

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 747

Panamá, 13 de junio de 2018

**Proceso Contencioso
Administrativo de Nulidad.**

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

La firma forense Moreno y Fábrega, actuando en representación de **Petrolera Nacional, S.A.**, solicita que se declare nulo, por ilegal, el Artículo 16 del Punto Primero de la Resolución AN 1442-Elec de 15 de enero de 2008, emitida por la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos**.

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 intervenir en interés de la ley dentro del proceso contencioso administrativo de nulidad descrito en el margen superior.

I. Antecedentes

El día 27 de enero de 2017, la firma forense Moreno y Fábrega, actuando en nombre y representación de **Petrolera Nacional, S.A.**, interpuso una demanda contencioso administrativa de nulidad a fin que se declare, nulo, por ilegal, el artículo 16 del punto Primero de la Resolución AN 1442 Elec de 15 de enero de 2008, emitida por la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos**, el cual establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 16. GRAVAMEN DE LA LICENCIA

La Licenciataria podrá gravar, hipotecar, pignorar o ceder la Licencia que se otorga a través de la presente Resolución, debiendo informarlo a la Autoridad Reguladora dentro de un plazo de treinta (30) días calendario, contados a partir de la fecha de haber cedido el derecho.” (Cfr. foja 27 del expediente judicial).

Así las cosas, la demandante fundamenta su accionar, entre otras consideraciones, en lo siguiente:

“**PRIMERO:** La empresa TERMICA DEL CARIBE, S.A., es (o lo era hasta la fecha del 17 de febrero de 2014) un agente del sector del servicio de electricidad, como empresa generadora de electricidad y poseedora de la Licencia Definitiva #64 otorgada mediante **Resolución #1443 Elec de 15 de enero de 2008**, la Autoridad de los Servicios Públicos por 25 años, para instalación, operación y explotación de una planta de generación termoeléctrica.

Como tal, esta sociedad era una empresa regulada por el Estado, mediante la entidad que se demanda en este proceso.

...
QUINTO: La Autoridad de los Servicios Públicos otorgó a la sociedad **TERMICA DEL CARIBE, S.A.**, una Licencia Definitiva para la instalación, operación y explotación de una planta de generación termoeléctrica denominada El Giral Power Station, a ubicarse en el corregimiento de Buena Vista, distrito de Colón, provincia de Colón.

En la Resolución en la cual se le otorgó Licencia Definitiva, se estableció:

‘Esta Licencia queda sujeta a los siguientes términos y condiciones:

Artículo 16. GRAVAMEN DE LA LICENCIA

La Licenciataria podrá gravar, hipotecar, pignorar o ceder la Licencia que se otorga a través de la presente Resolución, debiendo informarlo a la Autoridad Reguladora dentro de un plazo de treinta (30) días calendario, contados a partir de la fecha de haber cedido tal derecho’.

...
NOVENO: La Ley 6 de 3 de febrero de 1997 (que dicta el Marco Regulatorio e Institucional para la Prestación del Servicio Público de Electricidad) y en la Ley 26 de 29 de enero de 1996, adicionada y modificada por el **Decreto Ley 10 de 22 de febrero de 2006** (que crea y reorganiza a la Autoridad de los Servicios Públicos), **no establecen o disponen o señalan**, en ninguno de sus articulados que la entidad demandada (ASEP) tenga facultad funcional, para OTORGAR DERECHOS de gravamen, hipoteca, pignoración o cesión a favor de los Licenciarios en relación a la Licencia que esta entidad otorgue en el sector de electricidad.” (Cfr. fojas 5 – 8 del expediente judicial).

El 16 de agosto de 2017, la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos**, mediante Nota DSAN 2430 de 16 de agosto de 2017, emitió su informe de conducta dentro del caso que ocupa nuestra atención, indicando, entre otras cosas, lo siguiente:

“El 4 de febrero de 2014, en nota dirigida a la Secretaría Nacional de Energía, al Ministerio de Economía y Finanzas, al Centro Nacional de Despacho y a esta Autoridad Reguladora, la empresa **TÉRMICA DEL CARIBE, S.A.**, comunicó que a partir del 5 de febrero de 2014, no podría seguir generando electricidad para el Sistema Interconectado Nacional.

