



REPÚBLICA DE PANAMÁ
ÓRGANO JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.-

Panamá, diecisiete (17) de enero de dos mil dieciocho (2018).

VISTOS:

La firma forense López, Villanueva & Hurtematte (Lovill), actuando en nombre y representación de la sociedad **DARRIN BUSINESS S.A.**, ha interpuesto demanda **Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción** para que se declare, nula, por ilegal, la Resolución No. DM-0402-2015 de 8 de octubre de 2015, emitida por el Ministerio de Ambiente, así como su acto confirmatorio y para que se hagan otras declaraciones.

El acto demandado es la Resolución No. DM-0402-2015 emitida por EL MINISTERIO DE AMBIENTE (MIAMBIENTE) el día 8 de octubre de 2015, por la cual se declaró prescrito el contrato de concesión permanente para uso de agua No.119-2012, suscrito entre el Ministerio de Ambiente y la Sociedad DARRIN BUSINESS S.A.

I. PRETENSIONES.

Las pretensiones de la parte actora se circunscriben a que se formulen las siguientes declaraciones:

“a. Solicitamos a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia con audiencia de la Procuradora de la Administración (sic), y previo trámite normado en la Ley, declare nulo por ilegal el acto consistente en en (sic) la Resolución No. DM 0402-2015 de 8 de octubre de 2015, y su acto confirmatorio mediante Resolución No. 0309-2016 de 9 de mayo de 2016, emitidos por el Ministerio de Ambiente, cuyo acto primigénio declaró prescrito el Contrato Permanente de Uso de Agua No. 119-2012 de forma arbitraria, para la cual se solicita que se decrete la nulidad de dicha resolución, y su acto confirmatorio, y se ordene el restablecimiento de los derechos subjetivos contenidos en el Contrato de Uso de Agua No. 119-2012 refrendado por la Contraloría General de la República el 7 de agosto de 2012, a fin de que se reestablezca su validez y vigencia.”

II. HECHOS QUE FUNDAMENTAN LA DEMANDA.

Señala la parte actora, que la sociedad DARRIN BUSINESS S.A., obtuvo contrato de concesión permanente para Uso de Agua No. 119-2012 emitido por la Autoridad Nacional del Ambiente, el cual le dio el derecho de utilizar mediante concesión permanente, un volumen anual de 44, 818,876.8 metros cúbicos, para uso hidroeléctrico (generación de energía 2MW) 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 Panamá.

Continúa indicando que para la aprobación de la concesión permanente para Uso de Agua No. 119-2012, el Ministerio de Ambiente aprobó el Estudio de Impacto Ambiental Categoría III, para la ejecución del proyecto denominado “*Hidroeléctrica India Vieja*”, en el cual se estableció un cronograma de cumplimiento, asimismo, mediante Resolución No. DINEORA IA-10711 suscribió Contrato de Concesión No. 064-13 de 16 de mayo de 2013, para la generación hidroeléctrica con la Autoridad de los Servicios Públicos, a fin de generar energía eléctrica a través de la explotación del aprovechamiento hidroeléctrico ubicado sobre el río Los Valles, ubicado en el corregimiento de Jaramillo, distrito de Boquete, provincia de Chiriquí, para una capacidad de 2MW.

Advierte, la demandante que en la cláusula quinta del contrato de concesión para la generación hidroeléctrica se establece que el plazo para el inicio de construcción de las obras es *"a más tardar veinticuatro (24) meses contados a partir de la fecha de refrendo de este Contrato por la Contraloría General de la República, salvo las prórrogas que otorgue la AUTORIDAD."*

Por tales razones, en virtud que el precitado contrato fue refrendado por la Contraloría General de la República, el día 15 de noviembre de 2013, y que los veinticuatro (24) meses se vencían hasta el 15 de noviembre de 2015, mismos que son prorrogables; sin embargo, mediante Resolución No. DM-0402-2015 de 8 de octubre de 2015, de manera unilateral, y sin justa causa, el Ministerio de Ambiente declaró la prescripción del contrato de concesión de uso de agua No. 119-2012, basados en los artículos 16 y 43 del Decreto Ley No. 35 de 22 de septiembre de 1966, que establecen el uso provechoso de las aguas y la prescripción de las concesiones cuando se deje de destinar todas o parte de las aguas a un uso provechoso durante dos (2) años consecutivos.

