

13 de septiembre de 2004

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Nulidad.**

Concepto.

La Firma Forense Morgan & Morgan, en representación de **AES PANAMA S.A.**, para que se declare nula, por ilegal, la Resolución N°AG-0299-2002, dictada por la **Autoridad Nacional del Ambiente**, el día 28 de junio del 2002 y para que se hagan otras declaraciones.

Señor Magistrado Presidente de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

En virtud del traslado que nos ha conferido esa Augusta Corporación de Justicia, de la demanda contencioso administrativa de nulidad, enunciada en el margen superior del presente escrito, procedemos a emitir nuestro concepto jurídico, conforme lo dispone, el numeral 3, del artículo 5 de la Ley No. 38 de 31 de julio de 2000, "Que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el procedimiento administrativo y dicta disposiciones especiales".

I. En cuanto al petitum.

El apoderado legal del demandante solicita a los señores Magistrados, que declaren nula, por ilegal, la parte resolutive de la Resolución No. AG-0299-2002 del 28 de junio del 2002, proferida por la Autoridad Nacional del Ambiente, a través del Administrador General de la Autoridad del Ambiente (ANAM), mediante la cual, ese despacho otorga una concesión de uso de aguas (350 l/s) sobre el río Caldera a la Asociación de Usuarios del Sistema de Riego El Salto, Callejón Seco y Volcancito.

II. Los hechos en que se fundamenta la acción, los contestamos de la siguiente manera:

Primero: Sólo aceptamos como cierto, que el Ministerio de Desarrollo Agropecuario y la Asociación de Usuarios de Riego El Salto, Volcancito y Callejón Seco, solicitaron a la ANAM una concesión de agua para riego sobre el río Caldera. El demandante omite mencionar que la concesión solicitada, era para el desarrollo de la producción y comercialización de productos agropecuarios de exportación en la zona de Boquete, Provincia de Chiriquí, lo que beneficia a la comunidad.

Segundo: Este hecho es parcialmente cierto.

Tercero: Es cierto y lo aceptamos.

Cuarto: Lo expuesto, constituye una referencia parcial del Estudio de Impacto Ambiental aprobado por la ANAM, mediante Resolución IA-037-99 del 5 de marzo de 1999.

Quinto: Lo contestamos igual que el punto anterior.

Sexto: No es cierto de la forma en que viene expuesto; por tanto lo rechazamos.

Séptimo: El demandante presenta un alegato, el cual rechazamos.

Octavo: Lo contestamos igual que el punto anterior, identificado como séptimo.

Noveno: Lo contestamos igual que el punto identificado como séptimo.

Décimo: No es cierto; por tanto, lo rechazamos. Consta en el expediente, que el escrito de oposición presentado

por la Firma Forense Morgan & Morgan, fue rechazado por extemporáneo.

Undécimo: No nos consta; por tanto, lo rechazamos.

Duodécimo: No es cierto tal y como lo expone el demandante; por tanto, lo rechazamos.

Décimo Tercero: El demandante insiste en presentar argumentos, que fueron considerados en las Resoluciones emitidas por la ANAM, los cuales rechazamos por carecer de sustento jurídico.

Décimo Cuarto: No consta en el expediente; por tanto, lo rechazamos.

Décimo Quinto: En el expediente no consta información alguna, sobre la situación planteada; por tanto, lo rechazamos.

Décimo Sexto: Es cierto y lo aceptamos

Décimo Séptimo: Este es parcialmente cierto y como tal, lo tenemos.

Décimo Octavo: Este es un alegato de la parte actora, el cual rechazamos.

Décimo Noveno: No es cierto; por tanto, lo rechazamos.

Vigésimo: No nos consta; por tanto, lo rechazamos.

Vigésimo Primero: No es cierto de la forma en que viene expuesto; por tanto, lo rechazamos.

Vigésimo Segundo: No es cierto y lo rechazamos.

Vigésimo Tercero: El demandante presenta un alegato, el cual rechazamos.

Vigésimo Cuarto: No es cierto; por tanto, lo rechazamos.

