 2004, “Que establece un régimen de incentivos para el fomento de sistemas de generación hidroeléctrica y de otras fuentes nuevas, renovables y limpias, y se dictan otras disposiciones”, siendo esta última una “ley formal” toda vez que ha sido expedida por la Asamblea Nacional.

La Ley 45 de 2004 no derogó ninguna disposición del Decreto Ley 35 de 1966, por lo que este último, de igual rango jurídico que aquel, mantiene su vigencia plena, siendo reguladora de una materia específica de Derecho Ecológico, siendo esta, de “interés público” y “bienestar social”, **tiene preminencia sobre cualquier otra disposición de igual o inferior jerarquía, en razón de la materia regulada y de los derechos constitucionales y convencionales tutelados, en este caso particular y concreto, el uso de las aguas que pertenecen al Estado panameño y son parte del régimen ecológico vigente.**

En tal sentido, consideramos que el **Ministerio de Ambiente**, al emitir el acto administrativo demandado en el presente proceso, no violó de forma alguna el artículo 43 del Decreto Ley 35 de 1966, toda vez que la misma era la norma jurídica aplicable concretamente al acto administrativo emitido.

En el caso que ocupa nuestra atención, se observa que los actos administrativos relacionados con el presente proceso, se fundamentaron en las disposiciones contenidas en el Decreto Ley 35 de 1966, a saber:

a) La Resolución AG-0149-2011 de 29 de marzo de 2011, emitida por la entonces Autoridad Nacional del Ambiente (hoy Ministerio de Ambiente), mediante la cual se otorga el Derecho de Uso de Agua mediante Concesión Permanente a la Sociedad **Hidroeléctrica Barriles, S.A.**, señaló como Fundamento de Derecho, las disposiciones contenidas en la Ley 41 de 1 de julio de 1998, el Decreto Ley 35 de 22 de septiembre de 1966, el Decreto Ejecutivo 70 de 27 de julio de 1973 y demás normas complementarias y concordantes, el cual fue notificado personalmente al señor Guillermo De Roux Vallarino, Presidente y Representante Legal de la empresa **Hidroeléctrica Barriles S.A.** (Cfr. fojas 167 a 168 del cuadernillo contentivo de la copia autenticada del Expediente 1665 relativo al procedimiento administrativo de **Hidroeléctrica Barriles S.A.**, en el proyecto de

Rio Cotito, remitido por el **Ministerio de Ambiente** con la rendición del informe de conducta requerido por la Sala Tercera).

b) El Contrato de Concesión Permanente para el Uso de Aguas número 087-2011, suscrito entre la Autoridad Nacional del Ambiente (hoy Ministerio de Ambiente) y el señor Guillermo De Roux Vallarino, Presidente y Representante Legal de la empresa **Hidroeléctrica Barriles S.A.**, en la cual, la empresa en referencia, se obliga estrictamente en el numeral 13 del artículo 2, a cumplir expresamente con las obligaciones consagradas en el Decreto Ley 35 de 1966, Decreto Ejecutivo 70 de 1973, Decreto Ejecutivo 55 de 1973, la Ley 1 de 1994, Ley 41 de 1998, y en las demás normas complementarias y concordantes (Cfr. fojas 170 a 172 del cuadernillo contentivo de la copia autenticada del Expediente 1665 relativo al procedimiento administrativo de **Hidroeléctrica Barriles S.A.**, en el proyecto de Rio Cotito, remitido por el **Ministerio de Ambiente** con la rendición del informe de conducta requerido por la Sala Tercera).

En razón de lo dispuesto en el artículo 3 de la Resolución AG-149-2011, de 29 de marzo de 2011, por la cual se otorga el derecho de uso de aguas mediante concesión permanente a la sociedad **Hidroeléctrica Barriles 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.



c) La Resolución DM-0420-2015 de 12 de octubre de 2015, emitida por el **Órgano Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Ambiente**, que constituye el acto administrativo demandado, así como el acto confirmatorio, **se fundamentan expresamente** en las normas de la Constitución Política de la República de Panamá, así como en la Ley 8 de 2015, la Ley 41 de 1998, en el Decreto Ley 35 de 1966 y en las demás normas complementarias y concordantes (Cfr. fojas 59 y 60 del expediente judicial).

