

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.

Alegato de Conclusión.

Vista Número 979

Panamá, 16 de septiembre de 2019

El Licenciado Luis Arturo Vergara Ortega, actuando en nombre y representación de **Héctor Jesús Martínez Manzanilla**, solicita se declare nula, por ilegal, la Resolución AN 7385-AU-Elec de 16 de marzo de 2017, emitida por la **Dirección Nacional de Electricidad, Agua Potable y Alcantarillado Sanitario de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos**, sus actos confirmatorios 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, con el propósito de presentar el alegato de conclusión de la Procuraduría de la Administración dentro del proceso descrito en el margen superior, momento procesal que nos permite reiterar lo expresado en nuestra contestación de la demanda, **en cuanto a la carencia de sustento** que se advierte en la tesis planteada por el actor, **Héctor Jesús Martínez Manzanilla**, referente a lo actuado por la Dirección Nacional de Electricidad, Agua Potable y Alcantarillado Sanitario de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, al emitir la Resolución AN 7385-AU-Elec de 16 de marzo de 2017, que en su opinión, es contraria a Derecho.

La acción propuesta por el apoderado judicial de **Héctor Jesús Martínez Manzanilla**, se sustenta en el hecho que, a su juicio, al emitir el acto administrativo objeto de controversia, la entidad demandada no tomó en cuenta que funcionarios de la Empresa Eléctrica Metro Oeste, S.A., se apersonaron a la casa de su representado fuera de horas laborales y sin detallar el caso de urgencia que fundamentara su presencia fuera del horario laboral (Cfr. foja 4 del expediente judicial).

Agrega, que, cito: *"... indican a todas luces una práctica irregular por parte de la empresa Gas Natural Fenosa al momento de realizar las inspecciones y posterior confección del Acta con Indicio de*

Condiciones Irregulares No. 47922...de la cual se observa con claridad meridiana la alteración en el espacio a llenar denominado 'CONDICIÓN DEL SELLO' el cual en primer lugar se colocó como 'NORMAL' para luego obtener la firma del señor..., tacharlo y colocar 'POR VERIFICAR'..." (Cfr. foja 5 del expediente judicial).

Asimismo, sostiene el apoderado de **Héctor Jesús Martínez Manzanilla** que los colaboradores de la Empresa Eléctrica Metro Oeste, S.A., al momento de retirar el medidor de la residencia de su mandante, no sellaron ni identificaron la bolsa en que se lo estaban llevando y mucho menos realizaron tal acción en presencia del demandante (Cfr. foja 6 del expediente judicial).

En esta ocasión, nos permitimos **reiterar el contenido de la Vista 742 de 11 de junio de 2018**, por cuyo conducto contestamos la acción en examen, señalando que no le asiste la razón al demandante; ya que **debemos advertir** que según se desprende de la Resolución AN 7385-AU-Elec de 16 de marzo de 2017, acusada de ilegal, **Héctor Jesús Martínez Manzanilla**, atendiendo al procedimiento para la atención de las reclamaciones, adoptado mediante la Resolución AN 5161-AU de 5 de marzo de 2012, se apersonó a la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos con el fin de formalizar la reclamación RE111120171118, presentada previamente ante la Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A., por un monto de nueve mil doscientos ochenta balboas con treinta y nueve centésimos (B/.9,280.39) en concepto de fraude en la facturación correspondiente al mes de enero de 2017 (Cfr. foja 9 del expediente judicial).

Que ante la entidad demandada, **Martínez Manzanilla** fundamentó su reclamación en las siguientes consideraciones:

"6.1 El usuario manifestó no estar de acuerdo con el cargo facturado en enero 2017, y menos con el procedimiento utilizado por la empresa, alegando que el 9 de febrero personal de EDEMET llegó en horas de la noche en forma agresiva indicándole que tenían que llevarse el medidor, que si se oponía de igual forma quedaría sin suministro, agregó que nunca le llamaron para indicarle que le harían una prueba al medidor, y que cuando firmó el acto de indicio de condiciones irregulares los colaboradores de la empresa borrarón una parte de la hoja que dice normal y le pusieron por verificar; hace la observación de que la empresa dice que la visita fue el 11 de noviembre con la orden (31781055), sin embargo el medidor se lo llevaron el 9 de noviembre, (fs.3 anexó nota explicativa).

