

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO  
PROCURADURÍA DE LA  
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 154

Panamá, 8 de febrero de 2018

Proceso Contencioso  
Administrativo de  
Plena Jurisdicción.

La firma forense Morgan & Morgan, actuando en representación de la sociedad **Hidroeléctrica Barriles S.A.**, solicita se declare nula, por ilegal, la Resolución DM-0405-2015 de 8 de octubre de 2015, emitida por el **Ministerio de Ambiente**, el acto confirmatorio y que se hagan otras declaraciones.

Alegato de conclusión.

**Honorable Magistrado Presidente de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia.**

Acudo ante usted de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley 135 de 1943, modificado por el artículo 39 de la Ley 33 de 1946, para presentar en tiempo oportuno el alegato de conclusión de la Procuraduría de la Administración dentro del proceso contencioso administrativo descrito en el margen superior.

Tal como lo expresamos en nuestro escrito de contestación de la demanda, no le asiste la razón a la sociedad **Hidroeléctrica Barriles S.A.**, en lo que respecta a su pretensión, dirigida para que se declare nula, por ilegal, la Resolución DM-0405-2015 de 8 de octubre de 2015, emitida por el **Ministerio de Ambiente**, a través de la cual declaró prescrito el Contrato de Concesión de Uso de Agua 093-2011 de 2 de junio de 2011, por razón que consideró, de acuerdo al informe de inspecciones de uso de agua realizadas el 26 de enero de 2013 y el 29 de junio de 2015, que la empresa concesionaria no había hecho uso provechoso del recurso hídrico y no ha construido obra de infraestructura alguna para uso del recurso (Cfr. fojas 64-65 del expediente judicial).

En esa oportunidad, este Despacho se opuso a los cargos de ilegalidad explicados en la acción que nos ocupa; ya que, contrario a lo planteado por la sociedad demandante, **el Ministerio de Ambiente** dejó claro a través de su informe de conducta la legalidad de sus actuaciones.

Sobre el particular, esta Procuraduría de la Administración reitera su criterio, orientado a señalar que no compartimos los argumentos vertidos por la apoderada judicial de la actora, respecto a los cargos de infracción, puesto que queda claro que al aprobar este tipo de obras el **Ministerio de Ambiente** promueve la ejecución de proyectos ambientales; no obstante, la facilitación de este tipo de actividades no pueden apartarse del contexto legal, y en tal sentido, deben emitirse y desarrollarse conforme a las normas ambientales que las sustentan, lo que no ha ocurrido en el caso bajo análisis; ya que en el informe de conducta elaborado por la entidad demandada, se advierte lo siguiente:

“Podemos señalar, a lo alegado por la recurrente en los puntos del primero al octavo, que tanto el contrato otorgado por Autoridad de los Servicios Públicos (ASEP), como el suscrito con el Ministerio de Ambiente, se encuentran atendidos dentro del presente proceso, toda vez que la concesión otorgada mediante Contrato No.093-2011 a la **HIDROELÉCTRICA BARRILES, S.A.**, es de carácter permanente, y por tanto, tiene una vigencia superior a la concesión de generación autorizada mediante Resolución AN No. 5616-Elec de 27 de septiembre de 2013, ni expira antes que ésta. Tampoco infringe el artículo 43 del Decreto Ley No. 35 de 1966, el cual no se refiere a la vigencia de la concesión, que es como se ha dicho, permanente, sino a la falta de ejercicio o la interrupción del ejercicio de los derechos conferidos por cuenta del concesionario, en perjuicio del interés social que rige la explotación de las aguas, y que exige el máximo bienestar público en la utilización, conservación y administración de las mismas.

