REPÚBLICA DE PANAMÁ

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN

Vista Número 484

Panamá, 14 de septiembre de 2012

Proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción.

Contestación de la demanda.

La firma forense Servicios Legales y Asociados, en representación de **Hidroecológica Chorcha, S.A.**, solicita se declare nula, por ilegal, la resolución AN-5176-Elec. de 15 de marzo de 2012, emitida por la **administradora general de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos**, el acto confirmatorio y que se hagan otras declaraciones.

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 2 del artículo 5 de la ley 38 de 31 de julio de 2000, con la finalidad de contestar la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción descrita en el margen superior.

I. Los hechos en que se fundamenta la demanda, los contestamos de la siguiente manera:

Primero: Es cierto; por tanto, se acepta. (Cfr. fs. 30-35 del expediente judicial).

Segundo: Es cierto; por tanto, se acepta. (Cfr. f. 35 del expediente judicial).

Tercero: Es cierto; por tanto, se acepta. (Cfr. f. 15 del expediente judicial).

Cuarto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Quinto: No es cierto como viene expuesto; por tanto, se niega.

Sexto: No es cierto como viene expuesto; por tanto, se niega.

Séptimo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Octavo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Noveno: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Undécimo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Duodécimo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo Tercero: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo Cuarto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo Quinto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo Sexto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo Séptimo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo Octavo: No es un hecho; por tanto, se niega.

II. Disposiciones que se estiman infringidas.

La apoderada judicial de la sociedad demandante sostiene que la resolución AN-5176-Elec. de 15 de marzo de 2012, acusada de ilegal, infringe las disposiciones que a continuación pasamos a indicar:

A. El artículo 62 de la ley 38 de 31 de julio de 2000, modificado por el artículo 3 de la ley 62 de 23 de octubre de 2009, norma que se refiere a la facultad que tienen las entidades públicas para revocar o anular de oficio un acto administrativo (Cfr. fs. 9 y 10 del expediente judicial);

B. El artículo 64 de la ley 22 de 27 de junio de 2006, que en la actualidad corresponde al artículo 73 del texto único de 27 de junio de 2011, mediante el cual se ordenó sistemáticamente la citada ley 22 de 2006, relativo a la terminación unilateral de los contratos suscritos con el Estado (Cfr. f. 10 del expediente judicial); y

C. El artículo 48 de la ley 10 de 7 de marzo de 1997 que establecía el trámite para la exploración y explotación de los recursos naturales, salinas, minas, aguas, canteras y yacimientos de minerales de toda clase que se hallaran en la Comarca Ngäbe Buglé (Cfr. fs. 10 y 11 del expediente judicial).

III. Descargos legales de la Procuraduría de la Administración en representación de los intereses de la institución demandada.

Este Despacho observa que la recurrente, Hidroecológica Chorcha, S.A., acude ante esa Sala para que se declare nula, por ilegal, la resolución AN-5176-Elec. de 15 de marzo de 2012, emitida por la administradora general de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, por cuyo conducto se resolvió cancelar el derecho de concesión otorgado a esa empresa, para la construcción y explotación del proyecto hidroeléctrico denominado Chorcha, que fue autorizado mediante la resolución AN-3022-Elec. de 21 de octubre de 2009, dictada por dicha Autoridad (Cfr. fs. 13-15 del expediente judicial).

Según consta en autos, la hoy demandante hizo uso de su derecho de defensa en la vía gubernativa, puesto que presentó y sustentó, en tiempo oportuno, un recurso de reconsideración en contra de la resolución N-5176-Elec. de 15 de marzo de 2012, el cual fue decidido mediante la resolución AN-5287-Elec. de 27 de abril de 2012, por cuyo conducto la administradora general de la mencionada entidad confirmó el contenido del acto dictado inicialmente. Esta decisión le fue notificada a la interesada el 2 de mayo de 2012 (Cfr. fs. 19-21 del expediente judicial).