Queremos llamar la atención a la Honorable Sala Tercera, que si bien es cierto, la Resolución AG-0149-2011 de 29 de marzo de 2011, emitida por la entonces Autoridad Nacional del Ambiente (hoy Ministerio de Ambiente), mediante la cual se otorga el Derecho de Uso de Agua mediante Concesión Permanente a la Sociedad **Hidroeléctrica Barriles, S.A.**, la cual fue notificada personalmente al señor Guillermo De Roux Vallarino, Presidente y Representante Legal de la empresa **Hidroeléctrica Barriles S.A.**, y el Contrato de Concesión Permanente para el Uso de Aguas número 087-2011, suscrito entre la Autoridad Nacional del Ambiente (hoy Ministerio de Ambiente) y el señor Guillermo De Roux Vallarino, Presidente y Representante Legal de la empresa **Hidroeléctrica Barriles S.A.**, se fundamentaron expresamente en las normas del Decreto Ley 35 de 1966 y así las aceptó la empresa demandante; ¿por qué ahora, cuando el acto administrativo demandado se fundamenta en la referida norma, el mismo es considerado nulo por ilegal? ¿Por qué en el momento del procedimiento en sede administrativa, no se objetó dicha circunstancia, al considerar la empresa que la norma no era y no podía ser aplicable a la relación jurídica correspondiente.

**4. Sobre la presunta violación del artículo 7 de la Ley 45 de 4 de agosto de 2004, “Que establece un régimen de incentivos para el fomento de sistemas de generación hidroeléctrica y de otras fuentes nuevas, renovables y limpias, y se dictan otras disposiciones”.**

En cuanto a la presunta violación del artículo 7 de la Ley 45 de 4 de agosto de 2004, “Que establece un régimen de incentivos para el fomento de sistemas de generación hidroeléctrica y de otras fuentes nuevas, renovables y limpias, y se dictan otras disposiciones”, la demandante sostiene que la misma ha sido infringida de manera directa por omisión, toda vez que el **Ministerio de Ambiente** hizo caso omiso de la norma, aplicable a minihidroeléctricas como lo es el de Minihidroeléctrica Cotito.

La norma en referencia sostiene lo siguiente:

**“Artículo 7. Expiración de las concesiones de uso de agua.** Las concesiones de agua que otorgue la Autoridad Nacional del Ambiente para centrales de minihidroeléctricas, sistemas de centrales de pequeñas hidroeléctricas, sistemas de centrales hidroeléctricas y sistemas de centrales geotermoeléctricas finalizarán cuando expire la concesión otorgada por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, previa autorización de la Autoridad Nacional del Ambiente. Esta disposición aplica para los proyectos construidos y por construir.”

En primer término, es necesario rescatar la noción de “acto administrativo” que contiene el numeral 1 del artículo 201 de la Ley 38 de 2000, el cual señala:

**“Acto administrativo. Declaración emitida o acuerdo de voluntad celebrado, conforme a derecho, por una autoridad u organismo público en ejercicio de una función administrativa del Estado, para crear, modificar, transmitir o extinguir una relación jurídica que en algún aspecto queda regida por el Derecho Administrativo.**

Todo acto administrativo deberá formarse respetando sus elementos esenciales: competencia, salvo que ésta sea delegable o proceda la sustitución; **objeto, el cual debe ser lícito y físicamente posible; finalidad, que debe estar acorde con el ordenamiento jurídico y no encubrir otros propósitos públicos y privados distintos**, de la relación jurídica de que se trate; causa, relacionada con los hechos, antecedentes y el **derecho aplicable**; motivación, comprensiva del conjunto de factores de hecho y de derecho que fundamentan la decisión; procedimiento, que consiste en el cumplimiento de los trámites previstos por el ordenamiento jurídico y los que surjan implícitos para su emisión; y forma, debe



plasmarse por escrito, salvo las excepciones de la ley, indicándose expresamente el lugar de expedición, fecha y autoridad que lo emite.” (Lo resaltado es nuestro)

Así se observa entonces que el acto administrativo es una **declaración emitida o acuerdo de voluntad celebrado, conforme a derecho**, por una autoridad u organismo público en ejercicio de una función administrativa del Estado, para crear, modificar, transmitir o extinguir una relación jurídica que en algún aspecto queda regida por el Derecho Administrativo; el cual deberá formarse respetando sus elementos esenciales, entre estos, **señalar el derecho aplicable (o fundamento jurídico aplicable)**.

