

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 042

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 16 de enero de 2003

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

**Contestación de
la Demanda.**

La firma Galindo, Arias & López, en representación de la **Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A., y de la Empresa de Distribución Eléctrica Chiriquí, S.A.**, para que se declaren nulos, por ilegales, el numeral 4.1 del artículo segundo y numeral 10.1 del artículo tercero y los numerales 3.5 y 3.6 del artículo cuarto del ANEXO A de la **Resolución N°JD-3289 de 22 de abril de 2002, por el cual se modifica el Anexo A de la Resolución N°JD-2728 de 30 de abril de 2001** y para que se hagan otras declaraciones.

Señor Magistrado Presidente de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia.

Con el respeto acostumbrado acudimos ante ese Honorable Tribunal de Justicia, a fin de dar contestación a la demanda interpuesta en el Proceso Contencioso Administrativo de Plena Jurisdicción enunciado en el margen superior del presente escrito.

Como es de su conocimiento, en estos tipos de procesos actuamos en defensa de los intereses de la Administración, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5, numeral 2, Libro Primero, de la Ley N°38 de 31 de julio de 2000, que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración.

I. Las pretensiones de las demandantes.

Los apoderados judiciales de las sociedades demandantes han pedido a su digno Tribunal, que declare lo siguiente:

- “1. Que es ilegal y, por tanto, nulo el contenido del numeral 3.5 del artículo cuarto del ANEXO A de la Resolución N° JD-3289 de 22 de abril de 2002, por el cual se modifica el Anexo A de la Resolución N° JD-2728 de 30 de abril de 2001 y, en consecuencia, se revoque.
2. Que es ilegal y, por tanto, nulo el contenido del numeral 1.1 del artículo primero, numeral 4.1 del artículo segundo y numeral 10.1 del artículo tercero y 3.6 del artículo cuarto del ANEXO A de la Resolución N° JD-3289 de 22 de abril de 2002, por el cual se modifica el Anexo A de la Resolución N°. JD-2728 de 30 de abril de 2001 y, en consecuencia, se modifiquen de la manera que más adelante se precisa.
3. Que el ANEXO A de la Resolución N° JD-3289 de 22 de abril de 2002 sólo debe regular los parámetros, criterios y procedimientos que deberán cumplir las contrataciones de potencia o energía o potencia y energía que realicen las empresas de distribución eléctrica a partir del sexto año de vigencia de la Ley N° 6 de 3 de febrero de 1997, para cubrir la demanda de sus clientes regulados, salvo el 15% de la demanda atendida en su zona de concesión, la cual puede cubrir con generación propia y/o compras directas.
4. Que las empresas de distribución de energía eléctrica tienen derecho de realizar compras directas de energía eléctrica (potencia y/o energía) con los demás agentes del mercado, es decir, sin llevar a cabo procesos de libre competencia, de la siguiente manera:
 - a.- dentro del límite del 15% de la demanda atendida en su zona de concesión, para atender la demanda de sus clientes regulados.
 - b.- sin limitación alguna, para comercializar con los GRANDES CLIENTES dentro o fuera de su zona de concesión.

5. Que el ENTE REGULADOR DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS debe honrar y respetar lo establecido en la cláusula 16 del CONTRATO DE CONCESIÓN DE LA EMPRESA DE DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA METRO-OESTE, S.A., y de la EMPRESA DE DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA METRO-OESTE, S. A. y lo expresado por escrito por la Comisión de Venta de Acciones (COMVA) del Gobierno de Panamá, en respuesta a las consultas formuladas por las empresas participantes en el proceso de homologación de los documentos que se tomaron en cuenta para la compraventa de las acciones de las empresas de distribución de energía eléctrica que resultaron de la reestructuración o privatización del INSTITUTO DE RECURSOS HIDRÁULICOS Y ELECTRIFICACIÓN (IRHE).
6. Que las empresas de distribución de energía eléctrica que cuenten con plantas propias de generación de energía eléctrica, pueden, a su criterio, optar entre autodespachar sus unidades generadoras u ofrecerlas para que las despache el Centro Nacional de Despacho (CND) de la Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A. (ETESA). En todo caso lo comunicarán al CND con la antelación que el mismo requiera.
7. Que la única limitación que tienen las empresas de distribución de energía eléctrica para generar energía eléctrica, son las señaladas en el artículo 62 de la Ley 6 de 1997.
8. Que, como consecuencia de todas las declaraciones anteriores, el ANEXO A de la Resolución N° JD-3289 de 22 de abril de 2002, debe mortificarse en los siguientes aspectos:

Artículo PRIMERO: se modifica el numeral 1.1 de la siguiente manera:

1.1. Este documento tiene el propósito de establecer los parámetros, criterios y procedimientos que deberán cumplir

las contrataciones de potencia o energía o potencia y energía que realicen las empresas de distribución eléctrica para sus clientes regulados a partir del sexto año de vigencia de la Ley N°6 de 3 de febrero de 1997, salvo el 15% de la demanda atendida en su zona de concesión.

Artículo SEGUNDO: se modifica el numeral 4.1 de la siguiente manera:

4.1. Los parámetros, criterios y procedimientos aquí descritos se aplican a todos los suministros que contratarán las empresas distribuidores para las compras de potencia o energía o potencia y energía que realicen mediante procesos de libre competencia las empresas de distribución para sus clientes regulados, salvo el 15% de la demanda atendida en su zona de concesión.

Artículo TERCERO: se modifica el numeral 10.1 de la siguiente manera:

10.1 Los contratos para el suministro de energía, potencia o energía y potencia tendrán la duración que cada una de las empresas de distribución de energía eléctrica determinen según sus necesidades. Dicho plazo podrá ser prorrogable si así lo determinan las partes, previa aprobación del ENTE REGULADOR.

Artículo CUARTO: se modifica el numeral 3.6 de la siguiente manera:

3.6 El distribuidor con generación propia firme excedente podrá venderla en contratos de suministro en procesos de libre competencia que realice otro distribuidor. En este caso, podrá presentar una oferta como si se tratara de un Participante Productor hasta una generación propia firme máxima determinada por su excedente. Se entiende por excedente, a la generación propia firme del distribuidor que no está comprometida con otro agente del mercado.

9. Que al no permitírsele a la EMPRESA DE DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA CHIRIQUÍ, S.A., y a la EMPRESA DE DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA METRO OESTE, S.A., realizar compras directas hasta el 15% de la demanda atendida en su zona de concesión para abastecer demanda de sus clientes regulados, se les causa un daño económico anual estimado en QUINIENTOS MIL Y DOS MILLONES QUINIENTOS MIL dólares, moneda de curso legal de los Estados Unidos de América (US\$ 500,000.00 y 2,500,000.00).
10. Que al no permitírsele a la EMPRESA DE DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA CHIRIQUÍ, S.A. y a la EMPRESA DE DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA METRO OESTE, S.A., realizar compras directas sin límite alguno para abastecer a GRANDES CLIENTES dentro o fuera de su zona de concesión, se le resta competitividad al mercado y, en consecuencia, se atenta contra la libre competencia establecida en la Ley 6 de 1997.
11. Que son ilegales y, por tanto, nulas las Resoluciones N° JD-3359 y N° JD-3360 6 de junio de 2002, por las cuales el ENTE REGULADOR DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS rechazó los Recursos de Reconsideración interpuesto por la EMPRESA DE DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA CHIRIQUÍ, S.A., y la EMPRESA DE DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA METRO OESTE, S.A., contra la Resolución N°JD-3289 de 22 de abril de 2002.
12. Que todas las anteriores declaraciones tienen efecto retroactivo, es decir, se retrotraen a la fecha de entrada en vigencia de la Resolución N°JD-3289 de 22 de abril de 2002.

Este Despacho considera que deben denegarse todas las peticiones formuladas por la parte demandante, ya que no le asiste la razón y carecen sus pretensiones de sustento jurídico.

II. Los hechos y omisiones en que se fundamentan las acciones de los demandantes, los contestamos de la siguiente forma:

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

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

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

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

Quinto: Este no es un hecho sino apreciaciones subjetivas y alegaciones de los apoderados de los demandantes; como tales los negamos.

Sexto: Este más que un hecho es una transcripción parcial del considerando 17.1 de la Resolución N°3289 de 22 de abril de 2002, dictada por el Ente Regulador. Sólo como eso se le tiene.

Séptimo: Este no es un hecho sino apreciaciones subjetivas y alegaciones de los apoderados de los demandantes; como tales los negamos.

Octavo: Este hecho no es cierto de la manera en que se plantea; por tanto, lo negamos.

