

28-2008

Inconstitucionalidad

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San Salvador, a las ocho horas del veintisiete de junio de dos mil doce.

El presente proceso de inconstitucionalidad ha sido promovido por los ciudadanos Abraham Atilio Ábrego Hasbún, abogado, Jaime Alberto López, empleado, José Armando Flores Alemán, Lic. en Ciencias Jurídicas, y Luis Roberto Fernández Meléndez, abogado, el primero del domicilio de Santa Tecla y los otros del domicilio de San Salvador, a fin de que este Tribunal declare la inconstitucionalidad de los arts. 5 y 12 de la *Ley General de Electricidad (LGE)*, emitida mediante el Decreto Legislativo n° 843, de 10-X-1996, publicado en el Diario Oficial n° 201, tomo 333, de 25-X-1996, y reformada –respecto a su art. 5– mediante el Decreto Legislativo n° 1216, de 30-IV-2003, publicado en el Diario Oficial n° 83, tomo 359, de 9-V-2003, y de los arts. 4, 12 y 51 del *Reglamento de la Ley General de Electricidad (RLGE)*, emitido mediante el Decreto Ejecutivo n° 70, de 25-VII-1997, publicado en el Diario Oficial n° 138, tomo 336, de 25-VII-1997, por supuesta violación a los arts. 84 inc. 4°, 86, 103 inc. final, 110 inc. 4°, 120 inc. 2° y 131 ord. 30° de la Constitución (Cn.).

Las disposiciones impugnadas prescriben:

Ley General de Electricidad

“Art. 5.- La generación de energía eléctrica a partir de recursos hidráulicos y geotérmicos, requerirán de concesión otorgada por la SIGET de conformidad con las disposiciones de la presente Ley, sin embargo, la concesión para plantas generadoras con capacidad nominal total, igual o menor de cinco megavatios se tramitará mediante un procedimiento abreviado, según la metodología que por acuerdo emita la SIGET.”

“Art. 12.- Las concesiones serán permanentes y transferibles.”

Reglamento de la Ley General de Electricidad

“Art. 4.- Las Concesiones para la explotación de recursos hidráulicos geotérmicos para la generación de energía eléctrica, serán otorgadas por la SIGET, previo el cumplimiento de lo dispuesto en la Ley y en el presente Reglamento.”

“Art. 12.- Para los efectos del presente Reglamento, Concesión es el acto otorgado por la SIGET, por el que se faculta a un particular para explotar un recurso hidráulico o geotérmico determinado, con la finalidad de generar energía eléctrica. La Concesión es permanente y transferible.”

“Art. 51.- Los términos de la contratación podrán modificarse a solicitud del concesionario. Las modificaciones podrán abarcar cualquier disposición de la misma, pero en ningún caso podrá pactarse un período determinado para la vigencia de ésta.”

Han intervenido en el presente proceso, además de los demandantes, la Asamblea Legislativa, el Presidente de la República y el Fiscal General de la República en funciones.

Analizados los argumentos y considerando:

I. En el trámite del presente proceso, los intervinientes expusieron:

I. A. Los demandantes consideran que el art. 5 de la LGE y el art. 4 de su respectivo reglamento son inconstitucionales, ya que establecen que la concesión para la generación de energía eléctrica a partir de recursos hidráulicos y geotérmicos deberá ser autorizada por la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones (SIGET); y esto, según ellos, contrasta con la atribución dada a la Asamblea Legislativa en el art. 131 ord. 30° Cn. para autorizar las concesiones referidas en el art. 120 Cn.

Además, exponen que las concesiones a las que se refiere el art. 120 Cn. son las otorgadas por el Estado para explotar muelles, ferrocarriles, canales u otras obras materiales de uso público, y que el art. 103 inc. final Cn. señala que el Estado podrá concesionar la explotación del subsuelo.

Esas disposiciones –continúan– configuran un régimen especial sobre concesiones, e invocan jurisprudencia constitucional para aludir a su ámbito de aplicación, el cual dividen en: (i) servicios públicos, y (ii) bienes públicos. Y sobre esto enmarcan el supuesto del art. 120 Cn., en el ámbito de los bienes públicos, haciendo énfasis en el tema del subsuelo, sobre el cual –afirman– las sustancias minerales que pudiesen derivarse del mismo le pertenecen al Estado –arts. 84 inc. 4° y 103 Cn.–, quien mediante concesiones puede otorgar a alguien la posibilidad de explotación de dichas sustancias.

En esos términos, los actores sostienen que el Estado ejerce soberanía y jurisdicción sobre el subsuelo, y puede disponer de éste de conformidad a las leyes, pero ante todo, a la Constitución; y ésta en su art. 103 inc. final señala que, para la utilización del subsuelo, el Estado puede otorgar concesiones, pero –aclaran– la forma de realizarlas debería ser la estipulada en el art. 110 Cn., ya que el legislador no ha desarrollado ese aspecto.

En general, los pretensores alegan que es la Asamblea Legislativa quien autoriza las concesiones, y que esto no debe entenderse supeditado a la promulgación de una ley, pues constituye una de las atribuciones constitucionales del legislador. Así, para respaldar la importancia que atribuyen al papel autorizador que la Asamblea Legislativa posee en materia de concesiones para la explotación de bienes fiscales y para la prestación de servicios públicos, citan algunos puntos de las discusiones que se dieron para la aprobación de la Constitución.

En consecuencia, la parte actora estima que el art. 5 de la LGE y el art. 4 de su respectivo reglamento contienen un vicio de inconstitucionalidad, en cuanto se refieren a la concesión de un objeto que, por su naturaleza de servicio público (generación de energía eléctrica) e importancia del recurso (bien fiscal), debió formularse de manera que fuera imprescindible su conocimiento y aprobación por parte de la Asamblea Legislativa, y no que se delegara a una autoridad diferente la autorización. Así, impugnan estas

disposiciones por la supuesta violación al art. 120, en relación con los arts. 103 inc. final, 131 ord. 30° y 86, todos Cn.

B. Los arts. 12 de la LGE y 4 y 12 de su reglamento han sido impugnados por la parte actora, pues consideran que son contrarios a los arts. 110 y 120 Cn.

Al respecto, los peticionarios explican que el art. 12 de la citada ley establece que las concesiones serán “permanentes y transferibles”, y que el art. 12 del reglamento respectivo reafirma esos caracteres. Asimismo, aluden al art. 51 del reglamento en cuestión, pues, al referirse a contratos, prohíbe que éstos sean modificados incorporándoles plazos.

En cambio, y para contrastar el contenido de tales disposiciones, los peticionarios argumentan que de los arts. 110 inc. 4° y 120 Cn. pueden derivarse características específicas para el régimen de concesiones, entre las cuales citan que: (i) tanto servicios públicos como obras públicas pertenecen al ámbito del Derecho Público, por lo cual no deben ser regulados por el Derecho Privado; (ii) en caso de que los servicios públicos sean administrados por particulares, en los supuestos del art. 120 Cn., se requerirá la concesión estatal a través de la Asamblea Legislativa, debiendo establecerse plazos y condiciones de la concesión.

