

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 1183

Panamá, 28 de octubre de 2016

Proceso Contencioso
Administrativo de Nulidad.

Concepto de la Procuraduría
de la Administración.

El Licenciado Luis A. Chifundo A., actuando en representación de **Roberto González Valencia**, solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución AN 7097-Elec de 17 de febrero de 2014, emitida por la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos**, su acto confirmatorio, 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 intervenir en interés de la ley dentro del proceso contencioso administrativo de nulidad descrito en el margen superior.

I. Antecedentes

El día 5 de junio de 2015, el licenciado Luis A. Chifundo A., actuando en nombre y representación de **Roberto González Valencia**, interpuso una demanda contencioso administrativa de nulidad en contra de la Resolución AN 7097 Elec de 17 de febrero de 2014, a través de la cual la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, dispuso, entre otras cosas, lo siguiente:

"PRIMERO: MODIFICAR el resuelto primero de la Resolución AN No.1442-Elec de 15 de

enero de 2008, por el cual se otorga Licencia Definitiva a la empresa TÉRMICA DEL CARIBE S.A., para la instalación, operación y explotación de una planta de generación termoeléctrica, el cual quedará así:

PRIMERO: OTORGAR a favor de la empresa denominada **VALLEY RISE INVESTMENT CORP.**, inscrita a la Ficha 784309, Documento 2266047 del Registro Público, una **LICENCIA DEFINITIVA** para la operación y explotación de una planta de generación termoeléctrica denominada El Giral Power Station, ubicada en el corregimiento de Buena Vista, distrito de Colón, provincia de Colón, con una capacidad instalada de 49.2 MW, constituida por 4 motores modelo 18V 28/32 S y 4 motores modelo 18V 32/40, cuyas características se describen en documentos adjuntos a la solicitud que reposa en la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos. Se emite, en consecuencia, el Certificado de Licencia con Registro No.064-A, que se adjunta a la presente Resolución." (Cfr. fojas 8 - 9 del expediente judicial).

Dicho lo anterior, el demandante fundamenta su accionar, entre otras consideraciones, en lo siguiente:

"PRIMERO: Mediante Resolución AN No.1442-Elec de 15 de enero de 2008, la Autoridad Nacional de los Servicios públicos, confirió a 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 ...

SEGUNDO: En nota número EG-03-040 de fecha 2 de junio de 2011, la empresa Térmica del Caribe, S.A., notificó a la Autoridad Reguladora, que había suscrito un fideicomiso irrevocable de administración y garantía constituido para garantizar la facilidad sindicada frente a instituciones financieras de la localidad, la cesión

condicionada y en fideicomiso a favor de HSBC Investment Corporation (Panama), S.A., (ahora Banistmo Investment Corporation) en condición de fiduciario, de la licencia definitiva otorgada mediante Resolución AN No.1442-Elec de 15 de enero de 2008, que ampara la operación de la planta termoeléctrica denominada El Giral Power Station.

TERCERO: El pasado 11 de febrero de 2014, mediante Resolución No. AN No.7089 Elec, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos ordenó la intervención de la empresa TERMICA DEL CARIBE, S.A., inscrita en el Registro Público a ficha 409180, DOCUMENTO 294282 de la Sección de Micropelícula (Mercantil) del Registro Público, con el propósito de asegurar la continuidad del servicio público de electricidad de forma eficiente e ininterrumpida, designando como inventor, en el mismo instrumento a JOSE ERNESTO CASTILLO AGUILAR.

CUARTO: Tres (3) días después; en nota fechada 14 de febrero de 2014, recibida el 17 del mismo mes y año, Banistmo Investment Corporation, S.A., comunicó a la Autoridad Reguladora que cedía en su condición de fiduciario, la licencia definitiva otorgada mediante Resolución AN No.1442 Elec de 15 de enero de 2008 favor de TERMICA DEL CARIBE, S.A., a la empresa VALLEY RISE INVESTMENT CORP., S.A.

QUINTO: El mismo día de recibida la nota del BANISTMO INVESTMENT CORPORATION, S.A., (17 de enero de 2014) y seis (6) días después de haberse ordenado la intervención de TERMINCA DEL CARIBE S.A., la Autoridad nacional de los Servicios Públicos, dictó la Resolución AN No.7097-Elec 'Por la cual se otorga Licencia Definitiva a la empresa VALLEY RISE INVESTMENT CORP. S.A., para la instalación, operación y explotación de una planta de generación termoeléctrica denominada El Giral Power, debido a la cesión condicionada realizada por TERMICA DEL CARIBE, S.A.'

..." (Cfr. fojas 13 - 14 del expediente judicial).

