

Vista N° 322

05 de Julio de 2001

Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.

Contestación de la
Demanda.

La firma Arias, Fábrega & Fábrega, en representación de Bahía Las Minas Corp., para que se declare nula, por ilegal, la Resolución No. JD-2514 de 11 de diciembre de 2000, dictada por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, el acto confirmatorio y para que se hagan otras declaraciones.

Honorable Magistrada Presidenta de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

Concurrimos respetuosamente ante Vuestra Augusta Corporación de Justicia, con la finalidad de contestar la demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción interpuesta por la firma Arias, Fábrega & Fábrega, en representación de Bahía Las Minas Corp., para que se declare nula por ilegal, la Resolución No. JD-2514 de 11 de diciembre de 2000, emitida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, acto confirmatorio y para que se hagan otras declaraciones.

De conformidad con el numeral 2, del artículo 5 de la Ley No. 38 de 31 de julio de 2000, procedemos a intervenir en el presente negocio jurídico, en defensa del acto impugnado, es decir, de la Resolución No. JD- 2514 de 11 de diciembre de 2000, en virtud de la cual el Ente Regulador de los Servicios Públicos, resuelve la reclamación interpuesta por la Empresa de Generación Eléctrica Bahía Las Minas, S.A., ante el Centro

Nacional de Despacho (CND), relativa al Documento de Transacciones Económicas de dicha empresa, correspondiente al mes de agosto de 2000.

Al efecto, exponemos lo siguiente:

I. En cuanto a la Pretensión:

A través de la presente demanda, la firma forense que representa en juicio los intereses de la empresa Bahía Las Minas Corp., pretende que Vuestra Honorable Sala realice las siguientes declaraciones:

PRIMERO: Que es ilegal, y por lo tanto, nulo el acto administrativo contenido en la Resolución JD-2514 de 11 de diciembre de 2000, expedida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos.

SEGUNDO: Que es ilegal y, por lo tanto, nulo el acto administrativo contenido en la Resolución No. JD-2642 de 19 de febrero de 2001, expedida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos.

TERCERO: Que el Ente Regulador de los Servicios Públicos, al resolver el reclamo formulado por BAHIA LAS MINAS CORP., en contra de la liquidación de transacciones económicas emitida por el Centro Nacional de Despacho para el mes de agosto de 2000, debe darle prelación a los Contratos Iniciales celebrados entre BAHIA LAS MINAS CORP., EMPRESA DE DISTRIBUCIÓN ELECTRICA METRO OESTE, S.A. Y EMPRESA DE TRANSMISIÓN ELÉCTRICA, S.A.

CUARTO: Que el Ente Regulador de los Servicios Públicos, al resolver el reclamo formulado por BAHIA LAS MINAS CORP. en contra de la liquidación de transacciones económicas emitida por el Centro Nacional de Despacho para el mes de agosto de 2000, debe hacer que se cumplan, a cabalidad, los Contratos Iniciales celebrados entre BAHIA LAS MINAS CORP., EMPRESA DE DISTRIBUCIÓN ELECTRICA METRO OESTE, S.A. Y EMPRESA DE TRANSMISIÓN ELÉCTRICA, S.A." (Ver foja 36).

Sin embargo, por razones de iure y de facto que más adelante expondremos, solicitamos a Vuestra Honorable Sala que deniegue las declaraciones impetradas por la parte

que deniegue las declaraciones impetradas por la parte actora, ya que carecen de fundamento jurídico, tal como lo demostraremos en el curso del presente negocio jurídico.

II. Los Hechos u Omisiones en que se fundamenta la Acción, los contestamos así:

Primero: Éste más que un hecho; constituye la invocación de una reglamentación, emitida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos; por tanto, como tal, la tenemos.

Segundo: Éste lo contestamos igual que el hecho anterior.

Tercero: Este hecho lo contestamos igual que el hecho primero.

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

Quinto: Este hecho no es cierto, tal como viene redactado por el demandante; por tanto, lo rechazamos.

Sexto: Éste en parte constituye una alegación del demandante; por tanto, la rechazamos.

Séptimo: Éste es una argumentación del demandante; por tanto, la rechazamos.

Octavo: Éste más que un hecho constituye la invocación de una norma legal; y como tal, la tenemos.

Noveno: Este hecho tal como viene redactado por el demandante, no es cierto; por tanto, lo negamos.

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

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

Décimo Segundo: Este hecho es cierto; por tanto, lo aceptamos. (Ver fojas 1 a 7).

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

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

Décimo Quinto: Este hecho es cierto; por tanto, lo aceptamos
(Ver fojas 8 a 17).

Décimo Sexto: Este hecho es cierto; por tanto, lo aceptamos
(Ver foja 17).

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

III. Disposiciones Legales que se estiman violadas y el concepto de la infracción expuesto por el demandante:

La firma forense Arias, Fábrega & Fábrega, estima que la Resolución impugnada infringe las siguientes disposiciones legales:

1. El artículo 976 del Código Civil:

"Artículo 976. Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos".

A juicio de los apoderados judiciales de la empresa Bahía Las Minas Corp., la violación de esta norma legal se da en el concepto de violación directa, por omisión, ya que: "el Ente Regulador introdujo excepciones a la definición contractual de "Energía Asociada" respecto de ciertos tipos de clientes o de fuentes de energía para abastecer el Sistema Interconectado Nacional en los Puntos de Entrega de la Energía Asociada, estipulados en la Cláusula 1.1.4.2 de los Contratos Iniciales" (Ver foja 43).

Igualmente, señalan que se ha realizado una modificación ilícita a los Contratos Iniciales que: "reduciría la proporción de "Energía Asociada" que la empresa distribuidora esta obligada a recibir de ETESA en dichos Puntos de Entrega, y que, tanto BAHIA LAS MINAS CORP. como las demás empresas generadoras obligadas, que son parte de estos contratos en bloque, tienen que suministrar, dentro de su respectiva Potencia Firma Contratada, a ETESA y, por su conducto, a las empresas distribuidoras" (Ver foja 43).

Finalmente, en cuanto al concepto de la violación de esta norma legal señalan que:

"El Artículo 22 de la Licencia, que sujeta sus términos a lo dispuesto en el Marco Regulatorio, no es, por tanto, aplicable a los Contratos Iniciales y a la definición de Energía Asociada estipulada en los mismos, en cuanto dicha definición no adolece de vacíos, contradicciones o conflictos. Del elemento E de la fórmula que establece dicha definición, está claro que toda la energía requerida durante el período de abastecimiento en los Puntos de Entrega estipulados en los Contratos, es Energía Asociada y forma parte integral de la fórmula para calcularla. Por ello el Ente Regulador no puede lícitamente, mediante una resolución unilateral, como lo es la Resolución JD-1700, tal como fue modificada por la Resolución JD-1929, modificar este concepto vía una nueva definición de "Energía Total Requerida" que altera el conjunto de derechos y obligaciones contractuales, los cuales fueron expresamente aprobados por el Ente Regulador, ajustado a lo dispuesto en el párrafo transitorio del Artículo 20 de la Ley 6 de 1997". (Ver foja 44).

