

1025



REPÚBLICA DE PANAMÁ
ÓRGANO JUDICIAL
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA TERCERA DE LO CONTENCIOSO, ADMINISTRATIVO Y LABORAL

Panamá, veintiuno (21) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

VISTOS:

El Licenciado Rogelio Cruz, actuando en nombre y representación de la sociedad LA MINA HYDRO POWER CORP., ha presentado ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, una demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción para que se declare nula, por ilegal, la Resolución AN No.5296-Elec de 3 de mayo de 2012, emitida por la AUTORIDAD NACIONAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS, su acto confirmatorio, y para que se hagan otras declaraciones (Cfr. fs. 4 - 17 del expediente judicial).

Una vez repartida la acción ensayada, el Magistrado Sustanciador procedió a hacer el escrutinio de admisibilidad, para lo cual dictó la Resolución de 10 de agosto de 2012, a través de la cual se admitió la misma; se envió copia al DIRECTOR NACIONAL DE ELECTRICIDAD, AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE LA AUTORIDAD NACIONAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS, para que rindiese un informe explicativo de conducta; y le corrió traslado al Procurador de la Administración (Cfr. f. 74 del expediente judicial).

Luego de ello, se continuaron los trámites procesales correspondientes, encontrándose el presente proceso en estado de resolver el fondo; labor a la cual se aboca este Tribunal, no sin antes hacer una síntesis de los hechos y el derecho que fundamentan las pretensiones de la parte actora, así como la posición que al

respecto tiene el funcionario acusado, y quien representa sus intereses, el Procurador de la Administración.

I. PRETENSIONES FORMULADAS; HECHOS QUE FUNDAMENTAN LA DEMANDA; NORMAS QUE SE ESTIMAN VIOLADAS Y CÓMO LO HAN SIDO.

El Licenciado Rogelio Cruz, actuando en nombre y representación de la sociedad LA MINA HYDRO POWER CORP, solicita a este Tribunal que declare nula, por ilegal, la Resolución AN 5296-Elec de 3 de mayo de 2012, expedida por la AUTORIDAD NACIONAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS, a través de la cual se resolvió, entre otras cosas, declarar el Rescate Administrativo del Contrato de Concesión para Generación Hidroeléctrica, celebrado el 21 de octubre de 2005, entre el Ente Regulador de los Servicios Públicos (ahora Autoridad Nacional de los Servicios Públicos) y la empresa LA MINA HYDRO-POWER, CORP., para la construcción, explotación y mantenimiento de la central hidroeléctrica denominada Bajo de Mina, que aprovecharía las aguas del río Chiriquí Viejo, ubicado en el corregimiento de Caisán, distrito de Renacimiento, provincia de Chiriquí, por razones de interés social urgente (Cfr. fs. 18 - 23 del expediente judicial)

En razón de lo anterior, y como restablecimiento del derecho subjetivo lesionado, la demandante solicita lo siguiente:

“LO QUE SE DEMANDA:

...

TERCERO: Que no existe tal ‘interés social urgente’ como para que se declare el rescate administrativo del contrato de concesión para generación Hidroeléctrica celebrado el 21 de octubre de 2005 entre el Ente Regulador de los Servicios Públicos (ahora Autoridad Nacional de los Servicios Públicos) y la empresa La Mina Hydro-Power Corp.

CUARTO: Que quedan restablecidos todos los derechos de La Mina Hydro-Power, Corp., o de concesionario litigioso, en todo lo referente a la construcción, explotación y mantenimiento de la central hidroeléctrica denominada Bajo de Mina, que aprovecha las aguas del río Chiriquí Viejo, ubicada en el Corregimiento de Caisán, Distrito de Renacimiento, Provincia de Chiriquí, República de Panamá, tal y como fueron reconocidos judicialmente.

QUINTO: Que se mantiene sin efecto la concesión otorgada por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos a la empresa

Ideal, Panamá, S.A., por lo cual no podrá dicha empresa seguir explotando y manteniendo la central hidroeléctrica Bajo La Mina (Cfr. fs. 5 - 7 del expediente judicial).

Entre los hechos que sustentan tales pretensiones, se encuentran los siguientes:

“SEXTO: No se ha comprobado la existencia de un estado de guerra, de grave perturbación del orden público o de interés social urgente que permita que el Estado ejerza su derecho al rescate administrativo que equivale a la expropiación con motivos de urgencia.

SEPTIMO: No existe un requerimiento en la demanda general de energía eléctrica del país que justifique el rescate administrativo como para que el mismo opere de forma especial sobre la central Bajo de Mina, esto debido a que la demanda nacional máxima de energía eléctrica solamente representa el 52.4 de la capacidad instalada en el país.

OCTAVO: El Estado, por conducto de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos no ha ejercido más que una simulación sobre su derecho al rescate administrativo, pues ha mantenido, de hecho, la concesión de la central hidroeléctrica Bajo La Mina a la empresa Ideal Panamá, S.A., para favorecer a esta empresa en contravención con lo dispuesto por la sentencia de la Corte la cual construye, explota y mantiene dicha central actualmente.

NOVENO: El Estado, para proceder al rescate administrativo por conducto de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, no ha seguido el procedimiento de expropiación establecido en el artículo 1927 y siguientes del Código Judicial consagrado en la cláusula 30 del contrato de concesión celebrado entre las partes.” (Cfr. fs. 9 – 10 del expediente judicial).

En virtud de lo anterior, la representante legal de la demandante estima que con la emisión del acto objeto de reparo, se han vulnerado las siguientes normas legales:

1. Los artículos 974 y 976 del Código Civil, los cuales se refieren a la fuente de las obligaciones y a la fuerza vinculante que produce entre las partes contratantes (Cfr. fs. 10 – 11 del expediente judicial);

De conformidad a la demandante, la AUTORIDAD NACIONAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS actuó al margen de lo pactado en el contrato de concesión; ya que no existía causal que justificara el rescate administrativo aplicado (Cfr. f. 11 del expediente judicial).