Aunado al hecho que el día 4 de septiembre de 2014 la sociedad DARRIN BUSINESS S.A. presentó ante el Ministerio de Ambiente una solicitud de modificación del Estudio de Impacto Ambiental, Categoría III, para optimizar el proyecto, petición que la autoridad no le ha dado respuesta, por lo cual, a su juicio advierte que al no tener respuesta ha retrasado la continuidad y bien trámite del proyecto.

III. DISPOSICIONES QUE SE CONSIDERAN VULNERADAS POR EL ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO.

La demandante considera como infringidos los artículos 35 y 43 de la Ley No. 35 de 1966, por violación directa por comisión, ya que el Ministerio del Ambiente, declaró la prescripción de un contrato de uso de agua permanente de DARRIN BUSINESS S.A., sin que estuviese prescrita, causándole daños y perjuicios a la sociedad. Según la actora lo anterior es así porque la entidad

demandada interpretó de forma unilateral las precitadas normativas, en el sentido que la sociedad le ha dado un uso provechoso al agua, porque ha ejercido una actividad continua e inversión probada en dicho proyecto.

Asimismo, alega como infringido el artículo 71 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, "Que regula la contratación pública", que dispone "Los contratos 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".

Según el actor la precitada norma ha sido violada porque a pesar de que estaba ejecutando los trámites para construir el proyecto hidroeléctrico, y que el Ministerio de Ambiente tenía conocimiento que el día 4 de septiembre de 2014, solicitó una modificación del Estudio de Impacto Ambiental, categoría III, ya aprobado, para beneficio del proyecto, petición que no fue atendida; la autoridad ambiental declaró que DARRIN BUSINESS S.A., no estaba dando uso provechoso a la concesión de uso de agua permanente No. 119-2012, y la declaró prescrita.

IV. POSICIÓN DE LA ENTIDAD DEMANDADA.

Mediante Nota DM-0178-2017 de 27 de enero de 2017, el Ministerio de Ambiente, remite informe de conducta con respecto a la Resolución No. DM-0402-2015 de 8 de octubre de 2015, en la cual señala medularmente lo siguiente:

" ...

Que el informe técnico de verificación del recurso que hacen los funcionarios de la administración regional y que se acredita en el expediente administrativo, evidencia la no utilización del recurso ni construcción alguna para la concesión otorgada.

Que a este respecto podemos señalar que el artículo 109 del Texto Único de la Ley 41 de 1998, advierte que los informe (sic) técnicos elaborados por

funcionario del Ministerio de Ambiente, constituyen prueba pericial y dan fe pública.

Que en cuanto a lo vertido por el recurrente en el punto primero y segundo de sus consideraciones, este despacho no realizará comentario alguno, por ser los mismos partes integrales del expediente. Con respecto a lo señalado en el párrafo final del punto tercero, el cual hace alusión a la demora o atraso motivo por el cual no ha podido iniciar construcción a falta de perfeccionamiento de la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental presentado, la SOCIEDAD DARRIN BUSINESS S.A., debió comunicar el Ministerio de Ambiente las razones y motivos que le impedían realizar las actividades vinculadas al Contrato de Concesión otorgada. Es fundamental resaltar que en virtud del artículo 43 del Decreto Ley 35, el concesionario puede solicitar la prórroga de la concesión que no haya utilizado para uso provechoso ante el Ministerio de Ambiente, a fin de evitar la declaración de prescripción. 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 acaparan inútilmente recursos de dominio público. En ese sentido, la SOCIEDAD DARRIN BUSINESS S.A., nunca solicitó al Ministerio de Ambiente la prórroga mencionada, aunque en virtud del artículo 1 del Código Civil de la República de Panamá, correspondía a la SOCIEDAD DARRIN BUSINESS S.A., conocer y actuar de conformidad con el artículo 43 del Decreto Ley No. 35 de 22 de septiembre de 1966.

