

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 558

Panamá, 29 de mayo de 2017

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

La firma López, Villanueva & Heurtematte (LOVILL), actuando en representación de la sociedad **Darrin Business, S.A.**, solicita se declare nula, por ilegal, la Resolución DM-0402-2015 de 8 de octubre de 2015, emitida por el **Órgano Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Ambiente**, el acto confirmatorio y que se hagan otras declaraciones.

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 López, Villanueva & Heurtematte (Lovill), actuando en representación de la sociedad **Darrin Business S.A.**, interpuso ante la Sala Tercera, de la Corte Suprema de Justicia, a fin que se declare nula, por ilegal, la Resolución DM-0402-2015 de 8 de octubre de 2015, emitida por el **Órgano Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Ambiente**, el acto confirmatorio y que se hagan otras declaraciones.

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

Primero: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. fojas 308 a 310 del cuadernillo contentivo de la copia autenticada expediente administrativo, remitido por el Ministerio de Ambiente con el informe de conducta).

Segundo: No es cierto en los términos en que está redactada; por tanto, se niega, toda vez que se trata de Resolución DIEORA IA-107-11 de 16 de febrero de 2011, y no de la Nota DIEORA IA-107-11 de 16 de febrero de 2011 como alega el apoderado de la empresa actora. (Cfr. fojas 22 a 30 del cuadernillo contentivo de la copia autenticada expediente administrativo, remitido por el Ministerio de Ambiente con el informe de conducta).

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

Cuarto: No consta; por tanto, se niega.

Quinto: No consta; por tanto, se niega.

Sexto: No consta; por tanto, se niega.

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

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

Noveno: No consta; por tanto, se niega.

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

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

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

Décimo Tercero: 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 119-2012, suscrito entre el **Ministerio de Ambiente** y la sociedad **Darrin Business S.A.**, son nulas, por ilegales, puesto que infringen las siguientes disposiciones legales y reglamentarias:

A. Los artículos 35 y 43 de la Ley 35 de 1966 (Cfr. fojas 10 a 13 del expediente judicial).

Debemos señalar que de acuerdo a los sistemas Infojurídica (administrada por la Procuraduría de la Administración) y Legispan (que administra la Asamblea Nacional), **la Ley 35 de 1966**, *“por la cual se acepta la designación de la Ciudad de Panamá como sede de los XI Juegos Deportivos Centroamericanos y del Caribe, los que deberán celebrarse en el año 1970.”*, regula una materia completamente distinta al objeto de debate en la presente demanda contenciosa administrativa de plena jurisdicción.

Suponemos que el demandante ha querido referirse al **Decreto Ley 35 de 22 de septiembre de 1966**, *“Para reglamentar el Uso de Aguas”*, sobre concesión permanente del uso de aguas, y la prescripción de la misma (Cfr. fojas 10 a 13 del expediente judicial).

A efectos de aclaración y docencia, consideramos importante manifestarle al apoderado legal de la sociedad demandante, que una Ley y un Decreto Ley, a pesar de tener el mismo valor jurídico, son figuras distintas, toda vez que la Ley es un acto jurídico de índole legislativa, expedida por la Asamblea Nacional a través del trámite que la Constitución establece, la cual es sancionada y promulgada por el Órgano Ejecutivo; mientras que el Decreto Ley es una normativa dictada por el Órgano Ejecutivo, previa autorización expresa de la Asamblea Nacional, para que el mismo legisle en las materias determinadas en la autorización correspondiente.

Sobre este punto, la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, en reciente pronunciamiento de 22 de noviembre de 2016, ha señalado que los Decretos Leyes, no son más que la delegación de una facultad constitucional otorgada a un Órgano del Estado, que tiene como finalidad hacer la ley, pero dicha delegación no es absoluta, porque sólo es otorgada para llevar a cabo una legislación sobre temas específicos.

