

15 de diciembre de 2003

Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.

Contestación de la
Demanda.

La firma Moreno y Fábrega, en representación de **Bahía Las Minas Corp.**, para que se declare nula, por ilegal, la Resolución No. JD-3920 del 2 de mayo de 2003, dictada por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, el acto confirmatorio y para que se hagan otras declaraciones.

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

Concurrimos respetuosamente ante Vuestra Augusta Corporación de Justicia, con la finalidad de contestar la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción interpuesta por la firma Moreno y Fábrega, en representación de Bahía Las Minas Corp., para que se declare nula, por ilegal, la Resolución No. JD-3920 de 2 de mayo de 2003, emitida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, acto confirmatorio y para que se hagan otras declaraciones.

De conformidad con el numeral 2, del artículo 5 de la Ley No. 38 de 31 de julio de 2000, procedemos a intervenir en el presente negocio jurídico, en defensa del acto impugnado, es decir, de la Resolución No. JD- 3920 de 2 de mayo de 2003, en virtud de la cual el Ente Regulador de los Servicios Públicos, ordena a la empresa de generación Bahía Las Minas, Corp. (BLM), que ajuste su facturación mensual presentada a Elektra Noreste, S.A., correspondiente a la compra de potencia firme de largo plazo y la energía asociada requerida para los meses de enero, febrero y marzo de 2003, de acuerdo

al precio de paridad publicado por el Ministerio de Comercio e Industrias, y contenido en la Resolución No. 58 de 31 de diciembre de 2002, en cumplimiento a lo dispuesto en los contratos iniciales Nos. 08-98 y 09-98.

Al efecto, exponemos lo siguiente:

I. En cuanto a la Pretensión:

A través de la demanda presentada, la firma forense que representa en juicio los intereses de la empresa Bahía Las Minas Corp., solicita a Vuestra Honorable Sala, que declare nula, por ilegal, la Resolución No. JD-3920 de 2 de mayo de 2003, y demás actos confirmatorios, y que como consecuencia, de esta declaratoria de nulidad, se reconozca el derecho subjetivo de la empresa Bahía Las Minas Corp., para lo cual solicita a Vuestra Sala que se realicen las siguientes declaraciones:

"A. Que se reconozca que los Contratos Indicales No. 08-98 y No. 09-98 para la compra de potencia firme de largo plazo y la energía asociada requerida suscritos entre BLM como el Vendedor y la Empresa de Distribución ELECTRA NORESTE, S.A, (en adelante ELEKTRA) como el comprador, de 28 de octubre de 1998, fueron firmados bajo el imperio de la Ley 31 de 1992, por medio de la cual se aprobó el Contrato No. 35 entre El Estado y la Refinería Panamá, S.A.

B. Que la Ley no faculta al ENTE REGULADOR DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS a intervenir en contrato producto del acuerdo de voluntades de las partes, cuyas cláusulas y condiciones son ley entre las partes.

C. Que, en consecuencia, la nulidad de las resoluciones impugnadas se retrotrae a la fecha de su expedición, por lo que BLM está en su pleno derecho de facturar a ELEKTRA según la fórmula establecida para el precio de paridad en la Ley 31 de 1992 y ELEKTRA está en la obligación de pagar a BLM las facturas que ésta haya expedido y expida utilizando dicha fórmula." (Ver foja 103).

Sin embargo, por razones de iure y de facto que más adelante expondremos, solicitamos a Vuestra Honorable Sala

que deniegue las declaraciones impetradas por la parte actora, ya que carecen de fundamento jurídico, tal como lo demostraremos en el curso del presente negocio jurídico.

II. Los hechos u omisiones en que se fundamenta la acción, los contestamos así:

Primero: Este hecho es cierto; por tanto, lo aceptamos.

Segundo: Este hecho es cierto; por tanto, lo aceptamos.

Tercero: Este hecho no consta en el expediente; por tanto, lo negamos.

Cuarto: Este hecho lo contestamos igual que el hecho tercero.

