

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 429

Panamá, 28 de octubre de 2013

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

La firma forense Galindo, Arias & López, en representación de la **Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A.**, solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución AN-5521-CS del 16 de agosto de 2012, emitida por el **Administrador General de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, Encargado**, el acto confirmatorio y que se hagan otras declaraciones.

**Contestación
de la demanda**

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

Acudo ante usted de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 5 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, con la finalidad de contestar la demanda contencioso administrativa, descrita en el margen superior.

I. Los hechos en que se fundamenta la demanda, se contestan de la siguiente manera:

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

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

Tercero: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. fojas 111 y 112 del expediente judicial).

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

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

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

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

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

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

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

Undécimo: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. foja 114 del expediente judicial).

Duodécimo: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. fojas 114 y 115 del expediente judicial).

Décimo Tercero: es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. fojas 111 a 123 del expediente judicial)

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

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

Décimo Sexto: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. fojas 122 y 123 del expediente judicial).

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

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

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

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

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

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

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

Vigésimo Cuarto: No consta; por tanto, se niega.

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

Vigésimo Sexto: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. foja 128 del expediente judicial).

Vigésimo Séptimo: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. foja 128 del expediente judicial).

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

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

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

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

Trigésimo Segundo: No consta; por tanto, se niega.

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

Trigésimo Cuarto: No consta; por tanto, se niega.

Trigésimo Quinto: No consta; por tanto, se niega.

Trigésimo Sexto: No consta; por tanto, se niega.

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

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

Trigésimo Noveno: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. fojas 127 y 128 del expediente judicial).

Cuadragésimo: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. foja 134 del expediente judicial).

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

II. Normas que se aducen infringidas.

La apoderada judicial de la demandante sostiene que la resolución acusada de ilegal infringe las siguientes disposiciones:

A. De la Ley 6 de 1997, modificada por el Decreto Ley 10 de 1998 y la Ley 57 de 2009, ordenada sistemáticamente por medio del Texto Único de 14 de septiembre de 2011: **a.1.** el numeral 9 del artículo 5 (Cfr. fojas 92 a 98 del expediente judicial); **a.2.** el numeral 2 del artículo 68 (Cfr. fojas 17 a 24 del expediente judicial); **a.3.** los artículos 69, 77, 79, 81 y 107 (Cfr. fojas 24 a 30 del expediente judicial); y **a.4.** el numeral 9 del artículo 139 (Cfr. fojas 76 y 77 del expediente judicial); que, en términos generales, guardan relación con la compra de energía en bloque, que es una actividad del servicio de distribución;

B. Del Anexo A de la Resolución JD-2728 de 20 de abril de 2001, modificado por la Resolución JD-3289 de 22 de abril de 2002, expedidas por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos: **b.1.** los acápites 1.2 y 7.1 (Cfr. fojas 33 a 37 y 48 a 50 del expediente judicial); **b.2.** el acápite 7.6 (Cfr. fojas 50 y 51 del expediente judicial); **b.3.** el acápite 9.1 (Cfr. fojas 38 a 48 del expediente judicial); y **b.4.** el acápite 37.1.2. (Cfr. fojas 37 y 38 del expediente judicial); relativos, entre otros, a la responsabilidad que tiene la empresa de distribución, durante los primeros cinco años de vigencia de la Ley 6 de 1997, de hacer los llamados correspondientes y de ejecutar el proceso de libre competencia para la contratación de la compra de potencia y/o energía;

C. Del Anexo A de la Resolución JD-605 de 24 de abril de 1998, modificado por la Resolución JD-3207 de 22 de febrero de 2002, expedidas por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos: **c.1.** el acápite 2.1 (Cfr. fojas 70 y 71 del expediente judicial); **c.2.** el acápite 3.2.1.6 (Cfr. fojas 51 a 56 del expediente judicial); **c.3.** el acápite 3.3.3.1 (Cfr. fojas 75 y 76 del expediente judicial); **c.4.** el acápite 3.4.3.5 (Cfr. fojas 56 a 59 del expediente judicial); **c.5.** el acápite 5.2.1.4 (Cfr.

