

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 1267

Panamá, 23 de noviembre de 2016

**Proceso Contencioso Administrativo
de Plena Jurisdicción.**

Alegato de Conclusión.

La firma forense Rodríguez-Robles & Espinosa, actuando en representación de **Generadora del Istmo S.A. (GENISA)**, solicita que se declare nulo, por ilegal, el ordinal segundo de la Resolución AN 9043-Elec de 3 de septiembre de 2015, emitida por la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos**, su acto confirmatorio, y para que se hagan otras declaraciones.

Honorable Magistrado Presidente de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia.

Acudo ante usted de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley 135 de 1943, modificado por el artículo 39 de la Ley 33 de 1946, para presentar el alegato de conclusión de la Procuraduría de la Administración dentro del proceso contencioso administrativo descrito en el margen superior, el cual nos permite reiterar lo ya planteado en nuestra contestación de la demanda, en el sentido que no le asiste la razón a la sociedad recurrente en cuanto a su pretensión que se declare nulo, por ilegal, el ordinal segundo de la Resolución AN 9043-Elec de 3 de septiembre de 2015, emitida por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos.

Tal y como consta en autos, mediante la **Resolución AN 2439-Elec de 19 de febrero de 2009**, se otorgó a favor de la empresa **Generadora del Istmo S.A. (GENISA)**, un derecho de concesión para la construcción, la instalación, la operación y el mantenimiento de una planta hidroeléctrica denominada Barro Blanco, aprovechando las aguas del río Tabasará, ubicada en los corregimientos de Bella Vista y Veledero, distrito de Tolé, provincia de Chiriquí, para generar hasta una capacidad de 19.86 MW y cuyo Contrato de Concesión fue

refrendado por la Contraloría General de la República, el 1 de septiembre de 2009 (Cf. foja 25 del expediente judicial).

Mediante la Resolución AN 4170-Elec de 13 de enero de 2011, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos autorizó la Adenda 1 al Contrato de Concesión celebrado con la empresa concesionaria arriba descrita, en el sentido de modificar la Cláusula Tercera de dicho contrato, a fin que la capacidad de generación fuese de 28.84 MW (Cf. foja 25 del expediente judicial).

En este mismo contexto, mediante la Resolución AN 8028-Elec de 11 de noviembre de 2014, la Autoridad Reguladora autorizó la Adenda 2 al Contrato de Concesión celebrado con la demandante, con el objeto que se modificara la cláusula quinta del Contrato, en el sentido que se extendieran los plazos para la terminación de la construcción de las obras, hasta seis (6) meses contados a partir del 1 de septiembre de 2014, es decir, hasta el 1 de marzo de 2015 (Cf. fojas 25 y 26 del expediente judicial).

Lo antes indicado, tuvo como fundamento las notas recibidas los días 2 y 26 de febrero y 28 de julio de 2015, a través de las cuales la demandante le solicitó a la entidad que tomara en consideración los disturbios y los cierres de calles desarrollados en áreas aledañas al proyecto, para efectuar una modificación de la cláusula quinta del Contrato de Concesión, a fin que se prorrogara la fecha de terminación de construcción de la obra hasta el 30 de septiembre de 2016, requerimiento que la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos acogió mediante la **Resolución AN 9043-Elec de 3 de septiembre de 2015**, acusada de ilegal, advirtiendo de igual manera **que el inicio de operaciones de la central hidroeléctrica objeto del contrato de concesión, estaba sujeta a la orden que en este sentido debía emitir la Autoridad Reguladora** (Cf. fojas 25 - 27 del expediente judicial).

Producto de la condicionante incluida en la **Resolución AN 9043-Elec de 3 de septiembre de 2015**, a través de la cual se supeditó el inicio de operaciones de la central hidroeléctrica en mención a la orden que en este sentido debía emitir la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, la Licenciada María De Las Mercedes Hernández, en su calidad

de apoderada especial de **Generadora del Istmo S.A. (GENISA)** presentó un recurso de reconsideración contra la citada resolución indicando, entre otras cosas que no hay certeza o garantía alguna respecto del escenario en el que podía iniciar operaciones la central hidroeléctrica una vez terminadas las obras civiles, además que, según ella, el fundamento legal invocado por la entidad es demasiado general para definir un tema tan sensitivo como la entrada en operaciones de un agente generador del mercado eléctrico (Cfr. foja 29 del expediente judicial).

En este marco conceptual, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, mediante la **Resolución AN 9102-Elec de 17 de septiembre de 2015**, resolvió denegar el recurso de reconsideración presentado por la empresa **Generadora del Istmo S.A. (GENISA)**, contra la **Resolución AN 9043-Elec de 3 de septiembre de 2015**, quedando así agotada la vía gubernativa (Cfr. fojas 29 y 30 del expediente judicial).