Vigésimo Quinto: Esta no fue la conclusión final de los peritos Jaén y Samaniego, por tanto, rechazamos lo expuesto por la parte actora. El demandante omite

mencionar que la Estrella está utilizando anualmente más agua que la autorizada por la ANAM, mediante contrato 036-98.2 y que la empresa demandante no se ve afectada, puesto que las aguas a derivarse del proyecto de riego El Salto, retornarán al río Caldera por escorrentía superficial o flujo subterráneo, aguas arriba del sitio de captación de la hidroeléctrica La Estrella.

Vigésimo Sexto: No es cierto de la forma en que viene expuesto, por tanto, lo rechazamos. El impacto negativo, lo constituye el tratar de impedir que se den nuevas concesiones que beneficien a la comunidad y al país. Precisamente el agua es un bien de dominio público y no se puede permitir que unos pocos lucren de este recurso hídrico en perjuicio de la mayoría.

Vigésimo Séptimo: Éste no es un hecho atinente a la demanda; por tanto, lo rechazamos.

III. Referente a las disposiciones legales que se aducen infringidas y los conceptos en que lo han sido, el criterio de esta Procuraduría, es el que a seguidas se expresa:

Según el demandante se han violado las siguientes disposiciones legales:

1. El artículo 24 de la Ley N°41 de 1998, que a la letra establece:

"Artículo 24: El proceso de evaluación del estudio de impacto ambiental comprende las siguiente etapas:

1. La presentación, ante la Autoridad Nacional del Ambiente, de un estudio de impacto ambiental, según se trate de actividades, obras o proyectos, contenidos en la lista taxativa de la reglamentación de la presente ley.

2. La evaluación del estudio de impacto ambiental y la aprobación, en su caso, por la Autoridad Nacional del Ambiente, del estudio presentado.
3. El seguimiento, control, fiscalización y evaluación de la ejecución del Programa de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA) y de la resolución de aprobación".

La presunta violación de la norma, viene expuesta de la siguiente manera:

"La norma traída arriba, mediante la actuación que otorga una concesión, en desconocimiento de los derechos concedidos previamente para el uso de aguas del Río Caldera, habiéndose así reconocido en el pertinente estudio de impacto ambiental de la nueva peticionaria ha sido infringida en concepto de VIOLACIÓN DIRECTA, por omisión. Esto se produce cuando se observa en la parte resolutive de la resolución que aprobó el Estudio de Impacto Ambiental para el sistema de regadío impulsado por el MIDA y la asociación de usuarios de ese sistema de riego, se estipuló que los solicitantes de la concesión debían presentar notas suscritas por quien corresponda ya nombre del Complejo Hidroeléctrica Estrella Los Valles, con los comentarios y opiniones sobre el referido proyecto'." (Cf. F. 69-70)

- o - o -

A nuestro juicio, este cargo de ilegalidad merece ser desestimado, al encontrarse debidamente acreditado en el expediente, que la Autoridad Nacional del Ambiente (ANAM), cumplió con lo que establece el artículo 24 de la Ley No. 41 de 1998, que hace referencia a las etapas que comprende el proceso de evaluación del estudio de impacto ambiental.

Consta en el expediente que la ANAM, fijó el edicto de adjudicación N°045-99, a fin de que toda persona que se considerara afectada con la solicitud formulada por la Asociación Del Sistema de Riego, El Salto, Volcancito y

Callejón Seco, relativa a la concesión permanente de agua, con un caudal de 350 litros por segundo, del Río Caldera, presentara sus oposiciones.

De fojas 53 a 60, del expediente administrativo, consta que el día 5 de marzo de 1999, la Autoridad Nacional del Ambiente, mediante Resolución IA-037-99, aprobó el estudio de Impacto Ambiental presentado por el Ministerio de Desarrollo Agropecuario y la Asociación de Riego El Salto, Volcancito y Callejón Seco, con la finalidad de llevar a cabo en un área de 640 hectáreas, el proyecto integral para el desarrollo de la producción y comercialización de productos agropecuarios de exportación en la zona de Boquete.

El día 28 de junio de 1999, se confeccionó el informe correspondiente a la diligencia de inspección, que requiere el trámite para otorgar las concesiones permanentes para el uso de aguas, sin que existieran objeciones, que impidieran acceder a lo solicitado.

