

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 746

Panamá, 13 de julio de 2016

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

Alegato de Conclusión.

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.

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 artículo 61 de la Ley 135 de 1943, modificado por el artículo 39 de la Ley 33 de 1946, para presentar el alegato de conclusión de la Procuraduría de la Administración dentro del proceso contencioso administrativo descrito en el margen superior, el cual nos permite reiterar lo ya planteado en nuestra contestación de la demanda, en el sentido que no le asiste la razón a la recurrente en cuanto a su pretensión 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, por cuyo conducto se dispuso, entre otras cosas, sancionarla con una multa de B/.1,000.000.00 de balboas, por haber infringido los artículos 90 (numeral 5), 92 (ahora 81), 112 (ahora 107) y 142 (numeral 9) de la Ley 6 de 3 de febrero de 1997, ordenada sistemáticamente por el Texto Único de 2011; así como los acápites 3.4.3.5y 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 (Cfr. fojas 111 - 123 del expediente judicial).

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) .

De igual manera, 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).

En atención a lo anterior, 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).

Producto de lo anterior, 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., acudió ante la Sala para interponer la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción objeto de análisis (Cfr. fojas 3 a 110 y 126 a 134 del expediente judicial).

En este punto debemos insistir en muchos de los aspectos que abordamos en la Vista 429 de 28 de octubre de 2013, a través de la cual contestamos la demanda.

En aquella oportunidad reiteramos que 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).

Tal y como se indicó a través de la contestación de la demanda, 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).

Por otro lado, 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 anterior, 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 competencia 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 competencia 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 competencia (Cfr. foja 118 del expediente judicial).

Al respecto debemos recordar que 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 competencia 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 competencia (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, en esta oportunidad procesal reiteramos que 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 competencia 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 analizar 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. Por otra parte, esta Procuraduría vuelve sobre lo dicho en el sentido que no comparte 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).

En el marco de lo antes indicado, 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 este Despacho 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. De igual manera, en esta ocasión reiteramos nuestra oposición 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 fungió 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 Zelmar 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 accesorias 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).

Actividad Probatoria

Con el objeto de sustentar las razones de hecho sobre las cuales descansa su demanda, el recurrente adujo y le fueron admitidas durante la etapa correspondiente, entre otras pruebas, los testimonios de Anayr Mabel Mock Vergara, Kriss Aire Ríos Quintero, Nicanor Ayala Rovi, Miriam Mercedes Jaén de Chung, José Pascal Villanueva, Miriam Marquela Camaño de Guerra y el peritaje de Ambrosio Ramos Pimentel (Cfr. fojas 125 - 126 del expediente judicial).

Como primer elemento a destacar en cuanto a la práctica de las pruebas testimoniales a las que hacemos alusión en el párrafo que antecede, es que si bien las declaraciones de Anayr Mabel Mock Vergara y Kriss Aire Ríos Quintero fueron admitidas mediante el Auto de Pruebas 188 de 18 de diciembre de 2013, modificado por las Resoluciones de 22 de febrero y 10 de mayo de 2016; lo cierto es que la proponente de la prueba intencionalmente omitió indicar que ambas laboran para la apoderada especial de la Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A., a saber la firma forense Galindo, Arias & López, señalando la primera de ellas **haber trabajado con la Licenciada Selva Quintero en lo que respecta a funciones secretariales, y la segunda haber sido su asistente, lo cual evidencia la falta de objetividad de los testimonios por ellas brindados, tal y como se hizo constar al momento en que ambas rindieron sus testimonios.**

Por otra parte, consideramos oportuno recordar que la sanción de la que fue objeto la recurrente se debió a dos puntos fundamentales, a saber, **el incumplimiento del plazo mínimo de 24 meses que debe observarse entre el inicio del proceso de compra y disponibilidad de la energía adquirida y, la falta de contratación de la garantía de suministro de sus clientes regulados para el año 2005**, lo que se pronosticó también ocurriría para el año 2006, lo que trajo como consecuencia que la cantidad de energía y potencia contratada en los años antes mencionados no cubriera la demanda de los 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.

Así las cosas, el día 30 de junio de 2016, compareció a Sala Tercera el Ingeniero Nicanor Ayala Rovi, a fin de rendir testimonio y declarar sobre el contenido y firma de diversos documentos que forman parte del expediente del caso que ocupa nuestra atención.

Al ser cuestionado el testigo sobre su formación académica y su experiencia profesional, indicó que laboraba desde mediados del año 2000 en la **Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A.**, lo que evidentemente le resta imparcialidad en lo que respecta al testimonio por él brindado, toda vez que actualmente labora para la sociedad que fue sancionada por el organismo regulador producto de las violaciones antes mencionadas.