Debido a que con dicha decisión quedó agotado el procedimiento administrativo, el 28 de junio de 2012, la empresa Hidroecológica Chorcha, S.A., actuando por medio de su apoderada judicial, presentó ante esa Sala la demanda que dio origen al proceso que nos ocupa, dentro del cual la recurrente invoca la supuesta infracción del artículo 62 de la ley 38 de 31 de julio de 2000, modificado por el artículo 3 de la ley 62 de 23 de octubre de 2009 y del artículo 73 del texto único de la ley 22 de 2006; argumentando que a través de la resolución AN-3022-Elec. de 21 de octubre de 2009 la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos resolvió unilateralmente y sin trámite alguno, el rescate administrativo de la

concesión otorgada a Hidroecológica Chorcha, S.A.; que a dicha empresa no se le brindó la oportunidad de defenderse, así como tampoco le fueron compensados los perjuicios que le ha sido ocasionados en virtud de la decisión adoptada por la Autoridad (Cfr. fs. 4 y 12 del expediente judicial).

Frente a lo expuesto por la actora, conviene indicar que el numeral 21 del artículo 9 del texto único de 31 de agosto de 2011, que ordena sistemáticamente la ley 6 de 1997, le atribuye a la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos la facultad de otorgar concesiones y licencias para la prestación de los servicios públicos de electricidad, y que, asimismo, el artículo 43 de la citada excerpta legal dispone que quedan sujetas al régimen de concesiones, la construcción y explotación de plantas de generación hidroeléctrica y geotermoeléctrica, y las actividades de transmisión y distribución de electricidad para el servicio público.

Además, encontramos que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 del mencionado texto único de la ley 6 de 1997, las concesiones serán otorgadas por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos mediante resolución motivada, y se formalizarán y regirán por un contrato conforme a las normas que establezca la Autoridad.

Conforme resulta visible en el proceso que se analiza, la entidad reguladora emitió la resolución AN-3022-Elec. de 21 de octubre de 2009, por cuyo conducto otorgó a favor de la empresa Hidroecológica Chorcha, S.A., el derecho de concesión para la construcción y explotación de la central hidroeléctrica denominada Chorcha, que aprovecharía las aguas del río que lleva el mismo nombre, ubicado en el corregimiento de Los Ángeles, distrito de Gualaca, provincia de Chiriquí, con una capacidad de 3.9 MW; sujeto a que la solicitante presentara ante la entidad reguladora el estudio de impacto ambiental debidamente aprobado por la Autoridad Nacional del Ambiente, así como el contrato de concesión de aguas para la utilización del recurso hídrico en cuestión,

como en efecto ocurrió en el caso que nos ocupa (Cfr. fs. 30-35 del expediente judicial).

También se observa, que a través del referido acto administrativo se le concedió a la sociedad Hidroecológica Chorcha, S.A., un plazo de treinta días hábiles, a fin de que ésta consignara una fianza equivalente a la suma de B/.40,000.00, la cual respaldaría el cumplimiento de los términos y las condiciones pactados en el contrato de concesión para la generación de energía hidroeléctrica, el cual debía formalizarse dentro del plazo otorgado (Cfr. fs. 34-35 del expediente judicial).

Sin embargo, y conforme se desprende del contenido de la resolución AN-5287-Elec. de 27 de abril de 2012, que constituye el acto confirmatorio de la resolución AN-5176-Elec. de 15 de marzo de 2012, el contrato de concesión suscrito entre la empresa Hidroecológica Chorcha, S.A., y la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos no fue refrendado por la Contraloría General de la República, por lo que el procedimiento para su perfeccionamiento no llegó a concluir (Cfr. f. 21 del expediente judicial).

Es indispensable precisar, que la concesión para la generación de energía hidroeléctrica para la prestación del servicio público de electricidad, surge de un acuerdo de voluntad entre las partes, que se formaliza a través del cumplimiento de todos los requisitos de los contratos administrativos, lo que denota la naturaleza contractual de la aludida concesión, por lo que es posible ubicar el contrato suscrito entre la empresa Hidroecológica Chorcha, S.A., y la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, cuya celebración se autorizó con la expedición de la resolución AN-3022-Elec. de 21 de octubre de 2009, dentro de la categoría de actos que requieren de la aprobación de una autoridad distinta, para gozar de eficacia y, de esa manera, poder ser ejecutados.

En la doctrina, esa categoría de actos administrativos se denominan “complejos”, en atención al hecho que para surgir a la vida jurídica deben contar con todas las autorizaciones necesarias, de tal suerte que en nuestro ordenamiento jurídico no basta únicamente el consentimiento ni la firma del contrato entre las partes, como sí ocurre en las contrataciones de carácter civil, sino que por mandato expreso de la ley 32 de 1984 requieren del refrendo de la Contraloría General de la República para que puedan entenderse como perfeccionados y, por ende, produzcan todos sus efectos legales.