En el expediente administrativo, se corrobora que los días 10, 11 y 12 de agosto de 1999, se publicó en la Estrella de Panamá, el Edicto de Adjudicación N°045-99, el cual concedía un término de cinco (5) días hábiles, a partir de la última publicación del edicto, para que toda persona que se considerara afectada con la solicitud de la Asociación de Usuarios del Sistema de Riego El Salto, Callejón Seco y Volcancito, pudiera presentar su oposición. (v. f. 76 a 85)

De las constancias procesales se infiere, que dentro del término de los cinco días hábiles, no se presentó oposición u objeción a la concesión realizada, presentando la firma Forense Morgan & Morgan, representante legal de AES PANAMA, S.A., su oposición, mediante escrito fechado 3 de marzo de

2000, es decir, transcurrido más de seis (6) meses de la publicación del edicto, lo que motivó que se rechazara por extemporánea la solicitud presentada.

Contra la decisión de la ANAM, la empresa AES PANAMA, S.A., interpone un proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción, ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, decidido mediante sentencia de 19 de septiembre de 2002, que declaró no era ilegal la Resolución No. AG-0097-2000, emitida por la ANAM.

Es evidente, que los argumentos planteados por la sociedad demandante, carecen de fundamento jurídico, al demostrarse que la ANAM, cumplió estrictamente con los procedimientos que establece la ley, al otorgar el derecho a utilizar un caudal de 350 l/s en concesión permanente para uso de aguas a la Asociación de Usuarios del Sistema de Riego El Salto, Callejón Seco y Volcancito

2) Los artículos 37 y 59 del Decreto Ley N°35 de 1966, que son del tenor literal siguiente:

"Artículo 37: Cualquier persona que pretenda el uso provechoso de aguas o a descargar aguas usadas, solicitará un permiso o concesión a la Comisión y no iniciará la realización de obras para utilizarlas hasta tanto se haya expedido el permiso o concesión correspondiente"

- o - o -

"Artículo 59: Los actuales usuarios de las áreas afectadas tendrán preferencia en el uso de las aguas y cuando se trate de un nuevo proyecto o ampliación, esta preferencia se mantendrá"

- o - o -

Según el demandante, las normas legales transcritas se han infringido en el concepto de violación directa por omisión, lo cual se comprueba, cuando se observa que en el

terreno, la solicitante de la concesión para el uso de aguas del Río Caldera, ha iniciado los trabajos de la obra o estructura. Por otro lado, aduce que el derecho preferencial de AES PANAMA, S.A., como concesionaria de aguas del Río Caldera, se conculca con el acto recurrido.

3) El artículo 752 del Código Administrativo, que es del tenor literal siguiente:

Artículo 752: Las autoridades de la República han sido instituidas para proteger a todas las personas residentes en Panamá, en sus vidas, honra y bienes y asegurar el respeto recíproco de los derechos naturales, previniendo y castigando los delitos.

También han sido instituidas para la administración y fomento de los intereses públicos, a fin de que marchen con la apetecida regularidad y contribuyan al progreso y engrandecimiento de la Nación".

- o - o -

Según el demandante, la disposición contenida en el Código Administrativo, se infringe en el concepto de violación directa por omisión, al vulnerarse palmariamente los derechos del concesionario-recurrente, contratante de buena fe y cumplidor de sus obligaciones.

En cuanto a la supuesta violación de los artículos 37 y 59, del Decreto Ley N°35 de 1966, a que hace referencia el demandante, nos permitimos disentir de la tesis esgrimida por éste, ya que no es cierto que la Autoridad Nacional del Ambiente (ANAM), esté favoreciendo a los solicitantes de la nueva concesión, cuando consta en autos, que se atendió lo que establece la ley.

Consta en el expediente, que el derecho a utilizar un caudal de 3501/s en concesión permanente para uso de aguas del Río Caldera, otorgada a la Asociación de Usuarios del

Sistema de Riego, El Salto, Callejón Seco y Volcancito, se realizó conforme a las disposiciones legales aplicables que rigen para estos casos y que ninguno de los argumentos del demandante, logran acreditar que el acto administrativo sea contrario a derecho.