Que en cuanto a lo señalado por el demandante en el punto décimo, con respecto a que la Resolución No. DM-0405-2015 de 8 de octubre de 2015, contiene aspectos que extravasan disposiciones legales jerárquicamente superiores, relación que fundamentan en lo establecido en la Ley 45 de 2004, en el artículo 7 sobre la expiración de las concesiones de uso de agua que otorgue la Autoridad Nacional del Ambiente (hoy Ministerio de Ambiente), específicamente para centrales de minihidroeléctricas y sistemas de centrales geotermoeléctricas, en contrario de lo descrito por el demandante, el acto impugnado aplicó el Decreto Ley 35 de 1966, en virtud del no uso provechoso del recurso el cual fue debidamente demostrado, durante dos años consecutivos, sin que mediara solicitud de parte de concesionario de prórroga justificada. Queda claro que la norma señalada por el demandante no le es aplicable al caso que nos ocupa, dado que el artículo se refiere a la **expiración de las concesiones** y no a la prescripción de la misma, por lo que equivocadamente este Ministerio puede utilizar una norma que hace referencia a un figura de carácter distinto a la prescripción de la concesión del uso del agua, como lo es la expiración de la actividad en referencia, además se entiende que este artículo es aplicable tal como expresamente lo señala cuando expire la concesión otorgada por el Ente Regulador de los Servicios Públicos.

Que sobre la imposibilidad de concluir la construcción y la falta de perfeccionamiento del contrato de concesión de generación en virtud de la orden de suspensión de seis meses emitida por Ministerio de Ambiente, cabe señalar que si bien el Ministerio de Ambiente mediante nota notifica el día 16 de julio de 2015, advierte a la sociedad **HIDROELÉCTRICA BARRILES S.A.**, que su proyecto era uno de los que aplicaba para la medida de suspensión de cualquier

obra o actividad por el término de seis (6) meses, el contrato de concesión suscrito por el Ministerio de Ambiente y la sociedad surtió sus efectos desde el día 2 de junio del 2011, cuando se perfecciona con el refrendo de la Contraloría General de la República, por lo que desde ese momento comenzó a correr el término de prescripción señalado por el artículo 43 de la del Decreto Ley No. 35 de 1966, pudiendo solicitar prórroga, en el tiempo oportuno, justificando los motivos que impidieron la utilización de la concesión. Esta previsión, incluida en la norma, permite a nuestra Institución verificar que el concesionario se encuentra cumpliendo los pasos necesarios para hacer uso provechoso del recurso, que se deja de destinar a otros usos mientras subsista la concesión, garantizando que no se acaparan inútilmente recursos de dominio público del Estado. Sin embargo, la sociedad **HIDROELÉCTRICA BARRILES S.A.**, no solicitó al Ministerio de Ambiente la prórroga en tiempo oportuno, aunque en virtud del artículo 1 del Código Civil de la República de Panamá, correspondía a la sociedad **HIDROELÉCTRICA BARRILES S.A.**, conocer y actuar de conformidad con el artículo 43 del Decreto Ley No. 35 de 22 de septiembre de 1966.

Otra norma que se estima conculcada, es el artículo 43 de la Ley No. 6 de 1997, que dicta el marco regulatorio e institucional para la prestación del servicio público de electricidad, de acuerdo al actor las concesiones quedan sujetas al régimen de concesiones la construcción y explotación de plantas de generación hidroeléctrica y geotermoeléctrica y las actividades de transmisión y distribución de electricidad para el servicio público, por el contrario esta norma no es adaptable al proceso de concesión de uso de agua, facultad que es atribuida a este Ministerio de acuerdo al artículo 66 del Texto Único de la Ley 41 de 1 de julio de 1998, por lo que entendemos que la construcción y explotación de las plantas de generación hidroeléctrica está sujeta al régimen de concesiones, mas no podemos desconocer lo dictado por el Decreto Ley 35 de 1966, al hacer referencia a la prescripción y uso provecho del recurso, que les fue otorgado en 2011 y que a la fecha no existe evidencia, ni sustento que prorrogara su uso.

Que indica el demandante encontrarse frente a una circunstancia de fuerza mayor que le imposibilitan, al menos en estos momentos, iniciar la construcción del Proyecto MINIHIDROELECTRICA BARRILES, ya que de lo contrario estaría violentando leyes nacionales y municipales, por la razón de no contar con el permiso de construcción, circunstancia que le atribuyen al Ministerio de Ambiente, a lo cual debemos señalar que la solicitud fue realizada al Municipio de Bugaba el 30 de mayo de 2014, y nuevamente en 2015, sin exponer claramente los motivos por los cuales el Municipio no les otorgó el permiso en el 2014, y en ese sentido pretende endilgar a esta Institución el no uso del recurso y desconocen que el término de prescripción de la concesión a esa fecha (2014), ya había transcurrido. En cuanto al dictamen emitido por este Ministerio de Ambiente mediante Resolución DM-0217-2015 de 11 de junio de 2015, que ordenó la suspensión provisional de las concesiones de uso de agua otorgadas para proyectos hidroeléctricos en los ríos Chiriquí, Chiriquí Viejo y Chico/Piedra, este tuvo su sustento en la revisión e inspección de las concesiones hídricas en conjunto con la Autoridad de los Servicios Públicos (ASEP), para garantizar que el aprovechamiento del recurso y no que fuera afectada su disponibilidad, parámetros de calidad adecuados a los respectivos usos y que no resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, cediendo el interés privado sobre el interés público o social, así también es atribución de este Ministerio emitir las resoluciones y normas técnicas y administrativas para la ejecución de la Política Nacional del Ambiente y de los recursos naturales, terrestre e hidrobiológicos, en el área de sus competencia,

