

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 230

MINISTERIO PÚBLICO  
PROCURADURÍA DE LA  
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 31 de marzo de 2003

**Proceso Contencioso  
Administrativo de  
Plena Jurisdicción**

El Licdo. Alvaro Cabal en representación de la **Comisión del Canal de Panamá**, para que se declare nula, por ilegal, la Resolución N°JD-2840 de 22 de junio de 2001, dictada por el **Ente Regulador de los Servicios Públicos**, y para que se hagan otras declaraciones.

**Concepto**

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

En virtud del traslado que nos ha conferido ese Alto Tribunal de Justicia, procedemos a emitir formal concepto en torno a la demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción, enunciada en el margen superior del presente escrito, conforme lo exige el artículo 5, numeral 2, párrafo tercero de la Ley 38 de 2000, en los siguientes términos:

**I. Pretensiones de la parte demandante.**

La parte actora ha solicitado a ese Augusto Tribunal de Justicia, que declare nula, por ilegal, la Resolución N°JD-2840 de 22 de junio de 2001, expedida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, mediante la cual se revoca en todas sus partes la Resolución N°JD-2757 de 26 de abril de 2001.

Como consecuencia de la declaración anterior, ha pedido a la Honorable Sala Tercera resuelva establecer que la Comisión del Canal de Panamá, no está obligada a pagar a la empresa Elektra Noreste, S.A. suma alguna en concepto de

peaje por el uso de sus líneas de distribución 401 y 402 de la Sub Estación denominada Colón 5, ubicada en Monte Esperanza, durante los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 1999, en concepto de ventas de energía que la Comisión del Canal de Panamá hizo en el Mercado Ocasional.

Por otra parte, ha solicitado que a consecuencia de la declaración anterior se ordene a la empresa Elektra Noreste, S.A. que pague a la Comisión del Canal de Panamá la suma total de B/.1,012,169.35, en concepto de venta de energía en el Mercado Ocasional durante los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 1999, servicio de energía dentro del Acuerdo B correspondiente al mes de octubre de 1999 y el pago de los intereses correspondientes hasta la fecha efectiva del pago, calculados conforme lo establece el numeral, 14.10.1.5 de las Reglas Comerciales del Mercado Mayorista de Electricidad.

También, ha pedido a la Sala Tercera declare que la empresa Elektra Noreste, S.A., no tenía derecho a hacer la compensación que hizo de los supuestos peajes, por el uso de las instalaciones, en el caso de las ventas efectuadas por la Comisión del Canal de Panamá en el Mercado Ocasional.

## **II. El Informe de Conducta.**

El Señor Magistrado Sustanciador, a través del Oficio N°1247 fechado 21 de septiembre de 2001, solicitó al Director Presidente del Ente Regulador de los Servicios Públicos rindiera su Informe Explicativo de Conducta, en un término no

mayor de cinco (5) días hábiles, conforme lo dispone el artículo 33 de la Ley 33 de 1946.

En tiempo oportuno, el Director Presidente del Ente Regulador de los Servicios Públicos remitió su Informe de Conducta por medio de la Nota N°DPER-1963 calendada 27 de septiembre de 2001, el cual se encuentra legible de fojas 48 a 55 del expediente judicial, cuya parte medular expresa lo siguiente:

"...Las razones que determinaron al Ente Regulador el cambio de su criterio originalmente expuesto en la Resolución N°JD-2757, en síntesis fueron las siguientes:

- Que mediante la Nota No. ENTE-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.
- Que efectivamente, en los dos renglones finales de la misma nota, el CND advirtió a la Comisión del Canal de Panamá que debería pagar los cargos por peajes y pérdidas que correspondían a cada operación.
- Que para que exista u Mercado Eléctrico en Panamá, es necesario que existan las redes (distribución y/o transmisión), ya que es el sistema el que permite que fluya la energía de la generación a la demanda.
- Que, por lo referido, 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 al Mercado Ocasional, ya que es necesario que la misma fluya hacia los compradores de la misma que resulten en el Mercado Ocasional.

- Que en el presente caso, la energía que entregó 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.
- En la Resolución JD-2840, el Ente Regulador reconoció, expresamente, que los argumentos que le sirvieron de base para la expedición de la Resolución No. JD-2757, no se ajustaban a las Reglas del Mercado Mayorista de Electricidad, ni a la realidad de lo que sucedía con las ventas de energía en el mercado ocasional que realizaba la CCP cuando entregaba en la subestación Mount Hope, por las siguientes razones:
  - a. Que al emitir la Resolución No. JD-2757, el Ente Regulador asumió, equivocadamente, que el CDN había aceptado implícitamente que en el precio ofertado por la Comisión del Canal de Panamá no estaba incluido el peaje que correspondía a Elektra Noreste, S.A., por el uso de

sus líneas de distribución, debido a que el CND le había manifestado a la Comisión que le aceptaba las ventas de energía al Mercado Ocasional en la subestación Monte esperanza o Mount Hope, y que por tanto, la obligación de la Comisión llegaba hasta ese punto.