En cuanto a esta categoría de actos administrativos, consideramos pertinente reproducir a continuación lo señalado en torno a este tema por el jurista Rafael Bielsa, en su obra de Derecho Administrativo:

> "4…
> En el acto administrativo complejo sólo puede considerarse como actos integrantes a los que tienen virtualidad jurídica, y no a las simples operaciones administrativas. Por eso no afecta a la validez del acto la falta o deficiencia de los informes meramente ilustrativos, o la de elementos agregados que no determinan la voluntad del órgano en la formación del acto, aunque esos informes o dictámenes hayan sido pedidos espontáneamente por el órgano. Pero la omisión de un trámite esencial impuesto por la ley, y del cual deba hacerse mérito en la decisión, invalida el acto al cual ese trámite se refiere.”(BIELSA, Rafael. Derecho Administrativo, Tomo II. Editorial La Ley, 1980).

Ese Alto Tribunal de Justicia se ha pronunciado en reiteradas ocasiones respecto a la necesidad de que el Contralor General de la República refrende los contratos públicos para que éstos tengan validez jurídica. A manera de ejemplo, podemos citar las sentencias de 26 de abril de 1993, 12 de diciembre de 1998 y de 9 de marzo de 2001 de la parte medular de la primera extraemos lo siguiente:

> "La Sala debe indicar al recurrente que tales violaciones no se han producido, en primer término porque el referido contrato, tal y como hemos reiterado a todo lo largo de este análisis, no originó derecho (sic) y obligaciones o una vinculación jurídica entre las partes que le suscribieron, dado que no

> existió el concurso de todos los requisitos fundamentales del contrato.
>
> Debemos enfatizar al demandante que nos encontramos ante una contratación administrativa y no de orden privado, y que sin el refrendo o autorización del mismo no hay perfeccionamiento del acto."

En estas condiciones, esta Procuraduría estima que la hoy demandante mal podría exigir que la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos le indemnice los daños y perjuicios que supuestamente le han sido ocasionados, cuando es evidentemente que el derecho de concesión, que en principio le fue otorgado a través de la resolución AN-3022-Elec. de 21 de octubre de 2009, nunca surgió a la vida jurídica, por cuanto que el contrato por medio del cual tenía que materializarse no fue refrendado por la Contraloría General de la República, lo que acredita la falta de perfeccionamiento de dicha contratación y se traduce en una mera expectativa de derecho.

Ahora bien, al enfocarnos en las dos primeras normas legales que se aducen infringidas con la emisión del acto administrativo que se demanda, la interrogante que sale a relucir es si la resolución AN-5176-Elec. de 15 de marzo de 2012, puede considerarse violatoria del contenido del artículo 62 de la ley 38 de 2000, modificado por la ley 62 de 2009 y del artículo 73 del texto único de la ley 22 de 2006 – Veamos.

En lo que se refiere a la primera de ellas, el artículo 62 de la ley 38 de 2000, consideramos, al igual que lo ha manifestado ese Tribunal, que la infracción a esa norma se encuentra condicionada a la existencia de un acto anterior en el cual se ha decidido algo contrario; que dicha decisión se encuentre en firme y que la Administración lo revoque recurriendo para ello a una causal no prevista en dicha disposición.

Dicho lo anterior, también es preciso advertir que la ejecutoriedad de la resolución AN-3022-Elec. de 21 de octubre de 2009, que otorgó a la empresa

Hidroecológica Chorcha, S.A., el derecho de concesión para la ejecución del proyecto de la central hidroeléctrica de Chorcha, no conllevaba una autorización pura y simple para proceder con el desarrollo de tal proyecto, sino que, además, era imperativo que el contrato administrativo por cuyo conducto se concretaría la autorización para la construcción y explotación de esa central hidroeléctrica, fuera objeto de refrendo por parte de la Contraloría General de la República, en su condición de ente fiscalizador de los fondos y bienes públicos, lo que no ocurrió en el caso que nos ocupa.