6.2 Solicita la anulación del cargo que se le está aplicando con la factura y que la ASEP investigue." (Cfr. fojas 9-10 del expediente judicial).

Lo anterior, **repetimos**, trajo como consecuencia, que se le corriera traslado a la Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A., y oportunamente, contestó, entre otras cosas, lo que a continuación se transcribe:

"8.1. La empresa de Distribución EDEMET, S.A., mantiene en sus registros el reclamo presentado el 28 de enero de 2017, con el número RE111120171118, donde el cliente reclama no estar de acuerdo en pagar la recuperación de energía facturada.

8.2. El 11 de noviembre de 2016, mediante orden de servicio No. 31781055 se realiza inspección a las instalaciones eléctricas del cliente Héctor Jesús Martínez Manzanilla y se procede a retirar medidor número 69329721 Itron. Se procede a levantar el acta de Indicios de Condiciones Irregulares No. 47922, a fin de registrar los hechos ocurridos durante la inspección efectuada. Se instala nuevo medidor.

8.3. El medidor retirado fue colocado en la Bolsa No. A21655 y enviado al Laboratorio de Medidas, para verificación, la prueba se realizó el 15 de noviembre de 2016 y el resultado fue el siguiente:

*El medidor se verificó el día 15 de noviembre de 2016, a las 10 horas, en bolsa A21655.

*Cliente no se presentó a la cita.

*Medidor manipulado, señal de la fase A desconectada y la fase C con puente, por esa razón no registra consumo, estará en custodia en bolsa A19141.

*Sello Alterado, kWh 31378, kVARh, Kw 0.083, Reset 8." (Cfr. foja 10 del expediente judicial).

En esa línea de pensamiento, **debemos recordar que luego de las diligencias llevadas a cabo por la Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A., y recabado el caudal probatorio, la Dirección Nacional de Electricidad, Agua Potable y Alcantarillado Sanitario de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, procedió a analizar el resultado de la investigación y a través de la Providencia de 6 de marzo de 2017, dictada por la entidad demandada, se ordenó una inspección para la verificación metrológica del medidor 69329721 en custodia en bolsa A19141 (4), en el Laboratorio de Medidas de la mencionada empresa eléctrica (Cfr. foja 11 del expediente judicial).**

En ese sentido, **no podemos perder de vista** que el equipo técnico de la Dirección Nacional de Electricidad, Agua Potable y Alcantarillado Sanitario de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, concluyó que:

“Se encontró sello de registro No. 2444544 que no corresponde al de los archivos de acuerdo a la información del metrólogo.

Se colocó en el patrón para realizar pruebas y no se obtuvieron valores, debido a que una señal de corriente está desconectada y la otra tiene un puente con un pequeño conductor.

El medidor es de tipo electrónico.

Se tomaron fotos y datos generales del medidor, se entregó copia de documentación o acta de inspección al metrólogo de EDEMET.

Las condiciones encontradas no son propias del medidor.

Se deja medidor 69329721 en custodia en la bolsa No. A25478.

De las pruebas a las que fue sometido el medidor No. 69329721, indica que el medidor no registra, eso quiere decir que está fuera del rango permisible, $\pm 2\%$.

La prueba en baja fue de 0.00.

La prueba en alta fue de 0.00.

Se recomienda solicitar copia del acta de instalación, donde debe aparecer los sellos instalados al medidor desde su primera vez.

