



*República de Panamá*  
*Procuraduría de la Administración*

Panamá, 7 de marzo de 2019  
C-024-19

Licenciado  
**Roberto Meana Meléndez**  
Administrador General  
Autoridad de los Servicios Públicos (ASEP)  
Ciudad.

Señor Administrador General:

**Ref: Viabilidad de admitir y tramitar una solicitud de arbitraje cuya pretensión radica en que se revoque y se deje sin efecto lo dispuesto en una resolución expedida hace 3 años.**

En cumplimiento de nuestras funciones constitucionales y legales como asesores de los funcionarios de la administración pública, nos permitimos ofrecer contestación a la consulta jurídica que tuvo a bien elevar a este Despacho, respecto a la viabilidad de admitir y tramitar una solicitud de arbitraje cuya pretensión radica en que se revoque y se deje sin efecto lo dispuesto en una resolución expedida hace 3 años.

**La interrogante:**

“¿Si la nueva solicitud de arbitraje presentada, cuya pretensión es dejar sin efecto una Resolución emitida, por esta Autoridad Reguladora (ejecutoriada) resulta viable y debe ser admitida o nos encontramos frente al fenómeno jurídico de sustracción de materia?”.

Respecto al tema objeto de su consulta, esta Procuraduría es del criterio jurídico, que las Resoluciones emitidas por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (ASEP), no podrían constituir materia susceptible de arbitraje por no ser éstas, parte de ninguna controversia, como lo fue en su momento el Contrato de Suministro DME-018-06, para la Compra de Potencia Firme de largo Plazo y de la Energía Asociada Requerida y, cuya terminación fue ordenada mediante la Resolución AN No.9079-Elec de 14 de septiembre de 2015; misma que no fuera recurrida en tiempo oportuno ante la esfera jurisdiccional.

No obstante, corresponderá a la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (ASEP), **establecer la admisibilidad o no**, de la solicitud de Arbitraje hecha por la misma empresa concesionaria del servicio público de electricidad (es decir una de las partes), como Autoridad Reguladora, una vez analice el contenido y/o determine los elementos que lo constituye (*el arbitraje*), entre éstos la materia arbitral; ello sobre la base que la pretensión principal, es que se revoque la resolución que ordenó la terminación del Contrato de suministro, a fin de continuar con la vigencia del mismo; el cual a juicio de este Despacho, ya no tiene eficacia alguna.

### La opinión legal de la Procuraduría:

Nuestro dictamen jurídico lo desarrollamos sobre la base de la normativa constitucional, doctrinal y legal vigente, aplicable cronológicamente y, al análisis exegético de la figura y regulación *del arbitraje* en nuestro ordenamiento positivo, así como la forma de interpretación de la legislación que resguarda a la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (ASEP); entendiendo aquél (*el arbitraje*), como un medio de resolución de los conflictos entre la Administración y los ciudadanos. Siendo que el arbitraje, constituye una institución jurídica cuya configuración se da como vía alternativa a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Dicho en otras palabras, *el arbitraje* es un mecanismo mixto de justicia “impuesta” y de justicia “autocompuesta”. Es impuesta en la medida que el tribunal arbitral resuelve la disputa con carácter obligatorio para las partes, pero es autocompuesta en la medida en que las partes han acordado prorrogar la jurisdicción entregándole competencia a un tribunal cuyas reglas de constitución y de procedimiento pactan.<sup>1</sup> Veamos:

#### I. Del principio de legalidad dentro de nuestro derecho positivo:

##### A. Marco constitucional, artículo 18:

“**Artículo 18.** Los particulares sólo son responsables antes las autoridades por infracción de la Constitución o de la Ley. Los servidores públicos los son por esas mismas causas y también por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas.”

##### B. Marco legal, artículo 34 de la Ley N° 38 de 2,000:

“**Artículo 34.** Las actuaciones administrativas en todas las entidades públicas se efectuarán con arreglo a normas de informalidad ....., garantizando la realización oportuna de la función administrativa, sin menos cabo del debido proceso legal, con objetividad y con apego al principio de estricta legalidad.....”  
(El subrayado es nuestro).

