

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 1261

**MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN**

Panamá, 8 de noviembre de 2017.

**Proceso Contencioso Administrativo
de Nulidad.**

**Concepto de la Procuraduría
de la Administración.**

El Licenciado **Juan D. Castillo Miranda**, actuando en su propio nombre y representación, solicita que se declare, nulo, por ilegal, el Contrato de Concesión Permanente de Agua 004-2012, refrendado por la Contraloría General de la República el 15 de febrero de 2012, suscrito entre la **Autoridad Nacional del Ambiente** (hoy **Ministerio de Ambiente**) y la sociedad **Hidro Piedra, S.A.**

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 3 del artículo 5 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, con la finalidad de intervenir en **interés de la ley** en el proceso descrito en el margen superior.

I. Acto acusado de ilegal.

El Licenciado Juan D. Castillo Miranda, actuando en su propio nombre y representación, solicita que se declare, nulo, por ilegal, el Contrato de Concesión Permanente de Agua 004-2012, suscrito entre por la **Autoridad Nacional del Ambiente**, hoy **Ministerio de Ambiente**, y la sociedad **Hidro Piedra, S.A.**, a través del cual la entonces ANAM otorgó a la sociedad Hidro Piedra, S.A., el derecho a utilizar, mediante concesión permanente, un volumen anual de agua de ciento ochenta y seis millones ochenta y ocho mil trescientos veinte metros cúbicos (186,088,320 m³) de agua, a razón de nueve millones doscientos veintisiete mil quinientos veinte metros cúbicos (9,227,520 m³), en los meses de enero a abril, y ciento setenta y seis millones ochocientos sesenta mil ochocientos metros cúbicos (176,860,800 m³), en los meses de mayo a diciembre, para uso

setenta y siete metros cúbicos por segundo (0.77 m³/s) del caudal promedio interanual de toda la serie, que serán tomados de la fuente hídrica del Río Macho de Monte, ubicado en el corregimiento de Paraíso, distrito de Boquerón, provincia de Chiriquí (Cfr. fojas 7-9 del expediente judicial).

II. Normas que se aducen infringidas.

El actor, de forma confusa alega que el acto acusado infringe las siguientes disposiciones:

A. La cláusula segunda (numeral 12) del Contrato de Concesión Permanente de Agua 004-2012, el cual establece que el beneficiario del contrato deberá cumplir con los términos establecidos en la Resolución IA-343-2011 que aprueba el Estudio de Impacto Ambiental, más específicamente, en lo que respecta a la vigencia del estudio de impacto ambiental (Cfr. foja 4 – 5 del expediente judicial).

B. El artículo 43 de la Decreto Ley 35 de 1966, que dispone, entre otras cosas, que prescribirá la concesión cuando se deje de destinar toda o parte de las aguas a un uso provechoso durante dos (2) años consecutivos (Cfr. foja 5 del expediente judicial).

C. El artículo 2 del Decreto Ejecutivo 123 de 14 de agosto de 2009, el donde se definen varios conceptos, entre ellos el de *Estudio de Impacto Ambiental Categoría III*.

D. El artículo 1 de la Resolución DM-0217-2015 de 11 de junio de 2015, el cual dispuso suspender provisionalmente, por un período no mayor de seis (6) meses, las concesiones para el uso de aguas, otorgadas para proyectos hidroeléctricos en las cuencas hidrográficas de los Ríos Chiriquí Viejo (102), Chico o Piedra (106) y Chiriquí (108), que no hayan iniciado aún el uso del recurso hídrico, ni la fase de construcción, así como la tramitación de nuevas concesiones para dichos proyectos o modificaciones a concesiones otorgadas para los mismos (Cfr. foja 6 del expediente judicial).

III. Cuestión previa.

Antes de analizar la demanda que ocupa nuestra atención consideramos necesario advertir lo siguiente:

Si bien la demanda promovida por el recurrente ha sido admitida, nos corresponde en virtud del interés de la ley que debemos defender, advertir lo siguiente:

La demanda bajo análisis no cumple a cabalidad con el requisito de admisibilidad contenido en el **numeral 4 del artículo 43 de la Ley 135 de 1943**, modificado por el artículo 28 de la Ley 33 de 1946, el cual es del tenor siguiente:

“Artículo 28.