En virtud de lo anterior, esta Autoridad solicitó al Centro Nacional de Despacho, a través de nota DSAN 0439-2014 de 6 de febrero de 2014, un análisis de cobertura de Demanda para el período 2014-2015, considerando la salida de la Central Termoeléctrica El Giral, propiedad en ese entonces de **TERMICA DEL CARIBE, S.A.**

Que mediante Nota de 14 de febrero de 2014, recibida el 17 de febrero de 2014, Banistmo Investment Corporation, S.A., comunica a esta Autoridad Reguladora que se han cumplido las condiciones establecidas en el Fideicomiso y que, por lo tanto se cede la Licencia Definitiva otorgada mediante Resolución AN 1442-Elec de 15 de enero de 2008, que ampara la operación de la planta termoeléctrica denominada El Giral Power Station, a la sociedad **VALLEY RISE INVESTMENT, CORP., S.A.**” (Cfr. foja 60 del expediente judicial).

El día 7 de diciembre de 2017, el Licenciado Alfredo E. Rivera G., en su condición de Defensor de Ausente y actuando en nombre y representación de la sociedad **Térmica del Caribe, S.A.**, presentó su contestación a la demanda interpuesta, negando todos los hechos formulados por la actora (Cfr. fojas 73 - 74 del expediente judicial).

II. Normas que se aducen infringidas.

La recurrente manifiesta que la resolución objeto de reparo infringe las siguientes disposiciones:

A. Los artículos 3, 4, 5, 20, 23, 60 de la Ley 6 de 3 de febrero de 1997, los que, en este orden, hacen alusión al carácter de servicio público de utilidad pública

la generación, transmisión, distribución y comercialización de electricidad; a los fines en los cuales el Estado podrá intervenir en los servicios públicos de electricidad; a los instrumentos de intervención estatal; a las funciones del entonces Ente Regulador de los Servicios Públicos, hoy Autoridad Nacional de los servicios Públicos; a los deberes y obligaciones de los prestadores del servicio público de electricidad, y; al régimen de licencias (Cfr. fojas 10 - 17, del expediente judicial);

B. El artículo 20 de la Ley 26 de 29 de enero de 1996, modificado por el Decreto Ley 10 de 22 de febrero de 2006, el cual establece las funciones y atribuciones de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (Cfr. fojas 17 - 20 del expediente judicial);

C. El artículo 4 de la Resolución AN 1021-Elec de 19 de julio de 2007, el que hace alusión al contenido de las licencias (Cfr. fojas 11 - 12 del expediente judicial); y

D. Los artículos 52 (numeral 2) y 162 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, los hacen alusión, por un lado, a las causales de nulidad absoluta; y por otro lado, a lo que debe entenderse como desviación de poder (Cfr. fojas 20 - 23 del expediente judicial).

III. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Una vez examinados los cargos de ilegalidad en los que se sustenta la pretensión de la actora, los cuales analizaremos de manera conjunta, este Despacho se aboca a intervenir, en interés de la ley, advirtiendo que, conforme se demostrará, **no le asiste la razón a la recurrente**; criterio que basamos en las razones de hecho y de Derecho que exponemos a continuación.

Al explicar el concepto de la violación de las normas aducidas como vulneradas, la actora indicó, que ninguna de ellas señala que las Licencias puedan ser gravadas o cedidas a terceros, vulnerándose de esta manera las disposiciones

a las que ella hace alusión, ya que se otorgaron más derechos a la Licenciataria de los que señala la ley (Cfr. fojas 10 – 21 del expediente judicial).

Así las cosas, a fin de realizar un análisis que permita arribar a la conclusión a la que hemos hecho referencia en párrafos que anteceden, debemos partir por destacar la Resolución AN 1442-Elec de 15 de enero de 2008, a través de la cual, la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos** otorgó a la empresa **Térmica del Caribe, S.A.**, una Licencia Definitiva para la instalación, operación y explotación de una planta de generación termoeléctrica denominada, El Giral Power Station, a ubicarse en el corregimiento de Buena Vista, distrito de Colón, provincia de Colón (Cfr. foja 27 del expediente judicial).