2. El ordinal 3 del artículo 94 de la Ley No. 6 de 3 de febrero de 1997, tal como ha sido modificado por el artículo 6 del Decreto Ley No. 10 de 26 de febrero de 1998.

"Artículo 94. Restricciones. Las empresas de distribución y sus propietarios estarán sometidos a las siguientes restricciones en la prestación del servicio.

....

3. Durante los primeros cinco años de vigencia de esta Ley, generar energía, y comprar energía a otras empresas diferentes a la Empresa de Transmisión, cuando la capacidad de generación agregada equivalente exceda el quince por ciento (15%) de la demanda atendida en su zona de concesión. El Ente Regulador podrá autorizar que se exceda este límite temporalmente, cuando a su juicio sea necesario para atender circunstancias imprevistas, o cuando a su juicio ello represente beneficio económico para los clientes".

Referente a esta disposición legal, la firma forense que representa en juicio los intereses de la empresa Bahía Las Minas, Corp. señalan lo siguiente:

"Ahora bien, la interpretación errónea del ordinal 3 del artículo 94 de la Ley 6 radica en entender que, al contemplar la posibilidad de efectuar compras directas, dicha disposición permite el desconocimiento de obligaciones contractuales previamente adquiridas por las empresas distribuidoras. Carece totalmente de fundamento esta interpretación acogida por el Ente Regulador respecto de la citada norma, y por ello entraña una violación de la misma. La interpretación correcta de la mencionada disposición es que las empresas están sujetas a una restricción en cuanto a las compras directas de energía a empresas distintas a la Empresa de Transmisión, y que las compras directas que se efectúen dentro de la mencionada restricción no pueden violar compromisos contractuales previamente

adquiridos por las empresas distribuidoras, y solamente serán permitidas (sin que ello autorice la reducción de dichos compromisos contractuales previos de compra de energía) "cuando la capacidad de generación agregada equivalente exceda el 15% de la demanda atendida en su zona de concesión". El texto entre comillas es, por cierto, un verdadero galimatías, incomprensible para cualquiera que no haya tenido el privilegio de leer la mente de su redactor, pero, en ningún caso, autoriza a la empresa distribuidora a disminuir sus compromisos contractuales previamente adquiridos". (Ver foja 48)

3. El párrafo transitorio del artículo 20 de la 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 20. El Ente Regulador tendrá las siguientes funciones en relación al sector de energía eléctrica.

...
Párrafo transitorio. El Ente Regulador aprobará los contratos de compraventa de energía iniciales y los valores agregados de distribución iniciales, entre las empresas eléctricas del Estado que surjan de la reestructuración del Instituto de Recursos Hidráulicos y Electrificación".

En relación con la supuesta conculcación de esta norma legal, los demandantes, expresan lo que se copia a continuación:

"Con base en la atribución contemplada en esta norma, el Ente Regulador aprobó, en su debido momento, los Contratos Iniciales. La aprobación que debe impartir el Ente Regulador a los contratos de compraventa de energía señalados en el párrafo transitorio del artículo 20 de la Ley 6 de 1997, supone, en primer término, una revisión de los mismos para verificar que su contenido no viole las disposiciones y regulaciones pertinentes y que sean consecuentes con

el interés público; y en segundo lugar, dicha facultad de aprobación comporta la expresión de voluntad, por parte de la entidad gubernamental correspondiente, de que los contratos serán respetados por el Estado.

Al modificar el concepto de Energía Asociada contemplado en los Contratos Iniciales, mediante la pretendida y novedosa interpretación de el concepto denominado Energía Total Requerida, el Ente Regulador ha alterado unilateralmente los Contratos Iniciales, contraviniendo así su compromiso de respetar lo pactos en los mismos, compromiso éste que se deriva de la aprobación que dicha institución impartió a dichos acuerdos. Esta modificación ha sido aplicada y reconocida en virtud de la Resolución JD-2515 y la JD-2645 que la confirma, mediante las cuales se ratifican los Documentos de Transacciones Económicas emitido por el CND para el mes de septiembre de 2000". (Ver fojas 49 y 50).

4. El artículo 5. 1. 3 del Volumen I de las Reglas para el Mercado Mayorista de Electricidad, aprobadas mediante la Resolución JD-605 de 24 de abril de 1998, que dice:

"5.1.3. En vista que el CND pertenece a la empresa de transmisión, y que dicha empresa permanecerá en manos del Estado, resulta fundamental garantizar a través de las reglas comerciales y operativas un marco claro y preciso en que deberá desarrollar sus tareas, garantizando su transparencia y objetividad. Se necesita dar confianza a los futuros inversores que el Estado no utilizará esta herramienta (un administrador del Mercado que se mantiene dentro de su ámbito) para afectar los precios (y en consecuencia tarifas) ni los resultados de los agentes del Mercado. Es por ello, que en las reglas comerciales de Panamá resulta necesario y conveniente tratar de evitar procedimientos administrativos en la definición de precios y asignación de remuneraciones y pagos, en los que el CND pueda, a través de las hipótesis u otro tipo de decisiones que deba tomar, ser visto como actuando con parcialidad".

A su juicio, esta norma legal ha sido infringida en el concepto de violación directa, por omisión, ya que:

"Se desprende de todo lo anterior que la Regla 5.1.3 ha sido violada directamente por el Ente Regulador, por falta de aplicación, al refrendar la conducta del CND, entidad ésta que se ha parcializado a favor de EDEMET y en perjuicio de BAHIA LAS MINAS CORP., en violación abierta de los compromisos contractuales de EDEMET con BAHIA LAS MINAS CORP, de adquirir la Energía Asociada Requerida con base en los Contratos Iniciales, con el propósito precisamente de trastocar los precios de la energía, con consecuencias gravísimas para la situación financiera de BAHIA LAS MINAS CORP., y, por consiguiente, para la inversión realizada en ella, para la estabilidad de su capacidad de generación, y para los planes de expansión y mejoramiento de sus instalaciones a fin de prepararse para los aumentos futuros en la demanda energética nacional". (Ver foja 54).

5. El artículo 3. 4. 1. 3 del Volumen II de las Reglas para el Mercado Mayorista de Electricidad, aprobadas mediante la Resolución No. 605 de 24 de abril de 1998, del Ente Regulador, que establece:

"3. 4. 1.3. El Distribuidor puede cubrir parte de su obligación de contratar la demanda de sus clientes regulados con generación propia. La demanda de sus clientes regulados restante luego de descontar el cubrimiento previsto con capacidad de generación propia debe cubrir con compras en el Mercado de Contratos".