Noveno: Este no es un hecho, sino una transcripción de la definición del término cliente, dada por el artículo 6 de la Ley N°6 de 1997. Sólo como eso se le tiene.

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

Undécimo: Este hecho no es cierto de la manera en que viene redactado; por tanto, lo negamos.

Duodécimo: Este no es un hecho sino apreciaciones subjetivas y alegaciones de los apoderados de los demandantes; como tales los negamos.

Decimotercero: Este hecho se responde como el anterior.

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

Decimoquinto: Estas son apreciaciones subjetivas y alegaciones de los abogados de los demandantes; como tales los negamos.

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

Decimoséptimo: Este hecho no es cierto de la manera en que se plantea; por tanto, lo negamos.

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

Decimonoveno: Este hecho lo respondemos como el anterior.

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

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

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

Vigésimo tercero: Este hecho no es cierto de la manera en que se explica; por tanto, lo negamos.

Vigésimo cuarto: Este hecho se contesta igual que el anterior.

Vigésimo quinto: Estas son apreciaciones subjetivas y alegaciones de los abogados de los demandantes; como tales los negamos.

Vigésimo sexto: Estas son apreciaciones subjetivas y alegaciones de los abogados de los demandantes; como tales los negamos.

Vigésimo séptimo: Este no es hecho sino una transcripción parcial del artículo 110 de la Ley N°6 de 1997; únicamente como eso se le tiene.

Vigésimo octavo: Estas son apreciaciones subjetivas y alegaciones de los abogados de los demandantes; como tales los negamos.

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

Trigésimo: Estas son apreciaciones subjetivas y alegaciones de los abogados de los demandantes; como tales los negamos.

Trigésimo primero: Este hecho se responde de la misma manera que el anterior.

Trigésimo segundo: Estas son apreciaciones subjetivas y alegaciones de los abogados de los demandantes; como tales los negamos.

Trigésimo tercero: Estas son apreciaciones subjetivas y alegaciones de los abogados de los demandantes; como tales los negamos.

Trigésimo cuarto: Este hecho no es cierto de la forma en que se explica; por tanto, lo negamos.

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

Trigésimo sexto: Este hecho no es cierto de la manera en que se encuentra redactado; por tanto, lo negamos.

Trigésimo séptimo: Este hecho se responde igual que el anterior.

Trigésimo octavo: Este hecho no es cierto como viene expuesto; por tanto, lo negamos.

Trigésimo noveno: Este hecho lo respondemos como el anterior.

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

Cuadragésimo primero: Esta es una reproducción parcial de la Resolución N°JD-3360 de 22 de abril de 2002; sólo como eso se le tiene.

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

Cuadragésimo tercero: Este hecho lo contestamos igual que el anterior.

III. En cuanto a las disposiciones legales que se estiman infringidas y los conceptos de la violación a las mismas, la Procuraduría de la Administración expresa lo siguiente:

A pesar de que es una práctica de este Despacho hacer un breve recuento de las normas alegadas como infringidas, y de la explicación dada por los demandantes sobre la manera en que aquellas han sido conculcadas por el acto impugnado, con la finalidad de facilitar el análisis y la contestación de la demanda, en esta ocasión la Procuraduría de la Administración se abstendrá de hacer tales transcripciones, por lo extenso del libelo. Nos remitimos a lo dicho por la firma apoderada de foja 366 a 406 del expediente judicial.

Por otro lado, por considerar que todos los cargos de violación se encuentran relacionados, nos permitimos contestarlos de manera conjunta.

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 al cual se sujetarán las actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica, destinadas a la prestación del servicio público de electricidad.

El numeral 1 del artículo 20 de la Ley N°6 de 3 de febrero de 1997, establece que corresponden al Ente Regulador de los Servicios Públicos las funciones de regular el ejercicio de las actividades del sector de energía eléctrica, con la finalidad de asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente, capaz de abastecer la demanda bajo criterios sociales, económicos, ambientales y de viabilidad financiera; así como propiciar la competencia en el grado y alcance definidos por la mencionada Ley e intervenir para impedir abusos de posición dominante de los agentes del mercado.

El numeral 9 del artículo 20 de la Ley N°6 del 3 de febrero de 1997, atribuye al Ente Regulador la función de establecer los criterios y procedimientos para los contratos de ventas garantizadas de energía y potencia entre los prestadores del servicio, de forma tal que se promueva la libre concurrencia, cuando proceda, y la compra de energía en condiciones económicas.

