



República de Panamá

NOTA Nº 745.

Panamá, 24 de noviembre de 1992.

Procuraduría de la Administración

Ingeniero
Gonzálo Córdoba C.
Director General
Instituto de Recursos
Hidráulicos y Eléctricación
E. S. D.

Señor Director:

Con suma complacencia nos permitimos ofrecer respuesta a su consulta de 6 de octubre último, contenida en el oficio DAL-440-92, en la que se plantea la interrogante sobre la factibilidad de que la Institución a su cargo pueda adquirir mediante licitación pública energía eléctrica generada por empresas privadas, habida cuenta de la regulación contenida en la Ley 37 de 31 de enero de 1961, subrogada por el Decreto de Gabinete No. 235 de 30 de julio de 1969, que organiza el Instituto de Recursos Hidráulicos y Electrificación.

Lo medular de su consulta está contenido en la siguiente transcripción:

"Como es de su conocimiento, la Ley No. 16 de 14 de julio de 1992, que establece y regula el proceso de privatización de empresas, bienes y servicios estatales, en su artículo No. 24 señala que:

"Esta Ley no será aplicable para la privatización de las empresas de utilidad pública,...., Instituto de Recursos Hidráulicos y Electrificación (IRHE),...NI DE LOS SERVICIOS QUE ELLAS PRESTAN. En caso de que proponga la privatización de algunas o de todas estas empresas, se requerirá de una Ley Especial para cada una de ellas." (El subrayado es nuestro).

Toda vez que la Ley Orgánica del IRHE, Decreto de Gabinete No. 235 de 30 de julio de 1969, que subrogó la Ley No. 37 de 31 de enero de 1961, establece en su

artículo 2do., acápite c), que el Instituto de Recursos Hidráulicos y Electrificación tiene entre sus funciones y atribuciones:

"Construir, Instalar y operar todas las fuentes adicionales de generación de energía eléctrica que se requieran para el uso público, en todo el territorio de la República, utilizando para ello, cualquier medio de producción.

En consecuencia corresponde al Instituto la construcción y operación de toda nueva fuente de generación de energía eléctrica que necesite para sus propios planes de electrificación, como para suplir las necesidades de energía que requieran las empresas concesionarias del Estado, o de los Municipios, que operen o presten el servicio de energía eléctrica en las áreas urbanas, suburbanas o rurales del País.

....."
(El subrayado es nuestro).

A la fecha es atribución exclusiva de esta entidad estatal, la generación, construcción, instalación y operación de cualquier fuente de energía eléctrica, y dado que la Ley 16 de 1992, excluye de su esfera de aplicación al IRHE y los servicios que esta entidad presta y además requiere para su privatización de una Ley Especial al respecto, cabe preguntar:

?Si es permisible un Acto Público dirigido a la Compraventa de Energía por parte de esta Institución a una empresa privada que para ello instalaría y operaría una planta de generación de energía de su propiedad?.

Consideramos que ya que el bien o servicio a adquirir mediante compra por la Institución implica la realización por parte de la empresa privada de actividades que corresponden de manera exclusiva a esta entidad privada de actividades que corresponden de manera exclusiva a esta entidad pública (instalación, operación y generación de energía), el Acto Público a celebrar pugnaría con lo normado en la Ley No. 16 de 1992, con independencia de la modalidad contractual o mecanismo a utilizar para tales fines, porque el mismo implicaría la privatización o apertura al Sector Privado de una actividad propia de un ente estatal, según lo establece el Decreto de Gabinete No. 235 de 1969.

Cabe preguntar sin embargo, que el Contrato Ley por por su jerarquía podría ser utilizado para el caso que nos ocupa, constituyendo éste una alternativa frente a la inexistencia de la Ley de Privatización del IRHE."

En realidad se trata de los obstáculos jurídicos que plantea la Ley Orgánica de la Institución, la cual crea un monopolio a su favor en materia de generación de energía al establecer como función exclusiva para los efectos del cumplimiento de su misión lo siguiente:

"Artículo 2: El Instituto tiene por objeto planificar, incrementar, diversificar y racionalizar la generación, transmisión y distribución de la energía eléctrica en todo el territorio de la República; y, en consecuencia, tendrá las siguientes funciones y atribuciones:

- a).....
- b).....
- c) Construir, instalar y operar todas las fuentes adicionales de generación de energía eléctrica que se requieran para el uso público, en todo el territorio de la República, utilizando para ello cualquier medio de producción.....

....."

En consecuencia, corresponde al Instituto la construcción y operación de toda nueva fuente de generación de energía eléctrica que necesite para sus propios planes de electrificación así como para suplir las necesidades de energía que requieran las empresas concesionarias del Estado, o de los municipios, que operen o presten el servicio público de energía eléctrica en las áreas urbanas, subúrbanas o rurales del país.

Parágrafo Transitorio. En las áreas para las cuales el Instituto no haya programado instalación para plantas generadoras, a la fecha de entrar en vigencia el presente Decreto de Gabinete, las empresas privadas de servicio público que operen en dichas áreas deberán hacerle frente a todas las necesidades del servicio, por los próximos cinco (5) años.

Las instalaciones adicionales que se requieran deberán ser aprovechadas previamente por el Instituto y autorizadas por la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, Gas y Teléfonos.

Como se puede observar de la disposición preinserta, corresponde al IRHE, construir, instalar y operar todas las fuentes adicionales de generación de energía eléctrica requerida para el uso público en todo el territorio nacional, para lo cual se le autorizaba el uso de cualquier medio de producción. Si como se dice en el párrafo 2do. del aparte c), es función de la Institución la construcción y operación de toda nueva fuente de generación de energía eléctrica que necesite para sus propios planes de electrificación, así como para suplir las necesidades por la demanda de las empresas concesionarias del Estado o de los Municipios que funcionen en la prestación de servicio público de energía eléctrica en áreas urbanas, suburbanas o rurales del país, debe entenderse que esa responsabilidad es exclusión de la institución.

