

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 1068

Panamá, 15 de octubre de 2020

Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.

El Licenciado Jaime Castillo Herrera, actuando en nombre y representación de la sociedad **Elektra Noreste, S.A. (ENSA)**, solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución AN 12581-CS de 27 de julio de 2018, emitida por la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos**, su acto confirmatorio, y para que se hagan otras declaraciones.

Contestación de la demanda.

Honorable 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 de plena jurisdicción descrita en el margen superior.

I. Cuestión Previa.

Previo a plantear nuestros argumentos en defensa de la legalidad del acto administrativo impugnado, esta agencia del Ministerio Público considera importante poner en contexto que a través de la Vista 817 de 1 de agosto de 2019, promovió y sustentó un incidente de nulidad dentro del presente proceso, lo que conllevó a que la Sala Tercera, por medio de la Resolución 26 de diciembre de 2019, decretara *"la nulidad de todo lo actuado a partir de la foja 90 del expediente, y dispone que se corra nuevamente traslado al Procurador de la Administración, reasumiendo el curso normal del proceso."* (Cfr. foja 152 del expediente judicial).

En virtud de lo anterior, esta Procuraduría procederá a presentar la contestación respectiva, de acuerdo con el rol que le corresponde, en defensa de los intereses de la entidad demandada.

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

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 cierto como viene expuesto; 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: No es un hecho; por tanto, se niega.

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

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

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

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

Décimo Quinto: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. fojas 48-51 del expediente judicial).

III. Normas que se aducen infringidas.

La apoderada judicial de la demandante alega que el acto acusado infringe las siguientes disposiciones:

A. Los artículos 139 (numeral 9) y 142 (numeral 2) del Texto Único de la Ley 6 de 1997, que dicta el marco regulatorio e institucional para la prestación del servicio público de electricidad, los que señalan, respectivamente, que constituyen infracciones por parte de los prestadores o de los clientes, entre éstas, el incumplimiento de las normas vigentes en materia de electricidad; y el procedimiento sancionador a los prestadores, dentro del cual una vez recibida la denuncia correspondiente, el ente regulador designará un comisionado sustanciador encargado de la investigación correspondiente, misma que cuenta con un término de hasta treinta días improrrogables (Cfr. fojas 15, 16, 22 y 23 del expediente judicial);

B. Los artículos 34 y 52 (numeral 4) de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, que se refieren a los principios que regulan del debido proceso; y la nulidad absoluta en la que incurren los actos

administrativos cuando se dictan con prescindencia de trámites fundamentales que impliquen violación al principio del debido proceso (Cfr. fojas 16, 17, 23 y 24 del expediente judicial);

C. Los artículos 14.9.1.5 (literal a) y 14.10.1.1 de las Reglas Comerciales para el Mercado Mayorista de Electricidad, aprobadas por medio de la Resolución JD-605 de 24 de abril de 1998, con sus respectivas modificaciones, mismos que disponen, entre otras cosas, que el Centro Nacional de Despacho administrará el sistema de cobranzas a través de un Banco de Gestión y Cobranza y un sistema de cuentas bancarias en dicho banco, procedimiento en el cual todos los deudores deben depositar en su respectiva cuenta los montos que le fueron informados en el Documento de Transacciones Económicas dentro del plazo previsto para ello; y que todos los participantes asumen la obligación de pago en los tiempos y formas que se establezcan (Cfr. fojas 17, 18 y 19 del expediente judicial); y

D. Los artículos 533, 536 (numeral 4) y 1932 (numeral 9) del Código Judicial, los cuales establecen que para evitar que el proceso sea ilusorio en sus efectos y que la parte demandada trasponga, enajene, oculte, empeore o disipe los bienes muebles o inmuebles que posea, el demandante podrá pedir el depósito de los mismos en manos de un depositario; las maneras en que se constituye el depósito judicial, entre éstas, cuando la orden judicial es entregada al tercero que tenga dinero o cualquier otro derecho perteneciente al demandado, el cual queda de inmediato constituido en depositario judicial del bien o bienes respectivos; y que en materia civil son culpables de desacato los que durante el curso de un proceso o de cualquier actuación judicial o después de terminados, ejecuten hechos que contravengan directamente lo ordenado en resolución judicial ejecutoriada (Cfr. fojas 19-22 del expediente judicial).

IV. Breves antecedentes del caso y descargos de la Procuraduría de la Administración, en representación de los intereses de la entidad demandada.