El día 29 de diciembre de 2015, el licenciado Alfredo E. Rivera G., en su condición de Defensor de Ausente y actuando en nombre y representación de **Valley Rise Investment Corp.**, presentó su contestación a la demanda interpuesta, negando todos los hechos formulados por el actor (Cfr. fojas 64 - 65 del expediente judicial).

II. Normas que se aducen infringidas.

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

A Los artículos 34, 35, 36, 37, 47, 52 y 62 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, los que, en este orden, se refieren a los principios que rigen al procedimiento administrativo general; la jerarquía normativa; la prohibición de emitir o celebrar actos con infracción de una norma jurídica vigente; la prohibición de establecer requisitos que no estén previstos en las disposiciones legales o reglamentarias; a la nulidad absoluta de los actos administrativos; y a los supuestos bajo los cuales una entidad pública puede revocar o anular de oficio una resolución en firme en la que se reconozcan o declaren derechos a favor de un tercero (Cfr. fojas 16 - 33 del expediente judicial).

B. El artículo 19 (numerales 2 y 24) de la Ley 26 de 29 de enero de 1996, que corresponde al artículo 20 (numerales 2 y 24) del Texto Único, que establece como funciones y atribuciones de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, entre otras, otorgar a nombre del Estado, según proceda, las concesiones, licencias y autorizaciones para la prestación de los servicios públicos de su competencia, de

conformidad con lo que establecen las Leyes sectoriales respectivas, las normas fiscales y demás disposiciones vigentes, debiendo la Autoridad consultar con las autoridades responsables de la seguridad nacional, para la emisión y/o cancelación de las concesiones, licencias y/o autorizaciones para la prestación de un servicio público, cuando puedan representar un riesgo a la seguridad nacional; y así como cualquier otra establecida en las leyes sectoriales, las cuales no podrán ser contrarias a las establecidas en esta ley (Cfr. fojas 16 - 33 del expediente judicial); y

C. El artículo 18 del Decreto Ejecutivo 22 de 19 de junio de 1998, el cual establece que el reinicio de operaciones por parte de la empresa intervenida será autorizado por el Ente Regulador (hoy Autoridad Nacional de los Servicios Públicos), siempre que el informe del interventor establezca que el concesionario intervenido se encuentra en condiciones de cumplir con las medidas dispuestas por el Ente Regulador. En caso contrario, se podrá determinar la resolución administrativa del contrato de concesión o licencia conforme a lo dispuesto en el contrato celebrado con la empresa (Cfr. fojas 16 - 33 del expediente judicial).

III. Informe de Conducta.

Mediante la Nota DSAN-1787 de 13 de julio de 2015, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos emitió su informe explicativo de conducta, en donde se indicó, entre otras cosas, lo siguiente:

"El 4 de febrero de 2014, en nota dirigida a la Secretaria 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 (STN).

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.

Tomando en consideración la situación crítica en la cual se encontraba el sector de energía, a esa fecha, por la salida de la central de generación eléctrica de la empresa PanAm Generating Limited, y con el fin de garantizar el suministro de electricidad de los clientes finales, se requirió tomar medidas de manera inmediata 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 de Electricidad en su conjunto." (Cfr. fojas 49 - 53 del expediente judicial).

IV. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Una vez examinados los cargos de ilegalidad en los que se sustenta la pretensión del actor, 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 al recurrente;** criterio que basamos en las razones de hecho y de Derecho que exponemos a continuación.

De conformidad a lo indicado por el demandante, el acto objeto de reparo vulnera los artículos 34, 35, 36, 37, 47, 52 y 62 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, los que en este orden se refieren a los principios que informan al procedimiento administrativo general; la jerarquía normativa; la prohibición de emitir o celebrar actos con infracción de una norma jurídica vigente; la prohibición de establecer requisitos que no estén previstos en las disposiciones legales o reglamentarias; a la nulidad absoluta de los actos administrativos; y a los supuestos bajo los cuales una entidad pública puede revocar o anular de oficio una resolución en firme en la que se reconozcan o declaren derechos a favor de un tercero.

En este sentido, al explicar el concepto de la violación de las normas arriba indicadas, el actor señaló, entre otras cosas, lo siguiente:

"Ahora bien, la facultad de otorgar licencias (que es lo que nos ocupa en el presente caso) no es de modo alguno, una potestad que se ejerce de forma discrecional por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos y por tal, se le puede conceder una licencia para prestar los servicios públicos de electricidad a cualquier persona natural o jurídica.

Todo lo contrario; de esta autorización, solo pueden ser beneficiarias las empresas de servicios públicos de electricidad que se encuentren inscritas en el registro que deberá llevar la Autoridad de los Servicios Públicos, y que además, cuenten con por lo menos dos años de experiencia en la generación eléctrica.