Lo anterior –explican– se debe a que el régimen de servicios públicos establecido en la Constitución supone un Estado que vela por el mantenimiento de las características jurídicas esenciales de aquéllos, tales como la continuidad, regularidad y generalidad. Así, los demandantes consideran que configurar una concesión con carácter permanente, no estableciendo un plazo determinado para la misma –como lo regula el art. 51 del reglamento en mención– ~~contraría la naturaleza del servicio público y de sus concesiones~~

A. Asamblea Legislativa manifestó:

a. Que la actual LGE fue creada a iniciativa del Presidente de la República, por medio del Ministro de Economía, ya que éste tiene la finalidad de asegurar a los habitantes de la República el bienestar económico y justicia social, en cuanto al sector eléctrico nacional.

b. Que los arts. 5 y 12 de la LGE no violentan el art. 110 inc. 4º Cn. Con respecto a este artículo, citó la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de 25-VI-1999, correspondiente al proceso 14-N-99, la cual establece que: "...para efectos de la Ley se entiende como administración pública, entre otros, el Poder Ejecutivo y sus dependencias, inclusive las instituciones autónomas, semiautónomas y demás entidades descentralizadas del Estado. --- Es decir, que las instituciones autónomas han tenido su origen en la administración central, de la cual son independientes en lo administrativo y financiero, pero dicha independencia persigue la única finalidad de lograr una mayor eficiencia [...], y es por tales razones que el Estado ejerce un control permanente sobre ellas".

Con esto, la Asamblea Legislativa entiende que la SIGET fue creada como institución autónoma por parte de la Administración Pública, para prestar un servicio sin fines de lucro, pero esto no desliga al Estado para ejercer control permanente sobre ella.

c. Basada en el art. 1 de la Ley de Creación de la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones (LSIGET), la Asamblea Legislativa constata que la Administración Pública creó la SIGET con carácter de institución autónoma, y entiende que es el Estado, a través de ella, el que está otorgando la concesión ya que la Administración fue quien designó a esta institución para que realice actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica.

d. En lo referente al art. 103 inc. final Cn., en cuanto a que el Estado es el propietario del subsuelo y el que puede otorgar concesiones para su explotación, la Asamblea Legislativa manifiesta que la SIGET otorgará la concesión por medio de la potestad que previamente le otorgó el Estado al nombrarla institución autónoma; por lo que la SIGET, facultada por el Estado, posee la potestad de concesionar el subsuelo para su explotación (cita la sentencia de esta Sala de 31-VIII-2001, correspondiente a la Inc. 33-2000).

e. Respecto al art. 120 inc 2º, relacionado con el art. 131 ord. 30º, ambos Cn., expone que la facultad que tiene la Asamblea Legislativa para otorgar concesiones no es contraria a lo que dice el art. 5 de la LGE, puesto que la Asamblea Legislativa, como Órgano del Estado, y teniendo facultades para decretar leyes, emitió la LSIGET, la que establece a esta institución como una autónoma, por lo que se considera parte de la Administración Pública; derivándose que quien está dando la concesión mencionada en el art. 5 de la LGE es el Estado. Agrega que la facultad que tiene la Asamblea Legislativa es

para legislar y no para controlar, y para eso la Constitución abre la posibilidad de que los Órganos del Estado puedan colaborar entre sí; por lo que entiende que, al momento que el Estado presta un servicio público a través de la institución autónoma, lo hace en función de realizar un beneficio para los habitantes de la República. El servicio público prestado a través de la concesión estará vigilado por el Estado para garantizar su continuidad, regularidad y generalidad.

f. Al hablar de una supuesta violación al art. 86 Cn. por parte del art. 5 de la LGE, la Asamblea Legislativa alega que el contenido del art. 110 Cn. menciona que el Estado podrá prestar un servicio público por medio de una institución autónoma. Ésta es parte de la Administración Pública. Por lo tanto, es el Estado quien está constituyendo la concesión a través de dicha institución; no está delegando su función, sino que está siendo ejercida a través de la institución autónoma representando al Estado. Asimismo —continúa—, el Derecho Administrativo y el Derecho Constitucional establecen la delegación de funciones cuando busca mejorar la organización y dinámica de la Administración Pública, a efecto de alcanzar ciertos fines. Para que dicha delegación se concrete deben cumplirse ciertos requisitos: (i) que exista norma jurídica en la cual se establezca la atribución a determinado Órgano o ente estatal; (ii) que exista habilitación normativa; y (iii) que se trate únicamente de atribuciones o funciones que no son esenciales a ese Órgano institucional.

g. Finalmente, respecto al art 12 de la LGE, la Asamblea Legislativa determina que es constitucional lo referente a establecer un plazo para otorgar las concesiones, ya que se encuentra plasmado en una serie de reformas a la LGE, específicamente al sustituir el art. 19 de la ley en cuestión, mencionándose que la SIGET, al momento de otorgar una concesión, deberá estipular plazo en el contrato con el concesionario. Cita textualmente el artículo y entiende que la concesión otorgada por la SIGET debe poseer un plazo establecido en virtud del mismo.

B. El Presidente de la República expuso:

a. Resulta claro del contenido del art 103 inc. final Cn. que el Estado es el propietario del subsuelo, y que a él le corresponde otorgar concesiones para su explotación. Hace referencia a jurisprudencia de esta Sala acerca de la titularidad del dominio público. Manifiesta que cuando la LGE y su reglamento expresan que las concesiones serán otorgadas por la SIGET, respetan la disposición constitucional que reza que las concesiones deben ser otorgadas por el Estado, por cuanto la SIGET es una institución oficial autónoma. De acuerdo al art. 1 de la LSIGET, tiene personalidad jurídica otorgada y derivada de la personalidad del mismo Estado de El Salvador.

La SIGET es un órgano descentralizado del gobierno; se trata de una descentralización por servicio. Sobre este tema, cita la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo correspondiente al proceso 14-N-99 (relacionada *supra*).

b. En cuanto al art. 110 inc. 4° Cn., afirma que no existe duda que las normas legales y reglamentarias que se invocan como violatorias a la norma constitucional no contienen contravención, puesto que la concesión para la explotación del subsuelo debe ser vigilada por la SIGET, quien es parte del Estado como institución oficial autónoma. Expresa que de ninguna de las disposiciones que se citan como inconstitucionales se deriva que el Estado no va a vigilar el desenvolvimiento de los concesionarios; tal potestad la ejercerá el Estado a través de la SIGET.

El art. 4 de la LSIGET establece que dicha institución es la competente para aplicar las normas contenidas en tratados internacionales sobre electricidad y telecomunicaciones vigentes en El Salvador, leyes que rigen los sectores de Electricidad y Telecomunicaciones y sus reglamentos, así como para conocer del incumplimiento de las mismas.

c. En relación a los arts. 131 ord. 30° y 120 Cn., expone que las disposiciones hacen alusión a la concesión para la explotación de ciertos bienes del Estado: “[...] muelles, ferrocarriles, canales u otras obras materiales de uso público.” Por tanto, resulta clarísimo que no se aplica a las concesiones que se otorguen para la generación de energía eléctrica a partir de recursos hidráulicos y geotérmicos; que tal situación no encaja en ninguno de los supuestos que recoge de forma expresa el art. 120 Cn. Advierte que los recursos hidráulicos o geotérmicos no encajan en el concepto “obras materiales”.

Los arts. 5 y 12 de la LGE y 4, 12 y 51 de su reglamento constituyen regulaciones de un servicio público; por tanto, no les resultan aplicables los arts. 120 y 131 ord. 30° Cn.

