

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 544

**MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN**

Panamá, 26 de agosto 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-3797 de 28 de febrero 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-3797 de 28 de febrero 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-3797 de 28 de febrero de 2003, en virtud de la cual el Ente Regulador de los Servicios Públicos, ordena a la empresa de generación eléctrica Bahía Las Minas, Corp. (BLM), que ajuste su facturación mensual 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.

Al efecto, exponemos lo siguiente:

I. En cuanto a la Pretensión:

A través de la demanda, 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. 3797 de 28 de febrero 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 Iniciales No. 02-98 y No. 03-98 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 Metro Oeste, S. A. (en adelante EDEMET) como El Comprador, ambos de 28 de octubre de 1998, fueron firmados bajo el imperio de la Ley 31 de 1997, 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 los contratos privados, 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 expedición de las mismas, por lo que BLM está en su pleno derecho de facturar a EDEMET según la fórmula establecida para el "Precio de Paridad" en la Ley 31 de 1992 y EDEMET está en la obligación de pagar a BLM las facturas que

ésta expida utilizando dicha fórmula.”
(Ver fojas 97 y 98).

- o - o -

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 del demandante.

Sexto: Éste más que un hecho constituye la invocación de una regulación legal; 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 del demandante; por tanto, la rechazamos.

Décimo: Éste lo contestamos igual que el hecho anterior.

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

Décimo Segundo: Aceptamos por ser cierto, que EDEMET, se negó a pagar las facturas de enero de 2003, presentadas por BLM, mediante la cual se le facturaba según la fórmula de la Ley No. 31 de 1992. Lo demás, constituye una apreciación jurídica errada del demandante; por tanto, la rechazamos.

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

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

Décimo Quinto: Aceptamos por ser cierto que el Ente Regulador de los Servicios Públicos le envió a Bahía Las Minas Corp. (BLM), la nota No. DPER 0661-03 de 21 de febrero de 2003. Lo demás, constituye una alegación del demandante; por tanto, la rechazamos.

Décimo Sexto: Éste 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 Séptimo: Éste es una interpretación jurídica errada del demandante; por tanto, la rechazamos.

Décimo Octavo: Este hecho constituye una alegación del demandante; por tanto, la rechazamos.

Décimo Noveno: Este hecho es cierto; por tanto, la 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..."

- o - o -

"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."

- o - o -

"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."

- o - o -

En relación a la supuesta infracción de estas normas legales, el apoderado judicial de Bahía Las Minas, Corp., sostiene que el Ente Regulador de los Servicios Públicos impone una interpretación injurídica de la cláusula 10.7 de los Contratos Iniciales. El demandante asevera, que al referirse estos contratos iniciales al precio de paridad, se refiere 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 el 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 108).

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 EDEMET, en abierto incumplimiento de su obligación contractual, se niegue a pagar las facturas presentadas reiteradamente 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 EDEMET 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 EDEMET Y **BLM** -ante la negativa de pagar de EDEMET- no implicaba una inadecuada o ineficiente prestación del servicio público de electricidad, por lo tanto, no es de competencia del ENTE REGULADOR." (Ver fojas 110 y 111).

- o - o -

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..."

- o - o -

"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."

- o - o -

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 EDEMET 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.

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 públicos 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."

- o - o -

Referente a la supuesta infracción de estas disposiciones 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 foja 111).

IV. Contestación de la Procuraduría de la Administración:

Una vez examinadas las normas legales que se estiman infringidas por la Resolución No. JD-3797 de 28 de febrero 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. 02-98 y No. 03-98, la empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A. y Bahía Las Minas, Corp., se estableció que éste se calcularía de la siguiente manera:

"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 aplicado únicamente a la energía suministrada durante el período de validez del precio de paridad actualizado."

- o - o -

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 Metro-Oeste Panamá, S.A., en la que se indicaba que Bahía Las Minas, Corp., había facturado la potencia firme de largo plazo y la energía asociada, utilizando como cálculo otra base distinta al Precio de Paridad fijado por el Ministerio de Comercio e Industrias.

A través de la Nota No. GG-018-03 de 19 de febrero de 2003, BLM comunicó a los agentes productores, entre otros aspectos, que condicionaba los pagos que eventualmente tendría que hacer a esas empresas de generación a que EDEMET pagase la factura No. 0973 de 6 de febrero de 2003; motivo por el cual, el Ente Regulador, mediante la Nota DPER 0661-03 de 21 de febrero de 2003, le señaló a BLM, que esta actitud no sólo resulta inaceptable, sino ilegal, toda vez que no existe disposición legal que les permita retener pagos a Agentes del Mercado que no forman parte de las reclamaciones que ellos tienen contra EDEMET.

En atención a lo expuesto, el Ente Regulador de los Servicios Públicos, ordenó a la empresa de Generación Bahía Las Minas, Corp. (BLM) que ajuste la facturación mensual 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).

- o - o -

Por consiguiente, la intervención del Ente Regulador en la controversia suscitada entre Bahía Las Minas, Corp. y EDEMET, se fundamenta en la necesidad de que BLM, honre la cláusula 10.7 de los Contratos No. 02-98 y 03-98, 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:

"...el Ente Regulador se vio precisado a intervenir en la presentación de las facturas a EDEMET por la compra de energía y potencia derivadas del Contrato Inicial No. 03-98, en atención al grave perjuicio que se ocasionaría en el Mercado Eléctrico de persistir la diferencia de criterios sobre la

aplicación del precio de paridad, toda vez que Bahía Las Minas Corp., había comunicado a otras empresas generadoras, ajenas al Contrato Inicial No. 03-98, la posibilidad de no honrar los pagos correspondientes a enero, en virtud del rechazo de la factura por parte de EDEMET." (El subrayado y énfasis es de la entidad). (Ver foja 131).

- o - o -

Por consiguiente, no se producen las violaciones alegadas a los artículos 30, 976 y 1106 del Código Civil, toda vez que 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.

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 expuesto en líneas precedentes y que versan sobre la potestad del Ente Regulador de los Servicios Públicos, para intervenir en el mercado eléctrico, y en consecuencia, remediar esta situación, a fin de que este se desenvuelva de la mejor manera posible.

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,

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

AMdeF/8/mcs

Licdo. Víctor L. Benavides P.
Secretario General