En relación con esta norma legal, los apoderados judiciales de la empresa Bahía Las Minas Corp., afirman lo siguiente:

"Se incurre en una interpretación errónea del Artículo 3.4.1.3 del Volumen II de las Reglas cuando se entiende que dicha norma sustenta la prelación de las compras directas de energía sobre los compromisos de la empresa distribuidora de compra de energía sobre los compromisos de la empresa distribuidora de compra de energía asociada de los Contratos Iniciales, tal y como lo reflejan las liquidaciones efectuadas por el CND para el mes de septiembre de 2000, refrendadas por el Ente Regulador mediante las Resoluciones JD-2515 y JD-2645. Dicha norma no establece ninguna prelación entre los contratos de suministro, que incluyen tanto los Contratos Iniciales como los contratos de compra directa de energía suscritos por EDEMET desde finales de 1999. Nuevamente, al pretender ver en dicha disposición una prelación de las compras directas de energía sobre los compromisos de la empresa distribuidora de compra de energía asociada de los Contratos Iniciales, el Ente Regulador atenta contra el principio de derecho administrativo en virtud del cual el servidor público sólo puede hacer aquello que le está expresamente permitido, en la normativa legal y reglamentaria aplicable" (Ver foja 56).

6. Los artículos 6. 7. 2b; 9. 9. 4 y 14. 1. 3d del Informe Metodológico de las Reglas para el Mercado Mayorista de Electricidad, aprobadas mediante la Resolución No. 605 de 24 de abril de 1998 del Ente Regulador, en concepto de interpretación errónea:

"6. 7. 2b. Los distribuidores tienen la obligación de realizar contratos de suministro de energía, a administrar el Mercado Ocasional bajo la metodología por diferencias, que cubran su demanda prevista que no esté cubierta con generación propia".

"9. 9. 4. Antes del comienzo de cada año, cada Distribuidor tiene la obligación de contratar para el siguiente año la participación prevista en la demanda

máxima de generación de sus clientes cautivos que no prevé cubrir con generación propia".

"14. 1. 3. La obligación de contratar está dada por el requerimiento de generación para cubrir la participación de sus clientes cautivos en la máxima demanda de generación conjunta prevista para el Mercado que no cubra con generación propia comprometida para ello".

Los demandantes dicen que se incurre en una interpretación errónea de estas normas cuando se entiende que ellas sustentan la prelación de las compras directas de energía sobre los compromisos de la empresa distribuidora de compra de energía asociada de los Contratos Iniciales, como los reflejan las liquidaciones del CND y las resoluciones atacadas. Las normas no establecen, en opinión de la recurrente, ninguna prelación entre los contratos de suministro, que incluyen tanto los Contratos Iniciales como los contratos de compra directa de energía suscritos por EDEMET desde finales de 1999.

7. Los artículos 3. 3. 1. 3 y 6. 2. 1. 2 del Volumen II de las Reglas para el Mercado Mayorista del Electricidad, en concepto de interpretación errónea:

"3. 3. 1. 3. Cada distribuidor debe cumplir con la obligación de contratar establecida en la Ley, mediante generación propia y/o compras en el Mercado de Contratos, de acuerdo a las normas y procedimientos definidos en este Tomo Comercial del Reglamento de Operación".

"6. 2. 1. 2. Cada Distribuidor debe comprar potencia firme de largo plazo mediante Contratos de Suministro para cubrir la demanda máxima de generación de

sus clientes regulados que no cubre con generación propia".

Como concepto de infracción se argumenta se incurre en una interpretación errónea de los preceptos transcritos cuando se entiende que ellas sustentan la prelación de las compras directas de energía sobre los compromisos de la empresa distribuidora de compra de energía asociada de los Contratos Iniciales, como los reflejan las liquidaciones del CND y las resoluciones atacadas. La normas no establecen, en opinión de la sociedad recurrente, ninguna prelación entre los contratos de suministro, que incluyen tanto los Contratos Iniciales como los contratos de compra directa de energía suscritos por EDEMET desde finales de 1999.

8. Los artículos 3. 3. 1. 3 y 6. 2. 1. 2 del Volumen II de las Reglas para el Mercado Mayorista del Electricidad, en concepto de interpretación errónea:

"3. 3. 1. 3. Cada distribuidor debe cumplir con la obligación de contratar establecida en la Ley, mediante generación propia y/o compras en el Mercado de Contratos, de acuerdo a las normas y procedimientos definidos en este Tomo Comercial del Reglamento de Operación".

"6. 2. 1. 2. Cada Distribuidor debe comprar potencia firme de largo plazo mediante Contratos de Suministro para cubrir la demanda máxima de generación de sus clientes regulados que no cubre con generación propia".

Como concepto de infracción se argumenta se incurre en una interpretación errónea de los preceptos transcritos cuando se entiende que ellas sustentan la prelación de las compras directas de energía sobre los compromisos de la

empresa distribuidora de compra de energía asociada de los Contratos Iniciales, como los reflejan las liquidaciones del CND y las resoluciones atacadas. La normas no establecen, en opinión de la sociedad recurrente, ninguna prelación entre los contratos de suministro, que incluyen tanto los Contratos Iniciales como los contratos de compra directa de energía suscritos por EDEMET desde finales de 1999 (Ver fojas 58 y 59).

9. El Artículo 14. 6. 1. 2 del Volumen II de las Reglas para el Mercado Mayorista de Electricidad, aprobadas mediante la Resolución No. 605 de 24 de abril de 1998 del Ente Regulador:

"14. 6. 1. 2 Al finalizar cada mes, el CND debe obtener para cada Participante:

- a) el resultado neto de sus transacciones en el Mercado Ocasional;
- b) más el resultado neto de su participación en el pago y/o cobro de compensaciones de potencia;
- c) más el resultado neto de sus transacciones por generación obligada, o sea pago de los sobrecostos y/o cobro de las compensaciones;
- d) más el resultado neto de sus transacciones por pérdidas;
- e) más el resultado neto de los servicios auxiliares;
- f) menos los cargos resultantes de las tarifas por el servicio de despacho, operación integrada y administración del CND y el servicio del Comprador Principal, y el servicio de Transmisión".

Como concepto de la violación de esta norma legal, los recurrentes afirman que: "la objeción de Bahía Las Minas Corp., tiene que ver con la liquidación de las compra directas de energía que EDEMET ha celebrado con otras generadoras... Los Grandes Clientes de la zona de concesión de EDEMET han sido, hasta el momento, clientes regulados, que mantienen una relación con EDEMET, y sólo a ésta le pagan por la energía consumida. La citada norma 14.6.1.2. no brinda fundamento alguno al CND para que le otorgue prelación a las compras directas de energía efectuadas por EDEMET sobre las obligaciones de ésta bajo los Contratos Iniciales..." (Ver fojas 60 y 61).

10. El artículo 13 del Código Civil:

"Artículo 13. Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional, las reglas generales de derecho, y las costumbres, siendo general y conforme con la moral cristiana".