El artículo 43 quedará así:

Toda demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo contendrá:

...

4. La expresión de las disposiciones que se estiman violadas y el concepto de la violación.” (La negrilla es nuestra).

Debemos señalar que según reiterada jurisprudencia de la Sala Tercera, el proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción tiene como finalidad determinar, entre otras cosas, si el acto cuya nulidad se solicita es contrario o no al tenor de las **disposiciones legales que se estiman infringidas, razón por la cual el actor (a), además de enunciar cuáles son estas normas, debe reproducir sus textos y, de igual manera, sustentar de manera individualizada, clara, suficiente y razonada el concepto de su violación; ejercicio que debe consistir en un análisis lógico jurídico en el que, partiendo de hechos concretos, se confronta el acto administrativo impugnado con cada uno de los preceptos legales que se dicen vulnerados.**

Al referirse al cumplimiento de este presupuesto procesal, el autor Abilio A. Batista Domínguez precisó que, cito: *“En la sección correspondiente a las disposiciones que se estiman violadas y el concepto de la violación, se debe transcribir la norma que se considera violada por el acto administrativo y, seguidamente, debe desarrollarse las razones o cargos por los cuales se considera que han sido violentadas y el concepto en que lo han sido.”* (BATISTA DOMÍNGUEZ, Abilio A. Acciones y Recursos Extraordinarios. Presupuestos y Formalidades de los Recursos Contencioso-Administrativos de Nulidad y Plena Jurisdicción. Página 239) (Lo destacado es de esta Procuraduría).

Frente a lo indicado, **resulta oportuno reiterar** que lo correcto de acuerdo con la ley, la doctrina y la jurisprudencia es **citar el tenor literal de cada una de las normas y luego explicar de manera individualizada, clara, suficiente y razonada por qué, a su juicio, el acto acusado de ilegal, quebranta cada una de las disposiciones que estima infringidas.**

En relación con lo anterior, la Sala Tercera en el Auto de 19 de julio de 2012, expresó lo siguiente:

“Al examinar la demanda para determinar si la misma es impugnada ante la jurisdicción contencioso administrativa, el Magistrado Sustanciador advierte que no procede su admisión, toda vez que no se cumplió con las exigencias contenidas en los numerales 1 y 4 del artículo 43 de la Ley 135 de 30 de abril de 1943.

El artículo antes señalado contiene los requisitos mínimos que debe cumplir toda demanda que se interponga ante la jurisdicción contencioso-administrativa y establece lo siguiente:

‘Artículo 43: Toda demanda ante la jurisdicción de lo Contencioso-administrativo contendrá:

...

4. La expresión de las disposiciones que se estiman violadas y el concepto de la violación.’

...

Por otro lado, observamos que se incumplió con otro de los requisitos principales que debe cumplirse al momento de recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa, **que es la indicación de la expresión de las disposiciones que se consideran violadas....**

La jurisprudencia de esta Sala, ha sido reiterativa al señalar que el cumplimiento del requisito establecido en el numeral 4 del artículo 43 de la Ley 135 de 1943, implica por parte del actor, en primer lugar expresar la disposición que considera fue violada, lo que deberá hacer transcribiendo literalmente la norma; y en segundo lugar, deberá establecer de forma lógica, coherente y detallada, la razón por la que considera que el acto impugnado violó la norma que fue transcrita; lo que permitirá que el Tribunal, realice un análisis, confrontando la norma que se considera violada y el concepto de la violación, con el acto impugnado y pueda determinar si es o no ilegal.

Al respecto la Sala, se ha pronunciado en fallo de 6 de mayo de 2010, en el cual señalo que:

‘Por otra parte, el demandante no transcribió las normas que considera fueron violadas por el acto impugnado, siendo un requisito esencial exigido por el numeral 4 del artículo 43 de la Ley 135 de 1943, cuando señala que debe expresarse las normas que se estiman infringidas. **La jurisprudencia ha reiterado en diversos fallos que el demandante no sólo debe indicar la norma infringida, sino que además debe transcribirla, pues con ello el Tribunal podrá, con mayor precisión, hacer un análisis confrontando la disposición que dice violada, el concepto de infracción, con respecto al acto impugnado, para así determinar si éste es o no ilegal.**

En mérito de lo expuesto, el Magistrado Sustanciador, en representación de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **NO ADMITE** la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción...” (El resaltado y subrayado es de la Sala Tercera).