En cuanto a lo vertido en el punto cuarto, podemos señalar, 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. 054-2010 a la SOCIEDAD DARRIN BUSINESS S.A., es de carácter permanente, y por tanto, tiene una vigencia superior a la concesión de generación autorizada, y a sus prórrogas subsecuentes, ni expira antes que esta. No infringe tampoco estas normas 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 el artículo quinto y sexto el recurrente hace alusión del término del contrato requerido para iniciar obras por parte de la hidroeléctrica, a los 24 meses contados a partir del refrendo del Contralor, es importante resaltar que la fecha límite del mismo finalizó el 7 de agosto de 2014, toda vez que la firma del señor Contralor General de la República de Panamá fue el 7 de agosto de 2012, tal y como consta a foja 310 del expediente administrativo, por lo que la SOCIEDAD DARRIN BUSINESS S.A. jamás presentó solicitud de prórroga a la concesión otorgada.

Que en cuanto a los pagos de arrendamientos que señala a SOCIEDAD DARRIN BUSINESS S.A., la norma rige el recurso hídrico en la República de Panamá es el Decreto Ley No. 35 de 22 de septiembre de 1966, vigente y es la norma que se aplica a todas las contrataciones existente en materia de Concesiones de Aguas que la misma advierte que la no utilización del recurso es causal para terminal la relación contractual, independiente de la responsabilidad y deber del concesionario, según lo dispone el numeral 1 de la Cláusula Segunda del Contrato de Concesión Permanente Para uso de Agua No. 054-2010, que establece hacer los pagos correspondiente por lo que a partir del refrendo de la Contraloría General requiere exclusividad sobre la concesión otorgada por el Estado y deja sin posibilidad de beneficiar durante la vigencia del Contrato a otro posible usuario. Así el pago es una contraprestación por los derechos otorgados, y no implica de ningún modo derechos ilimitados a la concesión, por lo que está sujeto al artículo 43 del Decreto Ley No. 35 de 22 de septiembre de 1966. ...”

V. POSICIÓN DE LA PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN.

El Procurador de la Administración mediante Vista No. 558 de 29 de mayo de 2017, solicita a la Sala Tercera que declare que NO ES ILEGAL la Resolución DM-0402-2015 de 8 de octubre de 2015, emitida por el Ministerio de Ambiente y se denieguen las pretensiones contenidas en la demanda, en virtud de que las normas fueron debidamente aplicadas por el Ministerio de Ambiente, en cumplimiento del debido proceso y la prescripción se dio fundamentada en los informes técnicos suscritos por los inspectores técnicos de la Autoridad

competente en materia de recursos naturales, en virtud de que se dejó de destinar el recurso para un uso provechoso durante 2 años consecutivos.

Continua señalando que desde el refrendo del Contrato de Concesión de Usos de Agua No. 119-2012, realizado por la Contraloría General de la República, el día 7 de agosto de 2012, 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.

De igual forma, manifiesta que en el informe de conducta no se advierte que la empresa Darrin Business S.A., hubiese presentado o solicitado a la entidad demandada justificación alguna por la cual 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.

VI. DECISIÓN DE LA SALA.

Una vez cumplidos los trámites previstos para estos procesos, corresponde a los integrantes de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia pasar a dirimir el fondo del presente litigio que es de suma importancia.

COMPETENCIA DE LA SALA:

En primer lugar, resulta relevante señalar que esta Sala de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer de la demanda contencioso-administrativa de plena jurisdicción con fundamento en lo que dispone el artículo 206, numeral 2, de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 97, numeral 1, del Código Judicial.

LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA:

En el presente caso, la demandante como persona jurídica que comparece en defensa de sus derechos e intereses en contra de la Resolución

No. DM-0402-2015, emitida por la Autoridad Nacional del Ambiente (hoy MIAMBIENTE), que le fue desfavorable, razón por la cual se encuentra legitimada para promover la acción examinada.

Por su lado, el acto demandado fue emitido por la Autoridad Nacional del Ambiente (hoy MIAMBIENTE), entidad estatal, con fundamento en la Ley 41 de 1998 conforme fue modificado por la Ley 8 de 2015, como sujeto pasivo en el presente proceso contencioso-administrativo de plena jurisdicción.

En primera instancia, esta Sala delimitará el marco jurídico mediante el cual se regulan las concesiones de aguas en Panamá, esta materia se deriva del contenido del artículo 259 de la Constitución Política de la República de Panamá, el cual señala que las concesiones para la explotación del suelo, subsuelo, bosques y para la utilización de agua, se inspirarán en el bienestar social y el interés público.