Las señales de corriente en los medidores electrónicos son los que permiten que el medidor registre los consumos de los equipos en funcionamiento, si las mismas son desconectadas a bien puenteadas, el medidor deja de registrar la corriente utilizada” (Cfr. fojas 11-12 del expediente judicial).

En ese orden de ideas, **esta Procuraduría estima necesario destacar que** además de lo anotado, **la Dirección Nacional de Electricidad, Agua Potable y Alcantarillado Sanitario de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, también concluyó que Héctor Jesús Martínez Manzanilla debe, cito:**

“asumir los importes facturados en el mes de enero 2017, es decir los cargos en concepto de fraude (CNR consumo no registrado), toda vez que quedó demostrada la alteración del instrumento de medición No. 69329721 asignado a él, tal como

consta a fs. 34, 35, 36 del expediente contentivo, ya que la misma permitía obtener energía eléctrica de forma irregular en perjuicio de los intereses económicos de la **EMPRESA DE DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA METRO OESTE, S.A.**; por tanto, el presente caso cumple el procedimiento establecido en la Resolución AN-No. 2793-Elec de 22 de julio del 2009, sobre indicios de condiciones irregulares, y con los presupuestos establecidos en el artículo 34, Anexo A, de la Resolución AN No. 411-Elec de 16 de noviembre de 2006, que aprobó el Título V del Reglamento de Distribución y Comercialización en su Capítulo V.6, que expone:

‘Cuando el cliente haga uso de la energía eléctrica mediante **fraude debidamente comprobado**, conforme a la reglamentación de la ASEP, la empresa distribuidora podrá cobrar al cliente una estimación de la facturación, por todo el periodo comprobado...’

...” (La negrita y subraya es de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos) (Cfr. fojas 12-13 del expediente judicial).

De todo lo expuesto, **consideramos importante resaltar que este Despacho comparte la decisión contenida en la Resolución AN 7385-AU-Elec de 16 de marzo de 2017, acusada de ilegal**, dictada por la Dirección Nacional de Electricidad, Agua Potable y Alcantarillado Sanitario de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, **pues, tal como se señaló en el Informe de Conducta suscrito por el Administrador General Encargado, de la entidad demandada, la Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A., efectuó una investigación, respetando el debido proceso, cónsona con el reclamo presentado por Héctor Jesús Martínez Manzanilla y apegada a lo que contempla la ley para este tipo de acciones, lo que permitió la expedición del acto objeto de reparo** (Cfr. foja 34 del expediente judicial).

En ese escenario, **se determinó que Martínez Manzanilla había cometido fraude eléctrico; ya que la Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A., demostró plenamente que el medidor utilizado por el accionante fue alterado presentando anomalías al momento de realizar las respectivas mediciones de consumo de energía eléctrica, lo que provocó un beneficio a favor del actor, lo que se dejó plasmado en el Acta con Indicio de Condiciones Irregulares número 47922** (Cfr. fojas 34-35 del expediente judicial).

De igual manera, **vale la pena acotar que en el Acta con Indicio de Condiciones Irregulares número 47922, consta la firma de Héctor Jesús Martínez Manzanilla, como la del**

personal de la Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A., que intervino en la verificación del medidor del recurrente, cumpliendo así, lo que dispone el artículo 4.1.5. de la Resolución AN 4376-Elec de 5 de abril de 2011, que señala:

“Artículo 4.1.5. Dicha Acta con indicio de Condiciones Irregulares deberá ser firmada por dos representantes de la empresa distribuidora y por el cliente, o bien por la persona responsable, o testigo hábil cuando éstos hayan participado en la diligencia de inspección. Cuando el cliente o persona responsable no pudiere, no supiere o no quisiere firmar, la empresa distribuidora hará constar tal situación en el Acta con Indicios de Condiciones Irregulares...” (Cfr. fojas 35-36 del expediente judicial).