Hizo reseña sobre los regímenes de concesiones: (i) concesión de servicios públicos, y (ii) concesión para la explotación de bienes públicos. Retoma jurisprudencia de esta Sala –la Inc. 33-2000 citada– para referirse a dichos regímenes: “[...] Partiendo de lo establecido en los arts. 110 inc. final y 120 Cn., en El Salvador el régimen de las concesiones presenta ciertas peculiaridades según el bien que será objeto de una relación de esta naturaleza, por lo que dicho régimen –concesiones– puede ser estudiado desde dos ámbitos: el primero, si se trata de servicios públicos y segundo, si se trata de bienes públicos concesionados para ser explotados. --- [...] En tal sentido, desde un enfoque descriptivo, y atendiendo a su naturaleza jurídica, se ha entendido por servicio público la prestación de actividades tendentes a satisfacer necesidades o intereses generales, cuya gestión puede ser realizada por el Estado en forma directa, indirecta o mixta, sujeta a un régimen jurídico que garantice la continuidad, regularidad y generalidad del servicio. --- [...]. Mientras que para el caso del subsuelo se acepta que cada Estado detenta su dominio y que el mismo no es objeto de propiedad privada. [...] En tal sentido, el propietario del suelo puede hacer uso del subsuelo en los menesteres atinentes a la agricultura y construcción de los cimientos para la viviendas, edificios, etc., pero no sobre las sustancias

minerales en general, pues éstas pertenecen al Estado, quien sí puede, bajo el régimen de una concesión, otorgarle a alguien la posibilidad de explotación de dichas sustancias [...]”.

De lo antes expuesto, concluye que la generación de energía eléctrica, a partir de recursos hidráulicos y geotérmicos, constituye un servicio público que se enmarca dentro del régimen de concesión de servicios públicos contemplado en el art 110 inc. 4° Cn. A la generación de energía eléctrica a partir de recursos hidráulicos y geotérmicos no le resulta aplicable el art. 120 Cn., y como consecuencia, tampoco el art 131 ord. 30° de la misma norma.

d. De la anterior conclusión, deriva también que el plazo y las condiciones de las concesiones para la generación de energía eléctrica, a partir de calor interno de la tierra o de recursos hidráulicos, no corresponde aprobarlo ni –menos– determinarlo a la Asamblea Legislativa, por cuanto el servicio público de referencia no se enmarca dentro del régimen de concesión contemplado en el art 120 inc. 2° Cn.

Asimismo, la exigencia de la estipulación del plazo establecido en el art. 120 Cn. no resulta aplicable a la concesión para la generación de energía eléctrica, a partir del calor interno de la tierra o de corrientes de agua.

Concluye que las disposiciones de la LGE, cuya inconstitucionalidad se alega, no vulneran los arts. 120 y 131 ord. 30° Cn. Como consecuencia, tampoco los preceptos del RLGE resultan inconstitucionales, en la medida que retoman lo dispuesto por la ley, en cuanto que las “[c]oncesiones para la explotación de recursos hidráulicos geotérmicos para la generación de energía eléctrica, serán otorgados por la SIGET.”

e. Finalmente sostiene que, en lo que respecta al art. 86 Cn. referente al principio de indelegabilidad de las atribuciones de los Órganos del gobierno, aclara que no se está frente a ninguna delegación de potestades, ya que la Asamblea Legislativa, en legítimo ejercicio de sus atribuciones conferidas por el constituyente, creó la SIGET como institución oficial autónoma, y a través de la LGE le confirió la potestad de otorgar concesiones para la generación de energía eléctrica a partir de recursos hidráulicos y geotérmicos.

Explica que corresponde al legislador, por medio de leyes de carácter secundario, desarrollar el marco diseñado por el constituyente. En el caso específico, a ella le corresponde desarrollar las disposiciones constitucionales relativas a la regulación de las concesiones; una vez emitidas dichas regulaciones, debe corresponder a un órgano de la Administración Pública –en este caso, al Presidente de la República– decretar los reglamentos que desarrollarán tales disposiciones legislativas.

De los razonamientos expuestos advierte que las disposiciones legales y reglamentarias cuya declaratoria de inconstitucionalidad han solicitado los demandantes no

violan en manera alguna el art. 86 Cn., en lo concerniente al principio de indelegabilidad de atribuciones de los Órganos del gobierno.

4. Por medio de resolución de esta Sala de 20-III-2009, se corrió traslado al Fiscal General de la República en funciones, quien lo evacuó en los siguientes términos:

A. Inicia por establecer qué entiende por “Estado” y los alcances de las disposiciones constitucionales consideradas vulneradas. Brinda una definición doctrinaria y cita la Inc. 33-2000 relacionada, así como una definición jurisprudencial de la Sala de lo Contencioso Administrativo en el proceso 14-N-99 aludido. Entiende que el subsuelo, de acuerdo a la definición que hace el legislador en el art. 571 del Código Civil (C. C.), entra en la clasificación de bienes fiscales, y su uso corresponde al Estado por medio de los entes de gobierno y las instituciones autónomas con potestad reglada para tal efecto, como ocurre en el caso de la SIGET. Continúa diciendo que “no existe la referida contravención al art. 103 de la Cn., por estar ante la figura que constituye por definición doctrinaria y jurisprudencial, el conjunto de bienes propiedad del Estado, *lato sensu* [cursivas suplidas], afectados por ley al uso directo o indirecto de los habitantes.”

En coherencia con la idea anterior considera, que “el dominio público no es una simple conjunción de bienes propiedad del Estado (ámbito subjetivo), sino que la titularidad dominical de dichos bienes, se contempla con los de (carácter objetivo), en cuanto queda a voluntad del legislador su determinación y actos de posesión en los mismos” (*sic*).

Hace alusión a los elementos teleológicos y normativos de los bienes públicos. Respecto a este punto, no encuentra reparo de inconstitucionalidad: para el Fiscal General en funciones, resulta claro que la SIGET forma parte de los entes públicos descentralizados de la figura jurídica del Estado, que, haciendo uso de sus facultades conferidas en la LGE y su reglamento, puede conceder licitaciones en nombre del Estado de El Salvador, en materia de generación del servicio de electricidad a partir de recursos hidráulicos y geotérmicos, por estar conforme con los arts. 1 y 103 Cn.

B. Sobre la supuesta infracción al art. 110 inc. 4° de la Cn., opina que, siguiendo las líneas del planteamiento de la norma, queda claro que el Estado se constituye en una estructura de Órganos de gobierno y entes públicos centralizados o descentralizados. Los servicios públicos que se concesionan a los particulares son objeto de regulación, no por medio de la Asamblea Legislativa, ya que excedería las facultades constitucionales delimitadas en su texto, sino que por medio de la SIGET, respecto a la generación de energía eléctrica a partir de recursos hidráulicos y geotérmicos. Concluye que no existe la supuesta vulneración al art. 110 inc. 4° Cn., puesto que la LSIGET le otorga facultades de vigilancia y cumplimiento de contratos de concesión en materia de servicios públicos, específicamente el de energía eléctrica.

C. Relativo a la violación de los arts. 131 ord. 30° y 120 Cn., cita jurisprudencia de esta Sala con respecto al régimen de concesiones –la Inc. 33-2000 mencionada, así como la sentencia de 26-VIII-1998, correspondiente a la Inc. 4-97–, en la que se determina que los servicios públicos giran alrededor de tres elementos básicos: (i) la necesidad o interés que deba satisfacerse; (ii) la titularidad del sujeto que presta el servicio; y (iii) el régimen jurídico a que se encuentra sujeto.

Los servicios públicos –como la energía eléctrica– se sustentan en la prestación de actividades tendentes a satisfacer necesidades o intereses generales, cuya gestión el Estado puede realizarla en forma directa, indirecta o mixta, sometida a un régimen jurídico que garantice continuidad, regularidad y generalidad del servicio. Sostiene el Fiscal General en funciones que el régimen jurídico del servicio público de energía eléctrica aplicable es de competencia de la SIGET, por ser la única institución, con base a su ley de creación, facultada para el otorgamiento de concesiones, seguimiento y vigilancia, para garantizar que el mismo cumpla los elementos antes mencionados, como parte de las facultades que tiene el Estado para prestarlo conforme al art 110 inc 4° de la Cn.

