

14 de diciembre de 2004

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

**Contestación de
la demanda.**

La firma forense Moreno & Fábrega en representación de **Bahía Las Minas, Corp.**, para que se declare nula, por ilegal, la Resolución N° JD-4720 de 24 de mayo de 2004, su Anexo "A" y la Resolución N° JD-4820 de 26 de julio de 2004 y su Anexo "A" emitidas por la Junta Directiva del **Ente Regulador de los Servicios Públicos** y para que se hagan otras declaraciones.

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

Con el debido respeto concurrimos ante el despacho a su cargo, con la finalidad de darle formal contestación a la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción que se enuncia en el margen superior de la presente Vista Fiscal.

Nuestra intervención está debidamente fundamentada en el artículo 5, numeral 2, de la Ley 38 de 2000, según el cual a esta Procuraduría le corresponde intervenir en defensa de los intereses de la Administración.

I. El petitum.

La sociedad demandante solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución N° JD-4720 de 24 de mayo de 2004 y la Resolución N° JD-4820 de 26 de julio de 2004 de la Junta Directiva del Ente Regulador de los Servicios Públicos, así

como el Anexo A, que consiste en un Arreglo de Pago entre el ERSP y la sociedad Bahía Las Minas, Corp.

Este despacho observa que la sociedad demandada no está asistida por el derecho, motivo por el cual solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan desestimar las pretensiones incoadas en el libelo de la demanda.

II. Los hechos en los que se fundamenta la acción, los contestamos de la siguiente manera:

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

Segundo: Aceptamos que la sociedad demandante cuenta con una licencia para generar energía otorgada por el Ente Regulador de los Servicios Públicos.

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

Cuarto: Este hecho no es cierto como se redacta; por tanto, lo negamos.

Quinto: Éste lo contestamos como el anterior.

Sexto: Aceptamos únicamente la interposición de la demanda a la que alude el hecho.

Séptimo: Éste no es un hecho, sino una argumentación de la demandante; por tanto, lo negamos.

III. Las normas que se dicen infringidas son las que a seguidas se enuncian:

Artículo 21 de la Ley 6 de 1997, en concordancia con el artículo 6 de la Ley 6 de 1997 y el artículo 52 del Decreto Ejecutivo 22 de 1998, que se dicen infringidos de manera directa.

El artículo 14 del Código Civil que se dice vulnerado de manera directa.

Contestación de la demanda.

La Ley No. 26 de 29 de enero de 1996, modificada por la Ley No. 24 de 30 de junio de 1999 y la Ley No.15 de 7 de febrero de 2001, creó el Ente Regulador de los Servicios Públicos como organismo autónomo del Estado, con competencia para regular y controlar la prestación de los servicios públicos de abastecimiento de agua potable, alcantarillado sanitario, telecomunicaciones, electricidad, radio y televisión, así como los de transmisión y distribución de gas natural.

El artículo 5 de la referida Ley No. 26, señala la creación de la tasa de regulación, estableciendo la tasa de control, vigilancia y fiscalización de los servicios públicos, a favor del Ente Regulador.

La Ley No. 6 de 3 de febrero de 1997, modificada por el Decreto Ley No. 10 de 26 de febrero de 1998, "Por la cual se dicta el Marco Regulatorio e Institucional para la Prestación del Servicio Público de Electricidad", establece el régimen al cual se sujetarán las actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica, destinadas a la prestación del servicio público de electricidad.

El artículo 21 de la Ley No. 6 de 1997 señala la imposición de la tasa de control, vigilancia y fiscalización, a los prestadores del servicio público de electricidad.

La Resolución No. JD-110 de 14 de octubre de 1997, por la cual se determinan las normas y procedimientos que deben cumplir las personas naturales o jurídicas que se dediquen a la construcción y explotación de plantas de generación de energía eléctrica, distintas a las hidroeléctricas y geotermoeléctricas, destinadas al servicio público de electricidad o venta a terceros, contempla en su artículo 4 lo siguiente:

"Artículo 4. Tasa de Regulación: Todas las empresas titulares de licencias para la generación de energía eléctrica, estarán sujetas a la tasa de control, vigilancia y fiscalización de los servicios públicos, según lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 26 de 29 de enero de 1996."