Este principio fundamental de Derecho recogido en nuestro ordenamiento positivo, advierte que el mismo, constituye el fundamento en virtud del cual todos los actos administrativos deben estar sometidos a las leyes; conforme al cual, todo ejercicio de un poder público debe realizarse acorde a la ley vigente y su jurisprudencia. Dicho en otras palabras, el servidor público sólo puede hacer lo que la ley le permita.

Precisa entonces, a criterio de esta Procuraduría y a manera de docencia primeramente, analizar detalladamente la evolución y/o reglamentación de que ha sido objeto en todo su

---

<sup>1</sup> **ARDILA BARRETO**, Hernando, **BELTRÁN RODRÍGUEZ**, Juan José, **BELTRÁN SUÁREZ**, Gonzalo, **CABALLERO IZQUIERDO**, Martha, **CALUME GARCÍA**, Jorge Alberto, **DEL RÍO DUQUE**, Federico, **DE ORTÍZ GÓMEZ**, Diana María, **GARCÍA OLANO**, Hernán Alejandro, **HOYOS CRISTIANCHO**, Arturo, **MORALES DEVIS**, Eduardo, **VALENCIA JIMÉNEZ**, Faridy. Curso de Conciliación. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá. 2002.

contexto legal, la actual **AUTORIDAD NACIONAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS (ASEP)**<sup>2</sup>. Posteriormente, profundizaremos un poco más en la institución jurídica del *arbitraje*.

II. **Ley N° 26 de 29 de enero de 1996, por la cual se crea el Ente Regulador de los Servicios Públicos:**

“**Artículo 17. Decisiones.** Las decisiones del Ente Regulador serán adoptadas, mediante resoluciones, por el voto de la mayoría de sus directores. Éstos deberán declararse impedidos o podrán ser recusados, por las razones señaladas en el Código Judicial”.

“**Artículo 21. Impugnaciones.** Las resoluciones del Ente Regulador podrán ser impugnadas por cualquier persona natural o jurídica, o por los órganos competentes del Estado, cuando demuestren razonablemente que han sido perjudicados en sus intereses legítimos o en sus derechos, interponiendo recurso de reconsideración ante el propio Ente Regulador, con o cual se agotará la vía gubernativa.

El Ente Regulador tendrá un plazo de dos meses para decidir el recurso de reconsideración respectivo. Si en tal plazo no lo ha decidido, la decisión se considerará favorable al recurrente.” (El subrayado es nuestro). (*Silencio administrativo positivo*)<sup>3</sup>

“**Artículo 22. Vía jurisdiccional.** Las resoluciones emitidas por el Ente Regulador serán recurribles ante la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.”

Se desprende con meridiana claridad de las normas arriba transcritas, que las decisiones que emitía el Ente Regulador (*hoy, ASEP*), se materializaban mediante actos administrativos (*las resoluciones*) y, las mismas podían ser recurribles (*principio de contradicción*)<sup>4</sup> a través de las vías recursivas que la ley permite (*recurso de reconsideración*).

De igual forma, dichas resoluciones emitidas por el Ente Regulador, podían ser recurribles ante la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

III. **Texto Único de la Ley N° 6 de 1997, que dicta el Marco Regulatorio e Institucional para la Prestación del Servicio Público de Electricidad:**

<sup>2</sup> Inicialmente conocida como, Ente Regulador de los Servicios Públicos (Véase Ley N° 26 de 29 de enero de 1996).

<sup>3</sup> La Ley N° 38 de 2000 acepta el silencio administrativo, tanto en su modalidad negativa como positiva, siendo el primero de aceptación general y el segundo, de aplicación excepcional (Cfr. Art. 157). El silencio se entenderá positivo, sin denuncia de mora, cuando así se establezca por disposición expresa. Si las disposiciones no establecen un plazo especial, este será de dos (2) meses, contados desde la fecha en que se presentó la petición o el recurso. Al tenor del artículo citado, resulta claro que el silencio administrativo positivo solo puede operar en los casos expresamente indicados previamente en la ley.