Reiteramos el argumento, que los actos administrativos previos (que otorga el Derecho al Uso de Aguas a través de una concesión permanente y el contrato administrativo respectivo), los cuales originaron la relación jurídica existente entre la Autoridad Nacional del Ambiente (hoy Ministerio de Ambiente) y la sociedad **Hidroeléctrica Barriles S.A.**, se fundamenta en las normas del **Decreto Ley 35 de 1966**, el acto administrativo hoy demandado, la Resolución DM-0420-2015 de 12 de octubre de 2015, emitida por el **Ministerio de Ambiente, se dictó en razón del incumplimiento de las disposiciones contenidas en esa normativa, a la que la empresa Hidroeléctrica Barriles S.A., contractualmente se obligó a cumplir.**

En tal sentido, consideramos que si bien es cierto, la concesión de aguas tenía como finalidad lograr la aprobación de la Autoridad de los Servicios Públicos a efectos de autorizar la futura construcción de un proyecto hidroeléctrico, dicha circunstancia no abstrae a la sociedad **Hidroeléctrica Barriles S.A.**, de la obligación de cumplir a cabalidad la legislación ambiental correspondiente, entre ellas, el Decreto Ley 35 de 1966, el cual se encuentra vigente a la fecha.

Por otra parte, se observa que dentro del Contrato de Concesión para la Generación Hidroeléctrica (Central Hidroeléctrica Cotito) número 060-12, en la

cláusula 16 sobre concesión de aguas, se señala como obligación del concesionario:

“La utilización por **EL CONCESIONARIO** de los recursos hidráulicos a los fines de la presente **CONCESIÓN** será efectuada en forma coordinada con las autoridades respectivas de la **ANAM** y con **LA AUTORIDAD**. A tal efecto, el **CONCESIONARIO** deberá cumplir con el contrato de **CONCESIÓN DE AGUAS**, reproducida en el Anexo G.  
...” (Cfr. foja 124 del expediente judicial).

En tal sentido, una de las obligaciones que emanan del contrato de Concesión del Uso de Aguas, es el cumplimiento de la normativa ambiental, en especial, la contenida en el Decreto Ley 35 de 1966.

En segundo lugar, consideramos que la norma invocada por la sociedad demandante, no tiene aplicación dentro del presente proceso jurisdiccional, toda vez que regula un supuesto distinto. En efecto, se observa que el artículo 7 de la Ley 45 de 4 de agosto de 2004, **se refiere a la expiración de las concesiones de uso de agua**, en el sentido de señalar que las concesiones de agua que otorgue la Autoridad Nacional del Ambiente para centrales de minihidroeléctricas, sistemas de centrales de pequeñas hidroeléctricas, finalizarán cuando expire la concesión otorgada por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, previa autorización de la Autoridad Nacional del Ambiente. Esta disposición aplica para los proyectos construidos y por construir.

De acuerdo al Diccionario del Español Jurídico, antes citado (ver página 813), el concepto de “expiración” consiste en: **“expiración. Gral. Terminación de un plazo.”**, mientras que la misma obra (página 1249) define la prescripción extintiva como el: **“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).

Así pues se observa que el artículo 7 de la Ley 45 de 4 de agosto de 2004, **regula el supuesto de expiración de la concesión otorgada**, la cual se refiere única y exclusivamente a la duración de la concesión del uso de agua que la Autoridad Nacional del Ambiente (hoy **Ministerio de Ambiente**) otorgue para centrales de minihidroeléctricas, sistemas de centrales de pequeñas hidroeléctricas, sistemas de centrales hidroeléctricas y sistemas de centrales geotermoeléctricas, las cuales finalizarán cuando expire la concesión otorgada por el Ente Regulador de los Servicios Públicos (hoy Autoridad de los Servicios Públicos), mientras que el artículo 43 del Decreto Ley 35 de 1966, se refiere exclusivamente a fenómeno jurídico de la prescripción consistente en la extinción de un derecho concesionado, cuando por razón del transcurso del tiempo produce la pérdida del ejercicio de los derechos por razón de su no ejercicio o permanencia inactiva.