fojas 59 a 67 del expediente judicial); **c.6.** el acápite 5.2.1.7 (Cfr. fojas 67 a 70 del expediente judicial); y **c.7.** Los acápites 6.2.1.2. y 6.3.1.2 (Cfr. fojas 71 a 75 del expediente judicial); atinentes a la obligación que tienen los distribuidores asociados de garantizar a los clientes regulados el suministro eléctrico, para lo que deben contar, de manera anticipada, con una potencia firme de largo plazo comprometida, para poder cubrir la demanda máxima de generación;

D. El artículo 30 del Texto Único de la Ley 26 de 1996, relativo a las impugnaciones que se pueden presentar en contra de las resoluciones de la Autoridad (Cfr. fojas 77 a 80 del expediente judicial);

E. Los artículos 34, 36, 49, 48, 52 (numerales 2 y 4), 88, 118, 121, 150, 157 y 169 de la Ley 38 de 2000, sobre el procedimiento administrativo general (Cfr. fojas 80 a 86, 88 a 92, 99 a 109 del expediente judicial); y

F. El artículo 1109 del Código Civil concerniente al perfeccionamiento de los contratos.

III. Breves antecedentes del caso y descargos legales de la Procuraduría de la Administración en representación de los intereses de la institución demandada.

De la lectura de los elementos que conforman el expediente judicial, se tiene que el 7 de marzo de 2006, la Dirección Nacional de Electricidad de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, mediante el Memorando ELEC-029-06, solicitó el inicio de un procedimiento sancionador en contra de la Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A., puesto que al revisar los concursos para la compra de energía, identificados como EDEMET-EDECHI-01-03 y EDEMET-EDECHI-01-04 que ésta llevó a cabo en los años 2003, 2004 y 2005, a fin de suplir las necesidades de sus clientes regulados para los años 2005 y 2006, se advirtió que dicha empresa distribuidora había incumplido con el plazo mínimo de 24 meses que debe observarse entre el inicio del proceso de compra y la disponibilidad de la energía adquirida (Cfr. foja 112 del expediente judicial) .

Igualmente, pudo determinarse que la empresa tampoco había cumplido con su obligación de contratar la garantía de suministro de sus clientes regulados para el año 2005, lo que pronosticaba que ello también ocurriría en el 2006, lo que trajo como consecuencia que la cantidad de energía y potencia contratada en los años antes indicados no cubriera la demanda de estos

clientes, infringiéndose así lo establecido en el acápite 3.4.3.5. de las Reglas Comerciales del Mercado Mayorista de Electricidad, aprobadas mediante la Resolución JD-605 de 24 de abril de 1998, modificada posteriormente por las Resoluciones JD-763 de 1998, JD-3207 de 2002 y JD-3463 de 2002 (Cfr. foja 112 del expediente judicial).

Debido a esta situación, la Comisión Sustanciadora de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos formuló cargos en contra de la Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A., la cual presentó oportunamente sus descargos y las pruebas que podían servirle para defenderse. Sin embargo, luego de evaluar los hechos que dieron lugar al procedimiento sancionador, la institución concluyó que esta empresa había infringido los artículos 90 (numeral 5), 92 (ahora 81), 112 (ahora 107) y 142 (numeral 9) (ahora 139) de la Ley 6 de 3 de febrero de 1997, ordenada sistemáticamente por el Texto Único de 2011; así como los acápites 3.4.3.5. y 3.3.1.3. de las Reglas del Mercado Mayorista de Electricidad y el acápite 9 del Anexo A de la Resolución JD-2728 de 20 de abril de 2001; por lo que procedió a sancionarla con una multa de B/.1,000,000.00, conforme se establece en la Resolución AN-5521-CS de 16 de agosto de 2012, acusada de ilegal (Cfr. fojas 111 a 123 del expediente judicial).