<sup>4</sup> Principios General que rigen el procedimiento administrativo. Principio de Contradicción: “el interesado tiene la oportunidad de conocer y controvertir las decisiones administrativas, por los medios legales.” **“ARAÚZ SÁNCHEZ, Heriberto. Nuevo Procedimiento Administrativo General Panameño.** Universal Books, 2ª Edición; Panamá, 2001; págs. 12 y 13”.

“Artículo 9. Funciones. El Ente Regulador tendrá las siguientes funciones en relación con el sector de energía eléctrica:

.....

16. Arbitrar conflictos que no corresponda decidir a otras autoridades administrativas, entre prestadores del servicio, municipios y clientes, por razón de contratos, áreas de prestación de servicios, servidumbres y otros asuntos de su competencia. (El subrayado es nuestro).

.....”.

“Artículo 145. Recursos. Contra las decisiones adoptadas en los procesos sancionatorios solamente cabrá el recurso de reconsideración y, una vez resuelto este, queda agotada la vía gubernativa, dando acceso a la vía contencioso-administrativa.

Para interponer el recurso contencioso-administrativo contra las decisiones adoptadas por el Ente Regulador, con base en las disposiciones de este Título, el interesado deberá acompañar. Si fuese el caso, prueba de haber cumplido con la suspensión prevista en el numeral 7 del artículo 142.”

Es a partir de ley arriba citada, que queda constituido<sup>5</sup> el régimen al cual se sujetarían las actividades de generación, transmisión distribución y comercialización de energía eléctrica, destinadas a la prestación del servicio público de electricidad.

IV. **Decreto Ley N° 10 de 22 de febrero de 2006, que reorganiza la estructura y atribuciones del Ente Regulador de los Servicios Públicos y dicta otras disposiciones:**

“Artículo 2. Se modifica el artículo 1 de la Ley 26 de 1996, así:

Artículo 1. Autoridad Nacional de los Servicios Públicos. El Ente Regulador de los Servicios Públicos, creado mediante la Ley 26 de 1996, se estructura mediante este Decreto Ley bajo el nombre de Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, en adelante llamada la Autoridad, como organismo autónomo del Estado, con personería jurídica y patrimonio propio, con derecho a administrarlo y con fondos separados e independientes del Gobierno Central.

La Autoridad tendrá a su cargo el control y la fiscalización de los servicios públicos, con sujeción a las disposiciones de esta Ley y las respectivas normas sectoriales vigentes en materia de servicios públicos.

---

<sup>5</sup> Marco Regulatorio e Institucional para la Prestación del Servicio Público de Electricidad.

La Autoridad actuará con independencia en el ejercicio de sus funciones y estará sujeta a la fiscalización de la Contraloría General de la República, conforme lo establecen la Constitución Política y demás leyes aplicables”

**Artículo 31.** Se modifica el artículo 21 de la Ley 26 de 1996, así:

**Artículo 21. Impugnaciones.** Las resoluciones de la Autoridad podrán ser impugnadas por cualquier persona natural o jurídica, o por los órganos competentes del Estado, cuando demuestren razonablemente que han sido perjudicados en sus intereses legítimos o en sus derechos, interponiendo recurso de reconsideración y/o apelación, según corresponda, ante la propia Autoridad, con la cual se agotará la vía gubernativa.

Las resoluciones del Director Ejecutivo únicamente serán objeto del recurso de apelación ante el Administrador, luego de lo cual se agotará la vía gubernativa.

La Autoridad tendrá un plazo de dos meses para decidir el recurso de reconsideración o apelación respectivo. Si en tal plazo no lo ha resuelto, la decisión se considerará favorable al recurrente.

**Artículo 32.** Se modifica el artículo 22 de la Ley 26 de 1996, así:

**Artículo 22. Vía jurisdiccional.** Las resoluciones emitidas por la Autoridad, serán recurribles ante la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, previo el agotamiento de la vía jurisdiccional.”