Una vez agotada la vía de la forma antes descrita, la actora, por conducto de su apoderada judicial, ha presentado la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción que ocupa nuestra atención, sustentada en la supuesta infracción del numeral 5.3 de la Cláusula 5 del Contrato de Concesión para el proyecto de Generación Eléctrica Barro Blanco; y de los artículos 34 y 155 de la Ley 38 de 2000.

Tal y como expresamos en la Vista 312 de 23 de marzo de 2016, a través de la cual contestamos la demandan, a fin de poder realizar un correcto análisis de las normas acusadas de ilegales, se hace necesario estudiar el contenido del contrato de concesión para la Generación Hidroeléctrica Barro Blanco, así como de la normativa aplicable al caso que ocupa nuestra atención para así poder identificar el alcance, los derechos y las obligaciones reconocidos a las partes firmantes.

En este sentido, al analizar el capítulo IV del Contrato, relativo a las **obligaciones del concesionario**, podemos observar que en el mismo se definen las obligaciones que consideramos fundamentales en atención al tema que nos ocupa, entre las que podemos mencionar: tomar las medidas pertinentes para no ocasionar daños y perjuicios a las personas

naturales o jurídicas y/o bienes muebles e inmuebles de éstas que se encuentren aledañas y/o aguas abajo de la Central Hidroeléctrica; actuar con la diligencia de un administrador eficiente y eficaz en la conservación de la integridad física, las características funcionales y la seguridad de la Central Hidroeléctrica; entre otras (Cfr. fojas 49 y 50 del expediente judicial).

Dicho lo anterior, debemos recordar, tal y como fue indicado en el informe de conducta rendido por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, que la razón por la cual la recurrente solicitó la modificación de la cláusula quinta del contrato de concesión, que guarda relación con el inicio de los trabajos de construcción y de las operaciones del proyecto hidroeléctrico, obedeció a manifestaciones de grupos originarios del área que estaban en contra de la construcción de la hidroeléctrica, y que trajeron como consecuencia disturbios y cierres de calles, lo que implicó retrasos en los tiempos de construcción, y en consecuencia, en los plazos originalmente pactados en el contrato de concesión (Cfr. foja 85 del expediente judicial).

En atención a lo anterior, a fin de mantener el orden, las autoridades del Gobierno Nacional, así como las de la Comarca Ngäbe Buglé instauraron una mesa de diálogo en el que se llegaron a acuerdos tales como el garantizar que se hicieran los trabajos necesarios para estabilizar los estribos de la obra de acuerdo a las recomendaciones del equipo técnico, de manera que se evitaran desastres y daños a las comunidades río debajo de la presa, así como la terminación de las obras civiles, evitando todo tipo de trabajo electromecánico (Cfr. foja 86 del expediente judicial).

De lo antes expuesto, se puede concluir sin mayores esfuerzos que la concesionaria no ha podido culminar con los trabajos de construcción de las obras por situaciones que se encuentran fuera de su control, así como por causa de la **suspensión** emitida por el Ministerio de Ambiente mediante la Providencia AG-0001-2015 de 9 de febrero de 2015, **a través de la cual se dio inicio a un proceso administrativo por infracciones ambientales en la hidroeléctrica Barro Blanco** (Cfr. foja 86 del expediente judicial).

Producto de lo antes indicado cobra especial relevancia el artículo 2 (numeral 1), el artículo 4 (numeral 1 y 3) y el artículo 5 (numeral 4) de la Ley 6 de 3 de febrero de 1997, los cuales indican lo siguiente:

“**Artículo 2.** Finalidad del régimen. El régimen establecido en esta Ley, para la prestación del servicio público de electricidad, tiene por finalidad:

1. Propiciar el abastecimiento de la demanda de los servicios de energía eléctrica y el acceso de la comunidad a éstos, bajo criterios de eficiencia económica, viabilidad financiera, **calidad y confiabilidad del servicio**, dentro de un marco de uso racional y eficiente de los diversos recursos energéticos del país.
...”

“**Artículo 4.** Intervención del Estado. El Estado interviendrá 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.
...

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 uso fraudulento de la electricidad, que así lo exijan.”

“**Artículo 5.** Instrumentos de la intervención estatal. Constituyen instrumentos para la intervención estatal en los servicios públicos de electricidad, todas las atribuciones y funciones asignadas a las entidades, autoridades y organismos de que trata esta Ley, especialmente las relativas a las siguientes materias:
...
...”

4. **Control y vigilancia de la observancia de las normas y de los planes y programas sobre la materia.”**

Las normas arriba transcritas claramente establecen la función fiscalizadora que debe desempeñar el Estado a través de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, la cual está encaminada a garantizar la prestación del servicio público de electricidad, de una manera eficiente, continua e ininterrumpida, lo cual solo puede darse a través del control y vigilancia de las observancia de las normas, planes y programas que rigen esta materia.