Contrario a lo expuesto por el demandante, con el acto recurrido, no se conculca, ni afecta el derecho preferencial que tiene la empresa AES PANAMA, S.A., a quien se le otorgó mediante contrato de concesión de uso de aguas del río Caldera para la generación de energía eléctrica a través de la hidroeléctrica "La Estrella", un caudal de doscientos ochenta y cuatro millones (284.000.000) de metros cúbicos anuales, a razón de 9.01m^3 por segundo, utilizando anualmente la empresa demandante, más agua que la autorizada por la ANAM, por ende, lo que procede es exigir a la empresa el pago de los caudales turbinados, que exceden los 284.000.000 autorizados.

Por otro lado, ha quedado acreditado en autos, que un porcentaje de las aguas a derivarse por parte del proyecto de riego El Salto, retornarán al Río Caldera por escorrentía superficial o flujo subterráneo, aguas arriba del sitio de captación de la hidroeléctrica La Estrella, al existir una distancia aproximada de 13.5 Kms. entre las tomas de agua del Sistema de riego El Salto y la hidroeléctrica La Estrella.

No podemos aceptar la tesis de los demandantes, que señalan que con la aprobación de la ANAM, la Asociación de Usuarios de Riego El Salto, ha actuado al margen de la ley, al constatarse en el expediente, que se actuó acorde a derecho.

Por lo expuesto, consideramos que no prosperan los cargos de ilegalidad, endilgados a la actuación de la ANAM.

Es importante destacar, que carece de sustento jurídico la tesis de la firma demandante, al considerar como violado el artículo 752 del Código Administrativo, al acreditarse que no se han vulnerado los derechos de la empresa demandante, con la nueva concesión otorgada, la cual ni siquiera le afecta, como hemos demostrado, máxime cuando la ANAM, cumplió con los requisitos que establece la ley.

De igual forma carece de asidero jurídico la tesis del demandante, acerca de la desviación de poder, al encontrarse plenamente acreditado, que se atendió lo que establece la legislación vigente, al momento de otorgar la concesión a la Asociación de riego El Salto, Callejón Seco y Volcancito.

La firma demandante no introduce elementos nuevos en este aparte, que permitan inferir que se han producido los cargos endilgados.

Sobre el particular, el Director General de la Autoridad Nacional del Ambiente, en su Informe de Conducta, rendido al Magistrado Sustanciador, destaca lo siguiente:

"1. El 8 de enero de 1999, LA ASOCIACIÓN DE USUARIOS DEL SISTEMA DE RIEGO EL SALTO, CALLEJÓN SECO Y VOLCANCITO, presentó solicitud a la Autoridad Nacional del Ambiente, Regional de Chiriquí, para que se le otorgará en concesión el uso de 'aproximadamente 350 litros por segundo con fines de riego para ser utilizadas sobre una superficie de 640 hectáreas, la cual ha de beneficiar a los 150 productores del área de Boquete' (sic), sobre la fuente hídrica denominada 'Río Caldera', localizada en el corregimiento de Boquete, distrito de Boquete, Provincia de Chiriquí (ver foja 20 del expediente).

...

5. El 7 de abril de 1998, el entonces Director General del IRHE, Fernando Aramburú Porras, le envía nota N°DEDI-043-98, al Ministro de Desarrollo Agropecuario, Ing. Carlos Souza Lennox, en referencia <<al Memorando referido a su despacho por el Viceministro ingeniero Manuel H. Miranda, sobre el sistema de riego El Salto en el Distrito de Boquete' (sic) donde señala:

\... 2. El IRHE estima que este aporte no afecta significativamente la generación de las centrales hidroeléctricas ubicadas aguas abajo del proyecto, ya que esta situación se presentará en épocas de estiaje en las que la producción de alimentos prevalece sobre la hidrogenación. Sin embargo es importante enfatizar que en los períodos de estiaje, los usuarios del proyecto El Salto, deberán compartir el agua con los otros usuarios aguas abajo.