En tal sentido, no se produce la violación afirmada por la sociedad demandante relativa a la inaplicación del artículo 7 de la Ley 45 de 4 de agosto de 2004.

**5. Sobre la presunta violación de los artículos 9, 14, 34-D y 976 del Código Civil, aprobado mediante la Ley 2 de 22 de agosto de 1916.**

De acuerdo a la sociedad demandante, el acto administrativo atacado en el presente proceso, vulnera de manera directa por omisión el artículo 9 del Código Civil, que a la letra señala:

**“Artículo 9.** Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento.”

La infracción de la norma ocurre, según la sociedad demandante, toda vez que al ser el contenido del artículo 7 de la Ley 45 de 2004, una norma especial y posterior y

de superior jerarquía aplicable para centrales minihidroeléctricas, y cuyo sentido es claro, no se debió desatender su sentido literal.

Discrepamos del concepto expuesto, en razón que el artículo 9 del Código Civil, referente a los criterios de hermenéutica jurídica, no es aplicable dentro del presente proceso, toda vez que no nos encontramos en un supuesto de oscuridad de la normativa aplicable en el acto administrativo impugnado por ilegal.

El Ministerio de Ambiente al emitir la Resolución DM-0420-2015 de 12 de octubre de 2015, no determinó oscuridad o discrepancia en la norma jurídica que sustenta dicho acto administrativo, sino que aplicó en debida forma la norma correspondiente, la cual no solo sustentó el acto demandado, sino aquellos que otorgaron la concesión de uso de aguas, tanto en la resolución que la otorgó, así como en el contrato suscrito entre las partes, y cuyas cláusulas se supeditan al cumplimiento de la normativa ambiental, especialmente en el Decreto Ley 35 de 1966.

En cuanto a la presunta violación del artículo 14 del Código Civil, se sostiene que la misma ha sido violada de manera directa por omisión, alegando que se tomó la decisión de aplicar una norma general, anterior y de inferior jerarquía sobre la de superior jerarquía, como la contenida en el artículo 7 de la Ley 45 de 2004, que se aplica, según su parecer, de manera directa a las concesiones de uso de agua para centrales de minihidroeléctricas, incluyendo al Contrato de Concesión de Uso de Agua 087-2011 otorgado a la empresa **Hidroeléctrica Barriles S.A.** La norma *in comento* (comentada) señala:

**“Artículo 14.** Si en los códigos de la República se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes:

1. La disposición relativa a un asunto especial, o a negocios o casos particulares, se prefiere a la que tenga carácter general.
2. Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad y se hallaren en un mismo

Código, se preferirá la disposición consignada en el Artículo posterior, y si estuviere en diversos códigos o leyes, se preferirá la disposición del Código o ley especial sobre la materia de que se trate.”

La Procuraduría de la Administración, en el ejercicio constitucional de defender los intereses de la Administración Pública, considera que no le asiste razón alguna a la sociedad demandante, toda vez que no nos encontramos frente a una norma general (refiriéndose al Decreto Ley 35 de 1966), puesto que se trata de una norma específicamente destinada para regular el uso de agua, desde la perspectiva del Derecho Ecológico o Ambiental, bien jurídico protegido en la Constitución Política de la República de Panamá y los Tratados Internacionales suscritos sobre la materia, en especial aquellos que consagran la protección del Derecho Ambiental como uno de los Derechos Humanos susceptibles de ser salvaguardados por el Estado panameño.

Las concesiones de uso de aguas, incluso para el desarrollo de la producción de electricidad para el mercado nacional, no puede soslayar la necesidad de proteger adecuadamente el agua como recurso humano renovable.

Por otra parte, insistimos en señalar la equivocación de la demandante al afirmar que el Decreto Ley 35 de 1966 (ley material) es de inferior jerarquía que la Ley 45 de 2004 (ley formal), que hemos analizado en párrafos anteriores, sino que como hemos señalado, tanto la doctrina y la jurisprudencia nacional, les confiere tanto a la ley material y la formal la misma categoría en la jerarquía jurídica de la República de Panamá.

Se ha señalado la infracción del artículo 34-D del Código Civil, el cual señala lo siguiente:

**“Artículo 34-D.** Es fuerza mayor la situación producida por hechos del hombre, a los cuales no haya sido posible resistir, tales como los actos de autoridad ejercidos por funcionarios públicos, el apresamiento por parte de enemigos, y otros semejantes.