...
En desarrollo de esta obligación, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (ASEP), dictó la resolución No.AN No.1021 Elec Panamá 19 de julio de 2007

'Por la cual se deroga la Resolución No. JD 110 de 14 de octubre de 1997 y sus modificaciones, y se aprueba el nuevo procedimiento para otorgar licencias de construcción y explotación de plantas de generación de energía eléctrica' en la que respecto de los requisitos para la solicitud de licencias de generación señala:

'Artículo 7: El solicitante de una licencia de generación **debe estar habilitado** por el Ministerio de Comercio e Industrias para ejercer **exclusivamente** la actividad de generación eléctrica, lo cual será confirmado por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos mediante el Aviso de Operación obtenido a través del Sistema PANAMA EMPRENDE.'

Pese a que de conformidad con el artículo citado, el solicitante o, por lo que vale entender que lo que se dice para el solicitante lo es válido para el para el beneficio de una licencia de generación eléctrica **lo será una empresa creada exclusivamente para tal propósito**, (es decir, para la generación eléctrica) la empresa VALLEY RISE INVESTMENT CORP, beneficiada con la licencia de generación eléctrica mediante la Resolución No. AN No.7097 de 17 de febrero de 2014, **fue constituida el pasado mes de octubre de 2012**, mediante escritura pública distinguida con el número 6914 de 10 de octubre de 2012, de la Notaría Duodécima del Circuito de Panamá, registrada ante el Registro Público en fecha 19 de octubre de 2012 y con un capital social de DIEZ MIL BALBOAS CON 00 CENTAVOS (B/.10,000.00)...

...
Como es fácil advertir, dentro de las actividades principales a las que se dedicaría VALLEY RISE INVESTMENT CORP., y para la cual fue creada, **no se encuentra la de generación eléctrica** con lo cual, al concederle licencia definitiva por parte de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, mediante la Resolución AN No.7097-Elec de 17 de febrero de 2014, para la generación eléctrica, violó el artículo 7 del Anexo 1 de la Resolución AN No.1021-Elec de 19 de julio de 2007, el cual exige, que el solicitante de una licencia de

generación de haberse constituido y estar habilitado para ejercer de forma exclusiva la actividad de generación eléctrica.

...
Huelga decir que VALLEY RISE INVESTMENT CORP., no solo no fue constituida para de forma exclusiva para dedicarse a la generación eléctrica, sino que además, VALLEY RISE INVESTMENT CORP., habiéndose constituido en el mes de octubre de 2012 ... , **no contaba** (aun en el supuesto hipotético de que hubiera sido constituida para dedicarse a la generación eléctrica de forma exclusiva) **con los dos años de experiencia como operador de planta de generación eléctrica exigidos en el numeral 7 del artículo 10 de la Resolución AN No.1021 Elec de 19 de julio de 2007**, para poder haber sido beneficiada con una licencia

..." (Cfr. fojas 17 - 20 del expediente judicial) (El resaltado es nuestro).

En este punto, consideramos importante indicar, que si bien el demandante alega que producto de la emisión del acto objeto de reparo, en adición a los artículos 34, 35, 36, 37, 47, 52 y 62 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, también se vulneró el artículo 19 (numerales 2 y 24) de la Ley 26 de 29 de enero de 1996, que corresponde al artículo 20 (numerales 2 y 24) del Texto Único; y el artículo 18 del Decreto Ejecutivo 22 de 19 de junio de 1998; el mismo no explicó el concepto de violación de estas dos últimas normas, motivo por el cual, el análisis de este este Despacho, se centrará en las disposiciones para las cuales sí se externó el concepto de la infracción.

De los argumentos externados por el demandante, podemos observar que su accionar se fundamenta, básicamente, en que (i) la sociedad beneficiaria de la licencia no se encontraba

inscrita en el registro al que hace alusión el artículo 24 de la Ley 6 de 3 de febrero de 1997, (ii) hoy el artículo 13 del Texto Único de esa ley; que no contaba, al momento del otorgamiento de la licencia, con un aviso de operación y (iii) que no poseía la experiencia mínima de dos (2) años exigida en la ley a fin que pudiera ser considerada como una posible beneficiaria de una licencia definitiva para la operación y explotación de una planta de generación eléctrica.

Al realizar un análisis de las constancias que reposan en autos, podemos observar que el actor solo ha acompañado a la demanda: la copia del acto objeto de reparo, así como de los actos confirmatorios, obviando cualquier otra documentación que pudiese servir de sustento a los hechos en los cuales basa su accionar.

