

REPÚBLICA DE PANAMÁ



**MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN**

Vista Número 966

Panamá, 13 de octubre de 2015

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción**

**Concepto de la
Procuraduría de
la Administración**

La firma forense Alfaro, Ferrer & Ramírez, actuando en representación de la sociedad **Helium Energy Panama, S.A.**, solicita que se declare nula por ilegal la Resolución GC-09-2011 de 30 de noviembre de 2011, emitida por la **Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A.**, el acto confirmatorio y para 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 numeral 4 del artículo 5 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, con la finalidad de **intervenir en interés de la ley** en el proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción descrito en el margen superior, por razón de los intereses contrapuestos que mantuvieron en la vía gubernativa la empresa Unión Eólica Panameña, S.A. y la sociedad recurrente, Helium Energy Panamá, S.A.

I. Antecedentes del caso:

Mediante la Resolución GC-09-2011 de 30 de noviembre de 2011, la Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A., adjudicó las ofertas presentadas en el Acto de Concurrencia LP1-ETESA-05-11 celebrado el 8 de noviembre de 2011, para la contratación de suministro de energía para centrales de generación eólica, en el periodo comprendido del 1 de enero de 2014 al 31 de diciembre de 2028, con la finalidad de atender la energía requerida por: Empresa de Distribución Eléctrica Metro-Oeste, S.A.; Empresa de Distribución Eléctrica Chiriquí, y Elektra Noreste, S.A. En dicho Acto de Concurrencia, se presentaron un total de ocho (8) ofertas, provenientes de cuatro (4) empresas de generación de energía eléctrica, que luego de evaluadas las propuestas con base al criterio de la combinación de ofertas establecido en el Pliego de Cargos, **se determinó que la adjudicación se realizaría a la**

combinación de las ofertas presentadas por la empresa Unión Eólica Panameña, S.A., para los parques eólicos Nuevo Chagres, Rosa de los Vientos, Portobelo Ballestillas y Marañón, y se recomendó descartar las demás ofertas presentadas tomando en consideración el objeto de dicho acto tendiente al aseguramiento del faltante de energía para el suministro a los clientes regulados en el largo plazo y al menor precio posible (Cfr. fojas 38-41 del expediente judicial).

De acuerdo con las constancias procesales, la sociedad recurrente **Helium Energy Panamá, S.A.**, acudió ante la Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A. con la finalidad de interponer un recurso de reconsideración en contra de la Resolución GC-09-2011 de 30 de noviembre de 2011, en el que indicó lo siguiente: **1.** Que se corrigiera el Informe de Evaluación de la licitación reflejando la adjudicación exclusivamente en función del precio evaluado de cada propuesta, ordenados de menor a mayor y consecuentemente, la inclusión de la oferta de Helium Energy Panamá, S.A. dentro de las ofertas evaluadas; **2.** La recomendación de adjudicar la oferta presentada por Helium Energy Panamá, S.A., para el Parque Eólico Escudero; **3.** La descalificación del proponente Unión Eólica Panameña, S.A., por no haber cumplido con los requisitos del Pliego de la Licitación LP1 número ETESA-05-11; y, **4.** Que finalmente y con base a lo anterior, se adjudicara la oferta presentada por Helium Energy Panamá, S.A., para el Parque Eólico Escudero (Cfr. foja 42 del expediente administrativo).

Como consecuencia de esta reclamación, la Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A., dictó la Resolución GC-11-2011 de 22 de diciembre de 2011, negando el recurso de reconsideración interpuesto por la empresa Helium Energy Panamá, S.A., y confirmando en todas sus partes la resolución impugnada. Este acto administrativo fue notificado a la apoderado especial de la recurrente el 28 de diciembre de 2011 (Cfr. fojas 42-47 del expediente judicial).