En efecto, se observa que dentro de los hechos de la demanda el actor hace alusión a las normas supuestamente infringidas, pero de una forma confusa y sin la adecuada transcripción de las mismas, lo que constituye una limitante al momento de analizar los cargos de infracción.

Habiendo dicho lo anterior, observamos que a través de la acción que ocupa nuestra atención, el actor busca que se declare **nulo, por ilegal, el Contrato de Concesión Permanente de Uso de Agua 004-12**, pretensión que al ser analizada con las normas supuestamente vulneradas, deviene en una **contradicción entre la causa de pedir y los efectos que se busca obtener a través de la demanda contencioso administrativa que nos encontramos analizando**.

Lo indicado en el párrafo que antecede encuentra su fundamento, en que el recurrente aspira, por una parte, que se declare nulo, por ilegal, el **Contrato de Concesión Permanente de Uso de Agua 004-12**, sin embargo, también pretende que en atención a las disposiciones en él contenidas, se dé por terminada la concesión objeto del mismo, la que, en el caso que nos ocupa, se dio a favor de la sociedad **Hidro Piedra S.A.** (Cfr. foja 6 del expediente judicial).

Lo anterior es importante ponerlo de manifiesto habida cuenta que, resulta jurídicamente improcedente solicitar que se declare la nulidad de un acto administrativo, por haber éste, supuestamente, vulnerado el ordenamiento jurídico, y al mismo tiempo solicitar que atención a las cláusulas en él contenidas, sea resuelto el contrato de concesión previamente suscrito.

En este orden de ideas, observamos que el actor hace alusión a normas, cuya desatención puede traer como consecuencia **la resolución administrativa del contrato,**

de estas dentro del contexto de la causa de pedir del accionante, la cual se circunscribe a que se declare la nulidad del **Contrato de Concesión Permanente de Uso de Agua 004-12**.

Al respecto, debemos recordar que el contrato es ley entre las partes, por lo que, tal y como se ha dado en casos similares, corresponderá al Ministerio de Ambiente verificar el cumplimiento de los términos pactados en el contrato de concesión que ocupa nuestra atención, y ante una eventual desatención en lo que respecta a los compromisos en él establecidos, proceder a su resolución administrativa.

En este sentido, resulta necesario indicar que la declaratoria de nulidad, por ilegal, de un acto administrativo, es el resultado de un examen de legalidad, entendiéndose este como la verificación de la aplicación de las normas vigentes, así como al cumplimiento del debido proceso, en lo que respecta al proceso de nacimiento y posterior ejecución del mismo.

Por otro lado, las causales de resolución administrativa de un contrato, hacen alusión a la desatención del contratista o beneficiario del mismo en lo que respecta a las obligaciones derivadas de dicho acuerdo.

En este contexto, resulta incongruente solicitar que se declare la nulidad del contrato objeto de reparo y al mismo tiempo hacer alusión a cláusulas contenidas en él a fin de dejar sin efecto la concesión que en su momento le fue reconocida a la sociedad **Hidro Piedra S.A.**

IV. Concepto de la Procuraduría de la Administración:

Una vez aclarado lo anterior, corresponde ahora hacer referencia a las disposiciones que el actor aduce que fueron infringidas a través del acto objeto de reparo, las que, como mencionamos anteriormente, las constituyen la cláusula segunda (numeral 12) del Contrato de Concesión Permanente de Agua 004-2012, el artículo 43 de la Decreto Ley 35 de 1966, el artículo 2 del Decreto Ejecutivo 123 de 14 de agosto de 2009, y el artículo 1 de la

Resolución DM-0217-2015 de 11 de junio de 2015, las cuales, al encontrarse relacionadas entre sí, serán analizadas de manera conjunta.

En este sentido y antes de iniciar, debemos tener presente que la jurisdicción contencioso administrativa tiene, entre otras finalidades, realizar un examen de legalidad de los actos administrativos que ante ella sean sometidos, a fin de determinar si estos se encuentran conforme a las normas legales vigentes aplicables, y en atención a esto, determinar la validez o no de los mismos.