Los abogados de la empresa demandante aseveran, no se puede ignorar que aún cuando las Reglas del Mercado Mayorista de Electricidad no distinguen entre los diferentes Contratos de Suministro, que incluyen todos los contratos de compraventa de potencia y/o energía entre generadores y distribuidores con los que se abastece el Sistema Eléctrico Nacional, los Contratos Iniciales establecieron compromisos de compraventa de potencia y energía asociada definidos en dichos contratos, que constituyen derechos contractuales previamente adquiridos entre las partes de dichos contratos.

Por consiguiente, aseveran, que el CND, como administrador del Mercado de Contratos, tiene que respetarlos íntegramente frente a cualquier compromiso posterior de compraventa directa de energía que se haya celebrado, porque, como hemos visto, no hay, supuestamente, asidero legal o reglamentario válido que autorice al CND o al Ente Regulador proceder de otro modo.

11. Los artículos 8. 3. 1. 1 y 8. 3. 1. 2. del Volumen II de las Reglas para el Mercado Mayorista de Electricidad, adoptadas por el Ente Regulador de los Servicios Públicos como el Anexo A de la Resolución JD-605 de 24 de abril de 1998:

" 8. 3. 1. 1. El Contrato de Suministro que incluye la compra/venta de energía debe acordar un compromiso de bloques horarios de energía, que se pueden expresar como un porcentaje de consumo, como cantidades fijas, o cualquier otra modalidad que permita al CND determinar hora por hora el compromiso de energía".

"8. 3. 1. 2. El Participante Productor asume el compromiso de entregar cada hora el bloque de energía con producción propia o compras en el Mercado Ocasional".

En cuanto a la aludida infracción de estas disposiciones, los demandantes, sostienen que se da en el concepto de violación directa, por omisión, ya que: "La Resolución JD-2515, tal como fue confirmada por la Resolución JD-2645, al sancionar el uso de una base mensual para el cálculo de la energía objeto de compras directas por la empresa distribuidora o generada por ella por sus propios medios, adoptada por el CND en su Documento de Transacción de

septiembre 2000, ha violado, por falta de aplicación, la norma prevista en el artículo 8.3.1.2. de la cual se desprende que debe emplearse una base horaria para hacer el cálculo de la energía objeto de compraventa entre las empresas generadoras y las distribuidoras con base en contratos de suministro de energía". (Ver foja 62).

12. Los artículos 8. 3. 2. 1 y 8. 3. 2. 2. del Volumen II de las Reglas:

"8. 3. 2. 1. Cada hora, el CND debe administrar las transacciones de energía de cada Participante Consumidor de acuerdo a la siguiente metodología:

- a) Totalizar la energía que compra de Contratos de Suministro.
- b) Si su consumo real de energía no resulta cubierto en su totalidad por contratos, c) asignar el faltante como compra en el Mercado Ocasional.
- c) Si la compra de los contratos supera su consumo real, asignar el excedente como venta en el Mercado Ocasional, de existir demanda".

"Artículo 8. 3. 2. 2. Cada hora, el CND debe administrar las transacciones de energía de cada Participante Productor de acuerdo a la siguiente metodología.

- a) Calcular la energía que comercializa totalizando la generación de sus GGC, menos la energía que vende en Contratos de Reserva, más la energía que compra por Contratos de Reserva.
- b) Calcular la energía comprometida totalizando la energía vendida en contratos, como suma de la energía que debe entregar a los Contratos de Suministro y los Contratos de Reserva en que es la parte vendedora.
- c) Si la energía que comercializa es menor que la energía comprometida, asignar la energía faltante como compra en el Mercado Ocasional.
- d) Si la energía que comercializa es mayor que la energía comprometida, asignar la energía excedente como venta en el Mercado Ocasional.

A juicio de los demandantes, la Resolución impugnada, ha violado en el concepto de falta de aplicación las normas citadas, toda vez que el Ente Regulador de los Servicios Públicos: "al sancionar el uso de una base mensual para el cargo de la energía adquirida directamente por la empresa distribuidora o mediante generación propia, adoptada por el CND en su Documento de Transacción para el mes de septiembre de 2000, ha violado, por falta de aplicación, la norma prevista en el artículo 8.3.2.2 del Volumen II de las Reglas, de la cual se desprende que debe emplearse una base horaria para hacer el cálculo de la energía adquirida por la empresa distribuidora, o sea, el participante consumidor, y consumida por sus clientes. (Ver fojas 63 y 64).

IV. Contestación de la Procuraduría de la Administración:

Efectuada las transcripciones de las normas legales que se estiman infringidas por la Resolución No. JD-2515 de 11 de septiembre de 2000, emitida por el Ente Regulador de los Servidores Públicos, procedemos a contestar la presente Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción, en los siguientes términos:

1. Antecedentes:

Con el propósito de que los clientes regulados pudiesen beneficiarse de ofertas distintas a las contratadas por las empresas distribuidoras mediante los Contratos Iniciales, el Ente Regulador dictó la Resolución No. JD-1699 de 10 de diciembre de 1999, autorizó a tales empresas que contasen con un régimen tarifario aprobado por el Ente Regulador, a que

podiesen aumentar temporalmente hasta el 50% la generación propia y/o las compras directas de energía que autoriza el numeral 3, del artículo 94 de la Ley No. 6 de 3 de febrero de 1997, dentro del período comprendido desde la fecha de ejecutoria de dicha resolución hasta el 30 de junio de 2000.

El Centro Nacional de Despacho (CND) aplicó la Resolución No. JD-1699 a las distintas transacciones correspondientes al mes de diciembre de 1999, relativas a la Empresa de Generación Eléctrica Bahía Las Minas, S.A., hoy Bahía Las Minas, Corp.

La Empresa de Generación Eléctrica Bahía Las Minas, S.A., objetó el Documento de Transacciones Económicas correspondiente al mes de septiembre de 2000, expedido por el Centro Nacional de Despacho, por considerarlo irregular e incorrecto.

Por tanto, de acuerdo a lo previsto en las Reglas Comerciales del Mercado Mayorista de Electricidad, el Gerente del Centro Nacional de Despacho (CND) envió al Ente Regulador los documentos relacionados con la reclamación de esta empresa, la cual comprendía el mes de septiembre de 2000.

Esta intervención del Ente Regulador de los Servicios Públicos, se da en acatamiento de lo dispuesto en el numeral 14.8.1.3 de las Reglas Comerciales del Mercado Mayorista de Electricidad, que dispone lo siguiente:

"El CND deberá analizar los reclamos dentro de un plazo no mayor de 15 días y realizar los ajustes que correspondan. De no surgir acuerdo con el Participante que presenta el reclamo, el CND debe elevar el reclamo al ERSP, incluyendo la justificación que presentó el

Participante y el motivo de su rechazo por parte del CND. El ERSP decidirá en instancia última e informará al CND para que lo tenga en cuenta en las transacciones comerciales".