vigilando su ejecución de manera que se prevenga la degradación ambiental. Ante lo ya señalado no consideramos como válidos los argumentos esbozados por el demandante, al señalar que la suspensión dictada le supone otro evento de fuerza mayor que imposibilitó a **HIDROELÉCTRICA BARRILES S.A.**, a realizar las actividades en ejercicio de la Concesión de Uso de Aguas No. 093-2011. En este mismo sentido, tampoco consideramos válida la premisa sustentada en el punto vigésimo sexto sobre el hecho del príncipe, atacando a esta autoridad al señalar que hemos realizado actos de poder público que imposibilitaron cumplir y por lo tanto deberán dispensarse los incumplimientos no culpables que provoquen.

En cuanto a los cargos atribuidos por indefensión del accionante, previo a declarar la prescripción, se realizaron las debidas inspecciones, donde se dejó consignado que no existe ninguna infraestructura construida, para el aprovechamiento del agua o uso hidroeléctrico y no se estaba usando el recurso, se motivaron las razones en la resolución de prescripción, así como también se anunció los medios de impugnación con los que contaba el demandante, el Decreto Ley 35 de 1966 da la oportunidad al beneficiario de la concesión del uso de agua que no ha podido destinar un uso provechoso de la misma, solicitar una prórroga como ya en líneas anteriores hemos mencionado, sin embargo, este no hizo uso de este derecho en tiempo oportuno, así como también tuvo la oportunidad procesal de presentar un recurso de reconsideración en contra del acto impugnado, por lo que consideramos que el acto demandado no vulnera el debido proceso pues le permitió ejercer su derecho de defensa, el cual es demostrado en el expediente de proceso administrativo correspondiente." (Cfr. fojas 577-580 del expediente judicial).

En virtud de lo anterior, debemos reiterar que 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, cuyo texto señala que: *"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."*

Al ser una disposición de carácter especial, en tal sentido, en materia de permisos y concesiones, el artículo 43 del referido Decreto Ley 35 de 22 de septiembre de 1966, establece con meridiana claridad:

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

Esta disposición fue uno de los fundamentos jurídicos que utilizó el Ministerio de Ambiente para declarar la prescripción del Contrato de Concesión de Uso de Agua 093-2011 de 2 de junio de 2011, suscrito entre la entonces Autoridad Nacional del Ambiente (hoy Ministerio de Ambiente) y la empresa **Hidroeléctrica Barriies S.A.** (Cfr. fojas 64-65 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 resaltado es nuestro).

En razón de la definición jurídica antes transcrita, se hace evidente la consolidación de una situación jurídica, que para el caso que ocupa nuestra atención es **la falta de uso provechoso durante dos años consecutivos del recurso hídrico**, lo que configura, la prescripción del Contrato de Concesión de Uso de Agua 093-2011 de 2 de junio de 2011, pues tal como se advirtió en los Informes de Inspección de Verificación de Uso de Agua, realizados el 26 de enero de 2013 y el 29 de junio de 2015, **no se había hecho uso provechoso del recurso hídrico concesionado, ni existía construcción alguna que indicara el inicio de la obra dentro del plazo de dos (2) años dispuesto para estas actividades** (Cfr. fojas 577-578 del expediente judicial).

