

13 de diciembre de 2001

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

Propuesto por el Lcdo. Alejandro Ferrer en representación de **Elektra Noreste, S.A.**, para que se declare nula, por ilegal, la Resolución N°JD-2840 de 22 de junio de 2001, emitida por el **Ente Regulador de los Servicios Públicos** y para que se hagan otras declaraciones.

Contestación de la demanda.

Señora Magistrada Presidenta de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia.

Con el respeto que nos distingue, concurrimos respetuosos ante el Despacho a su cargo, con la finalidad de externar nuestra respuesta en torno al Proceso Contencioso Administrativo de Plena Jurisdicción enunciado en el margen superior de la presente Vista Fiscal.

Fundamenta nuestra intervención, el artículo 5, numeral 2, del Libro Primero de la Ley N°38 de 2000, que contiene el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración.

I. La pretensión.

La sociedad demandante solicita a Vuestra Sala que se declare nula, por ilegal, la Resolución N°JD-2840 de 22 de junio de 2001, emitida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, por medio de la cual se resuelve el Recurso de Reconsideración interpuesto por la empresa Electra Noreste, S.A., contra la Resolución N°J.D.-2757 de 26 de abril de 2001, que resolvía la demanda de arbitraje incoada por la

Oficina de Transición de la Comisión del Canal de Panamá en contra de Electra Noreste, S.A., específicamente en lo atinente a los cargos relacionados con Alumbrado Público, de conformidad con lo establecido en el artículo 93 de la Ley N°6 de 3 de febrero de 1997, y la orden de efectuar los ajustes correspondientes en los cobros realizados a la Comisión del Canal de Panamá en los que hayan sido cargados y que fueron compensados por Electra Noreste, S.A. con las ventas que realizó la Comisión del Canal de Panamá.

Se pide, además, que se declare y reconozca el derecho de Elektra Noreste de retener todos los cargos relacionados con el Alumbrado Público en los peajes cobrados a la Comisión del Canal de Panamá durante el año 1999.

Esta Procuraduría observa que la demandante no está asistida por el derecho, razón por la cual, solicitamos respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan desestimar las pretensiones consignadas en el libelo de la demanda.

II. Los hechos u omisiones en los que se fundamenta la acción, los contestamos en los siguientes términos:

Denominado por el apoderado de la sociedad demandante como ANTECEDENTES.

Primero: Este hecho es cierto, toda vez que se fundamenta en normativa vigente; por tanto, lo aceptamos.

Segundo: Este hecho no es cierto tal como ha sido expuesto; por tanto, lo negamos.

Tercero: Éste lo contestamos como el anterior.

Cuarto: No nos consta el contenido de la Nota N°GG-044-99 de 15 de junio de 1999, porque no forma parte del expediente judicial; por tanto, lo negamos.

Quinto: Este hecho no nos consta; por tanto, lo negamos.

Sexto: Este hecho no es cierto tal como se expone; por tanto, lo negamos.

Séptimo: Este hecho no nos consta; por tanto, lo negamos.

Octavo: Este hecho no nos consta; por tanto, lo negamos.

Noveno: Éste lo contestamos como el anterior.

Denominado por el apoderado de la demandante como RESOLUCIÓN RECURRIDA.

Primero: Éste en esencia no constituye un hecho, sino aseveraciones falsas del abogado de la recurrente, que negamos.

Segundo: Este hecho lo aceptamos porque así se colige del contenido de la Resolución acusada de ilegal.

Tercero: No aceptamos que la orden emanada del Ente Regulador de los Servicios Públicos sea contraria a la Ley, como lo manifiesta el colega que defiende los intereses de la demandante; por tanto, negamos el hecho.

Cuarto: Éste no es un hecho, sino argumentaciones que negamos.

Quinto: Este hecho no nos consta; por tanto, lo negamos.

Sexto: Éste no es un hecho, sino aseveraciones falsas, que negamos.

Séptimo: Éste no es un hecho, sino la referencia a una norma jurídica y a la jurisprudencia; por tanto, lo negamos.