2. La cláusula 30 del Contrato de Concesión, que hace alusión a la potestad unilateral con la que cuenta el Estado para invocar el rescate administrativo por razones de guerra, grave perturbación del orden público o por interés social urgente (Cfr. fs. 11 – 12 del expediente judicial);

La actora explica el concepto de infracción de esta disposición, en similares términos, al explicar que no existía causal que justificara la medida adoptada (Cfr. f. 12 del expediente judicial).

3. Los artículos 99 y 1927 del Código Judicial, tratan sobre el carácter final, definitivo y obligatorio de las sentencias que dicta la Sala Tercera; y a los casos en los que se puede proceder con la expropiación de la propiedad privada (Cfr. fs. 13 – 14 del expediente judicial);

Indica la demandante, que según el Plan Nacional de Energía (2009-2023) publicado por La Secretaría Nacional de Energía de la Presidencia de la República, la demanda máxima de energía eléctrica nacional representa solamente el 52.4 de la capacidad total instalada; de lo cual resulta que no existe en el país una situación urgente de necesidad de energía que justifique el rescate administrativo sobre la concesión Bajo de Mina.

4 El artículo 36 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, el cual establece ningún acto podrá emitirse o celebrarse con infracción de una norma jurídica vigente, aunque éste provenga de la misma autoridad que dicte o celebre el acto respectivo; y ninguna autoridad podrá celebrar o emitir un acto para el cual carezca de competencia de acuerdo con la ley o los reglamentos (Cfr. fs. 13 – 14 del expediente judicial).

La demandante explica que la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, no era competente para ejecutar el rescate administrativo realizado; ya que, de conformidad a lo indicado en el contrato, el procedimiento que se debía seguir era el establecido en el artículo 1927 y subsiguientes del Código Judicial, los cuales disponen el trámite de expropiación para casos de urgencia, y por tanto, el trámite de rescate administrativo (Cfr. f. 14 del expediente judicial).

5. El artículo 125 de la Ley 6 de 3 de febrero de 1997, que en realidad corresponde al 120 del Texto Único de dicha ley, el cual se refiere al proceso de adquisición forzosa de bienes (Cfr. f. 15 del expediente judicial).

La actora indica que la Ley 6 de 1997, no autoriza en ninguno de sus artículos la implementación del rescate administrativo de la Concesión Eléctrica para obviar el trámite de adjudicación forzosa de bienes de la misma; razón por la que, a su consideración, se ve vulnerada la norma antes indicada (Cfr. f. 15 del expediente judicial).

II. INFORME DE CONDUCTA REQUERIDO A LA ENTIDAD DEMANDADA.

Mediante la Nota DSAN-1904-12 de 14 de agosto de 2012, la AUTORIDAD NACIONAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS, rindió su informe explicativo de conducta, en donde aprovechó para indicar, entre otras cosas, lo siguiente:

“Si bien el Contrato de Concesión constituye la fuente primaria de los derechos y obligaciones asumidas tanto por la empresa La Mina Hydro-Power, Corp., como por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, debe prevalecer el interés público, con el fin de garantizar la prestación eficiente e ininterrumpida del servicio público de electricidad.

...

El numeral 3 del artículo 4 del Texto Único de la Ley 6 de 3 de febrero de 1997, por la cual se dictó el ‘Marco Regulatorio e Institucional para la Prestación del Servicio Público de Electricidad’, consagra la facultad del Estado de intervenir en los servicios públicos de electricidad con la finalidad de asegurar la prestación eficiente, continua e ininterrumpida del mismo.

El numeral 11 del artículo 12 del Decreto Ejecutivo 22 de 19 de junio de 1998, por el cual se reglamentó la Ley 6 de 3 de febrero de 1997, establece que en los Contratos de Concesión se debe establecer el derecho del Estado de rescatar la concesión por razones de interés público siguiendo las fórmulas y mecanismos de compensación establecidos en el respectivo contrato de concesión.

La cláusula 30 del Contrato de Concesión celebrado entre la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos y LA MINA HYDRO-POWER, CORP., S.A., relativo al proyecto hidroeléctrico Bajo de Mina señala que dicho Contrato podrá terminarse por voluntad

unilateral del Estado en caso de que este, por razones de interés social urgente, ejerza su derecho al rescate de la concesión.

El artículo 114 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, 'Que Regula la Contratación Pública', señala que la entidad contratante está facultada, por razones de interés público, para ordenar el rescate administrativo de los bienes y las obras dados en concesión, previa la autorización del Consejo de Gabinete." (Cfr. fs. 82 - 83 del expediente judicial).

III. TERCERO INTERESADO

El 2 de julio de 2013, la firma forense Morgan & Morgan, actuando en nombre y representación de la sociedad IDEAL PANAMÁ, S.A., presentó escrito de contestación y oposición a la demanda, el cual sustentó, entre otras cosas, en lo siguiente:

"En este sentido, dado que el Contrato de Concesión celebrado entre IDEAL y la ASEP no ha sido impugnado ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, como tampoco existe proceso alguno en el cual IDEAL y la ASEP sea parte en el que impugne el Contrato de Concesión celebrado entre IDEAL y la ASEP, y menos aún si existe fallo emitido contra IDEAL en proceso alguno en el cual se impugne el Contrato de Concesión celebrado entre IDEAL y la ASEP, dicho contrato se mantiene plenamente vigente.

...

Tal como hemos expuesto, la ASEP cumplió con restablecer la vigencia del Concesión (sic) entre la ASEP y LA MINA HIDRO POWER CORP., luego de lo cual la ASEP en representación del Estado y de conformidad con lo establecido en la Resolución de Gabinete No. 11 de 31 de enero de 2012 (publicada en la Gaceta Oficial No. 26964-B de 2 de febrero de 2012, que autoriza a la ASEP para que proceda con el Rescate Administrativo del Contrato de Concesión de LA MINA HIDRO POWER, CORP., por razones de INTERÉS SOCIAL URGENTE), y la Resolución de Gabinete No. 43 de 1 de mayo de 2012 (publicada en la Gaceta Oficial No. 27026 de 2 de mayo de 2012, que autoriza a la ASEP a proseguir con el proceso de rescate administrativo del Contrato de Concesión de LA MINA HIDRO POWER CORP., por razones de INTERÉS SOCIAL URGENTE), procedió a ejercer el derecho contractual del Estado de realizar el rescate administrativo del Contrato de Concesión de LA MINA HIDRO POWER CORP., sin que se haya visto afectado en ningún momento la vigencia del Contrato de Concesión de IDEAL." (Cfr. fs. 191 y 193 del expediente administrativo).

