

Cabe destacar que la presente advertencia fue admitida a través del Auto de 2 de septiembre de 2005; decisión que posteriormente fue apelada por el Procurador de la Administración, tal cual se desprende de la Vista No.145 de 8 de marzo de 2006, visible de fojas 21 a 23.

No obstante, se advierte en autos que durante el transcurso del proceso quien presentó la advertencia había fallecido, por lo que el Magistrado Sustanciador a través del Auto de 15 de octubre de 2007, ordenó que a través de la Secretaría de la Sala Tercera se oficiara a la Dirección General de Registro Civil, a fin de requerir el respectivo certificado de defunción.

Es así que luego de reiterados oficios dirigidos a la Dirección Nacional del Registro Civil, con la finalidad antes descrita; se recibe Nota 221/DNRC, de 23 de noviembre de 2007, a través del cual la Dirección Nacional del Registro Civil, hace llegar a esta Sala el certificado de defunción a nombre del señor CARLOS VICENTE CHAN ATOCHA, con cédula de identidad personal 8-36-426 y con No. De Inscripción de Defunción 8-262-1667, tal como se observa a fojas 38 y 39 de este expediente.

Siendo entonces que en el caso sub judice se ha acreditado la defunción del demandante, el señor CARLOS VICENTE CHAN ATOCHA, mediante la aportación a foja 38 del respectivo certificado de defunción, expedido por la Dirección General del Registro Civil, debe la Sala decretar la sustracción de materia, de conformidad al artículo 992 del Código Judicial:

"Artículo 992. En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo de las pretensiones objeto del proceso ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que haya sido probado oportunamente"

Por las razones expuestas, los Magistrados que integran la Sala Tercera de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley DECLARAN QUE SE HA VERIFICADO EL FENOMENO JURIDICO DE SUSTRACCION DE MATERIA, razón por la cual se ordena el archivo del expediente.

Notifíquese,

JACINTO CÁRDENAS M
ADÁN ARNULFO ARJONA L. -- VICTOR L. BENAVIDES P.
JANINA SMALL (Secretaria)

ADVERTENCIA DE ILEGALIDAD, INTERPUESTA POR EL LICDO. GIOVANNI OLMOS ESPINO EN REPRESENTACIÓN DE PETAQUILLA GOLD, S. A. CONTRA LOS ARTÍCULOS 3, 4, 5 Y 6 DEL DECRETO EJECUTIVO N° 209 DEL 5 DE SEPTIEMBRE DE 2006, POR MEDIO DEL CUAL SE REGLAMENTA EL CAPÍTULO II DEL TÍTULO IV DE LA LEY N° 41 DE 1 DE JULIO DE 1998, GENERAL DE AMBIENTE DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ. PONENTE: ADÁN ARNULFO ARJONA L. PANAMÁ, VEINTINUEVE (29) DE JULIO DE DOS MIL OCHO (2008).

Tribunal:	Corte Suprema de Justicia, Panamá
Sala:	Tercera de lo Contencioso Administrativo
Ponente:	Adán Arnulfo Arjona L.
Fecha:	29 de Julio de 2008
Materia:	Acción contenciosa administrativa Advertencia o consulta de ilegalidad
Expediente:	562-07

VISTOS:

El licenciado Giovanni Olmos Espino ha promovido advertencia de ilegalidad en representación de la empresa PETAQUILLA GOLD, S.A. contra los artículos 3, 4, 5 y 6 del Decreto Ejecutivo N° 209 del 5 de septiembre de 2006, por medio del cual se reglamenta el Capítulo II sobre Proceso de Evaluación de Impacto Ambiental, recogido en el Título IV de la Ley N° 41 de 1 de julio de 1998.

La presente advertencia se formula dentro del proceso sancionatorio que la Autoridad Nacional del Ambiente adelanta contra la referida empresa minera.

I. DISPOSICIONES LEGALES ADVERTIDAS DE ILEGAL Y EL CONCEPTO DE LA INFRACCIÓN.

El texto de las normas reglamentarias que se advierten como ilegales es el siguiente:

“Artículo 3. Los nuevos proyectos de inversión, públicos y privados, obras o actividades, de carácter nacional, regional o local, y sus modificaciones, que estén incluidas en la lista taxativa contenida en el Artículo 16 de este Reglamento, deberán someterse al Proceso de Evaluación de Impacto Ambiental. El Proceso de evaluación inicia cuando el estudio de impacto ambiental presentado se reciba en la instancia de la ANAM facultada para este fin.

Aquellos proyectos incluidos en la lista taxativa, cuyo desarrollo no afecte los criterios de protección Ambiental podrán realizar la consulta a la Autoridad Nacional del Ambiente si para el desarrollo de los mismos pueden acogerse a la Guía de Buenas Prácticas Ambientales.

Artículo 4. Ninguno de los proyectos, obras o actividades afectos a la exigencia de someterse al Proceso de Evaluación de Impacto Ambiental, podrán ser aprobados, autorizados, permitidos, concedidos o habilitados por autoridad alguna, sin contar con la Resolución Ambiental que aprueba el Estudio de Impacto Ambiental correspondiente.

Artículo 5. Todos los permisos o autorizaciones establecidos para el uso y aprovechamiento de los recursos naturales, para la ejecución de proyectos, obras o actividades sometidos al Proceso de Evaluación de Impacto Ambiental que, de acuerdo con la legislación vigente, deban ser emitidos por las autoridades competentes, deberán ser otorgados con posterioridad a la obtención de la correspondiente Resolución Ambiental que aprueba el Estudio de Impacto Ambiental. En caso contrario, estos permisos serán nulos.