Octavo: Este hecho no es cierto; por tanto, lo negamos.

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

Décimo: Este hecho no nos consta; por tanto, lo negamos.

Undécimo: Este hecho no nos consta; por tanto, lo negamos.

Duodécimo: Éste no es un hecho, sino apreciaciones subjetivas del abogado de la demandante, que negamos.

Décimo Tercero: Éste lo contestamos como el anterior.

III. Las normas que se aducen como infringidas y su concepto, son las que a seguidas se analizan:

a. En primer lugar, se dice transgredido el artículo 15 del Código Civil, que dispone:

"Artículo 15. Las órdenes y demás actos ejecutivos del Gobierno, expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria, y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución o a las leyes."

Concepto de la infracción:

"El hecho de que en opinión del Ente Regulador, un determinado artículo de la ley no ha sido, supuestamente, debidamente considerado durante el desarrollo y aprobación de las fórmulas tarifarias establecidas mediante Resolución dictada por dicho Ente, no implica de manera alguna que dicha Resolución sea ilegal y mucho menos que dicha supuesta ilegalidad se retrotraiga a su fecha de expedición y que por ende se reputé como nula y sin efectos jurídicos. Todo lo contrario.

El artículo 15 del Código Civil establece con meridiana claridad lo que la doctrina conoce como el Principio de Presunción de Legalidad de los actos reglamentarios, esto es, que las órdenes y actos ejecutivos expedidos en

ejercicio de la potestad reglamentaria (en este caso, la Resolución N°J.D.-915 de 24 de julio de 1998) tienen fuerza obligatoria y debe ser aplicados (en este caso Elektra) mientras que el organismo jurisdiccional competente, esto es, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, no determine que es contraria a la ley o el Pleno de la Corte Suprema de Justicia no determine que es inconstitucional.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia de 21 de junio de 1996, concluyó:

'El principio de legalidad que en el Estado de Derecho debe ser norte de la actividad administrativa y que encuentra su tutela en la revisión jurisdiccional de los actos administrativos, engendra a favor de éstos la presunción de estar ajustados a derecho mientras no exista un pronunciamiento jurisdiccional que les quite toda eficacia.' (Corporación de Ingeniería, S.A. Demanda de Nulidad de las Resoluciones N°2 de 14 de enero de 1963 y N°3 de 10 de febrero de 1964, dictadas por el Órgano Ejecutivo por conducto del Ministerio de Obras Públicas, Repertorio Jurídico año VI, No. 6, junio de 1966, página 251)

Los Principios de Presunción de Legalidad y Presunción de Constitucionalidad de las leyes y normas reglamentarias son parte esencial, fundamental, de nuestro sistema jurídico. Este es uno de estos principios que como ha dicho la Corte, 'de puro sabidos se van quedando en la penumbra y sólo muy tarde se invocan en las controversias jurisdiccionales.' (Auto de 28 de febrero de 1962, Acción de Plena Jurisdicción interpuesta por Garaje Ciniglio en contra de las Resoluciones 71 de 21 de agosto de 1961 y 79 de 30 de agosto de 1961, dictadas por la Inspección General de Trabajo, Rep. Jurídico año II, No. 2, febrero de 1962, página 106). De no existir estos principios generales de derecho, las partes, públicas o privadas, a su entero criterio podrían pretender

abrogarse lo que la doctrina conoce como el control de la legalidad y el control de la constitucionalidad, que nuestro ordenamiento jurídico ha reservado a la Sala Tercera y al Pleno de la Corte Suprema de Justicia, respectivamente y determinar qué normas son, a su juicio, ilegales o inconstitucionales y decidir cuándo se aplica o deja de aplicar la misma.

Mientras la Resolución N°J.D.-915 de julio de 1998, emitida por el Ente Regulador en ejercicio de sus facultades reglamentarias, no hubiera sido derogada por una Resolución posterior o declarada ilegal o inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia, la misma no es válida y de obligatoria aplicación y cumplimiento. Por ende Elektra no solamente tenía el derecho, sino la obligación legal de aplicar el régimen tarifario establecido mediante Resolución N°J.D.-915 de 24 de julio de 1998, hasta tanto dicho Pliego fuera derogado o modificado o hasta que la Corte haya declarado que el mismo es ilegal o inconstitucional.