Mediante la Resolución No. ADM-150 del 12 de diciembre de 2001 se fijó para el año 2002, en nueve mil setecientos noventa y siete diez milésimas del uno por ciento (0.9797%), la Tasa de control, vigilancia y fiscalización que deberán pagar los prestadores del servicio público de electricidad.

A través de la Resolución No. ADM-199 del 27 de diciembre de 2002, se fijó para el año 2003, en nueve mil trescientos sesenta diez milésimas del uno por ciento (0.9360%), la Tasa de control, vigilancia y fiscalización que deberán pagar los prestadores del servicio público de electricidad.

La Resolución No. ADM-260 del 23 de diciembre de 2003, fijó para el año 2004, en nueve mil trescientos sesenta diez milésimas del uno por ciento (0.9800%), la Tasa de control,

vigilancia y fiscalización que deberán pagar los prestadores del servicio público de electricidad.

La empresa Bahía Las Minas, Corp., solicitó al Ente Regulador, mediante nota AL-274-01 del 18 de septiembre del 2001, se le descontase las compras efectuadas por dicha empresa generadora a Petroeléctrica de Panamá, LDC., para efectos del cálculo de la Tasa de control, vigilancia y fiscalización, correspondientes a los años 1999, 2000, 2001 y 2002.

El Ente Regulador mediante la nota DPER-2308 del 11 de octubre de 2001, indicó a la empresa Bahía Las Minas, Corp., que debido a que dicha empresa generadora le compraba toda la producción de energía que generaba la empresa Petroeléctrica de Panamá, LDC., le correspondía a ella pagar la Tasa de control, vigilancia y fiscalización de dicha empresa.

Debido a que Bahía Las Minas, Corp., reiteró la solicitud para que se le acredite a su favor los pagos realizados por ella en nombre de Petroeléctrica de Panamá, LDC., la Junta Directiva del Ente Regulador evaluó el concepto señalado en la nota No. DPER-2308 del 11 de octubre de 2001, concluyendo que la empresa Petroeléctrica de Panamá, LDC., si bien es un generador que vendía toda su producción a Bahía Las Minas, Corp., al ser un agente del mercado debidamente autorizado, tiene la obligación de realizar los pagos correspondientes a la Tasa de control, vigilancia y fiscalización.

Por lo expuesto en los considerandos anteriores fue necesario acreditar a la empresa generadora Bahía Las Minas,

Corp., los pagos efectuados en nombre de Petroeléctrica de Panamá, LDC., procediendo a reajustar el monto de la suma que adeuda Bahía Las Minas, Corp., en concepto de la Tasa de control, vigilancia y fiscalización.

Que revisadas las cifras auditadas a las que se refiere el considerando anterior, la empresa Bahía Las Minas, Corp., pagó en concepto de Tasa de control, vigilancia y fiscalización a favor de Petroeléctrica de Panamá, LDC., durante los años 1999-2002, la suma de B/.355,198.60.

Que descontada la cifra indicada en el considerando anterior, igualmente se descuenta la suma de B/.137,925.98 que corresponde a compras realizadas a Petroeléctrica de Panamá, LDC., desde noviembre de 2001 a diciembre de 2002, la cual se encuentra pendiente de pago.

Tomando en consideración las cifras enunciadas correspondientes a Petroeléctrica de Panamá, LDC., el saldo pendiente de Bahía Las Minas, Corp., con el Ente Regulador, en concepto de Tasa de control, vigilancia y fiscalización, desde el mes de noviembre de 2002 al 29 de febrero de 2004, asciende a la suma de B/.853,702.60.

En la reunión sostenida con la empresa Bahía Las Minas, Corp., el día 8 de febrero de 2004, ésta solicitó un arreglo de pago de la suma que adeuda a la Entidad Reguladora, indicando además se le permitiese pagar la misma en 18 pagos mensuales, comprometiéndose a pagar puntualmente la Tasa de control, vigilancia y fiscalización del año 2004, a partir del mes de marzo del presente año.