- b. También consideró el Ente Regulador en la Resolución JD-2840 que, inadvertidamente, al momento de expedir la Resolución No. JD-2757, el Ente Regulador no advirtió que en las liquidaciones que respaldaban los distintos Documentos de Transacciones Económicas emitidos por el CND, relativos a la Comisión del Canal de Panamá, por ventas en el Mercado Ocasional, el CND no había agregado al precio de la energía ofertado por dicha Comisión, un cargo adicional de peaje por el uso de las redes de Elektra Noreste, S.A.
- c. Destacó el Ente Regulador en la Resolución JD-2840, objeto ahora de impugnación ante la Corte Suprema de Justicia, que el Ente Regulador tampoco advirtió al dictar la Resolución JD-2757, que por disposición de las Reglas Comerciales del Mercado Mayorista de Electricidad, numerales 3.3.1.4. y 3.5.1.4, en el momento en que el CND recibe ofertas de un Autogenerador o Cogenerador, el CND no puede entrar a discriminar qué parte del precio ofertado corresponde a precio de la energía, y qué parte corresponde a los peajes correspondientes a la entrega que hagan esos autogeneradores o cogeneradores.

d. También indicó el Ente Regulador en la Resolución JD-2840, que al dictar la Resolución JD-2757, el Ente Regulador tampoco advirtió, que el Artículo 127 del Decreto Ejecutivo No.22 de 19 de junio de 1998, establece que el momento en que un Autogenerador o Cogenerador oferte energía en el Mercado Ocasional, deberá tener en cuenta los peajes correspondientes a la empresa de transmisión y a la empresa de distribución que le brinda el servicio técnico de transmisión.

- En la Resolución JD-2840, impugnada ahora ante la Corte Suprema de Justicia, el Ente Regulador citó y comentó las disposiciones legales antes mencionadas..." (la subraya es del Director Presidente).

**III. Las disposiciones legales que se aducen como infringidas y los conceptos, son las que a continuación se escriben:**

El demandante estima que la Resolución No. 2840 de 22 de junio de 2001, emitida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, infringe las siguientes disposiciones legales:

1. Ley No. 6 de 3 de febrero de 1997 "Por la cual se dicta el Marco Regulatorio e Institucional para la Prestación del Servicio Público de Electricidad":

**"Artículo 104. Fijación de tarifas por el acceso y uso de las redes de distribución.** El Ente Regulador establecerá las fórmulas, topes y metodologías, para fijar las tarifas de las empresas de distribución por concepto del cobro de los servicios de acceso y uso de las redes de distribución. Las tarifas deberán permitir a cada empresa obtener una

remuneración promedio, estimada al inicio del período de vigencia de la fórmula, suficiente para cubrir su valor agregado de distribución, calculado para dicho período, de acuerdo con el procedimiento indicado en el artículo anterior.”

Como concepto de la violación, la parte demandante argumentó que el artículo 104 de la Ley 6 de 1997 faculta al Ente Regulador de los Servicios Públicos, que en adelante denominaremos el Ente, a establecer las fórmulas, topes y metodologías para fijar las tarifas de las empresas de distribución por concepto de cobro de los servicios de acceso y uso de las redes de distribución. No obstante, el Ente en su Resolución N°JD-2840 aplicó el contenido del mismo dándole un sentido distinto del que realmente tiene el texto de la Ley, cuando establece el derecho de la distribuidora Elektra Noreste, S.A. a cobrarle a la Comisión del Canal de Panamá un peaje por el uso de sus instalaciones, desvirtuando de ese modo el contenido de la facultad concedida por la Ley.

Continuó explicando que, la pretensión de Elektra formulada en su Recurso de Reconsideración debió ser rechazada por el Ente; pues, ella sólo le concedía la facultad de fijar tarifas por el acceso y uso de las redes de distribución. En ninguna parte del expediente contentivo del proceso de arbitraje, Elektra probó que se hubiesen utilizado sus redes para transportar energía de la Comisión del Canal de Panamá hacia otro agente del mercado que no fuera la misma Elektra, que la consumió físicamente en su Zona de concesión. Pues, Elektra lo que pedía no era un peaje por el uso de las redes de distribución, como autoriza la norma sino un peaje

por el acceso al SIN, que el artículo 104 de la Ley 6 de 1997, no contempla y mucho menos el peaje por el uso de las instalaciones que el Ente autorizó en su resolución, contraviniendo dicha norma. (Cfr. fs. 29 y 30)

**"Artículo 108. Pago de los cargos de transmisión y distribución.** Las transacciones no reguladas realizadas entre agentes del mercado que utilicen el sistema interconectado nacional, estarán sujetas al pago de los cargos por el servicio de operación integrada y acceso y uso de las redes de transmisión y distribución que correspondan. Las transacciones con grandes clientes estarán, además, sujetas al pago de la tasa de control, vigilancia y fiscalización y al pago del cargo por alumbrado público."