Se destacan de las modificaciones hechas a los artículos arriba copiados, lo siguiente:

1. El Ente Regulador de los Servicios Públicos, cambia su nomenclatura y, en adelante se denominará, **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (ASEP)**.
2. Se establece el recurso de apelación, en contra de las resoluciones emitidas por los Directores Nacionales y el Director Ejecutivo ante el Administrador, agotándose así la vía gubernativa.
3. Se mantiene el plazo de dos (2) meses que tiene la Autoridad para decidir el recurso de reconsideración o apelación respectivo; con el mismo efecto que, **si en tal plazo no se ha resuelto, la decisión se considerará favorable al recurrente.**
4. Se mantiene como medio de agotar la vía administrativa, el silencio administrativo positivo; quedando abierta la vía jurisdiccional de lo contencioso administrativo ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, para que si el interesado así lo decide, interponga el correspondiente recurso de plena jurisdicción con el propósito de que se le restablezca su derecho subjetivo supuestamente conculcado.

V. **Decreto Ejecutivo N° 143 de 29 de septiembre de 2006, por el cual se adopta el Texto Único de la Ley N° 26 de 29 de enero de 1996, adicionada y modificada por el Decreto Ley N° 10 de 22 de febrero de 2006:**

“  
**Capítulo III**  
**Atribuciones**

**Artículo 20. Funciones y atribuciones de la Autoridad.** Para el cumplimiento de sus objetivos, la Autoridad tendrá las funciones y atribuciones siguientes:

1...

.....

14. Arbitrar conflictos entre las empresas prestadoras de los servicios, entre estas empresas y los otros organismos del Estado, los municipios o los clientes, en áreas de su competencia y jurisdicción, cuando las partes hayan sometido la controversia a la competencia de la Autoridad, con facultad plena de dirimir estos conflictos de acuerdo a los parámetros establecidos para dicho arbitraje;

**Artículo 31. Vía jurisdiccional.** Las Resoluciones emitidas por la Autoridad, serán recurribles ante la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, previo agotamiento de la vía gubernativa.

...”

Queda claro pues, que la presente legislación busca el establecimiento de la estructura y atribuciones de la institución reguladora y fiscalizadora de los servicios públicos, tomando como base que el Estado reconoce que la salud, bienestar y prosperidad de toda la población, requieren la prestación de servicios públicos adecuados, eficientes, confiables, ambientalmente seguros. Igualmente, es política del Estado que los servicios públicos sean regulados efectiva e integralmente, de conformidad con el artículo 284 de la Constitución Política de la República de Panamá<sup>6</sup>.

En consecuencia al ser la Autoridad el ente competente para arbitrar los conflictos entre las empresas prestadoras de los servicios, entre estas empresas y otros organismos del Estado, los municipios o los clientes, en áreas de su competencia y jurisdicción, cuando las partes hayan sometido la controversia a la competencia de la Autoridad no cabe la posibilidad en ningún momento que las Resoluciones propias que emite la ASEP sean susceptible o, sean materia de arbitraje a requerimiento de un tercero en conflicto.

**VI. Decreto Ejecutivo N° 279 de 14 de noviembre de 2006, por el cual se reglamenta la Ley N° 26 de 29 de enero de 1996, reformada por el Decreto Ley N° 10 de 22 de febrero de 2006, que reorganiza la estructura y atribuciones del Ente Regulador de los Servicios Públicos:**

Téngase presente que la reforma hecha al Decreto N° 279 de 2006, reestructuró la organización y atribuciones del Ente Regulador de los Servicios Públicos, bajo la denominación de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (ASEP), y dictó otras disposiciones, con la finalidad de dotar a dicha entidad de las facultades necesarias para

<sup>6</sup> Cfr. Artículo 1, de los objetivos. Decreto Ejecutivo N° 143 de 2006.

cumplir con las obligaciones que le impone la ley en materia de regulación, fiscalización y control de los servicios públicos de agua potable, alcantarillado sanitario, electricidad, telecomunicaciones, radio y televisión, así como la transmisión y distribución de gas natural.

“**Artículo 4.** Definiciones. Para efectos del presente Decreto, los términos que se indican a continuación tienen el siguiente significado:

.....

**ARBITRAJE O PROCESO ARBITRAL:** Institución reconocida para la solución de conflictos, mediante el cual cualquier persona, natural o jurídica con capacidad para obligarse, somete un asunto controvertido a juicio de uno o más árbitros, figura que puede recaer en representantes de la Autoridad Reguladora.