Como producto de esa decisión, la afectada promovió en tiempo oportuno el correspondiente recurso de reconsideración, el cual fue resuelto por la Autoridad mediante la Resolución AN-5996-CS de 13 de marzo de 2013, a través de la cual se denegó este recurso y se mantuvo en todas sus partes la multa impuesta; por lo que, una vez agotada la vía gubernativa, la Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A., ha acudido ante la Sala para interponer la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción que ahora ocupa nuestra atención (Cfr. fojas 3 a 110 y 126 a 134 del expediente judicial).

1. En sustento de su pretensión, la actora argumenta que de conformidad con el artículo 92 y el numeral 2 del artículo 79 de la Ley 6 de 1997, ordenada sistemáticamente por medio del Texto Único de 2011, la Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A., en su condición de compradora principal, era la responsable, durante los primeros cinco años de vigencia de esta ley, es decir, desde el 5 de febrero de 1997 hasta el 4 de febrero de 2002, de realizar las licitaciones para las

compras de energía para satisfacer las necesidades de sus distribuidores, de manera que estaba obligada a contratar el suministro de potencia y energía en bloque necesarias para atender el crecimiento de la demanda en el mercado, por lo que consideró que a partir del sexto año, las distribuidoras debían contratar por sí mismas el suministro de electricidad por medio de un proceso de libre competencia, debidamente aprobado por el Ente Regulador; no obstante, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos la sancionó con una multa de B/.1,000,000,00, sobre la base de una falta de cumplimiento de su obligación de iniciar, con la suficiente antelación, los procesos para la contratación de energía a largo plazo que podría ser utilizada por los clientes regulados entre los años 2003 a 2006 (Cfr. foja 18, 21 y 22 del expediente judicial).

Este Despacho se opone a los argumentos expresados por la actora, ya que la misma no tomó en cuenta lo dispuesto en los artículos 92 y 173 de la Ley 6 de 1997 para determinar, de manera correcta, el momento en que empezó a correr el sexto año de su vigencia. En dichas normas se establece que este instrumento legal entraría a regir a partir de su promulgación, lo que aconteció el 5 de febrero de 1997, cuando fue publicada en la Gaceta Oficial 23,220 de esa misma fecha. Por ello, la función que cumplía la Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A., para fungir como comprador principal expiró el 5 de febrero de 2002, y a partir de esa fecha, la Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A., al igual que el resto de las empresas distribuidoras, estaban obligadas a iniciar los procedimientos de libre competencia para suscribir los correspondientes contratos de suministro de energía y/o potencia firme de largo plazo necesaria para atender el crecimiento de la demanda en el mercado para los años 2004, 2005, 2006, 2007 y 2008, término que, según se desprende de la resolución en estudio, no fue cumplido por la recurrente, ya que no fue hasta el 2 de diciembre de 2003 y el 11 de octubre de 2004, cuando ésta llevó a cabo los Concursos EDEMET-01-03 y EDEMET-EDECHI-01-04, respectivamente (Cfr. fojas 117 y 118 del expediente judicial).

En otro orden de ideas, se advierte que la Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A., tampoco observó lo establecido en el acápite 9.1. del Anexo A de la Resolución JD-2728 de 20 de abril de 2001, expedida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, por cuyo conducto aprobó los parámetros, criterios y procedimientos que debían utilizar las empresas de distribución

eléctrica en la compra venta garantizada de energía y/o potencia firme a largo plazo, publicada en la Gaceta Oficial 24,298 de 10 de mayo de 2001, según el cual “*las empresas de distribución eléctrica deberán tomar en consideración los tiempos necesarios para la preparación y evaluación de ofertas, y negociaciones de contratos*”, ya que la recurrente presentó el pliego de cargos que contenía el procedimiento de contratación mucho tiempo después de haberse iniciado el sexto año de vigencia de Ley 6 de 1997, lo que ha sido reconocido por ella misma en su demanda, al señalar que hizo entrega de esta documentación el 14 de febrero de 2002 (Cfr. párrafo tercero de la foja 21 del expediente judicial).