B. El artículo 71 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, “*Que regula la contratación pública*”, sobre las disposiciones aplicables a los contratos públicos (Cfr. fojas 13 a 14 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-0402-2015 de 8 de octubre de 2015, el **Ministerio de Ambiente** declaró prescrito el Contrato de Concesión de Uso de Agua 119-2012, suscrito entre esa entidad y la sociedad **Darrin Business S.A.**, en razón que se consideró, de acuerdo al informe de verificación anual de uso de agua, que la empresa concesionaria no había hecho uso provechoso del recurso hídrico y no había construido obra de infraestructura alguna para uso de ese recurso (Cfr. fojas 18 a 19 del expediente judicial).

Para analizar en la esfera jurisdiccional el presente proceso, es necesario iniciar considerando la noción de “**bienestar social**” y de “**interés público**” que por mandato constitucional, deben inspirar las concesiones para la utilización de agua para la producción hidroeléctrica, las cuales pertenecen al Estado y son de uso público y, por consiguiente, no pueden ser objeto de apropiación privada.

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 noción de **interés público o general**, es definido por el Diccionario del Español Jurídico, editado por la Real Academia Española de la Lengua y el Consejo General del Poder Judicial (primera edición, Barcelona, 2016) como: **“Concepto que resume las funciones que se encomienda constitucionalmente a los poderes públicos y que concierne a valores y objetivos que trascienden los intereses concretos de ciudadanos o grupos.**

La Administración sirve con objetividad los intereses generales.” (Lo resaltado es nuestro).

En 1966, el 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.

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.

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

“Artículo 35. Concesión permanente para uso de aguas, o descargar aguas usadas, **es una autorización mediante la cual se le garantiza al usuario el derecho al uso de aguas con carácter permanente pero no transferible.**”

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

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

“ ...

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

Que el mismo artículo 16 del Decreto Ley 35 de 1966 establece que **el uso provechoso de aguas comprende, entre otros, aquellos usos para fines domésticos y de salud pública, agropecuarios, industriales, minas y energías**, y los necesarios para la vida animal y fines de recreo; mientras que el artículo 42 de la misma excerta legal considera como uso preferente o de mayor provecho para el interés público y social, el uso de agua que atañe a la salud pública.

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

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

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

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

A efectos de determinar la legalidad de la Resolución DM-0402-2015 de 8 de octubre de 2015, emitida por el Ministerio de Ambiente, es necesario tomar en consideración que dicha entidad declaró la prescripción del Contrato de Concesión de Uso de Aguas 119-2012, suscrito por esa entidad con la empresa **Darrin Business S.A.**, en razón de la causal establecida en el artículo 43 del Decreto Ley 35 de 22 de septiembre de 1966, es decir, que señala que **prescribirá la concesión cuando se deje de destinar todas o parte de las aguas a un uso provechoso durante dos (2) años consecutivos**. En tal caso, el **derecho para utilizar las aguas no usadas revertirá al Estado** y éstas vendrán a ser aguas disponibles para otros concesionarios.

En tal sentido, la resolución impugnada en la presente demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción, **se fundamenta en que el concesionario dejó de destinar todas o parte de las aguas a un uso provechoso durante dos (2) años consecutivos** (Cfr. foja 18 del expediente judicial).

El uso provechoso que previene la legislación vigente sobre el uso de aguas (Decreto Ley 35 de 1966), implica que las mismas sean utilizadas **de manera que irradie un beneficio o utilidad para las personas**.