En este orden de ideas, la Resolución a la que hacemos referencia, establece en su artículo 16, lo siguiente:

“Artículo 16. GRAVAMEN DE LA LICENCIA

La Licenciataria podrá gravar, hipotecar, pignorar **o ceder la Licencia que se otorga a través de la presente Resolución**, debiendo informarlo a la Autoridad Reguladora dentro de un plazo de treinta (30) días calendario, contados a partir de la fecha de haber ejercido tal derecho.” (Cfr. foja 27 del expediente judicial) (El resaltado es nuestro).

De lo anterior se puede observar, que la Resolución AN 1442-Elec de 15 de enero de 2008, ciertamente estableció un mecanismo de cesión, a través del cual, de cumplirse, la Licenciataria estaría en la posibilidad de ceder la Licencia que le había sido otorgada a través del referido acto administrativo.

En este sentido, resulta necesario hacer referencia a lo indicado por la entidad demandada en su informe de conducta, a saber:

“I. Procedimiento de Otorgamiento de Licencias Definitivas de Generación.

En cuanto a la potestad de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos para establecer Licencias para la generación de energía eléctrica y sus artículos, el derecho a ceder las mismas, la normativa es clara y dispone lo siguiente:

La Ley 26 de 29 de enero de 1996, por la cual se creó el Ente Regulador de los Servicios Públicos, en su artículo 19, numeral 2, se establece que entre sus funciones está:

'Otorgar, en nombre del Estado según proceda, las concesiones, licencias y autorizaciones para la prestación de los servicios públicos de su competencia, de acuerdo con las normas vigentes, hasta tanto se aprueben las normas sectoriales correspondientes...'

La Ley 6 de 3 de febrero de 1997:

En su artículo 9, numeral 21 del Texto Único establece que esta Autoridad tendrá entre sus funciones, otorgar las concesiones y licencias para los servicios públicos indicados en la Ley.

En su artículo 49 establece:

Artículo 49: Licencias. El régimen de licencias se aplicará a la construcción y explotación de plantas de generación distintas a las sujetas a concesión. Serán otorgadas por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, mediante resolución motivada, **en la que se consignarán los términos y condiciones bajo los cuales se otorga en cada caso particular**, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos por la legislación vigente en materia de protección ambiental...'

Resolución AN 1021-Elec de 19 de julio de 2007.

El artículo 20 del Anexo 1 de la Resolución AN 1021-Elec de 19 de julio de 2007, establece:

'Artículo 20: Las Resoluciones que otorguen las licencias indicarán en forma explícita los derechos, obligaciones y restricciones de las respectivas Licencias.'

...' (Cfr. foja 61 – 62 del expediente judicial) (El resaltado es nuestro).

De lo indicado por la entidad demandante se desprenden elementos que consideramos importante pasar a analizar.

En efecto, debemos precisar que si bien existen elementos comunes y propios de toda concesión, por la tecnicidad que implica el tema de la generación eléctrica, habrán condiciones que resultaran particulares en lo que respecta a cada caso, las que, por su propia naturaleza, no podrán ser aplicadas de manera

genérica e indistinta, sin tomar en consideración las características y condiciones propias de cada situación.

Producto de lo anterior, es que las normas arriba transcritas atinadamente indican que en la resolución respectiva **se consignarán los términos y condiciones bajo los cuales se otorga en cada caso particular**, elemento que ciertamente dota de flexibilidad a la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos** en lo que respecta a las condiciones del otorgamiento de las Licencias.

En este contexto, no debemos perder de vista que una de las finalidades de la **ASEP** es la de garantizar, tanto la calidad del servicio, así como su prestación continua y eficiente; motivo adicional que justifica, que la Autoridad cuente con mecanismos que permitan ejecutar de manera efectiva la función que le fue establecida por la ley.

