

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 260

Panamá, 12 de marzo de 2010

**Advertencia de
Ilegalidad.**

Concepto.

La firma forense De Obaldía & García de Paredes, en representación de la **Fundación Abros**, solicita se declare nulo, por ilegal, **el artículo 64 del decreto ejecutivo 22 de 19 de junio de 1998** "Por el cual se reglamenta la ley 6 de 3 de febrero de 1997, que dicta el marco regulatorio e institucional para la prestación del servicio público de electricidad."

Señor 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 9 del artículo 5 de la ley 38 de 2000, con la finalidad de emitir el concepto de la Procuraduría de la Administración respecto de la advertencia de ilegalidad descrita en el margen superior.

I. Antecedentes.

Mediante la resolución AN1639-Elec de 24 de abril de 2008, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos y la empresa Hidroeléctrica Tizingal, S.A., celebraron el contrato de concesión para la construcción y operación del proyecto de generación hidroeléctrica a ubicarse en el corregimiento de Volcán, distrito de Bugaba, de la provincia de Chiriquí. (Cfr. fojas 89 a 96 del expediente judicial).

Como resultado de lo anterior, se determinó que el proyecto de construcción afectaría algunas fincas de

propiedad privada, entre las que se encuentran las fincas 27721 y 12729, ambas de propiedad de la Fundación Abros. (Cfr. fojas 89 a 96 del expediente judicial).

Ante la imposibilidad de lograr un acuerdo entre las partes, la empresa concesionaria solicitó a la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos que se adelante un proceso administrativo de constitución de servidumbre forzosa, sobre las fincas antes citadas, y en ese sentido también ha solicitado a la autoridad reguladora que se inicie el proceso sumario regulado en el artículo 64 del decreto ejecutivo 22 de 19 de junio de 1998, a efectos de que la construcción de la central hidroeléctrica Tizingal S.A., sea declarada de carácter urgente. (Cfr. fojas 89 a 96 del expediente judicial).

II. Advertencia de Ilegalidad.

La apoderada judicial de la Fundación Abros advierte la ilegalidad del artículo 64 del decreto ejecutivo 22 de 19 de junio de 1998, por medio del cual se dispone lo siguiente:

"Artículo 64. Procedimiento Sumario. Si la ejecución de cualquiera obra o trabajo es calificada por el Ente Regulador como de carácter urgente para satisfacer necesidades básicas de la comunidad, y si las partes no han logrado un acuerdo previamente en un plazo de quince (15) días calendario, aplicará el siguiente procedimiento sumario de excepción:

1. Aprobación por el Ente Regulador del proyecto y planos de la obra;
2. Fijación de una suma provisional como anticipo de compensación por servidumbre, (o valor de adquisición, en su caso).
3. Obligación de la concesionaria o licencitaria de depositar dicho importe, que será mantenido en caución,

o dado en pago al titular del predio en caso de mutuo acuerdo al respecto.

4. Las cuestiones vinculadas con la determinación definitiva de la indemnización se tramitarán conforme lo dispone la Ley."

En opinión de la advirtiente, dicha norma será aplicada por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos para resolver el procedimiento administrativo de constitución de servidumbre forzosa que se adelanta en esa entidad.

III. Disposiciones que se aducen infringidas y conceptos de las supuestas infracciones.

La empresa advirtiente aduce que el artículo 64 del decreto ejecutivo 22 de 19 de junio de 1998 infringe las siguientes disposiciones de la ley 6 de 3 de febrero de 1997: el artículo 124 que, entre otras cosas, dispone que cuando se trate de bienes de particulares, el beneficiario de la concesión, o de la licencia deberá gestionar directamente con el propietario del inmueble, el derecho de uso, la adquisición voluntaria o la constitución de la servidumbre sobre dichos bienes; el artículo 125 que señala que si el acuerdo directo o la diligencia a que se refiere el artículo anterior fallare, corresponde al ente regulador autorizar el uso, la adquisición forzosa de bienes e imponer las servidumbres forzosas, lo cual se tramitará y resolverá únicamente conforme a las disposiciones de esta ley y lo que disponga el reglamento; y los artículos 126, 127, 128, 129, 130, 132, 133, 134, y 135 que, entre otras cosas, establecen el procedimiento a seguir ante el ente regulador ahora Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, en los casos de

uso forzoso de bienes de propiedad pública, o la disposición forzosa de inmuebles de propiedad privada para los fines de concesión o de licencia.