**Cualquier materia o conflicto que pudiese surgir entre concesionarios de servicios públicos puede ser objeto del procedimiento arbitral o arbitraje”.**

“**Artículo 17.** Arbitraje. La Autoridad podrá constituirse en Órgano Arbitral cuando las partes le sometan la solución de sus controversias a su competencia, para lo cual deberán presentar una solicitud por escrito que contendrá la siguiente información:

- a) Descripción del conflicto existente,
- b) Nombre de las partes en conflicto y sus direcciones,
- c) **Pretensión o materia sobre la cual debe recaer el arbitraje,**
- d) Indicación de las normas legales en las cuales apoya su posición,
- e) Pruebas que fundamenten sus derechos y afirmaciones. En caso de no contar con dichas pruebas, deberá aducirlas para que la Autoridad, si lo estima procedente, realice las gestiones correspondientes para su obtención. ....” (El resaltado es nuestro).

“**Artículo 20.** Emisión de Resolución. En el evento de que las partes no lleguen a un acuerdo, La Autoridad dictará resolución resolviendo la controversia dentro del término de treinta (30) días calendarios siguientes a la fecha de la celebración de la audiencia de conciliación indicada en el artículo anterior.

Dicha resolución será notificada personalmente a las partes. Contra la resolución que dicte La Autoridad, cualquiera de las partes podrá interponer recurso de reconsideración dentro del término de cinco (5) días hábiles siguientes a la respectiva notificación. La resolución que resuelva el recurso de reconsideración agotará la vía gubernativa.”

Ahora bien, tomando como referencia la norma modificada, podemos colegir que dentro del ordenamiento positivo (*de la ASEP*), se contempla la institución del arbitraje, alternativa que, frente a un conflicto entre las partes, corresponde a la Autoridad dilucidar y/o resolver la controversia presentada. O sea, que para la solución de conflictos, entre cualquier persona, natural o jurídica con capacidad para obligarse, se someterá el asunto controvertido a juicio de la Autoridad Reguladora y, una vez emitida la resolución que resuelve el mismo, se podrá interponer los recursos que permite la ley, agotándose la etapa gubernativa y dando lugar a la vía jurisdiccional ante la Sala III de lo Contencioso Administrativo.

Como corolario debemos destacar que, siendo el arbitraje o proceso arbitral una institución reconocida para la solución de un conflicto mediante el cual cualquier persona, natural o jurídica con capacidad para obligarse, somete un asunto controvertido al juicio de uno o más árbitros, figura que puede recaer en representantes de la Autoridad Reguladora, en la situación en estudio, habrá que plantearse el alcance de la materia objeto del arbitraje.

Dicho lo anterior, se tendrá que analizar si pretender someter a un proceso arbitral, una Resolución emitida por la propia Autoridad Nacional de los Servicios Público, constituye una materia arbitral, pues no podría ésta institución (la ASEP) constituirse en juez y parte del análisis de sus propios actos.

Si profundizamos un poco más en el análisis de esta figura (*el arbitraje*) y, a la luz de lo establecido en el ya citado artículo 17 del Decreto Ejecutivo N° 279 de 14 de noviembre de 2006, por el cual se reglamenta la Ley N° 26 de 29 de enero de 1996, debemos recalcar el hecho que toda solicitud de Arbitraje ante la ASEP, aparte de ser por escrita debe contener lo siguiente:

- a. Descripción del conflicto existente,
- b. **Nombres de las partes en conflicto y sus direcciones,**
- c. **Pretensión o materia sobre la cual recae el arbitraje,**
- d. Indicación de las normas legales en las cuales apoya su posición, y
- e. Pruebas que fundamentan sus derechos y afirmaciones. En de no contar con dichas pruebas, deberá aducirlas para que la Autoridad, así lo estime procedente, realice las gestiones correspondientes para su obtención.