Igualmente, argumenta que el hecho de que el plazo sea de carácter permanente no significa perpetuidad de la concesión, puesto que la LGE en el art. 20 regula los supuestos de terminación de la concesión, en el entendido que el concesionario debe mantener la prestación del servicio público, que es un elemento de su propia naturaleza. El Estado puede, entonces, retomar la prestación del servicio de forma directa conforme la regulación del art. 110 inc. 4° Cn.

D. Por último, sostiene que el principio de indelegabilidad de funciones, plasmado en el art. 86 Cn., conforme a la jurisprudencia de esta Sala –sentencia de 17-XII-1997, Amp. 117-97–, es una expresión de los principios de legalidad y de sujeción de los funcionarios públicos a la Constitución y las leyes. Recalcó –siguiendo la misma sentencia– que el principio de legalidad no hace referencia sólo a “la legalidad ordinaria sino que se extiende al sistema normativo como unidad, es decir, la legalidad supone respeto al orden jurídico en su totalidad, lo que comprende la Constitución. Y es que, sobre la expresión ley no debe olvidarse que -en virtud de los principios de supremacía constitucional, jerarquía normativa y regularidad jurídica-, la disposición legal debe ser conforme, en forma y contenido, a la normativa constitucional”.

Fundándose en el anterior razonamiento, el Fiscal General en funciones mantiene que no existe la supuesta violación al principio que prohíbe la delegación de funciones. La SIGET, como institución autónoma que forma parte de la estructura organizativa del Estado, con base en la LGE, es la única que puede otorgar concesiones para la generación de energía eléctrica a partir de los recursos hidráulicos y geotérmicos. El servicio público que la SIGET concede no es una delegación de sus facultades conforme a los arts. 120 y

131 ord. 30° Cn. Resulta, entonces, un desacierto el considerar que la SIGET asume roles por delegación en materia de bienes públicos, cuando lo que realiza es una función asignada por el legislador, propia de su actividad en materia de servicios públicos, como es la regulación y vigilancia de la generación de energía eléctrica que, por medio de concesiones, otorga a los particulares.

II. Habiendo expuesto los argumentos del actor, las justificaciones de la Asamblea Legislativa y del Presidente de la República, así como la opinión del Fiscal General de la República en funciones, se depurará uno de los motivos de inconstitucionalidad señalados en la demanda, por no estar adecuadamente configurado (II.1.A), luego se enunciarán aquellos motivos que sí son susceptibles de ser resueltos en el fondo (II.1.B), y por último, se indicará el orden lógico que seguirá esta Sala para fundamentar su fallo (II.2).

I. A. Entre los motivos de inconstitucionalidad alegados por los demandantes, admitidos por este Tribunal mediante la interlocutoria de fecha 6-I-2009, interesa en este momento referirse a las supuestas violaciones de los arts. 5 de la LGE y 4 y 12 frase 1ª del RLGE al art. 110 inc. 4º frase 2ª Cn. En relación con esto, se observa que los artículos cuestionados establecen el órgano competente para ejercer la potestad de otorgar concesiones para la generación de energía eléctrica a partir de recursos hidráulicos y geotérmicos. Por su parte, la norma constitucional citada establece la obligación del Estado de regular y vigilar los servicios públicos prestados por empresas privadas. *Aquellos, evidentemente, en ningún momento niegan al Estado el poder de vigilancia que, conforme a la Constitución, debe tener respecto a los privados, pues no es ése su objeto. Y es que las normas jurídicas nunca deben interpretarse desvinculadas del sistema al que pertenecen.* Una lectura integral de la LGE indica que la SIGET es precisamente el órgano a través del cual el Estado supervisa la prestación del servicio público de generación de electricidad por particulares.

Para ilustrar lo anterior, tengamos presente el art. 2 de la LGE –base de la ley–, que establece: “La aplicación de los preceptos contenidos en la presente Ley, tomará en cuenta los siguientes objetivos: [...] e) Protección de los derechos de los usuarios y de todas las entidades que desarrollan actividades en el sector”. Por su parte, el art. 11 bis de la LGE nos dice: “La SIGET podrá recabar de los operadores y de la Unidad de Transacciones la información que resulte necesaria en el ejercicio de sus funciones para verificar el cumplimiento de esta Ley, su reglamentación y las normas que resulten aplicables”. Por último –sin ánimo de ser exhaustivo–, el art. 5 de la LSIGET dispone: “Son atribuciones de la SIGET: [...] a) Aplicar los tratados, leyes y reglamentos que regulen las actividades de los sectores de electricidad y de telecomunicaciones”. Además, en definitiva, la misma concesión es una forma de control estatal. En virtud de las razones anteriores, *se concluye que el art. 110 inc. 4º frase 2ª Cn. no constituye un parámetro de control idóneo respecto*

de los arts. 5 de la LGE y 4 y 12 frase 1ª del RLGE, por lo cual debe sobreseerse este punto de la pretensión.

B. Habiendo depurado la pretensión, la misma quedaría circunscrita a la supuesta inconstitucionalidad de: (i) los arts. 5 de la LGE y 4 y 12 frase 1ª del RLGE por violación a los arts. 103 inc. 3º, 120 inc. 2º y 131 ord. 30º Cn., ya que la competencia para otorgar las concesiones referidas le corresponde a la Asamblea Legislativa y no a la SIGET; (ii) los arts. 12 de la LGE (en la parte que dice que las concesiones serán “permanentes”) y 12 frase 2ª (en la parte que dice que la concesión es “permanente”) y 51 del RLGE por violación al art. 120 inc. 1º Cn. (la parte que dice que deberá estipularse “plazo”), ya que las concesiones se otorgan de forma permanente y no pueden establecerse plazos para la vigencia de determinadas disposiciones de las mismas; (iii) los arts. 5 de la LGE y 4 y 12 frase 1ª del RLGE por violación al art. 86 inc. 1º frase 3ª Cn., ya que la Asamblea Legislativa ha delegado a la SIGET la competencia para otorgar las concesiones para la generación de energía eléctrica a partir de recursos hidráulicos y geotérmicos; y (iv) los arts. 12 de la LGE (en la parte que dice que las concesiones serán “transferibles”) y 12 frase 2ª del RLGE (en la parte que dice que la concesión es “transferible”) por violación a los arts. 110 inc. 4º y 120 Cn., ya que implican la posibilidad de que la concesión se transfiera a otro sin intervención del Estado.

2. Tal como se acaba de evidenciar, el problema que en esta ocasión se ha planteado a la Sala se refiere a las exigencias constitucionales de las concesiones para la explotación de bienes públicos. Por tal razón, el orden lógico que este Tribunal observará para fundamentar su decisión será el siguiente: primero, se hará una breve reseña doctrinaria y jurisprudencial sobre los bienes de dominio público (III); luego, se hará lo mismo respecto al tema de las concesiones administrativas (IV); finalmente, con este marco, se pasará a enjuiciar la constitucionalidad de los arts. 5 y 12 de la LGE y 4, 12 y 51 del RLGE (V); se efectuarán algunas consideraciones en relación con los efectos del pronunciamiento (VI); emitiendo el fallo que constitucionalmente corresponda.

III. En este apartado, tomando como base la teorización efectuada por esta Sala en la Inc. 33-2000 ya citada, se expone el concepto de dominio público, sus rasgos esenciales y la situación del subsuelo en relación con este régimen.