Artículo 6. Aquellas empresas que inicien sus actividades, obras o proyectos, sin contar con el debido Estudio de Impacto Ambiental será objeto de sanción por parte de la Autoridad Regional o General de la Autoridad Nacional del Ambiente que corresponda, lo que no excluye la obligación que tiene el Promotor del proyecto de presentar a la Autoridad Nacional del Ambiente el Estudio de Impacto Ambiental, cuya presentación fue omitida al inicio del proceso o de alguna otra herramienta de gestión ambiental, cuando la Autoridad así lo requiera”.

El denominador común de los cargos de ilegalidad expuestos en la advertencia se origina en la posibilidad de que las citadas normas del Decreto Ejecutivo N° 209 del 5 de septiembre de 2006, sean aplicadas al decidirse el proceso administrativo sancionador que instruye la Autoridad Nacional del Ambiente.

De conformidad con las constancias procesales la Autoridad Nacional del Ambiente inició una investigación administrativa por la posible infracción de normas ambientales por parte de la empresa PETAQUILLA GOLD, S.A. quien ostenta actualmente los derechos derivados del contrato de concesión minera celebrado entre el ESTADO y la sociedad MINERA PETAQUILLA, S.A., aprobado mediante Ley N° 9 de 26 de febrero de 1997, publicada en la Gaceta Oficial N° 23,235 de 28 de febrero de 1997.

Mediante el referido contrato se le otorgó a la empresa MINERA PETAQUILLA, S.A., la concesión de los derechos sobre los yacimientos mineros de oro, cobre y otros minerales ubicados en el área conocida como Cerro Petaquilla, con los fines de explorar, explotar, beneficiar, procesar, refinar, transportar, vender y comercializar todos los minerales, bases o preciosos ubicados en el área de la Concesión.

En el desarrollo de la investigación funcionarios de la Autoridad Nacional del Ambiente han elaborado informes técnicos como resultado de inspecciones en el área del proyecto, ubicado en Cerro Petaquilla, en los que se documenta el incumplimiento de la normativa sobre el Proceso de Evaluación de Impacto Ambiental.

Antes de la conclusión del proceso instruido contra la empresa PETAQUILLA GOLD, S.A. el apoderado judicial que la representa advierte de ilegales los artículos reglamentarios del Proceso de Evaluación de Impacto Ambiental contenidos en el Decreto Ejecutivo N° 209 del 5 de septiembre de 2006.

En tal sentido argumenta que se violentó el contenido del punto B de la cláusula tercera y la cláusula vigésimo primera del Contrato de Concesión aprobado por la Ley N° 9 de 26 de febrero de 1997, que establecen lo siguiente:

“CLAUSULA TERCERA. Derechos y Obligaciones

A. ...

B. OBLIGACIONES DE LA EMPRESA

1.-Los estudios de Evaluación Ambiental Preliminar, de Reconocimiento Ambiental y de Viabilidad Ambiental y sus anexos, en su conjunto denominados Informe Ambiental, requeridos por el Reglamento Ambiental del Sector Minero vigente a la fecha en que entre en vigencia el presente Contrato, formarán parte integral de este Contrato y serán de obligatorio cumplimiento por LA EMPRESA. La Dirección General de Recursos Minerales evaluará los estudios que conforman el Informe Ambiental en consulta con el INRENARE.

2.-Antes de iniciar el periodo de extracción, LA EMPRESA presentará un Estudio de Viabilidad Ambiental específicamente del Área del Proyecto en la cual se llevará a cabo la respectiva extracción. Dicho estudio será realizado o revisado por expertos en la materia previamente aprobados por la Dirección General de Recursos Minerales del Ministerio de Comercio e Industrias. Dicho estudio deberá ser evaluado, y se deberá definir su aprobación, modificación o rechazo en un plazo de 45 días luego de la fecha de presentación a la Dirección General de Recursos Minerales. Transcurrido dicho plazo, de no haber emanado un pronunciamiento por parte de la Dirección General de Recursos Minerales, se entenderá por aprobado el Estudio de Viabilidad Ambiental, de manera que LA EMPRESA podrá proceder a desarrollar sus actividades de acuerdo al contenido de dicho estudio”.

“CLÁUSULA VIGÉSIMO PRIMERA:

El presente Contrato será norma legal entre las partes y el mismo se regirá por las leyes actualmente en vigor y que rijan en el futuro en la República de Panamá que le sean aplicables, excepto en la medida en que tales leyes o disposiciones legales le sean contrarias o sean inconsistentes o incompatibles con este Contrato o no sea de aplicación general, entendiéndose que aquellas leyes aplicables a una industria o a una determinada actividad no se considerarán de aplicación general. En los casos no previstos en el presente Contrato, y en cuanto no sean inconsistentes o incompatibles con sus estipulaciones, se aplicarán a este Contrato las normas del Código de Recursos Minerales en forma supletoria.

LA EMPRESA, sus Afiliadas, sucesores, cesionarios y causahabientes renuncian a la reclamación diplomática en lo relativo a los deberes y derechos que emanen del presente Contrato, salvo en caso de denegación de justicia. Queda entendido que no se considerará que ha ocurrido denegación de justicia si LA EMPRESA previamente no ha intentado hacer uso del derecho al arbitraje que le confiere el presente Contrato”.