En este contexto, la firma forense Alfaro, Ferrer & Ramírez, en representación de la sociedad **Helium Energy Panama, S.A.**, comparece el 13 de febrero de 2012 ante la Sala

Tercera para interponer la acción contencioso administrativa que ocupa nuestra atención, con el objeto que se declare lo siguiente:

1. Que son ilegales y, por tanto nulos, el acto administrativo contenido en la Resolución GC-09-2011 de 30 de noviembre de 2011, emitido por la Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A., así como su acto confirmatorio;

2. Que es nulo, todo acto o contrato que se haya realizado con base en la Resolución GC-09-2011 de 30 de noviembre de 2011;

3. Que se adjudique el contrato de suministro de energía requerido por las Empresa de Distribución Eléctrica Metro-Oeste, S.A.; Empresa de Distribución Eléctrica Chiriquí, y Elektra Noreste, S.A., a la empresa **Helium Energy Panama, S.A.**, por un periodo de quince (15) años, y como consecuencia de lo anterior, deberá tenerse en consideración los términos contractuales, en particular la fecha de inicio del suministro; y

4. Que se le reconozca a la empresa **Helium Energy Panama, S.A.**, los daños y perjuicios causados, los cuales estima en la suma de siete millones setecientos cuarenta y tres mil novecientos sesenta y cinco balboas con ochenta centésimos (B/.7,743,965.80) por cada año, en que la demandante no pueda suministrar la energía a las empresas mencionadas en el apartado anterior; así como los costos y gastos derivados del presente proceso (Cfr. fojas 4 y 5 del expediente judicial).

II. Normas que se aducen infringidas.

La actora, **Helium Energy Panama, S.A.**, aduce que la Resolución GC-09-2011 de 30 de noviembre de 2011, cuya declaratoria de nulidad se demanda infringe las siguientes disposiciones:

A. Los artículos 19 y 20 de la Ley 44 de 25 de abril de 2011, los cuales establecen, de manera respectiva, que la Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A., preparará el pliego de cargos y efectuará la convocatoria de los actos de concurrencia para la compra de energía exclusivos para centrales eólicas; así como la evaluación y adjudicación de los contratos de suministro correspondientes, de acuerdo con la reglamentación establecida por

la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, y asignará dichos contratos de suministro de energía a las empresas distribuidoras para la firma y ejecución mediante resolución debidamente motivada; que dichos actos se adjudicarán por mejor precio ofertado condicionado a que los oferentes cumplan, de manera previa, con todos los requisitos que se consignen en el pliego de cargos (Cfr. página 16 de la Gaceta Oficial 26,771 de 25 de abril de 2011 y fojas 12-15, 17-25 del expediente judicial); y

B. El numeral 36.2 del Tomo II del Anexo A de la Resolución AN 4749-Elec de 7 de septiembre de 2011, por la cual se aprueban las Reglas para la Compraventa de Energía mediante Actos de Concurrencia Exclusivos para la Centrales de Generación Eólica, disposición que señala, que para evaluar las ofertas, el Gestor utilizará únicamente la metodología definida en la cláusula 36 de las Instrucciones a los Proponentes (IAP), y no se permitirá ningún otro criterio ni metodología que el de evaluación de las ofertas (Cfr. página 68 de la Gaceta Oficial 26,868-B de 9 de septiembre de 2011 y fojas 15-17 del expediente judicial).

Al explicar los cargos de infracción que hace con respecto a las normas legales y reglamentarias ya mencionadas, la recurrente manifiesta que la Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A., al emitir la Resolución GC-09-2011 de 30 de noviembre de 2011, que adjudicó las ofertas presentadas en el Acto de Concurrencia LP1-ETESA-05-11 celebrado el 8 de noviembre de 2011, para la contratación de suministro de energía para centrales de Generación Eólica, para el periodo comprendido del 1 de enero de 2014 al 31 de diciembre de 2028, a la empresa Unión Eólica Panameña, S.A., incumplió con las *Reglas para la Compraventa de Energía mediante Actos de Concurrencia Exclusivos para la Centrales de Generación Eólica*, señaladas por la Autoridad de Servicios Públicos en la Resolución AN 4749-Elec de 7 de septiembre de 2011, dentro de las cuales menciona que no se estableció en forma detallada y precisa las bases para la evaluación de las ofertas; que el acto de adjudicación no siguió los parámetros, los criterios y los procedimientos contemplados en el Pliego de Condiciones (Cfr. fojas 12-15 del expediente judicial).

En adición a tales argumentos, la accionante señala que la entidad demandada, dejó de cumplir con los requisitos exigidos en el Pliego de Cargos que guardan relación con la fianza de propuesta de los oferentes; la prohibición de ofertas alternativas; y el contenido del formulario de las ofertas, por lo que, a su juicio, tal situación conlleva la nulidad de la Resolución GC-09-2011 de 30 de noviembre de 2011 (Cfr. fojas 17-25 del expediente judicial).