Dicho mandato fue desarrollado mediante el Decreto Ley 35 de 22 de septiembre de 1966, que en su artículo 1, dispone la reglamentación de las aguas del Estado para su aprovechamiento de conformidad al interés social y, por lo tanto, se debe procurar el máximo bienestar público en su uso, conservación y administración.

Los artículos 15 y 16 del citado Decreto Ley señalan que el derecho de aguas podrá ser adquirido sólo por permiso o concesión para uso provechoso, entendiendo por uso provechoso de aguas aquél que se ejerce en beneficio del concesionario y es racional y cónsono con el interés público y social.

De igual forma, se establece en el artículo 43 del Decreto Ley 35 de 1966 que prescribirá la concesión cuando se deje de destinar todas o parte de las aguas a un uso provechoso durante dos años consecutivos y que esta concesión podrá ser prorrogada por un año después de haberse justificado los motivos que impidieron la utilización de la concesión, en ese caso se establece

que el derecho para utilizar las aguas no usadas revertirá al Estado y éstas vendrán a ser aguas disponibles para otros concesionarios.

Una vez delimitado el marco jurídico que rige este tipo de concesiones, puede evidenciarse que el acto administrativo demandado de ilegal es la Resolución DM-0402-2015 de 8 de octubre de 2015, mediante la cual la Ministra 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 que la empresa concesionaria no ha hecho uso provechoso del recurso hídrico concesionado, y no ha construido obra de infraestructura alguna para el uso del recurso.

Esta decisión fue fundamentada en que la sociedad DARRIN BUSINESS S.A., no ha dado uso provechoso del recurso hídrico concesionado, por el periodo de 2 años, ni tampoco ha solicitado la prórroga contenida en el artículo 43 del Decreto Ley 35 de 22 de septiembre de 1966, que reglamenta el uso de las aguas, que establece que la concesión de aguas puede ser prorrogada por un (1) año después de haberse justificado los motivos que impidieron la utilización de la concesión.

Por su parte, la parte actora, plantea que la decisión del Ministerio de Ambiente infringe los artículos 35 y 43 del Decreto Ley 35 de 22 de septiembre de 1966, que reglamenta el uso de aguas, que se refiere a la concesión permanente del uso de agua, y la prescripción de la misma; y solamente el artículo 71 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la Contratación Pública, sobre disposiciones aplicables a los contratos públicos.

En atención a lo señalado, la actora estima que se han conculcado el texto de los artículos 35 y 43 de la Ley No. 35 de 1966, por violación directa por comisión, ya que el Ministerio del Ambiente, declaró la prescripción de un contrato de uso de agua permanente de DARRIN BUSINESS S.A., sin que

estuviese prescrita, causándole daños y perjuicios a la sociedad; toda vez que, la entidad demandada interpretó de forma unilateral las precitadas normativas, en el sentido que la sociedad le ha dado un uso provechoso al agua, porque ha ejercido una actividad continua e inversión probada en dicho proyecto.

Asimismo, estima la demandante que la Ministra de Ambiente desatendió la solicitud de modificación del Estudio de Impacto Ambiental Categoría III, al proyecto hidroeléctrico "*Hidroeléctrica India Vieja*", presentada el día 4 de septiembre de 2014, por la sociedad DARRIN BUSINESS S.A., situación que a su juicio permitió que se diera la supuesta prescripción del contrato de uso de agua.

Respecto a la violación del artículo 71 de la Ley No. 22 de 27 de junio de 2006, indica que el Ministerio de Ambiente determinó que DARRIN BUSINESS S.A., no estaba dando uso provechoso a la concesión de uso de agua permanente No. 119-2012, a pesar de que se estaba ejecutando los trámites para ejecutar el proyecto hidroeléctrico, e inclusive advierte que la autoridad tenía conocimiento que el día 4 de septiembre de 2014, la sociedad solicitó una modificación del Estudio de Impacto Ambiental, categoría III, ya aprobado, para beneficio del proyecto, solicitud que no fue atendida.

De lo planteado por la parte actora, podemos establecer que con respecto a la normativa de la Ley de Contrataciones Públicas señalada como infringida, artículo 71, la Sala considera que no es aplicable en el presente proceso porque la misma se circunscribe a los contratos que surgen de un procedimiento de selección de contratista que hace la administración pública; lo que difiere del acto de concesión administrativa que se genera por la autoridad ambiental, virtud del Decreto Ley 35 de 1966, Ley que reglamenta el derecho a uso de las aguas.