Quinto: Este hecho en parte es cierto; ya que debemos presumir siempre la buena fe en las relaciones jurídicas; sin embargo, en cuanto a la aplicación de la Ley No. 31 de 31 diciembre de 1992, esta es una apreciación jurídica errada de la demandante.

Sexto: Este más que un hecho constituye la invocación de una regulación contractual; por tanto, como tal, la tenemos.

Séptimo: Este hecho es cierto; por tanto, lo aceptamos.

Octavo: Éste constituye una alegación del demandante; por tanto, la rechazamos.

Noveno: Éste constituye una apreciación jurídica errada de la demandante; por tanto, la rechazamos.

Décimo: Este lo contestamos igual que el hecho anterior.

Décimo Primero: Este hecho constituye una alegación de la demandante; por tanto, la rechazamos.

Décimo Segundo: Este constituye una apreciación jurídica errada de la demandante; por tanto, la rechazamos.

Décimo Tercero: Este hecho lo contestamos igual que el hecho anterior.

Décimo Cuarto: Este hecho lo contestamos igual que el hecho décimo segundo.

Décimo Quinto: Este constituye una apreciación jurídica errada del demandante, que desconoce lo dispuesto en la Ley No. 6 de 3 de febrero de 1997 y la Ley No. 26 de 29 de enero de 1996.

Décimo Sexto: Este es una interpretación jurídica errada de la demandante; por tanto, la rechazamos.

Décimo Séptimo: Este hecho es cierto; por tanto, lo aceptamos.

III. Disposiciones Legales que se estiman violadas y el concepto de la infracción expuesto por el demandante:

La firma forense Moreno y Fábrega, estima que la Resolución impugnada infringe las siguientes disposiciones legales:

1. Del Código Civil:

"Artículo 30. En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración..."

"Artículo 976. Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos".

"Artículo 1106. Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a la ley, la moral ni al orden público."

Referente a la supuesta infracción a estas disposiciones legales, la apoderada judicial de Bahía Las Minas, Corp., advierte que el Ente Regulador de los Servicios Públicos impone una interpretación injurídica y unilateral de la cláusula 10.7 de los contratos iniciales. La demandante asevera, que al referirse estos contratos iniciales al precio de paridad, se indica únicamente al "Precio de Paridad",

existente a la fecha de los contratos iniciales, y que por lo tanto, es la Ley No. 31 de 1992.

Por consiguiente, sostiene la demandante, que el Ente Regulador no puede imponer la obligación a Bahía las Minas, Corp. de facturar según la Resolución No. 58 de 2001, proferida por la Dirección General de Hidrocarburos del Ministerio de Comercio e Industrias, porque de esta manera, se alteran drásticamente las condiciones a que se obligaron las partes contratantes, y se desconoce abiertamente lo pactado en dichos contratos.

Al respecto, el demandante señala que: *"Entre la fórmula de la Ley 31 y la fórmula de la Resolución No. 58 hay una diferencia de por lo menos dos a tres dólares; esta diferencia afecta severamente el precio de venta de la energía asociada en los Contratos Iniciales, en consecuencia perjudica gravemente al vendedor, BLM.* (Ver foja 113).

Finalmente, en cuanto a la supuesta infracción al artículo 1106 del Código Civil, el apoderado judicial de Bahía Las Minas, sostiene lo siguiente:

"El hecho de que ELEKTRA, en abierto incumplimiento de su obligación contractual, se haya negado a pagar las facturas presentadas por **BLM**, no es óbice para que el ENTE REGULADOR intervenga en la relación contractual privada, y menos aún pretendiendo exigir a una sola de las partes, en este caso a nuestro representado, una obligación distinta a la pactada en los contratos iniciales.

Las actuaciones de los servidores públicos están reguladas por la Ley, a quienes sólo se les autoriza hacer aquello que la ley permite, por lo tanto no pueden extender el marco legal arbitrariamente.