Es caso fortuito el que proviene de acontecimientos de la naturaleza que no hayan podido ser previstos, como

un naufragio, un terremoto, una conflagración y otros de igual o parecida índole.”

Según afirma la sociedad demandante, esta norma ha sido infringida de manera directa por omisión, toda vez que afirma que la misma no ha podido iniciar la construcción del proyecto hidroeléctrico por causas atribuibles al Ministerio de Ambiente.

Consideramos sin fundamento factico ni jurídico lo afirmado por la firma forense que representa judicialmente a la empresa **Hidroeléctrica Barriles S.A.**, toda vez que la misma sostiene que mediante la Resolución DM-0217-2015 de 11 de junio de 2015, emitida por el **Ministerio de Ambiente**, esta entidad suspendió provisionalmente las concesiones de agua otorgadas para proyectos hidroeléctricos en los ríos Chiriquí, Chiriquí Viejo y Chico/Piedra, siéndole notificada a la empresa mediante nota DM-1012-15 de 13 de julio de 2015 (Cfr. foja 31 del expediente judicial).

Lo que llama la atención de la afirmación sostenida por la empresa demandante, es que a raíz de Resolución DM-0217-2015 de 11 de junio de 2015, emitida por el Ministerio de Ambiente, se produce una circunstancia de fuerza mayor que inhabilita a la empresa **Hidroeléctrica Barriles S.A.**, *“...a realizar las actividades en ejercicio de la Concesión de Uso de Aguas No. 087-2011, para luego, de manera infundada, declarar proscrita la concesión de uso de agua del proyecto ‘MINIHIDROELECTRICA COTITO’ a través de la resolución aquí impugnada, y de su acto confirmatorio, colocando a nuestra empresa en un estado de indefensión.”* (Cfr. foja 31 del expediente judicial).

La sociedad demandante intenta sorprender a la Sala con este argumento, lejos de sustento jurídico, toda vez que el Contrato de Concesión Permanente para Uso de Agua 087-2011, cuya prescripción dispuso el acto administrativo aquí demandando, fue suscrito por la entonces Autoridad Nacional del Ambiente, hoy **Ministerio de Ambiente** y la sociedad **Hidroeléctrica Barriles S.A.**, representada



por el señor Guillermo de Roux Vallarino, el día 14 de abril de 2011, siendo refrendado por la Contraloría General de la República el día 17 de mayo de 2011 (Cfr. foja 170 a 172 del cuadernillo contentivo del expediente administrativo remitido por el **Ministerio de Ambiente**).

Lo anterior significa que a partir del 17 de mayo de 2013, la entidad rectora en materia ambiental, podía haber declarado válidamente la prescripción del contrato de concesión permanente de uso de aguas, al infringir la correspondiente normativa jurídica vigente.

Es necesario tomar en consideración que el **Ministerio de Ambiente** declaró la prescripción del Contrato de Concesión de Uso de Aguas 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 59 a 60 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**.

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, se determinó en los hallazgos que: *“No están haciendo uso del agua, No hay nada establecido...”* (Cfr. foja 173 a 175 del cuadernillo contentivo de la copia autenticada del expediente administrativo remitido por el **Ministerio de Ambiente**).

Cabe señalar de igual forma, que en la diligencia de inspección de verificación anual de uso de aguas, participaron, además de los funcionarios del **Ministerio de Ambiente**, personal de la empresa **Hidroeléctrica Barriles S.A.**, el contratista y personal de la Autoridad de los Servicios Públicos (Cfr. foja 175 del cuadernillo contentivo de la copia autenticada del expediente administrativo remitido por el **Ministerio de Ambiente**).

De lo anterior, efectivamente se puede constatar que desde el refrendo del Contrato de Concesión de Uso de Aguas 087-2011, realizado por la Contraloría General de la República el 17 de mayo de 2011 (Cfr. fojas 170 a 172 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 **Hidroeléctrica Barriles 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 34,155,648.00 metros cúbicos (m<sup>3</sup>/año), a razón de un volumen de 7,950,528.00 metros cúbicos (m<sup>3</sup>) de enero a mayo y un volumen de 26,205,120.00 metros cúbicos (m<sup>3</sup>), de junio a diciembre, para el uso para el uso hidroeléctrico (generación de energía eléctrica) y asegurar un caudal ecológico del*



*10% (0.137 m<sup>3</sup>/s) del caudal promedio interanual de toda la serie, que serán tomados de la fuente hídrica denominada Río Cotito, ubicado en el corregimiento de Volcán, distrito de Bugaba, provincia de Chiriquí.” (Cfr. foja 170 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 que la empresa **Hidroeléctrica Barriles 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.

