



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.¹ 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

¹ **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)**². 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*)³

“**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*)⁴ 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:**

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

³ 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.

⁴ 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 constituido⁵ 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:

Artículo1. 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.

⁵ 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 Panamá⁶.

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

⁶ 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 20⁷ (**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.

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

Nota: el criterio jurídico que sobre esta consulta externaremos, se dará sin contar con la solicitud de arbitraje que se le ha requerido a la ASEP, por parte de la empresa concesionaria del servicio público de electricidad, tomando en consideración que su interrogante conceptúa textualmente: “..... concurrimos a vuestro despacho para elevar formal consulta 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 hacer 3 años” (El resaltado es nuestro).

Veamos:

- ❖ 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).

La parte Resolutiva:

“PRIMERO: ORDENAR a la empresa **BAHÍA LAS MINAS, CORP.**, y a **ELEKTRA NORESTE, S.A.**, que en un término no mayor de treinta (3) días calendario presenten a consideración de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (ASEP) una Enmienda al Contrato DME-017-06.....

SEGUNDO: Indicar a **BAHÍA LAS MINAS, CORP.**, y a **ELEKTRA NORESTE, S.A.**, que la Enmienda que suscriba al Contrato DME-017-06 debe contener.....

TERCERO: ORDENAR a la empresa **BAHÍA LAS MINAS, CORP.**, y a **ELEKTRA NORESTE, S.A.**, la terminación del Contrato de Suministro.....

CUARTO: ORDENAR a la empresa de distribución **ELEKTRA NORESTE, S.A. (ENSA)**, que de forma oportuna

QUINTO: ADVERTIR que la presente Resolución rige a partir de su notificación y la misma admite el recurso de reconsideración dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su notificación.”

- ❖ 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.

La parte Resolutiva:

“PRIMERO: ORDENAR a **BAHÍA LAS MINAS, CORP.**, y a **ELEKTRA NORESTE, S.A.**, que en un término no mayor de treinta (30 días calendario presenten a consideración de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (ASEP) una Enmienda al Contrato DME-017-06.....

SEGUNDO: MODIFICAR el Resuelto Segundo de la Resolución AN No. 9079-Elec de 14 de septiembre de 2015

TERCERO: MANTENER el Resuelto Tercero de la Resolución AN No. 9079-Elec de 14 de septiembre de 2015

CUARTO: DEJAR SIN EFECTO el Resuelto Cuarto de la Resolución AN No. 9079-Elec de 14 de septiembre de 2015

QUINTO: ORDENAR a la empresa **BAHÍA LAS MINAS, CORP.**, que debe presentar una

SEXTO: ORDENAR a la empresa **ELEKTRA NORESTE, S.A.**, que una vez reciban.....

SÉPTIMO: COMUNICAR a las partes que la presente Resolución rige a partir de su notificación y que con la misma queda agotada la vía gubernativa.”

- ❖ 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.

La parte Resolutiva:

“PRIMERO: CORREGIR, el Resuelto **QUINTO** de la Resolución AN No.9189-Elec de 23 de octubre de 2016, el cual

SEGUNDO: MANTENER en todas sus partes el resto del contenido de la Resolución AN No.9189-Elec de 23 de octubre de 2016.

TERCERO: ADVERTIR que la presente Resolución regirá a partir de su notificación.”

De los efectos jurídicos de las Resoluciones:

Analizados todos los aspectos que enmarcaron el contexto de su consulta, solo resta considerar, los efectos jurídicos que produjeron cada una de las Resoluciones, que en su momento fueron emitidas, por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (ASEP); de manera tal que, se establezca si fueron objeto de alguno de los medios recursivos que prevé nuestro derecho positivo, en el orden en que fueron emitidas. Veamos:

- ❖ 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).
 - La misma ordenó en su artículo Tercero a la empresa BAHÍA LAS MINAS, CORP., y ELEKTRA NORESTE, S.A., la terminación del Contrato de Suministro DME-018-06.
 - Igualmente advirtió en su artículo Quinto, la admisión del recurso de reconsideración dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su notificación;

- La empresa **ELEKTRA NORESTE, S.A.**, presentó recurso de reconsideración el 14 de septiembre de 2015;
 - La empresa **BAHÍA LAS MINAS, CORP.**, también presentó recurso de reconsideración el 21 de septiembre de 2015.
- ❖ 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.
- La misma resolvió el recurso de reconsideración interpuesto, por la empresa **ELEKTRA NORESTE, S.A.**, y la empresa **BAHÍA LAS MINAS, CORP.**;
 - Ordenó **ELEKTRA NORESTE, S.A.**, y la empresa **BAHÍA LAS MINAS, CORP.**, la presentación de una enmienda al Contrato DME-017-06;
 - Modificó el Resuelto Segundo;
 - Mantuvo el Resuelto Tercero;
 - Dejó sin efecto el Resuelto Cuarto;
 - **Declaró agotada la vía gubernativa.**⁸

Ambas empresas fueron debidamente notificadas (el 26 y 28 de octubre de 2015)⁹.

- ❖ 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.
- Corrigió el Resuelto Quinto
 - Mantuvo en todas sus partes el resto del contenido de la Resolución AN No.9189-Elec de 23 de octubre de 2016.

Todo este estudio y análisis prolijo que hemos hecho muy objetivamente, nos lleva arribar a las siguientes y últimas reflexiones legales y doctrinales:

1. Es evidente que la génesis de su Consulta deriva de las Resoluciones¹⁰ emitidas, por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, muy específicamente la (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)**, y ordenó la terminación del Contrato de Suministro

⁸ Agotada la vía gubernativa, las partes (**BAHÍA LAS MINAS, CORP.**, y **ELEKTRA NORESTE, S.A.**) podían recurrir a la jurisdicción contencioso-administrativa, en los términos establecidos en la ley.

⁹ Cfr. última página al dorso, de la Resolución AN No.9189 de 2015.

¹⁰ Todas las Resoluciones emitidas por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, constituyen actos recurribles; siendo éstos, la expresión de la voluntad, emitida con la intención de crear, modificar o extinguir derechos.

DME-018-06, para la Compra de Potencia Firme de largo Plazo y de la Energía Asociada Requerida¹¹; y que producto de las mismas, se produjo en su momento, la utilización de los recursos administrativos, que ante la vía gubernativa se permiten interponer;

2. Ello nos obliga a un último, pero no menos importante estudio sucinto, respecto de algunas consideraciones generales sobre el procedimiento administrativo, mismo que se aplica y genera ante esa Autoridad Reguladora. Veamos:

Para el reconocido jurista mexicano Gabino Fraga Mouret¹², sostiene en cuanto al concepto y naturaleza del procedimiento administrativo, que el acto administrativo, requiere normalmente para su formación estar precedido por una serie de formalidades y otros actos intermedios que dan al autor del propio acto la ilustración e información necesaria para guiar su decisión; al mismo tiempo que constituye una garantía de que la resolución que se dicta, no es de un modo arbitrario, sino de acuerdo con las normas legales.

Este conjunto de formalidades y actos que preceden y preparan el acto administrativo, según el autor, es lo que constituye el procedimiento administrativo, de la misma manera que las vías de producción del acto legislativo y de la sentencia judicial forman, respectivamente, el procedimiento legislativo y el procedimiento judicial.

Por su parte, para el abogado y político argentino Roberto José Dromi¹³ especialista en derecho administrativo, el procedimiento administrativo es un instrumento de gobierno y de control. Cumple una doble misión: el ejercicio del poder por los carriles de la seguridad y la legalidad y la defensa de los derechos, por las vías procesales recursivas y reclamativas, además de los modos ordinarios de participación procedimental en calidad de parte interesada. Según este autor, el procedimiento administrativo indica las formalidades y trámites que debe cumplir la Administración (en ejercicio de la función administrativa) y los administrados (en su gestión de tutela individual con participación colaborativa en el ejercicio de la función administrativa).