Como se observa, la parte actora considera ilegal la norma reglamentaria antes citada, toda vez que establece un proceso sumario de excepción como mecanismo de fuerza en contra de los particulares, al fijar un límite de tiempo para la negociación que debe efectuar el beneficiario de la concesión o de la licencia; término éste que la ley 6 de 3 de febrero de 1997, a través de la cual se dicta el marco regulatorio e institucional para la prestación del servicio público de electricidad, no establece.

IV. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Este Despacho se opone a los planteamientos expuestos por la recurrente, habida cuenta que el artículo 64 del decreto ejecutivo 22 de 19 de junio de 1998, fue dictado en ejercicio de la potestad reglamentaria que tiene el Estado de intervenir en toda clase de empresas, para hacer efectiva la justicia social y, en el caso que nos ocupa, para asegurar la efectiva aplicación de las disposiciones de la ley 6 de 3 de febrero de 1997, por medio de la cual se establece el marco regulatorio e institucional para la prestación del servicio público de electricidad, por lo que en razón de ello se les ha otorgado a los concesionarios de estos servicios ciertas prerrogativas que resultan necesarias y útiles para las actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica, las cuales forman parte integral en la prestación de dicho servicio público.

Entre las disposiciones de la ley 6 de 1997 a las que hacemos alusión podemos señalar las siguientes:

1. El artículo 122 que declara de utilidad pública todos los bienes inmuebles y sus mejoras, que sean necesarios, convenientes, útiles o usualmente empleados para las obras, instalaciones y actividades de generación, interconexión, transmisión y distribución de electricidad destinada al servicio público;

2. El artículo 123 que dispone que las concesiones y licencias otorgadas para el ejercicio de cualquiera de las actividades destinadas al servicio público de electricidad, gozarán de los derechos de uso, adquisición y servidumbre a que, por motivos de utilidad pública de acuerdo con esta ley, estará sujeto todo inmueble con relación a los estudios, construcción, operación y mantenimiento de las obras, instalaciones y actividades relacionadas con la generación, interconexión, transmisión y distribución de energía eléctrica para el servicio público;

3. El artículo 125 que, entre otras cosas, indica que en caso que el acuerdo directo entre el titular de la concesión y el propietario del inmueble fallare, corresponde al desaparecido Ente Regulador, actualmente a la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, autorizar el uso, la adquisición forzosa de bienes e imponer las servidumbres forzosas, necesaria para los fines de la concesión lo cual se tramitará y resolverá únicamente conforme a las disposiciones de esta ley y lo que disponga el reglamento; y

4. El artículo 126 que señala que el beneficiario de la concesión o de la licencia que requiera el uso forzoso de bienes de propiedad pública, o la disposición forzosa de inmuebles de propiedad privada, para los fines de la concesión o de la licencia, formulará su solicitud al Ente Regulador, indicando la naturaleza, ubicación y detalles del área de terreno requerida que permitan su debida identificación, el nombre del propietario o propietarios del inmueble o inmuebles, las construcciones que deba efectuar, acompañada de los correspondientes planos y memorandos descriptivos.

Con fundamento en las normas antes citadas y en el evento que las partes no logran llegar a un acuerdo previo, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, como entidad que tiene a su cargo el control y la fiscalización de la prestación de los servicios públicos puede intervenir para resolver las controversias que surjan al respecto.

En ese mismo orden de ideas, esta Procuraduría observa que la construcción y operación del proyecto de generación propiedad de la empresa concesionaria Hidroeléctrica Tizingal, S.A., tiene como finalidad la prestación de un servicio público, de manera tal, que estas servidumbres pueden ser impuestas directamente por la ley o bien resultar de un proceso administrativo que tiene como sustento un precepto legal que obliga a su constitución, incluso ante la oposición del dueño del predio sirviente.