El apoderado judicial de la Comisión del Canal de Panamá, ahora Autoridad del Canal de Panamá, afirma que la Resolución impugnada viola esta norma legal; toda vez que, a su juicio, dicho artículo establece las condiciones que deben cumplir los agentes del mercado para que surja la obligación de pagar los cargos por transmisión y distribución en los casos de transacciones no reguladas. Ellas son, que exista una compra y venta de energía que no estén amparadas por contrato y que para su ejecución utilicen el sistema interconectado nacional.

Siguió indicando que, una vez cumplidas estas condiciones, pueden aparecer según sea el caso, las obligaciones de pago por los diversos servicios, a saber: el cargo por el servicio de operación integrada, el de acceso al sistema principal de transmisión, el de uso de las redes de transmisión y el de uso de las redes de distribución, los

cuales son exigibles según correspondan, es decir, cuando se usan.

A su vez manifestó que, no existe un cargo por el uso del Sistema Interconectado Nacional, sino que los cargos a que se refiere el artículo 108 son aquellos que se aprueban en el Régimen Tarifario de Transmisión o en el de Distribución, por el uso de sus redes según correspondan. Por lo tanto, la sola pertenencia al SIN no causa la obligación de pagar ningún cargo por acceso al SIN, de allí que tal solicitud de Elektra en su recurso de reconsideración debió ser rechazada de plano por el Ente, si quería que su acto administrativo fuera congruente con dicha norma.

Por otra parte indicó que, hablando comercialmente, las transacciones no reguladas que realiza la Comisión del Canal de Panamá se perfeccionan en los puntos donde ésta entrega su energía, que son, a su vez, los puntos de interconexión dentro de su sistema eléctrico, sin que para ello tenga necesidad de hacer uso de las redes de transmisión ni las de distribución de otros agentes. Por lo que era deber del CND señalar en el Documento de Transacciones Económicas a quién se le asignaba dicha energía y exigirle al comprador que retiró la misma, el pago de los servicios que se requirió del sistema, si los hubo, para que esa energía le llegase de los puntos de entrega hasta el lugar donde éste los utilizó. Y el CND no exigió dicho pago por cuanto que ELEKTRA es el único agente que retira energía en ese punto para satisfacer la demanda de sus clientes dentro de su zona de concesión. (Cfr. fs. 30 y 31)

2. Ley No. 26 de 29 de enero de 1996, "Por la cual se crea el Ente Regulador e Institucional para la Prestación del Servicio Público de Electricidad".

**"Artículo 19. Atribuciones del Ente Regulador.** Para el cumplimiento de sus objetivos, el Ente Regulador tendrá las funciones y atribuciones siguientes:

1. Cumplir y hacer cumplir esta Ley y las demás normas legales complementarias, así como las leyes sectoriales respectivas. Para ello, el Ente Regulador realizará eficaz control, vigilancia y verificación del cumplimiento de las leyes y reglamentos por parte de las empresas de servicios públicos de agua potable y alcantarillado sanitario, telecomunicaciones y electricidad..."

El demandante considera que la Resolución No. JD-2840 de 22 de junio de 2001, viola el numeral 1 del artículo 19 de la Ley No. 26 de 1996, pues estima que el Ente había aprobado, mediante la Resolución N°JD-998 de 3 de septiembre de 1998, los contratos de interconexión de la Comisión del Canal de Panamá con el IRHE como "acuerdos de compra venta de energía iniciales de conformidad con el contenido del parágrafo transitorio del artículo 20 de la Ley N°6 de 1997", según se señala en los considerandos de dicha resolución. En ellos se designaban como puntos de entrega de energía por parte de dicha comisión y que luego fueron aceptados por el CND como puntos de entrega al Mercado Mayorista Eléctrico, la interconexión con la Subestación de Cáceres, en el Pacífico, y la interconexión con la Subestación Colón 5 en Monte Esperanza, en el Atlántico.

Asimismo, señaló que el Ente en su Resolución N°JD-2840, se abstuvo de aplicar el proceso de formación de dicho acto administrativo lo dispuesto en su propia Resolución N°JD-998 pretextando que no se aplicaba a las ventas que hacía la Comisión del Canal de Panamá en el Mercado Ocasional, sin dar ninguna explicación del por qué de su omisión. Este hecho configuró la nulidad del acto administrativo realizado por el Ente, el cual tenía la obligación de cumplir y hacer cumplir las normas complementarias a la ley conforme lo dispuso el numeral 1 del artículo 19 de la Ley 26 de 1996. Ello es así por cuanto que el propio Ente había considerado que los acuerdos incluidos en la Resolución N°JD-998 eran de obligatorio cumplimiento para los participantes de los mismos, entre los cuales se encontraban ETESA y ELEKTRA, por lo que mal podían ambos desconocer los puntos de interconexión aprobados en tales acuerdos y mucho menos el Ente en su Resolución N°JD-2840. (Cfr. fs. 34 y 35)

3. Decreto Ejecutivo No. 22 de 19 de junio de 1998, "Por el cual se reglamenta la Ley No. 6 de 3 de febrero de 1997, que dicta el Marco Regulatorio e Institucional para la prestación del Servicio Público de Electricidad".