1. El dominio público, en forma similar a las obras públicas y los servicios públicos, *es un título de intervención estatal* sobre una esfera de la realidad, generalmente económica o con repercusiones de este tipo. El dominio público se entiende como una masa o conjunto de bienes que se encuentran sometidos a un régimen jurídico especial de Derecho Público, es decir, constituye un conjunto de bienes de propiedad del Estado *lato sensu*, afectados por ley al uso directo o indirecto de los habitantes. Precisamente, el criterio rector de la demanialidad es la afectación, es decir, la finalidad de uso, utilidad o

aprovechamiento público al que están destinados dichos bienes. En la afectación se funda la nota esencial de los bienes públicos, que es su indisponibilidad, es decir la imposibilidad de que puedan convertirse en objeto de la autonomía de la voluntad de los particulares y esa característica se manifiesta en las tres formas típicas de la protección del dominio público: la inalienabilidad, la imprescriptibilidad y la inembargabilidad.

Con relación al “uso público” de los bienes demaniales, es importante aclarar que, como se dijo en la referida Sentencia de Inconstitucionalidad 33-2000, “el concepto explotación de bienes, en este caso de bienes públicos, no puede limitarse a entender que se trata de la obtención de un provecho económico, pues *dicho término cabe entenderlo de distintas formas*, v. gr., utilización, empleo, aprovechamiento, usufructo, etc.” Lo anterior significa que *el “uso público” no implica necesariamente el acceso físico libre e indiscriminado de cualquier persona a un bien público*, pues la utilización de estos bienes puede ser común o general (es decir libre, para cualquiera y sin impedimento para otros) y especial o privativa (o sea, condicionada, con exclusión de otros, aunque siempre con destino de utilidad general). En otras palabras, los bienes demaniales son “de uso público” no tanto por la asignación del uso a determinados sujetos, como por *el objeto o finalidad de aprovechamiento general mediante el beneficio colectivo de su explotación, al satisfacer una necesidad de interés público*.

La jurisprudencia mencionada también estableció que, como lo dispone el art. 103 inc. 3º Cn., para el caso del *subsuelo* se acepta que cada Estado detenta su dominio y que el mismo no es objeto de propiedad privada, pues *aquel contiene los recursos naturales que se traducen en minerales, hidrocarburos y otras sustancias que forman parte de la riqueza del Estado*. En tal sentido, el propietario del suelo puede hacer uso del subsuelo en los menesteres atinentes a la agricultura y a la construcción de los cimientos para viviendas, edificios, etc., pero no sobre las sustancias minerales en general, pues éstas pertenecen al Estado, quien sí puede, bajo el régimen de una concesión, otorgarle a alguien la posibilidad de explotación de dichas sustancias. En estos casos, *el fundamento de la indispensable intervención pública es el valor estratégico que la explotación de ciertos recursos tiene para el crecimiento y desarrollo económico de un Estado, lo que justifica la exigencia de una discusión amplia y representativa sobre la asignación y las condiciones de aprovechamiento de tales recursos*.

Hay que aclarar que la Asamblea Legislativa en su informe citó la Sentencia de Inconstitucionalidad 33-2000, del 31/8/2001, con la pretensión de argumentar que la jurisprudencia de este tribunal había aceptado la posibilidad de concesionar el subsuelo mediante actos emitidos por órganos estatales distintos a dicha Asamblea. Sin embargo, como puede constatarse al leer esa sentencia, en su contenido no se analizó el procedimiento ni el órgano competente para la concesión del subsuelo, sino que

simplemente se reconoció la posibilidad de otorgar habilitaciones para su explotación. El enfoque de la sentencia fue determinado entonces por el problema particular planteado, es decir, por la utilización de instalaciones del Aeropuerto Internacional en el contexto de una cooperación bilateral entre países para el combate del narcotráfico, de modo que el régimen de la concesión del subsuelo no era un aspecto relevante para esa decisión. Por tanto, la invocación de la sentencia referida por la autoridad demandada no constituye un precedente útil sobre la cuestión específica que en esta oportunidad sí debe ser definida.

De la lectura del art. 103 inc. 3° Cn. se advierte que esta disposición no especifica el tipo de concesión (administrativa "ordinaria" o con aprobación previa de la Asamblea Legislativa) que será necesaria para habilitar la explotación privada del subsuelo. Sin embargo, dado que es innegable que se trata de un bien de dominio público, la regulación constitucional de las condiciones para su aprovechamiento privado se complementa con lo dispuesto en el art. 233 Cn., que establece que los bienes "de uso público [...] sólo podrán [...] darse [o *concederse*] en usufructo [o *para explotación privada*] [...] con autorización [o *aprobación*] del Órgano Legislativo, a entidades de interés [*lo que incluye a las prestadoras de servicios públicos*]." Por el carácter político-económico fundamental de dicha "autorización" legislativa y por la función de garantía que ella cumple, es razonable integrar o asimilar ese mandato con la previsión constitucional del art. 120 Cn. La protección de los intereses económicos nacionales involucrados en una "obra material de uso público" debe predicarse al menos con igual razón respecto de los "bienes de uso público", de modo que la aprobación parlamentaria de la concesión del subsuelo debe incluir la estipulación del plazo y las demás condiciones de dicha concesión. En otras palabras, una interpretación integradora de las tres disposiciones citadas (arts. 103 inc. 3°, 120 y 233 Cn.) indica que estas conforman, en lo relevante para el presente caso, *el régimen constitucional ineludible de los bienes demaniales*, incluido el subsuelo.

IV. Enseguida se hará una referencia al concepto de concesión (1), sus tipos (2) y la relación entre ellos (3).

1. La concesión es un instrumento administrativo para habilitar o permitir la participación del sector privado en el desarrollo de actividades tradicionalmente identificadas por su finalidad de aprovechamiento general como tareas del Estado, pero con las que la Administración Pública no puede cumplir a cabalidad en forma directa, sobre todo por razones financieras. El mecanismo que el Estado emplea para incorporar a los particulares en la realización de dichas actividades es la concesión. En el Derecho Público, por "concesión" se entiende el acto jurídico mediante el cual se transmite a un particular, sólo en casos de interés general y por tiempo determinado, una habilitación para que por su cuenta y riesgo y en sustitución del Estado preste un servicio público o pueda usar, aprovechar y explotar bienes del dominio público, de acuerdo con el régimen

específico respectivo, a cambio de una remuneración que puede consistir en las tarifas que paguen los usuarios del servicio, o en los frutos y beneficios que perciba por la utilización del bien.

La concesión tiene un carácter complejo, el cual resulta de la conjugación de las siguientes características: (i) es un acto unilateral, por el que se determina discrecionalmente y en casos de interés general el otorgamiento de la concesión; (ii) es un acto reglamentario, por el que se fijan normas con efectos particulares y generales que regulan la organización y funcionamiento del servicio público o la forma como se hará la explotación de los bienes concesionados; y (iii) es un acto contractual de naturaleza financiera que no puede ser modificado de manera unilateral por la Administración, destinado a establecer ciertas ventajas económicas personales, asegurar la remuneración del concesionario, propiciar nuevas inversiones para mejorar el servicio o bien concesionado y proteger los intereses legítimos del particular, aunque sin dejar de subordinar los poderes de éste a las obligaciones que en la materia impone la ley.

2. Los actos administrativos de concesión pueden agruparse atendiendo al objeto para el cual fueron emitidos. Así, *se puede distinguir entre una concesión demanial (para explotar bienes del dominio público), una concesión de obra pública y una concesión de servicio público*. La primera permite o habilita un uso privativo o especial del dominio público, es decir la utilización de un bien público de manera que limite o excluya el aprovechamiento directo de los demás interesados. Mediante ella y su régimen consecuente se compatibiliza el interés público de conservación y protección del demanio con el interés privado de su explotación. Por otro lado, en la concesión de obra pública no se otorga la explotación de un mero bien público, sino de una construcción, instalación, equipamiento o infraestructura, que *puede o no estar radicada en un bien demanial* y haber sido construida o no por el mismo particular (si sólo se le encarga la construcción es un contrato de obra pública, pero no una concesión), pues lo relevante es la habilitación para la gestión económica de esa obra.