Consta en el expediente administrativo el Informe de Inspección de Verificación Anual de Uso de Aguas, levantado por personal del Departamento de Gestión Integrada de Recursos Hídricos de la Dirección Nacional de Gestión Integrada de Cuencas Hidrográficas del **Ministerio de Ambiente**, Administración Regional de Chiriquí, el que revela que luego de la visita *in situ* (en el sitio) realizada el 29 de junio de 2015, en el lugar correspondiente al proyecto hidroeléctrico, ubicado en el corregimiento de Jaramillo, distrito de Boquete, provincia de Chiriquí, se determinó en lo hallazgos que: *“No existe construcción alguna en el lugar. El agua no está siendo utilizada aún...”*

De lo anterior, efectivamente se puede constatar que desde el refrendo del Contrato de Concesión de Uso de Aguas 119-2012, realizado por la Contraloría General de la República el 7 de agosto de 2012 (Cfr. fojas 308 a 310 del expediente administrativo debidamente autenticado, aportado por el Ministerio de Ambiente con el Informe de Conducta correspondiente), a la fecha de la Inspección de Verificación Anual de Uso de Aguas, realizada el 29 de junio de 2015, la empresa **Darrin Business S.A.**, incumplió la obligación establecida en la cláusula primera del referido contrato, consistente en la utilización del caudal concesionado sólo para los fines establecidos en la cláusula primera del mismo, es decir, la utilización permanente “...de un volumen de agua anual de cuarenta y cuatro millones ochocientos dieciocho mil ochocientos setenta y seis punto ocho metros cúbicos de agua (44,818,876.8 m3), a razón de trece millones ciento cuarenta y dos mil cuarenta y cuatro punto ochenta metros cúbicos de agua (13,142,044.80 m3), en los meses de diciembre a mayo y treinta y un millones seiscientos setenta y seis mil ochocientos treinta y dos metros cúbicos de agua (31,676,832 m3) en los meses de junio a noviembre, **para el uso hidroeléctrico (generación de energía eléctrica de 2 MW)**, que serán tomados del río Los Valles, perteneciente a la cuenca 108, río Chiriquí, ubicado en la comunidad de Alto Jaramillo, corregimiento de Jaramillo, distrito de Boquete, provincia de Chiriquí” (Cfr. fojas 308 a 310 y 326 a 328 del expediente administrativo debidamente autenticado, aportado por el Ministerio de Ambiente con el Informe de Conducta correspondiente).

De igual forma, dentro de la copia debidamente autenticada del expediente administrativo aportado por el Ministerio de Ambiente con el respectivo informe de conducta, no existe constancia ni evidencia alguna que la empresa **Darrin Business S.A.**, hubiese presentado o solicitado a la autoridad competente, justificación alguna por el cual la misma haya dejado de utilizar las aguas

otorgadas en concesión, a efectos de producirse la prórroga que establece la Ley, antes que la entidad emitiese el acto administrativo hoy demandado.

En efecto, a todo lo largo del referido expediente administrativo, no existe constancia alguna que la empresa demandante haya realizado acciones para concretizar la construcción del proyecto Hidroeléctrico en referencia, razón por la cual, en su momento se le otorgó la concesión de uso de aguas.

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

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

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

del proyecto hidroeléctrico, razón de ser de la concesión de uso de aguas que le había sido otorgada.

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

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

Así las cosas, la materia de uso de aguas en la República de Panamá, está reglamentada por el Decreto Ley 35 de 22 de septiembre de 1966, cuyo artículo tercero establece con claridad:

“Artículo 3. Las disposiciones de este Decreto Ley son de orden público e interés social y cubren las aguas que se utilicen para fines domésticos y de salud pública, agrícola y pecuaria, industriales y cualquier otra actividad.” (Lo resaltado es nuestro).

Como se puede observar, las normas que rigen la materia de aguas en la República de Panamá son **de orden público e interés social**, por lo que tienen prioridad sobre cualquier acuerdo, ya sea que se rija por el Derecho Administrativo o por el Derecho Privado; haciéndose eco a lo que dispone el artículo 259 de la Constitución Política de la República de Panamá, antes transcrito.