En el caso que nos ocupa, el Pliego tarifario corresponde a los cargos por el uso de redes de distribución aprobado mediante Resolución N°J.D.-915 de 24 de julio de 1998, entró en vigor a partir de su notificación (julio de 1998) y el mismo es de obligatorio cumplimiento, a partir de dicha fecha, en base (sic) a lo establecido en el artículo 15 del Código Civil. Su aplicación a las empresas generadoras fue sometida a la consideración del Ente Regulador, en base (sic) a lo establecido en el numeral 16 del artículo 20 de la Ley N°6 de 1997. Dicha controversia fue decidida mediante la Resolución N°J.D.-1489 de 6 de agosto de 1999 confirmada por la Resolución N°J.D.-1567 de 17 de septiembre de 1999, la cual, como se establece en su propio resuelto número quinto, de acuerdo a lo establecido en los artículos 21 y 22 de la Ley N°26 de enero de 1996, agotó la vía gubernativa siendo la misma únicamente recurrible

ante la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia. Cabe destacar que el plazo para ejercicio de esta acción precluyó en el mes de noviembre de 1999 sin que las generadoras hiciesen uso de dicha vía impugnativa.

Aún en el evento de que las partes afectadas hubieran presentado los recursos que la ley les otorgaba ante la Sala Tercera y ésta los hubiera admitido y dictaminado la ilegalidad de la Resolución N°J.D.-915 antes mencionada; aún en ese supuesto, en virtud el Principio de Presunción de Legalidad, antes mencionado, dicha Resolución solamente se consideraría derogada a partir de la declaratoria de ilegalidad por parte de la Corte Suprema de Justicia y dicha declaratoria no tendría efectos retroactivos. Por ende, resulta ostensiblemente ilegal que se pretenda aplicar la Resolución impugnada a hechos que ocurrieron desde 1998 hasta la fecha de la Resolución impugnada con fundamento en una Resolución válidamente emitida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos..." (Cfr. Fs. 58 a 60 del expediente judicial)

b. En segundo lugar, se dice conculcado el artículo 3 del Código Civil, que señala:

"Artículo 3. Las leyes no tendrán efecto retroactivo en perjuicio de derechos adquiridos."

Concepto de la infracción.

"Es un principio básico y elemental de nuestro sistema legal que las normas una vez derogadas pierden su vigencia y que dicha derogatoria solamente rige para futuro. Por ende, todos los actos que se fundamentaron en la disposición derogada por una posterior, mientras la misma no había sido derogada, son válidos y surten plenos efectos jurídicos.

A igual conclusión llegó la Corte Suprema de Justicia de 11 de mayo de 1972 (sic), cuando declaró:

'Es de elemental conocimiento que las normas una vez derogadas pierden su vigencia. Esto significa que dejen de ser aptas para regular con posterioridad a su derogativa situaciones similares para las cuales fueron dictadas. Pero ello no quiere decir que dejen de regir sobre los actos, contratos o situaciones que surgieron a la vida jurídica en virtud de ella, salvo en aquellos casos en que la Ley que las subroga tenga efectos retroactivos." (Recurso Contencioso Administrativo de Plena Jurisdicción interpuesto por Cemento Panamá en contra de las Resoluciones N°24-DGI de 21 de diciembre de 1970 y N°20 de 2 de mayo de 1971 del Ministerio de Hacienda y Tesoro).'

En cuanto al tema de la retroactividad de algunas leyes, la norma general en el derecho panameño es que las leyes no son retroactivas y, por ende, no regulan situaciones de hecho ya realizadas bajo el amparo de otra ley anterior, ya que de hacerlo afectarían la seguridad jurídica tanto personal como patrimonial. Nuestro sistema legal, en relación a la retroactividad se suscribe a la teoría del derecho adquirido; esto es, que cuando por efecto de una ley ha llegado a consolidarse una situación jurídica se defiende el principio de irretroactividad. En otras palabras, no se puede anular una ley posterior, un derecho adquirido por un particular que además produjo efectos jurídicos.