En tercer lugar, la concesión de servicio público consiste en un acto jurídico de Derecho Público por el que las Administraciones Públicas encomiendan a una persona, natural o jurídica, la prestación de una actividad técnica dirigida a satisfacer necesidades colectivas de interés general, gestión que se regulará por la ley y las disposiciones especiales del referido servicio. De acuerdo con lo expuesto por esta Sala en la Inc. 4-97 citada por el Fiscal, en la expresión "servicio público", el segundo término no hace referencia al ente que realiza la actividad de satisfacción de necesidades e intereses, sino al destinatario del mismo. En otras palabras, *lo fundamental en la noción de servicio público es garantizar la satisfacción de las necesidades sociales y no tanto la titularidad estatal del servicio ni su gestión directa*. La concesión es una forma indirecta de prestación de los

servicios públicos y *su función principal es configurar un régimen especial que garantice el cumplimiento, por los operadores económicos privados, de las exigencias básicas de las prestaciones en juego, es decir, su universalidad, continuidad, regularidad y calidad.*

En relación con estas categorías, el art. 120 Cn. establece que la explotación de una obra pública debe convenirse mediante una concesión y que esta debe cumplir con determinados requisitos materiales y formales. El significado doctrinario y jurisprudencial del término “explotar” implica el uso privativo del bien, que incorpora la facultad de beneficiarse con sus frutos e incluye la posibilidad de su transformación, siempre que sea compatible con el carácter público de dicha obra. El texto constitucional aludido revela una estrecha vinculación entre la concesión y la explotación de los citados bienes, en una relación de medio-fin que se corresponde con las características de la concesión como figura idónea para la explotación de bienes demaniales por los particulares.

En cuanto a los requisitos mencionados, la Constitución exige una intervención directa y singular de la Asamblea, sin que sea admisible una aprobación anticipada, general y abstracta de las condiciones de concesión. Además, esta debe ser temporal o sujeta a un plazo definido y deben desarrollarse taxativamente sus aspectos elementales “atendiendo a la naturaleza de la obra y de las inversiones requeridas”, de modo que para fijar dichas circunstancias debe observarse el principio de proporcionalidad. Todo lo anterior es confirmado también por el legislador secundario, en el art. 134 LACAP, cuando establece que en “las concesiones de obra pública, las bases deberán ser presentadas a la Asamblea Legislativa para su aprobación, y para cumplir con lo establecido en el Art. 120 de la Constitución de la República, las mismas deberán contener como mínimo a) Las condiciones básicas de la concesión; y b) El plazo de la concesión.

3. Las anteriores referencias permiten inferir que, en la práctica, estas tres diversas técnicas administrativas de intervención pública pueden entrelazarse, de modo que, aunque es posible –y frecuente– su utilización autónoma, también es aceptable –y usual– su interrelación, combinación o mixtura. De este modo, *la “explotación” o aprovechamiento de una obra pública concedida puede consistir justamente en la prestación de un servicio que atienda una necesidad esencial de la colectividad. Incluso, generalmente se presentará el supuesto de que esa “obra pública” esté radicada sobre un bien demanial, en cuyo caso la concurrencia de supuestos para la intervención administrativa estatal se triplica.* Hay que aclarar que esta forma de conexión entre obra, dominio y servicio público no predetermina por sí misma la intensidad de la intervención estatal legitimada por su concurrencia, ya que cada ordenamiento jurídico puede disponer una graduación de injerencias públicas, que incluya o no la *publicatio* o titularidad estatal de la obra, dominio o servicio en cuestión, así como una diversidad de instrumentos administrativos para materializarlas.

V. Teniendo en cuenta lo anterior, se pasarán ahora a examinar cada uno de los motivos de inconstitucionalidad planteados.

I. Recapitulando, los arts. 5 de la LGE y 4 y 12 frase 1ª del RLGE han sido impugnados básicamente porque confieren la competencia para otorgar concesiones para la generación de energía eléctrica a partir de recursos hidráulicos y geotérmicos a la SIGET, lo cual supuestamente contraría los arts. 103 inc. 3º, 120 inc. 2º y 131 ord. 30º Cn., que atribuyen dicha potestad a la Asamblea Legislativa. Para analizar este motivo es necesario recordar que la obra pública y el servicio público, junto con el dominio público son técnicas administrativas de intervención estatal o pública en el desarrollo de actividades económicas, en virtud de su especial relevancia para los intereses generales. También, que esas técnicas pueden estar interrelacionadas, de modo que *es posible que la actividad de prestación de un servicio público concesionado tenga como soporte físico la explotación de un bien demanial*, en cuyo caso pueden existir, en principio, dos formas distintas de intervención o control estatal sobre dicha actividad (la habilitación para el servicio y la habilitación para la explotación del bien público).

Sin embargo, cuando el desarrollo de una actividad económica compromete de un modo indefectible alguno de esos títulos de intervención pública y existe un régimen jurídico diferenciado para cada figura (se entiende, con grados distintos de control estatal), *ni la Administración ni el operador privado pueden simplemente elegir el cumplimiento del nivel menos intenso de supervisión pública, soslayando las exigencias jurídicas de la concurrencia de otro de los elementos que legitiman la fiscalización estatal*. Así ocurre, por ejemplo, cuando los requisitos para la concesión de un servicio público difieren de los requisitos para permitir la explotación de un bien demanial, porque la primera corresponde *por ley* a un órgano de la Administración Pública, mientras que la segunda compete *por Constitución* a la Asamblea Legislativa. En este supuesto, *la habilitación administrativa para el servicio público es insuficiente para legitimar la explotación privada del bien demanial, que exige una autorización parlamentaria*.

Los parámetros de control invocados por los demandantes deben interpretarse en relación con las demás disposiciones constitucionales que establecen el régimen básico de los bienes públicos. En este sentido hay que observar que *la Constitución no sólo reconoce el carácter demanial del subsuelo y supedita su explotación privada al requisito de la concesión (art. 103 inc. 3º Cn.), sino que además exige que tal explotación, aprovechamiento o "usufructo" sea "autorizado" por la Asamblea Legislativa y destinado a la "utilidad general" (art. 233 Cn.)*. Si se interpretan sistemáticamente estas disposiciones constitucionales hay que concluir que *la autorización parlamentaria de una concesión demanial puede ser equiparada a las concesiones de obra pública reguladas en el art. 120 Cn.*, pues la enunciación ejemplificadora de su texto incluye "obras" asentadas en el

llamado dominio público natural (zona marítimo-terrestre, vías públicas, riberas, etc.) y ambas (concesión demanial y concesión de obra pública) comparten igual propósito: poner a disposición de las personas bienes que satisfagan objetivos de necesidad o conveniencia general.

En las disposiciones impugnadas, *la prestación o actividad económica en juego consiste precisamente en la explotación de bienes demaniales, como son los recursos hidráulicos y el subsuelo, puesto que esta explotación constituye la condición o el soporte físico y natural de la generación de energía eléctrica.* Entre los requisitos constitucionales para dicha explotación demanial está la autorización parlamentaria y las autoridades demandadas no han demostrado que dicha exigencia constitucional se cumpla mediante un trámite previo e independiente, que separe la concesión demanial de la concesión de servicio público, sino que sus argumentos se han centrado en una consideración aislada de ambas técnicas administrativas, que las ha llevado a obviar la ineludible interconexión física o natural entre dichas formas de concesión.

