

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 607

Panamá, 1 de junio de 2010

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

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

El licenciado Álvaro Cabal, en representación de la **Autoridad del Canal de Panamá**, solicita que se declare nula, por ilegal, la resolución AN-No.2672-Elec de 16 de junio de 2009, emitida por el **administrador general de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos**, el acto confirmatorio y 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 párrafo tercero del numeral 2 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 plena jurisdicción descrito en el margen superior, por razón de los intereses contrapuestos que existen entre la Autoridad del Canal de Panamá y la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos.

I. Breves antecedentes del caso.

1. El decreto ley 10 de 22 de febrero de 2006, por medio del cual se reestructuró el Ente Regulador de los Servicios Públicos bajo el nombre de Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, le otorga competencia a esa entidad para regular y controlar, entre otros, la prestación del servicio público de electricidad.

2. La ley 6 de 3 de febrero de 1997 establece el régimen al cual se sujetarán las actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica.

3. El numeral 21 del artículo 20 de la mencionada ley, señala que es función de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos otorgar concesiones y licencias para la prestación de los servicios públicos de electricidad.

4. Mediante la ley 44 del 31 de agosto de 1999, se ampliaron los límites de la cuenca hidrográfica del Canal de Panamá incluyendo, entre otros recursos hídricos, el río Indio y su cuenca. (Cfr. foja 23 del expediente judicial).

5. Con fundamento en las normas antes indicadas, la Autoridad del Canal de Panamá le solicitó a la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos que le otorgara el derecho de concesión sobre la cuenca del río Indio para generar energía eléctrica a través de la central hidroeléctrica denominada Indio I, y así aprovechar las aguas de dicho río, ubicado entre las provincias de Panamá, Colón y Coclé. (Cfr. fojas 2 y 22 del expediente judicial).

6. El 14 de diciembre de 1999, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos atendió dicha solicitud y emitió la resolución JD-1717, cuya parte resolutive dispone lo siguiente:

“PRIMERO: Otorgar a favor de la AUTORIDAD DEL CANAL DE PANAMÁ un derecho de Concesión para la construcción, operación, explotación y mantenimiento de una Central Hidroeléctrica a pie de presa denominada **INDIO I**, aprovechando las aguas del **Río Indio**, situado en las provincias de Panamá, Colón, y Coclé, para generar hasta una capacidad de **25MW**, con una casa de máquinas que contendrá dos unidades Francis a colocar a pie de presa, según se indica en el proyecto que reposa en el Ente Regulador. El sitio de presa está ubicado en las coordenadas 994800 Norte, 590,200 Este, proyección Transversa de Mercator, Esferoide Clarke de 1866, Dato Fundamental de Norteamérica de 1927.

SEGUNDO: Autorizar al Director Presidente del Ente Regulador para que firme el Contrato de Concesión para Generación Hidroeléctrica correspondiente con base al modelo cuyo texto se adjunta como Anexo A de la presente resolución.

...”

7. Esa resolución fue modificada, parcialmente, por la resolución JD-1831 de 10 de febrero de 2000, que en la parte resolutive indica:

“PRIMERO: MODIFICAR el Resuelto Primero de la **Resolución JD-1717** de 14 de diciembre de 1999, a fin de que dicho Resuelto quede con el siguiente texto:

‘Otorgar a favor de la **AUTORIDAD DEL CANAL DE PANAMÁ**, un derecho de Concesión para la construcción, operación, explotación y mantenimiento de una Central Hidroeléctrica a pie de presa denominada **INDIO I**, aprovechando las aguas del **Río Indio**, situado en las provincias de Panamá, Colón y Coclé, para generar hasta una capacidad de **25MW**, con una casa de máquinas que contendrá dos unidades Francis a colocar a pie de presa, según se indica en el proyecto que reposa en el Ente Regulador. El sitio de presa está ubicado en las coordenadas 994,800 Norte 590,200 Este Proyección Transversa de Mercator, Esferoide Clarke 1866, Dato Fundamental de Norteamérica 1927.