Como sustento a lo indicado en el párrafo que antecede, hacemos referencia al artículo 2 (numeral 1), el artículo 4 (numeral 1 y 3) y el artículo 5 (numeral 4) del Texto Único de la Ley 6 de 3 de febrero de 1997, los cuales establecen lo siguiente:

“Artículo 2. Finalidad del régimen. El régimen establecido en esta Ley, para la prestación del servicio público de electricidad, tiene por finalidad:

1. Propiciar el abastecimiento de la demanda de los servicios de energía eléctrica y el acceso de la comunidad a éstos, bajo criterios de eficiencia económica, viabilidad financiera, **calidad y confiabilidad del servicio**, dentro de un marco de uso racional y eficiente de los diversos recursos energéticos del país.

...”

“Artículo 4. Intervención del Estado. El Estado intervendrá en los servicios públicos de electricidad, únicamente para los siguientes fines:

1. **Garantizar la calidad del servicio** y su disposición final, para asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de los clientes.

...

3. Asegurar la prestación eficiente, continua e ininterrumpida del servicio, salvo cuando existan razones de fuerza mayor, caso fortuito, de orden técnico, económico, por sanciones impuestas a los clientes, o por uso fraudulento de la electricidad, que así lo exijan.”

“**Artículo 5.** Instrumentos de la intervención estatal. Constituyen instrumentos para la intervención estatal en los servicios públicos de electricidad, todas las atribuciones y funciones asignadas a las entidades, autoridades y organismos de que trata esta Ley, especialmente las relativas a las siguientes materias:

...

4. Control y vigilancia de la observancia de las normas y de los planes y programas sobre la materia.”

Como se observa, las normas indicadas le asignan a la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos** una labor que va más allá de la simple supervisión, convirtiéndose esa Autoridad en la encargada de velar por que se preste de manera **ininterrumpida, eficiente, continua, y con altos estándares de calidad**, el servicio público de electricidad.

Por otro lado, somos de la consideración que el análisis que nos encontramos realizando, no puede darse desconociendo las realidades que llevaron a la aplicación de lo establecido en el Artículo 16 del Punto Primero de la Resolución AN 1442-Elec de 15 de enero de 2008, que justifican y a su vez validan su existencia dentro de este tipo de concesiones, a saber:

Informe de conducta de la entidad demandada:

“**El 4 de febrero de 2014**, en nota dirigida a la Secretaría Nacional de Energía, al Ministerio de Economía y Finanzas, al Centro Nacional de Despacho y a esta Autoridad Reguladora, la empresa **TERMICA DEL CARIBE, S.A.**, comunicó que **a partir del día 5 de febrero de 2014**, no podría seguir generando electricidad para el Sistema Interconectado Nacional.” (El resaltado es nuestro) (Cfr. foja 60 del expediente judicial).

Obsérvese que en menos de un mes, contado a partir de la fecha de la comunicación de dicha nota, la empresa **Térmica del Caribe, S.A.**, estaría dejando de generar electricidad.

Lo anterior supone una baja considerable dentro del mercado energético, habida cuenta que, el contar con una generadora menos, traería como consecuencia que tanto la energía, como la potencia, que ésta estaba supuesta a generar, y que probablemente ya se encontraba comprometida, nunca se iba a llegar a producir.

Por otro lado, tenemos que recordar que el momento dentro del cual se da la salida de esta generadora, concuerda con una época en donde el país estaba pasando por una grave ausencia de lluvias, situación que complicaba la generación de electricidad a base de agua.

Continuando con la relación de los hechos, tenemos que la entidad demandada, en su informe de conducta, indicó lo siguiente:

“En virtud de lo anterior, esta Autoridad solicitó al Centro Nacional de Despacho, a través de Nota DSAN 0439-2014 de 6 de febrero de 2014, un análisis de cobertura de Demanda para el período 2014-2015, considerando la salida de la Central Termoeléctrica El Giral, propiedad en ese entonces de TERMICA DEL CARIBE, S.A.

