

11 de noviembre de 2005

**Proceso Contencioso
Administrativo de Nulidad
(Acumulación de demandas)**

Concepto

La firma forense Mauad & Mauad en representación de la **Empresa de Generación Eléctrica Fortuna, S.A.**, y el Licdo. Manuel Espino en representación de **Felimir Samudio y otros**, para que se declare nulo, por ilegal, el **artículo 1º del Decreto Ejecutivo 52 fechado 5 de junio de 2003**, por medio del cual se modifica el artículo 3 del Decreto Ejecutivo 68 de 21 de septiembre de 1976, que crea la Reserva Forestal Fortuna, expedido por la Presidenta de la República por conducto del Ministro de Economía y Finanzas.

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

En virtud de las atribuciones legales de la Procuraduría de la Administración, comparezco ante usted con la finalidad de emitir concepto en relación con las Demandas Contencioso Administrativas de Nulidad enunciadas al margen superior de este escrito, acumuladas mediante Resolución fechada 22 de octubre de 2004, de la siguiente manera:

Concepto de la Procuraduría de la Administración.

A. La firma Mauad y Mauad apoderada judicial de la Empresa de Generación Eléctrica Fortuna, S.A. considera que el Decreto Ejecutivo 52 de 2003, por medio del cual se modifica el artículo 3 del Decreto Ejecutivo 68 de 21 de septiembre de 1976, ha infringido lo dispuesto en los

artículos 1, 8 y 10 de la Ley 54 de 22 de julio de 1998 y el artículo 15 del Código Civil.

Al sustentar los cargos de ilegalidad, argumenta que la inversión realizada por su representada se encuentra amparada por lo dispuesto en la Ley que otorga estabilidad jurídica a las inversiones, inscrita en el registro que mantiene la Dirección Nacional de Desarrollo Empresarial del Ministerio de Comercio e Industrias.

Por consiguiente, expresa, que al dictarse el Decreto Ejecutivo 52 de 2003 la Empresa de Generación Eléctrica Fortuna, S.A. vio limitada las garantías que conlleva el registro de su inversión en la Dirección de Desarrollo Empresarial, por un término perentorio de diez (10) años a través de la Resolución 0010 de 14 de junio de 1999, conforme el artículo 10 de la Ley 54 de 1998.

Manifiesta además el demandante, que dicho Decreto Ejecutivo fue dictado contraviniendo normas de mayor rango legal; de manera que, no pueden ser afectadas por una norma posterior de inferior jerarquía.

Bajo el amparo del Decreto Ley 39 de 29 de septiembre de 1966, "por el cual se expide la Legislación Forestal de la República", el Órgano Ejecutivo creó la Reserva Forestal Fortuna a través del Decreto 68 de 21 de septiembre de 1976, que comprende terrenos propiedad del Estado ubicados en los Distritos de Gualaca y de Boquete en la Provincia de Chiriquí.

El Decreto Ejecutivo 68 de 1976, estableció en los artículos tercero y séptimo lo siguiente:

“Artículo 3º: Queda terminantemente prohibida la ocupación, explotación y pastoreo, así como la caza, tala y quema dentro de la Reserva creada por este Decreto, siempre y cuando no estén relacionado (sic) con el desarrollo del proyecto Hidroeléctrico.”

“Artículo 7º: El Instituto de Recursos Hidráulicos y Electrificación como beneficiario directo en el área, asignará una suma regular de su presupuesto anual, para coadyuvar el plan de administración de los recursos naturales del área.”

En virtud que el Decreto Ejecutivo 68 de 1976, le otorgó al Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos (I.R.H.E.) el derecho a utilizar los recursos hídricos de los Ríos Chiriquí y Hornito y la conservación del área de Reserva Forestal Fortuna, éste fue traspasado cuando se dio la venta de las acciones a la Empresa de Generación Eléctrica Fortuna, S.A., mediante el Contrato de Concesión celebrado el 18 de diciembre de 1998; que según la Cláusula tercera de ese Contrato le permitió operar y mantener las instalaciones de la concesión, (cfr. f. 17 exp. jud.).

Con la finalidad que su plan de inversión fuera inscrito, para obtener de esta forma su estabilidad jurídica por un término de diez (10) años, la Empresa de Generación Eléctrica Fortuna elevó solicitud ante la Dirección Nacional de Desarrollo Empresarial del Ministerio de Comercio e Industrias el día 30 de abril de 1999. Ésta, fue acogida mediante el Resuelto 0010 fechado 14 de junio de 1999.

El 5 de junio de 2003, la Presidenta de la República por conducto del Ministro de Economía y Finanzas modificó el artículo 3° del Decreto Ejecutivo 68 de 21 de septiembre de 1976, al expedir el Decreto Ejecutivo 52 que autoriza el desarrollo de otros proyectos energéticos 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 de nuevas fuentes de energía limpia.

