

15 de mayo de 2003

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Nulidad.**

La firma Morgan y Morgan en representación de **AES PANAMA, S.A.**, para que se declare nula, por ilegal, la frase: **“electricidad y servicios conexos de electricidad”**, contenida en el artículo 4 del Reglamento sobre Actividades comerciales, industriales y de prestación de servicios aprobado mediante artículo único del Acuerdo No. 35 de 30 de mayo de 2000, emitido por la JUNTA DIRECTIVA DE LA AUTORIDAD DEL CANAL DE PANAMÁ.

Concepto.

**Honorable Magistrado Presidente de la Sala Tercera de la Corte
Suprema de Justicia.**

Concurrimos respetuosamente ante Vuestra Alta Corporación de Justicia, con la finalidad de emitir nuestro concepto en relación con la Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad, interpuesta por la firma forense Morgan y Morgan, en representación de AES PANAMÁ, S.A, para que se declare nulo, por ilegal, el Artículo Cuarto del Acuerdo No. 35 de 30 de mayo de 2000, “Por el cual se aprueba el Reglamento sobre Actividades Comerciales, Industriales o de Prestación de Servicios.”

En consecuencia, en este proceso procedemos a intervenir en interés de la Ley, de conformidad con lo preceptuado en el numeral 3, del artículo 5 de la Ley No. 38 de 31 de julio de 2000.

Al efecto, exponemos lo siguiente:

I. Acto acusado de ilegal:

A través de este proceso contencioso Administrativo de Nulidad, la apoderada judicial de la empresa AES PANAMÁ, S.A, persigue que Vuestra

Honorable Sala declare nula, por ilegal, la frase “electricidad y servicios conexos de electricidad” insertas en el artículo 4 del Artículo Único del Acuerdo No. 35 de 30 de mayo de 2000, que dispone lo siguiente:

“Artículo 4. La Autoridad podrá, directamente o por medio de concesionarios, prestar servicios de suministro o venta de agua cruda, potabilizada, **electricidad y servicios conexos de electricidad**, provenientes de sus embalses, depósitos, plantas potabilizadoras, plantas de energía eléctrica, sistema y redes respectivamente, u otros servicios conexos. Las concesiones se otorgarán mediante el procedimiento previsto para estos actos en el Reglamento de Contrataciones.” (El énfasis es nuestro).

II. Disposiciones legales que se estiman infringidas y los conceptos de violación expuestos por el demandante:

La firma Morgan y Morgan, en representación de AES PANAMÁ, S.A., estima que la frase “electricidad y servicios conexos de electricidad” del artículo 4, del Artículo Único 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 25. Creación. El Estado podrá crear empresas para prestar el servicio público de electricidad. Estas empresas competirán y participarán en igualdad de condiciones, con el sector privado en las distintas actividades de la prestación del servicio público de electricidad.

Estas empresas se constituirán como sociedades anónimas y se regirán por las disposiciones de la ley de sociedades anónimas y por el Código de Comercio. Las acciones de estas sociedades serán emitidas en forma nominativa.

Conforme lo dispuesto en el numeral 13 del artículo 153 de la Constitución Política, se autoriza al Órgano Ejecutivo para que expida los pactos sociales de constitución y los estatutos de estas empresas mediante resolución del Consejo de Gabinete, conforme a los lineamientos establecidos en esta Ley.

Mientras el Estado mantenga el cincuenta y uno por ciento (51%) o más de las acciones de estas empresas, se aplicarán las disposiciones especiales de esta sección y las disposiciones de derecho privado que le sean aplicables.”

En relación a la supuesta infracción de esta norma legal, el demandante asevera que el artículo cuarto, del Artículo Único del Acuerdo impugnado, exceden estos parámetros legales, toda vez que le da una participación a la Autoridad del Canal de Panamá, en la prestación del servicio público de electricidad que no se encuentra contemplada en esta norma. Además, indica que: *“la ACP cuenta con una larga lista de condiciones excepcionales otorgadas por la Constitución Política y la Ley 19/1997 de las que no gozan los demás prestadores del servicio público de electricidad, por lo que la ACP no participa en este mercado en condiciones de igualdad, tal como lo requiere el artículo 25 de la Ley 6/1997”* (Ver foja 44).

2. Ley No. 19 de 11 de junio de 1997 “Por la cual se Organiza la Autoridad del Canal de Panamá.”

“Artículo 18. Además de las facultades que le confiere la Constitución Política, la junta directiva ejercerá las siguientes funciones:

...