Libardo Rodríguez¹⁴, catedrático y administrativista colombiano, manifiesta que los actos, los hechos, las operaciones, las vías de hecho y las omisiones son mecanismos jurídicos; no obstante, los actos administrativos constituyen la principal expresión de la actividad administrativa y es como consecuencia de su existencia que la Administración desarrolla un procedimiento administrativo.

Por último, el gran doctrinante colombiano Guillermo González Charry¹⁵, Ex presidente del Consejo de Estado y Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, señala que el procedimiento administrativo constituye la denominada vía gubernativa, que parte del principio de que debe ser la administración, en primer término, quien resuelva sobre los derechos ciudadanos, como premisa indispensable para acudir, por vía de acción, ante la

¹¹ Cfr. parte final (líneas 8-9) del 1er. párrafo y, 5to. párrafo a foja 2 de su Consulta (Nota DSAN No.0311)

¹² FRAGA MOURET, Gabino. Derecho Administrativo. Editorial Porrúa. México. 1998.

¹³ DROMI, Roberto. El Procedimiento Administrativo. Madrid. 1986.

¹⁴ RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo General y colombiano. Temis. Bogotá, 1994.

¹⁵ GONZÁLEZ CHARRY, Guillermo. Fundamentos constitucionales de nuestro Derecho Administrativo. Ediciones Rosaristas, Bogotá. 1984.

justicia contencioso-administrativa. Esta premisa, según el autor, se funda en dos razones básicas: “La primera, que tanto él o los afectados como la administración, tengan la oportunidad de ventilar directamente su controversia jurídica, y si es el caso, darla por cancelada evitando el tiempo y los costos propios de una acción contencioso-administrativa; la segunda, que la administración haga un pronunciamiento, profiera un acto, que sirva de fundamento a la eventual acción mencionada, o se abstenga de hacerlo, abstención que, según las circunstancias, la ley toma como una negativa a lo solicitado, o como una solución favorable, hipótesis ambas en las cuales el procedimiento gubernativo queda concluido, iniciándose el término dentro del cual, para el primer paso, puede proponerse la acción correspondiente”.

Ahora bien, en una correcta hermenéutica jurídica, concluimos en los siguientes términos:

1. Todas y cada una de las tres (3) Resoluciones que emitió la ASEP, gozan de presunción de legalidad;
2. La 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)**, y ordenó la terminación del Contrato de Suministro DME-018-06, cumplió con anunciar y permitir la interposición del recurso de reconsideración, que la ley exige y permite a los afectados; la misma fue debidamente notificada a las partes.¹⁶
3. La Resolución AN No.9189-Elec de 23 de octubre de 2015, por la cual se resolvió 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, cumplió con señalar que, con la expedición de la misma, quedó agotada la vía gubernativa. Ésta, fue debidamente notificada a las partes.¹⁷
4. La 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 resolvió 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, fue debidamente notificada a las partes.¹⁸
5. Es correcto lo señalado por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (ASEP), respecto a que las decisiones tomadas mediante las Resoluciones aludidas, tienen carácter final, obligatorio y vinculante para las partes.
6. La Resolución AN No.9079-Elec de 14 de septiembre de 2015, por la cual se resolvió el Arbitraje interpuesto por **BAHÍA LAS MINAS, CORP.**, contra la empresa **ELEKTRA NORESTE, S.A. (ENSA)** y, ordenó la terminación del Contrato de Suministro DME-018-06, es un acto que quedó en firme, debidamente

¹⁶ Cfr. última página (al dorso) de supra citada Resolución, debidamente autenticada.

¹⁷ Cfr. última página (al dorso) de supra citada Resolución, debidamente autenticada.