IV. CONCEPTO DEL PROCURADOR DE LA ADMINISTRACIÓN

El Procurador de la Administración remitió a esta Sala la Vista No. 272 de 21 de mayo de 2015, a través de la cual emitió concepto en relación con la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción que motivó el negocio jurídico bajo examen, solicitando a este Tribunal se sirva declarar que no es ilegal la Resolución AN-5296-Elec de 3 de mayo de 2012, emitida por la AUTORIDAD NACIONAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS, ni su acto confirmatorio y, en consecuencia, se denieguen las demás pretensiones formuladas; criterio que, en lo medular, sustentó de la siguiente manera:

“En cuanto a la causa que motivó la aplicación de la cláusula 30, sobre el rescate administrativo, debemos decir, que consta en autos que el sistema eléctrico panameño presentaba estrechez en términos de generación para cubrir la demanda hasta los siguientes dos (2) años, con una demanda máxima en el año 2011 de mil doscientos ochenta y seis con cuarenta y seis megavatios (1,286.46 MW) y con incrementos promedio de cincuenta megavatios (50 MW) por año, por lo que era de carácter urgente la incorporación de nuevos planteles de generación al Sistema Interconectado Nacional (SIN) (Cfr. foja 20 del expediente judicial y la Prueba # 15).

....” (Cfr. fs. 251 - 252 del expediente judicial).

V. CONTESTACIÓN DE LA ENTIDAD DEMANDADA

El 28 de mayo de 2015, la AUTORIDAD NACIONAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS, presentó su contestación a la demanda, indicando, entre otras cosas, lo que a continuación pasamos a transcribir:

“En ese sentido, el sistema eléctrico panameño presentaba estrechez en términos de generación para cubrir la demandan (Cfr. prueba No. 4), situación que aun en la actualidad no ha sido superada en su totalidad, con una demanda máxima en el año 2011 de 1,286.46 MW y con incrementos promedio de 50 MW por año, por lo que se consideraba de carácter urgente la incorporación de nuevos planteles de generación el Sistema Interconectado Nacional (SIN).

La entrada en operación de la central hidroeléctrica Bajo de Mina desarrollada por la empresa Ideal Panamá, S.A., proporcionaría mayor confiabilidad al Sistema Interconectado Nacional (SIN), ya que desplazaría plantas térmicas ineficientes y que presentaban indisponibilidades frecuentes, lo que evitaría en el corto plazo, el incremento de la tarifa eléctrica al cliente final, y por ende, el incremento del monto de los subsidios otorgados por el Estado para estabilizar la tarifa.” (Cfr. f. 265 del expediente judicial).

CONSIDERACIONES Y DECISIÓN DE LA SALA TERCERA:

Una vez cumplido con el trámite procesal de rigor, este Tribunal, con fundamento en la atribución del control de la legalidad de los actos administrativos que le otorga el numeral 2 del artículo 206 de la Constitución Política de la República, el artículo 97 del Código Judicial, así como el artículo 42b de la Ley 135 de 1943, modificada por la Ley 33 de 1943, procederá a resolver, en el fondo, la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción interpuesta por el Rogelio Cruz, quien actuando en nombre y representación de la sociedad LA MINA HYDRO POWER CORP, solicita que la Sala Tercera haga, entre otras, las siguientes declaraciones:

1. Que se declare nula, por ilegal, la Resolución AN 5296-Elec de 3 de mayo de 2012.
2. Que se declare nula, por ilegal, la Resolución AN 5350-Elec de 28 de mayo de 2018.

Para ello, esta Colegiatura hará un recuento de los hechos que emanan del caudal probatorio incorporado al presente proceso, y luego indicará las razones y los fundamentos legales que motivan su decisión. Lo anterior, de conformidad con el artículo 990 del Código Judicial, relativo a las reglas que regulan la emisión de sentencias, norma aplicable supletoriamente en este tipo de procesos por así disponerlo el artículo 57c de la Ley 135 de 1943, modificada por la Ley 33 de 1946.

Relación de los hechos que han sido comprobados:

Del examen de las constancias procesales, se destacan los siguientes hechos:

1. Mediante la Resolución AN No. 5296-Elec de 3 de mayo de 2012, la AUTORIDAD NACIONAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS dispuso lo siguiente:

“PRIMERO: DECLARAR el rescate administrativo del Contrato de Concesión para Generación Hidroeléctrica, celebrado el 21 de octubre de 2005, entre el Ente Regulador de los Servicios Públicos (ahora Autoridad Nacional de los Servicios Públicos) y la empresa La Mina Hydro-Power, Corp., para la construcción,

explotación y mantenimiento de la central hidroeléctrica denominada Bajo de Mina, que aprovecharía las aguas de río Chiriquí Viejo, ubicado en el corregimiento de Caisán, distrito de Renacimiento, provincia de Chiriquí, por razones de INTERÉS SOCIAL URGENTE.

SEGUNDO: DECLARAR que no se le reconoce suma e dinero alguna a favor de la empresa La Mina Hydro-Power, Corp., como compensación en concepto de indemnización, por el Rescate Administrativo del Contrato de Concesión para Generación Hidroeléctrica celebrado el 21 de octubre de 2005, entre el Ente Regulador de los Servicios Públicos y la empresa La Mina Hydro-Power, Corp., por razón de las cuentas pendientes que la citada empresa mantiene con el Estado.” (Cfr. f. 23 del expediente judicial).