En opinión de quien presenta la advertencia de ilegalidad, los artículos 3, 4, 5 y 6 del Decreto Ejecutivo N° 209 del 5 de septiembre de 2006, desatienden el contenido de lo pactado en el contrato, toda vez que las normas reglamentarias expedidas con posterioridad a su celebración contienen exigencias de protección al ambiente que no fueron contempladas en el contrato de concesión minera que aprobó la Asamblea Legislativa, mediante la Ley N° 9 de 26 de febrero de 1997, que es el instrumento jurídico de aplicación preferente en este caso.

En adición a lo anterior argumenta el advertente que se han infringido los artículos 33, 36 y 44 de la Ley 41 de 1998, General del Ambiente, que son del siguiente tenor:

“Artículo 33. Las normas ambientales que se emitan serán aplicadas por la autoridad competente, en forma gradual y escalonada, preferiblemente en base a procesos de autorregulación y cumplimiento voluntario por parte de las empresas, y de conformidad con el reglamento respectivo”.

“Artículo 36. Los decretos ejecutivos que establezcan las normas de calidad ambiental, deberán fijar los cronogramas de cumplimiento, que incluirán plazos hasta de tres años para caracterizar los efluentes, emisiones o impactos ambientales; y hasta de ocho años, para realizar las acciones o introducir los cambios en los procesos o tecnologías para cumplir las normas. Las autoridades municipales podrán dictar normas dentro del marco de esta Ley, las cuales deberán respetar la Constitución Política y los contratos con la Nación, y serán refrendadas por la Autoridad Nacional de Ambiente.

Las empresas que cumplan los cronogramas antes de los plazos fijados podrán acogerse a créditos ambientales canjeables, de acuerdo con la Ley y su reglamentación”.

“Artículo 44. Los titulares de actividades, obras o proyectos, que estén en funcionamiento al momento de entrar en vigor las normas ambientales que se emitan, podrán realizar una auditoría ambiental con el compromiso expreso de cumplir con el Programa de Adecuación y Manejo Ambiental que se derive de dicha auditoría, el cual debe ser previamente aprobado por la Autoridad Nacional del Ambiente. En este caso, mientras se realiza la auditoría y durante la vigencia del Programa de Adecuación y Manejo Ambiental, no les serán aplicables otras normas y parámetros ambientales que los contenidos en dicho Programa.”

El proponente de la advertencia señala que los artículos reglamentarios advertidos de ilegal contrarían el contenido de las normas transcritas, porque al ser expedidos con posterioridad a la celebración del contrato de concesión minera su aplicación debió ser gradual y escalonada tal y como se dispone en los artículos de la Ley General del Ambiente y no de forma inmediata como pretende la Autoridad Nacional del Ambiente.

II. POSICIÓN DE LA PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN:

Mediante Vista N° 108 de 20 de febrero de 2008, el Procurador de la Administración solicitó a la Sala se sirva declarar que no son ilegales los artículos 3, 4, 5 y 6 del Decreto Ejecutivo N° 209 del 5 de septiembre de 2006, con base en los siguientes razonamientos:

“Ante este panorama, la Procuraduría de la Administración conceptúa que los artículos reglamentarios impugnados no deben ser estimados de ilegales, simplemente por el hecho de existir la posibilidad de que los mismos puedan ser aplicados por la Autoridad Nacional del Ambiente en el proceso administrativo sancionador que le sigue esa entidad a Petaquilla Gold, S.A. toda vez que para que un acto administrativo sea ilegal, no basta con que pueda ser aplicado a un caso concreto. Esta situación es posible con todas las disposiciones jurídicas desde el momento en que adquieren vigencia, por lo que al advertir sobre su ilegalidad, el recurrente requiere demostrar, además, que su contenido se encuentra en oposición con la norma o normas legales que se estiman violadas por aquellas.

En este sentido, esta Procuraduría estima que nos encontramos ante el ejercicio de una potestad discrecional de la autoridad administrativa sectorial del ambiente, quien deberá decidir el referido proceso administrativo sancionador de acuerdo con las disposiciones jurídicas que estime aplicables al caso concreto de que se trate y, de considerar la parte actora que se le han lesionado sus derechos subjetivos ya contenidos en el contrato ley de concesión que mantiene con el Estado o ya contenidos en la legislación ambiental, le quedan resguardados otros mecanismos de impugnación para hacer valer los mismos.”

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Corresponde en esta etapa a la Sala adentrarse al examen de los cargos de ilegalidad que expone el advirtente.

I. LA ALEGADA CONTRADICCIÓN DE UN DECRETO EJECUTIVO CON LAS DISPOSICIONES DE UN CONTRATO LEY.

En este primer cargo el proponente de la advertencia de ilegalidad sostiene que los artículos 3, 4, 5 y 6 del Decreto Ejecutivo N° 209 del 5 de septiembre de 2006, adolecen de ilegalidad porque supuestamente infringen determinadas cláusulas del contrato que suscribió la Empresa MINERA PETAQUILLA, S.A. con el Estado panameño el 19 de febrero de 1996.

En desarrollo de esta argumentación el advirtente sostiene que su Contrato Ley ocupa una posición jerárquica superior a las normas del Decreto Ejecutivo, por cuanto que las cláusulas de su contrato, forman parte, según él, de una Ley.