Ahora bien, precisa hacer las siguientes interrogantes:

1. “¿Es la **AUTORIDAD NACIONAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS (ASEP)**, parte del conflicto, por lo cual se solicita un arbitraje?”;
2. “Es la **AUTORIDAD NACIONAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS (ASEP)**, parte del conflicto surgido entre la empresa **BAHÍA LAS MINAS CORP;** y la empresa **ELEKTRA NORESTE, S.A.?”**
3. “Son las Resoluciones emitidas por la **AUTORIDAD NACIONAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS (ASEP)**, susceptibles o materia de arbitraje?”

Al respecto, la Cláusula 11 “**RESOLUCIÓN DE DISPUTAS**”, específicamente en el punto 11.2 del Contrato No DME- 018-06 entre **ELEKTRA NORESTE, S.A -- BAHÍA LAS MINAS, CORP.**, para la compra de potencia firme de largo plazo y la energía asociada requerida, del cual se ordenó su terminación, mediante la Resolución AN



No.9079-Elec, de 14 de septiembre de 2015, por la **AUTORIDAD NACIONAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS**, establecía que:

“**11.2 Arbitraje por la ASEP (antes ERSP)**. Cuando entre las Partes haya surgido un conflicto o diferencia no dirimido por negociación directa, de acuerdo a lo establecido en el numeral 16, Artículo 20<sup>7</sup> (**sic**) de la Ley 6 de febrero de 1997, corresponderá La (**sic**) Autoridad Nacional de Los Servicios Públicos, arbitrar aquellos conflictos que por razón de contrato, áreas de prestación de servicios, servidumbres y otros asuntos de su competencia no correspondan decidir a otras autoridades administrativas”.

A pesar que nos hemos permitido  citar y, sólo citar  la norma de un Contrato cuya vigencia finalizó, por así disponerlo la Resolución AN No.9079-Elec, de 14 de septiembre de 2015 (hace 3 años), este remitía a la aplicación de una norma que sí está vigente, o sea, al marco regulatorio e institucional para la prestación del servicio público de electricidad.

Por consiguiente y, respecto a las interrogantes arriba planteadas por esta Procuraduría, lo correcto es señalar que en ningún caso la **AUTORIDAD NACIONAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS (ASEP)**, podría ser parte del conflicto por el cual se solicita un arbitraje cuya pretensión radica en que se revoque y se deje sin efecto lo dispuesto en una resolución expedida hace 3 años; como tampoco, podría ser parte del conflicto surgido en su momento entre la empresa **BAHÍA LAS MINAS, CORP.**, y la empresa **ELEKTRA NORESTE, S.A.**; ni podría ser susceptibles o materia de arbitraje, las Resoluciones emitidas por ésta.

Luego de analizados cronológicamente los instrumentos legales, reglamentarios y regulatorios de la **AUTORIDAD NACIONAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS (ASEP)**, que atañen al tema objeto de su consulta (*el arbitraje*), corresponde hacer lo mismo con las siguientes Resoluciones:

- ❖ Resolución AN No.9079-Elec de 14 de septiembre de 2015, por la cual se resuelve el Arbitraje interpuesto por **BAHÍA LAS MINAS, CORP.**, contra la empresa **ELEKTRA NORESTE, S.A. (ENSA)**.
- ❖ Resolución AN No.9189-Elec de 23 de octubre de 2015, por la cual se resuelve el recurso de reconsideración interpuesto, por **BAHÍA LAS MINAS, CORP.**, y **ELEKTRA NORESTE, S.A.**, en contra de la Resolución AN No.9079-Elec de 14 de septiembre de 2015.
- ❖ Resolución AN No.9556-Elec de 18 de enero de 2016, por la cual se corrige el Resuelto Quinto de la Resolución AN No.9189-Elec de 23 de octubre de 2015, por la cual se resuelve el recurso de reconsideración interpuesto, por **BAHÍA LAS MINAS, CORP.**, y **ELEKTRA NORESTE, S.A.**, en contra de la Resolución AN No.9079-Elec de 14 de septiembre de 2015.

---

<sup>7</sup> **Dice:** numeral 16, Artículo 20, pero debe decir: numeral 16, Artículo 9 de la Ley 6 de febrero de 1997.