En razón de lo anterior, la calificación, o no, de nulidad por ilegal, que está llamada a realizar la Sala Tercera se debe centrar, como indicamos anteriormente, en la confrontación del acto objeto de reparo con una norma de carácter legal, elemento con el que se cumple parcialmente en el caso que nos encontramos analizando, ya que, el actor aduce como norma infringida una de las cláusulas del propio acto que este desea que sea declarado nulo por ilegal, a saber, la cláusula segunda (numeral 12) del contrato de concesión, el cual es del tenor siguiente:

“SEGUNDA: EL CONCESIONARIO se obliga estrictamente a:

...

12. Cumplir con todos los términos establecidos en la Resolución IA-343-2011, que aprueba el Estudio de Impacto Ambiental. Cumplir con las obligaciones consagradas en el Decreto Ley 35 de 22 de septiembre de 1966; Decreto Ejecutivo 70 de 27 de julio de 1973; Decreto Ejecutivo 55 de 13 de junio de 1973; Ley 1 de 3 de febrero de 1994; Ley 41 de 1 de julio de 1998; Ley 44 de 5 de agosto de 2002 y demás normas vigentes sobre la materia.”

A juicio de este Despacho, el actor se ha equivocado al invocar como infringida una de las propias cláusulas del acto que busca anular, ya que, ante una eventual desatención a las cláusulas contenidas en el contrato de concesión al que él hace referencia, no estaríamos ante un escenario en donde dicha omisión derivaría en nulidad por ilegal, de la concesión; sino por el contrario, en una causal para la rescisión o terminación unilateral del mismo. En consecuencia, no resulta procedente el cargo de infracción antes indicado.

Por otra parte, el actor aduce la infracción del artículo 43 del Decreto Ley 35 de 1966, el cual es del tenor siguiente:

“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.”

En este orden de ideas, el actor indica que:

“Consta en informe de verificación de uso de agua realizado el día 29 de junio de 2015, que la empresa Hidro Piedra S.A., no estaba dando uso al agua ni se había construido la obra, por lo cual, el contrato de concesión permanente de uso de agua deviene en ilegal ...” (El resaltado es nuestro).

En este punto debemos retomar parte de los argumentos ya emitidos, en el sentido de indicar que, una cosa es que un acto administrativo sea ilegal por haber infringido alguna norma vigente; y otra cosa es que, producto del incumplimiento de alguna de las cláusulas contenidas en un contrato, alguna de las partes pueda solicitar su resolución en atención a dicho incumplimiento.

En este contexto, aun y si diéramos por un hecho el que la sociedad **Hidro Piedra, S.A.**, no haya dado uso provechoso del agua, tal y como lo exigía el Contrato de Concesión Permanente Para Uso de Agua 004-2012, no estaríamos ante la desatención de una norma legal en lo que respecta a la formación del contrato; sino más bien, ante el incumplimiento en cuanto a una de las obligaciones ahí establecidas para una de las partes, situación que, como indicamos anteriormente, no trae como consecuencia la nulidad por ilegal del contrato, sino más bien, la posibilidad que la parte afectada, haciendo alusión a dicho incumplimiento, de por terminado el contrato.

De igual manera, el recurrente aduce la infracción del artículo 2 del Decreto Ejecutivo 123 de 14 de agosto de 2009, el cual define, entre otros conceptos, lo que ha de entenderse como *Estudio de Impacto Ambiental Categoría III*; sin embargo, **no indica de qué manera** se da la infracción de dicha disposición en relación **al acto acusado de ilegal.**

En este mismo sentido, tampoco se precisa cuáles fueron las supuestas violaciones al *estudio del impacto ambiental*, las que, aun de haber existido, hubieran tenido que ser objeto de una demanda aparte y no ventilarse o analizarse bajo esta misma cuerda.

En otro marco conceptual, si bien la Resolución DM-0217-2015 de 11 de junio de 2015, que se aduce como infringida, dispuso suspender provisionalmente, por un período no mayor de seis (6) meses, las concesiones para el uso de aguas, otorgadas para proyectos hidroeléctricos en las cuencas hidrográficas de los Ríos Chiriquí Viejo (102), Chico o Piedra (106) y Chiriquí (108), que no hayan iniciado aún el uso del recurso hídrico, ni la fase de construcción, así como la tramitación de nuevas concesiones para dichos proyectos o modificaciones a concesiones otorgadas para los mismos; también es cierto que dicha resolución en su artículo 2 dispuso lo siguiente:

“Artículo 2. Durante el período establecido en el artículo 1 de la presente Resolución, dichas concesiones hídricas serán revisadas. En tal sentido, a medida que se inspeccione y evalúe cada concesión, **conjuntamente con la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (ASEP), se notificará a su titular la continuidad o no de la misma.**” (El resaltado es nuestro).

