

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 596

Panamá, 13 de agosto de 2015

**Proceso Contencioso
Administrativo de Nulidad**

La firma forense Mauad & Mauad, en nombre y representación de **Enel Fortuna, S.A.**, solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución AN 6719-Elec de 21 de octubre de 2013, emitida por la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos**, a través de la cual se otorga una Licencia Provisional a la empresa **Luz Eólica de Panamá, S.A.**, para la construcción y la explotación del Parque Eólico denominado Quijada del Diablo, y que se hagan otras declaraciones.

Concepto

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

Acudo ante usted de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 5 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, con la finalidad de intervenir en interés de la ley en el proceso descrito en el margen superior.

I. Antecedentes.

Según puede inferirse del contenido del expediente judicial, que el **6 de julio de 2007**, la empresa Luz Eólica de Panamá, S.A., solicitó a la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos el otorgamiento de una licencia para la instalación, la operación y la explotación de un Parque Eólico para la generación eléctrica, dentro de la Reserva Forestal Fortuna en el corregimiento de Hornitos, distrito de Gualaca, provincia de Chiriquí, ocupando un máximo de veinticinco (25) hectáreas (Cfr. foja 20 del expediente judicial).

Así mismo se advierte, que la institución demandada, a través de la Resolución AN-1237-Elec de 26 de octubre de 2007, **negó a la empresa Luz Eólica de Panamá, S.A.**, el permiso para la instalación, la operación y la explotación de un Parque Eólico para la generación eléctrica en el sitio antes mencionado (Cfr. fojas 19 a 21 del expediente judicial).

También consta en autos, que el **20 de agosto de 2013**, la empresa Luz Eólica de Panamá, S.A., presentó una nueva solicitud ante la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos con la finalidad de obtener una licencia para la instalación, la construcción y la operación de un proyecto de generación de energía eólica denominado Quijada del Diablo a ubicarse en el corregimiento de Hornitos, distrito de Gualaca, provincia de Chiriquí, con una capacidad instalada de ciento cincuenta mega vatios (150MW) (Cfr. foja 22 del expediente judicial).

Finalmente, la institución expidió la **Resolución AN-6719-Elec de 21 de octubre de 2013**, por cuyo conducto **otorgó a favor de Luz Eólica de Panamá, S.A., una Licencia Provisional** con número de Registro 149-13 para la construcción y la explotación del Parque Eólico denominado Quijada del Diablo. A través de dicho acto administrativo, igualmente se advierte a la solicitante que dicha licencia se expide por un periodo de doce (12) meses, contados a partir de la notificación de la resolución antes mencionada, y que dentro de dicho plazo ésta deberá presentar ante la Autoridad una serie de documentos. Vencido el mismo, y luego de haber presentado la documentación pendiente, la empresa podrá solicitar ante la entidad el otorgamiento de la Licencia Definitiva (Cfr. fojas 22 a 26 del expediente judicial).

En adición a ello, así mismo consta que la **Empresa de Generación Eléctrica Fortuna, S.A.**, sustentó en tiempo oportuno un **recurso de reconsideración** en contra de la Resolución AN 6719-Elec de 21 de octubre de 2013. Igualmente se advierte, que la institución mediante la Resolución AN 6835-Elec de 21 de noviembre de 2013, resolvió mantener en todas sus partes el acto administrativo que se acusa de ilegal (Cfr. fojas 27 a 30 y reverso del expediente judicial).

Como consecuencia de lo anterior, la sociedad **Enel Fortuna, S.A.**, por intermedio de su apoderada judicial, la firma forense Mauad & Mauad, ha acudido a la Sala Tercera para demandar que se declare nula, por ilegal, la Resolución AN-6719-Elec de 21 de octubre de 2013, en lo que corresponde a las decisiones de la autoridad administrativa

señaladas en los apartados primero, segundo, tercero, quinto, sexto y séptimo de la parte resolutive de dicho acto; así como la confirmatoria contenida en la Resolución AN 6835-Elec de 21 de noviembre de 2013 (Cfr. fojas 2-3 del expediente judicial).

Por otra parte, a través de la Providencia de 31 de enero de 2014 el Tribunal **admitió la presente acción como una demanda contencioso administrativa de nulidad**, la que fue confirmada mediante Auto de 17 de marzo de 2015 (Cfr. foja 34 y 143-148 del expediente judicial).