Por estas circunstancias, consideramos que es completamente falsa la afirmación vertida por la demandante en el sentido que a partir de la suspensión ocurrida por la dictación de la Resolución DM-0217-2015 de 11 de junio de 2015, emitida por el **Ministerio de Ambiente**, es cuando que se produce el evento de fuerza mayor que inhabilita a la empresa **Hidroeléctrica Barriles S.A.**, a realizar las actividades en ejercicio de la Concesión de Uso de Aguas No. 087-2011.

De igual forma, se ha demandado el acto administrativo en referencia, por la supuesta infracción del artículo 976 del Código Civil, que a la letra señala:

**“Artículo 976.** Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos.”

Según sostiene la sociedad accionante, esta norma ha sido infringida de manera directa por omisión por el Ministerio de Ambiente, toda vez que *“Conforme establece nuestra legislación, los contratos son ley entre las partes contratantes, así pues, el Contrato de Concesión No. 060-12 es ley entre el Estado e **HIDROELÉCTRICA BARRILES S.A.**, por lo tanto, el Estado no puede otorgar por un lado y quitar por el otro, aunque se encuentre en el ejercicio de actividades regulatorias distintas.”*

En primer término, la demandante manifiesta erróneamente que el Contrato de Concesión 060-12 es ley entre el Estado y la empresa **Hidroeléctrica Barriles S.A.**, situación que no es relevante dentro del presente proceso jurisdiccional, toda vez que el Contrato de Concesión que fue prescrito por el Ministerio de Ambiente a través del acto administrativo aquí demandado lo es el Contrato de Concesión de Uso de Aguas 087-2011, y no el Contrato 060-12.

En segundo lugar, es necesario recordar que los contratos administrativos difieren de los civiles, toda vez que el objeto de las contrataciones estatales tiene como finalidad 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 lo siguiente:

“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 tal sentido, si bien es cierto que el antiquísimo principio de la fuerza de ley de los contratos que recoge el artículo 976 del Código Civil, y que data del Derecho Romano, no podemos soslayar que en materia de contrataciones públicas que rige el Derecho Administrativo, existen el poder unilateral del Estado en variar las condiciones en aras de salvaguardar el interés público, en las conocidas “cláusulas exorbitantes”.

**5. Sobre la presunta violación de los artículos 34, 36, 52, 155 (numerales 1 y 3), 201 (numerales, 1, 31 y 56) de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, “sobre procedimiento administrativo general”.**

Finalmente, la sociedad demandante alega la violación de los siguientes artículos de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, todas de manera directa por omisión:

**“Artículo 34.** Las actuaciones administrativas en todas las entidades públicas se efectuarán con arreglo a normas de informalidad, imparcialidad, uniformidad, economía, celeridad y eficacia, garantizando la realización oportuna de la función administrativa, sin menoscabo del debido proceso legal, con objetividad y con apego al principio de estricta legalidad. Los Ministros y las Ministras de Estado, los Directores y las Directoras de entidades descentralizadas, Gobernadores y Gobernadoras, Alcaldes y Alcaldesas y demás Jefes y Jefas de Despacho velarán, respecto de las dependencias que dirijan, por el cumplimiento de esta disposición.

Las actuaciones de los servidores públicos deberán estar presididas por los principios de lealtad al Estado, honestidad y eficiencia, y estarán obligados a dedicar el máximo de sus capacidades a la labor asignada.”

**“Artículo 36.** Ningún acto podrá emitirse o celebrarse con infracción de una norma jurídica vigente, aunque éste provenga de la misma autoridad que dicte o celebre el acto respectivo. Ninguna autoridad podrá celebrar o emitir un acto para el cual

carezca de competencia de acuerdo con la ley o los reglamentos.”

“**Artículo 52.** Se incurre en vicio de nulidad absoluta en los actos administrativos dictados, en los siguientes casos:

...