Otro aspecto que no se debe pasar por alto y que se dejó consignado en el mencionado Informe de Conducta, **es el hecho que se le comunicó a Héctor Jesús Martínez Manzanilla, lo establecido en el artículo 33 de la Resolución JD-101 de 27 de agosto de 1997 y sus modificaciones, que señala que: “el cliente debe abstenerse de manipular o dañar los instrumentos de medición, y que de ser comprobada una violación a este deber, el prestador del servicio eléctrico tendrá derecho de obtener la compensación correspondiente, por lo que los clientes tienen la obligación de mantener los medidores con los cuidados de un buen padre de familia”; no obstante, esto no ocurrió en el caso que ocupa nuestra atención (Lo destacado es nuestro) (Cfr. fojas 36-37 del expediente judicial).**

Esta Procuraduría estima pertinente indicar que, a través de la Vista 844 de 12 de agosto de 2019, presentamos un **Incidente de nulidad parcial por falta de legitimidad para actuar**, puesto que:

“...
Posteriormente, el 26 de julio de 2018, la firma forense Galindo, Arias & López, actuando en su condición de apoderados generales para pleitos de la sociedad **Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A.**, le solicitó a la Sala Tercera que **admitiera a su representada como tercero interesado** (Cfr. fojas 69-72 del expediente judicial).

Ese mismo día, es decir, el 26 de julio de 2018, **la abogada de la Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A., presentó escrito de nuevas pruebas, mismo que fue recibido por insistencia** (Cfr. fojas 75-77 del expediente judicial).

Sobre el particular, el Magistrado Sustanciador emitió el Auto 240 de 22 de julio de 2019, **por cuyo conducto dispuso la**

admisión, entre otras, de todas las pruebas propuestas por la sociedad Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A., en su condición de tercero interesado (Cfr. fojas 78-80 del expediente judicial).

II. Motivo del incidente de nulidad parcial de lo actuado.

El presente incidente de nulidad parcial de lo actuado, se fundamenta en el hecho que, en la causa en estudio, el **Magistrado Ponente dictó el Auto 240 de 22 de julio de 2019**, mediante el cual admitió todas las pruebas propuestas por la Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A. (presunto tercero interesado) a pesar que la misma hasta este momento no es parte dentro del proceso que se analiza, ya que no se ha procedido a bastantear el poder otorgado por ella a la firma forense Galindo, Arias & López.

En tal sentido, la causal de nulidad indicada la sustentamos en atención a lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 90 de la Ley 135 de 1943, modificada por la Ley 33 de 1946, el cual es del tenor siguiente:

'**Artículo 90.** En los procedimientos ante lo contencioso-administrativo hay nulidad en los casos siguientes:

- 1° Por incompetencia de jurisdicción;
- 2° **Por falta o ilegitimidad de personería en alguna de las partes, o de su apoderado o representante legal;**
- 3° Por falta de notificación en forma legal, de cualquiera de las partes;
- 4° Por no haberse dictado auto para abrir a pruebas la causa, cuando fuere del caso hacerlo' (Cfr. página 6 de la Gaceta Oficial 9097 de 12 de mayo de 1943).

III. Solicitud.

Sobre la base de las consideraciones expuestas, este Despacho **solicita al Tribunal declarar la nulidad parcial de lo actuado** dentro de la acción que se analiza, **específicamente en lo concerniente al Auto de Pruebas 240 de 22 de julio de 2019**, ya que estaríamos ante la concurrencia de una anomalía en el desarrollo del proceso que ocupa nuestra atención, lo que nos ha llevado precisamente a la interposición del presente incidente de nulidad.

..." (Lo destacado es nuestro).

Respecto al mencionado **Incidente de nulidad parcial por falta de legitimidad para actuar**, a la fecha de elaboración de este escrito, el mismo no ha sido resuelto por el Tribunal.

Actividad Probatoria.