También se advierte que el testigo indicó que las Reglas Comerciales definían la obligación de contratar como *“el compromiso de cada distribuidor de contar con anticipación con potencia firme de largo plazo para cubrir la participación de sus clientes regulados en la demanda máxima de generación*

prevista del sistema y fijar o acotar el costo de abastecimiento de energía previstos para sus clientes”.

Así las cosas, al preguntársele si durante el tiempo que **EDEMET** estuvo a cargo de los procesos de libre competencia para la compra – venta de energía y/o potencia, se dio alguna situación que afectara el proceso de contratación y que fuera cien por ciento exitosa, a lo que respondió que *si se presentaron situaciones que llevaron o que produjeron que la energía o potencia adjudicada en el proceso de libre competencia **fuere inferior a la solicitada en el pliego de licitación***, lo que nos debe llevar a concluir que la demandante no pudo garantizar el suministro de sus clientes regulados, desatención que fue uno de los motivos de la sanción a ella impuesta.

El 1 de julio de 2016, compareció ante la Sala Tercera la Ingeniera Miriam Mercedes Jaén de Chung, la cual indicó haber trabajado en **EDEMET** del año 1998 al 2007, habiendo participado del proceso de libre competencia que ésta llevo a cabo entre los años 2002 y 2006. Con base a lo anterior, resulta evidente que el testimonio de la testigo, en lo que respecta a los procesos de libre competencia que se surtieron dentro del período antes aludido, carece de objetividad puesto que la misma formó parte de estos y resultaría contradictorio que la misma hiciera alusión a fallas en el procedimiento cuando ésta formó parte del mismo.

El 4 de julio de 2016, se presentó ante la Sala Tercera el Ingeniero José Pascal Villanueva, el que dentro de su declaración acreditó que **EDEMET** en el año 2005, **presentó un déficit del cinco por ciento (5%) en lo que respecta a la contratación de energía y/o potencia**, lo que nuevamente acredita que la recurrente no garantizó el suministro del cien por ciento (100%) de sus clientes regulados, infringiéndose así lo dispuesto 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 la Resoluciones JD-763 de 1998, JD-3207 de 2002 y JD-3463 de 2002.

El día 6 de julio de 2016, se presentó a la Sala Tercera, Ambrosio Ramos Pimentel, perito designado por la parte actora, con la finalidad de ser examinado el informe pericial que éste presentara dentro del caso que ocupa nuestra atención.

En este sentido, si bien el perito indica en respuesta a la interrogante número 1 que **EDEMET** realizó los pliegos de compra de energía y/o potencia para los años 2002, 2003, 2004, 2005 y 2006, no es menos cierto que no fue hasta el **2 de diciembre de 2003** y el **11 de octubre de 2004**, cuando se llevaron a cabo los **Concursos EDEMET-01-03** y **EDEMET-EDECHI-01-04**, respectivamente, lo que evidencia una desatención a la obligación de iniciar los procedimientos de libre concurrencia para suscribir los correspondientes contratos de suministro, mas allá de solo presentar el pliego de cargos a la entidad reguladora, lo que la recurrente pretende equivocadamente equiparar al inicio de su obligación de contratar.

Por otro lado, el perito realiza un señalamiento que no puede pasar desapercibido en su respuesta número cuatro al indicar que la responsabilidad de **EDEMET** para la contratación de compra de potencia y/o energía iniciaba en febrero de 2002, sin embargo, en líneas posteriores se señala que el proceso inició en julio de 2001, lo que permite entrever que **EDEMET** tenía conocimiento que debía iniciar los procesos de libre concurrencia con suficiente antelación.

En este mismo orden de ideas, en respuesta número diecinueve del informe, el perito indica que durante el período 2005 – 2006 no hubo ningún desabastecimiento de energía y/o potencia lo cual resulta contradictorio a la luz del testimonio dado por Ingeniero José Pascal Villanueva, el que dentro de su declaración acreditó que **EDEMET** en el año 2005, **presentó un déficit del cinco**

por ciento (5%), contradiciéndose así la información suministrada por los propios auxiliares aportados por la recurrente.

Lo indicado hasta aquí permite concluir que la recurrente no ha podido sustentar los hechos en los que basa su pretensión puesto que, a través de las pruebas presentada, no se ha podido justificar **el incumplimiento del plazo mínimo de 24 meses que debe observarse entre el inicio del proceso de compra y disponibilidad de la energía adquirida por parte de EDEMET y, la falta de contratación de la garantía de suministro de sus clientes regulados para el año 2005, elementos que fueron los que sirvieron de fundamento para la emisión del acto objeto de reparo.**

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.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración

Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General