**"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".

Respecto al concepto de la violación, el procurador judicial de la demandante argumentó que el Ente le dio un

contenido distinto a lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto Ejecutivo N°22 al suponer que en ella se establecían peajes de transmisión y distribución por la venta de excedentes que hacen los autogeneradores y cogeneradores, por lo que su conclusión en la parte resolutive de la Resolución N°JD-2840 crea una divergencia sustancial entre el contenido de dicho acto administrativo y lo que dispone la norma.

Continuó explicando que, lo que aclara el artículo 27 del Decreto N°22 es que el hecho de vender excedentes, los autogeneradores no los exime de sus obligaciones económicas con aquellas empresas que le presten la función técnica de transmisión, es decir, aquellas que le transporten su energía al punto donde aquellas deben entregarla. Si la función de transmisión es la de llevar la energía del generador (en ese caso el autogenerador) hasta donde la reciba el distribuidor, lo cual implica una labor física, mal puede señalar la Resolución que impugnamos que el solo hecho de conectarse la Comisión del Canal de Panamá a la Subestación de Elektra en Monte Esperanza, hace surgir la obligación de pagar un peaje por el uso de la instalación fundamentándolo en el artículo 27 del referido decreto cuando el mismo claramente deja entrever que lo que genera obligación para el autogenerador es que se le preste un servicio de transmisión, lo cual no ocurrió en los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 1999, por cuanto que la obligación de la Comisión del Canal de Panamá terminó con la entrega de la energía en el punto de interconexión sin hacer uso de las líneas de Elektra. (Cfr. fs. 36 y 37)

**“Artículo 36. Transacciones en el Sistema Interconectado Nacional.**

El Sistema Interconectado Nacional se compone en lo referente a transacciones de compra y venta de energía y potencia de:

- Un mercado de contratos a término entre los agentes del mercado.
- Un mercado ocasional con un precio establecido en forma horaria, que corresponda en forma estricta a los costos marginados de corto plazo.

Entre las operaciones comerciales en el ámbito del Sistema de Interconectado Nacional podrán incluirse contratos y transacciones de los siguientes productos y servicios:

- Energía
- Potencia
- Servicio de Transmisión
- Servicios de Auxiliares tales como regulación de frecuencia, producción de potencia reactiva, reserva fría, arranque autónomo, operación en islas.
- Servicio de Operación y Despacho, que incluye la remuneración al Centro Nacional de Despacho por las actividades de despacho, coordinación y supervisión de la operación, y administración de las transacciones entre agentes del mercado.
- Otras transacciones.

El Reglamento de Operación incluirá las normas técnicas y comerciales en las que se fundamentará la operación del mercado.”

El apoderado judicial de la Autoridad del Canal de Panamá considera que el Ente dejó de aplicar al proceso de formación del acto administrativo contenido en la Resolución N°JD-2840 lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto Ejecutivo N°22 en los supuestos que esta norma lo reclama, al exigir que el CND incluyera en los documentos de transacciones económicas y la Comisión del Canal de Panamá en

sus ofertas al mercado ocasional, el supuesto peaje por el uso de las instalaciones de Elektra. Es decir que la norma determina que el precio que se establece en el mercado ocasional "corresponde en forma estricta a los costos marginales de corto plazo", de manera que el Ente no podía, pretextando la necesidad de un requisito que no contempla la norma, desvirtuar lo decidido en la Resolución N°JD-2757 para concluir que la Comisión del Canal de Panamá, al no considerar el peaje en su precio de oferta, distorsionaba el Despacho Económico y, en consecuencia, debía pagar el peaje que correspondía a los agentes que compraron en el mercado su energía. (el subrayado es del demandante)

A juicio de la demandante, la Comisión del Canal de Panamá al momento de confeccionar sus ofertas en los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 1999, no tenía que incluir este peaje en su oferta al Mercado Ocasional por lo que el Ente, al exigir en su Resolución N°JD-2840 un requisito que no contempla la norma, viola lo dispuesto por ella y hace nulo el acto que contiene dicha arbitrariedad. Lo que le correspondía al Ente era determinar si realmente había surgido la obligación de pagar un peaje en vez de elaborar este sofisma de que la Comisión del Canal de Panamá debe pagar un peaje porque no incluyó dicho cargo en su oferta. (Cfr. fs. 37 y 38)

4. Ley No. 38 de 31 de julio de 2000 "Que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el Procedimiento Administrativo General y dicta disposiciones especiales":

**“Artículo 36.** Ningún acto podrá emitirse o celebrarse con infracción de una norma jurídica vigente, aunque éste provenga de la misma autoridad que dicte o celebre el acto respectivo. Ninguna autoridad podrá celebrar o emitir un acto para el cual carezca de competencia de acuerdo con la ley o los reglamentos.”