El carácter público de los bienes aprovechados, como soporte físico de esta actividad económica, basta para justificar la *incompatibilidad entre el régimen concesional de la LGE y las disposiciones constitucionales sobre una necesaria autorización legislativa específica, como presupuesto racionalizador de la explotación de ese tipo de bienes*, como ocurre con el subsuelo (arts. 103 inc. 3º, 120 y 233 Cn.). Además, por el fundamento y el tipo de control público implícito en una autorización parlamentaria de explotación demanial, la Asamblea no puede soslayar esa competencia mediante la atribución, a un órgano de la Administración Pública, de *una potestad concesional que de hecho sustrae e invade la competencia legislativa, aunque nominalmente aluda a un título distinto de intervención estatal* (art. 86 inc. 1º Cn.). Por ello, *deberá declararse la inconstitucionalidad del art. 5 de la LGE, así como los arts. 4 y 12 frase 1ª del RLGE.*

2. Dicha inconstitucionalidad se extiende a *la indefinición temporal de las concesiones reguladas en la LGE* (en la medida en que comprometan el aprovechamiento de bienes públicos), porque *supone una suerte de monopolio fáctico sobre la explotación del recurso natural en cuestión, que pretende ser evitado por la exigencia del plazo referido en el art. 120 Cn.* El argumento de la Asamblea Legislativa respecto a que el art. 19 LGE subsana la inexistencia de plazo de la concesión es inaceptable, puesto que esa disposición se refiere a que el contrato respectivo debe establecer los “plazos de ejecución para desarrollar el recurso concesionado”, es decir, el lapso de una de las etapas o fases del aprovechamiento privado autorizado, de modo que no se refiere al límite temporal de la concesión en sí. En vista de ello, con la concesión permanente se privaría al Estado de una revisión periódica de la decisión estratégica de asignación de esos recursos, de acuerdo con

las necesidades actuales de cada programa económico, sin tener que someterse a conflictos sobre la responsabilidad o el desempeño del concesionario.

De acuerdo con lo anterior, la permanencia del contrato da lugar a la existencia de una especie de vinculación perpetua, situación que, tratándose de la explotación de bienes demaniales, y por lo tanto, de interés para la generalidad de sus habitantes no pueden concesionarse de forma perenne, sin definición del período de vigencia o expiración del contrato y sin la posibilidad de finalización de la relación contractual en razón de dicha causa.

Y es que resulta inadmisibile, desde todo punto de vista, el otorgar la posibilidad "permanente" a un sujeto o empresa de aprovechamiento y lucro derivados de la explotación de los recursos naturales que pertenecen al Estado. Sin perjuicio de que la duración de un contrato de tal clase debe otorgar a los primeros, la posibilidad de consecución de sus intereses particulares, sin que por ello se privilegie el interés privado sobre el interés general.

Finalmente, la caducidad de la concesión por vencimiento del plazo abre un espacio—aunque sea estrecho— para la libre competencia entre los potenciales operadores, a favor de la mejora continua del servicio en cuestión. *Por eso también debe declararse la inconstitucionalidad de los arts. 12 LGE y 12 (segunda parte) y 51 RLGE, en lo relativo al carácter "permanente" de las concesiones.*

3. Sin embargo, con relación al último argumento de los demandantes, respecto a que la posibilidad de transferencia de la concesión (arts. 12 de la LGE y 12 frase 2ª del RLGE) es incompatible con la intervención del Estado (arts. 110 inc. 4º y 120 inc. 1º Cn.), se considera que las disposiciones constitucionales invocadas no contienen una norma que prohíba el carácter transferible de la concesión, *siempre que esa posibilidad sea entendida en el sentido de que la propia Asamblea, en las condiciones iniciales de la concesión, debe establecer los requisitos y la forma de fiscalización estatal necesarios para su cambio de titularidad, incluyendo dentro de ellos la debida aprobación parlamentaria específica de dicha transferencia.* Se aclara asimismo que el cambio de titularidad de la concesión en ningún caso afecta la titularidad de los bienes públicos concesionados, que siguen siendo estatales, y que más importante que quién sea el operador privado titular de la concesión es la garantía pública de que la prestación a la que está destinada satisfaga las necesidades sociales que la justifican. *De acuerdo con lo anterior se desestimará el motivo de inconstitucionalidad antes referido.*

VI. Corresponde en este apartado efectuar algunas consideraciones relacionadas con los efectos que los pronunciamientos de este Tribunal generan en la realidad y su vinculación con su eficacia, y como consecuencia de ello, la modulación de los primeros y las acciones encaminadas a garantizar la aplicación del fallo.

I. A. Al respecto, es preciso indicar que desde el punto de vista constitucional no pueden eludirse los efectos nocivos que, de forma momentánea, pero no menos irreparable, pudiera tener la invalidación de una disposición o cuerpo legal sobre situaciones o sujetos cuyo ámbito de regulación abarca la norma que se declara inconstitucional.

De manera que, siendo esta Sala el último intérprete de la Constitución, es preciso que además de emitir el pronunciamiento, module sus efectos –cuando ello sea necesario– y procure su eficacia, acciones estas garantes del pleno respeto a la Constitución.

B. Así, en el proceso de inconstitucionalidad, la actividad del Tribunal se orienta a la interpretación e integración del ordenamiento jurídico a la luz de la Norma Fundamental. Y es que, si la Constitución como fundamento y pilar sobre el cual se sostiene el resto de normas que constituyen el ordenamiento jurídico no se hace efectiva cumpliendo con sus preceptos de acuerdo con la exégesis que de ellos hace su máximo intérprete, ello se convierte en un menoscabo que afecta a todo el sistema en su conjunto.

Consecuente con lo anterior, un tribunal o sala constitucional puede modular de diversas formas los efectos de sus sentencias, de acuerdo con el análisis que de las disposiciones constitucionales o legales se ha efectuado en el pronunciamiento y las consecuencias que éste pudiera generar en el entorno social al que afecta, garantizando al mismo tiempo la efectividad de sus decisiones en cuanto a la interpretación de la Constitución y de las leyes.

El principal efecto de este fallo radica en el restablecimiento de una competencia al ente que constitucionalmente corresponde, es decir, la Asamblea Legislativa, restituyéndole una atribución cuyo ejercicio le pertenece desde un principio: otorgar concesiones sobre la explotación de un bien demanial. Lo anterior implica que no es este Tribunal quien le concede, asigna u ordena dicha tarea, sino que, a través de la Norma Fundamental, ya se le otorgó y la ley que la desarrollaba incorrectamente, la concedía a una entidad a la que no le concierne.

Además, tal como se dijo en la sentencia de 5-V-2012, pronunciada en el proceso de Inc. 23-2012, no es posible delimitar *a priori* ciertas reglas rígidas sobre los efectos de las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad en el tiempo, relativas al otorgamiento o no de efectos hacia el pasado o, en cambio, hacia el futuro.

En el presente caso, las concesiones que pudieran haber sido otorgadas previo a la emisión de este fallo, lo fueron por un ente sin competencia para ello; sin embargo, como ya fue acotado este Tribunal puede –como competencia inherente a su función– modular los efectos de sus pronunciamientos.

A partir de lo anterior, en procura de la seguridad jurídica y la continuidad en la prestación de un servicio esencial para la población –prestación del servicio de energía eléctrica–, este Tribunal añade que, además del efecto principal de esta sentencia, las

concesiones otorgadas con anterioridad a la misma se conservarán vigentes, hasta que la Asamblea Legislativa revise las condiciones bajo las que fueron pactadas y –si a su criterio– las cumplieren, establezca su continuidad, fijándoles un plazo para su finalización, continuando la SIGET con su supervisión y vigilancia, hasta que la Asamblea Legislativa de cumplimiento al fallo de acuerdo con los lineamientos que la Constitución ordena para esta clase de concesiones.