2. Entre las consideraciones que sirvieron de sustento para la adopción de la decisión arriba indicada, se encuentra lo siguiente:

“19. Que en la actualidad la empresa La Mina Hydro-Power, Corp., mantiene únicamente el derecho de concesión para la generación hidroeléctrica sobre el proyecto denominado Bajo de Mina, no así las propiedades y estructuras necesarias para iniciar la operación de dicho proyecto hidroeléctrico que son de propiedad privada de la empresa Ideal Panamá, S.A., por lo que sería necesario que La Mina Hydro-Power, Corp., se sometiera a procesos de negociación y/o adquisición forzosa de dichas propiedades y estructuras, procesos cuya duración, tomando en consideración incluso la posible interposición de acciones y recursos antes los Tribunales de Justicia durarían varios años;

20. Que hasta el momento la empresa La Mina Hydro-Power, Corp., no ha iniciado los trámites de solicitud de servidumbre y adquisición forzosa y, por el contrario, ha presentado solicitud de cesión de su contrato de concesión a nombre de un tercero;

21. Que el numeral 3 del artículo 4 de la Ley 6 de 3 de febrero de 1997, consagra la facultad del Estado de intervenir en los servicios públicos de electricidad con la finalidad de asegurar la prestación eficiente, continua e ininterrumpida del mismo;” (Cfr. fs. 20 – 21 del expediente judicial).

.” (Cfr. f. 40 del expediente judicial).

3. Producto de su disconformidad, la hoy actora interpuso un recurso de reconsideración en su contra, al que se le dio respuesta mediante la Resolución AN No. 5350-Elec de 28 de mayo de 2012, la cual dispuso mantener en todas sus partes la Resolución AN No. 5296-Elec de 3 de mayo de 2012; atendiendo para ello, entre otras consideraciones, a lo que pasamos a transcribir:

“5.6 En lo ateniende a la afirmación de la recurrente al señalar que en lugar del pago que corresponde por Ley al declararse ‘la

expropiación de la Concesión', se establece que son sus clientes los que le adeudan Cien Mil Balboas al Estado panameño, lo cual considera 'arbitrario y descomedido que configura un escandaloso dolo civil', se indica lo siguiente:

5.6.1 Que existe una marcada diferencia jurídica entre lo que es la expropiación de bienes y el rescate administrativo de una concesión, especialmente porque en la primera no existe vínculo contractual, mientras que en el segundo si existe un contrato administrativo, que crea un derecho precario a favor del concesionario, condicionado a que por razones de interés público el Estado tenga que dejar sin efecto la concesión.

5.6. 2 Que el Consejo de Gabinete mediante Resolución No. 11 de 31 de enero de 2012, en concordancia con lo señalado en la cláusula 30 del Contrato de Concesión celebrado entre el Ente Regulador de los Servicios Públicos, ahora Autoridad Nacional de los Servicios Públicos y la empresa La Mina Hydro-Power, Corp., relativo al proyecto hidroeléctrico Bajo de Mina, autorizó a esta Autoridad Reguladora para que conformara un equipo técnico con el Ministerio de Economía y Finanzas y la Contraloría General de la República con el propósito que realizaran estudios económicos y financieros con el fin de establecer el monto total de la compensación en concepto de indemnización que se pagaría a La Mina Hydro-Power, Corp." (Cfr. f. 27 del expediente judicial).

Examen de los cargos de ilegalidad:

Antes de iniciar con el análisis de fondo, consideramos importante indicar, que este Tribunal, a través de jurisprudencia uniforme, ha indicado que *"La jurisdicción contenciosa administrativa se activa en base (sic) al principio de justicia rogada, en el sentido que las partes son las que delimitan la materia y las pretensiones que deben ser objeto de análisis por parte del Tribunal. Entre estas delimitaciones está que **esta Sala de la Corte debe fallar en base (sic) a las normas citadas por la parte actora como infringidas por el acto administrativo y en atención a su concepto de infracción.**"* (La negritas es nuestra) (Sentencia de 3 de mayo de 2018). Es decir, que el examen de legalidad de un acto administrativo, como el que se impugna en este caso, se efectuará en atención a cada una de las normas legales y/o reglamentarias que se aducen infringidas y a los argumentos en los que se fundamenta tal infracción.

Visto lo anterior, esta Colegiatura advierte que los cargos de ilegalidad que la actora le endilga a la Resolución AN No. 5296-Elec de 3 de mayo de 2021, giran en torno a que no existía razón que justificara el rescate administrativo ordenado

por la AUTORIDAD NACIONAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS; y por otro lado, que a través de la emisión del acto objeto de reparo, lo que realmente se buscaba era burlar el cumplimiento de lo ordenado en la Sentencia de 11 de noviembre de 2010, a través de la cual, la Sala Tercera declaró nula, por ilegal, la resolución administrativa del contrato de concesión suscrito entre LA MINA HYDRO-POWER, CORP., y el entonces Ente Regulador de los Servicios Públicos (Cfr. fs. 10 - 15 del expediente judicial)

Aclarado lo anterior, y luego de un minucioso análisis del acto objeto de reparo, consideramos importante resaltar los siguientes argumentos en él contenidos:

“17. Que toda vez que el sistema eléctrico panameño presenta estrechez en términos de generación para cubrir la demanda, desde la actualidad hasta los siguientes dos años, como una demanda máxima en el año 2011 de 1,286.46 MW y con incrementos promedio de 50 MW por año, es de carácter urgente la incorporación de nuevos planteles de generación al Sistema Interconectado Nacional (SIN);

...

24. Que debido a la situación planteada y a la necesidad urgente que tiene el país de que entre en operación la central hidroeléctrica Bajo de Mina, esta Autoridad Reguladora, con fundamento en la cláusula 30 del Contrato de Concesión antes citado, considera que debe procederse con el rescate administrativo de ésta, a efecto de salvaguardar las necesidades de la población panameña y la seguridad del Sistema Interconectado Nacional y asegurar la continuidad de la prestación del servicio público de electricidad bajo criterios de eficiencia económica, viabilidad financiera, calidad y confiabilidad del servicio;” (Cfr. fs. 20 – 21 del expediente judicial).