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

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

Es necesario aclarar la acepción del término jurídico "prescripción". Para Guillermo Cabanellas, en su célebre Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, se refiere a "*Consolidación de una situación jurídica por efecto del transcurso del tiempo; ya sea convirtiendo un hecho en derecho, como la posesión o propiedad; ya perpetuando una renuncia, abandono o desidia, inactividad o impotencia.*" El

mismo autor explica el concepto de “prescripción extintiva o liberatoria”, como *“modo de extinguirse los derechos patrimoniales por no ejercerlos su titular durante el lapso determinado por la ley.”* (Lo resaltado es nuestro).

De acuerdo al Diccionario del Español Jurídico, la prescripción extintiva es: *“Modo de extinción de derechos que tiene lugar cuando el transcurso del tiempo produce la pérdida del ejercicio de los derechos o facultades para su titular, pues razones de buena fe y seguridad jurídica determinan la necesidad de marcar un límite temporal al ejercicio de un derecho que permanece inactivo.”* (Lo resaltado es nuestro).

En razón de lo dispuesto en la disposición antes transcrita, se observa que en el cuadernillo contentivo de las copias autenticadas del expediente administrativo remitido por el **Ministerio de Ambiente**, consta el Informe de Inspección de Verificación Anual de Uso de Agua, relativo al contrato de Concesión de Uso de Aguas 119-2012, antes señalado, del año 2015, en el cual se deja constancia que no se ha hecho uso provechoso del recurso hídrico concesionado, en razón que no se ha construido obra de infraestructura alguna para el uso adecuado del recurso agua.

Así se observa, que la empresa **Darrin Business S.A.** incumplió con lo dispuesto en el artículo 43 del Decreto Ley 35 de 22 de septiembre de 1966, norma de orden público e interés social, como se ha podido constatar, al no dar un uso provechoso durante dos (2) años consecutivos del recurso hídrico concesionado, por lo que la entidad no hizo más que aplicar la normativa jurídica especial antes trascrita y declarar prescrito el Contrato de Concesión de Uso de Agua 119-2012, suscrito entre la Autoridad Nacional del Ambiente (hoy **Ministerio de Ambiente**) y la empresa **Darrin Business S.A.**, a través del acto administrativo contenido en la Resolución DM-0402-2015 de 8 de octubre de 2015,

emitida por el **Ministerio de Ambiente**, hoy demandado en sede de legalidad, en donde declaró la prescripción del Contrato de concesión en referencia.

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

“Artículo 3: La sociedad **DARRIN BUSINESS S.A.**, deberá cumplir con todas las leyes y normas que regulan el uso y protección de los recursos naturales y el ambiente, así como también con todos los trámites exigidos por entidades estatales concernientes con el ejercicio de los derechos y actividades relacionadas con la concesión otorgada.” (Cfr. foja 272 del cuadernillo contentivo de las copias autenticadas del expediente administrativo remitido por el Ministerio de Ambiente).

De igual forma, el numeral 12 de la cláusula segunda del Contrato de Concesión de Uso de Agua 119-2012, suscrito entre la entonces **Autoridad Nacional del Ambiente**, ahora **Ministerio de Ambiente** y la sociedad **Darrin Business S.A.**, contiene la obligación estricta de la concesionaria de cumplir con las obligaciones consagradas en la Ley 41 de 1 de julio de 1998, general de Ambiente de la República de Panamá; el **Decreto Ley 35 de 22 de septiembre de 1966, sobre uso de las aguas**; el Decreto Ejecutivo 70 de 27 de julio de 1973, por el cual se reglamenta el otorgamiento de permisos y concesiones para el uso de aguas y se determina la integración y funcionamiento del Consejo Consultivo de Recursos Hidráulicos; el Decreto Ejecutivo 55 de 13 de junio de 1973; la Ley 1 de 3 de febrero de 1994, por la cual se establece la Legislación Forestal en la República de Panamá y se dictan otras Disposiciones; la Ley 44 de 5 de agosto de 2002, que establece el Régimen Administrativo especial para el manejo, protección y conservación de las cuencas hidrográficas de la República de Panamá; y demás normas concordantes y complementarias (Cfr.

foja 309 del cuadernillo contentivo de las copias autenticadas del expediente administrativo remitido por el Ministerio de Ambiente).

