

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 1060

Panamá, 7 de octubre de 2016.

**Proceso Contencioso Administrativo
de Nulidad.**

**Concepto de la Procuraduría
de la Administración.**

El Licenciado Harley J. Mitchell Morán, actuando en nombre y representación de **Gonzalo de la Guardia, Enrique Benítez y Nicolás Fabbroni**, solicita que se declare, nula, por ilegal, la Resolución ARAPM-IA-164-2013 de 20 de mayo de 2013, emitida por la **Autoridad Nacional del Ambiente, hoy Ministerio de Ambiente**, y para que se hagan otras declaraciones.

**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 reiterar nuestro criterio en **interés de la ley** en el proceso descrito en el margen superior.

I. Acto acusado de ilegal.

El Licenciado Harley J. Mitchell Morán, actuando en nombre y representación de **Gonzalo de la Guardia, Enrique Benítez y Nicolás Fabbroni**, solicita que se declare, nula, por ilegal, la Resolución ARAPM-IA-164-2013 de 20 de mayo de 2013, emitida por la **Autoridad Nacional del Ambiente, hoy Ministerio de Ambiente**, a través del cual se aprobó el Estudio de Impacto Ambiental, Categoría 1, correspondiente al proyecto denominado Bay Towers, ubicado en el corregimiento de San Francisco, distrito y provincia de Panamá (Cfr. fojas 42-45 del expediente judicial).

II. Normas que se aducen infringidas.

Los demandantes manifiestan que los actos acusados, vulneran las siguientes disposiciones:

A. Los artículos 12, 20, 23, 24, 30 y 41 del Decreto Ejecutivo 123 de 14 de marzo de 2009, los cuales disponen que los promotores deben garantizar y establecer un plan para la participación ciudadana; señalan los supuestos que requiere una modificación de estudio de impacto ambiental; los criterios y categorías que deben observarse al momento de la elaboración y evaluación de dicha herramienta ambiental; y el procedimiento administrativo para los mismos (Cfr. fojas 10-23 del expediente judicial y las páginas 16-34 de la Gaceta Oficial 26352-A de 24 de agosto de 2009).

B. Los artículos 112 y 114 de la Ley 41 de 1 de julio de 1998, modificados por la Ley 8 de 25 de marzo de 2015, los cuales refieren las consecuencias y las sanciones aplicables producto del incumplimiento de las leyes y herramientas ambientales (Cfr. fojas del expediente judicial y las páginas 86-87 de la Gaceta Oficial 27749-B de 27 de marzo de 2015).

C. El artículo 1 del Decreto Ejecutivo 306 de 4 de septiembre de 2002, que consagra la prohibición de hacer ruidos que por su naturaleza o inoportunidad perturben la salud (Cfr. fojas 26-28 del expediente judicial y la pagina 28 de la Gaceta Oficial 24635 de 10 de septiembre de 2002).

D. Artículo 1 del Decreto Ejecutivo 1 de 15 de enero de 2004, el cual determina los niveles de ruido para las áreas residenciales e industriales (Cfr. fojas 28-29 del expediente judicial y la página 29 de la Gaceta Oficial 24970 de 20 de enero de 2004).

E. El artículo único de la Resolución 83 de 7 de septiembre de 2013, a través del cual se conmina al Ingeniero Municipal a no otorgar permisos de construcción en Punta Paitilla hasta que se mejoren las infraestructuras existentes en el área y se realicen las consultas ciudadanas (Cfr. foja 69 del expediente judicial).

F. Los artículos 52 y 53 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, que regula el Procedimiento Administrativo General, cuyo texto señala los casos en que se incurre en el vicio de nulidad absoluta en los actos administrativos dictados (Cfr. foja 30-32 del expediente judicial y 15 de la Gaceta Oficial 24109 de 2 de agosto de 2000).

III. Suspensión provisional del acto acusado.

Antes de reiterar los cargos de infracción de las normas descritas en líneas anteriores, debemos señalar que el recurrente solicitó la suspensión provisional de los efectos de la Resolución ARAPM-IA-164-2013 de 20 de mayo de 2013, que aprobó el Estudio de Impacto Ambiental Categoría 1, del proyecto Bay Towers; sin embargo, la Sala Tercera luego de evaluar las situaciones en las que procede la suspensión provisional en las demandas de nulidad manifestó que el accionante no acredita de forma clara y detallada en sus argumentaciones que la apariencia del acto acusado constriñó un buen derecho; esto es, que el acto atacado sea a todas luces arbitrario o ilegal, toda vez que no se aportan elementos suficientes que corroboren y sustenten la concurrencia de tales requisitos (Cfr. fojas 327 del expediente judicial).