A través de la Resolución impugnada, el Ente Regulador estableció que el Documento de Transacciones Económicas para el mes de septiembre de 2000, emitida por el Centro Nacional de Despacho, y relativo a las operaciones de intercambio de energía de la Empresa de Generación Eléctrica Bahía Las Minas, S.A., que se produjeron en el sistema de eléctrico nacional administrado por el CND, son correctos y obligatorios.

El Ente Regulador de los Servicios Públicos confirmó la Resolución impugnada, mediante la No. JD-2645 de 19 de febrero de 2001, de la cual interesa destacar los siguientes aspectos:

"Que Bahía Las Minas parece estar confundiendo lo que son compromisos físicos de entrega de energía con la forma en que el CND hace las liquidaciones de los contratos. Estimamos que BAHÍA LAS MINAS está confundiendo ambas situaciones, porque las cita en forma conjunta, sin advertir que el CND no está haciendo liquidaciones de operaciones físicas, si no, que se ha limitado a liquidar los Contratos conforme fueron pactados, esto es, siguiendo la fórmula que cada contrato indica.

Los Contratos Iniciales contienen una fórmula, que es la de la Energía Asociada contenida en sus Cláusulas 1.1.2.1., la cual en forma alguna indica que el CND debe asignar toda la energía que se mide en los Puntos de Entrega indicados en los Contratos Iniciales a favor de éstos, sin tomar en cuenta que parte de la energía medida en los Puntos de Entrega proviene de otros Agentes del

Mercado. Esto es lo que implícitamente afirma Bahía Las Minas, a pesar de que no explica cómo se produciría dicha liquidación conforme a sus contratos. Recalcamos que, en efecto, el CND está liquidando todos los contratos en la misma forma, mediante un mecanismo financiero, que es el que ordenan las Reglas Comerciales. Esto es, no está haciendo liquidaciones que se basen en entregas físicas.

Si el CND tuviese que asignar toda la energía medida en los Puntos de Entrega indicados en los Contratos Iniciales (puntos que son comunes para todos los contratos, llámese directos o iniciales, debido a que son los puntos a través de los cuales las empresas distribuidoras están en capacidad de recibir energía y potencia), primero a los contratos Iniciales y después a los Contratos de Compra Directa, como pretende Bahía Las Minas, ello resultaría ilusorio, pues se obstaculizaría la vigencia y aplicación de los Contratos de Compra Directa, y su libre contratación dentro del 15%, ya que la energía medida en los referidos puntos comunes, constituye de hecho toda la Energía Requerida por cada una de las empresas de distribución eléctrica a través de estos puntos.

En consecuencia, de seguirse el método recomendado por Bahía las Minas, se burlaría lo dispuesto en el numeral 3 del Artículo 94 de la Ley No. 6 de 1997, y las normas de las Reglas del Mercado Mayorista de Electricidad que autorizan a las empresas distribuidoras a celebrar contratos de suministro distintos a los Contratos Iniciales". (Las negrilla son del Ente Regulador). (Ver foja 10 y 11).

2. Fundamento legal del acto impugnado:

- a. La actuación del Ente Regulador en el presente caso, se fundamentan, primeramente en los numerales 1, 5 y 25 del artículo 19 de la Ley No. 26 del 29 de enero de 1996, por la cual se crea el Ente Regulador, cuyo texto es el que a continuacion se copia:

"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;

...

5. Promover la competencia y la eficiencia en las actividades de los servicios públicos e investigar posibles conductas monopolísticas, anticompetitivas o discriminatorias, en las empresas y entidades que operen en dichos servicios públicos, cuando considere que pueden ir en contra del interés público;

...

25. En general, realizar los actos necesarios para que se cumplan las funciones y los objetivos de esta Ley y de las leyes sectoriales, así como los contratos, concesiones, licencias y autorizaciones que se generen de estas leyes".

Por consiguiente, la Ley No. 26 de 29 de enero de 1996, modificada por la Ley No. 24 de 30 de junio de 1999, creó el Ente Regulador de los Servicios Públicos como un organismo autónomo del Estado, con personería jurídica y patrimonio propio, el cual tiene a su cargo el control y fiscalización de los servicios públicos de abastecimiento de agua potable, alcantarillado sanitario, telecomunicaciones y electricidad, así como los de transmisión y distribución de gas natural.

Por otro lado, la 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", modificada por el Decreto Ley No. 10 de 26 de febrero de 1998, establece el régimen al que se sujetarán las actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica, destinadas a la prestación del servicio público de electricidad.

El artículo 2, de esta Ley, señala la finalidad del régimen al que están sujetas las actividades de transmisión, generación y distribución y comercialización de energía eléctrica. Esta disposición legal reza así:

"Artículo 2. Finalidad del régimen. El régimen establecido en esta Ley, para la prestación del servicio público de electricidad, tiene por finalidad:

1. Propiciar el abastecimiento de la demanda de los servicios de energía eléctrica y el acceso de la comunidad a éstos, bajo criterios de eficiencia económica, viabilidad financiera, calidad y confiabilidad de servicio, dentro de un marco de uso racional y eficiente de los diversos recursos energéticos del país.
2. Establecer el marco legal que incentive la eficiencia económica en el desarrollo de las actividades de generación, transmisión y distribución, así como en el uso de la energía eléctrica.
3. Promover la competencia y la participación del sector privado, como instrumentos básicos para incrementar la eficiencia en la prestación de los servicios, mediante las modalidades que se consideren más convenientes al efecto".

Los numerales 2 y 25 del artículo 20 de la Ley No. 6 de 1997, señalan las funciones del Ente Regulador con relación al sector de energía eléctrica:

"Artículo 20. Funciones. El Ente Regulador tendrá las siguientes funciones en relación al sector de energía eléctrica:

...

2. Vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que estén sujetos quienes presten el servicio público de electricidad, y sancionar sus violaciones.

...

25. En general, realizar los actos necesarios para el cumplimiento de las funciones que le asigne la Ley".

Como puede observarse, el Ente Regulador expide el acto atacado en ejercicio de sus facultades para vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos que regulan el sector eléctrico, en pro del interés público.

b. Por su parte, los numerales 1 y 3 del artículo 94 de la Ley No. 6 de 1997, indican las restricciones que tienen las empresas distribuidoras en la prestación del servicio público de electricidad y la potestad de generación propia:

"Artículo 94. Restricciones. Las empresas de distribución y sus propietarios estarán sometidos a las siguientes restricciones en la prestación del servicio:

1. Participar, directa o indirectamente, en el control de plantas de generación, cuando la capacidad agregada equivalente exceda el quince por ciento (15%) de la demanda atendida en su zona de concesión.

...

3. Durante los primeros cinco años de vigencia de esta Ley, generar energía, y comprar energía a otras empresas diferentes a la Empresa de Transmisión, cuando la capacidad de generación agregada equivalente exceda el quince por ciento (15%) de la demanda atendida en su

zona de concesión. El Ente Regulador podrá autorizar que se exceda este límite temporalmente, cuando a su juicio sea necesario para atender circunstancias imprevistas, o cuando a su juicio ello represente beneficio económico para los clientes".

