

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 951

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 10 de septiembre de 2019

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Nulidad.**

El Licenciado Luis Chifundo, actuando en nombre y representación del **Sindicato de Trabajadores de la Industria Eléctrica y Similares de la República de Panamá**, solicita que se declare nulo, por ilegal, el Decreto de Gabinete 5 de 12 de febrero de 2019, dictado por el **Consejo de Gabinete**.

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

**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 en el proceso descrito en el margen superior.

I. Acto acusado de ilegal.

De acuerdo con las constancias procesales, el Licenciado Luis Chifundo, actuando en nombre y representación del **Sindicato de Trabajadores de la Industria Eléctrica y Similares de la República de Panamá**, solicita que se declare nulo, por ilegal, el Decreto de Gabinete 5 de 12 de febrero de 2019, dictado por el **Consejo de Gabinete**, "Que autoriza una o varias emisiones de Títulos Valores o Bonos Globales de la Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A. (ETESA), por la suma de hasta setecientos cincuenta millones de dólares de los Estados Unidos de América con 00/100 (US\$ 750,000,000.00), en el mercado de capitales internacionales y/o realizar operaciones de manejo de pasivos, y se dictan otras disposiciones". (Cfr. fojas 21 y 41 del expediente judicial).

II. Disposiciones legales que se aducen infringidas.

A. El demandante manifiesta que el acto acusado de ilegal, infringe las siguientes normas de la Ley 38 de 31 de julio de 2000:

a.1. El artículo 34, que se refiere a los principios que informan al procedimiento administrativo general (Cfr. fojas 23-31 del expediente judicial);

a.2. El artículo 35, que nos habla acerca del orden jerárquico de las disposiciones legales que deberán ser aplicadas en las decisiones y demás actos que adopten las entidades públicas, los municipios y las juntas comunales (Cfr. fojas 32-33 del expediente judicial);

a.3. El artículo 36, que preceptúa que ningún acto podrá emitirse en infracción de una norma jurídica vigente (Cfr. fojas 33-34 del expediente judicial).

a.4. El artículo 37, el cual establece que esta ley se aplica a todos los procesos administrativos que se surtan en cualquier dependencia estatal (Cfr. foja 23 del expediente judicial);

a.5. El artículo 47, que se refiere a la prohibición de establecer requisitos que no se encuentren previstos en disposiciones legales (Cfr. fojas 35-36 del expediente judicial);

a.6. El artículo 52, que contiene los supuestos en donde se incurre en vicio de nulidad absoluta de los actos administrativos (Cfr. fojas 36-37 del expediente judicial)

a.7. El artículo 62, el cual establece los casos en que las entidades públicas podrán revocar o anular de oficio una resolución en firme en la que reconozcan o declaren derechos a favor de terceros (Cfr. foja 23 del expediente judicial)

B. El artículo 19 (numerales 2 y 24) de la Ley 26 de 29 de enero de 1996, los cuales corresponden a los numerales 2 y 4 del artículo 20, luego de la organización experimentada mediante Texto Único de 29 de septiembre de 2006, los cuales tratan sobre las funciones y atribuciones de la Autoridad de los Servicios

Públicos, específicamente la de otorgar en nombre del Estado las concesiones, licencias y autorizaciones para la prestación de los servicios públicos de su competencia (Cfr. foja 23 del expediente judicial);

C. El artículo 19 (numeral 2) del Decreto Ley 10 de 22 de febrero de 2006, mismo que modificó el artículo 19 de la Ley 26 de 29 de enero de 1996, que a su vez quedó reorganizado como el artículo 20 luego de la promulgación del Texto Único de la Ley 26 de 2006, el cual trata sobre el otorgamiento de concesiones, licencias y autorizaciones por parte del Estado respecto de los servicios públicos regulados en esta ley (Cfr. foja 23 del expediente judicial); y

D. El artículo 18 del Decreto Ejecutivo 22 de 19 de junio de 1998, el cual establece que el reinicio de las operaciones por parte de la empresa intervenida será autorizado por el ente regulador (Cfr. foja 23 del expediente judicial).

III. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Como cuestión previa, debemos precisar que el demandante aduce la infracción de los artículos 37 y 62 de la Ley 38 de 2000; del artículo 19 (numerales 2 y 24) de la Ley 26 de 29 de enero de 1996; del artículo 19 (numeral 2) del Decreto Ley 10 de 22 de febrero de 2006 y del artículo 18 del Decreto Ejecutivo 22 de 19 de junio de 1998; sin embargo, no desarrolla el concepto de infracción de éstos, razón por la cual esta Procuraduría se limitará a emitir concepto respecto de las normas sobre las cuales el demandante sí desarrolló el concepto de infracción (Cfr. foja 23 y ss. del expediente judicial).

En este sentido, una vez analizados los argumentos en los cuales el demandante sustenta su pretensión, y revisado el expediente judicial, este Despacho estima oportuno conceptualizar las siguientes consideraciones.

Según se desprende de las constancias procesales, el Consejo de Gabinete emitió el Decreto de Gabinete 5 de 12 de febrero de 2019, "Que autoriza una o varias emisiones de Título Valores o Bonos Globales de la Empresa de Transmisión

Eléctrica, S.A. (ETESA), por la suma de hasta setecientos cincuenta millones de dólares de los Estados Unidos de América con 00/100 (US\$750 000 000.00), en el mercado de capitales internacionales y/o realizar operaciones de manejo de pasivos, y se dictan otras disposiciones”, el cual es objeto de impugnación por parte del sindicato recurrente.

Al sustentar el concepto de violación de las disposiciones que estima infringidas, la parte actora argumenta que mediante el decreto atacado el Consejo de Gabinete ejerció funciones que corresponden de forma única y exclusiva a la Junta Directiva de la Empresa de Transmisión Eléctrica (ETESA). Agrega que al autorizar la emisión de estos bonos y demás títulos valores, su negociación, firma y la inclusión de los respectivos pagos en el presupuesto de la entidad, el Consejo de Gabinete usurpó facultades que están conferidas a la Junta Directiva de ETESA, razón por la cual estima que se debe declarar la nulidad de ese acto administrativo, por contravenir el ordenamiento legal. (Cfr. fojas 22-23 del expediente judicial).

Continuó argumentando el recurrente que la Empresa de Transmisión Eléctrica es una compañía propiedad del Estado, y que por este motivo, tal como lo contempla el Texto Único de la Ley 6 de 1997, la misma se encuentra regida por la ley de sociedades anónimas, por lo que, según interpreta el letrado, todo lo relacionado al manejo, dirección y administración de ETESA corresponde a su Junta Directiva y su única obligación es la de informar al Órgano Ejecutivo, por tanto, no se puede interpretar que el **Consejo de Gabinete** posea facultades de autorización, supervisión o dirección de ETESA (Cfr. fojas 25-26 del expediente judicial).

De igual forma, el accionante solicitó a la Sala Tercera la suspensión provisional de los efectos del acto acusado, lo cual fue negado por los Magistrados que componen el Tribunal, por considerar que para que proceda la suspensión la ilegalidad de los actos debe ser clara y notoria. Agregaron asimismo que no existen

hasta este momento elementos para considerar la apariencia de buen derecho (Cfr. fojas 38 y 47-51 del expediente judicial).

Visto lo anterior, esta procuraduría estima que no le asiste la razón a la parte actora, por las razones que pasaremos a exponer a continuación.

Debemos partir por indicar que en la situación en estudio, la causa de pedir del sindicato demandante se centra en que, según expresa en su demanda, el **Consejo de Gabinete** no tiene facultad para autorizar a ETESA la emisión de una o varias emisiones de bonos globales, pues ello es competencia de la Junta Directiva de la referida empresa pública.

En tal sentido, contrario a lo argumentado por el recurrente, el artículo 16 del Texto Único de la Ley 6 de 1997, que dicta el marco regulatorio e institucional para la prestación del servicio público de electricidad, indica que la Junta Directiva de la Empresa de Transmisión Eléctrica responde ante el Órgano Ejecutivo. Dicho artículo es del tenor siguiente:

Artículo 16. Administración. El manejo, dirección y administración de estas empresas estarán a cargo de **su Junta Directiva, la cual responderá de ello ante el Órgano Ejecutivo**, representante del Estado y dueño de las acciones (Lo destacado es nuestro).

De igual forma, el artículo 25 del Texto Único de la Ley 6 de 1997, establece las atribuciones y funciones de la Junta Directiva de las empresas eléctricas propiedad del Estado. El numeral 8 del mencionado artículo nos dice:

Artículo 25. Atribuciones de la Junta Directiva. Son funciones de la Junta Directiva:

...
8. **Autorizar contrataciones, empréstitos, emisión de bonos**, obligaciones o cualesquiera otros **títulos valores o documentos de deuda**, para el financiamiento de los programas de expansión, funcionamiento y mantenimiento (La negrita es nuestra).