Así mismo, señaló que el apoderado legal de los demandantes, no aportó pruebas de los perjuicios y en tal sentido la Sala Tercera concluyó que la petición de suspensión provisional adolece de la comprobación del *fomus bonus iuris* y el *periculum in mora*, y decidió no acceder; con un salvamento de voto en el cual el Ponente hizo referencia a la necesidad de garantizar el objeto del litigio y a la apreciación del daño irreparable, considerando que debieron suspenderse provisionalmente los efectos del acto acusado (Cfr. foja 327 del expediente judicial).

IV. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Luego de expuestos los cargos de ilegalidad en los que se sustenta la pretensión del recurrente, esta Procuraduría procede a emitir su concepto jurídico haciendo las siguientes consideraciones.

Según consta en Autos, la Autoridad Nacional del Ambiente, hoy Ministerio de Ambiente, emitió la Resolución ARAPM-IA-164-2013 de 20 de mayo de 2013, mediante la cual aprobó el Estudio de Impacto Ambiental, Categoría 1, correspondiente al proyecto denominado Bay Towers, ubicado en el corregimiento de San Francisco, distrito y provincia de Panamá (Cfr. fojas 42-45 del expediente judicial).

Que la **disconformidad del demandante radica en que, según éste, el acto acusado fue emitido al margen del debido proceso** en cuanto a no contemplar el sistema de agua potable, alcantarillados y vialidad ni la participación ciudadana; y debido al incumplimiento del Estudio de Impacto Ambiental aprobado, en relación con los niveles de ruido, la actividad de extracción de mineral no metálico tipo industrial, propia de un estudio categoría III (Cfr. fojas 4-10 del expediente judicial).

Partiendo de la premisa anterior, nos corresponde **analizar el cumplimiento o no de los requisitos establecidos en el procedimiento de evaluación y aprobación de los Estudios de Impacto Ambiental, ello, a fin de determinar si se configura algún vicio de nulidad respecto a la emisión del acto administrativo impugnado.**

Sobre el particular, el Decreto Ejecutivo 123 de 14 de agosto de 2009, mediante el cual se reglamentó el Capítulo II del Título IV de la Ley 41 de 1 de julio de 1998, sobre Estudios de Impactos Ambientales, señala en su artículo 24, que el **Estudio de Impacto Ambiental Categoría 1**, es el documento de análisis aplicable a los proyectos, obras o actividades incluidos en la lista taxativa **que pueden generar impactos negativos no significativos y que no conllevan riesgos ambientales significativos** e indica que esta categoría de Estudio se **constituirá a través de una Declaración Jurada debidamente notariada.**

En este punto, es oportuno señalar que **la institución de la declaración jurada** ha sido establecida por diversos sistemas jurídicos, en gran parte para dar rapidez a ciertos trámites legales, **sustituyendo transitoriamente la presentación de documentos escritos mediante una presunción que admite prueba en contrario** y que **al mismo tiempo genera una responsabilidad legal para el declarante** en caso que la declaración jurada resulte ser contraria a la verdad de los hechos que se acrediten posteriormente.

A fin de tener una mejor aproximación del caso que ocupa nuestra atención, pasaremos a examinar los documentos que reposan en el expediente administrativo de conformidad con el contenido de la declaración jurada del promotor, la cual es un elemento

sustancial e ineludible para la evaluación y aprobación del Estudio de Impacto Ambiental presentado ante el Ministerio de Ambiente.

De las constancias procesales que reposan en el expediente administrativo, llama nuestra atención el apartado de participación ciudadana, ello es así porque observamos que la muestra realizada el día 22 de abril de 2013, corresponde a doce (12) encuestas de personas que trabajan en el área, lo que a nuestro juicio contraviene los principios de la participación pública debido a que dichos instrumentos deben dirigirse a las personas directamente afectadas, tal como lo dispone la norma ambiental (Cfr. fojas 133-146 del expediente judicial).