A juicio de la Procuraduría, el Decreto Ejecutivo 52 de 5 de junio de 2003, ha infringido directamente lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 10 de la Ley 54 de 1998, que en su parte medular, señala lo siguiente:

“Artículo 10. La persona natural o jurídica que lleve a cabo inversiones en las actividades a que se refiere el artículo 5 y cumpla con las obligaciones señaladas en el artículo 16, de esta Ley, a partir de su promulgación, gozará de los siguientes beneficios:

1. Estabilidad jurídica de manera que, en el evento de dictarse nuevas disposiciones que puedan variar los derechos adquiridos por la presente Ley, éstas no afecten su régimen constitutivo, salvo que medien causas de utilidad pública o interés social...” (la subraya es nuestra)

El texto citado es claro al señalar que la garantía a que hace referencia no es absoluta, porque de existir causas de utilidad pública o de interés social, el derecho por diez (10) años asegurado por el Estado a la Empresa de Generación Eléctrica Fortuna, S.A., puede ser variado.

En el caso bajo estudio, el Decreto Ejecutivo 52 de 2003 abrió la posibilidad de crear nuevas fuentes de energía (eólica y solar) dentro de la Reserva Forestal Fortuna, sin que mediare una declaración legal previa que se fundamente expresamente en razones de orden público o de interés social, contraviniendo así lo dispuesto en el citado numeral 1 del artículo 10 de la Ley 54 de 1998, concordante con el párrafo segundo del artículo 46 de la Constitución Política, en relación con el principio de irretroactividad de las Leyes, admite como excepción, las de orden público o de interés social.

Por lo tanto, es evidente que una norma de inferior jerarquía, como lo es el Decreto Ejecutivo 52 de 2003, contravino el numeral 1 del artículo 10 de la Ley 54 de 1998.

Relacionado con esto, somos de opinión que no se ha infringido el artículo 15 del Código Civil, según el cual: "Las órdenes y demás actos ejecutivos del Gobierno, expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución o a las leyes". Lo que procedería sería la aplicación de esta norma por las autoridades competentes

Por otra parte, este Despacho estima que el Decreto Ejecutivo 52 de 2003 no ha infringido los artículos 1 y 8 de la Ley 54 de 1998; toda vez que, el artículo 1 se refiere a la forma como el Estado protege la inversión y el artículo 8 guarda relación con el procedimiento que deben seguir las empresas inversionistas para que el Estado les reconozca el

derecho a la estabilidad jurídica de su inversión, lo cual no es directamente el tema debatido en el presente proceso.

Sobre lo dispuesto en el artículo 46 de la Constitución Política, si bien se observa una aparente violación, ésta no es la jurisdicción encargada de decidir sobre tal extremo.

B. Por otra parte, la firma Mauad y Mauad apoderada judicial de la Empresa de Generación Eléctrica Fortuna y el Licdo. Manuel Espino representante judicial de Felimor Samudio y otros, estiman que el Decreto Ejecutivo 52 de 2003, infringió los ordenamientos forestal y ambiental contenidos en la Ley 1 de 3 de febrero de 1994 (artículos 3, 14, 23, 25), Ley 24 de 7 de junio de 1995 (artículo 1) y la Ley 41 de 1º de julio de 1998 (artículos 22, 53). Estas disposiciones legales se encuentran transcritas de fojas 179 a 194, 195 a 198 y 294 a 302 de los libelos acumulados.

En cuanto al concepto de violación, los demandantes manifiestan esencialmente que el Decreto Ejecutivo impugnado desconoce abiertamente el interés social de que goza esa área; ya que, para el establecimiento de los proyectos de energía eólica y solar es necesaria la afectación del medio ambiente, fauna, ríos, cauces y la floresta, lo que redundaría en perjuicio de la colectividad en general e inclusive se vería sustancialmente afectada, la Hidroeléctrica Fortuna y el Proyecto Hidroeléctrico Estí.

Al examinar 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", se aprecia en el numeral 1 de su artículo 3 que uno de los objetivos

fundamentales de dicha Ley es proteger, conservar e incrementar los recursos forestales existentes.

Por otra parte, el numeral 5 del artículo 5 de ese texto normativo, define con claridad lo que denomina "bosque de protección", como: "Aquellos que sean considerados de interés nacional o regional para regular el régimen de las aguas; proteger cuencas hidrográficas, embalses, poblaciones, cultivos agrícolas, obras de infraestructuras de interés público; prevenir y controlar la erosión y los efectos perjudiciales de los vientos; albergar y proteger especies de vida silvestre; o contribuir con la seguridad nacional."

Estas normas resultan congruentes con lo establecido en el artículo 1º del Decreto Ejecutivo 68 de 21 de septiembre de 1976, que creó la Reserva Forestal Fortuna; en el sentido de considerar esa área como "bosque de protección".