La Sala Tercera emitió el Auto de Prueba 240 de 22 de julio de 2019, por medio del cual **admitió** a favor del actor: la copia autenticada de la Resolución AN 7385-AU-Elec de 16 de marzo de 2017, acusada de ilegal; la copia autenticada de la Resolución AN 1646-AU-Elec de 17 de abril de 2017; y la copia autenticada de la Resolución AN 3263-AP de 30 de mayo de 2017, confirmatorias de la original (Cfr. foja 78 del expediente judicial).

Por otra parte, hacemos mención que por medio del referido Auto, el Tribunal admitió todas las pruebas presentadas por la firma forense Galindo, Arias & López, en su condición de tercera interesada, en representación de la **Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A.**, pese a que, como indicamos en el incidente de nulidad parcial que presentamos y que está pendiente de decisión el poder conferido a dicha firma forense no había sido bastantado (Cfr. fojas 78-80 del expediente judicial).

En lo que respecta a las pruebas admitidas a favor del actor, este Despacho observa que las mismas **no logran** demostrar que la Dirección Nacional de Electricidad, Agua Potable y Alcantarillado Sanitario de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, al emitir el acto acusado, hubiese infringido las normas que sustentan el proceso presentado por **Héctor Jesús Martínez Manzanilla**; por lo tanto, somos de la convicción que en el negocio jurídico bajo examen, la actividad probatoria del mismo no cumplió con **la carga procesal que establece el artículo 784 del Código Judicial, que obliga a quien acciona a acreditar los hechos que dan sustento a su pretensión**; deber al que se refirió la Sala Tercera en el Auto de 30 de diciembre de 2011, señalando en torno al mismo lo siguiente:

“La Corte advierte que, al adentrarse en el análisis del proceso, **la parte actora no ha llevado a cabo los esfuerzos suficientes para demostrar los hechos plasmados en sus argumentos... Adicional a ello, consta en el expediente, que la actora no ha demostrado interés real de suministrar y/o practicar las pruebas por ellos solicitadas, que pudieran reflejar resultados a su favor, contrario a lo expresado en el artículo 784 del Código Judicial.**

‘Artículo 784. Incumbe a las partes probar los hechos o datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que le son favorables...’ (Lo subrayado corresponde a la Sala Tercera).

Al respecto del artículo transcrito, es la parte actora quien debe probar que la actuación surtida por la Entidad emisora de la Resolución recurrida, así como sus actos confirmatorios, carecen de validez jurídica.

Es oportuno en esta ocasión hacer alusión al jurista colombiano Gustavo Penagos, quien dice en relación a la carga de la prueba que: *'en las actuaciones administrativas se debe observar los principios de la carga de la prueba, la cual corresponde a los acusadores'*. (PENAGOS, Gustavo. Vía Gubernativa. Segunda Edición. Ediciones Ciencia y Derecho. Bogotá, Colombia, 1995. Pág. 14).

En este mismo sentido, Jairo Enrique Solano Sierra, dice que *'la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la acción corresponden al actor'*. (SOLANO SIERRA, Jairo Enrique. Derecho Procesal Administrativo y Contencioso. Vía Administrativa- Vía Jurisdiccional- Jurisprudencia-Doctrina. Primera Edición. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Santa Fe, Bogotá, D. C. Colombia, 1997. Pág. 399)..."

De la lectura de la citada resolución judicial se infiere la importancia que reviste para la decisión del proceso, el hecho que la accionante cumpla con la responsabilidad de acreditar su pretensión ante la Sala Tercera, de ahí que en ausencia de mayores elementos de prueba que fundamenten la demanda promovida por Héctor Jesús Martínez Manzanilla, esta Procuraduría solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL la Resolución AN 7385-AU-Elec de 16 de marzo de 2017**, expedida por la Dirección Nacional de Electricidad, Agua Potable y Alcantarillado Sanitario de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, y, en consecuencia, se desestimen las pretensiones del recurrente.

Del Honorable Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General