Sobre el particular, no debe perderse de vista que el artículo 3 de la ley 6 de 1997 dispone que la generación,

transmisión, distribución y comercialización de electricidad destinadas a satisfacer necesidades colectivas primordiales en forma permanente, se consideran servicios de utilidad pública; de tal suerte que las disposiciones de esta ley deben interpretarse en congruencia con el principio de supremacía del interés público frente al privado, de lo que se infiere que el interés o la conveniencia de la colectividad, en este caso conjugado en una eficiente prestación del servicio público de energía eléctrica, viene a ocupar una posición preferente ante el interés particular de quienes pudieran verse afectados por la adquisición forzosa de un bien en el marco del procedimiento previsto por el artículo 64 del decreto ejecutivo 22 de 19 de junio de 1998.

En virtud de lo anterior, este Despacho es del criterio que la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos tiene la potestad de conceder a la obra que ejecutará la empresa Hidroeléctrica Tizingal, S.A., la connotación de carácter urgente y de interés público, a lo que debe aunarse el hecho que la etapa de negociación con los propietarios de la finca afectada, propiedad de la Fundación Abros, fue agotada sin haberse podido llegar a un acuerdo, de allí que, sea factible la aplicación del procedimiento sumario que, por vía de excepción, prevé el artículo cuya ilegalidad se advierte.

Al pronunciarse en torno a la aplicación del artículo 64 del decreto ejecutivo 22 de 19 de junio de 1998, ese Tribunal en fallo de 19 de agosto de 2005, sentó los siguientes criterios:

"... Con relación a la alegada infracción del artículo 64 del Decreto Ejecutivo 22 de junio de 1998, tenemos que esta norma prevé la aplicación de un procedimiento sumario de excepción cuando se cumplen dos supuestos específicos:

1.- La ejecución de cualquier obra o trabajo para satisfacer necesidades básicas de la comunidad (en este caso, la prestación de un servicio público), ha sido calificada por el Ente como de carácter urgente.

2.- Que las partes no hayan logrado un acuerdo previo, en un plazo de quince (15) días calendarios.

De cumplirse con los dos supuestos previamente enunciados, la norma establece la aplicación del procedimiento sumario de excepción.

Observa esta Superioridad que la alegada violación directa de la norma, fundamentada en que las partes ...no han logrado un acuerdo previamente en un plazo de quince (15) días calendarios..., siendo ...menester que las partes inicien una negociación tendiente a fijar el monto de la indemnización que le corresponde al propietario del bien afectado por la construcción de la obra..., es improcedente, toda vez que de las constancias obrantes en autos, se evidencia que la etapa de negociación para lograr un acuerdo con los propietarios de los predios afectados fue cumplida (ver foja 5 del expediente contentivo del presente proceso).

Las anteriores consideraciones que conllevan a que la obra fuera calificada de carácter urgente, aunado al hecho de haber agotado la etapa de negociación con los propietarios de las fincas afectadas, hacen perfectamente posible la aplicación del procedimiento sumario de excepción contenido en la decisión atacada.

La alegada infracción del artículo 132 de la Ley 6 de febrero de 1997, misma que se fundamenta en la falta de negociación previamente invocada,

carece de validez por los motivos antes expuestos.

Dadas las consideraciones fácticas y legales expuestas, esta Superioridad estima que la decisión proferida por el Ente es legal y no ha infringido las normas invocadas por la empresa demandante." (Lo subrayado es nuestro)

Por todo lo expuesto, esta Procuraduría solicita a ese Tribunal se sirva declarar que NO ES ILEGAL el artículo 64 del decreto ejecutivo 22 de 19 de junio de 1998 "Por el cual se Reglamenta la ley 6 de 3 de febrero de 1997, que dicta el marco regulatorio e institucional para la prestación del servicio público de electricidad."

IV. Derecho: Se niega el derecho invocado.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Nelson Rojas Avila
Secretario General

Expediente 453-09