Lo explicado en el párrafo que antecede, pone de manifiesto que al dictarse la resolución AN-5176-Elec. de 15 de marzo de 2012, por medio de la cual se canceló el derecho de concesión otorgado a través de la resolución AN-3022-Elec. de 21 de octubre de 2009, si bien la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos revocó el respectivo derecho, lo cierto es que éste nunca fue formalizado, pues, el instrumento contractual que se requería para ello, no obtuvo el refrendo por parte de la Contraloría General de la República, situación que evidencia que el procedimiento para su perfeccionamiento de ningún modo culminó.

Por consiguiente, este Despacho es del criterio que no se ha producido la infracción del artículo 62 de la ley 38 de 2000, como alega la recurrente, ya que, como bien ha quedado demostrado, la autorización dada mediante la resolución AN-3022-Elec. de 21 de octubre de 2009 no quedó en firme, pues el trámite para el perfeccionamiento del contrato de concesión nunca finalizó y, por otra parte, lo cierto es que la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos no utilizó como fundamento de la decisión cuya nulidad se demanda dentro del presente proceso, las causales de revocatoria previstas en el citado artículo 62 de la ley 38 de 2000.

En relación con la supuesta violación del artículo 73 del texto único de la ley 22 de 2006, estimamos que la aplicación de esta disposición no es procedente en el caso que nos ocupa, puesto que la entidad demandada cuenta con una

normativa especializada en materia de concesiones, por lo que su aplicación prima sobre las disposiciones de la ley de contrataciones públicas, debido a su carácter especial. De igual manera, consideramos necesario insistir en el hecho que el contrato suscrito entre la empresa Hidroecológica, S.A., y la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, nunca alcanzó a perfeccionarse, de lo que resulta la inaplicabilidad de la norma referente a la terminación del contrato de concesión prevista en el texto único de la ley 6 de 1997.

En lo que atañe a la alegada infracción del artículo 48 de la ley 10 de 7 de marzo de 1997, debemos señalar que dicha norma no fue utilizada como fundamento legal de la resolución AN-5176-Elec. de 15 de marzo de 2012, por lo que mal puede considerarse que la misma fue indebidamente aplicada por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos al momento de emitir el referido acto administrativo.

Finalmente, conviene no perder de vista que el 26 de marzo de 2012 se expidió la ley 11 que crea un régimen especial para la protección de los recursos minerales, hídricos y ambientales en la Comarca Ngäbe Buglé y, por cuyo conducto, se derogó el artículo 48 de la ley 10 de 1997, el cual establecía el trámite para la exploración y explotación de los recursos naturales, salinas, minas, aguas, canteras y yacimientos de minerales de toda clase que se hallaran en el área previamente indicada. También debe tomarse en consideración, que el artículo 15 de la citada ley 11 de 2012, prevé que debido a que es de interés social, la misma tendrá efectos retroactivos sobre las zonas definidas en su artículo 1, entre las que se encuentra comprendido el territorio Ngäbe Buglé, de lo que se infiere que todas y cada una de las situaciones nacidas bajo el amparo del ya mencionado artículo 48 de la ley 10 de 1997, dejaron de tener validez y eficacia.

Por lo expuesto, esta Procuraduría solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que NO ES ILEGAL la resolución AN-5176-Elec. de 15 de marzo de 2012, emitida por la administradora general de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos y, en consecuencia, se denieguen las restantes pretensiones de la sociedad demandante.

IV. Pruebas: Con el propósito que sea solicitado por ese Tribunal e incorporado al presente proceso, se aduce como prueba documental de la Procuraduría de la Administración, la copia debidamente autenticada del expediente administrativo que guarda relación con este caso y que reposa en los archivos de la institución demandada.

Por otra parte, este Despacho se opone a la admisión de las pruebas documentales visibles a fojas 66, 67 y 68 del expediente judicial, ya que consisten en copias de documentos cotejadas por notario público, mas no han sido autenticadas por la autoridad encargada de la custodia del original, lo que resulta contrario al texto del artículo 833 del Código Judicial que, como condición indispensable para que se puedan incorporar al proceso pruebas de esta naturaleza, exige que las mismas se presenten en su forma original o mediante copias debidamente autenticadas en la forma ya indicada.

V. Derecho: No se acepta el invocado por la demandante.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Nelson Rojas Avila
Procurador de la Administración, Encargado

Indira Triana de Muñoz
Secretaria General, Encargada

Expediente 406-12