El numeral 25 del Artículo 20 de la Ley No. 6 de 3 de febrero de 1997, establece que es función del Ente Regulador de los Servicios Públicos realizar los actos necesarios para el cumplimiento de las funciones que le asigne la Ley, por consiguiente resolvió aprobar el arreglo de pago a la empresa Bahía Las Minas, Corp., referente a la Tasa de control, vigilancia y fiscalización correspondiente al periodo de noviembre de 2002 a febrero de 2004, por la suma de B/.853,702.60 que adeuda dicha empresa generadora al Ente Regulador, pagaderos en dieciocho (18) cuotas mensuales, a partir de marzo de 2004.

Además autorizó al Director Presidente del Ente Regulador para que firmara un Arreglo de Pago con la empresa Bahía Las Minas, Corp., descrita en el artículo primero de la Resolución JD-4720 de 24 de mayo de 2004.

Bahía Las Minas, Corp., luego de ser notificada, presentó dentro del término legal recurso de reconsideración contra la Resolución No. JD-4720, antes mencionada, solicitando se reconsidere el contenido de la misma.

El Ente Regulador, luego de evaluar el recurso de reconsideración presentado por la empresa Bahía Las Minas, Corp., puntualizó que la recurrente se contradecía en su aseveración al señalar que no había solicitado un arreglo de pago, de manera adicional en la solicitud remitida al Ente Regulador mediante la nota No. AL.025-04 del 6 de febrero de 2004, la cual se menciona en el considerando 6.3, se aprecia fácilmente la solicitud de Arreglo de pago efectuada por la recurrente.

La entidad demandada aclaró que el Ente Regulador mediante la Resolución No. ADM-199 del 27 de diciembre de 2002 fijó la tasa de control, vigilancia y fiscalización que debían pagar los prestadores del servicio público de electricidad para el año 2003, la cual fue recurrida por Bahía Las Minas, Corp.

La entidad reguladora, mediante la Resolución No. ADM-224 del 6 de marzo de 2003, rechazó de plano por improcedente el mencionado recurso de reconsideración.

Posteriormente, la empresa recurrente interpuso una demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción, contra las Resoluciones Nos. ADM-199 del 27 de diciembre de 2002 y ADM-224 del 6 de marzo de 2003, en la que solicitó **la suspensión del acto impugnado, solicitud ésta que fue denegada por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** En la actualidad dicha demanda se encuentra en la etapa de alegatos.

El Ente Regulador se remite a los planteamientos del Dr. Edgardo Molino Mola, en su escrito sobre la Suspensión del Acto Administrativo, cuando dice lo siguiente: "La interposición de los recursos Contencioso Administrativos de Plena Jurisdicción o de Nulidad o de protección de los derechos humanos, **no suspenden la ejecutividad del acto administrativo impugnado,** que como dijimos es un acto firme". (El resaltado es del Ente Regulador)

Con base en lo anterior, el Ente Regulador de los Servicios Públicos colige que la recurrente se encuentra obligada a cumplir con lo estipulado en la Resolución No.

ADM-199 del 27 de diciembre de 2002, ya que su solicitud de suspensión no fue acogida y dicha resolución se encuentra en firme, siendo de obligatorio cumplimiento para Bahía Las Minas, Corp., hasta la fecha.

Añade el Ente Regulador que al incluir en el arreglo de pago la obligación de estar al día en la Tasa de Control, vigilancia y fiscalización, no está agregando ningún compromiso adicional al cual por Ley y reglamentación la empresa Bahía Las Minas, Corp., se encuentra obligada a cumplir. No obstante, dado que en el Arreglo de Pago se indica una cantidad en concepto de Tasa de Control, vigilancia y fiscalización del año 2004 que está sujeta a verificación por el Departamento de Auditoría de esta Entidad, se procedió a modificar ese aparte del arreglo de pago.

Respecto a la denominación de Bahía Las Minas, Corp., en el Arreglo de Pago, como Concesionaria, cuando la misma es licenciataria, el Ente Regulador procedió a realizar la corrección pertinente en dicho documento.