Aunado a lo anterior, es importante advertir que la entidad demandada aclaró en su informe de conducta, que si bien pueden darse situaciones que impidan el inicio o desarrollo de la obra y en consecuencia el uso del recurso hídrico dentro del plazo establecido, lo cierto es que la misma norma que dispone la prescripción en el término de dos (2) años, a saber, el artículo 43 del Decreto Ley 35 de 22 de

septiembre de 1966, señala que se podrá prorrogar por un (1) año la concesión, siempre que se justifiquen los motivos que impidieron la utilización de la misma; no obstante, **dicha prerrogativa no fue solicitada por la sociedad Hidroeléctrica Barriles S.A.** (Cfr. foja 580 del expediente judicial).

Así, reiteramos 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, **al no dar un uso provechoso durante dos (2) años consecutivos del recurso hídrico concesionado ni solicitar la prórroga de dicha concesión justificando los motivos de la inacción**; por lo que la entidad no hizo más que aplicar **la normativa jurídica especial antes trascrita y declarar prescrito el Contrato de Concesión de Uso de Agua 093-2011 de 2 de junio de 2011**, suscrito entre la Autoridad Nacional del Ambiente (hoy Ministerio de Ambiente) y la demandante, a través del acto administrativo contenido en Resolución DM-0405-2015 de 8 de octubre de 2015, emitida por el **Ministerio de Ambiente**; por lo que deben desestimarse los cargos de infracción atribuidos al artículo 43 del Decreto Ley in comento.

De igual forma, cabe resaltar que el numeral 13 del artículo 2 del Contrato de Concesión de Uso de Agua 093-2011 de 12 de mayo de 2011, suscrito entre la entonces **Autoridad Nacional del Ambiente**, ahora **Ministerio de Ambiente** y la sociedad **Hidroeléctrica Barriles S.A.**, es de carácter administrativo, y contiene la obligación estricta de la concesionaria de cumplir con las obligaciones consagradas en la Ley 41 de 1 de julio de 1998, general de Ambiente de la República de Panamá; **el Decreto Ley 35 de 22 de septiembre de 1966, sobre uso de las aguas**; el Decreto Ejecutivo 70 de 27 de julio de 1973, por el cual se reglamenta el otorgamiento de permisos y concesiones para el uso de aguas y se determina la integración y funcionamiento del Consejo Consultivo de Recursos Hidráulicos; el Decreto Ejecutivo 55 de 13 de junio de 1973; la Ley 1 de 3 de febrero de 1994, por la cual se establece la Legislación Forestal en la República de Panamá y se dictan otras Disposiciones; la Ley 44 de 5 de agosto de 2002, que establece el Régimen Administrativo especial para el manejo, protección y conservación de las cuencas hidrográficas de la República de Panamá; y demás normas concordantes y complementarias.

De conformidad con las cláusulas señaladas en el contrato de concesión, **existía la obligación jurídica de la demandante de someterse a la legislación antes señalada, que es el**

**ordenamiento especial que priva sobre aquellas normas que puedan pugnar contra éstas;** entre dichas regulaciones especiales está el Decreto Ley 35 de 22 de septiembre de 1966, sobre uso de las aguas; cuyas normas desconoció la concesionaria, razón por la cual la autoridad administrativa competente, con fundamento en los informes técnicos elaborados, 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 otorgada a través del contrato correspondiente; por consiguiente y en atención a los hechos ciertos previamente expuestos, los cargos de infracción de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, también deben ser desestimados.

En tal sentido, podemos afirmar que la empresa concesionaria, hoy demandante, incurrió en la causal establecida en el numeral 1 del artículo 113 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública en Panamá, la cual establece como causal de resolución administrativa del contrato, el incumplimiento de las cláusulas pactadas, tal como lo establece la cláusula séptima del contrato en estudio, toda vez que la misma tenía como obligación, observar las disposiciones jurídicas antes señaladas, entre las cuales está la que se desprende del artículo 43 del Decreto Ley 35 de 22 de septiembre de 1966, sobre uso de las aguas, como la de destinar todas o parte de las aguas a un uso provechoso durante dos (2) años consecutivos, cuyo incumplimiento, implica declarar prescrita la concesión otorgada por el Estado panameño a través del Ministerio de Ambiente.