II. Normas que se aducen infringidas.

La actora aduce que la Resolución AN 6719-Elec de 21 de octubre de 2013 cuya declaratoria de nulidad demanda, infringe las siguientes disposiciones:

A. El artículo 13 del Anexo 1 de la Resolución AN 1021-Elec de 19 de julio de 2007, que aprueba el nuevo procedimiento para otorgar licencias de construcción y explotación de plantas de generación energía, que establece que en los casos en que la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos cancele a una persona jurídica la licencia provisional, ésta no podrá volver a solicitar otra licencia similar para el mismo proyecto (Cfr. fojas 9 y 10 del expediente judicial);

B. El artículo 49 del Texto Único de la Ley 6 de 3 de febrero de 1997, que dicta el marco regulatorio e institucional para la prestación del servicio público de electricidad, señala que el régimen de licencias se aplicará a la construcción y explotación de plantas de generación distintas a las sujetas a concesión, las que serán otorgadas por el Ente Regulador mediante resolución motivada en la que se consignarán los términos y condiciones bajo los cuales se otorga en cada caso en particular (Cfr. fojas 10 y 11 del expediente judicial);

C. Los artículos 19 y 20 de la Ley 26 de 29 de enero de 1996, que en realidad corresponden a los artículos 20 y 21 del Texto Único de ese cuerpo normativo, aprobado a través del Decreto Ejecutivo 143 de 29 de septiembre de 2006, y modificado por la Ley 68 de 1 de septiembre de 2011, por el cual se reorganizan la estructura y

atribuciones de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, que de manera respectiva señalan, las funciones de esa Autoridad; y las atribuciones del Administrador General, entre éstas, la de supervisar y fiscalizar el cumplimiento de las normas y disposiciones regulatorias vigentes para la prestación de los servicios públicos (Cfr. fojas 11 a 14 del expediente judicial); y

D. El artículo 3 del Decreto Ejecutivo 68 de 21 de septiembre de 1976, modificado mediante Decreto Ejecutivo 52 de 5 de junio de 2003, que prohíbe la ocupación, la explotación y el pastoreo, así como la caza, la tala y la quema dentro de la Reserva Forestal Fortuna, siempre y cuando no estén relacionadas con el desarrollo del proyecto hidroeléctrico o con otros proyectos energéticos renovables no contaminantes, a partir del uso de tecnologías limpias, tales como energía eólica y solar (Cfr. fojas 81 a 82 del expediente judicial)

III. Concepto de la Procuraduría de la Administración

1. Conforme puede advertir este Despacho, la acción contencioso administrativa que ocupa nuestra atención se dirige a que se declare nula, por ilegal, la **Resolución AN-6719-Elec de 21 de octubre de 2013**, en lo que corresponde a las decisiones de la autoridad administrativa señaladas en los apartados primero, segundo, tercero, quinto, sexto y séptimo de la parte resolutive de dicho acto, sobre la base que el 26 de octubre de 2007, la Autoridad reguladora a través de la Resolución AN-1237-Elec le había negado una licencia a la empresa Luz Eólica de Panamá, S.A., para la instalación, la operación y la explotación de un Parque Eólico para la generación eléctrica; circunstancia que a su criterio le impedía a ésta empresa volver a solicitar una nueva licencia para desarrollar el mismo proyecto, tal como lo establece el procedimiento contemplado en la Resolución AN-021-Elec de 19 de julio de 2007 (Cfr. fojas 9 a 17 del expediente judicial).

Este Despacho se opone a los argumentos expresados por la demandante, porque no tomó en consideración que la primera petición que formuló la empresa Luz Eólica de Panamá, S.A., **se presentó el 6 de julio de 2007**, fecha en la que aún se encontraba vigente

la **Resolución JD-110 de 14 de octubre de 1997, que regulaba el procedimiento para la construcción y la explotación de plantas de generación de energía**, cuyo artículo 11 señalaba que, completada la tramitación y cumplidos todos los requisitos de la solicitud, el entonces Ente Regulador otorgaría una licencia por el tiempo solicitado, hasta por un período de cuarenta (40) años; y las provisionales hasta por un (1) año, al tenor del artículo 13 de ese mismo cuerpo normativo, sin que se estableciera algún tipo de limitación para la presentación de una nueva solicitud por parte de la empresa para el proyecto descrito en la petición anterior (Cfr. páginas 18 y 19 de la Gaceta Oficial 23,402 de 20 de octubre de 1997).

