

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 310

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 11 de mayo de 2007

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción**

**Contestación
de la demanda**

La firma forense Alfaro, Ferrer & Ramírez, en representación de la **Corporación Panameña de Energía, S.A.**, para que se declare nula, por ilegal, la resolución JD-5829 de 27 de enero de 2006 modificada por la resolución JD-5961 de 13 de abril de 2006, emitida por la **Junta Directiva del Ente Regulador de los Servicios Públicos** y para que se hagan otras declaraciones.

Señor Magistrado Presidente de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

Acudo ante ese tribunal de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 5 de la ley 38 de 2000, para contestar la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción descrita en el margen superior.

I. Los hechos en que se fundamenta la demanda los contestamos así:

Primero: No es un hecho; por tanto, se niega.

Segundo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Tercero: No es un hecho; por tanto, se niega.

Cuarto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Quinto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Sexto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Séptimo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Octavo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Noveno: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo: Es cierto; por tanto, se acepta. (Cfr. foja 36 del expediente judicial).

Décimo Primero: Es cierto; por tanto, se acepta. (Cfr. fojas 36 y 37 del expediente judicial).

Décimo Segundo: Es cierto; por tanto, se acepta. (Cfr. foja 37 del expediente judicial).

Décimo Tercero: No consta; por tanto, se niega.

Décimo Cuarto: No es cierto como se redacta; por tanto, se niega.

Décimo Quinto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo Sexto: No es cierto como se expone; por tanto, se niega.

Décimo Séptimo: Es cierto; por tanto, se acepta.

Décimo Octavo: No es un hecho; por tanto, se niega.

II. Normas que se aducen infringidas, los conceptos en que lo han sido y la contestación de la Procuraduría de la Administración.

A. La apoderada judicial de la demandante estima infringido de manera directa, por indebida aplicación, el artículo 20 del decreto ejecutivo 22 de 1998, que guarda relación con la facultad que tenía el desaparecido Ente Regulador de los Servicios Públicos para requerir al Centro Nacional de Despacho toda la información necesaria para verificar que los costos variables que declaren los generadores para el despacho económico, corresponden los rendimientos de sus unidades y con los costos de combustible

en el mercado. Así mismo, dicha norma faculta a esa institución, actualmente reorganizada como Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, para que en caso de que se detecte que los costos variables auditados resultan mayores a los que corresponderían a una operación eficiente basada en el rendimiento térmico garantizado, pueda limitar los costos variables máximos que serán reconocidos para el despacho económico.

Los argumentos expuestos por la actora en relación con la supuesta violación de esta norma son visibles en las fojas 21 y 22 del expediente judicial.

Con respecto a este cargo de ilegalidad, la Procuraduría de la Administración observa que en el informe de conducta remitido al Magistrado Sustanciador por el Administrador General de la entidad reguladora se señala que "La Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (en adelante la Autoridad), por medio de la Nota No. DEPER-0233-05 del 22 de enero de 2005 solicitó al Centro Nacional de Despacho (en adelante CND) que realizara una auditoría a los valores declarados por cada generador térmico, con el fin de examinar la correcta aplicación del numeral MCV.1.4 de la metodología para la definición de costos variables y costos de arranque".

Agrega dicho informe, que "El CND por medio de la nota No. ETE-DEOI-CND-OP-332-2005 del 21 de junio de 2005, entregó a la Autoridad el audito realizado a COPESA. A dicho informe le fueron detectadas las siguientes inconsistencias: a) los costos variables de operación y mantenimiento de la empresa no guardaban relación con la generación mensual ni

correspondían a sus costos incrementales; b) el costo variable de operación y mantenimiento de COPESA presentado en la auditoria era de B/.34.08. Este costo era más alto que el costo variable de operación y mantenimiento de las turbinas de gas, cuyo costo normalmente oscila entre B/.3.00 y B/.8.00 por MWh; c) El Informe no mostraba el detalle necesario que sustentara las cifras presentadas.”

Según continúa señalando este informe, “Por medio de la nota No. DSER-1895-05 del 25 de agosto de 2005, esta Autoridad comunicó dichas observaciones al CND, el cual mediante nota No. ETE-DEOI-CND-OP-664-2005 del 7 de noviembre de 2005, presentó un nuevo Informe de auditoria de COPESA, con los detalles de los costos variables de operación y mantenimiento, los costos fijos, el detalle de cálculo de los costos de arranque y los costos de arranque, declarados por COPESA al CND para las 52 semanas del año 2004”. Así mismo se indica en el citado informe explicativo de conducta, que “la Autoridad revisó el nuevo Informe presentado por COPESA al CND y encontró lo siguiente: a) los costos variables de operación y mantenimiento de la empresa no guardaban relación con la generación mensual ni correspondían a sus costos incrementales; b) los costos por mantenimiento preventivo de la planta definidos de acuerdo al período de tiempo que se deba realizar (frecuencia de inspección), fueron incluidos como costos variables de operación y mantenimiento cuando debían ser considerados como costos fijos; c) para el cálculo de estos costos variables por MWh se utilizó el costo total incluyendo el costo incurrido en los meses en que la planta

no generó; d) para el cálculo de los costos de arranque de las unidades se utilizó el costo variable por MWh obtenido por la empresa de acuerdo a su procedimiento.”