5. Aprobar, conforme a la autoridad que le conceden las normas generales pertinentes establecidas en esta Ley, los reglamentos necesarios o convenientes para el debido funcionamiento y modernización del canal, incluyendo los siguientes:

...

g. El reglamento aplicable a criterios y procedimientos relativos a la prestación de servicios y a la disposición de bienes muebles de la Autoridad, a favor del gobierno nacional, de las entidades autónomas, de los municipios, de las empresas privadas, de organizaciones no gubernamentales y de organizaciones cívicas.

...

9. Aprobar las políticas sobre realización de actividades comerciales, industriales o de servicios, que complementen el funcionamiento del canal, por la Autoridad directamente o por concesión de terceros...”

El apoderado judicial de la empresa AES Panamá, S.A. advierte que el artículo cuarto del Artículo Único del Acuerdo No. 35 de 30 de mayo de 2000, emitido por la Junta Directiva de la Autoridad del Canal de Panamá, infringe esta disposición legal, pues: *“la ACP no puede prestar servicios a terceros que no guarden ninguna relación con el funcionamiento del Canal, incluso si está en su*

poder físico hacerlo, sin ningún tipo de limitación como lo pretende permitir la frase atacada por ilegal, porque la ley sólo le permite prestar servicios a terceros que completen la administración, operación, mantenimiento, conservación y protección del canal de Panamá, que incluye la vía acuática propiamente dicha, así como sus fondeaderos, atracaderos y entradas, tierras y aguas marítimas, lacustres y fluviales; esclusas; represas auxiliares; diques y estructuras de control de aguas...”
(Ver foja 46).

3. Ley No. 29 de 1 de febrero de 1996, “Por la cual se dictan normas sobre la defensa de la competencia y se adoptan otras medidas”:

“Artículo 7. Libre competencia económica: Se entiende por libre competencia económica la participación de distintos agentes económicos en el mismo mercado pertinente, actuando sin restricciones ilícitas en el proceso de producción, compra, venta, fijación de precios y otras condiciones inherentes a su actividad económica”.

Referente a la aludida trasgresión al artículo 7 de la Ley No. 29 de 1996, se expresa lo siguiente: *“Mediante la inclusión de la facultad que se auto-atribuye la ACP con la frase impugnada en esta acción popular, se violenta el texto legal transcrito, en concepto de VIOLACIÓN DIRECTA por omisión. Esta violación se percibe cuando vemos que la actuación pública atacada allana el camino, al final para que la ACP pueda intervenir como agente económico, con una serie de privilegios inherentes a su calidad especial en el mismo mercado en el que otros agentes intervienen, desprovistos de los privilegios en cuestión.”* (Ver fojas 47 y 48).

III. Nuestro criterio:

Expuestas las normas legales que se estiman infringidas por la frase “electricidad y servicios conexos de electricidad” contenidas en el artículo cuarto del Artículo Único del Acuerdo No. 35 de 30 de mayo de 2000, emitido por la Junta

Directiva de la Autoridad del Canal de Panamá, procedemos a emitir nuestro criterio jurídico, como a seguidas se copia:

A través de la Ley No. 6 de 3 de febrero de 1997, se establece claramente que la finalidad del régimen para la Prestación del Servicio Público de Electricidad, es la de, por un lado, abastecer la demanda de los servicios de energía, bajo los criterios de eficiencia económica y confiabilidad de servicio, y por el otro, que la competencia generada en el sector privado, incremente la eficiencia en la prestación de las actividades de generación, trasmisión y distribución eléctrica. El artículo 2 de la Ley No. 6 de 1997, al exponer las finalidades del Régimen para la Prestación del Servicio Público de Electricidad, expresa lo siguiente:

“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.”

En virtud de la Resolución No. JD-2333 de 7 de septiembre de 2000, emitida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, se aprobaron las regulaciones específicas para Autogeneradores y Cogeneradores. (Ver Gaceta Oficial No. 24,143 de 20 de septiembre de 2000). Posteriormente, mediante la Resolución No. JD-3375 de 25 de junio de 2002, se prorroga la vigencia de la resolución anteriormente citada (Ver Gaceta Oficial No. 24,585 de 1° de julio de 2002).

La Autoridad del Canal de Panamá, es titular de una Certificación otorgada por la Junta Directiva del Ente Regulador de los Servicios Públicos, con fecha de

14 de diciembre de 1999, que la acredita como Autogenerador (Participante Productor), de conformidad con la Resolución No. JD-2333 de 7 de septiembre de 2000, modificada por la Resolución No. JD-3375 del 25 de julio de 2002, de manera que esta institución puede participar como Agente del Mercado Mayorista de Electricidad y del Mercado de Contratos (Ver Resolución No. JD-3718 de 27 de enero de 2003).