Del artículo citado se desprende que la continuidad o no, de la concesión se encontraba sujeta a una evaluación previa de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos en conjunto con la entonces Autoridad Nacional de Ambiente, motivo por el cual, si la misma nunca fue cesada, debemos presumir que del análisis al que hace alusión el artículo arriba citado, se llegó a la conclusión que dicha concesión no debía ser suspendida, situación que tampoco puede traer como consecuencia la nulidad por ilegal, del acto acusado.

Por otra parte, se tiene que el contrato objeto de impugnación data del año 2012, razón por la cual el mismo no ha podido infringir una disposición que no estaba vigente al momento de su emisión.

De igual manera, resulta evidente que, en todo caso, el período de vigencia de dicha suspensión fue por seis (6) meses, plazo que venció a finales del año 2015, de ahí que se

trata de una limitación que no está vigente, motivo por el cual tampoco prospera este cargo de infracción.

En otro orden de ideas, el actor indica a través del hecho octavo de su demanda que el derecho de uso de agua que le fue otorgado a la sociedad Hidro Piedra, S.A., se encuentra prescrito, habida cuenta que, de conformidad al informe de verificación de uso de agua realizado el día 29 de junio de 2015, se pudo constatar que no se estaba dando uso al agua, ni que se había construido la obra objeto del contrato de concesión (Cfr. foja 5 del expediente judicial).

En relación a lo arriba indicado, consideramos necesario aclarar que, aun y cuando puedan existir factores que puedan traer como consecuencia la rescisión de un contrato, vía prescripción del derecho de uso, tal y como lo sugiere el actor, dicha manifestación no opera de pleno derecho; por el contrario requiere que exista por parte de la Administración un pronunciamiento formal a través del cual se dé por terminado el derecho previamente reconocido.

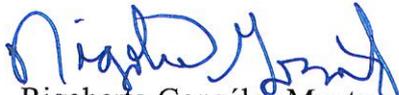
Desconocer lo anterior traería como consecuencia que el beneficiario de un derecho se vea imposibilitado en la vía gubernativa a ejercer las acciones que este considere pertinentes a fin de resguardar o tutelar el derecho previamente reconocido, situación que colocaría en un estado de inseguridad jurídica los actos previamente emitidos y en consecuencia todos aquellos desarrollos que deriven del reconocimiento de cierto derecho.

A fin de sustentar aún más lo arriba indicado, tal y como se observa a través del Memorando 1475-2015 de 8 de octubre de 2015, la declaración de prescripción de un contrato de concesión por parte del Ministerio de Ambiente, no es un acto automático, por el contrario, es un acto formal, el cual se realiza a través de una resolución, la cual será posteriormente notificada al concesionario a fin que este evalúe su proceder legal en cuanto a lo que ahí se haya dispuesto, garantizando de esta manera tanto el debido proceso, como el contradictorio (Cfr. foja 141 del expediente judicial).

En tal sentido, debemos destacar que a diferencia de otras concesiones de uso de agua que el Ministerio de Ambiente ha declarado prescrita, en la situación que ocupa nuestra atención; es decir, lo relacionado al Contrato de Concesión Permanente Para Uso de Agua 004-2012, otorgada a la sociedad Hidro Piedra, S.A., hasta el momento dicho Ministerio no ha declarado dicha prescripción tal y como se desprende de la lectura del expediente administrativo de dicha entidad.

Por las consideraciones previamente expuestas, y siendo que el actor no ha presentado argumentos de hecho o de derecho que logren desvirtuar la presunción de legalidad de la cual se encuentra revestido el acto objeto de reparo, esta Procuraduría solicita a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL el Contrato de Concesión Permanente de Agua 004-2012**, refrendado por la Contraloría General de la República el 15 de febrero de 2012, suscrito entre la **Autoridad Nacional del Ambiente** (hoy **Ministerio de Ambiente**) y la sociedad **Hidro Piedra, S.A.**

Del Honorable Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General