Este es sin lugar a dudas, el caso que nos ocupa, ya que Elektra, a través de una Resolución válida emitida por la autoridad competente (el Ente Regulador de los Servicios Públicos), adquirió el derecho a cobrar los cargos por el uso de sus redes de distribución, dentro de los cuales estaba incluido el componente de alumbrado público, a partir de julio de 1998. Sin embargo,

hoy, el Ente Regulador de los Servicios Públicos pretende darle el carácter de retroactivo a una Resolución emitida en el año 2001, para que la misma regule situaciones de hecho realizadas bajo el amparo de su Resolución anterior (los cargos por el uso de las redes de distribución), lo que implicaría anular por medio de la Resolución impugnada el derecho adquirido de Elektra de cobrar dichos cargos, derecho éste que produjo sus efectos jurídicos. No cabe la menor duda que este intento de aplicación retroactiva por parte del Ente Regulador de los Servicios Públicos constituye una clara, abierta y palmaria violación de nuestro ordenamiento jurídico y de principios básicos de derecho que son el pilar fundamental de nuestro sistema legal.

En efecto, la última parte del artículo cuarto de la Resolución N°J.D.2840 de 22 de junio de 2001, el Ente Regulador ordena a Elektra que excluya de los peajes cobrados a la Comisión del Canal de Panamá todos los cargos relacionados con el alumbrado público, lo cual representa, de hecho, porque no reviste las formalidades requeridas por la Ley, una especie de modificación de la fórmula tarifaria, de aplicación retroactiva. En todo caso, las modificaciones de la fórmula tarifaria a la cual hace referencia el artículo 100 de la Ley No. 6 de 3 de febrero de 1997, no permiten su aplicación retroactiva como se infiere del propio texto de dicha norma..." (Cfr. fojas 61 y 62 del expediente judicial)

c. En tercer lugar, se dice vulnerado el artículo 100 de la Ley N°6 de 3 de febrero de 1997, que puntualiza:

"Artículo 100. Vigencia de las fórmulas de tarifas.

Las fórmulas tarifarias tendrán una vigencia de cuatro años. Excepcionalmente podrán modificarse, de oficio o a petición de parte, antes del plazo indicado, cuando sea evidente que se cometieron graves errores en su

cálculo, que lesionan injustamente los intereses de los clientes o de la empresa; o que ha habido razones de caso fortuito o fuerza mayor, que comprometen en forma grave la capacidad financiera de la empresa para continuar prestando el servicio en las condiciones tarifarias previstas. Vencido su período de vigencia, las fórmulas tarifarias continuarán rigiendo mientras el Ente Regulador no defina las nuevas.

Parágrafo Transitorio. El Ente Regulador establecerá las fórmulas tarifarias iniciales con vigencias inferiores a los cuatro años, con el propósito de producir un escalonamiento en la determinación de éstas."

Concepto de la infracción:

El demandante considera que la norma citada ha sido violada en el concepto de interpretación errónea porque, en su opinión, se le ha dado un alcance o sentido que la misma no tiene y que pugna con su letra y espíritu.

A juicio de la demandante, el Ente Regulador de los Servicios Públicos ha hecho una interpretación errónea del artículo 100 de la Ley N°6 de 1997, por las siguientes razones:

Irrevocabilidad de los Actos Administrativos:

"Mediante la última parte del artículo cuarto de la Resolución N°JD-2840 de 22 de junio de 2001, el Ente Regulador de los Servicios Públicos le ordena a ELEKTRA que excluya de los peajes cobrados a la COMISION DEL CANAL DE PANAMA todos los cargos relacionados con el Alumbrado Público cobrados a la COMISION DEL CANAL DE PANAMA, como parte de los cargos por uso de las líneas de distribución de 115 kilo Volts (kV) de propiedad de esa empresa distribuidora.