En torno al concepto de la violación, el Licenciado Alvaro Cabal señaló que la Resolución N°JD-2840 de 22 de junio de 2001, fue expedida infringiendo este principio de seguridad jurídica al hacer caso omiso de su deber de respetar las propias normas expedidas y vigentes del Ente en materia de regulaciones específicas de los autogeneradores y de los acuerdos de compraventa iniciales del IRHE con la Comisión del Canal de Panamá. (Cfr. f. 39)

**“Artículo 52.** Se incurre en vicio de nulidad absoluta en los actos administrativos dictados, en los siguientes casos:

1. Cuando así esté expresamente determinado por una norma constitucional o legal;
2. Si se dictan por autoridades incompetentes;
3. Cuando su contenido sea imposible o sea constitutivo de delito;
4. Si se dictan con prescindencia u omisión absoluta de trámites fundamentales que impliquen violación del debido proceso legal;
5. Cuando se graven, condenen o sancionen por un tributo fiscal, un cargo o causa distintos de aquéllos que fueron formulados al interesado.”

En cuanto a esta disposición legal, el apoderado judicial de la recurrente indicó como concepto de la violación que el numeral 5, del artículo 52 de la referida Ley dispone la nulidad de los actos administrativos dictados cuando en ellos se grave por un cargo o causa distinto de aquellos que fueron formulados al interesado, que es lo que ha ocurrido con la Comisión del Canal de Panamá en el caso de la Resolución N°JD-2840 del Ente.

Aunado a esto, resaltó que es evidente la incongruencia entre lo pedido por Elektra y lo concedido por el Ente en su Resolución N°JD-2840, sino que dentro de un proceso de arbitraje en el cual se ventilaba un cobro del año 1999, el Ente decide gravar a una persona distinta a las partes en conflicto, la Autoridad del Canal de Panamá, y además por acontecimientos que ocurran con posterioridad al acto administrativo al decir "...cuando ésta las utilice para realizar compras...". Esta conducta del Ente, en dicho acto administrativo, configura una infracción adicional por desviación de poder al adoptar decisiones distintas a las ordenadas por la Ley en el procedimiento de arbitraje, lo cual hace también anulable la Resolución N°JD-2840 por desviación de poder y para evitar afectación a terceros que, de no hacerlo, quedarían indefensos frente a esta arbitrariedad, tal como lo prevén los artículos 53 y 55 de la Ley 38 de 2000. (Cfr. fs. 40 y 41)

**"Artículo 150.** Incumbe a las partes probar los hechos o datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que les son favorables.

No requieren prueba los hechos afirmados por una parte y admitidos por la contraria, respecto a los cuales la ley no exige prueba específica; los hechos notorios; los que estén amparados por una presunción de derecho, y el derecho escrito que rige en la Nación o en los municipios.

Se prohíbe a la Administración Pública solicitar o requerir del peticionario documentos que reposen, por cualquier causa, en sus archivos, y que el interesado invoque como fundamento de su petición."

Referente a la supuesta infracción del artículo 150 de la Ley 38 de 2000, la actora manifestó como concepto de violación que la Comisión del Canal de Panamá acompañó su solicitud de arbitraje con todos los documentos que probaban que Elektra le cobró peaje por el uso de las líneas 401 y 402 y los que demostraban que la opinión invariable del Ente era que la Comisión, y posteriormente la Autoridad del Canal de Panamá, no usaban las líneas de distribución de Elektra por lo que no le era aplicable el peaje que ésta le cobraba. Por el contrario, Elektra, en ningún momento, presentó prueba alguna de que la totalidad o parte de la energía por la cual le cobró peaje a la Comisión le fuera entregada a otro agente distinto a la propia Elektra.

Aunado a esto, alegó que la ley 6 de 1997 determinó que para configurar la función de transmisión en el caso de las empresas distribuidoras, éstas deben permitir el uso de sus líneas de distribución para pasar a través de ellas energía de un agente de mercado a otro distinto de la propietaria de dichas redes. Sin embargo, en todo el expediente del

arbitraje y del recurso de reconsideración no aparece prueba alguna presentada en ese sentido por Elektra o el Ente. (Cfr. f. 42 y 43)

#### **IV. Concepto de la Procuraduría de la Administración.**

La presente controversia jurídica tiene su génesis en la venta de excedentes de energía que realizó la Comisión, hoy Autoridad del Canal de Panamá en el Mercado Ocasional, entregada en la subestación de Monte Esperanza, durante los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 1999.