En cuanto a la exigencia del pago mediante cheque certificado, el Ente Regulador consideró que la misma es una práctica comercial utilizada en casos de morosidad y que la misma no constituye un acto discriminatorio contra Bahía Las Minas, Corp., pues lo viene adoptando en los arreglos de pagos que realiza con sus concesionarios y licenciatarios.

En cuanto a la queja que interpone la recurrente de que el Ente Regulador impone la Resolución No. ADM-4720 mencionada, como un contrato de adhesión, ordenó el archivo

del proceso administrativo sancionador seguido a los señores José Aníbal Dimas Torres y Edwin Morales William, materia ésta que no guarda relación con el tema que nos ocupa.

El Ente Regulador después de analizar las consideraciones expuestas por el recurrente, consideró viable modificar en el arreglo de pago aprobado mediante la Resolución No. JD-4720 del 24 de mayo de 2004, toda referencia de concesionario y reemplazarlo por licenciataria, como también señalar únicamente la obligación del Pago de la Tasa de Control correspondiente al año 2004.

Es necesario agregar que con la finalidad de proveer al Ente Regulador de los recursos necesarios para cumplir sus funciones y cubrir los gastos de funcionamiento, en el artículo 4 de la Ley 26 de 1996 se estableció lo siguiente: **"Artículo 4.** Recursos de funcionamiento: Para cubrir sus gastos de funcionamiento, el Ente Regulador contará con los siguientes recursos: 1. La tasa por los servicios de control, vigilancia y fiscalización que se establezca a cargo de las empresas prestadoras de los servicios públicos;..."

En el artículo 5 se creó la tasa de control, vigilancia y fiscalización a favor del Ente Regulador, en los siguientes términos:

"Artículo 5: Tasa de regulación. Créase la tasa de control, vigilancia y fiscalización de los servicios públicos, a favor del Ente Regulador. El monto de la tasa aplicable a cada servicio será fijado anualmente por el Ente Regulador, el cual guardará absoluta relación con el costo de cumplir sus funciones racional y eficientemente. La referida tasa no

excederá del uno por ciento (1%) de los ingresos brutos de los sectores en el año inmediatamente anterior, **será pagada por las empresas prestadoras de servicios públicos** y no podrá ser transferida a los usuarios a través de la tarifa. La obligación de pagar dicha tasa se establecerá en el contrato de prestación de servicios."

Como se observa del artículo citado, el monto correspondiente a la tasa de control, vigilancia y fiscalización debe guardar relación con el costo de cumplir las funciones del Ente Regulador de forma racional y eficiente, la cual será pagada por las empresas prestadoras de los servicios públicos.

Adicionalmente, dicha norma señala el límite máximo que esta Entidad puede cobrar en dicho concepto, el que en ningún caso, podrá exceder el uno por ciento (1%) de los ingresos brutos de los sectores en el año inmediatamente anterior.

También se establece que dicha tasa no puede ser transferida a los usuarios a través de la tarifa y se indica que la obligación de pagar la misma se establecerá en el contrato de prestación de servicios.

Por su parte, el artículo 3 de la Ley 6 de 1997, mediante la cual se establece el marco regulatorio e institucional para la prestación del servicio público de electricidad, califica como servicios públicos de utilidad pública la generación, transmisión, distribución y comercialización de electricidad, destinadas a satisfacer las necesidades colectivas primordiales en forma permanente.

Debido a que en el artículo 5 de la Ley 26 de 1996, se establece un límite máximo a la suma que puede cobrarse a los

prestadores de los servicios públicos en concepto de tasa de control, vigilancia y fiscalización, mediante el artículo 21 de la Ley 6 de 1997, se establece la forma como debe calcularse dicha tasa a las empresas prestadoras de los servicios públicos de electricidad, al señalar que la misma no excediera del uno por ciento (1%) de la facturación total de las distribuidoras y de las generadoras que venden electricidad a grandes clientes, en el año inmediatamente anterior a aquel en que se haga el cobro. Para una mejor comprensión se cita el contenido del artículo antes citado:

"Artículo 21. Tasa de control, vigilancia y fiscalización: El Ente Regulador impondrá una tasa de control, vigilancia y fiscalización, la cual no excederá el uno por ciento (1%) de la facturación total de los distribuidores y de los generadores que vendan electricidad a grandes clientes, en el año inmediatamente anterior a aquel en que se haga el cobro.