De lo antes expuesto, queda claro que aunque la demandante nunca dejó de prestar el servicio de suministro eléctrico a sus clientes regulados, lo cierto es que ésta no concurrió oportunamente ante el Ente Regulador de los Servicios Públicos con la finalidad de presentar y solicitar la aprobación de los documentos que le servirían de base para los procesos de libre concurrencia para la compra de energía o potencia firme a largo plazo, tal como lo indica de manera expresa la Resolución AN-5521-CS, acusada de ilegal, cuando señala que “...la compra del suministro de energía requerido para el 1 de enero de 2004...debió iniciar el proceso de libre concurrencia como máximo el 31 de diciembre de 2002”, lo cual, según indica la institución: “provocó que: (i) no se garantizara el suministro, (ii) que no se mantuviera la estabilidad en los precios al consumidor y, (iii) que no se lograra la incorporación de capacidad adicional para el suministro de energía al Sistema Integrado Nacional (Cfr. fojas 112 y 118 del expediente judicial).

En ese mismo sentido, es importante dejar sentado que, conforme lo indican los acápites 22.22, 22.24, 22.25 de la resolución demandada, la Autoridad reguladora le envió diversas notas a la Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A., con el propósito de comunicarle que debía cumplir con lo dispuesto en los artículos 90 (numeral 5) y 92 de la Ley 6 de 1997 y el acápite 9.1. del Anexo A de la Resolución JD-2728 de 2001 que, en su orden, establecen que es obligación de las empresas distribuidoras cumplir con las normas y procedimientos aplicables para la compra de energía en bloque y, que a partir del sexto año de la entrada en vigencia de esta Ley, las empresas

de distribución debían contratar por sí mismas el suministro de energía en bloque recurriendo a un proceso de libre concurrencia (Cfr. foja 118 del expediente judicial).

La falta de cumplimiento de las normas expresadas en el párrafo anterior, fue reconocido por la demandante en su Nota VPE-285-04 de 15 de abril de 2004, por cuyo conducto exponía sus consideraciones en torno a lo indicado por la Autoridad en las Notas DPER 0616-03 de 19 de febrero de 2003 y DPER-1342-04 de 5 de abril de 2004, en la que argumentó lo siguiente: “...**el hecho de que no se hayan hecho los llamados a procesos de libre concurrencia con la anticipación establecida** se ha debido en gran medida a que la citada Resolución desde su emisión ha sido modificada reiteradamente todos los años, lo cual como usted debe comprender crea condiciones de incertidumbre sobre lo que finalmente deben contener los pliegos de cargos para estos procesos de libre concurrencia (foja 10 del expediente administrativo) (el destacado y el subrayado es de la Autoridad)” (Cfr. foja 118 del expediente judicial).

Como consecuencia lógica de lo antes indicado, puede entonces inferirse que la Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A., sí tenía pleno conocimiento del atraso en que había incurrido en cuanto a la celebración de los procesos de licitación pública para la compra de energía y/o potencia en firme a largo plazo para los años 2003 y 2004, y que frente a este incumplimiento de la Ley 6 de 1997, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, basada en el numeral 9 de su artículo 142, tenía el deber de sancionarla, como en efecto lo hizo al emitir la Resolución AN-5521-CS de 16 de agosto de 2012.

Por lo tanto, los cargos de infracción hechos por la empresa demandante en relación con los artículos 79 (numeral 2), 80, 90 (numeral 5), 92, 112 de la citada Ley, así como a los acápites 1.2., 37.1.2 del Anexo A de la Resolución JD-2728 de 20 de abril de 2001, modificado por la Resolución JD-3289 de 22 de abril de 2002, deben ser desestimados por la Sala.