A través de la Resolución N°2840 de 22 de junio de 2001, emitida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, se establece que Elektra Noreste, S.A., tiene derecho a cobrar peaje por el uso de sus instalaciones a la Autoridad del Canal de Panamá, cuando esta institución las utilice para realizar compras y ventas en el Mercado Ocasional en el Sector Atlántico. Esta decisión no es compartida por la Autoridad del Canal de Panamá, por lo que a través de su apoderado judicial ha presentado esta demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción.

Sin embargo, contrario a lo expuesto por la demandante, afirmamos que es legal la Resolución N°2840 de 22 de junio de 2001, expedida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, por las siguientes consideraciones:

1. La Autoridad del Canal de Panamá, en adelante, la ACP, es un Autogenerador, por tanto, lo que vende son sus excedentes de energía en el Mercado Ocasional; motivo por el cual, para realizar sus compras y ventas durante los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 1999, utilizó

la terminal en Monte Esperanza, que le corresponde a la Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A. (ETESA), y a través de ella se conectó al Sistema Interconectado Nacional (SIN). La ACP no tiene contrato con ningún otro Agente del Mercado; por tanto, para participar en el Mercado Ocasional, sus puntos de entrega son las instalaciones de ETESA, quien a través del Centro Nacional de Despacho (CND), maneja el Mercado Ocasional.

2. Las transacciones de compras y ventas de energía en el Mercado Mayorista de Electricidad, los puntos de entrega y de retiro de todos los productores, se da a través del Centro Nacional de Despacho de ETESA.

3. La ACP esta conectada a las instalaciones de ETESA, a través de las instalaciones de Elektra Noreste, S.A.; por tanto, debió considerar el costo de peaje en el precio ofertado. La ACP, al realizar sus ventas de excedentes de energía en el lado Atlántico, necesariamente tiene que usar las instalaciones de Elektra Noreste, S.A., ya que ésta no tiene conexión directa al Sistema Interconectado Nacional (SIN).

4. La ACP está obligada a pagar a Elektra Noreste, S.A., los peajes por el uso de las líneas e instalaciones de esta empresa, ya que cuando entregó energía en el Mercado Ocasional, lo realizó a través de la terminal de esta empresa, ubicada en la Subestación de Monte Esperanza. Además, cuando la ACP, realizó estas operaciones, lo hizo bajo el conocimiento de la Nota N°ETE-CND-319-99 de 23 de agosto de 1999, enviada por el Centro Nacional de Despacho a

la Comisión del Canal de Panamá, y en virtud de la cual se establecieron los parámetros para recibir los excedentes de energía de la Comisión del Canal de Panamá en la Subestación de Mount Hope. De esta nota es importante destacar que se expresó lo siguiente:

"1. El punto de medición oficial es la llegada de las líneas 401 y 402 a Mount Hope y la medición oficial es la del Mercado Mayorista. Todo lo que llegue a Mount Hope por estas líneas se considerará ventas de la Comisión del Canal al Mercado Mayorista y lo que salga corresponderá a ventas de éste a la Comisión, quien pagará los cargos por peajes y pérdidas que correspondan a cada operación.

...

6. De acuerdo con el Artículo 91 de la Ley No. 6 de 3 de febrero de 1997, la red de distribución es de libre acceso, sin embargo Elektra Noreste debe recibir una solicitud de la parte interesada y deberá establecer los requisitos de orden técnico que debe cumplir el solicitante."

5. A la Autoridad del Canal de Panamá, no se le esta cobrando por el uso de las líneas 401 y 402, que son de su propiedad. El cargo por peaje es por el acceso o la interconexión al Sistema de Interconectado Nacional (SIN), a través de la terminal de Elektra Noreste, S.A. ubicada en la subestación de Monte Esperanza. La subestación de Mount Hope o Monte Esperanza, no queda aislada del sistema, pues es necesario, que esta energía circule dentro de las distintas redes, lo que permite utilizarla y para esto, la ACP empleo las redes de distribución de la empresa Elektra Noreste, S.A.

6. Mediante la Resolución N°JD-605 de 24 de abril de 1998, por la cual se aprueba las Reglas para el Mercado Mayorista de Electricidad de la República de Panamá, en los

numerales 3.5.1.4 y 3.3.1.4, se establece, por un lado, el precio de la energía que un generador venda, y por el otro, la estructura del Mercado Ocasional, como una estructura financiera o comercial. Las normas legales que se comentan dicen así:

“3.5.1. 4. 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 de oferta, y al Autogenerador le corresponderá una remuneración por la energía que vende.

3.3.1.4. 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.”

7. El Autogenerador pone el precio de la energía vendida y participa en el Mercado Ocasional, por lo cual tiene que pagar cargos por conexión y peaje. En lo relativo al precio, lugar y condiciones de la venta, esto se verifica entre el CND y el Autogenerador; por lo tanto, debe contemplarse los peajes de transmisión o distribución que involucre la correspondiente venta.