Corresponde examinar entonces el mérito de este primer argumento lo cual se adelanta seguidamente:

1. En primer lugar es cierto que el contrato que celebró la empresa con el Estado fue objeto de aprobación mediante una ley expedida por la Asamblea Legislativa, hoy Asamblea Nacional mediante una ley.

El punto jurídico a dilucidar es qué significa el que este contrato haya sido aprobado por una ley y si en tal circunstancia puede tener fundamento la tesis que invoca el proponente de la advertencia.

La Sala, luego de un prolijo estudio del tema en debate estima que el argumento que invoca el advirtente no es de recibo por las razones que se exponen a continuación:

En primer término, es preciso destacar que el contrato administrativo no tiene jerarquía de ley.

En este punto resulta pertinente establecer la diferencia entre lo que se entiende por contrato y lo que es una ley.

Con relación a la noción de contrato, la Ley 56 de 1995 -vigente al momento de la celebración del Contrato de Concesión Minera que se examina- definía el Contrato Público en su artículo tercero, numeral 9 señalando que es un acuerdo de voluntades, celebrado conforme a derecho, entre un Ente Estatal en ejercicio de la función administrativa y un particular, sea persona natural o jurídica, nacional o extranjera, del cual surgen derechos y obligaciones y cuya finalidad es de carácter público.

La ley, en sentido formal y material es definida por el doctor Harley James Mitchell D. en su obra Introducción al Estudio de la Ley, de la siguiente manera:

“Ley es la norma general que se expide por el Órgano Legislativo de conformidad con los procedimientos establecidos en la Constitución y la Ley. Las leyes elaboradas y aprobadas según las disposiciones

constitucionales por el Parlamento, se denominan leyes formales por ser tramitadas por el Órgano Legislativo y ley en sentido material por su contenido general.

La distinción básica entre la ley y las otras categorías jurídicas secundarias es que la ley emana del Órgano Legislativo. La diferencia no está en el contenido normativo, sino en la autoridad que las elabora, pues, todas estas normas secundarias tienen, en principio un contenido que se caracteriza por su naturaleza de regla general.

También podemos decir, en sentido amplio, que las normas legales son disposiciones que tienen fuerza o valor de ley, ya sea que emanen del Congreso o Gobierno. Cubre o se extiende este principio, tanto a la ley en sentido estricto, como los Decretos del Gobierno que tienen esta naturaleza". (Imprenta de la Universidad de Panamá, Panamá, 1999, Pág. 43) (El subrayado es de la Corte)

De acuerdo con estas definiciones surgen elementos a considerar para no soslayar la naturaleza jurídica del contrato administrativo. Veamos:a. Las estipulaciones de un contrato vinculan a las partes que lo suscriben y son de obligatorio cumplimiento entre estas, en tanto que la ley, en sentido material, tiene efectos erga omnes, es decir, que su ámbito de aplicación es general.

En el caso bajo examen el contrato celebrado entre el Estado y la empresa no tiene la característica de ley material, pues los efectos jurídicos no se extienden a la generalidad de las personas, sino que es de obligatorio cumplimiento entre las partes.b. El contrato público no tiene el carácter de ley formal.

La Sala advierte que el contrato de concesión se perfeccionó con la manifestación de voluntad de los sujetos contratantes que son: El Ministerio de Comercio e Industrias, por parte del Ejecutivo y la empresa, con su respectivo representante legal, sin que la voluntad del Órgano Legislativo interviniera en su formación.

La actuación de la Asamblea Nacional en este caso se concretó a autorizar o aprobar el contrato como requisito de eficacia del mismo, sin que dicho Órgano formara parte del contrato.

De allí que las cláusulas que forman parte del contrato de concesión no pueden ser modificadas por el Legislador o Diputado, pues tratándose de un contrato administrativo, le son aplicables las normas de contratación pública vigentes al momento de su celebración, esto es la Ley 56 de 1995 (Art. 71 y siguientes), que prevén que las modificaciones las realicen los sujetos que intervinieron en la formación de la voluntad administrativa.

Es por ello que la Asamblea Legislativa, hoy Asamblea Nacional no puede alterar el contenido de las cláusulas del contrato, como sí lo pueden hacer sus miembros en el proceso de creación de la ley formal.

En este punto conviene precisar que la autorización o aprobación del contrato de concesión por parte de la Asamblea Legislativa, no reviste al contrato de jerarquía de ley.

El acto que tiene carácter de ley es el que se otorga a la Resolución motivada que expide la Asamblea Nacional, mediante la cual se aprueba el contrato de concesión.

Respecto a la naturaleza jurídica de la Ley que aprueba la concesión, y el contrato de concesión propiamente tal, el Dr. Mitchell en la citada obra puntualiza lo siguiente:

"B. Naturaleza Jurídica

La Ley que aprueba el contrato no forma parte de él, pues, el legislador no interviene en la elaboración de las cláusulas, es decir, su voluntad no es parte constitutiva, sino que representa un requisito externo de convalidación, ratificación o aprobación del contrato.

En la esfera o ámbito interno del acto, existen dos voluntades: la administración y el particular. Estas voluntades acuerdan el contenido del contrato. Estas voluntades constituyen un elemento de esencia o condición de validez del acto, en cuanto a su perfeccionamiento o integración para "formarlo". Es requisito de eficacia del acto la aprobación parlamentaria para su formación jurídica completa" (Ob. Cit. Págs. 151 y 152) (El subrayado es de la Corte).