La limitación a que sujeta la norma al Instituto en materia de planificación y expansión, realmente mueve a la meditación sobre la real intención de esta disposición que en su momento consideró sólo la necesidad de ubicar en manos de la entidad pública la explotación de un servicio como el alumbrado público y el suministro de energía eléctrica en todo el país, para lo cual se dispuso que en forma exclusiva le correspondería, la construcción, instalación y operación de toda nueva fuente de generación de energía eléctrica. Se estimó entonces que la Institución tendría un desarrollo tal, que sería autosuficiente en el programa de expansión requerido para dotar del servicio a todos los usuarios del país a nivel público, particular, industrial y comercial. La realidad nos demuestra que tal consideración se desvanece frente a las urgentes necesidades de contar con una mayor producción de la energía eléctrica y que no se cuenta con la capacidad de generación suficiente para abastecer la demanda en condiciones normales.

La causas que determinan la insuficiencia de las fuentes generadoras actuales son múltiples, sin embargo quienes dirigen el Instituto tienen ante sí la grave responsabilidad de encontrar los mecanismos que hagan posible el suministro continuo, normal e ininterrumpido del servicio de energía eléctrica, pero se encuentran atados legalmente por disposiciones que les impide apelar a la obtención de fuentes extrañas a la Institución, para la generación del fluido eléctrico. Por otro lado, las buenas intenciones que pudieran tener proyectos dirigidos a salvaguardar el suministro oportuno y suficiente de energía, enfrentan el apego e interpretación de la Ley en condiciones que se levantan como nuevos obstáculos y en consecuencia se actúa en defensiva para no incurrir en infracción legal que merezca objeción ulterior, al tiempo que se evitan situaciones de confrontación estériles.

Frente a esta situación bien pudiéramos decir que en sentido amplio, privatizar es ubicar mediante los mecanismos de traslación de dominio o de la propiedad, bienes pertenecientes al Estado y que adquieren los particulares. Igualmente lo constituye la explotación de servicios en manos del Estado por parte de particulares a través de concesiones y de acuerdo a las características de cada uno de

ellos. Se privatiza lo que es público, es decir lo que pertenece al Estado, porque lo que pertenece a los particulares tiene que considerarse privado.

En materia de servicios habría sido posible obtener su explotación mediante contratos de concesiones, tal como esta previsto en la Ley, No. 5 del 15 de abril de 1988, que regula el sistema de ejecución de obras públicas por el sistema de concesión administrativa en la forma que lo define el artículo 3 de dicha Ley que dice :

"Artículo 3: Sólo podrán ser calificadas de interés público, aquellas obras que redunden en beneficio e interés de la colectividad nacional, que signifique una mejora de carácter permanente y de uso público, que vayan a construirse en terrenos de la nación o a ser expropiados o adquiridos por la nación, y que al final de la concesión puedan revertir a la nación libre de costos, gravámenes o reclamaciones y en buen estado de uso y reparación, que garanticen una vida útil y costos de mantenimiento a satisfacción de la entidad concedente."

No obstante lo anterior nos encontramos que la Ley 16 de 14 de julio de 1992, mediante la cual se establece y regula el proceso de privatización de empresas estatales contiene una exclusión en el artículo 24 que elimina de su aplicación al IRHE, y establece que para la privatización de esta empresa, del INTEL y del IDAAN es preciso una Ley Especial para cada una de ellas. Se insiste en mantener la rigidez legal que ata toda posibilidad de expansión por vía de empresas particulares de las fuentes generadoras de energía eléctrica. Como quiera que producir el fluido eléctrico es una actividad puesta por la Ley en manos del IRHE solamente, esta limitación descarta a mi juicio la posibilidad de poner en manos de empresas particulares esta actividad, porque hacerlo sin modificar la Ley representa una forma de privatización de una actividad que representa un monopolio estatal conforme a la Ley Orgánica de la Institución.

En cuanto al contrato de Ley, como fórmula o alternativa dentro de las circunstancias actuales, me parece que como el mismo es debatido tanto en la Comisión respectiva, como en el Pleno de la Asamblea Legislativa, podría utilizarse este mecanismo. El mismo se jerarquiza a nivel legal y constituye una modificación por nuestro cuerpo legislativo, que en defecto de una reforma a la Ley viene a permitir un campo de acción con mayor fuerza y garantía

para las partes, lo cual subsana el vacío o desvanece el impedimento que podría evitar la incorporación de nuevas fuentes generadoras de energía en manos de particulares. Tengo entendido que ante la insuficiencia de energía eléctrica la Institución se ha proveído a través de la compra de fluido a otros países, sin considerar si la fuente generadora es pública o particular y en todo caso no es generada por el IRHE. Lo mismo ocurre con las plantas ubicadas en el área del Canal no pertenecientes a la Institución que en situaciones de emergencia suplen la energía requerida. Estimo entonces que la única fórmula posible es la del Contrato Ley, cuya aprobación además de ser individual o particular para el caso del IRHE, queda sujeto al beneplácito de la Asamblea Legislativa que es el organismo público que debe autorizar mediante Ley la privatización total o parcial de la Institución.

De esta forma esperamos haber ofrecido respuesta satisfactoria a su consulta y aprovechamos para reiterarle los votos de mi especial aprecio y consideración personal.

De usted Atentamente,


Lic. Donatilo Ballesteros S.
Procurador de la Administración