De acuerdo a lo previsto en el artículo 6 de la Ley No. 6 de 1997, la Autoridad del Canal de Panamá, como autogenerador produce y consume energía en un mismo predio, y puede vender excedentes de energía a la Empresa de Transmisión y a otros agentes del mercado, actividad que, igualmente, la permite el artículo 22 íbidem. Las disposiciones legales que se comentan disponen lo siguiente:

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

Autogenerador. Persona natural o jurídica que produce y consume energía eléctrica en un mismo predio, para atender sus propias necesidades y que no usa, comercializa o transporta su energía con terceros o asociados; pero que puede vender excedentes a la Empresa de Transmisión y a otros agentes del mercado...”

“Artículo 22. Prestadores del servicio público de electricidad. Pueden prestar los servicios públicos de electricidad:

1. Las empresas de servicios públicos de electricidad.
2. Los autoprodutores o cogeneradores que vendan parte de su producción de electricidad a la Empresa de Transmisión o a los distribuidores.
3. Los municipios, cuando asuman por sí mismos la prestación de los servicios públicos de electricidad, conforme a lo dispuesto en esta Ley.
4. Las cooperativas y otras organizaciones autorizadas, para prestar servicios públicos de electricidad, conforme a esta Ley o leyes especiales.
5. Las entidades que al momento de expedirse esta Ley estén prestando los servicios públicos de electricidad.”

De las normas transcritas se concluye que los autoprodutores, como es el caso de la Autoridad del Canal de Panamá, es una institución reconocida por el

Ente Regulador de los Servicios Públicos, que produce y consume energía eléctrica en un mismo predio, para atender sus propias necesidades y vende sus excedentes a otros agentes del mercado. Los artículos 61 y 62 de la Ley No. 6 de 1997, disponen que el autogenerador y cogenerador pueden realizar ventas de energía en el sistema de interconectado nacional, en el que participan las empresas generadoras, de transmisión y de distribución.

“Artículo 61. El sistema interconectado nacional. En el sistema interconectado nacional, podrán participar las siguientes entidades para la prestación del servicio:

1. Empresas generadoras, que podrán producir energía eléctrica en plantas de generación conectadas al sistema interconectado, realizar intercambios de energía a corto plazo en la operación integrada, efectuar contratos de venta de energía en bloque para las distribuidoras y comercializar energía para grandes clientes, de acuerdo con las disposiciones contenidas en el capítulo II de este título.

2. La Empresa de Transmisión, que tendrá las funciones de elaborar el plan de expansión para el sistema interconectado nacional, contratar el suministro de energía a largo plazo para atender la demanda del sistema interconectado nacional, efectuar la operación integrada de éste, y construir, mantener y operar la red de transmisión nacional.

3. Las empresas distribuidoras, que tendrán las funciones de transportar la energía por redes de distribución hasta los puntos de consumo y de comercializar la energía.

4. Los grandes clientes, que podrán contratar libremente su suministro de electricidad con otros agentes del mercado.

5. Las empresas localizadas en el extranjero, que podrán realizar intercambios internacionales de electricidad utilizando la red de interconexión.

6. Los autogeneradores y cogeneradores, que podrán generar energía para su propio consumo, vender excedentes en el sistema interconectado nacional y comprar servicios de respaldo del sistema interconectado nacional.”

“Artículo 62. Restricciones. Las empresas con plantas e instalaciones localizadas en el territorio nacional, deben tener como objeto social exclusivo el desarrollo de una sola de las actividades señaladas en el artículo 1 de esta Ley, con las siguientes excepciones:

1. Los autogeneradores y cogeneradores que vendan excedentes en el sistema interconectado nacional...”

La Autoridad del Canal de Panamá, posee una certificación como Autogenerador, y entre otras actividades, es suministradora y administradora ocasional del Mercado, puede vender excedentes en el sistema interconectado nacional y realizar contratos de Suministro en el Mercado de Contratos de Distribuidores y Grandes Clientes.

De conformidad con lo previsto en el numeral 9, del artículo 18 de la Ley No. 19 de 11 de junio de 1997, la Junta Directiva de la Autoridad del Canal de Panamá, expidió el Acuerdo No. 35 de 30 de mayo de 2000 “Por la cual se aprueba el Reglamento sobre Actividades Comerciales, Industriales o de Prestación de Servicios”. A través del Artículo Cuarto del Artículo Único de este Acuerdo se establece que la Autoridad podrá directamente o por medio de concesionarios, prestar servicios de electricidad y servicios conexos de electricidad, y a reglón seguido, se dispone que estas concesiones se otorgarán mediante el procedimiento previsto para estos actos en el Reglamento de Contrataciones.