Es por lo anterior que el acto de la Asamblea consistente en aprobar o improbar los contratos en los cuales sea parte o tenga interés el Estado, a que alude el numeral 15 del artículo 159 de la Constitución, es el que tiene carácter de ley orgánica y no el contrato de concesión.c. Un tercer fundamento que sustenta que la naturaleza contractual del acuerdo de voluntades entre el Estado y la empresa, es la exigencia del refrendo del contrato por parte la Contraloría General de la República.

La Ley 56 de 27 de diciembre de 1995, por la cual se regula la Contratación Pública y se dictan otras

disposiciones, establece en el artículo 73 el requisito del refrendo en los siguientes términos:

"Artículo 73: La celebración de los contratos corresponde al ministro o representante legal de la entidad pública correspondiente por parte del Estado, de acuerdo con el modelo de contrato incluido en el pliego de cargos y las disposiciones legales pertinentes. Los contratos serán refrendados por el Contralor General de la República.

El contrato cuyo monto exceda de la suma de ciento cincuenta mil balboas (B/.150,000.00) deberá publicarse en la Gaceta Oficial, dentro de la mayor brevedad posible." (El subrayado es de la Corte).

De acuerdo con la norma transcrita la Contraloría General de la República interviene en el perfeccionamiento del contrato, por tratarse de actos de manejo. Si el contrato tuviera jerarquía de ley no sería necesaria la intervención de la Contraloría pues esta entidad no refrenda leyes.

En base a las anteriores consideraciones ha de concluirse que el contrato de concesión no tiene el carácter de ley material ni de ley formal.

Ahora bien ¿por qué se requiere de la aprobación de la Asamblea Nacional en este tipo de contratos?

Esta autorización constituye un instrumento de control de los poderes del Estado, que debe existir en un sistema democrático, de manera que le permita al Órgano Legislativo fiscalizar la función administrativa del Ejecutivo.

Ahora bien, con independencia del análisis que con anterioridad ha efectuado la Sala, resulta de importancia pasar una mirada a las cláusulas que acordaron las partes relacionada con la legislación que han de regir al contrato a efecto de determinar si son susceptibles de ser vulneradas por las disposiciones advertidas de ilegal.

En esta tarea, se observa que en la cláusula vigésimo primera del contrato las partes acordaron sujetarse a las siguientes normas:

"CLAUSULA VIGÉSIMO PRIMERA

Ley aplicable

El presente Contrato será la norma legal entre las partes y el mismo se regirá por las leyes actualmente en vigor y que rijan en el futuro en la República de Panamá que le sean aplicables, excepto en la medida en que tales leyes o disposiciones legales sean contrarias o sean inconsistentes o incompatibles con este Contrato o no sean de aplicación general, entendiéndose que aquellas leyes aplicables a una industria o a una determinada actividad no se considerarán de aplicación general. En los casos no previstos en el presente Contrato, y en cuanto no sean inconsistentes o incompatibles con sus estipulaciones, se aplicarán a este Contrato las normas del Código de Recursos Humanos Minerales en forma supletoria..." (El subrayado es de la Corte).

De conformidad con el contenido de la cláusula anterior el Estado acuerda con la empresa minera el establecimiento de un régimen especial, que se traduce en serie de garantías a favor de la entidad privada.

En este sentido se acuerda que ante eventuales cambios normativos, estos no le serían aplicables si fueran inconsistentes o incompatibles con las condiciones acordadas en el contrato, o si la nueva legislación no tuviera el carácter de norma general, entendiéndose por tales, aquellas leyes aplicables a una industria o a una determinada actividad.

El propósito que se advierte de este acuerdo de voluntades es que las normas que se expidieran con posterioridad a la celebración del contrato no serían aplicables al ente privado con el fin de que no le afectaran el régimen constitutivo acordado.

No obstante lo anterior, la Sala estima que esta protección o garantía establecida por las partes no es absoluta, en razón de que existe una excepción a esta prerrogativa, y que consiste en que la nueva legislación contenga el elemento de utilidad pública o interés social.

Este carácter de utilidad pública o interés social contenido en el cambio normativo trae como consecuencia que el interés privado deba ceder al interés general, aun cuando altere o varíe el régimen de "especial" establecido en el contrato.

Esta excepción a los privilegios acordados por las partes ha sido reconocida en nuestra Constitución en el artículo 50 al garantizar la prevalencia del interés social sobre el interés privado. El artículo en referencia preceptúa lo siguiente:

"Artículo 50- Cuando de la aplicación de una Ley expedida por motivos de utilidad pública o de interés social, resulten en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma Ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social." (El subrayado es de la Corte).

De acuerdo con esta norma constitucional los conflictos de intereses que pudiera generar la aplicación de la nueva ley con los derechos particulares, se solucionan atendiendo a un criterio que otorga preponderancia a los intereses sociales sobre los particulares.

En seguimiento de lo anterior corresponde determinar en el caso bajo examen si las normas advertidas de ilegal tienen la característica de "utilidad pública o "interés social".

Las disposiciones advertidas de ilegales son los artículos 3, 4, 5 y 6 del Decreto Ejecutivo N° 209 del 5 de septiembre de 2006, mediante el cual se Reglamenta el Proceso de Evaluación de Impacto Ambiental.

Estas normas han sido dictadas en desarrollo del Capítulo II del Título IV de la Ley 41 de 1 de julio de 1998, General de Ambiente de la República de Panamá.