Para una mayor comprensión del criterio advertido en líneas anteriores, nos permitimos transcribir el artículo 29 del Decreto Ejecutivo 123 de 14 de agosto de 2009, modificado por el Decreto Ejecutivo 155 de 5 de agosto de 2011, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 29: Los Promotores de actividades, obras o proyectos, públicos y privados, **harán efectiva la participación ciudadana en el proceso de elaboración y evaluación del Estudio de Impacto Ambiental**, a través de los siguientes mecanismos:

1. Para los Estudios Categoría I:

a. **Descripción de cómo fue involucrada la comunidad que se verá afectada directamente por la actividad, obra o proyecto**, respecto las fases, etapas actividades o tareas que se realizarán durante su ejecución. Se debe emplear alguna de las siguientes técnicas de participación.

- Entrevista
- Encuestas

El promotor detallará la fecha en que se efectuó la consulta, presentará evidencias y el análisis de los resultados obtenidos en la aplicación de estas técnicas.

El promotor del proyecto debe incluir como complemento la percepción de la comunidad, directamente afectada, ya sea por opiniones verbalmente expresadas a través de participación en programas de opinión, comentarios o noticias en radioemisoras y televisoras, mediante escritos públicos y privados, individuales y colectivos, recibidos directamente o publicados en periódicos, revistas o cualquier otro medio de comunicación escrita.” (El resaltado es nuestro).

Bajo la premisa anterior, es claro que la reglamentación ambiental dispone un título completo en relación con **la participación de la ciudadanía directamente afectada por las obras o las actividades a desarrollarse de conformidad con los Estudios de Impactos Ambientales aprobados** y de este requisito no escapan aquellos con Categorías I; **no obstante, observamos que las encuestas fueron realizadas en su totalidad a personas que trabajan en el área, lo cual no se ajusta a los presupuestos legales contenidos en el artículo citado; ya que estas personas por su condición laboral no se verán directamente afectadas;** puesto que no van a vivir allí; así se puede apreciar en el Gráfico 4, en el cual se observa que la totalidad de los encuestados son trabajadores del área; y en el Gráfico 11, en el que consta que todas las personas encuestadas respondieron que la construcción del proyecto en cuestión no les afectará personalmente (Cfr. fojas 138-141 del expediente judicial).

Otro de los aspectos advertidos durante el análisis de las encuestas realizadas por el promotor del proyecto Towers Bay, es que el Gráfico 12, contentivo de la última pregunta de la encuesta, **refiere una contradicción; y, por consiguiente, un resultado incierto;** ya que la misma se lee así, “ESTÁ DE ACUERDO O SE OPONE AL DESARROLLO DEL PROYECTO”, y las respuestas sugieren entre las opciones, Sí, No, No sabe, No opina; de allí, que al observar que el cien por ciento (100%) de las personas encuestadas, a saber doce (12) personas respondieron Sí, consideramos que **es claro que el resultado es ambivalente, puesto que puede entenderse o interpretarse de dos maneras distintas y opuestas** (Cfr. fojas 146 del expediente judicial)

Luego de cotejar la información contenida en el Estudio de Impacto Ambiental, este Despacho es de la opinión que el promotor del proyecto Tower Bay, no cumplió con la participación ciudadana, pues **las encuestas fueron realizadas en contravención de los supuestos legales que constituyen dicha herramienta socioambiental, en tal sentido contradice la declaración jurada respecto a que el proyecto se ajusta a la normativa ambiental tal como este último lo manifestó** (Cfr. foja 52 del expediente judicial).

Dicho lo anterior y como quiera que la aprobación de un Estudio de Impacto Ambiental, requiere la obediencia a cabalidad de todas las normas ambientales y que la participación ciudadana es uno de los elementos requeridos para la emisión de dicho acto administrativo, somos de la firme convicción que se ha infringido el debido proceso, puesto que al alterarse o contradecirse **la Declaración Jurada, que implica la manifestación personal y escrita del promotor, a través de la cual asegura el cumplimiento de la regulación ambiental y que se presume como cierta, se ha constituido un vicio de nulidad.**

Como viene expuesto, se infiere que la declaración jurada del promotor, al ser un requisito indispensable para la aprobación del Estudio Categoría I, debe ser cierta y susceptible de verificación; **por lo que al ser contraria a este supuesto de veracidad, se materializa la invalidez jurídica del acto administrativo que aprobó el Estudio de Impacto Ambiental;** ya que éste no proporcionó los antecedentes reales **configurando la nulidad que ocurrirá siempre que el vicio que afecta dicho acto sea coexistente con su celebración y no posterior a la emisión del mismo,** tal como sucede en el caso que ocupa nuestra atención.