La Resolución recurrida es emitida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos a ELEKTRA, 3 años después de la entrada en vigencia del Pliego Tarifario, y luego de haber resuelto dicha controversia entre las generadoras y ELEKTRA mediante la Resolución N°JD-1489 de 6 de agosto de 1999 confirmada por la Resolución N°J.D.1567 de 17 de septiembre de 1999, la cual como en ella misma quedó establecido, agotó la vía gubernativa y no fue impugnada mediante recurso de plena jurisdicción ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia por las compañías generadoras, dentro del término establecido en la ley.

La última parte del artículo cuarto de la Resolución N°J.D.2840 de 22 de junio de 2001, viola el principio de certeza jurídica e irrevocabilidad de los actos administrativos. Tal como lo ha expuesto DROMI, 'la estabilidad del acto administrativo es un carácter esencial de éste, que significa la prohibición de revocación de sede administrativa de los actos que crean, reconocen o declaran un derecho subjetivo, una vez que han sido notificados al interesado, salvo que extinga o altere el acto en beneficio del interesado.' (DROMI, Roberto. El Acto Administrativo. Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid, 1985, Pág. 153)

..."

Quebrantamiento de las formalidades legales:

"Además, mediante Resolución impugnada se ha dado un quebrantamiento de las formalidades legales toda vez que el Ente Regulador de los Servicios Públicos incumplió con el procedimiento establecido en el artículo 100 de la Ley N°6 de 1997, al dictar la Resolución impugnada. En efecto, el artículo 100 de la Ley N°6 de 1997 permite que excepcionalmente se puedan modificar las tarifas antes del plazo indicado, esto es, antes del plazo de cuatro años; sin embargo, el Ente Regulador de los Servicios Públicos no ha modificado el Pliego Tarifario, sino

se ha limitado a ordenar a ELEKTRA que excluya de los peajes cobrados a la COMISION DEL CANAL DE PANAMA en el año 1999, todos los cargos de alumbrado público y, por ende, devolver dichas sumas a la COMISION DEL CANAL DE PANAMA. Dicho mecanismo es ilegal, ya que si el Pliego Tarifario sigue vigente no puede ELEKTRA dejar de aplicarlo para algunos agentes del mercado. En otras palabras, no puede el Ente Regulador, sin modificar el Pliego Tarifario, mantenerlo vigente pero ordenar a la empresa distribuidora que no le cobre a ciertos agentes del mercado uno de los componentes de la tarifa aplicable. Lo que hubiera procedido, conforme a la ley, de considerar el Ente Regulador de los Servicios Públicos que no era conveniente o apropiado aplicar el componente de alumbrado público en el cargo por uso de las líneas de distribución, a las compañías generadoras, cogeneradoras y autogeneradoras, era modificar el Pliego Tarifario, mediante la creación de una nueva tarifa, aplicable solamente a estas compañías, en la cual no estuviera incluida el concepto de alumbrado público y mantener vigente la tarifa actual para el resto de los agentes del mercado y clientes finales, en la que se incluye dicho rubro de alumbrado público. Y por supuesto, dicha nueva tarifa jamás podría ser aplicada retroactivamente.

En conclusión, la última parte del artículo cuarto d la Resolución N°J.D.-2840 de 22 de junio de 2001 viola el artículo 100 de la Ley N°6 de 3 de febrero de 1997, en el concepto de interpretación errónea."

Defensa de la Procuraduría de la Administración.

Este Despacho se opone a los planteamientos esgrimidos por la sociedad demandante, toda vez que el Ente Regulador de los Servicios Públicos fundamenta su acto administrativo en normas vigentes y aplicables a la situación in examine.

La **primera** de ellas es la Ley N°26 de 29 de enero de 1996, modificada por la Ley N°24 de 30 de junio de 1999, por la cual se creó el Ente Regulador de los Servicios Públicos como organismo autónomo del Estado, con competencia para regular y controlar la prestación de los servicios públicos de abastecimiento de agua potable, alcantarillado sanitario, telecomunicaciones, **electricidad**, radio y televisión, así como los de transmisión y distribución de gas natural.