Visto lo anterior, no resulta para nada cuestionable que la entrada en operaciones de la planta hidroeléctrica de Barro Blanco se encuentre condicionada a que la Autoridad Reguladora haya podido acreditar el cumplimiento de todos los requisitos técnicos y legales que se deben dar dentro de una actividad como la que nos encontramos analizando, máxime si recordamos que el Ministerio de Ambiente, mediante la Providencia AG-0001 de 9 de febrero de 2015, suspendió la continuación de la construcción de las obras de la hidroeléctrica (Cfr. foja 26 del expediente judicial).

En este contexto, debemos observar que si bien el numeral 5.3 de la Cláusula Quinta del Contrato de Concesión establece que El Concesionario se obliga a terminar las obras y a iniciar la operación de la Central Hidroeléctrica a más tardar sesenta (60) meses contados a partir del refrendo del contrato, salvo que se hayan emitido prórrogas en este sentido, no es menos cierto que se han dado una serie de situaciones y **casos de fuerza mayor** que le imponen al Estado, en su condición de garante de la prestación de los servicios públicos, de la propiedad privada y de la vida e integridad de sus habitantes, tomar controles que garanticen que la prestación del servicio objeto del contrato de concesión dado a la empresa **Generadora del Istmo S.A. (GENISA)**, se preste de conformidad a la normativa vigente, así como con los acuerdos a los que se haya llegado con las autoridades tradicionales de la Comarca Gnåbe Bugle.

Conforme advierte este Despacho, el ordinal segundo de la Resolución AN 9043-Elec de 3 de septiembre de 2015, acusado de ilegal, tampoco implica una ruptura del equilibrio económico del mismo, al contrario, lo ahí dispuesto constituye un mecanismo de control que permite a la Autoridad Reguladora realizar una verificación que acredite el cumplimiento tanto técnico como legal de las obligaciones de la Concesionaria, previo inicio de operaciones, garantizándose así el estricto apego a los requerimientos exigidos a este tipo de actividad.

Actividad Probatoria.

Con el objeto de acreditar las razones de hecho sobre las cuales descansa su demanda, la recurrente adujo durante la etapa correspondiente, entre otras pruebas, la copia autenticada de la Resolución AN-9102-Elec de 17 de septiembre de 2015; copia autenticada de la Resolución AN-8028-Elec de 11 de noviembre de 2011; certificación original extendida el 28 de agosto de 2015, por el Registro Público de Panamá, en donde se hace constar la existencia jurídica de la sociedad Generadora del Istmo, S.A., las copias de los recursos gubernativos con el sello fresco de recibido y los originales de las notas por medio de las cuales se solicitó la aprobación de la Adenda número tres (3) al contrato de concesión (Cfr. fojas 110 - 113 del expediente judicial).

Como consecuencia del escaso material probatorio aportado, este Despacho estima que en el presente proceso el accionante **no cumplió con su obligación de probar los datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas en que sustenta su pretensión, tal como lo exige el artículo 784 del Código Judicial**; deber al que se refirió la Sala Tercera en su Auto de 30 de diciembre de 2011, señalando en torno al mismo lo siguiente:

“La Corte advierte que, al adentrarse en el análisis del proceso, **la parte actora no ha llevado a cabo los esfuerzos suficientes para demostrar los hechos plasmados en sus argumentos...** Adicional a ello, consta en el expediente, que **la actora no ha demostrado interés real de suministrar y/o practicar las pruebas por ellos solicitadas, que pudieran reflejar resultados a su favor, contrario a lo expresado en el artículo 784 del Código Judicial.**

‘Artículo 784. Incumbe a las partes probar los hechos o datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que le son favorables...’ (La negrita corresponde a la Sala Tercera).

Al respecto del artículo transcrito, es la parte actora quien **debe probar que la actuación surtida por la Entidad emisora de la Resolución recurrida, así como sus actos confirmatorios, carecen de validez jurídica.**

Es oportuno en esta ocasión hacer alusión al jurista colombiano Gustavo Penagos, quien dice en relación a la carga de la prueba que: *‘en las actuaciones administrativas se debe observar los principios de la carga de la prueba, la cual corresponde a los acusadores.’* (PENAGOS, Gustavo. Vía

Gubernativa. Segunda Edición. Ediciones Ciencia y Derecho. Bogotá, Colombia, 1995. Pág. 14).

En este mismo sentido, Jairo Enrique Solano Sierra, dice que *'la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la acción corresponden al actor'*. (SOLANO SIERRA, Jairo Enrique. Derecho Procesal Administrativo y Contencioso. Vía Administrativa- Vía Jurisdiccional- Jurisprudencia-Doctrina. Primera Edición. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Santa Fe, Bogotá, D. C. Colombia, 1997. Pág. 399)...”

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, este Despacho reitera al Tribunal su solicitud tendiente a que se sirva declarar que **NO ES ILEGAL el ordinal segundo de la Resolución AN 9043-Elec de 3 de septiembre de 2015**, emitida por la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos**, y en consecuencia, se niegue el resto de las declaraciones solicitadas en la demanda.

Del Señor Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente 821-15