En la misma línea a lo establecido en los artículos anteriores, el artículo 28 del Texto Único de la mencionada ley nos ilustra de la siguiente manera:

Artículo 28. Préstamos y valores. Las empresas del Estado podrán contratar préstamos con el Estado, sus entidades autónomas o semiautónomas, así como con agencias internacionales de crédito e instituciones financieras de crédito, públicas o privadas.

Podrán igualmente emitir bonos, obligaciones o cualesquiera otros títulos valores o documentos de deuda de cualquier denominación con la garantía de sus bienes y la subsidiaria de la Nación **si así fuese autorizado específicamente por el Órgano Ejecutivo**. No podrá emitirse ningún documento de deuda en el cual se comprometa o se pudiese comprometer el control de las empresas eléctricas del Estado.

Tal como se ha podido apreciar de la normativa antes citada, vemos como la Junta Directiva responde por sus actuaciones ante el Órgano Ejecutivo por conducto del Consejo de Gabinete. Queda claro además que la misma se encuentra en total capacidad de emitir bonos, títulos valores o cualesquiera otro documento de deuda, para lo cual necesita autorización del órgano competente que en el caso que nos ocupa es el Consejo de Gabinete.

Por otra parte, se desprende del propio acto acusado, es decir, el Decreto de Gabinete 5 de 12 de febrero de 2019, que la Junta Directiva de ETESA autorizó la emisión de bonos objeto de impugnación, y lo sometió a consideración del Consejo de Gabinete. El acto atacado señala:

“Que en función de todo lo anterior, **la Junta Directiva de ETESA autorizó en Sesión Extraordinaria** celebrada el día 7 de diciembre de 2018, **la realización de una o más emisiones de Título Valores o Bonos Globales en los mercados internacionales**, ya sea a través de una o varias emisiones en el mercado primario, incluyendo reaperturas, bajo las siguientes características:” (La negrita es nuestra) (Cfr. foja 41 del expediente judicial).

En este mismo orden de ideas, al corrérsele traslado al Ministro de la Presidencia, como secretario del **Consejo de Gabinete**, mediante Informe de Conducta, señaló lo que a continuación se transcribe:

“Para tal fin [la autorización de una o varias emisiones de Títulos Valores o Bonos], **junto a la nota remisoría se acompañó como parte de la documentación soporte de la solicitud de autorización, una certificación suscrita por el secretario de Junta Directiva de la Empresa de Transmisión Eléctrica**

(ETESA), fechada el 7 de diciembre de 2018, en la que se hace constar que **en reunión de ese organismo directivo llevada a cabo esa misma fecha, se aprobó, entre otras cosas, una o varias emisiones de Títulos Valores o Bonos Globales de la Empresa en mercados internacionales**, ya sea a través de la emisión de una o varias emisiones en el mercado incluyendo reaperturas y determinando las especificaciones o condiciones. Además, se autorizó al gerente general para negociar, acordar, firmar y otorgar, los términos finales de todos los contratos, acuerdos, convenios, bonos, instrumentos, certificaciones y documentos, así como para contratar los servicios de uno o varios bancos

...

La decisión de la Junta Directiva contó también con opinión favorable del Consejo Económico Nacional, dada en sesión celebrada el 31 de enero de 2019, la cual consta en la Nota CENA/010 de 31 de enero de 2019” (El énfasis es nuestro) (Cfr. fojas 57-58 del expediente judicial).

Como se puede observar, contrario a lo argumentado por el demandante, en el caso que nos ocupa se siguió todo el procedimiento establecido en la normativa correspondiente para la emisión de bonos u otros títulos valores, dado que como primer punto se aprobó la emisión de éstos por parte de la Junta Directiva de ETESA, para luego obtener el concepto favorable del Consejo Económico Nacional, y finalmente someter todo a consideración del Consejo de Gabinete, como ente al cual responde la Junta Directiva de la Empresa de Transmisión Eléctrica.

Por todo lo expuesto, esta Procuraduría solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL** el Decreto de Gabinete 5 de 12 de febrero de 2019, dictado por el **Consejo de Gabinete**.

Del Honorable Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General