Según consta en autos, la acción contencioso administrativa bajo examen está dirigida a que se declare nula, por ilegal, la Resolución AN 12581-CS de 27 de julio de 2018, dictada por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, inmediate la cual se resolvió, entre otras cosas, sancionar a la empresa accionante, **Elektra Noreste, S.A. (ENSA)**, por incumplir normas vigentes en

materia de electricidad, infracción tipificada en el numeral 9 del artículo 139 de la Ley 6 de 1997; en consecuencia, se le impuso una multa por la suma de ciento cincuenta mil balboas (B/.150,000.00) (Cfr. fojas 38-47 del expediente judicial).

Producto de su inconformidad, la hoy actora presentó en la vía gubernativa un recurso de reconsideración en contra de la resolución arriba mencionada, al cual se le dio respuesta mediante la Resolución AN 12657-CS de 23 de agosto de 2018, la cual dispuso, mantener en todas sus partes el contenido de la Resolución AN 12581-CS de 27 de julio de 2018; decisión que le fue notificada a la recurrente el 28 de agosto de 2018 (Cfr. fojas 48-51 del expediente judicial).

Así las cosas, el 11 de octubre de 2018, el apoderado judicial de la empresa demandante, Elektra Noreste, S.A. (ENSA), presentó una demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción, en la que se solicita se declare nulo, por ilegal, el acto administrativo impugnado; y que como consecuencia de ello, se exonere a la accionante al pago de la multa impuesta; y que se ordene a la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos que se cumpla con la devolución del monto pagado, de haberse efectuado (Cfr. fojas 3 y 4 del expediente judicial).

En sustento de su pretensión, la apoderada judicial de la actora manifiesta, en lo medular, que la Comisionada Sustanciadora de la Autoridad de los Servicios Públicos en su investigación se excedió del término de hasta treinta (30) días improrrogables previsto en la ley, y que la falta atribuida es inaplicable pues existía la orden de secuestro proferida por el Juzgado Décimo Quinto de Circuito Civil de Panamá que conllevó a que la empresa recurrente procediera a retener las sumas de dinero a favor de CEISA (Cfr. fojas 15-24 del expediente judicial).

Debido a la íntima relación que se observa entre los cargos de infracción formulados en contra del acto administrativo demandado, este Despacho se permite dar contestación a los mismos de manera conjunta, a fin de poder explicar que no le asiste la razón a la recurrente, como a continuación señalamos.

Atendiendo a la normativa vigente en materia de electricidad, específicamente las Reglas Comerciales del Mercado Mayorista de Electricidad, el Centro Nacional de Despacho (CND) de la Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A., en atención a su responsabilidad de informar el resultado de

las transacciones comerciales y las deudas entre participantes por medio del documento de transacciones económicas (DTE), comunicó a la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos que la sociedad demandante, Elektra Noreste S.A. (ENSA), incumplió con el pago de los documentos de transacciones económicas (DTE) correspondientes al mes de diciembre de 2015; enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2016; y enero y febrero de 2017, en lo relativo a los plazos indicados en el Calendario de Liquidación y Cobranza (Cfr. fojas 38 y 39 del expediente judicial).

En virtud de lo anterior, por medio de la Resolución de 23 de junio de 2016, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (ASEP) dio inicio al procedimiento administrativo sancionador contra la empresa demandante **Elektra Noreste, S.A. (ENSA)**, motivo por el cual iniciaron las diligencias de investigación correspondientes, entre éstas, la emisión de distintas notas al Centro Nacional de Despacho, relativas al pago correspondiente al documento de transacciones económicas no efectuados, información que fue remitida por esta última dependencia eléctrica (Cfr. fojas 14-75 del expediente administrativo).

En ese sentido, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (ASEP), analizó toda la documentación recabada dentro del procedimiento de administrativo sancionador, entre éstos, la Nota DME-227-16 de 8 de julio de 2016, emitida por la actora; el contrato de suministro DME-064-12, suscrito entre la empresa demandante **Elektra Noreste, S.A. (ENSA)** y la Corporación de Energía del Istmo LTD, S.A. (CEISA); la copia de la Nota DSAN-2736-14 de 17 de noviembre de 2014, proferida por la entidad demandada; la copia de la Escritura Pública 9,954 de 9 de julio de 2014, a través de la cual se celebró el contrato de cesión de bienes y derechos entre Corporación de Energía del Istmo LTD, S.A. (CEISA-cedente), Banistmo (agente administrativo) y Banistmo Investment Corporation, S.A. (cesionario); entre otros (Cfr. fojas 79, 80, 225-252, 255, 258-315 del expediente administrativo).