¹⁸ Cfr. última página y, al dorso de supra citada Resolución, debidamente autenticada.

notificado a las partes y contra el cual no cabe recurso alguno. Lo mismo ocurrió con las otras dos (2) Resoluciones.

7. Ninguna de las tres (3) Resoluciones emitidas por la ASEP arriba mencionadas, fueron recurridas ante la vía jurisdiccional (Sala III de la Corte Suprema de Justicia), en los términos perentorios establecidos en la ley.
8. Esta Procuraduría con el debido respeto, no comparte el criterio jurídico sostenido por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (ASEP), cuando señala que están frente a la figura de **cosa juzgada**; considerando que: “La cosa juzgada es el efecto impeditivo que, en un proceso judicial, ocasiona la preexistencia de una sentencia judicial firme dictada sobre el mismo objeto. Es firme una sentencia judicial cuando en derecho no caben contra ella medios de impugnación que permitan modificarla.”.
9. Téngase presente que la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (ASEP), emite **actos administrativos** mas no **sentencias judiciales**.
10. Y es que, en el contexto del derecho, se denomina cosa juzgada al objeto de una relación jurídica; más una conducta que fue juzgada, por su parte, ya cuenta con una sentencia sobre su legalidad, dictada por un tribunal o por un juez. Dicho en otras palabras, la noción de cosa juzgada se vincula a la fuerza atribuida al resultado de un proceso judicial y a la subordinación que se le debe a lo decidido anteriormente, por la autoridad. Esto hace que un mismo hecho no pueda ser juzgado en más de una ocasión; que no es el caso que nos ocupa.
11. Sobre esta institución de la cosa juzgada ya la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, mediante Sentencia de doce (12) de agosto de 1997, bajo la ponencia de la Magistrada Mirtza A. Franceschi de Aguilera, sostuvo lo siguiente:

“

La sentencia ejecutoriada y no susceptible de modificación mediante proceso posterior, dictada por la Sala el 25 de junio de 1997, tiene fuerza de cosa juzgada en el presente proceso, además de lo expuesto, porque es final, definitiva y como fue dictada en un proceso seguido por acción popular, tal como lo preceptúa expresamente el artículo 1016 ordinal 2 del Código Judicial, produce efectos contra terceros.

“El Doctor Jorge Fábrega, en su libro Estudios Procesales, al referirse a la cosa juzgada se expresa en los siguientes términos:

La cosa juzgada significa que se ha examinado y decidido sobre la pretensión (el fondo del proceso) que dicha pretensión no puede ser objeto de discusión en un nuevo proceso, ni se puede dictar sentencia en un nuevo proceso que desconozca lo

resuelto en el primero. (El resaltado es de la Procuraduría).

...

El proceso que termina mediante una resolución ejecutoriada (sentencia) no puede ser tocado, en virtud del fenómeno de la ejecutoria. En cambio, la sentencia que produce cosa juzgada no sólo es irrecurrible, sino que además es inmutable, esto es, no puede ser modificada ni en el proceso en que se discutió, ni en otro posterior. (FÁBREGA, Jorge, "Estudios Procesales", Tomo II, Editora Jurídica Panameña, Panamá, 1990, p. 789).

Este es el caso de la Sentencia de 25 de junio de 1997 que produce el efecto de cosa juzgada en el presente proceso, porque en dicho fallo se reconoce la legalidad de la Resolución de Gabinete N° 617 de 1994 y de la transacción celebrada para ejecutar lo pactado en la cláusula 38ª del Contrato Ley N° 35 de 31 de diciembre de 1992, mediante la cual se declaran extinguidas las acciones y reclamaciones entre la Nación y Refinería Panamá, S. A., cuyo origen sea anterior al Contrato Ley N° 35 de 31 de diciembre de 1992, y esta sentencia que no puede ser variada ni revisada mediante ningún otro recurso o pronunciamiento, fue dictada en un proceso seguido por acción popular que produce efectos de cosa juzgada contra terceros. (El resaltado es de la Procuraduría).