Luego, la Ley No. 6 de 1997 faculta a las empresas distribuidoras a generar energía con medios propios y comprar, dentro de los cinco (5) primeros años de vigencia de la Ley, energía a un generador independiente, hasta un quince por ciento (15%) de su demanda.

c. Asimismo, la Ley No. 6 de 1997, otorga ciertos derechos a los denominados Grandes Clientes. Dice el artículo 6 de la Ley No. 6 de 1997:

Artículo 6. Definiciones. Para los efectos de la presente Ley, se entiende por:

...

Gran cliente. 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..."

El artículo 91 de la Ley No. 6 de 1997, establece el libre acceso a las redes de distribución para que, entre otras cosas, los Grandes Clientes puedan contratar el suministro de energía con una empresa distinta del distribuidor al que se encuentra conectado físicamente, es decir directamente a alguna generadora. Dicho artículo dispone lo siguiente:

"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".

El artículo 107, de la Ley No. 6 tantas veces citada, de forma expresa señala la prerrogativa con que cuentan los Grandes Clientes:

"Artículo 107. Ventas a grandes clientes. Los grandes clientes tendrán la opción de negociar, libremente, los términos y condiciones de suministro de energía con los otros agentes del mercado, o de acogerse a los términos y condiciones establecidos para los clientes en el mercado regulado, correspondientes al nivel de tensión en el que se efectúe el suministro de energía".

La ley claramente señala como derechos de los Grandes Clientes, el acceso a las redes de distribución y a contratar directamente con las empresas generadoras el suministro de energía eléctrica.

d. De conformidad con lo estatuido en los artículos 70 , 71 y 72 de la Ley No. 6 de 3 de febrero de 1997, y las Reglas Comerciales del Mercado Mayorista de Electricidad, le corresponde al Centro Nacional de Despacho (CND), administrar el Mercado de Contratos y las operaciones que se produzcan en el Mercado Ocasional de electricidad. Las normas que se comentan, dicen así:

"Artículo 70. Operación integrada. La operación integrada es un servicio de utilidad pública que tiene por objeto atender, en cada instante, la demanda en el sistema interconectado nacional, en forma confiable, segura y con calidad de servicio, mediante la utilización óptima

de los recursos de generación y transmisión disponibles, incluyendo las interconexiones internacionales, así como administrar el mercado de contratos y el mercado ocasional".

"Artículo 71. Funciones. La operación integrada comprende las siguientes funciones, que se realizarán ciñéndose a lo establecido en el Reglamento de Operación:

1. Planificar la operación de los recursos de generación, transmisión e interconexiones internacionales en el sistema interconectado nacional, teniendo como objetivo una operación segura, confiable y económica.
2. Ejercer la coordinación, supervisión, control y análisis de la operación de los recursos de generación y transmisión, incluyendo las interconexiones internacionales.
3. Determinar y valorizar los intercambios de energía y potencia, resultantes de la operación integrada de los recursos de generación y transmisión del sistema interconectado nacional.
4. Coordinar la programación del mantenimiento de las centrales de generación y de las líneas de transmisión en el sistema interconectado nacional.
5. Aplicar e interpretar el Reglamento de Operación e informar, al Ente Regulador, acerca de las violaciones o conductas contrarias al Reglamento.
6. Llevar el registro de fallas".
7. Administrar el despacho del mercado de contratos en el que participen los agentes del mercado.
8. Las demás atribuciones que le confieran la presente Ley y sus reglamentos.

"Artículo 72. Gestión de la operación integrada. El servicio público de operación integrada será prestado por el Centro Nacional de Despacho (CND), dependencia de la Empresa de Transmisión a que se refiere el capítulo IV de este título. Esta empresa deberá llevar una adecuada separación contable de los ingresos y costos correspondientes a este servicio".

e. La Resolución No. JD-605 del 24 de abril de 1998, emitida por el Ente Regulador, aprueba las Reglas del Mercado Mayorista, las cuales permiten compensar los intercambios de energía entre agentes del mercado del sistema interconectado nacional.

El numeral 3.4.1.3. del Artículo Tercero de las Reglas del Mercado Mayorista desarrollan el derecho que los numerales 1 y 3 del artículo 94 de la Ley No. 6 de 1996, contemplan a favor de las empresas distribuidoras. Dicho numeral señala lo siguiente:

"3.4.1..3 El Distribuidor puede cubrir parte de su obligación de contratar la demanda de sus clientes regulados con generación propia. La demanda de sus clientes regulados restante luego de descontar el cubrimiento previsto con capacidad de generación propia la debe cubrir con compras en el Mercado de Contratos".

El mercado eléctrico, en el cual se realizan las transacciones comerciales de compra y venta de energía, es administrado por el Centro Nacional de Despacho (CND), dependencia de la Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A., y al mismo le corresponde determinar las liquidaciones correspondientes a la compra y venta realizada por cada uno de los agentes de ese mercado eléctrico. El método que el CND debe utilizar para calcular las liquidaciones, se encuentra claramente especificado en las Reglas del Mercado Mayorista. Dice el numeral 14.6.1.2 de la Reglas:

"14.6.1..2 Al finalizar cada mes, el CND debe obtener para cada Participante:

- a) el resultado neto de sus transacciones en el Mercado Ocasional;
- b) más el resultado neto de su participación en el pago y/o cobro de compensaciones de potencia;
- c) más el resultado neto de sus transacciones por generación obligada, o sea pago de los sobrecostos y/o cobro de las compensaciones;
- d) más el resultado neto de sus transacciones por pérdidas;
- e) más el resultado neto de los servicios auxiliares;
- f) menos los cargos resultantes de las tarifas por el servicio de despacho, operación integrada y administración del CND y el servicio del Comprador Principal, y el servicio de Transmisión".

Nótese que en el método establecido en el numeral transcrito de las Reglas, no se prevé lo correspondiente a la energía consumida por el Gran Cliente, ni la energía generada por el propio distribuidor; por tanto, no se puede pretender que se tome dicha energía dentro del esquema de la Energía Total Requerida contemplada en los Contratos Iniciales.

Sobre el particular, es importante destacar que la Ley No. 26 de 1996 y la Ley No. 6 de 1997, fueron expedidas previamente al proceso de venta de las empresas que resultaron de la reestructuración del IRHE, y que tanto las Reglas del Mercado Mayorista como los Contratos Iniciales de compraventa de energía, se ajustaron al marco establecido en aquéllas normas legales; no es posible pues, que la Empresa de Generación Eléctrica Bahías Las Minas, pretenda desconocer con su errada interpretación los derechos conferidos por esas leyes a las Empresas Distribuidoras y a los Grandes Clientes.