Como es sabido, el examen de legalidad de los actos administrativos conlleva, entre otras cosas, retrotraernos al momento en que estos fueron dictados, para así, tomando en consideración realidad existente en ese momento, poder determinar si los mismos fueron emitidos o no, con arreglo a la ley.

En el caso que nos ocupa, lo arriba indicado reviste de especial importancia, por lo fluctuante que resulta el mercado de generación y consumo eléctrico.

Así pues, a fin de cumplir con lo anterior, debemos situarnos en la década del 2010, en donde el contexto energético era bastante distinto al que encontramos en este momento.

Al respecto, la publicación *Competitividad al Día*, en su Edición No. 154 de septiembre de 2013, dibuja con bastante claridad el escenario que se vivía en ese momento, descripción que realiza en los siguientes términos:

“Situación de la Energía en Panamá

El sector eléctrico en Panamá, cuenta con una estructura definida por el alcance del servicio prestado, distinguiéndose tres secciones que son: **Generación eléctrica cuya capacidad instalada es de 61.3% hidroeléctrico** y 38.7% térmica (Gráfico N°1) y está conformada por 30 empresas privadas registradas en el Mercado mayorista. Transmisión eléctrica provista por ETESA, S.A. (empresa pública).

Y por último, se encuentra la distribución realizada por 3 empresas privadas con cobertura nacional del 90%.

...

La capacidad instalada alcanzó 2,421.7 MW en el año 2012 cuando en los años noventa era de 892.2 MW. La potencia firme alcanzó los 1,737.7 MW. En cuanto a la generación bruta de energía, **la misma llegó a los 8,577.5 Gwh producida en un 62.8% por la central hidro**, 25.8% por bunker, 7.8% de carbón y 3.6% de diesel.

En cuanto al consumo de energía eléctrica, el mismo **alcanzó un nuevo récord de 7,170.3 GWh en el 2012, aumentando 8.6% en relación al año anterior (SIN)**. Por su parte, la demanda máxima de potencia para el 2012 fue de 1,386.3 MW.

El margen de potencia firme sobre la demanda máxima, según algunos estudios, es de solamente 335 MW al 2012; **margen que debe mejorar hasta los 509MW con el aporte de las hidroeléctricas que entran al mercado este año (Plan de Expansión de Transmisión 2012-PENSIN 2012)**.

Los expertos consideran **al margen 2012 muy estrecho**, situación que no solo reduce la competencia entre las empresas generadoras – aumentando también los costos pues los oferentes cotizan caro porque saben que el costo de oportunidad para el comprador es alto - **sino que también incrementa los riesgos de escasez de energía**.

Lo anterior representa retos importantes para la seguridad energética que requiere Panamá para crecer y para combatir los efectos del calentamiento global, caso ocurrido en los primeros meses del 2013 **donde la demanda de energía quedo muy cerca**

del límite de la oferta disponible.” (El resaltado es del Tribunal)
(Cfr. <https://cncpanama.org/phocadownload/Competitividad%20al%20Dia%20No.%20154%20Sector%20Electrico%20en%20Panama.pdf>)

De lo anterior destacan cuatro elementos a considerar en el caso que nos ocupa, siendo estos:

- Que la generación de electricidad a través de hidroeléctricas representó el 61.3%;
- Que en el año 2012, se produjo un consumo record, llegando a los 7,170.3 GWh, lo cual representó a su vez, un aumento del 8.6% en relación al año anterior;
- Que el margen de potencia en firme para el año 2012 era de 335 MW, y el mismo debía mejorar hasta llegar a los 509MW; y
- Que la demanda de energía quedó muy cerca de la oferta disponible.

De los cuatro elementos indicados, los últimos dos merecen especial atención; ya que, como se observa, la generación eléctrica y la demanda, llegaron a encontrarse muy cerca la una de la otra, realidad que nos hace tener que referirnos lo que es el Plan de Expansión del Sistema Interconectado Nacional.

Sin ánimos de adentrarnos en consideraciones demasiado técnicas, podemos indicar que el Plan de Expansión del Sistema Interconectado Nacional, constituye un documento a través del cual, en este caso ETESA, realiza pronósticos, entre otras cosas, de demanda, energía y potencia; basándose para ello en modelos previamente definidos, los cuales a su vez, tienen una proyección hacia el futuro a una determinada cantidad de años.

Dentro del marco de esas proyecciones fue que, el otrora Ente Regulador de los Servicios Públicos, hoy, AUTORIDAD NACIONAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS, emitió la Resolución No.JD-4324 de 7 de noviembre de 2003, a través de la cual, le otorgó a LA MINA HYDRO-POWER CORP., un derecho de

concesión hidroeléctrica, para la construcción, explotación y mantenimiento de la Central Hidroeléctrica denominada Bajo de Mina, localizada en el río Chiriquí Viejo, distrito de Renacimiento, provincia de Chiriquí (Cfr. f. 130 del expediente judicial).

Cabe mencionar, que a través del respectivo contrato de concesión, se le impuso a la concesionaria un plazo máximo de doce (12) meses, contados a partir de la fecha del refrendo del mismo, para iniciar las obras de construcción, término que le empezó a correr a partir del 21 de octubre de 2005, fecha en que este fue refrendado por la Contraloría General de la República (Cfr. f. 130 del expediente judicial).

En razón del transcurso del término arriba indicado, y al no haberse dado inicio a las obras de construcción, la AUTORIDAD NACIONAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS, a través de la Resolución AN No. 490-Elec de 20 de diciembre de 2006, dispuso declarar la *resolución administrativa de la concesión*, basándose para ello, en lo dispuesto en la cláusula quinta del referido contrato (Cfr. fs. 130 – 132 del expediente judicial).

Contra esta decisión se interpuso el correspondiente recurso de reconsideración, al cual se le dio respuesta mediante la Resolución AN No. 584-Elec de 22 de enero de 2007, que dispuso mantener en todas sus partes el contenido de la Resolución AN No. 490-Elec de 20 de diciembre de 2006, quedando así agotada la vía gubernativa (Cfr. fs. 133 – 136 del expediente judicial).