Aunado al hecho que el artículo 1 de la Ley de Contrataciones Pública establece que la precitada normativa podrá ser aplicable entre otros, a "*las*

concesiones o cualquier otro contrato no regulado por Ley especial", no obstante, en este caso en particular, el Decreto Ley 35 de 1966, es ley especial o disposición aplicable al punto controvertido, es decir, la **prescripción de la concesión del uso de agua.**

Ahora bien, el hoy Ministerio de Ambiente y la sociedad Darrin Business S.A., suscribieron, en virtud de la Resolución No. AG-0294-2012 de 25 de junio de 2012, el Contrato de Concesión de Uso de Agua No. 119-2012, el cual entró en vigor el día 7 de agosto de 2012, cuando fue refrendado por la Contraloría General de la República.

La autoridad regente en materia de recursos naturales y medio ambiente, a través de la Dirección Nacional de Gestión Integrada de Cuencas Hidrográficas, realizó una **inspección de verificación anual de uso de agua**, el día 29 de junio de 2015, al proyecto hidroeléctrico de la empresa Darrin Business S.A., de la cual se generó un Informe Técnico que determinó lo siguiente:

“ ...

No existe construcción alguna en el lugar. El agua no está siendo utilizada aún.

Se observaron caminos de acceso e internos cortados hace unos meses. Se están comenzando a cubrir de maleza y rastrojo. El camino se encuentra en las coord...

El recorrido realizado se verificaron los puntos indicados en el EIA como....” (Visible a foja 326-328 del expediente administrativo)

Cabe señalar en este punto que la validez de los informes efectuados por el hoy Ministerio de Ambiente, el mismo tiene su fundamento en el Decreto Ejecutivo 70 de 27 de julio de 1973, por el cual se reglamenta el Otorgamiento de Permisos y Concesiones para Uso de Aguas y se determina la integración y funcionamiento del Consejo Consultivo de Recursos Hidráulicos.

Aunado a lo anterior es menester indicar que el artículo 109 (antes 116) del Texto Único de la Ley 41 de 1 de julio de 1998, señala: “Artículo 109. Los

informes elaborados por personal idóneo del Ministerio de Ambiente, la Contraloría General de la República o las entidades componentes del Sistema Interinstitucional de Ambiente **constituyen prueba pericial y dan fe pública.**" (lo resaltado es de la Sala), por lo cual los mismos se consideran como fundamento válido para declarar la prescripción correspondiente.

En ese orden de ideas, los proyectos hidroeléctricos adquieren el derecho al uso del agua mediante concesión debidamente regulada y supervisada por el Ministerio de Ambiente, tal derecho sólo puede ser asignado por la Autoridad cuando el mismo es de uso provechoso (el que se ejerce en beneficio del concesionario y es racional y cónsono con el interés público y social), tal como lo establece el artículo 16 del Decreto Ley precitado, que señala que el uso de aguas comprende entre otros aquellos usos para fines domésticos y de salud, pública, agropecuarios, industriales, minas y **energías** (lo resaltado es nuestro).

Asimismo, se advierte que a luz de lo dispuesto en el artículo 43 del Decreto Ley 35 de 1966 que establece que la concesión de agua prescribirá cuando se deje de destinar todas o parte de las aguas a un uso provechoso durante dos (2) años consecutivos, y en atención que desde el refrendo del Contrato de Uso de Aguas No. 119-2012, fue realizado por la Contraloría General de la República, **el día 7 de agosto de 2012**, y que en la Inspección de Verificación Anual de Uso de Aguas, realizada el **29 de junio de 2015**, se determinó que la sociedad no estaba haciendo uso del recurso.

Este Tribunal concluye que la actuación realizada por el Ministerio de Ambiente se ajusta a los parámetros legales, toda vez que trascurrieron más de dos (años) consecutivos, desde el año 2012 al 2015, sin que la sociedad destinara todas o parte de las aguas a un uso provechoso del recurso agua, o hubiese construido obra o infraestructura alguna para el uso del recurso, por lo que procedía era declarar prescrito el contrato de concesión de agua.