En concordancia con lo antes señalado, también nos corresponde advertir que el artículo 52 del Decreto Ejecutivo 123 de 14 de agosto de 2009, dispone lo siguiente:

“Artículo 52: La resolución que apruebe o rechace el Estudio de Impacto Ambiental incluirá como mínimo los siguientes aspectos:

- a. **La indicación de los elementos, documentos, facultades legales y reglamentarias que se tuvieron a la vista para resolver.**
- b. **Las consideraciones técnicas u otras en que se fundamenta la resolución.**
- c. **La opinión fundada de la Unidad Ambiental Sectorial y los informes emanados de otros organismos con competencia ambiental emitidos durante el procedimiento.**
- d. **Las consideraciones sobre los resultados del proceso de participación ciudadana desarrollado durante el transcurso del procedimiento administrativo, ponderando las**

observaciones formuladas por la ciudadanía y comunidad afectada durante el concepto de conducta formal; y

e. La calificación del Estudio de Impacto Ambiental, aprobándolo o rechazándolo o, si la aprobación fuere condicionada, fijando las condiciones o exigencias ambientales que deberán cumplirse para ejecutar el proyecto obra o actividad.” (Lo resaltado es nuestro).

Del análisis de la norma y de la lectura del expediente administrativo, observamos que la **resolución impugnada carece de los aspectos mínimos, que de conformidad con el artículo citado debe tener el acto administrativo que apruebe un Estudio**, ello es así; ya que el mismo tampoco hace referencia a ninguno de los documentos emitidos por las otras instituciones directamente vinculadas a la aprobación del proyecto para construcción del edificio, como por ejemplo la certificación de la densidad de uso de suelo del Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial, o del anteproyecto de la Dirección de Obras y Construcciones Municipales; tampoco señala los resultados de la participación ciudadana contenidos punto 8.2 del Estudio de Impacto Ambiental, ni explica las consideraciones técnicas en que se basa dicha resolución de aprobación; en tal sentido, la falta de los elementos esenciales que la normativa de procedimiento consagra para la emisión de los actos administrativos, es otra de las razones que nos llevan a colegir la nulidad del acto acusado.

Antes de concluir, cobra importancia resaltar, la teoría sobre la eficacia y la validez de los actos administrativos, según anota el jurista Jaime Orlando Santofimio, cito: *“El fenómeno de la validez es el resultado de la perfecta adecuación y cumplimiento de la elaboración y expedición del acto administrativo, a los requisitos y exigencias consagradas en las normas superiores. En otras palabras, se predica que un acto administrativo es válido desde el mismo momento en que éste se adecúa perfectamente al molde de las exigencias abstractas del ordenamiento jurídico y del derecho.”* (SANTOFIMIO, Jaime Orlando. Acto Administrativo - Procedimiento, eficacia y validez, 2da. edit. Universidad Externado de Colombia, 1994. pág. 233).

Este Despacho sostiene que **ante el incumplimiento de los requisitos elementales para la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental, consagrados en la normativa ambiental, como lo es la debida motivación de la resolución y la declaración jurada fundamentada en hechos ciertos para la evaluación del proyecto**, la Resolución ARAPM-IA-164-2013 de 20 de mayo de 2013, emitida por la Autoridad Nacional del Ambiente, hoy Ministerio de Ambiente, a través del cual se aprobó el Estudio de Impacto Ambiental, Categoría 1, correspondiente al proyecto denominado Bay Towers, ubicado en el corregimiento de San Francisco, distrito y provincia de Panamá, **fue emitida al margen del debido proceso, al no atender los requisitos y exigencias consagradas en las normas superiores en materia ambiental.**

De lo antes expuesto y, a juicio de las consideraciones previas, esta Procuraduría solicita a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **ES ILEGAL y, por lo tanto, nula la Resolución ARAPM-IA-164-2013 de 20 de mayo de 2013**, emitida por la Autoridad Nacional del Ambiente, hoy Ministerio de Ambiente.

Del Honorable Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente 813-15