Por su parte, el artículo 25 de la Ley 1 de 1994, dispone que: "los bosques de protección y especiales sólo podrán ser sometidos a actividades de aprovechamiento compatibles con la naturaleza y objetivos de su creación..."

La modificación introducida al artículo tercero del Decreto Ejecutivo 68 de 1976, mediante el acto impugnado, se dictó con la finalidad que en la Reserva se desarrollaran proyectos de energía eólica y solar, con la debida aprobación de la Autoridad Nacional del Ambiente, siempre que los mismos no perjudiquen a la cuenca hidrográfica.

Este Despacho concuerda con la opinión técnica contenida en el documento expedido para informar a una ONG sobre el "Proyecto Parque Eólico Quijada del Diablo", visible de fojas

159 a 161 del expediente judicial, según la cual éste traería consecuencias nefastas para el ecosistema porque su construcción conllevaría el levantamiento de la capa forestal, produciendo así una disminución del recurso hídrico por la escasez de lluvias, además el ruido excesivo de las aspas de las torres afectaría a la fauna silvestre. Lo expuesto indudablemente contradice el fin perseguido por el Estado, con la creación de dicha Reserva.

Los numerales 1 y 4 del artículo 3 de la Ley 1 de 3 de febrero de 1994, obligan al Estado a proteger los recursos forestales e hídricos de todo el territorio nacional, con la finalidad de contribuir a su desarrollo en beneficio de la colectividad en general; no obstante, a foja 159 se encuentra un documento que refleja los datos esenciales del establecimiento del denominado "Parque Eólico Caldera del Diablo", el cual señala específicamente que se devastaría aproximadamente 7,700 hectáreas. Por lo tanto, es evidente que de cumplirse lo dispuesto en el Decreto Ejecutivo 52 de 2003, se deberá deforestar el bosque protegido por el Estado, lo que produciría daños irreparables al ecosistema.

De manera que, si la Ley 1 de 1994 permite realizar actividades de aprovechamiento en los bosques de protección, con la restricción que éstas deben estar acordes con la naturaleza y objetivos de su creación, bajo la premisa de un interés social; la introducción de estos nuevos proyectos - eólico y solar - en la Reserva Forestal Fortuna, sería contraria a la protección consagrada en las leyes forestales y ambientales citadas.

C. Finalmente, la firma Mauad y Mauad considera infringidos los artículos 62, 67, 75 y 78 de la Ley 41 de 1 de julio de 1998. Al sustentar los cargos de infracción manifiesta que el Decreto Ejecutivo impugnado, desconoció las aptitudes ecológicas de la Reserva Forestal reconocida por el Decreto Ejecutivo 68 de 1976 y la función que tiene la Autoridad Nacional del Ambiente, de apoyar la conservación de ese bosque protegido.

Este Despacho observa que el Decreto Ejecutivo 52 de 2003, fue dictado con el propósito de crear nuevas fuentes de energía renovables dentro de esta Reserva Forestal, con la única restricción que los proyectos a desarrollar deben ser sometidos previamente a las aprobaciones de la Autoridad Nacional del Ambiente.

Consideramos que si bien el Decreto Ejecutivo valoró las funciones que ostenta por Ley la Autoridad Nacional del Ambiente, no puede perderse de vista que la implementación de estos proyectos de energía eólica o solar en un área declarada "bosque protegido", trae consigo la tala de árboles y el levantamiento de la capa terrestre, contrariando lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 1 de 1994.

Por lo expuesto, esta Procuraduría de la Administración solicita a la Sala de lo Contencioso Administrativo, se sirva declarar que es **ILEGAL** el Decreto Ejecutivo 52 fechado 5 de junio de 2003.

Pruebas: Aceptamos los documentos originales y copias autenticadas, aportados con los libelos de demandas.

Aducimos el expediente administrativo que contiene la Resolución DINEORA-IA-RECH-05-2004, que rechaza el Estudio de Impacto Ambiental presentado por la Empresa Generadora Eléctrica de Panamá, S.A., que reposa en los archivos de la Autoridad Nacional del Ambiente.

Aportamos copia autenticada de la Resolución DINEORA-IA-RECH-05-2004 y el Informe Técnico de Evaluación emitido por el Departamento de Evaluación de Impacto Ambiental de la Dirección Nacional de Evaluación y Ordenamiento Ambiental de la Autoridad Nacional del Ambiente.

Fundamento de Derecho: artículo 1º de la Ley 8 de 9 de abril de 1976, artículo 10, numeral 1, de la Ley 54 de 22 de julio de 1998, el artículo 25 de la Ley 1 de 3 de febrero de 1994 y el artículo 15 del Código Civil.

Señor Magistrado Presidente,

**Oscar Ceville
Procurador de la Administración**

OC/11/mcs

Alina Vergara de Chérigo
Secretaria General, a.i.