Así las cosas, producto de la resolución administrativa del contrato de concesión otorgado a LA MINA HYDRO-POWER CORP., resultaba necesario adjudicar dicha oportunidad de generación a otra persona; ya que, como se explicó en fojas que anteceden, la proyección del consumo versus la generación de energía, exigía la entrada en operación de esta hidroeléctrica.

Atendiendo a esto último, mediante la **Resolución AN No. 812-Elec de 10 de mayo de 2007** y subsiguientemente la **Resolución AN No.1523-Elec de 12 de**

marzo de 2008, se le otorgó a la empresa Ideal, S.A., la concesión para la construcción y explotación de la central hidroeléctrica en cuestión. (Cfr. f. 137 – 143 del expediente judicial).

Posteriormente, mediante **Sentencia de 11 de noviembre de 2010**, la Sala Tercera declaró nulas, por ilegales, la Resolución AN No. 490-Elec de 20 de diciembre de 2006, y la Resolución AN No. 584-Elec de 22 enero de 2007; esto, dentro del marco de la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción incoada por LA MINA HYDRO-POWER CORP., contra la AUTORIDAD NACIONAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS, declarando a su vez vigente el Contrato de Concesión de Generación Eléctrica suscrito entre la empresa LA MINA HYDRO-POWER CORP., y el Ente Regulador de los Servicios Públicos, hoy AUTORIDAD NACIONAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS, otorgado mediante la Resolución No. JD-4324 de 7 de noviembre de 2003; restituyendo a su vez los derechos de construcción, explotación y mantenimiento de la Central Hidroeléctrica denominada Bajo de Mina; y dejando a su vez sin efecto cualquier otra concesión del objeto litigioso a cualquier tercera persona (Cfr. fs. 35 – 66 del expediente judicial).

En razón de lo ordenado, la AUTORIDAD NACIONAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS, emitió la **Providencia de 14 de febrero de 2011**, a través de la cual se ordenó el registro de la empresa LA MINA HYDRO-POWER CORP., en los libros correspondientes, como una empresa cesionaria de generación eléctrica relacionada al proyecto hidroeléctrico Bajo de Mina (Cfr. f. 20 del expediente judicial).

En ese orden de sucesos, posteriormente se dictó la **Resolución AN No.5296-Elec de 3 de mayo de 2012**, objeto de reparo, la cual se sustentó, entre otras cosas, en lo siguiente:

“19. Que en la actualidad la empresa La Mina Hydro-Power, Corp., mantiene únicamente el derecho de concesión para la generación hidroeléctrica sobre el proyecto denominado Bajo de Mina, no así las propiedades y estructuras necesarias para iniciar la operación de dicho proyecto hidroeléctrico que son de propiedad

privada de la empresa Ideal Panamá, S.A., por lo que sería necesario que La Mina Hydro-Power, Corp., se sometiera a procesos de negociación y/o adquisición forzosa de dichas propiedades y estructuras, procesos cuya duración, tomando en consideración incluso la posible interposición de acciones y recursos antes los Tribunales de Justicia durarían varios años;

20. Que hasta el momento la empresa La Mina Hydro-Power, Corp., no ha iniciado los trámites de solicitud de servidumbre y adquisición forzosa y, por el contrario, ha presentado solicitud de cesión de su contrato de concesión a nombre de un tercero;

21. Que el numeral 3 del artículo 4 de la Ley 6 de 3 de febrero de 1997, consagra la facultad del Estado de intervenir en los servicios públicos de electricidad con la finalidad de asegurar la prestación eficiente, continua e ininterrumpida del mismo;

22. Que lo anterior tiene su fundamento en el artículo 51 de la Constitución Política de la República de Panamá, que señala que en caso de interés social urgente, que exija medidas rápidas, el Ejecutivo puede decretar la expropiación u ocupación de la propiedad privada, y en el artículo 259, del mismo Estatuto Político Fundamental que indica que las concesiones para la explotación de empresas de servicio público se inspiraran en el bienestar social y el interés público;

23. Que en concordancia con lo preceptuado en el numeral 11 del artículo 12 del Decreto Ejecutivo 22 de 19 de junio de 1998, por la cual 'Se reglamenta la Ley 6 de 3 de febrero de 1997', que señala que los contratos de concesión deben establecer el derecho del Estado de rescatar la concesión por razones de interés público siguiendo las formulas y mecanismos de compensación establecidos en el respectivo contrato de concesión, la cláusula 30 del Contrato de Concesión celebrado entre la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos y la empresa La Mina Hydro-Power, Corp., relativo al proyecto hidroeléctrico Bajo de Mina, expresamente indica que dicho Contrato podrá terminarse por voluntad unilateral del Estado en caso de que éste, por razones de interés social urgente, ejerza su derecho al rescate de la Concesión;

24. Que debido a la situación planteada y a la necesidad urgente que tiene el país de que entre en operación la central hidroeléctrica Bajo de Mina, esta Autoridad Reguladora, con fundamento en la cláusula 30 del Contrato de Concesión antes citado, considera que debe procederse con el rescate administrativo de ésta, a efecto de salvaguardar las necesidades de la población panameña y la seguridad del Sistema Interconectado Nacional y asegurar la continuidad de la prestación del servicio público de electricidad bajo criterios de eficiencia económica, viabilidad financiera, calidad y confiabilidad del servicio" (Cfr. fs. 21 – 22 del expediente judicial).

De los argumentos ensayados en el acto objeto de reparo, se desprende que la decisión adoptada, obedeció en gran medida, a que aun y cuando a la

empresa LA MINA HYDRO-POWER, CORP., se le volvió a reconocer el derecho de concesión para la generación hidroeléctrica sobre el proyecto denominado Bajo de Mina, en razón de lo dispuesto por la Sentencia de 11 de noviembre de 2010; la misma no era dueña ni de las propiedades ni de las estructuras necesarias para iniciar la operación del proyecto; la cuales, como se indicó en el acto cuya legalidad se cuestiona, eran propiedad de la compañía Ideal Panamá, S.A.

Esta situación, aunado a la ausencia de procesos para la adquisición de los mismos, sirvió de justificación para la decisión adoptada.