Que mediante Nota de 14 de febrero de 2014, recibida el 17 de febrero de 2014, Banistmo Investment Corporation, S.A., comunica a esta Autoridad Reguladora que se han cumplido con las condiciones establecidas en el Fideicomiso y que, por lo tanto se cede la Licencia Definitiva otorgada mediante Resolución AN 1442-Elec de 15 de enero de 2008, que ampara la operación de la planta termoeléctrica denominada El Giral Power Station, a la sociedad **VALLEY RISE INVESTMENT, S.A.**

Con el propósito de asegurar la continuidad del servicio público de electricidad en forma eficiente e ininterrumpida en consideración a la situación crítica en la cual se encontraba el sector de energía y cumplidos los requisitos para la cesión, esta Autoridad Reguladora, tomó medidas para garantizar la prestación continua e

ininterrumpida del Servicio Público de Electricidad, ante la cesación unilateral e intempestiva de las actividades de TERMICA DEL CARIBE, S.A., y la consiguiente desatención de sus compromisos, lo cual inevitablemente, provocaría afectaciones a terceros y al Mercado Mayorista y cedió la Licencia Definitiva de la empresa Térmica del Caribe, S.A., a la empresa **VALLEY RISE INVESTMENT, CORP.**, por medio de la Resolución AN 7097-Elec 17 de febrero de 2014." (El resaltado es nuestro) (Cfr. foja 60 – 61 del expediente judicial).

Lo arriba indicado, sustenta los argumentos previamente expuestos, en el sentido que, tal y como habíamos indicado, la salida abrupta de la generadora traería como posible consecuencia que no se pudiera otorgar de manera efectiva la energía y la potencia que esta estaba supuesta a generar; razón por la que, una vez se da la salida, una de las primeras acciones que se toma es realizar un análisis de cobertura para los años 2014 – 2015.

Por otro lado, y como también se indicó en su momento, la existencia del artículo cuya nulidad hoy se exige, permitió que tanto el sistema, como la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos**, haya podido actuar de una manera **pronta y eficaz**, ante una situación que se dio de manera repentina y sin previo aviso, como lo fue la cesación de las operaciones de Térmica del Caribe, S.A., pudiendo, aún bajo ese escenario, **garantizar la prestación continua e ininterrumpida del Servicio Público de Electricidad.**

Consideramos importante tener presente, que el funcionamiento del Estado moderno, el de sus distintas instituciones y, en consecuencia, el alcance de sus fines, se encuentra en gran medida condicionado a la existencia del servicio público de electricidad; motivo por el cual, tanto el sistema, como la regulación vigente, deben contar con mecanismos que permitan que, ante situaciones imprevistas como la que nos encontramos analizando, se puedan contar con opciones que no solo resulten oportunas, sino que también sean efectivas y sostenibles a largo plazo; habida cuenta que, tanto la generación, como la

distribución de energía eléctrica constituye uno de los motores de la sociedad moderna.


En este marco conceptual debemos tener claro, que el que se hubiese podido reemplazar, como se hizo, a **Térmica del Caribe, S.A.**, y en consecuencia, **que se pudiera continuar satisfaciendo la necesidad de producción energética**, fue en gran medida debido a la existencia del artículo cuya nulidad hoy solicita la demandante.


En este sentido, es en atención a la facultad contenida en artículo 16 de la Resolución AN 1442-Elec de 15 de enero de 2008, que la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos** puede brindar soluciones ante imprevistos como el que ampliamente hemos hecho referencia, razón por la que, eliminar dicha facultad implicaría dejar sin efecto una de sus más importantes herramientas en lo que respecta a su función de garantizar la calidad, prestación eficiente, continua e ininterrumpida del servicio de generación y transmisión eléctrica.

Por las consideraciones previamente expuestas, esta Procuraduría solicita a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL** el Artículo 16 del Punto Primero de la Resolución AN 1442-Elec de 15 de enero de 2008, emitida por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos.

IV. Pruebas: Se aduce como prueba documental, la copia autenticada del expediente administrativo que guarda relación el caso, el cual reposa en los archivos de la entidad demandada.

Del Señor Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente 66-17