Finalmente manifiesta, que la Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A., realizó una valoración bajo la figura de “combinación de ofertas”, y que esta metodología no se encuentra regulada en el Pliego de Cargos ni en las *Reglas para la Compraventa de Energía para la Centrales de Generación Eólica*; ya que las mismas no permiten otro criterio que no sea el definido en la cláusula 36 de la Sección I de las Instrucciones a los Proponentes (IAP), por esa razón la actora estima que la adjudicación realizada por la entidad demandada a favor de la empresa Unión Eólica Panameña, S.A., es arbitraria (Cfr. fojas 15-17 del expediente judicial).

III. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Una vez expuestos los distintos argumentos que plantea la recurrente para sustentar el concepto de la violación de las disposiciones que estima infringidas, esta Procuraduría considera importante señalar, que la acción contencioso administrativa de plena jurisdicción en estudio únicamente tiene por objeto la reparación de los derechos subjetivos lesionados a un particular, como producto de un acto emitido por la Administración Pública, sin que pueda incluirse en la misma la reclamación de una compensación económica, pues, esa materia es propia de las demandas contencioso administrativas de indemnización o de reparación directa, descritas en los numerales 8, 9 y 10 del artículo 97 del Código Judicial, razón por la que nos abstenemos de pronunciarnos en torno a tal norma (Cfr. Auto de 7 de noviembre de 2014).

De acuerdo con lo que observa este Despacho, la acción contencioso administrativa propuesta por la sociedad **Helium Energy Panama, S.A.**, se dirige a obtener la declaratoria

de nulidad, por ilegal, de la Resolución GC-09-2011 de 30 de noviembre de 2011, emitida por la Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A., que adjudicó a la empresa **Unión Eólica Panameña, S.A.**, las ofertas presentadas en el Acto de Concurrencia LP1-ETESA-05-11 celebrado el 8 de noviembre de 2011, para la contratación de suministro de energía para centrales de generación eólica, en el periodo comprendido del 1 de enero de 2014 al 31 de diciembre de 2028, para atender la energía requerida por: la Empresa de Distribución Eléctrica Metro-Oeste, S.A.; la Empresa de Distribución Eléctrica Chiriquí, y Elektra Noreste, S.A. (Cfr. fojas 4 y 5 del expediente judicial).

Conforme puede advertir este Despacho, mediante la Providencia de 19 de mayo de 2014, es admitida como tercera interesada la empresa **Unión Eólica Panameña, S.A.**, debidamente representada por la firma forense Galindo Arias & López; quienes al contestar la demanda, niegan algunos hechos de la misma y rechazan los conceptos de infracción invocados por la accionante (Cfr. fojas 506 y 524-561 del expediente judicial).

Finalmente, la apoderada judicial de la empresa **Unión Eólica Panameña, S.A.**, S.A., solicita a la Sala Tercera que luego del análisis jurídico correspondiente, niegue las pretensiones de la demandante y, en su lugar, declare legal la Resolución GC-09-2011 de 30 de noviembre de 2011 (Cfr. foja 529 del expediente judicial).

En el mencionado escrito la apoderada judicial de la empresa **Unión Eólica Panameña, S.A.**, sostiene que “...de acuerdo con el punto B.1 del formulario de oferta que hace parte de los documentos de la licitación, **presentó una carta explícita indicando la fecha estimada de entrada en operación comercial (en todos los casos 30 de noviembre de 2013), tal como la propia demandante reconoce. En ese sentido, es importante destacar que en el mismo Documento de la Licitación 05-11 Unificado, se dice que la fecha de inicio sería el 1º de enero de 2014, como ya explicamos**”. Además, aportan como prueba documental una certificación de 26 de junio de 2014 emitida por Javier Vallarino Maestro, Director Financiero de Unión Eólica Panameña, S.A., en la que señalan los avances técnicos y la inversión realizada en la fase II de los Parques Portobello Ballestillas, Rosa de

los Vientos, Marañón y Nuevo Chagres, hasta la fecha antes mencionada; y, se solicitó el reconocimiento de la firma y contenido de dicho documento, como requisito de autenticidad establecido en el artículo 861 del Código Judicial (El destacado es de la apoderada judicial de la empresa Unión Eólica Panameña, S.A.) (Cfr. foja 551, 556 y 562 del expediente judicial).