Así las cosas, a fin de legitimar o no, la validez de los argumentos utilizados por la entidad demandada, corresponde, en primer término, analizar el contenido del contrato de concesión, a fin de conocer el alcance de la norma que en su momento fue utilizada como sustento de la decisión adoptada por la AUTORIDAD NACIONAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS.

Contrato de Concesión para Generación Hidroeléctrica de la central
hidroeléctrica Bajo de Mina.

“CLÁUSULA 30. RESCATE ADMINISTRATIVO.

Este Contrato podrá terminarse por voluntad unilateral del Estado en caso de que éste, por razones de guerra, grave perturbación del orden público o de interés social urgente, ejerza su derecho al rescate de la CONCESIÓN. En este caso se seguirá el procedimiento de expropiación para casos de urgencia que establecen los Artículos 1927 y subsiguientes del Código Judicial.

El Estado pagará a EL CONCESIONARIO una compensación que se ajustará al valor justo del mercado de los bienes que corresponden a los BIENES DE LA CENTRAL HIDROELÉCTRICA, más un diez por ciento (10%) de dicho valor justo del mercado, en concepto de indemnización. El valor justo del mercado de los BIENES DE LA CENTRAL HIDROELÉCTRICA se determina bajo el supuesto de una concesión vigente en plena operación, el cual será determinado de común acuerdo por peritos designados por la Contraloría General de la República y el Ministerio de Economía y Finanzas. En caso que EL CONCESIONARIO no acepte el valor determinado en la forma indicada, EL CONCESIONARIO, podrá solicitar el Arbitraje que se establece en la Cláusula 35 de este contrato.

Durante el proceso para el Rescate Administrativo de la CONCESION, el ENTE REGULADOR podrá nombrar a un

interventor en el evento de imposibilidad manifiesta del CONCESIONARIO para continuar prestando el servicio objeto de este Contrato, o en caso de interés social urgente, de acuerdo a las normas establecidas en el REGLAMENTO.

Una vez quede debidamente ejecutoriada la Resolución donde se declare el Rescate Administrativo, los accionistas del CONCESIONARIO podrán ceder el monto del valor justo del mercado de los bienes de la Central Hidroeléctrica a cualquier persona natural o jurídica.

El pago de la suma que se determine finalmente, deberá efectuarse dentro de los noventa (90) días hábiles siguientes a la notificación de la resolución que le haya señalado." (Cfr. f. 291 del expediente judicial).

Tal y como se desprende de la cláusula transcrita, el rescate administrativo constituía una facultad unilateral del Estado, la cual se encontraba condicionada, a la existencia de guerra, grave perturbación del orden público o de un interés social urgente que así lo justificara.

La verificación del cumplimiento de estos presupuestos, exige pues que regresemos sobre el texto del acto objeto de reparo. Veamos.

"17. Que toda vez que el sistema eléctrico panameño **presenta estrechez en términos de generación para cubrir la demanda, desde la actualidad hasta los siguientes dos años**, con una demanda máxima en el año 2011 de 1,286.46 MW y con incrementos promedio de 50 MW por año, **es de carácter urgente** la incorporación de nuevos planteles de generación al Sistema Interconectado Nacional (SIN).

18. Que la entrada en operación de la central hidroeléctrica Bajo de Mina **proporcionará mayor confiabilidad al Sistema Interconectado Nacional (SIN)**, ya que desplazaría plantas térmicas ineficientes y que presentan indisponibilidades frecuentes, lo que evitaría en el corto plazo, el incremento de la tarifa eléctrica al cliente final, y por ende, el incremento del monto de los subsidios que otorga el Estado para estabilizar la tarifa;" (Cfr. f. 20 del expediente judicial).

Recordemos, el Mercado Eléctrico es un espacio donde se realizan transacciones comerciales de corto, mediano y largo plazo entre los participantes del sistema, para la compra-venta de energía y/o potencia.

Al igual como ocurre con otros casos, el mercado eléctrico funciona nivelando la oferta con la demanda; sin embargo, el mismo cuenta con una

particularidad, la cual radica en la imposibilidad de almacenar inventarios energía para ser vendidos más adelante, debiendo por tanto, contar el sistema, con la suficiente solvencia para poder satisfacer, *en todo momento*, los requerimientos energéticos de sus usuarios.

Tal y como indicamos en párrafos que anteceden, para la época de la emisión del acto objeto de reparo, la generación eléctrica se repartía, aproximadamente, en sesenta y uno punto tres por ciento (61.3%) hidroeléctrica y treinta y ocho punto siete por ciento (38.7%) térmica.

En ese sentido, si bien la generación de electricidad a partir de hidroeléctricas ha demostrado su eficiencia a través del tiempo, esta tecnología también plantea desafíos, dada la inestabilidad de la hidrología ocasionada por factores externos como podrían ser los fenómenos de El Niño, La Niña y el cambio climático.

A este respecto, cobra especial importancia lo indicado por el perito Alcibiades Mayta Thachar. Veamos.

“PREGUNTADO. Ing. Mayta, diga el perito, si de la revisión de los formularios y del análisis de su informe pericial, había estrechez en el sistema entre los años 2008 a 2012. CONTESTO: ... En la gráfica No. 3, página 6 de mi informe, se observa que en ese período el margen de reserva, es decir, la diferencia entre la demanda máxima del sistema y la capacidad instalada que se tenía para satisfacer esa demanda, **ese margen de reserva estaba muy bajo, muy estrecho y de hecho fue el margen de reserva más pequeño que hubo en el periodo comprendido entre el año 1998 y 2020.** Ahora bien, la necesidad de capacidad instalada en un sistema la determinan los planificadores de ese sistema quienes tienen que tomar en cuenta el incremento de la demanda eléctrica que la mayoría de las veces siempre crece porque en los países la población aumenta, las necesidades de electricidad aumentan y no se puede esperar que la demanda aumente primero para luego instalar las plantas.