A los efectos de lo indicado en el párrafo anterior, resulta pertinente remitirnos a **la parte resolutive de la Resolución AN 1237-Elec de 26 de octubre de 2007**, que nos permite apreciar el fundamento de Derecho utilizado por la entidad para denegar a la empresa Luz Eólica de Panamá, S.A. el permiso solicitado. Veamos:

“PRIMERO: DENEGAR la solicitud de Licencia presentada por la empresa LUZ EÓLICA DE PANAMÁ, S.A. para la instalación, operación y explotación de un parque eólico para la generación eléctrica en el corregimiento de Hornitos, distrito de Gualaca, provincia de Chiriquí.

...

Fundamento de Derecho: Decreto Ejecutivo 68 de 21 de septiembre de 1976, Ley 26 de 29 de enero de 1996, Ley 6 de 3 de febrero de 1997, Decreto Ley 10 de 26 de febrero de 1998, Decreto Ejecutivo 22 de 19 de junio de 1998, **Resolución JD-110 de 14 de octubre de 1997**, Resolución JD-1057 de 7 de octubre de 1998 y disposiciones legales concordantes.” (Cfr. Gaceta Oficial 23,402 de 20 de octubre de 1997, págs. 16-20; 23,654 de 19 de octubre de 1998, págs. 9-10, y 19-21 del expediente judicial) (Lo resaltado es nuestro).

En ese sentido, este Despacho advierte, que posterior a la presentación de la primera solicitud realizada por la empresa Luz Eólica de Panamá, S.A., el Administrador General de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, el **19 de julio de 2007, emitió la Resolución AN 1021-Elec, que aprobó el nuevo procedimiento para otorgar licencias de construcción y explotación de plantas de generación de energía eléctrica**, y observa que este nuevo reglamento, en su **apartado tercero derogó “la Resolución JD-110 de 14**

de octubre de 1997, que determino las normas y procedimiento que se debían cumplir para dedicarse a la construcción y explotación de plantas de generación de energía, sus modificaciones y disposiciones que le sean contrarias”. Esta nueva resolución entró a regir a partir de su promulgación, hecho que ocurrió el **25 de julio de 2007** (Cfr. Gaceta Oficial 25,842 del 25 de julio de 2007).

Por otra parte, se observa que el **20 de agosto de 2013, la empresa Luz Eólica de Panamá, S.A., presentó una segunda solicitud ante la Autoridad reguladora**; para que se le otorgara una licencia para la instalación, la construcción y la operación de un proyecto de generación de energía eólica denominado Quijada del Diablo a ubicarse en el corregimiento de Hornitos, distrito de Gualaca, provincia de Chiriquí, con una capacidad instalada de ciento cincuenta mega vatios (150MW) (Cfr. foja 22 del expediente judicial).

Producto de lo anterior y actuando con fundamento en lo que establece la **Resolución AN 1021-Elec de 19 de julio de 2007**, se surtió ante la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos el correspondiente procedimiento administrativo, dentro del cual se dictó la **Resolución AN 6719-Elec de 21 de octubre de 2013**, proferida por la Administradora General de esa entidad, que constituye el acto administrativo impugnado; por cuyo conducto se resuelve lo siguiente:

“PRIMERO: OTORGAR a favor de la empresa LUZ EÓLICA DE PANAMÁ, S.A., inscrita en el registro Público a la Ficha 574589, Documento 1164243 una **Licencia Provisional** para la construcción y explotación de un proyecto de Generación Eléctrica Eólica de un parque eólico denominado QUIJADA DEL DIABLO, ubicarse en el corregimiento de Hornitos, distrito de Gualaca, provincia de Chiriquí, con una capacidad instalada de 150 MW.

Para dichos efectos, se emite el certificado de Licencia provisional con registro No.149-13.

...
QUINTO: COMUNICAR a la empresa LUZ EÓLICA DE PANAMÁ, S.A., que dentro del término de doce (12) meses, contado a partir de la notificación de la presente Resolución y **luego de haber presentado en debida forma la documentación pendiente** indicada en el artículo Segundo de esta Resolución, **podrá solicitar a la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos el otorgamiento de la Licencia Definitiva.**

...