#### **Actividad Probatoria.**

En el Auto de Pruebas 254 de 31 de julio de 2017, se admitieron, entre otras, pruebas documentales como: la copia autenticada del Contrato de Concesión suscrito por la actora y la Autoridad Nacional de Servicios Públicos (ASEP) para la generación de energía eléctrica; la copia autenticada del Contrato de Concesión de Uso de Agua 093-2011 de 2 de junio de 2011; la copia autenticada del acto impugnado, a saber, la Resolución DM-0405-2015 de 8 de octubre de 2015, y la copia autenticada del acto confirmatorio, es decir aquellos inherentes e indispensables para la

presentación de las demandas contencioso administrativas, así como, otras pruebas de informes cuyo contenido, aún cuando establezcan razones respecto a diversos trámites llevados a cabo por la sociedad recurrente, no desvirtúan las actuaciones en derecho realizadas por el **Ministerio de Ambiente**, quien debe establecer como prioridad el cuidado y protección del ambiente y los recursos naturales (Cfr. fojas 98-100 del expediente judicial).

La doctrina destaca aportes como los del jurista Eduardo Couture, quien en su obra señala que: *“La prueba es un medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en el juicio”* (COUTURE, Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. 3° Edición. Ediciones De la Palma, Buenos Aires, 1997, pág. 2015); sin embargo, los documentos aportados por la actora, **no respaldan los argumentos propuestos por ésta.**

En este escenario, somos de la firme convicción que en el negocio jurídico bajo examen la sociedad recurrente no asumió **la carga procesal adecuadamente, tal como establece el artículo 784 del Código Judicial que obliga a quien demanda a acreditar los hechos que dan sustento a su pretensión**; deber al que se refirió la Sala Tercera en el Auto de 30 de diciembre de 2011, señalando en torno al mismo lo siguiente:

“La Corte advierte que, al adentrarse en el análisis del proceso, **la parte actora no ha llevado a cabo los esfuerzos suficientes para demostrar los hechos plasmados en sus argumentos...** Adicional a ello, consta en el expediente, que la actora no ha demostrado interés real de suministrar y/o practicar las pruebas por ellos solicitadas, que pudieran reflejar resultados a su favor, contrario a lo expresado en el artículo 784 del Código Judicial.

‘Artículo 784. Incumbe a las partes probar los hechos o datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que le son favorables...’ (El subrayado corresponde a la Sala).

Al respecto del artículo transcrito, **es la parte actora quien debe probar que la actuación surtida por la Entidad emisora de la Resolución recurrida, así como sus actos confirmatorios, carecen de validez jurídica.**

Es oportuno en esta ocasión hacer alusión al jurista colombiano Gustavo Penagos, quien dice en relación a la carga de la prueba que: ‘en las actuaciones administrativas se deben observar los principios de la carga de la prueba, la cual corresponde a los acusadores’. (PENAGOS, Gustavo. Vía Gubernativa. Segunda Edición. Ediciones Ciencia y Derecho. Bogotá, Colombia, 1995. Pág. 14).

En este mismo sentido, Jairo Enrique Solano Sierra, dice que *‘la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la acción corresponden al actor’*. (SOLANO SIERRA, Jairo Enrique. Derecho Procesal Administrativo y

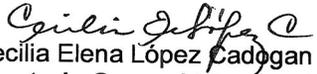
Contencioso. Vía Administrativa- Vía Jurisdiccional- Jurisprudencia-Doctrina.  
Primera Edición. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Santa Fe, Bogotá, D. C.  
Colombia, 1997. Pág. 399)...” (La negrilla es nuestra).

De la lectura del precedente judicial reproducido, se infiere la importancia que tiene que la accionante cumpla con su responsabilidad de acreditar su pretensión ante la Sala Tercera; ya que la actividad probatoria implica demostrar la verdad de un hecho; sin embargo, ninguno de los documentos aportados al proceso por la recurrente, desmeritan las actuaciones administrativas adelantadas por la autoridad demandada, ni aportan elementos de convicción que corroboren los argumentos esbozados por la actora.

En virtud de lo antes expuesto, esta Procuraduría reitera su solicitud al Tribunal para que se sirva declarar que **NO ES ILEGAL** la Resolución DM-0405-2015 de 8 de octubre de 2015, ni su acto confirmatorio, ambos emitidos por el **Ministerio de Ambiente**.

**Del Señor Magistrado Presidente,**

  
Rigoberto González Montenegro  
**Procurador de la Administración**

  
Cecilia Elena López Cadogan  
**Secretaria General Encargada**

Expediente 336-16