...
La situación fue tan grave en Panamá, que ya para el 2009, el Órgano Ejecutivo por Resolución de Gabinete No. 159 de 22 de diciembre de 2009, autorizó una contratación urgente para el servicio de potencia y energía eléctrica por un monto de aproximadamente 55 millones de dólares.

...
Y la situación continuó empeorando hacia el año 2013 en la que definitivamente **tuvo que declararse un estado de alerta de racionamiento de energía** que lo emitió el Centro Nacional de Despacho mediante Nota ETE-CND-GOP-409-2013 de 26 de abril

de 2013, y eso desencadenó la aplicación de una serie de medida de la restricción del uso de la electricidad.” (El resaltado es del Tribunal) (Cfr. fs. 872 – 873 del expediente judicial).

Ante tal escenario, resultaba en un imperativo, tanto antes, como ahora, que los concesionarios se manejen de forma eficaz y eficiente dentro del marco de las concesiones que les hayan sido otorgadas; siendo esto precisamente lo que no ocurrió en el caso que nos ocupa.

Tal y como se indicó en el acto cuya legalidad se cuestiona, para ese momento y por los dos años siguientes, el sistema eléctrico panameño mostraba estreches en términos de generación, realidad que hubiera sido distinta, o al menos, menos grave, si la empresa LA MINA HYDRO-POWER, CORP., hubiera iniciado operaciones de manera oportuna.

Producto de aquella pasividad por parte de la empresa concesionaria, se hacía necesario tomar una decisión a fin de mantener vigente, no solo la estabilidad del sistema, sino además para que pudiera incorporarse el mismo, *lo más rápido posible*, la generación que estaba supuesta a aportar el proyecto Bajo de Mina.

Lo hasta ahora expuesto permite concluir, que en efecto, al momento de la emisión del acto objeto de reparo, existía un interés social urgente que debía ser protegido, el cual se encuentra definido en el artículo 4 de la Ley No. 6 de 3 de febrero de 1997, Por la cual se dicta el Marco Regulatoria e Institucional para la Prestación del Servicio Público de Electricidad, y el cual es del tenor siguiente:

“Capítulo II Principios y Lineamientos

Artículo 4. Intervención del Estado. El Estado intervendrá en los servicios públicos de electricidad, únicamente para los siguientes fines:

1. **Garantizar la calidad del servicio** y su disposición final, para asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de los clientes.
2. Propiciar la ampliación permanente de la cobertura del servicio.
3. **Asegurar la prestación eficiente, continua e ininterrumpida del servicio**, salvo cuando existan razones de

fuerza mayor, caso fortuito, de orden técnico, económico, por sanciones impuestas a los clientes, o por su uso fraudulento de la electricidad, que así lo exijan.” (El resaltado es nuestro).

Por otro lado, en lo que respecta al monto económico a reconocer derivado del rescate administrativo aplicado al contrato de concesión, consideramos oportuno traer a colación lo indicado en el informe de peritaje ordenado a tal efecto por el Consejo de Gabinete. Veamos.

“7. CONCLUSIÓN

Después de haber realizado el peritaje al Contrato de Concesión para Generación Hidroeléctrica denominado Bajo de Mina cuyo concesionario es La Mina Hydro-Power, Corp., el cual incluyó el análisis completo del expediente de la concesionaria ubicados en la ASEP y en la Corte Suprema de Justicia, documentos proporcionados por el Ministerio de Economía y Finanzas, los Municipios de Panamá y de Renacimiento provincia de Chiriquí, de la Caja de Seguro Social, de la Autoridad Nacional de Ambiente, del Concesionario y sus proveedores y la visita al sitio donde se construiría la hidroeléctrica, concluimos así:

- La Mina Hydro-Power Corp., no desarrollo el proyecto objeto de la concesión.
- La Concesionaria ni sus proveedores de servicios proporcionaron facturas, recibos, cheques ni certificaciones que establecieran de forma exacta el valor de los Estudios de Impacto Ambiental y de Factibilidad, situación que limita el cálculo del monto exacto a indemnizar; así como tampoco la Dirección General de Ingresos suministró documentos.
- Según certificación de saldo de la Autoridad Nacional de Ambiente, La Mina Hydro-Power Corp., mantiene un saldo por cancelar de B/.135,984.03.
- El Estado no debe reconocerle dinero alguno en concepto de Rescate Administrativo, a La Mina Hydro-Power Corp., toda vez que esta mantiene deudas por un valor superior al de los gastos sustentados en el expediente que se maneja en la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, en la Corte Suprema de Justicia y de los documentos aportados por la Concesionaria, sus proveedores e instituciones públicas.” (Cfr. f. 330 del expediente judicial).

En relación a las conclusiones a las que se arriba en el informe pericial arriba citado, debemos indicar que contra ellas no se presentó, por parte del demandante, ni por ninguna otra de las partes del proceso, elementos de convicción dirigidos a desvirtuar lo ahí indicado.

Así las cosas, las razones anteriormente anotadas nos llevan a concluir que no prosperan los cargos de ilegalidad endilgados a los actos administrativos impugnados; por lo que, en consecuencia, no se accederá a las pretensiones formuladas por la demandante

PARTE RESOLUTIVA

Por las consideraciones previamente expuestas, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **DECLARA QUE NO ES ILEGAL la Resolución AN No.5296-Elec de 3 de mayo de 2012**, emitida por la AUTORIDAD NACIONAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS, y, en consecuencia, **NIEGA** el resto de las demás pretensiones formuladas en la demanda.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


MARÍA CRISTINA CHEN STANZIOLA
MAGISTRADA


JOSÉ A. DELGADO
MAGISTRADO


ROSALINDA ROSS SERRANO
MAGISTRADA


LICDA. KATIA ROSAS
SECRETARIA DE LA SALA TERCERA

Sala III de la Corte Suprema de Justicia

NOTIFIQUESE HOY 30 DE diciembre DE 20 22

A LAS 8:46 DE LA mañana

A Recamador de la Administración



Para notificar a los interesados de la resolución que antecede,
se ha fijado el Edicto No. 3735 en lugar visible de la
Secretaría a las 4:00 de la Tarde
de hoy 22 de Diciembre de 22


SECRETARÍA