FUNDAMENTO DE DERECHO: Ley 26 de 29 de enero de 1996 modificada por el Decreto Ley 10 de 22 de febrero de 2006, Ley 6 de 3 de febrero de 1997, Decreto Ejecutivo 22 de 19 de junio de 1998; y, **Resolución AN 1021-Elec de 19 de julio de 2007.**” (Lo resaltado es nuestro).

Lo anteriormente indicado, permite a esta Procuraduría señalar que los argumentos expresados por la demandante, **Enel Fortuna, S.A.**, en el sentido que la empresa Luz Eólica de Panamá, S.A., estaba impedida para volver a solicitar una nueva licencia para desarrollar el mismo proyecto, por considerar que ya se le había negado la solicitud de licencia que había presentado el 6 de julio de 2007, deben ser desestimados; ya que el argumento de la actora se sustenta en el artículo 13 del **nuevo procedimiento administrativo** contenido en la Resolución AN 1021-Elec de 19 de julio de 2007, que entró en vigencia con posterioridad a la resolución que negó la primera solicitud; norma que contiene la prohibición a la que hace mención la demandante, la cual establece lo siguiente:

“Artículo 13: En los casos en que la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos cancele una licencia provisional, el solicitante, en los casos de personas jurídicas, no podrá volver a solicitar la licencia para el mismo proyecto.

En estos casos la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos ejecutará la garantía consignada, la cual ingresará al Tesoro Nacional y publicará en su página electrónica y en dos diarios de circulación nacional por dos (2) días consecutivos, la cancelación de la licencia.” (El destacado es nuestro).

Visto lo anterior, resulta importante indicar que la prohibición a la que hace referencia la disposición antes citada, por ser posterior, no puede ser aplicada a la situación bajo análisis, que es anterior; ya que la primera solicitud se realizó al amparo del procedimiento administrativo que estaba regulado en la Resolución JD-110 de 14 de octubre de 1997, la que fue derogada a través de la Resolución AN 1021-Elec de 19 de julio de 2007, por lo que las afirmaciones hechas en este sentido por la actora en su demanda deben ser desestimadas.

2. Por otra parte, la demandante también aduce, que las actividades de construcción y operación del proyecto de energía eólica que realizará la empresa Luz Eólica de Panamá, S.A., se ejecutarán dentro de la Reserva Forestal Fortuna, lo que

ocasionará la afectación del medio ambiente, fauna, ríos, cauces y la flora de dicha reserva, con lo que se alterarían las condiciones actuales del área protegida, e inclusive se vería sustancialmente afectada la Hidroeléctrica Fortuna (Cfr. fojas 9 a 17 del expediente judicial).

En razón de lo expuesto, consideramos pertinente señalar que, a través del **Decreto Ejecutivo 68 de 21 de septiembre de 1976**, el Órgano Ejecutivo creó la Reserva Forestal Fortuna, la cual comprende terrenos propiedad del Estado ubicados en los distritos de Gualaca y Boquete en la provincia de Chiriquí, cuyo artículo 3 fue modificado mediante **Decreto Ejecutivo 52 del 5 de junio de 2003** que autoriza dentro de esta reserva, **el desarrollo de otros proyectos energéticos no contaminantes, entre los que se encuentran los de energía eólica y solar**, bajo la premisa que en la Reserva Forestal Fortuna existen condiciones climatológicas y recursos naturales renovables, que permiten el desarrollo sostenible de la región, sin causar menoscabo a la cuenca hidrográfica de la Hidroeléctrica Fortuna (Cfr. Gaceta Oficial 18,622 de 18 de julio de 1978, págs. 1-2; 24,820 de 11 de junio de 2003, págs. 6-7).

La modificación introducida al artículo 3 del Decreto Ejecutivo 68 de 21 de septiembre de 1976, se dictó con la finalidad que en la mencionada Reserva se desarrollen proyectos de energía eólica y solar, **con la debida aprobación de la Autoridad Nacional del Ambiente, siempre que éstos no afecten la cuenca hidrográfica de la Hidroeléctrica Fortuna.**

En ese sentido, la institución demandada le indica a la empresa Luz Eólica de Panamá, S.A., a través de la Resolución AN 6719-Elec de 21 de octubre de 2013, que la licencia provisional que le fue otorgada, **no la autoriza para iniciar labores de construcción del Parque Eólico**, hasta que sean tramitadas **las aprobaciones respectivas ante la Autoridad Nacional del Ambiente** y las distintas instituciones públicas y privadas que regulan la materia (Cfr. foja 24-25 del expediente judicial).