Queda entendido que conforme al Título del Canal de Panamá de la Constitución Política, los Artículos 6 y 120 de la Ley No. 19 de 11 de junio de 1997 y los reglamentos que privativamente le corresponde adoptar a la Junta Directiva de la Autoridad del Canal de Panamá, ésta ostenta no sólo el uso, sino también, además de su mantenimiento y conservación, la administración del recurso hídrico de la Cuenca Hidrográfica del Canal de Panamá, constituido por el agua de los lagos y sus corrientes tributarias, en el cual está incluido el recurso hídrico del Río Indio y el de su cuenca.’

Segundo: ESTABLECER que el resto de la Resolución No. JD-1717 de 14 de diciembre de 1999, quedará igual inalterable y vigente, salvo en que lo que resulte modificada por la presente Resolución.

...” (Lo subrayado es de la Procuraduría de la Administración)

8. Posteriormente, se emitió la ley 20 de 21 de junio de 2006, cuyo artículo 1 dispone, citamos: “Se deroga la Ley 44 de 1999, por la cual se aprueban

los límites de la Cuenca Hidrográfica del Canal de Panamá.” (Cfr. gaceta oficial 25,459 de 27 de junio de 2006).

Como consecuencia de ello, el río Indio ya no está incluido dentro de los límites de la cuenca hidrográfica del Canal de Panamá.

9. En este contexto, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos emitió la resolución AN-No.2672-Elec de 16 de junio de 2009, por medio de la cual canceló el derecho de concesión otorgado a favor de la Autoridad del Canal de Panamá, fundamentada, entre otros, en el hecho que, a la fecha de tal cancelación, la institución canalera aún no había suscrito el respectivo contrato con la entidad reguladora de los servicios públicos. (Cfr. fojas 1 a 3 del expediente judicial; y la gaceta oficial número 25,575 de 27 de junio de 2006).

10. Esta resolución le fue notificada a la Autoridad del Canal de Panamá el 2 de julio de 2009, la que presentó recurso de reconsideración que fue decidido a través de la resolución AN-No.2843-Elec de 5 de agosto de 2009, emitida por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, que mantuvo en todas sus partes el contenido de la resolución recurrida; por lo que una vez agotada la vía gubernativa, el apoderado judicial de la demandante acudió a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia para presentar la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción que ahora ocupa nuestra atención. (Cfr. fojas 5 a 8 y 10 a 18 del expediente judicial).

II. Disposiciones jurídicas que se aducen infringidas y los conceptos de las supuestas violaciones.

El apoderado judicial de la Autoridad del Canal de Panamá considera que la resolución AN- No.2672- Elec de 16 de junio de 2009, emitida por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, infringe las siguientes disposiciones legales:

A. El artículo 59 de la ley 6 de 1997, conforme los conceptos expresados en las fojas 13 y 14 del expediente judicial; y

B. Los artículos 60 y 62 de la ley 38 de 2000, según los conceptos confrontables en las fojas 15 a 18 del expediente judicial.

III. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

El apoderado judicial de la Autoridad del Canal de Panamá considera que al emitir la resolución AN-2672-Elec de 16 de junio de 2009, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos infringió lo establecido en el artículo 59 de la ley 6 de 1997, referente a las causales de terminación de los contratos de concesión; así como los artículos 60 y 62 de la ley 38 de 2000, relativos, respectivamente, al saneamiento de un acto administrativo que no cumple con los requisitos y, a la revocatoria de oficio, en sede administrativa, de una resolución en firme; ya que, a su parecer, la figura de la cancelación de una concesión no está incluida en ninguno de los textos legales que rigen el ámbito de las concesiones públicas, por lo que la autoridad reguladora no podía, de oficio, anular la resolución JD-1717 de 14 de diciembre de 1999, que le otorgaba el derecho de concesión para la construcción, operación, explotación y mantenimiento de una central hidroeléctrica en el río Indio, localizado entre las provincias de Panamá, Colón y Coclé. (Cfr. fojas 13 a 18 del expediente judicial).

