



República de Panamá
Procuraduría de la Administración

Panamá, 15 de abril de 2014
C-14-14

Licenciado
Edwin Castillo G.
Administrador General, encargado
Autoridad Nacional de los
Servicios Públicos
E. S. D.

Señor Administrador General Encargado:

Me dirijo a usted en atención a su nota DSAN-752-14, en la que se refiere a la opinión emitida por este Despacho a través de la nota No. C-02-14, y nos solicita aclarar "*(i) si al tenor de lo dispuesto en el artículo 1568, numeral 6, del Código Civil, el cual no fue derogado por el artículo 169 de la ley 6 de 1997 "Por la que se dicta el Marco Regulatorio e Institucional para la Prestación del Servicio Público de Electricidad", puede un concesionario hipotecar su concesión, siendo este un derecho individualísimo que otorga el Estado a un tercero, que debe reunir características técnicas especiales, y, ya que el Contrato de Concesión únicamente permite el gravamen sobre los bienes de la concesión; y, (ii) De ser así, ¿en el evento que algún concesionario hipoteque su concesión y la misma sea ejecutada por el banco, debe primero la Autoridad resolver administrativamente el contrato de concesión para posteriormente otorgar dicha concesión al banco sin trámite previo de aprobación de los requisitos exigidos al concesionario a la luz de lo establecido en los artículos 43 y siguientes de la ley 6 de 1997?*"

En igual sentido, solicita opinión de este despacho en relación a la *cesión de la concesión* como garantía de un fideicomiso.

Para dar respuesta a su primera interrogante, debemos anotar, actuando en ejercicio de la función que nos atribuye el numeral 9 del artículo 6 de la ley 38 de 31 de julio de 2000, para certificar la vigencia de las normas legales del país, que el numeral 6 del artículo 1568 del Código Civil aprobado mediante la Ley 2ª de 22 de agosto de 1916, se encuentra vigente y expresa lo siguiente:

Artículo 1568. Podrán hipotecarse, pero con las restricciones que a continuación se expresan:

...

6.º Los ferrocarriles, tranvías, canales, puertos, elevadores, depósitos, desagües, cloacas, subterráneos, urbanización, alumbrado eléctrico o de gas, energía eléctrica o hidráulica, telégrafos, teléfonos y otras obras destinadas al servicio público privado, las concesiones que para la construcción o explotación de esas obras hayan hecho el Gobierno y los Municipios por diez años o más, y los edificios o terrenos que, no estando directa o exclusivamente destinados al referido servicio, pertenezcan al dominio particular, si bien se hallan agregados a aquellas obras, pero quedando pendiente la hipoteca, en el primer caso, de la resolución del derecho del concesionario;

...”

Sin embargo, a nuestro juicio, la posibilidad de que, tomando como fundamento la norma citada, un concesionario pueda hipotecar la concesión otorgada por la Autoridad de los Servicios Públicos (ASEP) para la prestación del servicio público de electricidad, deberá ser analizada tomando en consideración la normativa de la ley especial, contenida en el Texto Único de la Ley 6 de 1997, por la que se dicta el Marco Regulatorio e Institucional para la Prestación del Servicio Público de Electricidad y particularmente, por los artículos 3, 43 y 44, este último modificado por la ley 43 de 9 de agosto de 2012, que expresan lo siguiente:

“**Artículo 3. Carácter de servicio público.** La generación, trasmisión, distribución y comercialización de electricidad destinadas a satisfacer necesidades colectivas primordiales en forma permanente se consideran servicios públicos de utilidad pública.”

“**Artículo 43. Concesiones.** Quedan sujetas al régimen de concesiones la construcción y explotación de plantas de generación hidroeléctrica y geotermoeléctrica y las actividades de transmisión y distribución de electricidad para el servicio público.”

“**Artículo 44. Otorgamiento.** Las concesiones serán otorgadas por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, mediante resolución motivada, previa selección del concesionario, con procedimientos que aseguren la concurrencia, y se formalizarán y regirán por un contrato conforme a las normas que establezca la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos.

El otorgamiento de las concesiones relativas a la generación hidroeléctrica y geotermoeléctrica estará sujeto al requisito de concurrencia, cuyo procedimiento

Las concesiones para la generación hidroeléctrica y geotermoeléctrica se otorgarán mediante resolución motivada de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, en la que se consignarán los términos y condiciones bajo los cuales se otorga la concesión en cada caso particular, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos en la legislación vigente en materia de protección ambiental, seguridad e higiene industrial y funcionamiento de establecimientos industriales. Otorgada la concesión, su titular quedará sujeto a las normas para la prestación de los servicios establecidos en esta Ley y sus reglamentos.

La Autoridad Nacional de los Servicios Públicos reglamentará, mediante resolución motivada, los plazos para la presentación de los documentos del contrato y la fianza de cumplimiento, y emitirá concepto sobre las concesiones de uso de agua para generación hidroeléctrica y geotermoeléctrica a fin de evitar la subutilización del recurso.”

Con base en lo anterior podemos señalar que:

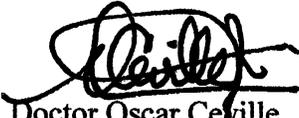
1. La generación, transmisión, distribución y comercialización de electricidad se consideran servicios públicos y están sujetos al régimen establecido por la ley 6 de 1997, norma especial, que dicta el marco regulatorio e institucional para la prestación de este servicio.
2. La ley 6, no establece de manera expresa la posibilidad de hipotecar la concesión ni tampoco la de cederla como garantía de un fideicomiso. Criterio expresado en nuestra nota C-02-14 de 25 de enero de 2014, en la que concluimos “...que las concesiones para la prestación del servicio de generación eléctrica, otorgadas conforme al régimen establecido en el Texto Único de la ley 6 de 1997, no son susceptibles de gravamen hipotecario”.
3. De acuerdo con esa misma ley, la ASEP tiene la responsabilidad de otorgar las concesiones, mediante resolución motivada, previa selección del concesionario, con procedimientos que aseguren la concurrencia.
4. La ley 6 de 1997, igualmente faculta a la ASEP para **consignar los términos y condiciones que se incluirán en cada contrato de concesión.**

En consecuencia, debemos concluir que corresponde a la ASEP, en el marco de la normativa legal vigente, determinar la viabilidad de consignar entre los términos y condiciones que regirán cada contrato, la posibilidad de hipotecar o ceder la concesión.

En relación a su segunda interrogante que se refiere a las medidas que debe adoptar la Autoridad de los Servicios Públicos (ASEP) *en el evento de que algún concesionario hipoteque su concesión y la misma sea ejecutada por un banco*, me permito señalar que la misma tiene el propósito de obtener un pronunciamiento de este Despacho sobre eventos hipotéticos, que demandan acciones que debe ejecutar la ASEP en ejercicio de las facultades que le otorgan la ley y el contrato de concesión, situación que escapa de la competencia de la Procuraduría de la Administración.

Hago propicia la ocasión para expresarle los sentimientos de mi consideración y aprecio.

Atentamente,



Doctor Oscar Ceville
Procurador de la Administración

La Procuraduría de la Administración sirve a Panamá, le sirve a ti.

Apartado 0815-00609, Panamá, República de Panamá * Teléfonos: 500-3350, 500-3370 * Fax: 500-3310
* E-mail: procadmon@procuraduria-admon.gob.pa * Página Web: www.procuraduria-admon.gob.pa