En este sentido, el artículo 784 del Código Judicial es claro al indicar que incumbe a las partes probar los hechos o datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas en que sustenta su pretensión, obligación que cobra una importancia adicional en el caso que ocupa nuestra atención, tomando en consideración la presunción de legalidad que acompaña a todo acto administrativo.

Dicho lo anterior, el recurrente no ha presentado elemento alguno que acredite que la sociedad Valley Rise Investment Corp., no se encontraba inscrita en el registro al que hace alusión el artículo 24 de la Ley 6 de 3 de febrero de 1997, hoy artículo 13 de su Texto Único, así como tampoco prueba alguna de la supuesta falta de experiencia mínima

exigida por la ley a fin que a la demandada le pudiera ser reconocida la licencia definitiva para la operación y explotación de una planta eléctrica.

En lo que respecta a la carencia del aviso de operación, resulta importante indicar que la Autoridad estaba consiente, al momento en que emitió la Resolución AN 7097 de 17 de febrero de 2014, que la beneficiaria de la misma no contaba con dicho requisito, sin embargo, este vicio fue subsanado, tal y como se indicó en la Resolución 8149 de 11 de diciembre de 2014, dos (2) días después de habersele concedido la licencia (Cfr. fojas 38 - 40 del expediente judicial).

Atendiendo a lo anterior, surge la pregunta ¿Por qué la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, a sabiendas que la beneficiaria de la licencia no contaba con un aviso de operación, le concedió a esta una licencia definitiva?

A fin de responder la interrogante formulada, debemos situarnos en el contexto histórico en el que se dictó el acto objeto de reparo.

El día 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 la 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 (SIN)** (Cfr. foja 50 del expediente judicial).

Constituye un hecho público y notorio, que para la fecha en que se hizo esta comunicación, el país estaba enfrentando una crisis energética producto, entre otros factores, de la

falta de lluvia que en ese momento se estaba experimentando, llegándose inclusive a realizar para estas mismas fechas, distintos planes a nivel estatal, a fin de reducir el consumo energético y así poder garantizar su suministro.

En este sentido, la entidad demandada, mediante su informe de conducta, indicó lo siguiente:

"Tomando en consideración la situación crítica en la cual se encontraba el sector de energía, a esa fecha, por la salida de la central de generación eléctrica de la empresa PanAm Generating Limited, y con el fin de garantizar el suministro de electricidad de los clientes finales, se requirió tomar medidas de manera inmediata 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 de Electricidad en su conjunto." (Cfr. fojas 50 - 51 del expediente judicial).

Ante ese escenario, cobra relevancia lo dispuesto en los primeros 4 artículos del Texto Único de la Ley 6 de 1997, a saber:

"Artículo 1. Objeto de la Ley. La presente Ley establece el régimen a que se sujetarán las actividades de **generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica**, destinadas a la prestación del servicio público de electricidad, así como de las actividades normativas y de coordinación consistentes en la planificación de la expansión, operación integrada del sistema interconectado nacional, regulación económica y fiscalización.

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 estos, bajo criterios de eficiencia económica, viabilidad financiera, calidad y **confiabilidad de servicio**, dentro de un marco de uso racional y eficiente de los diversos recursos energéticos del país.

...

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

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

...

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

De las normas arriba transcritas, se desprende una de las funciones más importantes de la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos**, a saber, asegurar la prestación eficiente, continúa e ininterrumpida del servicio eléctrico.

Tal y como la Autoridad indicó en su informe de conducta, la **situación crítica en la cual se encontraba el sector de energía, a esa fecha, por la salida de la central de generación eléctrica de la empresa PanAm Generating Limited**, aunado al hecho de la falta de lluvias que experimentaba el país en ese momento, trajo consigo la

necesidad de tomar medidas inmediatas a fin de **garantizar la prestación continua e ininterrumpida del servicio público de electricidad.**

Lo hasta ahora expuesto, nos lleva a concluir que la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos actuó de manera cónsona con la crisis energética que en ese momento se encontraba viviendo el país, tomando las medidas que en su momento se consideraron como las más idóneas, a fin de garantizar el servicio público de electricidad y así evitar un desabastecimiento masivo que pudiera traer como consecuencia perjuicios para la colectividad de inmensas proporciones.

Por las consideraciones previamente expuestas, esta Procuraduría solicita a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL la Resolución AN 7097-Elec de 17 de febrero de 2014**, emitida por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, y en consecuencia, se niegue el resto de las pretensiones solicitadas en la demanda.

Del Señor Magistrado Presidente,



Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración



Giovanni E. Ruiz Obaldía
Secretaria General, Encargado