De consiguiente, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA QUE HAY COSA JUZGADA en la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción interpuesta por la firma Cochez-Castillo y Asociados, en representación de JOSÉ ANTONIO SOSSA DUTARY, CARLOS LIZANDRO LÓPEZ SCHAW y ROBERTO ENRIQUE FUENTES, para que se declare nula, por ilegal, la Resolución N° 145 de 13 de diciembre de 1993, dictada por el Ministerio de Hacienda y Tesoro, y para que se hagan otras declaraciones, y ORDENA el archivo del expediente." (El resaltado es de la Procuraduría).

12. A juicio de este Despacho, no estamos frente a una Sentencia Judicial en firme, por lo tanto no es correcto señalar que se ha producido el fenómeno jurídico de cosa juzgada, propio de un proceso judicial, que ocasiona la preexistencia de una sentencia judicial firme dictada sobre el mismo objeto.
13. De igual forma disentimos y, por lo tanto no compartimos su planteamiento cuando señalan en su Consulta: "*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?"*. (El resaltado es nuestro).

Téngase presente que si lo que se persigue con la solicitud de arbitraje tiene como pretensión principal, que se revoque la resolución que ordenó la terminación del contrato de suministro, a fin de continuar la vigencia del mismo, en las mismas condiciones conforme a las enmiendas que fueron suscritas, (hace tres años), mal podría operar el fenómeno de sustracción de materia, sobre un acto administrativo en firme, que nunca fue recurrido ante la esfera jurisdiccional (Sala III), por lo que las mismas están plenamente vigentes (*la Resolución*).

No obstante lo que sí perdió vigencia fue el Contrato de Suministro DME-018-06.

14. La doctrina ha definido la figura de la sustracción de materia como un medio anormal de extinción del proceso, constituido por circunstancias en que la materia justiciable sujeta a decisión deja de existir, por razones extrañas a la voluntad de las partes; no pudiendo el Tribunal emitir un pronunciamiento de mérito (acogiendo o desestimando) sobre la pretensión, no habiendo vencedor ni vencido.
15. Con relación a la inexistencia de la pretensión y la figura de sustracción de materia, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia mediante fallo de 30 de octubre de 1998, expresó lo siguiente¹⁹:

"Para resolver, resulta pertinente hacer algunas anotaciones en torno al fenómeno procesal conocido como sustracción de materia. Siguiendo al autor Jorge Peyrano, el procesalista panameño Jorge Fábrega, define la sustracción de materia como un medio de extinción de la pretensión constituido por la circunstancia de que la materia justiciable sujeta a decisión deja de ser tal, por razones extrañas a la voluntad de las partes; no pudiendo el tribunal interviniente emitir un pronunciamiento de mérito' (PEYRANO, Jorge. Citado por FABREGA, Jorge. "La sustracción de materia", en Estudios Procesales. Tomo II. Editora Jurídica Panameña. Panamá. 1990. pág. 1195)."

16. Por lo tanto, al constituir 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 emitida por la ASEP (*en firme*) y no recurrida ante la vía jurisdiccional expedida hace 3 años, no podemos señalar que estamos frente al fenómeno jurídico de sustracción de materia.

En consecuencia 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, objeto 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.

¹⁹ Fallo de 20 de abril de 2015. Proceso Contencioso Administrativo de Plena Jurisdicción; Magistrado Ponente, Abel Augusto Zamorano.

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*); 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.

Atentamente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración



RGM/jabsm

La Procuraduría de la Administración sirve a Panamá, te sirve a ti.

*Apartado 0815-00609, Panamá, República de Panamá *Teléfonos: 500-3350, 500-3370 * Fax: 500-3310*

** E-mail: procadmon@procuraduria-admon.gob.pa Página Web: www.procuraduria-admon.gob.pa**