Tratándose de normas de protección al ambiente, es claro que el interés que se protege a través del establecimiento de estas normas afecta no sólo a la esfera social del individuo sino a una comunidad indeterminada, por lo que esta particularidad hace que se califiquen dentro de lo que la doctrina ha establecido como interés social.

En ese sentido el autor POUND destaca el interés social que comporta la protección al ambiente frente a los intereses individuales y públicos, al señalar lo siguiente:

"Los intereses individuales son aquellos que comprenden todo lo relativo a la personalidad (la vida, integridad física, salud, etc.); los intereses públicos son los que corresponden al Estado en tanto que organización pública con distintas y determinadas necesidades; finalmente, los intereses sociales se configuran con los relativos a la paz, el orden, la seguridad general, el bien común, el progreso, y difusión cultural, conservación de los recursos naturales, etc." (POUND, R., Social, control through law, Yale. 1942, citado por Gilberto Armijo. La Tutela Constitucional del Interés Difuso. Investigaciones Jurídicas, S.A. 2 Ed. San José. 1999. Pág. 37 y 38.) El subrayado es de la Sala.

En esa misma línea de ideas la doctrina, en materia de derechos humanos, ha clasificado la protección al ambiente dentro de la categoría de derechos de la tercera generación o de solidaridad, en la medida en que suponen la protección del interés universal, general e indeterminado.

Sobre el particular el Diccionario de Derecho Ambiental preparado por los profesores españoles Enrique Alonso García y Blanca Lozano Cutanda al referirse a la relación entre derechos humanos y medio ambiente ubica a esta normativa dentro de la categoría de la tercera generación:

"El término "tercera generación" se acuña más tarde para hacer referencia a una nueva oleada de "derechos humanos": los llamados "derechos de solidaridad". Como señala Sumudu ATTAPU, "la referencia a los derechos humanos en términos de generación es hoy práctica común en derecho internacional. Así, los derechos civiles o políticos son denominados derechos de primera generación, mientras que a los derechos económicos, sociales o culturales se les denomina derechos de segunda generación. Más recientemente han surgido los derechos de tercera generación, que incluyen los derechos de la solidaridad." "...El reconocimiento de que algunos derechos afectan a grupos de gentes en vez de afectar a individuos ha sido lo que ha llevado a la consagración de la tercera generación. Karel Vasak, reconocido generalmente como el arquitecto de estos derechos, argumentaba que estos nuevos derechos no podían ser acomodados entre los de la primera generación o segunda generación y sólo podrían reconocerse e implantarse a través de la consagración de la solidaridad de los Estados. Los derechos de las minorías, como el derecho a la paz, al desarrollo o a un medio ambiente saludable son algunos de estos derechos agrupados como de tercera generación". (GARCÍA, Enrique Alonso y Blanca Lozano Cutanda. Diccionario de Derecho Ambiental. Editorial IUSTEL, Madrid, 2006, Pág. 484.) El subrayado es de la Sala.

Los anteriores criterios confirman que las disposiciones que reglamentan el proceso de Evaluación de Impacto Ambiental al formar parte de la normativa ambiental gozan del carácter de interés social.

En efecto, el artículo 2 de la Ley 41 de 1998, define a la Evaluación de Impacto Ambiental como el sistema de advertencia temprana que opera a través de un proceso de análisis continuo y que, mediante un conjunto ordenado, coherente y reproducible de antecedentes, permite tomar decisiones preventivas sobre la protección del ambiente.

La evaluación de impacto ambiental constituye pues un instrumento de gestión ambiental que permite el examen de los efectos ambientales críticos de un proyecto, proveyendo información de los problemas, antes de que

estos ocurran, e indicando además, las medidas que se requieran para proteger a las personas y al ambiente, lo que supone la salvaguarda del interés general.

Definida la naturaleza jurídica de las normas que regulan el proceso de Evaluación de Impacto Ambiental, resulta incuestionable que las mismas, en el caso que se examina al ser advertidas de ilegales, en modo alguno pueden llevar a la Sala a expedir un pronunciamiento de ilegalidad, aun cuando fueron expedidas con posterioridad a la celebración del contrato de concesión entre el Estado y la empresa PETAQUILLA GOLD, S.A., pues las tales normas de impacto ambiental comportan un interés social, que predomina frente a los derechos particulares de la sociedad contratante.

En este punto resulta pertinente examinar los objetivos que a través de este tipo de contratos se persigue.

Para el Estado la finalidad en estos contratos es estimular a la empresa privada a fin de que invierta en proyectos de desarrollo, que suplan la falta de recursos estatales para hacer frente a obras públicas o en la prestación de servicios públicos y que redunden en beneficio de la sociedad.

Al mismo tiempo los inversionistas pretenden que a través de este acuerdo de voluntades se les dé seguridad jurídica, lo cual se traduce en la eliminación del riesgo no comercial o en la garantía de la rentabilidad de la actividad mediante el mantenimiento del marco legal aplicable a la relación contractual.

Lo anterior supone que el Estado, al contratar, se despoje de los privilegios que tiene en razón del poder de imperium que le permite el establecimiento de cláusulas exorbitantes que modifiquen o extingan las relaciones jurídicas patrimoniales que resulten del contrato.

Sin embargo, esta alegada seguridad jurídica que invoca la empresa advirtiente en protección de los derechos reconocidos en el contrato de concesión y que se fundamenta en la inmodificabilidad de los derechos adquiridos en el referido contrato o en el establecimiento de un régimen legal especial, no puede ser interpretada al extremo de desconocer los derechos de la comunidad en general.