Segunda, la Ley N°6 de 3 de febrero de 1997, modificada por el Decreto Ley N°10 de 26 de febrero de 1998, "Por la cual se dicta el Marco Regulatorio e Institucional para la Prestación del Servicio Público de Electricidad", establece el régimen a que se sujetarán las actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica, destinadas a la prestación del servicio público de electricidad.

Tercera, el numeral 16, del artículo 20 de la Ley N°6 de 1997 en el que se señala que el Ente Regulador tiene entre sus atribuciones y funciones la de **arbitrar conflictos que no corresponda decidir a otras autoridades administrativas, entre prestadores del servicio, municipios y clientes, por razón de contratos, áreas de prestación de servicios, servidumbres y otros asuntos de su competencia.**

Cuarta, la Resolución N°J.D.-1730 de 21 de diciembre de 1999, mediante la cual el Ente Regulador de los Servicios Públicos aprobó el Reglamento de Arbitraje para el trámite de los conflictos relativos al servicio público de electricidad.

Mediante la ETE-CND 319-99 de 23 de agosto de 1999, el Centro Nacional de Despacho (CND) aceptó a la Comisión del Canal de Panamá (CCP) recibir la venta de sus excedentes de energía en la Subestación Mount Hope, y le indicó que el punto oficial de medición sería la llegada de sus líneas 401 y 402, que a su vez sería la medición del Mercado Mayorista, no exonerando a la Comisión del Canal de Panamá del pago de los cargos y pérdidas que corresponda a cada operación que la CCP realice, desde el punto de generación de la energía hasta el punto de entrega de la misma. Es el caso que, efectivamente, en los dos renglones finales de la misma nota, el CND advierte a la Comisión del Canal de Panamá que deberá pagar los cargos por peajes y pérdidas que correspondan a cada operación.

En adición, precisa indicar que para que exista un Mercado Eléctrico en Panamá, es necesario que existan las redes (distribución y/o transmisión), ya que es el sistema que permite que fluya la energía de la generación a la demanda.

Para poder ser administradas las ventas que se hagan en el Mercado Ocasional, es necesario que la energía producto de dichas ventas pueda circular dentro de las distintas redes, lo que permite utilizarla. El hecho de que un agente vendedor ponga la energía en un punto, no convierte dicha entrega en una entrega al Mercado Ocasional, ya que es necesario que la misma fluya hacia los compradores de la misma que resulten en el Mercado Ocasional.

En el presente caso, la energía que entrega la ACP en la subestación Monte Esperanza, participa de las redes de distribución en la medida en que, al utilizar las redes de distribución de la empresa Elektra Noreste, S.A., esta subestación no queda aislada del resto del sistema. La venta de la ACP iba dirigida a ser administrada y suministrada en el Mercado Ocasional, pues fue una oferta hecha a dicho mercado, en el cual la realidad comercial puede no coincidir con la realidad física. Esto significa que cualquier agente del mercado puede comprar la energía ofrecida en el mercado ocasional y no solamente quien físicamente esté más cerca del punto de entrega, es quien la debe comprar.

El Ente Regulador reconoció que los argumentos que expuso en la Resolución N°JD-2757, objeto del recurso presentado por Elektra Noreste, S.A., no se ajustaba a las reglas del mercado mayorista, ni a la realidad de lo que sucede con las ventas de energía en el mercado ocasional que realiza la ACP cuando entrega en la subestación Mount Hope.

Quinta, el numeral 3.5.1.4. de las Reglas del Mercado Mayorista de Electricidad, aprobadas por el Ente Regulador mediante la Resolución N°JD-605 de 24 de abril de 1998, establece la forma como el CND debe determinar el precio de la energía que un generador venda; veamos:

"Cuando un Autogenerador venda en el Mercado, el CND **debe** considerarlo como un Participante Productor, **con un Costo Variable aplicable al despacho igual al precio que oferta,** y al Autogenerador le corresponderá una remuneración por la energía que vende." (el resaltado es nuestro)

Sexta, el numeral 3.3.1.4. de las mencionadas Reglas del Mercado Mayorista, establece la forma en la que se estructura el Mercado Ocasional; y la concibe como una estructura financiera o comercial y no física, y al respecto dispone lo siguiente:

"El Mercado Ocasional es el ámbito donde se realizan transacciones comerciales de energía de corto plazo, que permiten despejar los excedentes y faltantes que surgen como consecuencia de los apartamientos entre los compromisos contractuales y la realidad del consumo y de la generación." (el resaltado es nuestro)

Cabe resaltar que quien le pone el precio a la energía vendida es el autogenerador, cuyas ventas se hacen al precio que él ofrece, y que es él quien, además, dispone de la ventaja de conocer su propio costo de producción, al igual que la información pública de los precios de los otros productores de energía, quienes no ofrecen ni fijan precios, sino que les son fijados de acuerdo a sus costos variables aplicables al despacho.

Séptima, acorde con la estructura comercial del Mercado Ocasional donde participó el Autogenerador, Autoridad del Canal de Panamá, el artículo 27 del Decreto Ejecutivo N°22 de 19 de junio de 1998, establece los pagos de redes que debe tener presente un Autogenerador o un Cogenerador cuando participa en el mercado eléctrico panameño. El referido artículo tiene el siguiente texto:

"Artículo 27. Obligaciones con las empresas de Distribución o Transmisión.
La actividad de venta de excedentes de los autogeneradores y cogeneradores no

los libera de sus obligaciones económicas con las empresas de distribución y con la empresa de transmisión que les presta la función técnica de transmisión."

La relación de compra venta que surge de una operación que haga un autogenerador en el Mercado Ocasional, en lo relativo al precio, lugar y condiciones de la venta, se verifica entre el Centro Nacional de Despacho (CND) y el autogenerador. Los otros agentes del mercado son ajenos a estos aspectos, y los vienen a conocer posteriormente con los Documentos de Transacciones Económicas. Por lo referido, son estas partes, los Autogeneradores y Cogeneradores, quienes deben contemplar lo relativo a los peajes de transmisión o distribución que involucre la correspondiente venta.

De la Resolución acusada se infiere que el Centro Nacional de Distribución le manifestó a la antigua Comisión del Canal de Panamá (CCP), hoy Autoridad del Canal de Panamá que aceptaba que ésta entregase sus ventas de energía dirigidas al Mercado Ocasional al final de sus líneas 401 y 402, en la subestación Mount Hope (Monte Esperanza), pero no la exoneró del pago de los peajes que involucrase la operación correspondiente. Por ello, la Comisión del Canal, debió haber considerado los peajes que correspondían a la empresa Elektra Noreste, S.A., dueña del sistema de distribución donde era entregada la energía de la CCP, quien debía transmitirla por sus líneas; situación ésta que no se discute en la demanda que analizamos.

Por consiguiente, nos centramos en el objeto de la presente controversia que consiste en el pago del cargo por

alumbrado eléctrico que reclama la sociedad Elektra Noreste, S.A.

Al respecto, debemos manifestar que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 93 de la Ley N°6 de 1997 el cargo por Alumbrado Público debe ser pagado por el cliente final.

Para una mejor perspectiva del contenido de la norma, procedemos a transcribirla:

"Artículo 93. Alumbrado público. La empresa de distribución será responsable de la instalación, operación y mantenimiento del alumbrado público en la zona de concesión, de acuerdo a los niveles y criterios de iluminación establecidos por el Ente Regulador. **El costo de este servicio se cobrará en las tarifas o precios contractuales al cliente final, en proporción a su consumo.**" (Lo resaltado es de esta Procuraduría)

Esta norma guarda relación con el artículo 6 de la Ley N°6 de 1997 que define, entre los Agentes del Mercado, a los Grandes Clientes; veamos:

"Agentes del mercado. Empresas generadoras, cogeneradoras, autogeneradoras, transportistas, distribuidoras, **los grandes clientes** y las interconexiones internacionales."

En dicha norma también encontramos el concepto de **Gran Cliente** como: la "persona natural o jurídica, con una demanda máxima superior a quinientos (500) KW por sitio, cuyas compras de electricidad se pueden realizar a precios acordados libremente o acogerse a las tarifas reguladas."