Consideramos que la palabra “electricidad y servicios conexos de electricidad”, no conculca el artículo 25 de la Ley No. 6 de 1997, toda vez que, tal como se ha expuesto en líneas precedentes, la Autoridad del Canal de Panamá, posee una certificación que lo acredita como Autogenerador; por tanto, es Agente del Mercado, cuya definición y regulación esta contenida en disposiciones posteriores de esta normativa (artículos 61 y 62); además, tiene una regulación específica contenida en la Resolución No. JD-2333 de 7 de septiembre de 2000, emitida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos.

Por tanto, estimamos que toda participación de la Autoridad del Canal de Panamá, debe entenderse dentro de los parámetros establecidos como Autogenerador.

Empero, los anteriores señalamientos, advertimos que la Autoridad del Canal de Panamá, como autogenerador no debe otorgar en concesión las actividades que se generen en el ámbito eléctrico, y de la cual únicamente posee el Certificado como Autogenerador, ya que, según lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley No. 6 de 1997, como autogenerador produce y consume energía para satisfacer sus propias necesidades, y no usa, comercializa o transporta su energía con terceros o asociados.

A través del artículo cuarto del Acuerdo impugnado, se dispone que la Autoridad del Canal de Panamá, podrá directamente o por medio de concesionarios prestar, entre otros servicios el de electricidad y servicios conexos de electricidad; sin embargo, dicha atribución debe ser declarada ilegal, en cuanto al aspecto de la electricidad, pues por un lado, esta institución únicamente posee un Certificado de Autogenerador, y por el otro, es competencia del Ente Regulador de los Servicios Públicos, otorgar las concesiones, permisos y licencias. Al respecto, la Ley No. 26 de 29 de enero de 1996, "Por la cual se crea el Ente Regulador de los Servicios Públicos", establece como de su competencia, que:

Artículo 3. Competencia. El Ente Regulador ejercerá el poder de regular y controlar la prestación de los servicios públicos de abastecimiento de agua potable, alcantarillado sanitario, telecomunicaciones y electricidad, en adelante llamados servicios públicos, según lo establecen la presente Ley y las leyes sectoriales respectivas.
(Artículo 3 de la Ley No. 26 de 29 de enero de 1996, tal como quedó modificado por la Ley No. 24 de 30 de junio de 1999).

Las concesiones de energía eléctrica deben ser otorgadas por el Ente Regulador, organismo estatal creado para tales fines, y que regula la actividad a la cual se dedicarán las empresas, que han de constituirse como sociedades anónimas y se regirán por las disposiciones de la ley de sociedades anónimas y por el Código de Comercio, tal como se encuentra normado en el artículo 25 de la Ley No. 6 de 1997.

En relación a la supuesta infracción al numeral 5, acápite g, del artículo 18 de la Ley No. 19 de 1997, este Despacho es del criterio que las frases atacadas de ilegales no contravienen lo dispuesto en esta regulación, toda vez que debemos precisar que la Autoridad del Canal de Panamá, por disposición constitucional y legal, se encuentra facultada para emitir los reglamentos atinentes al funcionamiento y modernización de esta importante vía interoceánica.

Sin embargo, la posibilidad de que la Autoridad del Canal de Panamá, pueda otorgar concesiones para prestar servicios de electricidad y servicios conexos de electricidad, es una atribución que rebasa lo dispuesto en el numeral 9, del artículo 18, toda vez que la Junta Directiva esta facultada legalmente para aprobar las actividades de servicios que complementen el funcionamiento del Canal; por tanto, todo asunto relacionado con la participación en el Mercado Eléctrico, debe ser regulado por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, toda vez que por disposición legal al Autogenerador no le esta permitido usar, comercializar o transportar su energía con terceros o asociados, y a través del artículo cuarto del Acuerdo No. 35 de 30 de mayo de 2000, se introduce esta posibilidad.

Finalmente, en cuanto a la supuesta infracción al artículo 7 de la Ley No. 29 de 1996, estimamos que la frase “electricidad y servicios conexos de electricidad” no produce la alegada violación, toda vez que como Autogenerador, posee ciertas regulaciones específicas dadas en la Resolución No. 2333 de 7 de septiembre de 2000 emitida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, en la cual se establece que toda actividad que se dé en el Mercado de Contratos deberá observar las Reglas Comerciales para el Mercado Mayorista de Electricidad.

Por lo expuesto, solicitamos respetuosamente a los Honorables Magistrados de la Sala Tercera, pronunciarse en consecuencia con el presente criterio jurídico.

Pruebas: Aceptamos los originales y copias autenticadas que se han presentado con la demanda.

Derecho: Aceptamos parcialmente el invocado por el demandante.

Del Señor Magistrado Presidente,

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

AMdeF/8/bdec

Lcdo. Víctor L. Benavides P.
Secretario General