2. En cuanto a la afirmación hecha por la actora en el sentido que el acápite 9.1. del Anexo A de la Resolución JD-2728 de 20 de abril de 2001, contiene una excepción que exonera a las empresas distribuidoras de su obligación de iniciar los procesos de libre concurrencia para la compraventa de energía y/o potencia para sus clientes regulados, con una anticipación mínima de 2

años, este Despacho advierte que tal excepción no guarda relación con la obligación que tenía la recurrente para presentar a la Autoridad, con la antelación establecida en la ley, la documentación que le iba a servir de sustento para los llamados a licitación pública, una vez que entrara a regir el sexto año de vigencia de la Ley 6 de 1997, tal como se infiere del contenido del acápite 22.29 del numeral 22 de la mencionada Resolución AN-5521-CS de 16 de agosto de 2012, cuya legalidad se discute en este proceso, puesto que al analizar de forma integral el acápite 9.1. del Anexo A de la Resolución JD-2728 de 20 de abril de 2001, puede establecerse que la vigencia del plazo mínimo a que se refiere dicha norma guarda relación con los términos que tienen las empresas generadoras para hacer la entrega de la energía y/o potencia en firme a largo plazo, una vez se haya formalizado el contrato de suministro, de cuyo cumplimiento se encuentran exentas los dos primeros años de haber entrado en vigor este Anexo. Esta disposición reglamentaria señala lo siguiente:

“Para estos efectos el período mínimo, entre el llamado al proceso de libre competencia y la disponibilidad inicial de potencia y energía bajo el contrato de suministro resultante será de veinticuatro (24) meses y el máximo de setenta y dos (72) meses, a excepción de cuando el Ente Regulador autorice, por circunstancias extraordinarias, plazos diferentes. Esta restricción de plazo mínimo al inicio del contrato no se aplicará a las necesidades de contratación, dentro de los dos (2) años de entrada en vigencia del presente Anexo.”

Al examinar los hechos que dieron lugar a la emisión del acto administrativo impugnado, observamos que el 11 de octubre de 2004, la Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A., llevó a cabo el concurso EDEMET-EDECHI 01-04 para la compra de energía y/o potencia en bloque a largo plazo para cubrir las necesidades de los clientes regulados para los períodos 2005, 2006, 2007 y 2008, lo que deja en evidencia que la recurrente no suscribió los correspondientes contratos antes del vencimiento del plazo mínimo de 24 meses establecido por la norma reproducida, el cual empezaba a correr a partir de que el Anexo A de la Resolución JD-2728 fuera publicado en la Gaceta Oficial 24,298 del 10 de mayo de 2001, de lo que se desprende que la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos dio fiel cumplimiento a lo dispuesto en la Ley 6 de 1997 y sus normas complementarias, por lo que no ha infringido el artículo 88 de dicho cuerpo normativo, los

acápites 1.2, 7.1., 7.6 y 9.1. (numeral 5) del Anexo A de la Resolución JD-2728 de 20 de abril de 2001 ni tampoco el acápite 3.2.1.6. del Anexo A de la Resolución JD-605 de 24 de abril de 1998.

3. Esta Procuraduría difiere de los planteamientos de la demandante cuando señala que cumplió con el deber de distribuidora de garantizar a sus clientes regulados el suministro de la energía no cubierta por la empresa con generación propia comprometida y que su precio fue fijado de acuerdo con el resultado que arrojó el Informe Indicativo de Demandas elaborado por el Centro Nacional de Despacho, ya que conforme se indica en el Informe de Conducta remitido al Magistrado Sustanciador, “...la distribuidora sancionada no cubrió el suministro de los clientes regulados, lo que trajo como consecuencia que para el año 2005, el 32.5% de la energía requerida por los clientes regulados de la distribuidora se tuviera que comprar en el Mercado Ocasional a precios del spot en ese momento de \$90.00 el MWh”; y que “...se analizaron las contrataciones de potencia y energía para los años 2006, 2007 y 2008, previa celebración del Concurso EDEMET-EDECHI-01-05 obteniéndose como resultado que lo contratado a Copesa por 35MW, unido a los otros contratos existentes, no cubría la demanda de los clientes regulados de la empresa distribuidora, quedando desprotegido un 39%, teniendo que comprar en el mercado ocasional el 60% de la energía total requerida por EDEMET, a precios en ese momento de B/.118.00 el MWh.” (Cfr. fojas 56 a 76 y 145 del expediente judicial). (La subraya es nuestra).