Este Despacho difiere de los planteamientos expuestos por el apoderado judicial de la actora al sustentar el concepto de infracción del artículo 59 de la ley 6 de 1997, como de los artículos 60 y 62 de la ley 38 de 2000, por las razones de hecho y de Derecho que se explican a continuación:

1. La Autoridad Nacional de los Servicios Públicos emitió la resolución JD-1717 de 14 de diciembre de 1999, modificada por la resolución JD-1831 de 10 de febrero de 2000, por medio de la cual otorgó a favor de la Autoridad del Canal de Panamá un derecho de concesión para la construcción, operación, explotación y mantenimiento de una central hidroeléctrica a pie de presa denominada INDIO I, aprovechando las aguas del río Indio, situado en las provincias de Panamá,

Colón, y Coclé, para generar hasta una capacidad de 25MW; sin embargo, ese derecho estaba sujeto a que el director presidente del Ente Regulador de los Servicios Públicos suscribiera el respectivo contrato de concesión.

2. Tales resoluciones se emitieron sobre la base que la ley 44 de 31 de agosto de 1999 que aprobó nuevos límites de la cuenca hidrográfica del Canal de Panamá en la que se incluyó, entre otros, al río Indio; y en atención a que por mandato de la Constitución Política de la República, la ley 19 de 11 de junio de 1997 y los reglamentos que privativamente le corresponde adoptar a la junta directiva de esa institución, la Autoridad del Canal de Panamá ostenta la administración del recurso hídrico de la mencionada cuenca hidrográfica, constituida por el agua de los lagos y sus corrientes tributarias, que incluía, en ese momento, al río Indio y su cuenca. (Cfr. gaceta oficial 23,877 de 2 de septiembre de 1999).

3. Al dictarse la ley 20 de 21 de junio de 2006, que derogó la ley 44 de 1999, el río Indio quedó excluido de la cuenca hidrográfica del Canal de Panamá; por lo tanto, la autoridad canalera ya no estaba facultada para administrar dicho recurso hídrico.

4. Ante esas circunstancias, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos observó que la Autoridad del Canal de Panamá aún no había suscrito el contrato concesión para la construcción, operación, explotación y mantenimiento de la central hidroeléctrica INDIO I aprovechando las aguas del mencionado río, por lo que advirtió que la institución canalera omitió cumplir con lo exigido en el artículo segundo de la resolución JD-1717 de 14 de diciembre de 1999, modificada por la resolución JD-1831 de 10 de febrero de 2000.

5. El efecto jurídico de tal omisión, es que, al 21 de julio de 2006, cuando entró en vigencia la derogatoria contenida en ley 20 de 2006, la Autoridad del Canal de Panamá únicamente tenía una expectativa del mencionado derecho

de concesión; por tanto, la autorización contenida en la resolución JD-1717 de 14 de diciembre de 1999, modificada por la resolución JD-1831 de 10 de febrero de 2000, se mantuvo como un acto preparatorio, ya que nunca llegó a concretarse la suscripción del referido contrato que, para su perfeccionamiento, requería de todas las autorizaciones y las aprobaciones de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos y el refrendo de la Contraloría General de la República.

En una situación similar a la que ocupa nuestra atención, ese Tribunal se pronunció mediante el auto de 22 de diciembre de 1995, cuya parte medular indica lo siguiente:

“El suscrito Magistrado Sustanciador, observa que el acto impugnado es un precontrato, que consiste en el acuerdo concluido entre dos o más personas que se comprometen a negociar un determinado contrato en un momento futuro también determinado. El propósito del precontrato es asegurar la celebración del futuro contrato, proporcionando una vinculación contractual antes que pueda completarse el contrato que se quiere otorgar en definitiva.