4. Si se dictan con prescindencia u omisión absoluta de trámites fundamentales que impliquen violación del debido proceso legal;

...”

“**Artículo 155.** Serán motivados, con sucinta referencia a los hechos y fundamentos de derecho, los siguientes actos:

1. Los que afecten derechos subjetivos;

...

3. Los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes de idéntica naturaleza o del dictamen de organismos consultivos; y

...”

“**Artículo 201.** Los siguientes términos utilizados en esta Ley y sus reglamentos, deben ser entendidos conforme a este glosario:

...

31. Debido proceso legal. Cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales en materia de procedimiento, que incluye los presupuestos señalados en el artículo 32 de la Constitución Política: el derecho a ser juzgado conforme a los trámites legales (dar el derecho a audiencia o ser oído a las partes interesadas, el derecho a proponer y practicar pruebas, el derecho a alegar y el derecho a recurrir) y el derecho a no ser juzgado más de una vez por la misma causa penal, policiva, disciplinaria o administrativa.

...

56. Indefensión. Situación en que se encuentra quien no se le ha permitido defender sus derechos, teniendo derecho a ello, sin culpa de su parte, dentro de un procedimiento o causa que le afecta. Constituye violación a la garantía del debido proceso legal y es causa de nulidad, según la ley.

...”



Se ha señalado que las normas antes trascritas han sido violadas de manera directa por omisión, toda vez que el acto administrativo demandado, fue dictado por el Ministerio de Ambiente en infracción al debido proceso legal.

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 63 a 79 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 señalado, 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-0420-2015 de 12 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 2011 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.**

De igual forma se puede observar que en la emisión del acto administrativo demandado en sede de legalidad, se emitieron de conformidad con la ley, toda vez que la empresa **Hidroeléctrica Barriles S.A.**, participó de la diligencia de inspección de verificación anual del uso de aguas, realizada por el Ministerio de

Ambiente, según se observa a foja 175 del cuadernillo contentivo de las copias autenticadas del expediente administrativo remitido por el **Ministerio de Ambiente**; de igual forma, la firma forense Morgan & Morgan, que representa a la empresa **Hidroeléctrica Barriles S.A.**, se notificó mediante memorial visible a foja 62 del expediente judicial; e interpuso los recursos correspondientes dentro de la vía gubernativa (Cfr. fojas 63 a 79 del expediente judicial), notificándose del acto confirmatorio mediante memorial visible a foja 105 del expediente judicial.

Al emitirse el acto administrativo en debida forma, el mismo fue dictado por el **Ministerio de Ambiente** observando los trámites fundamentales del debido proceso legal, siendo competente y apegado el procedimiento al principio de legalidad en sede administrativa, con la motivación debida y necesaria, fundamentándose en los elementos de hecho y jurídicos correspondientes, por lo que la sociedad **Hidroeléctrica Barriles S.A.**, jamás estuvo en estado de indefensión dentro del procedimiento administrativo correspondiente, teniendo la oportunidad procesal de defender sus derechos.

#### **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-0420-2015 de 12 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.

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

Aducimos como prueba los siguientes elementos de convicción:

1. **Documental:** Aducimos como prueba documental la copia debidamente autenticada del expediente administrativo remitida por el Ministerio de Ambiente al rendir el Informe de Conducta, tal como lo indica el la Nota DM-





0026-2017 de 4 de mayo de 2017, suscrita por la Ministra de Ambiente (Cfr. foja 794 del expediente judicial).

2. **Informe:** Aducimos como prueba de informe, al tenor del artículo 893 del Código Judicial, que se requiera al Ministerio de Ambiente que informe si la empresa **Hidroeléctrica Barriles S.A.**, presentó documentación que sustente o justifique en debida forma, las razones por las cuales no había podido cumplir con las condiciones pactadas en el contrato, dentro del período posterior al 17 de mayo de 2011, fecha en que el Contrato de Concesión Permanente para el Uso de Aguas 087-2017 fue refrendado por la Contraloría General de la República y antes del día 12 de octubre de 2015, fecha de emisión del acto administrativo demandado.

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

**Del Señor Magistrado Presidente,**

  
Rigoberto González Montenegro  
**Procurador de la Administración**

  
Mónica I. Castillo Arjona  
**Secretaria General**