Consta igualmente en autos, que el tercero interesado aportó copia simple del Contrato 15-12, suscrito entre la Empresa de Distribución Eléctrica Metro-Oeste, S.A. y Unión Eólica Panameña, S.A., relacionado con el suministro de sólo energía proveniente de centrales de generación eólica, para el periodo comprendido del 1 de enero de 2014 al 31 de diciembre de 2028; la Enmienda 1 del mencionado contrato, así como una serie de documentos comprendidos en las fojas 411-412, 412, 413, 414-417, 418-419, 420-424, 425-426, 427, 428-431, 432-433, 434-438, 439-440, 441, 442-445, 446-447, 448-452, 453-454, 455, 456-459, 460-461, 462-466, 467-468, 469, 470-473, 474-475, 476-480, 481-482, 483, 484-487, 488-489 y 490-505 del expediente judicial; sin embargo, tales documentos no cumplen con el requisito de autenticidad establecido en el artículo 833 del Código Judicial, por lo que no pueden ser tomados en consideración para el análisis de la presente controversia (Cfr. fojas 129-377 y 378-410 y 411-505 del expediente judicial).

Por otra parte, al examinar las distintas piezas que reposan en autos, este Despacho advierte que, con su escrito de demanda, la actora adjuntó **copia cotejada ante Notario Público** del acto administrativo cuya declaratoria de nulidad solicita y de la Resolución GC-11-2011 de 22 de diciembre de 2011, que niega el recurso de reconsideración interpuesto por la empresa Helium Energy Panamá, S.A.; así como de los documentos **identificados en el apartado de pruebas con los números 7, 9, 10, 11, 12, 13 y 14** (Cfr. fojas 38-41 y 42-47 del expediente judicial y cuadernos de pruebas aportados por la demandante).

Se encuentra acreditado en el proceso, que la accionante aportó una serie de documentos en **copia simple identificados en el apartado de pruebas con los números 6,**

15, 16, 17, 18 y 19; sin embargo, tales documentos no cumplen con el requisito de autenticidad establecido en el artículo 833 del Código Judicial, por lo que no pueden ser tomados en consideración para el análisis de la presente controversia (Cfr. cuadernos de pruebas aportados por la demandante).

De acuerdo con las constancias procesales, la recurrente también aportó como pruebas copia de la Ley 44 de 25 de abril de 2011; la Resolución AN 4749-Elec de 7 de septiembre de 2012; y la Resolución AN 991-Elec de 11 de julio de 2007, **identificados en el apartado de pruebas con los números 20, 21 y 22**; no obstante, todo este compendio de normas de carácter general fueron promulgadas en la Gaceta Oficial, lo que hace plena prueba en cuanto a la existencia y contenido de dichos documentos, tal como lo señala el artículo 786 del Código Judicial, razón por lo que tal hecho no requiere ser probado (Cfr. cuaderno de prueba aportado por el demandante).

A juicio de esta Procuraduría, las pruebas aportadas hasta ahora por el demandante y el tercero interesado, no permiten establecer si al adjudicar el Acto de Concurrencia LP1-ETESA-05-11 celebrado el 8 de noviembre de 2011, a las ofertas presentadas por la empresa Unión Eólica Panameña, S.A., la entidad demandada, Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A., observó lo dispuesto en las normas legales y reglamentarias que se citan como infringidas.

Además de ello, tampoco podemos corroborar si las aseveraciones que hace la demandante, **Helium Energy Panama, S.A.**, en cuanto a que el Acto de Concurrencia LP1-ETESA-05-11 celebrado el 8 de noviembre de 2011, estaba condicionado a que los oferentes de manera previa cumplieran con una serie de exigencias, como es la obligación de presentar la fianza de propuesta; la prohibición de ofertas alternativas; y además que se debe indicar explícitamente en el contenido del formulario de las ofertas, la aceptación por parte del oferente de iniciar la entrega de la energía contratada en una fecha determinada, situación por la que considera que la Resolución GC-09-2011 de 30 de noviembre de 2011, contiene vicios de nulidad (Cfr. foja 17-25 del expediente judicial).

Lo anterior, demuestra que en el proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción bajo estudio, la recurrente y el tercero interesado no han aportado ningún elemento de prueba utilizado en la vía administrativa que permita verificar la certeza de sus alegaciones, **por lo que, ante la ausencia de mayores elementos de convicción, el concepto de la Procuraduría de la Administración queda supeditado a lo que se establezca en la etapa probatoria.**

Del Señor Magistrado Presidente,

Rigoberto González Montenegro
Procurador de la administración

Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente 92-12