Dentro de este contexto, es posible establecer que las contrataciones que realizó la Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A., para los años 2005 al 2008 no cubrieron el 100% de la demanda energética requerida por sus clientes, lo que trajo como consecuencia que se viera obligada a comprar el resto de la energía en el mercado ocasional, al precio que en ese momento ofrecían las generadoras; de manera que es fácil concluir en que el suministro de potencia y/o energía a largo plazo sí quedó desprotegido y que la actora no observó lo dispuesto en el acápite 6.3.1.2. del artículo 6 de las Reglas Comerciales contenidas en la Resolución JD-3207 de 22 de febrero de 2002, según el cual cada distribuidor está obligado a contratar la energía a largo plazo mediante contratos de suministro para cubrir la demanda máxima de generación de sus clientes regulados no cubiertos con generación propia comprometida, salvo las excepciones que se indican

en estas reglas; razón por la cual se estima que los cargos de infracción a los acápites 2.1., 3.2.1.6., 3.3.3.1., 3.4.3.5., 5.2.1.4., 5.2.1.7, 6.2.1.2. y 6.3.1.2 del Anexo A de la Resolución JD-605 de 24 de abril de 1998, modificado por la citada Resolución JD-3207, resultan infundados.

4. En lo que respecta al alegado silencio administrativo positivo en el que se afirma incurrió la Autoridad al no resolver en el plazo de 15 días hábiles los recursos legales presentados por la actora en vía gubernativa, se tiene que el 29 de agosto de 2012, la Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A., recurrió en reconsideración en contra de la Resolución AN-5521-CS de 16 de agosto de 2012, objeto controvertido de este proceso, y que tal recurso se acompañó con un incidente de nulidad que fue rechazado de plano por la Autoridad a través de la Resolución AN-5995-CS de 13 de marzo de 2013, ya que el mismo había sido promovido de forma extemporánea. No obstante, de acuerdo con lo que se indica en el Informe de Conducta rendido a la Sala, la apoderada especial de la empresa también presentó el 30 y 31 de agosto y el 24 de septiembre de 2012, unos incidentes de recusación en contra del Ingeniero Rodrigo Rodríguez, en su calidad de Administrador General de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, Encargado, y de la Licenciada Zelmar Rodríguez, en su condición de titular del cargo, con el objeto de que éstos fueran declarados impedidos para conocer sobre el mencionado recurso de reconsideración. Igualmente se señala de dicho Informe de Conducta, que estos incidentes fueron remitidos al Consejo de Administración de la institución para que de conformidad con la atribución que le confiere a este organismo el artículo 25 del Decreto Ejecutivo 279 de 14 de noviembre de 2006, procediera a su calificación y, una vez admitidos, se les diera el tratamiento establecido por el artículo 127 de la Ley 38 de 2000 (Cfr. fojas 140 y 142 del expediente judicial).

De los hechos cuya relación hemos expuesto en el párrafo precedente, se infiere que la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos no incurrió en el silencio administrativo positivo alegado, puesto que desde que ella promovió su recurso de reconsideración, el 29 de agosto de 2012, a la fecha en que presentó los dos primeros incidentes de recusación en contra del Administrador General Encargado, lo cual ocurrió el 30 y 31 del mismo mes, aun no había transcurrido el término al que alude el último párrafo del artículo 30 del Texto Único de la Ley 26 de

1996 para que opere la configuración de este medio de agotamiento de la vía gubernativa. Por el contrario, debemos destacar que a partir del momento en que la Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A., interpuso tales incidentes, con el objeto que el Consejo de Administración separara a las autoridades titulares de la Autoridad, encargadas de conocer sobre el recurso de reconsideración que había promovido en contra de la resolución que se acusa de ilegal, se interrumpió de hecho el plazo de 15 días hábiles que tenía la entidad para resolverlos, ya que no podían ser decididos hasta tanto el Consejo emitiera un pronunciamiento en relación con estas solicitudes de impedimento, situación que se materializó el 8 de marzo de 2013, mediante las Resoluciones CA-249, CA-250 y CA-251 (Cfr. foja 128 del expediente judicial).

