

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 680

Panamá, 1 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 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 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 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).

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 7 – 8 del expediente judicial).

El 16 de agosto de 2017, la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos** mediante Nota DSAN 2425 de 14 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 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.

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 71 del expediente judicial).

El día 5 de diciembre de 2017, el Licenciado Roberto Aparicio Alvear, en su condición de Defensor de Ausente y actuando en nombre y representación de la sociedad **TERMICA DEL CARIBE, S.A.**, presentó su contestación a la demanda interpuesta, negando todos los hechos formulados por la actora (Cfr. fojas 84 - 85 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, 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 de generación, transmisión, distribución y comercialización de electricidad; a los fines en los cuales el Estado podrá intervenir; 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 11, 13 – 18, 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 19 - 21 del expediente judicial);

C. El artículo 13 del Decreto Ejecutivo 22 de 1998, el cual se refiere a los requisitos para obtener una licencia para generación eléctrica (Cfr. fojas 11 - 12 del expediente judicial);

D. 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 12 - 13 del expediente judicial);

E. 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 21 - 23 del expediente judicial); y

D. El artículo artículo 1558 (numeral 7) del Código de Comercio, el cual dispone que será fraudulenta la quiebra, entre otras cosas, cuando se hiciera en fraude de los acreedores (Cfr. foja 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 en ninguna de ellas se señala que las Licencias pueden ser gravadas o cedidas a terceros, lo que trae como consecuencia la violación, entre otras normas, de la Ley 6 de 3 de febrero de 1997 (Cfr. fojas 11 – 23 del expediente judicial).

En concordancia con lo anterior, indica la accionante, que ni la Ley 6 de 3 de febrero de 1997 (que dicta el Marco Regulatorio e Institucional para la Prestación del Servicio Público de Electricidad), ni 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), 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. foja 9 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 hacer referencia a 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 43 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 46 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, 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.

Dicho lo anterior, resulta necesario hacer referencia a lo indicado por la entidad demandada en su informe de conducta, a saber:

“Mediante Nota EG-08-040 de 2 de junio de 2011, la empresa TERMICA DEL CARIBE, S.A., notificó a esta Autoridad Reguladora, en virtud del 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 (Panamá), S.A. (ahora Banistmo Investment Corporation, S.A.), en condición de Fiduciario, de 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, **la cual quedaría perfeccionada al verificarse las siguientes condiciones:**

- Que el Agente entregue al Fiduciario una Notificación de Incumplimiento de conformidad con lo estipulado en el Fideicomiso.
- El Fiduciario comunique por escrito a la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos que ha recibido la Notificación de Incumplimiento de parte del Agente.

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 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.

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 a empresa Térmica del Caribe, S.A., a la empresa VALLEY RISE INVESTMENT CORP., por medio de la Resolución AN 7097-Elec de 17 de febrero de 2014.” (Cfr. foja 71 – 72 del expediente judicial) (El resaltado es nuestro).

Así las cosas, no debemos perder de vista que la posibilidad de ceder la Licencia Definitiva, que le fue otorgada a la sociedad Térmica del Caribe, S.A., estuvo contemplada, desde un principio, en el artículo 16 de la Resolución AN 1442-Elec de 15 de enero de 2008, motivo por el cual, alegar que no existía un mecanismo para la cesión de la Licencia, no resulta una afirmación que se compadezca del contenido del artículo al que hemos hecho referencia.

En este orden de ideas, y al encontrarse vigente el artículo 16 de la Resolución AN 1442-Elec de 15 de enero de 2008, al momento que se emitió el acto objeto de reparo, lo que corresponde es verificar si las condiciones en él contenidas, a fin que se pudiera dar la cesión, fueron satisfechas, o no, por parte de quien en ese momento ostentaba la titularidad de la Licencia.

En este sentido, a fin de contar con mayor claridad en cuanto a los requisitos a los que hacemos alusión, transcribimos nuevamente el contenido del artículo 16 de la Resolución AN 1442-Elec de 15 de enero de 2008, siendo el mismo del tenor 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 46 del expediente judicial)(El resaltado es nuestro).

De la lectura del artículo transcrito, se desprende que solo existían dos requisitos con los que la Licenciataria debía cumplir a fin que la cesión de la Licencia resultara válida, a saber, que mediara una notificación previa, y que la misma se diera dentro de un plazo de 30 días calendario, contados a partir de la fecha de haber ejercido tal derecho; verificación que debe constituir, en el caso que nos encontramos analizando, el fondo del análisis.

En este marco conceptual, y tomando en consideración lo expresado por la entidad demandada en su informe de conducta, podemos concluir que la sociedad **Térmica del Caribe, S.A.**, sí cumplió con lo establecido en el artículo 16 de la Resolución 1442-Elec de 15 de enero de 2008, ya que:

“Mediante Nota EG-08-040 de 2 de junio de 2011, la empresa TÉRMICA DEL CARIBE, S.A., notificó a esta Autoridad Reguladora, en virtud del 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 (Panamá), S.A. (ahora Banistmo Investment Corporation, S.A.)...” (Cfr. foja 71 del expediente judicial).

De lo anterior se desprende con claridad, que **Térmica del Caribe, S.A.**, sí cumplió con el requisito contenido en el artículo 16 de la Resolución AN 1442-Elec de 15 de enero de 2009, el cual, no solo se encontraba vigente, sino que resultaba el aplicable a fin de determinar la procedencia, o no de la cesión de la Licencia.


De lo hasta ahora expuesto podemos concluir que, tomando en consideración que para el momento de la emisión del acto objeto de reparo, se encontraba vigente la Resolución AN 1442-Elec de 15 de enero de 2009, y la misma contenía un apartado que viabilizaba la posibilidad de ceder la Licencia Definitiva para la instalación, operación y explotación de la planta de generación termoeléctrica que fue otorgada a través de este mismo acto; resultaría jurídicamente improcedente cuestionar la existencia de una norma que permitiera realizar dicha operación.

Ahora bien, la posibilidad de acogerse al beneficio contenido en el artículo 16 de la Resolución AN 1442-Elec de 15 de enero de 2009, estaba sujeto a condiciones o requisitos; los cuales, como hemos podido observar, también fueron cumplidos a cabalidad por la entonces Licenciataria, trayendo esto como consecuencia que la misma se encontrara en la posibilidad de ceder su Licencia, tal y como lo permitía la propia Resolución AN 1442-Elec de 15 de enero de 2009.

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.

IV. Pruebas: Se aduce como prueba documental, copia autenticada del expediente administrativo que guarda relación con 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 67-17