C. En ese mismo orden debe señalarse que al restablecimiento de la referida competencia le es propia o inherente la posibilidad de que la Asamblea Legislativa revise las condiciones y los requisitos bajo los cuales pudieran haber sido otorgadas las concesiones previas a este pronunciamiento; no obstante, la validez de dichos actos de aplicación no puede ser alterada en forma directa e inmediata por esta decisión, pero con relación a ello, y sin perjuicio de otras posibilidades que la Asamblea Legislativa identifique para el cumplimiento de sus atribuciones en ese ámbito, esta Sala estima que *la revisión o modificación parlamentaria de las condiciones iniciales de las concesiones otorgadas por SIGET para armonizarlas con la Constitución, en los casos en que corresponda, requiere de acciones encaminadas a garantizar la participación de todos los interesados y arbitrar una alternativa que concilie el interés general de la necesaria tutela de los bienes públicos afectados y la continuidad de los servicios públicos en juego con un nivel adecuado de protección de la confianza y de los demás derechos fundamentales de los actuales titulares de dichas concesiones.*

D. Cabe agregar que la SIGET continúa siendo el ente al que corresponde la vigilancia de las prestación de los servicios de energía eléctrica y por lo tanto, debe tomarse en cuenta que, a partir de este fallo, la concesión para la explotación del subsuelo, en tanto se encuentre vinculada con la prestación de los servicios a los que se refiere la LGE debe ser vigilada por la SIGET; en tal sentido, el art. 110 Cn. establece la obligación del Estado de *regular y vigilar los servicios públicos prestados por empresas privadas* y de acuerdo con la LGE, es precisamente la SIGET el ente a través del cual el Estado supervisa la prestación del servicio público de generación de electricidad por particulares; situación que así continuará a partir de la presente, correspondiendo a la Asamblea Legislativa el señalamiento de condiciones y plazo, así como la aprobación y otorgamiento de las concesiones referidas; y a la SIGET, la vigilancia de la ejecución y cumplimiento de condiciones como ente supervisor delegado por la ley para ello.

2. A. En definitiva, este Tribunal considera que la calidad de concesionarios que ostentan las empresas que, de buena fe, hubieren podido entablar relaciones contractuales con la SIGET *puede mantenerse*. Sin embargo, han sido efectuados bajo términos no revisados y aprobados por el *ente competente* –Asamblea Legislativa– y con un plazo indefinido, condiciones de ejecución que no pueden mantenerse a la luz de vulneraciones a

la Constitución, además de que estarían en desarrollo al momento de dictarse este fallo y seguirían ejecutándose a partir del mismo.

En esa línea, es dable señalar que corresponderá a la Asamblea Legislativa llevar a cabo las acciones pertinentes y estipular las condiciones de revisión de los posibles contratos existentes al momento de dictarse este fallo, tomando en cuenta, además de las condiciones de ejecución del contrato, ciertos requisitos que debe llenar el sujeto al que se otorga la concesión, verbigracia capacidad legal, técnica y financiera, a más de otros que el legislador pudiera reflexionar oportunos y que ya se encuentran establecidos en normas que pudieran ser aplicables a esta clase de contratos, el art. 141 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública; así como aquellas que le son directamente aplicables, los arts. 13 LGE y 21 RLGE; de manera que las relaciones jurídicas entabladas al amparo de la ley que ahora se invalida tengan la posibilidad –si así lo considera conveniente la Asamblea Legislativa– de continuar y adecuarse paulatinamente a los parámetros establecido por la Constitución y desarrollados por este pronunciamiento.

Asimismo, se precisa del establecimiento de un *plazo razonable* contado a partir de la fecha en la que se pactó con la SIGET, *tomando en consideración la continuidad del servicio prestado, los derechos de los consumidores y derechos de los sujetos contratantes.*

B. En atención a lo expuesto y en aras de asegurar el respeto a los preceptos constitucionales y la plena protección del interés general, sin que por ello se vulneren los derechos de aquellos que han entablado vínculos contractuales con entidades del Estado sobre la premisa de la buena fe contractual, es preciso que se revisen –de existir– las condiciones bajo las que se pactaron, otorgando la posibilidad –si el ente competente lo considera conveniente– de conservar la calidad de concesionarios a los primeros, ajustando el desarrollo y ejecución de la referida relación a las pautas constitucionales establecidas: revisión y adecuación de condiciones y establecimiento de un plazo, que bajo ninguna circunstancia puede ser indefinido ni de efectos permanentes.

Por tanto,

Con base en las razones expuestas, disposiciones constitucionales citadas y artículos 10 y 11 la Ley de Procedimientos Constitucionales, en nombre de la República de El Salvador, esta Sala

Falla:

1. *Sobreséese la supuesta inconstitucionalidad* de los arts. 5 de la Ley General de Electricidad y 4 y 12 frase 1ª del Reglamento de la Ley General de Electricidad, por violación al art. 110 inc. 4º frase 2ª Cn., ya que éste no constituye un parámetro de control idóneo respecto a aquéllos.

2. *Decláranse inconstitucionales*, de un modo general y obligatorio, los arts. 5 de la Ley General de Electricidad y 4 y 12 frase 1ª del Reglamento de la Ley General de

Electricidad, por violación a los arts. 86 inc. 1º, 103 inc. 3º, 120 inc. 2º y 131 ord. 30º Cn., porque otorgan a un órgano de la Administración Pública la potestad de concesionar una actividad que tiene como soporte físico e ineludible la explotación de un bien demanial, que requiere una autorización parlamentaria específica.

3 *Decláranse inconstitucionales*, de un modo general y obligatorio, los arts. 12 de la Ley General de Electricidad y 12 frase 2ª y 51 del Reglamento de la Ley General de Electricidad, en lo relativo al carácter "permanente" de las concesiones, por violación al art. 120 inc. 1º Cn., pues contradice la exigencia de temporalidad definida de este tipo de habilitaciones, cuando presuponen la explotación de bienes públicos.

La determinación legislativa de los efectos concretos de esta declaratoria sobre las concesiones eléctricas vigentes debe observar los parámetros mencionados en el considerando VI de este fallo, tomando en cuenta las exigencias constitucionales establecidas por el art. 120 Cn., en cuanto al ente competente para otorgar concesiones para la explotación de bienes de dominio público, el establecimiento de condiciones y de plazo para las mismas.

4. *Declárase que no existe la supuesta inconstitucionalidad* de los arts. 12 de la Ley General de Electricidad y 12 frase 2ª del Reglamento de la Ley General de Electricidad, en lo relativo al carácter "transferible" de las concesiones, por violación al art. 110 inc. 4º frase 2ª y 120 Cn., ya que la posibilidad de transferencia debe interpretarse sujeta a una autorización parlamentaria específica para el cambio de titularidad de la concesión respectiva.

5. *Notifíquese* la presente resolución a todos los intervinientes.

6. *Publíquese* esta Sentencia en el Diario Oficial dentro de los quince días siguientes a esta fecha, debiendo remitirse copia de la misma al Director de dicho órgano oficial.

-----J. B. JAIME---F. MELÉNDEZ.---J. N. CASTANEDA S.---FCO. E. ORTIZ R.-----
-----PRONUNCIADO POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE LO SUSCRIBEN-----
-----E. SOCORRO C.---RUBRICADAS.-----