Lo anterior, trajo como consecuencia que la Comisión Sustanciadora de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (ASEP), mediante la Resolución de 22 de junio de 2017, le formulara cargos a la empresa accionante **Elektra Noreste, S.A. (ENSA)**, ante el posible incumplimiento de las infracciones incurridas en materia de electricidad, específicamente el no pago de

los documentos de transacciones económicas correspondientes a los meses de diciembre de 2015; enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre 2016; y enero y febrero de 2017; cuyo total asciende a un monto total de setenta y cinco mil cuarenta y siete balboas con setenta y tres centésimos (B/.75,047.73); medida que se le notificó a la recurrente el 27 de junio de 2017, y en virtud de la cual presentó su contestación y descargos el 4 de julio de 2017 (Cfr. fojas 481-485, 487 y 488-499 del expediente administrativo).

Así las cosas, una vez analizadas y valoradas las pruebas aportadas y surtidas las etapas del procedimiento administrativo sancionador, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos emitió la Resolución AN 12581-CS de 27 de julio de 2018, mediante la cual sancionó a la empresa demandante, **Elektra Noreste, S.A. (ENSA)**, con una multa de ciento cincuenta mil balboas (B/.150,000.00), por incumplimiento de las normas vigentes en materia de electricidad, específicamente lo dispuesto en los puntos 14.10.1 14.10.1.1 y el literal a del punto 14.9.1.5 de las Reglas Comerciales para el Mercado Mayorista de Electricidad aprobadas mediante la Resolución JD-605 de 24 de abril de 1998; los cuales establecen las siguientes obligaciones:

“14.10 MORA F FALTA DE PAGO.

14.10.1.1 Todos los participantes asumen la **obligación** de pago en los tiempos y formas que se establezcan.” (El resaltado es nuestro).

“14.9.1.5 El CND administrará el sistema de cobranzas a través de un Banco de Gestión y Cobranza y un sistema de cuentas bancarias en dicho Banco, de acuerdo al siguiente procedimiento:

a) Todos los deudores **deben depositar** en su respectiva cuenta los montos que le fueron informados en el Documento de Transacciones Económicas **dentro del plazo** previsto para ello.

...” (El resaltado es nuestro).

Sobre este punto, este Despacho estima que la actuación de la entidad demandada se ciñó al marco regulatorio en materia de electricidad y que sirvieron de sustento para la aplicación de multa contenida en el acto objeto de reparo; normas que establecen la obligación de todo participante del mercado eléctrico **a realizar los pagos a los que haya lugar, dentro del plazo para este fin**

establecido; es decir, de forma oportuna; siendo esta omisión, lo que trajo como consecuencia la imposición de la multa a la empresa **Elektra Noreste, S.A.**

En este marco conceptual, consideramos oportuno resaltar que dentro de los argumentos esgrimidos por la recurrente, ésta en ningún momento indica que realizó los pagos a los que se refieren las normas arriba citadas, de manera oportuna, lo cual, de sus propios argumentos nos permite entrever la desatención que produjo la aplicación de la sanción.

En este mismo sentido, si analizamos el acto objeto de reparo, observaremos qué elementos que resultan cardinales dentro del desarrollo que nos encontramos realizando, a saber:

“24.8 El incumplimiento en el pago por parte de un Participante del Mercado se considerará en los siguientes casos: ‘... (i) cuando no deposite en la cuenta liquidadora el monto total que el CND le notifique mediante el requerimiento de pago que al efecto le haga en relación con sus compromisos por sus transacciones y en el plazo establecido para ello, (ii) cuando habiéndosele hecho efectiva la garantía de pago de sus transacciones no la restituya en su totalidad y, (iii) cuando habiéndosele requerido el aumento del monto depositado como garantía de pago por aumento de su volumen de transacciones, no lo haga en los quince días correspondientes’ (numeral 14.10.1.10)” (El resaltado es nuestro) (Cfr. foja 43 del expediente judicial).

Lo arriba indicado, nos permite sustentar aún más el hecho que, **el solo no pago constituye una infracción a la normativa en materia de electricidad**, pero vayamos un poco más allá en cuanto a lo dispuesto por el acto acusado de ilegal:

“Que mediante las Notas ..., el CND informó que el Participante Productor ENSA incumplió con los pagos de los Documentos de Transacciones Económicas (DTE) correspondiente a los meses de diciembre de 2015, enero, febrero, marzo abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2016, enero y febrero de 2017.” (Cfr. foja 43 del expediente judicial).

Lo aquí indicado agrava aún más, las desatenciones de la actora, puesto que, no estamos ante el incumplimiento de uno o dos meses; **sino ante el incumplimiento de quince (15) meses en cuanto al pago de los DTE**; omisión que podría comprometer la integridad del propio sistema en su conjunto.