En razón de lo dispuesto en el artículo 3 de la Resolución AG-0294-2012, de 25 de junio de 2012, por la cual se otorga el derecho de uso de aguas mediante concesión permanente a la sociedad **Darrin Business S.A.**, así como la cláusula correspondiente señalada en el contrato de concesión, existía la obligación jurídica de la citada empresa de someterse a la legislación antes enunciada, entre ellas el propio Decreto Ley 35 de 22 de septiembre de 1966, sobre uso de las aguas; norma que desconoció la sociedad concesionaria, razón por la cual, la autoridad administrativa competente declaró la prescripción de la concesión por el incumplimiento de las condiciones señaladas en la Ley. Al vulnerar las disposiciones de esta norma, que de acuerdo a la propia ley, son de orden público e interés social, la Administración Pública, en este caso, representada por el **Ministerio de Ambiente**, tomó la decisión de declarar prescrita la concesión sobre uso de aguas.

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

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

De acuerdo al argumento de la firma forense apoderada judicial de la sociedad demandante, al considerar que al momento en que el **Ministerio de Ambiente** declaró prescrito el contrato de Concesión de Uso de Agua Permanente

119-2012 en razón que la concesionaria no estaba dando uso provechoso a dichas aguas, la empresa **Darrin Business S.A.**, se encontraba adoptando pasos para el proyecto hidroeléctrico en mención, y que dicha entidad tenía conocimiento de la solicitud de modificación del Estudio de Impacto Ambiental Categoría III ya aprobado, situación que: *“...nunca fue contestada por dicha entidad, lo cual trae consigo la forma abusiva y contraria a la buena fe contractual con la que actuó el Ministerio del Ambiente, además toda la normativa contemplada en el Código Civil que impone a las partes, en una relación contractual, el deber de observar estrictamente, no sólo aquello expresamente pactado, sino el respecto a la igualdad de condiciones, y lo que sea conforme a la buena fe según claramente señala el artículo 1109 del Código Civil” (sic)* (Cfr. fojas 13 y 14 del expediente judicial).

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

“Es claro que estamos ante un contrato administrativo el cual presenta definitivamente características particulares que lo diferencian de los contratos civiles. Una de ellas es la existencia de cláusulas exorbitantes, que si bien no son estipulaciones contractuales, sí están inmersas tácitamente en este tipo de contratación, situación que obedece a la finalidad de realización de una obra o servicio público a que responden los contratos administrativos. Existe, pues, una situación de desigualdad jurídica a favor de la Administración, como gestora del interés público, que conlleva la posibilidad de adopción de medidas

unilaterales relacionadas, entre otras, con la interpretación y resolución de los contratos. No obstante, debe quedar claro que ello no es absoluto, dado que el ejercicio de esas facultades exorbitantes se dan en la medida que se ajusten a las normas jurídicas por las que se rige, tal como sucedió y quedó en evidencia en este caso.” (sic) (Lo resaltado es nuestro)

El jurista colombiano, Libardo Rodríguez, en su obra Derecho Administrativo General y Colombiano, explica así la figura:

“Desde este punto de vista, se dijo que un contrato de la administración era administrativo cuando contenía una o más cláusulas exorbitantes. Se dice que la cláusula exorbitante es aquella ‘derogatoria del derecho común’, pero es evidente que esta expresión no le da mayor precisión ni claridad al concepto. Actualmente, puede decirse que el concepto de cláusula exorbitante se refiere a aquella que es extraña a los contratos entre particulares. Pero esa extrañeza a los contratos entre particulares puede obedecer a varias ideas: que la cláusula sea imposible de incluir en un contrato privado, es decir, que sería ilegal en un contrato de esa naturaleza; que la cláusula otorgue prerrogativas de poder público, ya sea a la administración frente al contratista, ya sea el contratista frente a terceros; finalmente que la cláusula ‘lleve grabada por consideraciones de interés general imposibles de manifestarse en los contratos entre particulares.’ (Libardo Rodríguez Rodríguez, Derecho Administrativo General y Colombiano, Editorial Temis, 13ra. ed., Bogotá, 2002, p.355).