3. La derivación del Río Colgá no son necesarias para reponer las aguas a las hidroeléctricas del IRHE, por lo tanto no debe realizarse esta derivación' (sic) (ver foja 24-d del expediente)

6. El día 5 de marzo de 1999, mediante Resolución N° 1ª-037-99, la ANAM aprobó \... el estudio de Impacto Ambiental presentado por el MINISTERIO DE DESARROLLO AGROPECUARIO y LA ASOCIACIÓN DE RIEGO EL SALTO, VOLCANCITO Y CALLEJÓN SECO, con la finalidad de llevar a cabo en un área de seiscientos cuarenta (640) hectáreas, el Proyecto Integral de riego para el Desarrollo de la Producción y Comercialización de Productos Agropecuarios de Exportación en la Zona de Boquete' (sic.) (ver fojas 53 - 60 del expediente)

7. El 28 de junio de 1999, se confeccionó el informe correspondiente a la diligencia de inspección que requiere el trámite para el otorgamiento de concesiones permanentes para uso de aguas, firmado por el Ing. Roberto Galán del Departamento de Recursos Hídricos, en el que no observan objeciones para acceder a la solicitud de concesión uso de aguas de La Asociación De Usuarios Del Sistema De Riego El Salto, Callejón Seco y Volcancito, y de cuyo contenido se colige que la solicitud en trámite

cumple con los requisitos técnicos que para tales efectos establece el literal c, artículo 7 del Decreto Ejecutivo N°70 de 1973. (ver fojas 68 y 69 del Expediente)

...

19. El 16 de junio del 2000, el Ing. Roberto Galán, jefe del De (sic) de Recursos Hídricos y Juan De Dios Castillo de la Dirección de Evaluación y Ordenamiento Ambiental, remiten al Ingeniero Jaime Johnson Director Nacional de Cuencas Hidrográficas de la ANAM, mediante nota N° DINACH 266/00 Evaluación Técnica del caso recurso de reconsideración a la Resolución N°AG-097-2000 presentado por AES PANAMA con relación al Sistema de Riego El Salto (río caldera, provincia de Chiriquí)' (sic). Utilizando la información proporcionada por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, en su evaluación, concluyen: '1.....La Estrella esta (sic) utilizando anualmente más agua que la autorizada por la ANAM mediante contrato 036-98. 2... AES PANAMA S.A., no se ve afectada como argumenta en su escrito. 3... las aguas a derivarse por parte del proyecto de riego El Salto, de ser autorizadas por ANAM, un porcentaje de estas retornarán al río caldera (sic) por escorrentía superficial o flujo subterráneo, aguas arriba del sitio de captación de la hidroeléctrica La Estrella, ya que existe una distancia aproximada de 13.5 kilómetros entre las tomas de aguas del Sistema de riego El Salto y la Hidroeléctrica La Estrella' (sic.) y recomiendan, entre otras cosas, exigir a la empresa AES PANAMA, S.A., el pago de los caudales turbinados más allá de los 284,000,000 metros cúbicos autorizados por el contrato 036-98 de 10 de agosto de 1998 (ver fojas 217-220) (Cf. f. 85, 86 y 88)

- o - o -

Consta en el expediente, el trámite que se le dio a la solicitud formulada por la Asociación de Usuarios del Sistema de Riego, El Salto, Callejón Seco y Volcancito, relativa a la concesión permanente de aguas, en un caudal de 350 litros por segundo, de la fuente hídrica denominada "Río Caldera",

localizada en Boquete, Provincia de Chiriquí, la cual cumple con los requisitos de Ley.

Por todo lo anterior, consideramos que no se han producido las violaciones alegadas por el actor y reiteramos nuestra solicitud a esa Honorable Sala, para que se denieguen las declaraciones reclamadas por la demandante.

Pruebas: Aducimos el expediente Administrativo relativo a este proceso, el cual puede ser solicitado, al Director General de la Autoridad Nacional del Ambiente.

En el momento oportuno, aduciremos el resto de las pruebas que estimemos pertinentes.

Derecho: Negamos el invocado.

Del Honorable Magistrado Presidente,

**Licda. Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración**

AMdeF/4/mcs

Licdo. Víctor L. Benavides P.
Secretario General

MATERIA:

Concesión (aguas)

REVISADO POR MANUEL BERNAL

17 DE AGOSTO DE 2004