En ese orden de ideas, este Despacho igualmente puede advertir que la empresa peticionaria presentó el 24 de octubre de 2013 a la Autoridad Nacional del Ambiente un Estudio de Impacto Ambiental Categoría II, por lo que dicha institución en cumplimiento de lo establecido en el Decreto Ejecutivo 123 de 14 de agosto de 2009, modificado por el Decreto Ejecutivo 155 de 5 de agosto de 2011, surtió el proceso de evaluación del referido Estudio de Impacto Ambiental (Cfr. foja 77 del expediente judicial).

Finalmente, la institución ambiental expidió la Resolución DIEORA-IA-048-2014 de 26 de marzo de 2014, que aprobó el Estudio de Impacto Ambiental, Categoría II correspondiente al proyecto denominado Parque Eólico Quijada del Diablo, luego de cumplidos los trámites y asumidas las recomendaciones de las distintas instituciones sectoriales. También es importante anotar en relación con el asunto bajo examen, que la resolución antes mencionada, no sólo contempla medidas de mitigación a lo largo de su articulado, sino que conmina a la empresa a su forzoso cumplimiento y, de igual manera, le advierte que si durante la fase de desarrollo, construcción y operación del proyecto, provoca o causa algún daño ambiental, se procederá con la investigación y sanción que corresponda, según lo establece la Ley 41 de 1 de julio de 1998, sus reglamentos y normas complementarias (Cfr. fojas 77 a 81 del expediente judicial).

Lo anteriormente expuesto permite determinar que los argumentos planteados por la demandante en sustento de su pretensión carecen de todo sustento jurídico, ya que la Resolución AN 6719-Elec de 21 de octubre de 2013 a través de la cual se otorga Licencia Provisional a la empresa Luz Eólica de Panamá, S.A., para la construcción y explotación del Parque Eólico denominado Quijada del Diablo se dio dentro del marco de legalidad que debe revestir a todo acto administrativo; sobre todo cuando el numeral 21 del artículo 9 del Texto Único de la Ley 6 de 3 de febrero de 1997, otorga a la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos plena competencia para otorgar las concesiones y licencias a que se refiere dicha ley.

Así mismo, el caudal probatorio demuestra que esta institución cumplió a cabalidad con el procedimiento instituido para esos efectos, respetando en todo momento las normas legales y reglamentarias que regulan la materia ambiental, puesto que mediante el acto administrativo acusado la institución obligó a la empresa a tramitar las aprobaciones respectivas ante Autoridad Nacional del Ambiente, lo que evidencia que lo actuado por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos al emitir la Resolución AN 6719-Elec, cuya nulidad pretende el actor, no infringe de manera alguna el artículo 13 del Anexo 1 de la Resolución AN 1021-Elec de 19 de julio de 2007; el artículo 49 del Texto Único de la Ley 6 de 1997; los artículos 20 y 21 del Texto Único de ese cuerpo normativo, modificado por la Ley 68 de 2011; y el artículo 3 del Decreto Ejecutivo 68 de 1976, modificado mediante Decreto Ejecutivo 52 de 2003; razón por la que este Despacho considera que todos los cargos de infracción aducidos por la apoderada judicial de **Enel Fortuna, S.A.**, deben ser desestimados.

En virtud de las consideraciones anteriores, la Procuraduría de la Administración solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL la Resolución AN 6719-Elec de 21 de octubre de 2013**, a través de la cual se otorga una Licencia Provisional a la empresa Luz Eólica de Panamá, S.A., para la construcción y la explotación del Parque Eólico denominado Quijada del Diablo.

III. Pruebas: Se **aduce** la copia autenticada del expediente administrativo que guarda relación el presente proceso, el cual reposa en la entidad demandada.

IV. Derecho: Se niega el invocado en la demanda.

Del Señor Magistrado Presidente,

Rigoberto González Montenegro
Procurador de la administración

Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente: 37-14