Con relación a la alegada seguridad jurídica, resulta pertinente examinar su contenido que es definido por el constitucionalista español Gregorio Peces Barba Martínez, en su obra Lecciones de Derechos Fundamentales en los siguientes términos:

“En cuanto al ámbito de aplicación del Derecho, las instituciones que responden a la idea de seguridad jurídica son el principio general de irretroactividad de las normas, que permite certeza sobre la norma aplicable, y sobre la firmeza de derechos adquiridos; aunque pueda haber excepciones y situaciones fronterizas que constituyen casos difíciles...” “...Esta seguridad jurídica en la sociedad, o seguridad social supone la extensión de la acción del Derecho a sectores tradicionalmente abandonados a la autonomía de la voluntad, a la libre acción de los particulares y se incorpora progresivamente a las preocupaciones y problemas de la cultura jurídica, con la función promocional. Esta función no es pacífica y se rechaza por las posiciones neoliberales que predicán un Estado mínimo y la superación, por cada uno de los problemas, en una contienda darwinista donde sobrevive el más fuerte.

Así el Estado social y los derechos fundamentales propios del mismo, la gran mayoría de los derechos económicos, sociales y culturales, tienen, en parte, su fundamento en este tipo de seguridad, que sería, en este caso, no solo ala ausencia de temor o certeza, sino tranquilidad y esperanza porque los más débiles no son abandonados ante los más fuertes y que cada uno puede afrontar su realización como persona con necesidades básicas resueltas. Es la seguridad frente a la desesperanza. (Editorial Dykinson, S.L. Madrid, 2004, Pág. 172)(El subrayado es de la Corte)

De acuerdo con esta definición el concepto de seguridad jurídica, contrario a los argumentos de la parte advirtiente, descansa en fundamentos distintos a los que se alegan, pues la empresa no se ubica en ninguno de los sectores que se pretenden proteger.

Los sujetos contratantes previeron la no aplicación de los cambios normativos, en condiciones que rebasaban los límites que desde la Constitución han sido fijados, y que permean al resto del ordenamiento jurídico, debiendo interpretarse, entonces, que el ejercicio de los derechos que se reclaman no puede ser absoluto, encontrando su propio límite en la naturaleza a la que responden desde su creación.

Así las cosas, y aun cuando pudiera alegarse que los derechos de la empresa concesionaria gozan, al igual que el ambiente, de protección constitucional, al requerir que el contrato de concesión sea un contrato con autorización legislativa, conforme el numeral 15 del artículo 159 de la Constitución, el interés superior a un ambiente sano debe prevalecer frente al interés individual de la empresa por ser un interés social.

Y es que el límite de cada derecho protegido desde la Constitución tendrá que ser ponderado por su propia naturaleza de forma que se logre una armonización del ordenamiento jurídico.

De todo lo que se lleva dicho, ha de concluirse que si bien el Estado tiene interés en un determinado proyecto que reviste de particular relevancia en el contexto económico, y que representan un beneficio para la sociedad, al mismo tiempo tiene la obligación de no colisionar con el deber de proteger los intereses que afectan a la colectividad y que han sido elevados a rango constitucional.

En este punto resulta oportuno considerar la definición sobre desarrollo sostenible que contiene la citada Ley General del Ambiente en su artículo 2, al definirlo como el "Proceso o capacidad de una sociedad humana de satisfacer las necesidades y aspiraciones sociales, culturales, políticas, ambientales y económicas actuales, de sus miembros, sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las propias".

De acuerdo con esta definición, el desarrollo no debe afectar en forma alguna las necesidades de la comunidad en general, de manera que debe buscarse un equilibrio entre el avance de los grupos humanos, que permita la subsistencia de las actuales generaciones y a la vez, el resguardo de la capacidad de subsistencia de las futuras generaciones.

Por las anteriores consideraciones no proceden los cargos de ilegalidad formulados a los artículos 3,4,5 y 6 del Decreto Ejecutivo 209 de 2006.

II. LA SUPUESTA VIOLACIÓN DE UN DECRETO EJECUTIVO FRENTE A LA LEY GENERAL DEL AMBIENTE:

Finalmente el advirtiente sostiene que los artículos 3, 4, 5 y 6 del Decreto Ejecutivo N° 209 del 5 de septiembre de 2006, son ilegales en razón de que vulneran los artículos 33, 36 y 44 de la Ley N° 41 de 1 de julio de 1998, General de Ambiente.

El reparo que formula el proponente de la advertencia en esta oportunidad se fundamenta en que el proceso administrativo sancionador, por incumplimiento de las normas de impacto ambiental, no atiende los criterios de gradualidad y aplicación escalonada de normas, y la presentación de cronogramas de cumplimiento que se consagran en los artículos 33 y 36 de la Ley 41 de 1998 y que, contrariamente a lo dispuesto en estas disposiciones, la Autoridad Nacional del Ambiente intenta aplicar una serie de exigencias sobre Estudio de Impacto Ambiental, de forma inmediata sin considerar los aludidos criterios.

Una atenta lectura de estas disposiciones (artículos 33 y 36) evidencia que tales preceptos forman parte del Capítulo III sobre Normas de Calidad Ambiental de la Ley General de Ambiente, de allí que las exigencias de gradualidad, escalonamiento y presentación de cronogramas que las mismas contemplan son aplicables únicamente a las Normas de Calidad Ambiental, sin que pueda extenderse su radio de acción al proceso de Evaluación de Impacto Ambiental, que, además de estar regulado en un capítulo separado (Capítulo II de la Ley General del Ambiente), tiene su propia reglamentación.