También se define al **Cliente Final**, así: "Cliente o gran cliente que compra electricidad para su uso y no para la reventa."

A juicio del Ente Regulador de los Servicios Públicos, "La empresa de distribución Elektra Noreste, S.A. le estaba aplicando a la Autoridad del Canal de Panamá por el uso de sus instalaciones en el sector atlántico los siguientes cargos: cargo por demanda máxima, cargo por energía y **el cargo por alumbrado eléctrico.**"

Añade que, "las empresas generadoras, cogeneradoras, autogeneradoras (como la Autoridad del Canal de Panamá), transportistas, distribuidoras y las interconexiones internacionales solamente deben pagar por el uso de las líneas e instalaciones de Elektra Noreste, los cargos por demanda máxima y los cargos por energía indicados en el punto 2 del Pliego Tarifario establecido en la Resolución N°JD-915 de 1998, **mas no el cargo de alumbrado público**, el cual, de acuerdo a la excerta legal antes mencionada, debe ser pagado únicamente por el cliente final en proporción a su consumo... De acuerdo al contenido del artículo 93 en comento los únicos Agentes del Mercado que deben pagar el cargo por alumbrado público por el uso de las líneas e instalaciones de Elektra Noreste son los clientes finales, entre los cuales se encuentran los grandes clientes... La empresa de distribución Elektra Noreste no distinguió entre clientes finales y la Autoridad del Canal de Panamá en el cobro del cargo de alumbrado público por el uso de líneas e instalaciones de

Elektra Noreste, lo cual evidentemente es lo que pretende corregir el Artículo Cuarto impugnado.”

De lo anterior, esta Procuraduría colige que el Ente Regulador de los Servicios Públicos en ningún momento ha incurrido en la irrevocabilidad de acto administrativo alguno, dado que la norma que sustenta su actuación es la Ley N°6 de 1997.

Por esa razón, en ningún momento se ha vulnerado el artículo 15 del Código Civil, toda vez que la Ley N°6 de 3 de febrero de 1997 es aplicable a la controversia bajo análisis y la dicha Ley en ningún caso provoca retroactividad alguna. Tal como se ha observado, se ha aplicado de manera directa el contenido del artículo 93, según el cual el cliente final es quien debe efectuar el pago del cargo por el alumbrado.

Igual situación ocurre con el artículo 3 del Código Civil relativo a los efectos retroactivos de las leyes, por razón de la vigencia plena de la Ley N°6 de 1993 cuando se suscitó la controversia entre Elektra Noreste, S.A. y la hoy Autoridad del Canal de Panamá.

Si se analiza el proceso de manera objetiva, puede observarse que el artículo 100 de la Ley N°6 de 1997 no ha sido violentado, porque no se ha variado la fórmula de las tarifas para el cobro del alumbrado eléctrico. La decisión adoptada por el Ente Regulador de los Servicios Públicos está fundamentada por el Marco Regulatorio para la Prestación del Servicio Público de Electricidad.

Por todo lo expuesto, reiteramos a los Honorables Magistrados nuestra solicitud para que se desestimen las pretensiones de la sociedad demandante.

Petición Especial:

Solicitamos a los Honorables Magistrados se sirvan acumular el expediente N°476-01 al cual corresponde la presente Vista Fiscal con los expedientes identificados con los siguientes números: 332-01, y 462-01 que se tramitan ante esa Sala, por cumplir con los requisitos del Código Judicial.

Pruebas:

Aceptamos las presentadas por ser original y copias debidamente autenticadas.

Aducimos como prueba de la Administración el expediente contentivo de la actuación en la vía gubernativa, el cual puede ser solicitado al Licenciado Roberto Meana, Director de Asesoría Legal del Ente Regulador.

Derecho:

Negamos el invocado por la sociedad demandante.

De la Señora Magistrada Presidenta,

Dr. José Juan Ceballos
Procurador de la Administración
Suplente

JJC/5/bdec

Licdo. Víctor L. Benavides P.
Secretario General