En la Sentencia de 4 de enero de 2011, la Sala Tercera señaló a propósito de lo anterior:

“Elizabeth Iñiguez de Salinas en su obra ‘Contratos Administrativos’ define los mismos como ‘el acuerdo de voluntades generador de obligaciones y derechos, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen con otro órgano administrativo o con un particular o administrado **para satisfacer finalidades públicas**’.

Se dice que para que un contrato administrativo se configure como un negocio contractual, es necesario que cumpla con ciertos rasgos distintivos esenciales; entre ellos, podemos destacar los relativos a su juridicidad, su bilateralidad y

contractualidad, **la desigualdad de sus partes, su formalidad, su régimen jurídico exorbitante del derecho privado**, y, sobre todo, su finalidad.” (Lo resaltado es nuestro).

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

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

“Artículo 22. Interpretación de las reglas contractuales. En la interpretación de las normas sobre contratos públicos, de los procedimientos de selección de contratista, de los casos de excepción de procedimiento de selección de contratista y **de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrán en consideración los intereses públicos, los fines y los principios de esta Ley**, así como la buena fe, la igualdad y el equilibrio entre las obligaciones y los derechos que caracterizan los contratos conmutativos.” (Lo resaltado es nuestro)

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

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

Si bien es cierto que el principio de buena fe, el cual es definido por la Real Academia Española de la Lengua y el Consejo General del Poder Judicial, en la obra Diccionario del Español Jurídico, (Primera edición, Barcelona, 2016, p.275) como: **“1. Gral. Estándar de conducta ética que debe presidir el ejercicio de los derechos subjetivos y los procedimientos y prácticas administrativas y procesales.”**, no se puede soslayar que de igual forma, en los contratos administrativos rige el principio de consideración de los intereses públicos,

especialmente en esta materia, que como hemos señalado anteriormente, las normas sobre usos de aguas son de orden público e interés social, como ella misma lo ha definido.

En otro orden de ideas, en cuanto a lo alegado por la sociedad demandante, en tal sentido que existía una solicitud para la modificación del Estudio de Impacto Ambiental aprobado, la cual no había tenido respuesta alguna por la entidad regente de la materia, consideramos que no le asiste razón a la parte demandante, toda vez que si bien es cierto, la misma fue presentada **el 4 de septiembre de 2014**, según afirma la firma forense en el libelo de la demanda (Cfr. foja 12 del expediente judicial), el contrato fue refrendado por la Contraloría General de la República **el 7 de agosto de 2012**, iniciado sus efectos legales a partir de esa fecha, por lo que para **el 7 de agosto de 2014**, habían transcurrido los dos años que establece el artículo 43 del Decreto Ley 35 de 1966, que expresa que prescribirá la concesión cuando se deje de destinar todas o parte de las aguas a un uso provechoso durante dos (2) años consecutivos, lo que arroja que para el momento en que la empresa **Darrin Business S.A.**, presentó la solicitud, ya había prescrito la concesión de pleno derecho.

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

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-0402-2015 de 8 de octubre de 2015, emitida por el Órgano Ejecutivo, a través de la Ministra de**

Ambiente, así como el respectivo acto confirmatorio, y en consecuencia, se denieguen todas las pretensiones de la empresa demandante.

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-0178-2017 de 27 de enero de 2017, suscrita por la Ministra de Ambiente (Cfr. foja 43 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 **Darrin Business 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 7 de agosto de 2012, fecha en que el Contrato de Concesión Permanente para el Uso de Aguas 119-2012 fue refrendado por la Contraloría General de la República y antes del día 8 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