Sin embargo, el advirtiente pasa por alto las normas sobre el Proceso de Evaluación de Impacto Ambiental no son lo mismo que las Normas de Calidad Ambiental, y por ello, los requerimientos que esta última establece, no son aplicables al proceso de Evaluación de Impacto Ambiental.

En consecuencia el reparo que se formula a los artículos 3, 4, 5 y 6 del Decreto Ejecutivo N° 209 del 5 de septiembre de 2006 no es atendible.

Por último, a juicio del advirtiente, los artículos 3, 4, 5 y 6 del Decreto Ejecutivo N° 209 del 5 de septiembre de 2006 violan el artículo 44 de la Ley General del Ambiente, pues esta norma legal establece mecanismos que permiten a los titulares de los proyectos que estén en funcionamiento, al momento de entrar en vigor las normas ambientales, adecuar dichos proyectos con las exigencias previstas en la normativa, a mediano plazo, a través de las llamadas auditorías voluntarias y procesos de adecuación ambiental, sin embargo, en su opinión, pareciera que lo perseguido por la Autoridad Nacional del Ambiente, es la simple imposición de una multa cuantiosa con fundamento en el que el Decreto Ejecutivo N° 209 de 2006.

Nuevamente, el reparo que se formula el advirtiente no es de recibo, pues la aplicación de los criterios a que alude en su argumento, relacionados con la adecuación de los proyectos con las normas de auditorías ambientales y de adecuación y manejo ambiental, a mediano plazo, no están previstos dentro del capítulo relacionado con el proceso de Evaluación de Impacto Ambiental. Por tanto, no puede exigirse la concesión de un plazo para el cumplimiento de las normas que regulan este proceso.

En base a los anteriores razonamientos la Sala concluye que los cargos de ilegalidad endilgados a los artículos 3, 4, 5 y 6 del Decreto Ejecutivo N° 209 del 5 de septiembre de 2006 no prosperan y así debe declararse.

En mérito de lo expuesto, 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, DECLARA QUE NO SON ILEGALES los artículos 3, 4, 5 y 6 del Decreto Ejecutivo N° 209 del 5 de septiembre de 2006, por medio del cual se reglamenta el Capítulo II del Título IV de la Ley N° 41 de 1 de julio de 1998, General de Ambiente de la República de Panamá.

Notifíquese.

ADÁN ARNULFO ARJONA L.
VICTOR L. BENAVIDES P. -- JACINTO A. CARDENAS
HAZEL RAMÍREZ (Secretaria Encargada)

Impedimento

CONSULTA DE ILEGALIDAD, INTERPUESTA POR EL LCDO. JORGE MOTTLEY EN REPRESENTACIÓN DEL REGISTRO PÚBLICO DE PANAMÁ, PARA QUE LA SALA SE PRONUNCIE DE LA LEGALIDAD DEL ARTÍCULO 19 DEL DECRETO N 106 DE 30 DE AGOSTO DE 1999. PONENTE: JACINTO CÁRDENAS. PANAMÁ, NUEVE (9) DE JULIO DE DOS MIL OCHO (2008)

Tribunal:	Corte Suprema de Justicia, Panamá
Sala:	Tercera de lo Contencioso Administrativo
Ponente:	Jacinto Cárdenas M
Fecha:	09 de Julio de 2008
Materia:	Acción contenciosa administrativa Impedimento
Expediente:	573-07

VISTOS:

Se ha presentado ante este Despacho Jurisdiccional, por parte del Procurador de la Administración Doctor Oscar Ceville, solicitud para que se le declare impedido y, en consecuencia se le separe del conocimiento de la Consulta de Ilegalidad, interpuesta por el licenciado Jorge Mottley en representación del Registro Público de Panamá, para que la Sala se pronuncie sobre la legalidad del artículo 19 del Decreto N°106 de 30 de agosto de 1999.

El Procurador de la Administración fundamenta su solicitud de impedimento basándose en que respondió mediante nota C-No.172-07 de 18 de septiembre de 2007, consulta formulada por el Director General del Registro Público de Panamá, respecto a la interpretación y alcance del artículo 19 del Decreto Ejecutivo 106 de 30 de agosto de 1999, en los casos en que la orden de cancelación de un acto, decretada por un juez de circuito en ejercicio de dicha disposición reglamentaria, recaiga sobre una inscripción provisional relacionada con un acuerdo adoptado por una asociación sin fines de lucro, materia relacionada con el presente proceso. Por lo tanto, solicita el procurador se le declare impedido con base al numeral 5 del artículo 760 del Código Judicial.

“Artículo 760. Ningún Magistrado o Juez podrá conocer de un asunto en el cual esté impedido.
Son causales de impedimento:

...

5. Haber intervenido el Juez o Magistrado, su cónyuge o alguno de sus parientes dentro de los grados indicados, en el proceso, como Juez, agente del Ministerio Público, testigo, apoderado, o asesor, o haber dictaminado por escrito respecto de los hechos que dieron origen al mismo;...”.

Una vez considerada la solicitud de impedimento formulada, al tenor de lo dispuesto en la norma referida, en concordancia con los artículos 395 y 396 del mismo cuerpo legal, los cuales versan sobre el impedimento de los Agentes del Ministerio Público, es dable acceder a la solicitud de impedimento que nos ocupa, ya que de conformidad