Para el año de inicio de operaciones de las empresas, la tasa de control, vigilancia y fiscalización se calculará y pagará en base a la facturación estimada para ese año. Al final de cada año de operación, se aplicarán los ajustes que se deriven de la facturación real de electricidad correspondiente a ese año."

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la entidad reguladora procede a fijar en el mes de diciembre de cada año, el monto de la Tasa de Control, Vigilancia y Fiscalización, que se aplicará en el año siguiente. La empresa Bahía Las Minas, Corp., tiene una licencia para la construcción y explotación de una planta de generación eléctrica térmica, otorgada mediante la Resolución JD-1120

del 14 de diciembre de 1998, la cual contempla en su artículo 12, la obligación del licenciatario de pagar al Ente Regulador la Tasa de Control, Vigilancia y Fiscalización de que trata el artículo 21 de la Ley 6, la cual será abonada mensualmente en pagos iguales y consecutivos.

Bahía Las Minas, Corp., realizó desde el inicio del otorgamiento de su licencia el pago al Ente Regulador de la Tasa de Control, Vigilancia y Fiscalización, hasta el mes de octubre de 2002.

Para el año 2004 el Ente Regulador fijó la Tasa de Control referida, mediante la Resolución ADM-260 del 23 de diciembre de 2003, la que contempla en el artículo tercero de la parte resolutive que para poder realizar cualquier tramitación ante el Ente Regulador, los prestadores deben estar al día en el pago de la Tasa de Control, Vigilancia y Fiscalización y la misma a la fecha se encuentra en firme.

En reunión celebrada el 8 de marzo de 2004, Bahía Las Minas, Corp. solicitó a la entidad reguladora un arreglo de pago por la morosidad de la Tasa de Control, Vigilancia y Fiscalización, correspondiente al periodo de noviembre de 2002 hasta febrero de 2004 tal y como consta en la nota AL-025-04 de 6 de febrero 2004. El Ente Regulador accedió aceptar la propuesta de arreglo de pago, lo cual fue comunicada mediante nota DPER-1129-04 del 22 de marzo de 2004 y procedió mediante la Resolución JD-4720 del 24 de mayo de 2004, a aprobar el arreglo de pago. Esa Resolución fue notificada a Bahía Las Minas, Corp., el 25 de mayo de 2004.

El 10 de junio de 2004, Bahía Las Minas, Corp. recurre la Resolución JD-4720 solicitando que esta Entidad "Se sirva reconsiderar en su totalidad LA RESOLUCION, puesto que según lo establecido en la Ley 6, Bahía Las Minas no tiene ninguna obligación legal de realizar el Pago de la Tasa de Control.

Por lo expuesto, esta Procuraduría observa que no se han conculcado las normas invocadas por la sociedad demandante, por lo que reitera su solicitud a los Honorables Magistrados para que se desestimen las pretensiones consignadas en el libelo de la demanda.

Pruebas: Aducimos el expediente administrativo que reposa en los archivos de la institución demandada, mismo que contiene la actuación surtida en el Ente Regulador de los Servicios Públicos.

Derecho: Negamos el invocado.

Del Honorable Magistrado Presidente,

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

AMdeF/5/mcs

Licdo. Víctor L. Benavides P.
Secretario General

Materia:

Tasa de Control, vigilancia y fiscalización.

Resumen: La tasa de control, vigilancia y fiscalización de los servicios públicos, se creó a favor del Ente Regulador. El monto de la tasa aplicable a cada servicio será fijado anualmente por la entidad reguladora, el cual guardará absoluta relación con el costo de cumplir sus funciones racional y eficientemente. La referida tasa no excederá del uno por ciento (1%) de los ingresos brutos de los sectores en el año inmediatamente anterior, **será pagada por las empresas prestadoras de servicios públicos** y no podrá ser transferida a los usuarios a través de la tarifa.

Indira

Exp. N°546-04

Entrada: 06-10-04

Magistrado: Spadafora

Asignado: 08-11-04

Proyecto: 17-11-04