8. El artículo 27 del Decreto Ejecutivo N°22 de 19 de junio de 1998, dispone los pagos de redes que debe tener presente un Autogenerador, como lo es la ACP, y claramente, se expresa que la venta de excedentes de energía, no los libera de sus obligaciones económicas con las empresas de distribución y de transmisión. La norma legal que se comenta dice así:

**"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"

Por lo expuesto, no compartimos los argumentos del apoderado judicial de la demandante, en cuanto a la supuesta infracción de los artículos 104 y 108 de la Ley N°6 de 3 de febrero de 1997; toda vez que, la decisión adoptada por el Ente Regulador de los Servicios Públicos a través de la Resolución impugnada, corresponde a la venta de excedentes de energía por parte de la Comisión o Autoridad del Canal de Panamá, como autogenerador, en el Mercado Ocasional, que luego, de que ingresa al Sistema de Interconectado Nacional (SIN), a través de las redes de distribución y el uso de la Subestación de Monte Esperanza, de propiedad de la empresa Elektra Noreste, S.A., para la venta de sus excedentes de energía en el Mercado Mayorista de Electricidad, debe pagar el respectivo peaje, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 91 y 108 de la Ley N°6 de 3 de febrero de 1997. Las disposiciones legales que se comentan dicen así:

**"Artículo 91. Libre acceso a las redes de distribución.**

Los distribuidores permitirán el acceso indiscriminado, a las redes de su propiedad, de cualquier gran cliente o generador que lo solicite, en las mismas condiciones de confiabilidad, calidad y continuidad, establecidas en el contrato de concesión, previa solicitud y cumplimiento de las normas técnicas que rijan el servicio **y el pago de las retribuciones que correspondan.**" (Las negritas son nuestras).

**"Artículo 108. Pago de los cargos de transmisión y distribución.** Las transacciones no reguladas realizadas entre agentes del mercado que utilicen el sistema interconectado nacional, **estarán sujetas al pago de los cargos por el servicio de operación integrada y acceso y uso de las redes de transmisión y distribución que correspondan.** Las transacciones con grandes clientes estarán, además, sujetas al pago de la tasa de control, vigilancia y fiscalización y al pago del cargo por alumbrado público." (Las negritas son nuestras).

Aunado a lo anterior, consideramos que no se produce la alegada violación al numeral 1, del artículo 19 de la Ley N°26 de 29 de enero de 1996, como tampoco a los artículos 27 y 36 del Decreto Ejecutivo N°22 de 19 de junio de 1998; porque, a través de la Resolución impugnada, el Ente Regulador de los Servicios Públicos, reconoció el derecho que tiene la empresa Elektra Noreste, S.A., de percibir una determinada suma de dinero en concepto de los servicios de acceso y uso de las redes de distribución, cuando la ACP utilice la terminal en Monte Esperanza para conectarse a las instalaciones de Elektra Noreste, S.A., y luego, de allí ingresar al SIN., de acuerdo a lo previsto en los numerales 3.5.1.4 y 3.3.1.4 de la Resolución N°JD-605 de 24 de abril de 1998, anteriormente citado.

En este sentido, resulta oportuno citar lo expuesto en el Informe Explicativo de Conducta rendido por la autoridad administrativa demandada, que expresa en su parte medular lo siguiente:

"En vista de la referida objeción de la CCP, en esta oportunidad el Ente Regulador aclara, adicionalmente, que los

Acuerdos A y B referidos, son acuerdos de interconexión y, además, constituyen Contratos de Compra Venta bilaterales celebrados entre un comprador determinado y la Comisión del Canal de Panamá, en los cuales se establecieron precios para las ventas que de los mismos surgían, en los que, las partes contratantes, como es lo usual, debieron haber considerado, los costos de peajes correspondientes a dichas ventas.

Dichos Acuerdos constituían compromisos contractuales bilaterales, muy distintos al caso de la ventas hechas por la Autoridad del Canal de Panamá al Mercado Ocasional, que fueron objeto de su Demanda de Arbitraje y que ahora son objeto del Recurso Contencioso Administrativo de Plena Jurisdicción, pues como explicamos en párrafos anteriores, para poder ser vendida en el Mercado Ocasional la energía que entregó la ACP al final de sus líneas 401 y 402 era necesario que usaran las redes de la empresa Elektra Noreste, S.A., ya que la ACP no tiene conexión física directa a las redes de la Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A. (ETESA), en el sector atlántico.

Para que la energía vendida por la ACP al Mercado Ocasional pueda llegar a los compradores, cuya identidad se desconoce en ese momento, es necesario que sea puesta a disposición del sistema a través de la red de distribución de la empresa Elektra Noreste, S.A.. Fue por ello que el Ente Regulador reconoció el referido derecho de esta empresa de cobrar los peajes correspondientes al uso de sus redes, pues ningún agente del mercado puede utilizar las redes ajenas sin pagar los correspondientes peajes.