La negativa de ELEKTRA de cumplir con su obligación de pagar la factura de **BLM**, calculada según la fórmula de la Ley 31 de 1992, afecta un derecho sustantivo de nuestro representado que, aunque prestadores de un servicio público, son

entes particulares cuyas actuaciones se rigen por el derecho privado. La situación surgida entre ELEKTRA Y BLM - ante la negativa de pagar de ELEKTRA-no implicaba una inadecuada o ineficiente prestación del servicio público de electricidad, por lo tanto, no es de competencia del ENTE REGULADOR." (Ver fojas 115).

2. La Ley No. 6 de 3 de febrero de 1997, "Por la cual se dicta el Marco Regulatorio e Institucional para la Prestación del Servicio Público de Electricidad".

"Artículo 20. El Ente Regulador tendrá las siguientes funciones en relación al sector de energía eléctrica.

...

2. Vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que estén sujetos quienes presten el servicio público de electricidad, y sancionar sus violaciones..."

"Artículo 21.

Parágrafo Transitorio. El Ente Regulador aprobará los contratos de compraventa de energía iniciales y los valores agregados de distribución iniciales, entre las empresas eléctricas del Estado que surjan de la reestructuración del Instituto de Recursos Hidráulicos y Electrificación."

A juicio del demandante la violación a estas normas legales se produce, en atención de que el Ente Regulador de los Servicios Públicos intervino en la relación contractual existente entre ELEKTRA y BLM, y de esta manera alteró unilateralmente los contratos iniciales. Por lo que estima, que lo máximo que podía hacer la institución reguladora era llamar a las partes a seguir los procedimientos de resolución de disputas estipulados en los contratos iniciales. Además, advierte que: "El ENTE REGULADOR carece de facultad para intervenir o interpretar contratos privados, aunque éstos sean suscritos entre prestadores del servicio público de electricidad, ya que el ENTE REGULADOR, como entidad pública

que es, sólo puede actuar según le autoriza expresamente la ley." (Ver foja 117).

3. Ley No. 26 de 29 de enero de 1996 "Por la cual se crea el Ente Regulador de los Servicios Públicos":

"Artículo 19. Atribuciones del Ente Regulador. Para el cumplimiento de sus objetivos, el Ente Regulador tendrá las funciones y atribuciones siguientes:

...
8. Reglamentar la aplicación de principios generales, metodologías y fórmulas de cálculo de tarifas para la prestación de los servicios público de su competencia, salvo que las leyes sectoriales indiquen que los precios serán fijados mediante régimen de competencia o por acuerdo entre las partes...

...
25. En general, realizar los actos necesarios para que se cumplan las funciones y los objetivos de esta Ley y de las leyes sectoriales, así como los contratos, concesiones, licencias y autorizaciones que se generen de estas leyes."

En relación con la aludida conculcación de estas normas jurídicas, el demandante, señala que: "No puede ahora pues el ENTE REGULADOR pretender, con la excusa de que va a establecer una metodología de cálculo de tarifas, introducir unilateralmente cambios en contratos privados que han cumplido todos los requisitos legales y ya han sido aprobados por el propio ENTE REGULADOR." (Ver fojas 118 y 119).

IV. Contestación de la Procuraduría de la Administración:

Una vez examinadas las normas legales que se estiman infringidas por la Resolución No. JD-3920 de 2 de mayo de 2003, dictada por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, procedemos a defender este acto administrativo en los siguientes términos:

A través del numeral 10.7 denominado "Ajustes de Precio", de los Contratos Iniciales No. 08-98 y No. 09-98, la empresa de Distribución Eléctrica Noreste, S.A y Bahía Las Minas Corp., se estableció para el precio inicial del combustible, lo siguiente:

"10.7. Ajustes de Precio.

10.7.1. Ajuste de Precio de Energía Asociada por variación en el Precio de Combustible. EL VENDEDOR tendrá derecho y acepta, a lo establecido en este numeral y el Contrato, ajustar el Precio de Energía Asociada, por variaciones en el Precio de Combustible, esta ajuste se efectuará a partir de la Fecha de Entrada en Vigencia del Contrato y de acuerdo a la fórmula siguiente:...