Que mediante la Resolución N°JD-2728 de 30 de abril de 2001 el Ente Regulador aprobó los Parámetros, Criterios y

Procedimientos para la Compraventa Garantizada de Energía y/o Potencia para las Empresas de Distribución Eléctrica que aparecen en el Anexo A de dicha resolución.

El contenido del Anexo A de la Resolución N°JD-2728 de 30 de abril de 2001, se encuentra relacionado con el Anexo A de la Resolución N°JD-605 de 24 de abril de 1998, mediante la cual se aprobaron las Reglas Comerciales para el Mercado Mayorista de Electricidad, en especial sobre las implicaciones que tiene la generación de plantas de propiedad del Distribuidor con la obligación de contratar de éste.

El Ente Regulador, motivado por las observaciones y planteamientos que hicieron llegar los Agentes del Mercado, el Centro Nacional de Despacho y el Grupo de Vigilancia del Mercado Mayorista de Electricidad, en el año 2001 inició el proceso de revisión de las Reglas Comerciales, con miras a aclarar algunos aspectos contenidos en dichas reglas.

En este proceso de revisión se celebró una Audiencia Pública el día 8 de octubre del 2001, en la cual los participantes hicieron recomendaciones sobre el contenido de las Resoluciones JD-2340 y JD-2728, referentes a los Criterios y Procedimientos para la Venta de Energía y Potencia a Grandes Clientes y a los Parámetros, Criterios y Procedimientos para la Compraventa de Energía y/o Potencia para las Empresas de Distribución Eléctrica, respectivamente.

En virtud de lo anterior, el Ente Regulador incluyó en la segunda audiencia que se realizó el 4 de diciembre del 2001 la propuesta de modificación de las Resoluciones JD-2340 y JD-2728, a fin de adecuar éstas a los cambios propuestos a

las Reglas Comerciales para el Mercado Mayorista y así mantener la coherencia de la normativa vigente.

Como consecuencia de las preguntas y observaciones del Centro Nacional de Despacho (CND) y de varios agentes, realizadas a la propuesta de modificación presentada por el Ente Regulador a las Reglas Comerciales, el tema de las plantas de generación de propiedad de las empresas de distribución fue desarrollado con mayor detalle. En ese sentido, se clarificó el procedimiento y los criterios para que la generación propia esté autorizada a cubrir la garantía de suministro de un Distribuidor y la forma como afecta la obligación de contratar del Distribuidor al que pertenecen dichas plantas de generación.

Luego de analizar los argumentos presentados en la Audiencia Pública del 4 de diciembre del 2001, el Ente Regulador de los Servicios Públicos emitió la Resolución N°JD-3289 de fecha 22 de abril del 2002, mediante la cual se aprueban las modificaciones al Anexo A de la Resolución N°JD-2728 de 30 de abril del 2001, que contiene los Criterios y Procedimientos para la Compraventa Garantizada de Energía y/o Potencia para las Empresas de Distribución Eléctrica.

En dicha Resolución se estableció que los referidos parámetros, criterios y procedimientos aprobados, sólo podrían ser modificados por el Ente Regulador, previa celebración de Audiencia Pública solicitada por los Agentes del Mercado o de oficio, en la fecha y forma que determinara el Ente Regulador.

La Resolución N°JD-3289 de 22 de abril del 2002 fue promulgada en la Gaceta Oficial N°24,543 de 2 de mayo del 2002.

Ahora bien, mediante la presente acción contenciosa administrativa la Empresa de Distribución Eléctrica Metro-Oeste, S.A., y la Empresa de Distribución Eléctrica de Chiriquí solicitan se modifique el Artículo Primero, numeral 1.1; el Artículo Segundo, numeral 4.1 y el Artículo Tercero, numeral 10.1; se revocase el Artículo Cuarto, numerales 3.5 y 3.6, y, el Artículo Séptimo, numeral 17.2, todos ellos contenidos en el Anexo A de la resolución.

En cuanto a lo afirmado por las sociedades demandantes de que debe exceptuarse del proceso de libre competencia el abastecimiento del 15% de la demanda atendida por la empresa distribuidora en su zona de concesión, debe indicarse que esta interpretación haría posible que la distribuidora comprase a terceros sin pasar por un proceso de libre competencia, violando lo establecido en los artículos 92 y 112 de la Ley N°6 de 1997.