La misma Demanda de Arbitraje presentada por la ACP ante el Ente Regulador, al igual que la demanda contencioso administrativa objeto del presente Informe, son pruebas elocuentes de lo que al respecto hemos afirmado en los párrafos precedentes. Puede observarse, que en dichas demandas la ACP pide que se ordene a Elektra Noreste, S.A., a que le pague B/.998.117.18 en concepto de ventas de energía en el Mercado Ocasional mientras que sólo pide que se ordene a Elektra Noreste, S.A., a

que le pague B/.14,052.17 en concepto de servicio de veneta (sic) energía dentro del Acuerdo B. (El subrayado es de la autoridad demandada). (Ver fojas 54 y 55).

En lo que concierne a la supuesta infracción al artículo 36, al numeral 5 del artículo 52 y al artículo 150 de la Ley N°38 de 2000, este Despacho disiente de los argumentos expuestos por el representante judicial de la demandante; ya que, tal como se ha expuesto en líneas anteriores, el Ente Regulador de los Servicios Públicos, reconoció el derecho que tiene Elektra Noreste, S.A., con fundamento en las distintas regulaciones que rigen el mercado eléctrico, y con especial énfasis en la Resolución N°JD-915 de 24 de julio de 1998, y la Nota N°ETE-CND-319-99 de 23 de agosto de 1999, en virtud de la cual el Centro Nacional de Despacho, le advierte a la Autoridad del Canal de Panamá, entre otros aspectos, que: "De acuerdo con el Artículo 91 de la Ley N° 6 de 3 de febrero de 1997, la red de distribución es de libre acceso, sin embargo Elektra Noreste, S.A., debe recibir una solicitud de la parte interesada y deberá establecer los requisitos de orden técnico que debe cumplir el solicitante."

Esta advertencia, emanada del Centro Nacional de Despacho, se hizo en atención que la empresa Elektra Noreste, S.A. es la propietaria del punto de medición, ubicada en la subestación Monte Esperanza, y por la cual la ACP, puede acceder al Sistema Interconectado Nacional, y vender sus excedentes en el mercado mayorista.

En relación a la supuesta violación del numeral 5, del artículo 52 de la Ley N°38 de 2000, consideramos que la misma

no se produce; puesto que, desde los inicios de esta controversia lo que se discute es el pago por el peaje que la ACP debe realizar a la empresa de Elektra Noreste, S.A., por el uso de las líneas de distribución de propiedad de esta empresa y que utiliza para vender sus excedentes de energía en el Mercado Ocasional, y del cual ahora la ACP, no puede pretender su desconocimiento, pues, a través de la Nota N°ETE-CND-319-99 de 23 de agosto de 1999, el Centro Nacional de Despacho, le comunicó que los peajes de cada operación corresponderían a la referida Comisión, hoy la Autoridad del Canal de Panamá.

Por último, en cuanto a la aludida infracción del artículo 150 de la Ley N°38 de 31 de julio de 2000, este Despacho es del criterio que no le asiste la razón al procurador judicial de la demandante al afirmar que Elektra Noreste, S.A. le cobró un peaje por el uso de las líneas 401 y 402, pues tal afirmación carece de sustento jurídico y fáctico; dado que, la autoridad demandada, afirma en la parte del Considerando de la Resolución impugnada: Que Elektra Noreste, S.A., no le está cobrando a la ACP por el uso de las líneas 401 y 402, sino por haber hecho uso de las redes o líneas de distribución de esta empresa. (Ver foja 6).

La Resolución N°2840 de 22 de junio de 2001, establece un cargo a favor de la empresa Elektra Noreste, S.A., con fundamento, entre otros aspectos, que mediante la Nota N°ETE-CND-319-99 de 23 de agosto de 1999, el CND le manifestó a la ACP que aceptaba que ésta entregase sus ventas de energía dirigidas al Mercado Ocasional al final de sus líneas 401 y

402, en la subestación Monte Esperanza, de propiedad de la empresa Elektra Noreste, S.A., lo cual no indica la exoneración de los peajes involucrados en la operación correspondiente.

Por lo expuesto, solicitamos respetuosamente a los Señores Magistrados que integran la Honorable Sala Tercera, denegar las pretensiones del apoderado judicial de la Comisión ó Autoridad del Canal de Panamá, y declare legal, la Resolución N°2840 de 22 de junio de 2001, emitida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos.

**VI. Pruebas:** Aceptamos las copias debidamente autenticadas que se aportaron con la demanda.

Aducimos el expediente administrativo, que contiene el proceso de Arbitraje celebrado entre la Comisión del Canal de Panamá y la empresa Elektra Noreste, S.A. en el Ente Regulador de los Servicios Públicos, el cual reposa en los archivos de esa entidad Reguladora del Servicio Público.

**VII. Derecho:** Negamos el invocado, por el apoderado judicial de la demandante.

**Señor Magistrado Presidente,**

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

AMdeF/11/bdec

Licdo. Víctor L. Benavides P.  
Secretario General