10.7.2 Índices. Para el establecimiento del Precio Inicial de Combustible se utilizará como indicador base, el precio de paridad publicado por el Ministerio de Comercio e Industrias correspondiente al 21 de mayo de 1998.

El precio de paridad válido para el período de ajuste será el publicado por el Ministerio de Comercio e Industrias para el correspondiente período de ajuste. El precio ajustado de la Energía Asociada será publicado únicamente a la energía suministrada durante el período de validez del precio de paridad actualizado."

En virtud de la Resolución No. 58 de 31 de diciembre de 2002, emitida por el Ministerio de Comercio e Industrias, se fija el Precio de Paridad, fundamentado en el hecho de la terminación anticipada del Contrato Ley No. 35 de 31 de diciembre de 1992, celebrado entre Refinería Panamá, S.A., y el Estado.

El Ente Regulador de los Servicios Públicos intervino en esta controversia entre los agentes del mercado, en atención a la correspondencia remitida por Bahía Las Minas, Corp., como por la Empresa de Distribución Eléctrica Elektra Noreste, S. A., en la que se indicaba que Bahía Las Minas,

Corp., había facturado la potencia firme de largo plazo y la energía asociada, correspondiente al mes de enero y febrero de 2003, utilizando como cálculo otra base distinta al Precio de Paridad fijado por el Ministerio de Comercio e Industrias en la Resolución No. 58 de 31 de diciembre de 2002. También, se incluyó la factura del mes de marzo de 2003, a la cual tampoco se le aplicó este precio de paridad.

Es así que el Ente Regulador de los Servicios Públicos, ordena a la empresa de Generación Bahía Las Minas, Corp. (BLM) que ajuste la facturación mensual correspondiente a los meses de enero, febrero y marzo de 2003, de acuerdo al Precio de Paridad publicado por el Ministerio de Comercio e Industrias, y contenido en la Resolución No. 58 de 31 de diciembre de 2002.

Ahora bien, en relación con la supuesta falta de competencia del Ente Regulador de los Servicios Públicos, es importante advertir que de conformidad con el numeral 25 del artículo 19 de la Ley 26 de 29 de enero de 1996, esta institución tiene la atribución para intervenir a fin de que los Agentes del Mercado eléctrico cumplan con los contratos. La norma legal que se comenta, es del tenor siguiente:

Artículo 19. Atribuciones del Ente Regulador. Para el cumplimiento de sus objetivos, el Ente Regulador tendrá las funciones y atribuciones siguientes:

...

25. En general, realizar los actos necesarios para que se cumplan las funciones y los objetivos de esta Ley y de las leyes sectoriales, así como los contratos, concesiones, licencias y autorizaciones que se generen de estas leyes..." (Ver foja 130).

Por consiguiente, la intervención del Ente Regulador en la controversia suscitada entre Bahía Las Minas, Corp. y

ELEKTRA, se fundamenta en la necesidad de que BLM, honre la cláusula 10.7 de los Contratos No. 08-98 y 09-98, y por las cuales se establece que el Precio de Paridad será aquel publicado por el Ministerio de Comercio e Industrias.

Esta cláusula, a nuestro juicio, no establece, tal como lo alega el demandante, que el único precio de paridad será aquel que se enuncie en la Ley No. 31 de 1992; y siendo que ésta ha sido derogada, debe aplicarse lo dispuesto en la Resolución No. 58 de 31 de diciembre de 2002 "Por la cual se establecen los procedimientos que deberán observar las empresas que comercializan Derivados de Petróleo en el Mercado Doméstico de la República de Panamá", fórmula actual y vigente a la cual debe adecuarse la empresa Bahía Las Minas, Corp.