De lo anterior se colige que estamos en presencia de un acuerdo preparatorio, en el que se establece la obligación de negociar en el futuro un contrato administrativo, por lo que el demandante soslaya lo que se establece claramente en el artículo 42 de la Ley 135 de 1943, modificado por el artículo 25 de la Ley 33 de 1946, es decir, que para concurrir en demanda contencioso administrativa, se hace necesario, como requisito sine qua non, que el acto que se impugne cause estado o sea de carácter definitivo, situación que a todas luces no se presenta en este caso. Un precontrato no es un acto administrativo unilateral emitido en relación con la selección del contratista, y no cae dentro de la categoría de los actos administrativos separables del contrato administrativo que son unilaterales y que sí pueden impugnarse en forma autónoma.”

6. En relación con lo anterior, este Despacho considera oportuno destacar que el numeral 2 del artículo 20 del decreto ejecutivo 143 de 29 de septiembre de 2006, por medio del cual se adopta el texto único de la ley 26 de 29 de enero de 1996, adicionada y modificada por el decreto ley 10 de 22 de febrero de 2006, establece claramente la facultad que tiene la Autoridad Nacional de los

Servicios Públicos para otorgar en nombre del Estado, según proceda, las concesiones, licencias y autorizaciones para la prestación de los servicios públicos de su competencia, lo mismo que la potestad que tiene dicha institución para la cancelación de tales concesiones, licencias y autorizaciones, salvo que medie un caso que represente un riesgo para la seguridad nacional, situación en la cual la propia norma obliga a la autoridad reguladora a hacer las consultas pertinentes con las autoridades responsables de la seguridad nacional.

7. Según puede observarse del contenido de la norma citada, la orden contenida en la resolución objeto de controversia no se fundamenta en una facultad discrecional de la entidad demandada para revocar actos administrativos, sino en la autorización que una ley especial le otorga a la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos para cancelar las concesiones, licencias y autorizaciones para la prestación de los servicios públicos de su competencia; situación ésta que no puede ser desconocida al momento de valorarse la legalidad del acto administrativo que se demanda.

8. Lo anterior, evidencia que la autoridad reguladora no se excedió del límite que le impone la Ley cuando emitió la resolución AN-No.2672-Elec de 16 de junio de 2009, acusada de ilegal, puesto que ésta se fundamentó, como ya se dijo, en el numeral 2 del artículo 20 del decreto ejecutivo 143 de 29 de septiembre de 2006, por medio del cual se adopta el texto único de la ley 26 de 29 de enero de 1996, adicionada y modificada por el decreto ley 10 de 22 de febrero de 2006, que constituye la legislación especial y cuya aplicación es preferente, al tenor de lo dispuesto en el artículo 37 de la ley 38 de 2000, de ahí que no resulte pertinente en este proceso lo indicado en los artículos 60 y 62 de la ley de procedimiento administrativo general, invocados por la recurrente.

9. Por otra parte, y ante la ausencia de un contrato válido, tampoco resultan aplicables al caso bajo análisis las causales de terminación de los

contratos de concesión establecidas en el artículo 59 de la ley 6 de 1997, ni las reglas relativas a las concesiones contenidas en el artículo 55 del mismo cuerpo normativo.

En el marco de los hechos cuya relación hemos expuesto en los párrafos precedentes, esta Procuraduría solicita a los Magistrados que integran ese Tribunal de Justicia se sirvan declarar que NO ES ILEGAL la resolución AN No.2672-Elec de 16 de junio de 2009, emitida por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos y, se nieguen las demás pretensiones de la demandante.

IV. Pruebas: Con el objeto 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 el caso bajo análisis, el cual reposa en los archivos de la institución demandada.

V. Derecho: Se niega el invocado en la demanda.

Del Magistrado Presidente,

Nelson Rojas Avila
Procurador de la Administración. Encargado

Alina Vergara de Chérigo
Secretaria General. Encargada

Expediente 659-09