Consideramos que no resulta ilegal la Resolución No. JD-2515 de 11 de diciembre de 2000, emitida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, ya que la misma y su acto confirmatorio, se han dando conforme a las normas contenidas en las Reglas del Mercado Mayorista de Electricidad y en las demás normas legales que regulan el mercado eléctrico nacional.

Al respecto, el Informe Explicativo de Conducta rendido por la autoridad demandada, señala lo siguiente:

"Incorre en un grave error Bahía Las Minas, que los Contratos Iniciales garantizan una capacidad de generación y de suministro de energía, y que dicha garantía es ley entre las partes contratantes que no puede ser afectada unilateralmente por el CND o por el Ente Regulador o los compradores.

Incorre en un grave error Bahía Las Minas al afirmar lo anterior. Los Contratos Iniciales aunque se denominan "Para la Compra de Potencia Firme de Largo Plazo y la Energía Asociada Requerida" sólo significan al respecto lo siguiente:

-Que el Vendedor está obligado a garantizar una potencia firme durante la vida del contrato.

- Que esa potencia firme es fija y establece expresamente su cuantía en el contrato, la cual no puede ser modificada unilateralmente. En consecuencia, la empresa compradora está obligada a pagar la potencia contratada, utilícela o no y al precio contratado.

- En cambio, la Energía a suministrar conforme a los referidos contratos es variable, pues dependerá de los requerimientos que tenga la empresa compradora. En estos contratos no se estableció una cuantía fija, lo cual es distinto en lo relativo a la potencia. La energía (E) que resulte como suministrada por una empresa generador, sólo será aquella energía que se mida en los Puntos de Entrega definidos en dichos contratos, luego de tener en cuenta la energía que haya suministrado otra

empresa generadora mediante Contratos Directos, o si los hubiere, la energía utilizada por los Grandes Clientes conectados al sistema de la distribuidora. No es procedente lo que pretende Bahía Las Minas, consistente en que se le asigne a los Contratos Iniciales toda la energía medida en dichos Puntos de Entrega, sino sólo aquella que haya sido suministrada a la distribuidora mediante los Contratos Iniciales. De la forma en que lo exige Bahía Las Minas, ésta se estaría enriqueciendo ilícitamente en perjuicio del resto de los agentes del mercado y en franca violación de la Ley No. 6 de 3 de febrero de 1997, y en ostensible violación de las Reglas del Mercado Mayorista de Electricidad, la lógica y el sentido común.

- No puede obligarse al CND y al Ente Regulador a violar la Ley y las Reglas del Mercado Mayorista de Electricidad, a fin de garantizar a Bahía las Minas sus erradas proyecciones económicas e interpretaciones que violan la ley..." (Las negrillas son del Ente). (Ver foja 73).

Los puntos de entrega de energía son compartidos por todas las empresas generadoras, pero también las empresas distribuidoras los utilizan para pasar por ellos la energía generada por sus propias plantas, para hacerla llegar a sus clientes. Igualmente, la energía requerida por los grandes clientes conectados a algún sistema de distribución que decidan comprar energía directamente a las generadoras, tendría necesariamente que pasar por alguno de estos mismos puntos de entrega y en este supuesto, de aceptarse la tesis de la demandante, las generadoras estarían cobrándoles directamente a los grandes clientes y, además, cobrándoles por esa misma energía a las empresas distribuidoras, con su

posterior traslado a los clientes regulares, ya que se trata de puntos de entrega compartidos por todas las empresas.

Por lo anterior, en los contratos de compraventa de energía existe lo que se denomina la fórmula de "Energía Asociada Requerida" que permite determinar la cantidad de energía que efectivamente suministra cada una de las varias empresas generadoras a un distribuidor dado. Esta fórmula se hace imprescindible para verificar el adecuado cumplimiento de las condiciones contractuales de entrega de energía pactadas por los distintos generadores, pues por las características físicas de la energía eléctrica es imposible distinguir, por lo menos hasta ahora, las fuentes de origen de donde proviene la unidad de energía (Kilowatts-hora) medida en los puntos de entrega. Dicho de otra manera, cuando dos o más unidades de energía eléctrica provenientes de distintas fuentes llegan al mismo punto de entrega, las mismas son totalmente indistinguibles entre sí.

La administración del mercado de contratos de suministro de energía eléctrica, se complica por el hecho de que en los puntos de entrega no sólo se recibe la energía que las generadoras destinan a los distintos distribuidores, sino, también, la energía destinada a los grandes clientes de los generadores que se encuentren ubicados en el área de servicio del distribuidor del caso, así como la energía proveniente de las plantas de generación propiedad de los propios distribuidores.

La interpretación que el Ente Regulador hace de lo que debe entenderse como Energía Requerida para los propósitos de

calcular la Energía Asociada, entonces no es contraria a la Ley, sino que se hace conforme con los derechos que ésta ha otorgado a las empresas distribuidoras y a los grandes clientes.

El Ente Regulador adopta esta posición en vista de que varios agentes del mercado habían manifestado al CND y al Ente Regulador criterios muy distintos respecto a la energía que debía ser incluida dentro de la letra E de la fórmula de calculo de la Energía Asociada prevista en todas las Cláusulas 1.1.2.1 de todos los contratos iniciales. Para mayor claridad, transcribimos íntegramente el contenido de ésta:

"Energía Asociada.- Es el compromiso horario de energía del VENDEDOR al COMPRADOR. Se determina como la fracción de la demanda total de energía del COMPRADOR, registrada hora a hora en los puntos de Entrega de la Energía Asociada, que resulta de dividir la Potencia Firme Contratada entre la Demanda Máxima de Generación para el año en curso, calculada para cada año de acuerdo con el Reglamento de Operación. La energía Asociada durante una hora se define así:

EA es igual $(PFC/DMG) \times E$

Donde

EA es igual a Energía Asociada expresada en kWh

PFC es igual a Potencia Firme Contratada expresada en kW

DMG es igual a Demanda Máxima de Generación para el año en curso expresada kW

E es igual a Energía Total Requerida durante el período en los Puntos de Entrega establecidos en el Contrato, expresada en kWh".

La única diferencia de criterio existente entre Bahía Las Minas Corp., y el CND, el Ente Regulador y los restos de

los agentes del mercado, radica en qué energía incluye la letra E de la fórmula.

A juicio de Bahía Las Minas Corp., toda la energía que se mida en los Puntos de Entrega debe ser asignada a sus Contratos Iniciales, como si la misma hubiera sido suministrada por ellos. Interpretar la fórmula para calcular la energía asociada de la manera que alega la Empresa de Generación Eléctrica Bahía Las Minas, tendría las siguientes consecuencias:

- a. Se obligaría a los clientes regulados (ordinarios) a pagar dos veces por la misma energía (en virtud de traslado de costos que le haría la empresa distribuidora).
- b. Las empresas generadoras cobrarían por una energía que no han producido.
- c. Las empresas distribuidoras pagarían a las generadoras por una energía producida por ellas mismas o por otros agentes del mercado, adquirida mediante compras directas dentro del 15% que la ley les permite.