Sobre el particular, es importante destacar que en el Informe Explicativo de Conducta rendido por la autoridad demandada, se indica lo siguiente:

"La emisión de la Resolución NO. JD-3920, tiene como finalidad cumplir precisamente con lo dispuesto en la norma anteriormente señalada, ya que ordena el cumplimiento de los contratos entre Agentes del Mercado.

Esta Resolución pretendió únicamente recordar el contenido de la cláusula 10.7 de dicho contrato, la cual estipula el precio de paridad válido para el período de ajuste es aquél publicado por el Ministerio de Comercio e Industrias para el correspondiente período de ajuste. Ello significa que a ninguna de las partes les está permitido aplicar un Precio de Paridad distinto al publicado por el Ministerio de Comercio e Industrias.

Adicionalmente, dichos contratos iniciales vinculan directamente el precio de paridad con aquel que será publicado por el Ministerio de Comercio e Industrias. La Resolución No. JD-3920 mencionada, al momento de su expedición hizo énfasis en el cumplimiento de la disposición vigente que establecía el

Precio de Paridad, como lo era la Resolución No. 58 de 31 de diciembre de 2002" (Ver foja 129).

Por consiguiente, no se producen las violaciones alegadas a los artículos 30, 976 y 1106 del Código Civil, como se ha demostrado Bahía Las Minas Corp, debía realizar sus cálculos con fundamento en la Resolución No. 58 de 31 de diciembre de 2002, normativa vigente en esta materia; toda vez que los Contratos Iniciales No. 08-98 y 09-98, en la cláusula 10.7.2., claramente disponen que el precio de paridad válido será aquel publicado por el Ministerio de Comercio e Industrias, para el correspondiente mes de ajuste, y para el caso subjúdice, la Resolución vigente es la Resolución No. 58 de 2002. En consecuencia, Bahía Las Minas Corp., debe ajustar la facturación de los meses de enero, febrero y marzo de 2003, por la compra de potencia firme de largo plazo y la energía asociada, de acuerdo con el precio de paridad publicado por el Ministerio de Comercio e Industrias.

En relación a la supuesta infracción a los artículos 20 y 21 de la Ley No. 6 de 3 de febrero de 1997 y al artículo 19 de la Ley No. 26 de 29 de enero de 1996, consideramos que las mismas no se producen, por las consideraciones que hemos expuestos en líneas precedentes y que versan sobre la potestad del Ente Regulador de los Servicios Públicos, para intervenir en el mercado eléctrico.

Además, la intervención del Ente Regulador, se fundamenta en sus atribuciones legales de velar por el cumplimiento de las normas y reglas del mercado eléctrico, y en el caso subjúdice, es claro, que este precio de paridad, no puede permanecer inmutable, el mismo esta sujeto a una

serie de cambios de orden internacional, y por lo cual obligan a las autoridades nacionales a su actualización, situación que se da a través de la Resolución No. 58 de 2002, regulación técnica a la cual se deben someter todas las empresas que comercializan derivados del petróleo hacia y en el mercado doméstico. A nuestro juicio, resulta inadmisibile que se pretenda mantener un precio de paridad, publicado en el año 1998, cuando este ha sufrido varios cambios que deben ser valorados y tomados en cuenta por las autoridades nacionales.

Por las consideraciones expuestas, no se han producido las violaciones alegadas, y reiteramos nuestra respetuosa solicitud a la Honorable Sala, para que deniegue todas las declaraciones reclamadas por Bahía Las Minas, Corp., representada judicialmente por la firma forense Moreno y Fábrega.

V. Derecho: Negamos el Invocado.

VI. Pruebas: Aceptamos los originales y las copias que se encuentran debidamente autenticadas.

Aducimos el expediente administrativo de la actuación demandada, mismo que puede ser solicitado al Director Presidente del Ente Regulador de los Servicios Públicos.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Original } Licda. Alma Montenegro de Fletcher
Firmado } Procuradora de la Administración

**Licda. Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración**

AMdeF/8/bdec

Licdo. Víctor L. Benavides P.
Secretario General