En opinión de esta Procuraduría lo actuado por la Autoridad resulta apegado a la norma legal, ya que si leemos detenidamente el texto del artículo 128 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, es fácil percatarse de que el mismo es claro al establecer que la suspensión del proceso tendrá lugar una vez se requiera al funcionario recusado el informe correspondiente y hasta tanto se decida el incidente de recusación, por lo que consideramos que en el caso bajo análisis no se ha producido el fenómeno jurídico del silencio administrativo positivo, ya que el recurso de reconsideración fue decidido por la institución el 13 de marzo de 2013 al expedirse la Resolución AN-5996-CS, a través de la cual se le denegó el mismo y se mantuvo en todas sus partes la sanción de multa impuesta a esta empresa, por lo que el cargo de infracción que aduce la actora con respecto a esta norma debe ser desestimado por la Sala (Cfr. fojas 126 a 134 del expediente judicial).

5. Este Despacho se opone a los argumentos en los que la actora apoya su pretensión, cuando se refiere a la supuesta incompetencia del Ingeniero Rodrigo Rodríguez, en su condición de Administrador General de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, Encargado, y de la Licenciada Zelmar Rodríguez, quien funge como titular del cargo, para conocer del recurso de reconsideración promovido por la Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A., en contra de la resolución en estudio, pues, luego de haber admitido tales incidentes, el Consejo de Administración de la institución dictó las providencias de 3 y 10 de septiembre y 11 de octubre de 2012, mediante las cuales solicitó a estos funcionarios que rindieran sus informes sobre los hechos

vinculados a la recusación. Tales providencias fueron notificadas el 11 de septiembre de 2012, al Ingeniero Rodrigo Rodríguez y, el 20 de septiembre siguiente a la Licenciada Zelmara Rodríguez Crespo; y que el 8 de marzo de 2013 expidió las Resoluciones CA-249 y CA-250, por cuyo conducto declaró no probados los incidentes de recusación. En esa fecha igualmente emitió la Resolución CA 251, a través de la cual determinó que, en relación con el incidente de recusación presentado en contra del Ingeniero Rodrigo Rodríguez, había ocurrido el fenómeno jurídico denominado sustracción de materia; razón por la cual este último procedió a resolver el recurso de reconsideración propuesto por la Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A., de lo que se infiere que el funcionario encargado sí se encontraba plenamente legitimado para decidir lo concerniente a este recurso, ya que por tratarse de actuaciones de naturaleza accesoria en el proceso, no susceptibles de ser demandadas ante la jurisdicción Contencioso Administrativa, al notificarse de la actora del contenido de estas resoluciones, las mismas quedaron ejecutoriadas y en firme, de ahí que resulte evidente que el acto administrativo acusado de ilegal no infringe los artículos 34, 36, 49, 48, 52 (numerales 2 y 4), 88, 118, 121, 150, 157 y 169 de ese cuerpo normativo (Cfr. fojas 128, 140 y 141 del expediente judicial).

En atención a las anteriores consideraciones de hecho y de Derecho esta Procuraduría solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO SON ILEGALES** la Resolución AN-5521-CS emitida el 16 de agosto de 2012 por el Administrador General de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, Encargado, ni su acto confirmatorio y, en consecuencia, se denieguen las restantes pretensiones de la Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A., solicitadas en la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción interpuesta por la forma forense Galindo, Arias & López.

IV. Pruebas: Con el propósito que sea solicitado por ese Tribunal e incorporado al presente proceso, se aducen como pruebas documentales de la Procuraduría de la Administración:

1. La copia debidamente autenticada del expediente administrativo que guarda relación con la multa impuesta a la Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A., por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos; y

2. La copia autenticada de los cuadernillos administrativos que contienen los incidentes de recusación promovidos por la Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A., en contra del Ingeniero Rodrigo Rodríguez, en su condición de Administrador General de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, Encargado, y de la Licenciada Zelmar Rodríguez Crespo, quien ostenta la titularidad del cargo de Administradora General; documentación que reposa en los archivos de la institución demandada.

V. Derecho: No se acepta el invocado por la demandante.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Doctor Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Licenciado Nelson Rojas Avila
Secretario General

Expediente 323-13