De acuerdo con lo que explica finalmente el Administrador General de la entidad reguladora “la Autoridad luego de analizar la información proporcionada, consideró que la empresa de generación COPESA no aplicó el procedimiento de cálculo de costos variables de operación y mantenimiento por MWh establecido en la Metodología para la Definición de Costos Variables y Costos de Arranque. En cumplimiento de lo establecido en el numeral MCV.1.2, esta entidad revisó el detalle de costos presentado y clasificó los costos de mantenimiento preventivo y semi-anales como costos fijos de la empresa. Así mismo, consideró que para el cálculo de los costos variables de operación y mantenimiento, la empresa se debía basar estrictamente en las definiciones de costos variables y costos marginales y los rubros que se deben tomar en cuenta para la asignación de costos variables deben estar en función de la generación dada.” (Cfr. fojas 70 y 71 del expediente judicial).

Todo lo expresado por el representante legal de la entidad pública demandada, demuestra a la Procuraduría de la Administración que al emitir la resolución JD-5829 de 2006, modificada por la resolución JD-5961 de 2006, dicha institución actuó en apego a lo dispuesto por el artículo 20 del decreto ejecutivo 22 de 1998 y el documento denominado “Metodología para la Definición de Costos Variables y Costos de Arranque”, el cual constituye una reglamentación para el

sector y, como tal, es de obligatorio cumplimiento para todas las empresas generadoras de electricidad.

En efecto, este Despacho advierte que el informe de auditoría ETE-DEOI-CND-332-2005 del 21 de junio de 2005, rendido por el Centro Nacional de Despacho, evidencia que el costo variable de operación y mantenimiento presentado en la auditoría efectuada era de B/.34.08 el cual resultaba mucho más alto que el costo que en el mismo concepto reflejaban para el mismo período las turbinas de gas que oscila entre los B/.3.00 y B/.8.00 por MWh.

Así mismo se observa, que la nueva auditoría realizada por el Centro Nacional de Despacho determinó, entre otras cosas, que los costos variables de operación y mantenimiento de la demandante no guardaban relación con la generación mensual ni correspondían a sus costos incrementales, y que igualmente los costos de mantenimiento preventivo de la planta, fueron definidos como costos variables de operación y mantenimiento, cuando en realidad debieron ser considerados como fijos, lo que debe llevarnos a la conclusión que Corporación Panameña de Energía, S.A., al calcular los costos variables de despacho para las 52 semanas del año 2004, no aplicó el procedimiento de cálculo de costos variables de operación y mantenimiento por MWh establecido en la metodología para la definición de costos variables. Por consiguiente, este Despacho estima que, contrario a lo aseverado por la parte actora, la entidad demandada sí consideró los criterios de eficiencia en las operaciones de la empresa demandante al momento de limitar los costos

variables máximos declarados por COPESA al Centro Nacional de Despacho, teniendo como parámetro los costos variables que la planta efectivamente generó, cumpliendo de esta manera lo estipulado en el mencionado artículo 20 del decreto ejecutivo 22 de 1998.

Por lo tanto, la resolución JD-5829 de 2006 modificada por la JD-5961 de 2006 no viola el artículo 20 del decreto ejecutivo 22 de 1998.

B. La actora considera igualmente infringido de manera directa, por omisión, el numeral 10 del artículo 20 de la ley 6 de 3 de febrero de 1997 que otorga a la entidad reguladora de los servicios públicos la facultad de aprobar el reglamento para realizar la operación integrada del sistema interconectado nacional, así como para normar los sistemas de medida asociados al despacho de los contratos y de las transferencias de energía en bloque, e interpretar el reglamento de operación en caso de discrepancia entre la empresa de transmisión y los generadores y distribuidores.

C. También considera violado de manera directa, por omisión, la norma NGD1.3 del reglamento de operación, adicionada mediante resolución JD-1859 de 3 de marzo de 2000 y modificada por la resolución JD-5763 de 29 de diciembre de 2005, que faculta a la entidad reguladora a aprobar las disposiciones contenidas en dicho reglamento y sus modificaciones y al Centro Nacional de Despacho para la aplicación del mismo.

Los conceptos de violación de estas normas se encuentran sustentados en las fojas 22 y 23 del expediente judicial.

La Procuraduría de la Administración estima que las disposiciones legales a que se refieren los dos últimos apartados están relacionadas en el concepto de la violación, por lo que procede a su análisis en conjunto.

Este Despacho considera que la actora ha equivocado sus apreciaciones cuando alega que la entidad demandada carece de facultades para interpretar la metodología de cálculo para establecer el valor promedio del costo variable de operación y mantenimiento de despacho por parte de las generadoras, toda vez que la institución demandada está plenamente facultada por el artículo 3 de la ley 26 de 29 de enero de 1996 para regular y controlar todo lo relativo a la prestación de los servicios públicos de abastecimiento de agua potable, alcantarillado sanitario, telecomunicaciones y electricidad, según lo establecido en esta Ley y las respectivas leyes sectoriales.