Sobre los plazos de los contratos que se regulan en la Resolución N°JD-3289, la emisión de la Resolución JD-3289 tiene su fundamento en el contenido del numeral 9 del artículo 20 de la Ley 6 de 1997, el cual textualmente establece que es función del Ente Regulador: "Establecer criterios y procedimientos para los contratos de ventas garantizada de energía y potencia, entre los prestadores del servicio..., de forma que se promueva la libre competencia,

cuando proceda, y la compra de energía en condiciones económicas."

Las modificaciones introducidas por la Resolución N°JD-3289, al Anexo A de la Resolución N°JD-2728 de 30 de abril del 2000, tiene, entre otros objetivos, garantizar la libertad de competencia, para beneficio del destinatario final que es el cliente, pues el costo de la compra de la energía es pasado directamente a los clientes finales sin que la empresa de distribución reciba beneficios o asuma riesgos.

Sobre los argumentos expuestos por las recurrentes contra los numerales 3.5 y 3.6, debe aclararse que la Ley 6 de 1997 le permite a las empresas distribuidoras generar energía eléctrica, con medios propios, hasta un límite del 15% de la demanda atendida en su zona de concesión; de igual forma, la Ley no establece que la capacidad de generación propia de la distribuidora deba ser exclusivamente aplicada para atender a sus clientes regulados. Por tanto, es potestad de la empresa distribuidora utilizarla total o parcialmente para atender a sus clientes, venderla a grandes clientes de otros concesionarios de distribución, venderla en contratos de exportación o participar en el mercado ocasional.

El numeral 3.5 tiene como propósito proteger al cliente del riesgo de racionamiento, siendo similar a la que se le establece a un Generador cuando asume este compromiso a través de un Contrato de Suministro con el Distribuidor. Por tanto, esta norma está dirigida a darle a la generación propia un tratamiento similar al que se le da a la generación

que proporcionan los Generadores y proteger al cliente del riesgo de racionamiento.

En relación con las supuestas infracciones en las que incurre el numeral 17.2, durante la Audiencia Pública de fecha 4 de diciembre del 2001, el Ente Regulador indicó a los agentes del mercado eléctrico que las Reglas Comerciales establecían un esquema mediante el cual el distribuidor podía vender por contratos sus excedentes de generación propia firme, siempre y cuando no estuvieran comprometidos para el suministro de sus clientes regulados o en contratos con otro distribuidor y que en atención a dicha posibilidad, al igual que cualquier otro oferente, de participar en un acto de libre competencia de otro distribuidor, deberá aceptar las condiciones descritas en los pliegos de cargos del comprador.

La Ley 6 de 1997, a excepción de limitar la capacidad al 15% de la demanda atendida en su zona de concesión, no establece algún tratamiento especial que diferencie las plantas de generación de propiedad de un distribuidor de las plantas de propiedad de un generador. En tal sentido, las modificaciones introducidas a las Reglas Comerciales para el Mercado Mayorista **tienden a equiparar los derechos y deberes de los propietarios de plantas de generación, sean éstos distribuidores o generadores.**

La Ley 6 de 3 de febrero de 1997 contiene principios para asegurar la competencia y evitar el abuso de posición dominante y la aparición de prácticas monopolísticas, relacionadas con la generación propia, principios que tuvo en

cuenta el Ente Regulador al momento de dictar la Resolución N°JD-3289.

Por último, debe enfatizarse que el permitir las compras directas es una acción que va en contra de la Ley 6 de 1997, de principios como la transparencia y la libre competencia, de la obligación de las empresas prestadoras del servicio de electricidad de tener un objeto social exclusivo y, en definitiva, de los intereses de los clientes finales del servicio público de electricidad, que somos todos.

De las explicaciones vertidas, se colige con claridad las disposiciones tachadas de ilegales no violan ninguna de las normas alegadas como conculcadas, por lo que reiteramos nuestra solicitud para que se nieguen las peticiones formuladas por la parte demandante.

IV. Pruebas: Aceptamos las documentales presentadas conforme a la Ley.

V. Derecho: Negamos el invocado.

Del Magistrado Presidente,

**Licda. Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración**

AMdeF/17/mcs

Licdo. Víctor L. Benavides P.
Secretario General