A juicio del resto de los agentes del mercado, del CND, y del Ente Regulador, a la totalidad de la energía que se mida en los Puntos de Entrega señalados en los Contratos Iniciales, debe restarse la energía suministrada por otros agentes del mercado provenientes de los Contratos de Compra Directa, la energía comprada por los Grandes Clientes de las generadoras, así como la energía producida por las propias

distribuidoras a través de sus plantas de producción de energía eléctrica.

Los actos impugnados mediante la presente demanda, fueron expedidos luego de que el Ente Regulador de los Servicios Públicos analizó la metodología aplicada por el CND al emitir los Documentos de Transacciones Económicas de la Empresa de Generación Eléctrica Bahía Las Minas el mes de septiembre de 2000, y comprobó que dichos documentos cumplieron con los artículos 94, numerales 1 y 3, y 107 de la Ley N°6 de 1997, con las Reglas del Mercado Mayorista de Electricidad, y en cuya aplicación el CND tuvo en cuenta reglas lógicas, contables y de sentido común.

En cuanto a la alegación de la sociedad demandante, en el sentido de que el CND debió considerar para el cálculo del 50% que el Ente Regulador, mediante la Resolución N°JD-1699 de 10 de diciembre de 1999, autorizó a las distribuidoras suplir con generación propia y/o compras directas de energía dentro del período comprendido desde la fecha de la ejecutoria de dicha resolución (22 de diciembre de 1999) hasta el 30 de junio de 2000, la base horaria establecida en los numerales 8.3.1.1, 8.3.1.2 y 8.3.1.3 del Volumen II de las Reglas Comerciales del Mercado Mayorista de Electricidad, señalamos lo siguiente:

Las reglas contenidas en dichos numerales constituyen formalidades que se exigen a todos los contratos de suministro que impliquen la compraventa de energía; la finalidad de esta exigencia es permitir al CND la administración de estos contratos y no se estableció con el

propósito de que los cálculos de la energía asociada fueran hechos de acuerdo a una base horaria.

Por último, sobre la tesis esbozada por la sociedad demandante en el sentido de que, sus Contratos Iniciales de suministro de energía tienen prioridad sobre los Contratos de Compra Directa y que, por tanto, éstos no deben ser liquidados sino después de que toda la energía que se suministre a través de los puntos de entrega comunes a los distribuidores, sea asignada con cargo a sus Contratos Iniciales, es preciso señalar que esta interpretación contractual por parte de la empresa BAHIA LAS MINAS CORP., carece de fundamento jurídico, toda vez que no existe en los Contratos Iniciales ninguna cláusula que establezca que tal derecho de prelación o exclusividad a favor de la empresa.

IV. Conclusiones:

El Ente Regulador de los Servicios Públicos debe velar de que se cumpla correctamente con la fórmula de Energía Asociada Requerida; en asegurar, como fiscalizador del servicio público de electricidad, la disponibilidad de una oferta energética eficiente, capaz de abastecer la demanda bajo criterios sociales, económicos y financieros, tal y como lo exige el numeral 1 del artículo 20 de la Ley No. 6 de 3 de febrero 1997.

Por consiguiente, carece de sustento jurídico, lo alegado por la demandante, toda vez que la Resolución No. JD-2515 de 11 de diciembre de 2000, la cual fue confirmada mediante la Resolución No. JD-2645 de 19 de febrero de 2001, ambas dictadas por el Ente Regulador de los Servicios

Públicos, se expidieron tomando en consideración, que los compromisos que esta empresa obtuvo no revisten el carácter de exclusividad, ya que no excluye la posibilidad de que las empresas compradoras celebren nuevos contratos de suministro con otros agentes, y que establezcan nuevas fórmulas para el cálculo del suministro de energía comprada, bajo la administración del CND.

Para concluir, es de especial interés para este Despacho resaltar las reflexiones que administrativistas como Juan Carlos Cassagne hacen sobre normas como el numeral 25 del artículo 19 de la Ley No. 26 de 1996, que establece como una atribución del Ente Regulador: "En general, realizar los actos necesarios para que se cumplan las funciones y los objetivos de esta Ley y de las leyes sectoriales, así como los contratos, concesiones, licencias y autorizaciones que se generen de estas leyes" y el principio de especialidad, cuando expresan:

"En la doctrina del derecho administrativo suele afirmarse que la competencia se distingue de la capacidad del derecho privado (donde constituye la regla o principio general) por constituir la excepción a la regla, que es la incompetencia. Es lo que se ha denominado el postulado de la permisión expresa.

Pero la comparación no puede realizarse - tratándose de entidades- con la capacidad de las personas físicas sino con la correspondiente a las personas jurídicas y, en tal sentido, existe cierta semejanza entre ambas instituciones, en la medida en que sus criterios rectores se encuentran regulados por el principio de especialidad. La aplicación del principio de la especialidad para la interpretación de los alcances de la competencia de entes y órganos no debe

entenderse como un retorno al criterio de la competencia subjetiva. Ello es así, porque la especialidad del órgano de que se trate no va a surgir de su propia voluntad sino de la norma objetiva que establezca las finalidades para las cuales el órgano fue creado, o bien, de su objeto institucional.

De ese modo, el ámbito de libertad del órgano administrativo va a estar acotado por el fin que emana de la norma y no por el que surja de la voluntad del funcionario.

Una vez determinada la especialidad, y dentro de sus límites, la competencia es la regla. Fuera de ello, la competencia es la excepción.

...

En definitiva, el principio de especialidad se vincula con el fin de la competencia de cada órgano u ente, el cual surge no sólo de las atribuciones expresas o implícitas (que suponen siempre un desarrollo o interpretación extensiva de las facultades expresas), sino, fundamentalmente, de la enunciación de objetivos, principios de normación (como las atribuciones genéricas) y de las facultades inherentes, que son aquellas que, por su naturaleza, fundamentan la creación y subsistencia del órgano y sin las cuales, carecen de sentido". (Derecho Administrativo. 5ª ed. Buenos Aires, Abeledo-Perrot. 1996, t. I, p. 237). (Véase Idem, t. II, p. 491 y ss).

Por las consideraciones expuestas, no se han producido las violaciones alegadas, y reiteramos nuestra respetuosa solicitud a la Honorable Sala, para que deniegue todas las declaraciones reclamadas por la demandante.

V. Derecho: Negamos el Invocado.

VI. Pruebas: Aceptamos los originales y las copias que se encuentran debidamente autenticadas.

Aducimos el expediente administrativo de la actuación demandada, mismo que puede ser solicitado al Director Presidente del Ente Regulador de los Servicios Públicos.

De la Honorable Magistrada Presidenta,

Licda. Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración

AMdeF/8/bdec

Licdo. Víctor L. Benavides P.
Secretario General.