En ese contexto, el Centro Nacional de Despacho (CND), al observar el incumplimiento por parte de la hoy actora en cuanto a sus obligaciones, procedió a remitirle no menos de quince (15) notas advirtiendo la infracción, a lo que **Elektra Noreste, S.A. (ENSA)** en su momento respondió:

"24.10 En cada una de las notas listadas en el punto anterior, el CND hizo referencia al hecho de que la empresa ENSA le comunicó que **se abstendría de realizar los pagos de los DTE antes indicados**, debido a que el Juzgado Decimoquinto de Circuito del Primer Circuito Judicial de Panamá, mediante oficio, le informó la existencia de una orden de secuestro en contra de la empresa Corporación de Energía del Istmo, S.A. (CEISA).

...
 24.20 Tal como se observa del desglose de notas efectuado en los puntos anteriores, **la empresa ENSA tuvo conocimiento desde el 1 de agosto de 2014**, la existencia de la cesión de las cuentas por cobrar de la empresa CEISA, incluyendo las generadas productos de las transacciones realizadas en el mercado ocasional, **desde antes de haber recibido la orden del Juzgado Decimoquinto de Circuito del Primer Circuito Judicial de Panamá.** (foja 502).

24.21 No obstante a pesar de lo indicado en el considerando anterior, hizo caso omiso del mandato de pagar las cuentas al beneficiario de la cesión, habiendo sido notificada previamente, de la existencia de un fideicomiso, afectando con ellos las transacciones en el mercado eléctrico y los procedimientos establecidos por el banco de Gestión y Cobranza de conformidad con lo ordenado en el Reglamento del Mercado Mayorista de Electricidad" (La negrita es nuestra) (Cfr. fojas 43-45 del expediente judicial).

Así las cosas, la accionante, **Elektra Noreste, S.A. (ENSA)**, no puede desconocer el hecho del **no pago en el tiempo y forma establecido en las Reglas Comerciales, desatención que pone en riesgo la estabilidad del sistema**, situación que podría traer perjuicios para el país frente al Mercado Regional eléctrico del cual forma parte la República de Panamá.

Por otro parte, debemos advertir que si la actora era de la consideración que la entidad demandada se excedió en el plazo con el que contaba para realizar la investigación que dio como resultado el acto objeto de reparo, ésta debió, **en la vía gubernativa, ejercer las excepciones o incidentes que considerara conducentes**; motivo por el cual, resulta jurídicamente desacertado pretender alegar una prescripción en este estadio procesal, el cual, como ha desarrollado vasta jurisprudencia, no constituye, ni puede constituirse como una tercera instancia.

Sin perjuicio de lo antes indicado, deseamos poner de presente que el tema del plazo con el que cuenta la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos para realizar las investigaciones, ya ha sido desarrollado por la jurisprudencia del Pleno de la Corte Suprema, quien, mediante Sentencia de 19 de diciembre de 2013, indicó lo siguiente:

"La alegada violación al debido proceso, se sustenta en que dicho término no solo aplica para agotar la investigación, sino también para que se defina la misma, dentro de dicho plazo, mediante la expedición del correspondiente pliego de cargos, si se llegase a determinar que existe fundamento para ello.

No comparte el Pleno la postura del demandante, ya que si bien es cierto la norma establece un plazo para realizar la investigación, nada dice sobre que dentro de dicho término debe emitir el pliego de cargos si para el caso corresponde.

En ese sentido, luego de la investigación la autoridad reguladora debe hacer una valoración de lo investigado para poder llegar a una conclusión que le permita emitir pliego de cargos o de lo contrario no hacerlo. No es posible que este análisis fundamental sea exigido dentro del mismo término o a la vez que se realiza la investigación, ya que como dice la norma el término es de 30 días para completar la investigación, debiendo interpretarse que luego de esa investigación es cuando el sustanciador podrá realizar una valoración de todo lo investigado que le permita hacer una imputación de cargos o no." (El resaltado es nuestro).

Por todos los anteriores señalamientos, esta Procuraduría solicita a los Honorables Magistrados se sirva declarar que **NO ES ILEGAL AN 12581-CS de 27 de julio de 2018**, emitida por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (ASEP), ni su acto confirmatorio, y, en consecuencia, pide se desestimen las demás pretensiones de la actora.

V. Pruebas. Se **aduce** como prueba documental, la copia autenticada del expediente administrativo relativo al presente caso, el cual ya reposa en el Tribunal.

VI. Derecho. No se acepta el invocado por la accionante.

Del Honorable Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General