Así mismo, el numeral 1 del artículo 19 de dicha ley obliga a esta entidad pública a cumplir y hacer cumplir las disposiciones contenidas en la misma, en las demás normas legales complementarias y en las leyes sectoriales respectivas; y para el logro de esta función está facultada para controlar, vigilar y verificar que las empresas prestadoras de los servicios públicos cumplan eficazmente con todas las regulaciones normativas.

Por otra parte, el numeral 2 del artículo 20 de la ley 6 de 1997 que regula el mercado eléctrico, faculta de manera expresa a la entidad reguladora para que vigile y controle el cumplimiento de las leyes y actos administrativos que rigen a las empresas de electricidad.

Todo lo anterior evidencia a la Procuraduría de la Administración que la entidad demandada, como garante del cumplimiento de las leyes sectoriales y sus reglamentaciones, puede aplicar, como ocurre en el caso que nos ocupa, lo establecido en la norma NGD.1.3 del reglamento de operación, adicionada mediante resolución JD-1859 de 2 de marzo de 2000 y modificada por la resolución JD-5763 de 29 de diciembre de 2005, lo mismo que la metodología para la definición de costos variables y costos de arranque que se encuentra vigente desde el 6 de junio de 2000; por lo que la actora no puede pretender que se mantenga un costo variable de operación y mantenimiento por la suma de B/.34.08, calculado sobre la base de un costo que la planta no generó, bajo la premisa que la entidad demandada no tiene competencia legal para establecer un nuevo valor promedio de operación y mantenimiento del despacho de energía que efectúa COPESA, argumento que, a juicio de este Despacho, carece de todo sustento jurídico.

Por lo tanto, consideramos que los cargos de violación aducidos por la actora al numeral 10 del artículo 20 de la Ley 6 de 1997 y la norma NGD1.3 del reglamento de operación, no se han producido.

D. Finalmente, la apoderada judicial de la demandante considera infringido de manera directa, por omisión, el artículo 34 de la ley 38 de 2000 que establece que las actuaciones administrativas en todas las entidades públicas se efectuarán con arreglo a normas de informalidad, imparcialidad, uniformidad, economía, celeridad y eficacia, garantizando la realización oportuna de la función administrativa, sin menoscabo del debido proceso legal, con objetividad y con apego al principio de estricta legalidad.

El concepto de violación de esta norma se encuentra sustentado en la foja 24 del expediente judicial.

Este Despacho considera que este último cargo de violación aducido por la actora también carece de sustento jurídico, toda vez que la entidad demandada, luego de emitir la resolución JD-5829 del 27 de enero de 2006, le permitió hacer sus descargos, respetando de esta manera su derecho a ser oída, lo cual contradice lo alegado por ella, ya que según se advierte en autos, la entidad reguladora luego de analizados dichos descargos, emitió la resolución JD-5961 del 13 de abril de 2006, reconociendo parcialmente su decisión previa, modificando el valor promedio de operación y mantenimiento de la empresa Corporación Panameña de Energía, S.A., en la suma de B/.12.35/MWh, por lo que el argumento planteado por la actora, al señalar que las resoluciones acusadas de ilegal violan su derecho al debido proceso legal, establecido en el artículo 34 de la ley 38 de 2000 deviene sin sustento alguno.

En lo que se refiere a la supuesta violación del principio de legalidad de los actos administrativos, que también se encuentra contemplado en el artículo 34 de la citada excerpta legal, este Despacho considera que al emitir la resolución JD-5829-2006, modificada por la resolución JD-5961-2006, la entidad demandada cumplió con lo dispuesto en el artículo 20 del decreto ejecutivo 22 de 1998, el reglamento de operación y la metodología para la definición de costos variables y costos de arranque de las empresas generadoras, toda vez que las constancias procesales demuestran que la actora presentó al Centro Nacional de Despacho un costo variable de operación y mantenimiento de B/.34.08; suma que está por encima del costo que en el mismo concepto presentan las turbinas de gas y que, según se observa, fueron calculados sobre la base de costos incurridos por la empresa durante los meses de 2004 en los cuales la actora no generó costos variables.

Por lo tanto, el cargo de violación aducido por la actora al artículo 34 de la ley 38 de 2000 no se ha producido.

En virtud de las consideraciones expresadas, la Procuraduría de la Administración solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL** la resolución JD-5829 del 27 de enero de 2006, modificada por la resolución JD-5961 del 13 de abril de 2006, emitida por el desaparecido Ente Regulador de los Servicios Públicos.

Pruebas: Aducimos el expediente administrativo referente a este caso, para que sea solicitado por el Tribunal a la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos.

Derecho: Se niega el invocado en la demanda.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Nelson Rojas Avila
Procurador de la Administración, Encargado

Alina Vergara de Chérigo
Secretaria General, Encargada

NRA/11/mcs