

Vista N°405

20 de agosto de 2002

**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 N°JD-3157 de 21 de enero de 2002, dictada por el **Ente Regulador de los Servicios Públicos**, el acto confirmatorio y para que se hagan otras declaraciones.

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

Con el respeto acostumbrado acudimos ante Vuestro Honorable Tribunal, con la finalidad de responder a la Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción que se enuncia en el margen superior del presente escrito.

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

I. Las pretensiones de la parte actora son las siguientes:

Solicita la sociedad demandante que la Honorable Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia, declare lo siguiente:

1. Que es nula, por ilegal, la Resolución N°JD-3157 de 21 de enero de 2002, dictada por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, mediante la cual se estableció que el Documento de Transacciones Económicas del mes de octubre de 2001, emitido por el Centro Nacional de Despacho (CND),

respecto de la empresa denominada Bahía Las Minas, Corp., es correcto y obligatorio.

2. Que es nulo, por ilegal, el acto confirmatorio, la Resolución N°JD-3262 de 27 de marzo de 2002.

3. Que el Ente Regulador de los Servicios Públicos, al resolver los reclamos formulados por **Bahía Las Minas Corp.**, en contra de la liquidación de transacciones económicas emitida por el Centro Nacional de Despacho para el mes de octubre de 2001, debe darle prelación a los Contratos Iniciales celebrados entre **Bahía Las Minas Corp.**, la Empresa de Distribución Eléctrica Metro-Oeste, S.A., y la Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A.

4. Que el Ente Regulador de los Servicios Públicos, al resolver los reclamos formulados por **Bahía Las Minas Corp.**, en contra de la liquidación de transacciones económicas emitida por el Centro Nacional de Despacho para el mes de octubre de 2001, debe hacer que se cumplan a cabalidad los Contratos Iniciales celebrados entre **Bahía Las Minas Corp.**, la Empresa de Distribución Eléctrica Metro-Oeste, S.A., y la Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A.

Este Despacho respetuosamente solicita se denieguen todas las peticiones formuladas por la parte demandante, ya que, como demostraremos a lo largo de este proceso, no le asiste razón y carecen sus pretensiones de sustento jurídico.

II. Los hechos y omisiones en que se fundamenta la parte actora, los contestamos de la siguiente manera:

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

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

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

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

Quinto: Este hecho no es cierto como viene redactado; por tanto, lo negamos.

Sexto: Éste no es un hecho, sino una alegación de la parte actora; como tal, la negamos.

Séptimo: Este hecho se contesta como el quinto.

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

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

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

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

Duodécimo: Este hecho se contesta como los dos que le anteceden.

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

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

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

Decimosexto: Este hecho se responde de igual forma que los tres anteriores.

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

III. Las disposiciones legales que se estiman infringidas y el concepto de la violación, son los que a seguidas se copian:

a. Se considera violado de forma directa, por omisión, 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."

Los apoderados judiciales de la sociedad demandante replican que mediante los Contratos Iniciales, **Bahía Las Palmas Corp.**, al igual que las otras 3 empresas de generación (hidroeléctricas) que resultaron del proceso de privatización

del Instituto de Recursos Hidráulicos y Electrificación (IRHE), se comprometieron a suministrar en bloque al Sistema Interconectado Nacional la potencia firme contratada y la energía eléctrica asociada necesaria para asegurar el abastecimiento de la totalidad de la demanda máxima nacional.

Dichos contratos buscaban garantizar una determinada capacidad de generación y de suministro de energía, proveída por las empresas generadoras primeramente a través de la Empresa Estatal de Transmisión Eléctrica (ETESA, S.A.) (sólo durante el período inicial de 5 años contados a partir de la promulgación de la Ley N°6 de 1997), y luego, directamente a las 3 empresas de distribución y comercialización resultantes del proceso de privatización del sector eléctrico.

Señalan que el Estado promovió la celebración de dichos acuerdos para garantizar el suministro continuo de los requerimientos nacionales de energía eléctrica, y que existiera un equilibrio entre las distribuidoras y generadoras privatizadas y la empresa estatal de transmisión de energía, fundado en los Contratos Iniciales que son ley entre las partes y que no pueden ser modificados unilateralmente por las partes o por el Ente Regulador.

Alegan que mediante la definición de "Energía Total Requerida", que el Ente Regulador introdujo a los Contratos Iniciales mediante la Resolución JD-1700, modificada por la Resolución N°JD-1929, vía una especie de interpretación del concepto de "Energía Asociada", se hacen excepciones a la definición contractual de "Energía Asociada" respecto de ciertos tipos de clientes o fuentes de energía para abastecer al Sistema Interconectado Nacional en los Puntos de Entrega

de Energía Asociada, estipulados en la Cláusula 1.1.4.2. de los Contratos Iniciales.

De este modo, dicen, vía una modificación ilícita a los Contratos Iniciales, se redujo la proporción de "Energía Asociada" que la empresa distribuidora estaba obligada a recibir de ETESA en dichos Puntos de Entrega pactados, y que **Bahía Las Minas Corp.**, tenía el deber de suministrar dentro de su respectiva Potencia Firme Contratada.

b. El ordinal 3 del artículo 94 de la Ley N°6 de 3 de febrero de 1997, tal como fue modificado por el artículo 6 del Decreto Ley N°10 de 26 de febrero de 1998, en concepto de interpretación errónea:

"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 (15%) por ciento de la demanda atendida en su zona de concesión.
2. Solicitar nuevas concesiones, si al hacerlo atienden, directa o indirectamente, a través del control accionario de otras empresas de distribución u otros medios, más del cincuenta por ciento (50%) del número de clientes en el mercado nacional. El Ente Regulador podrá autorizar que se exceda este porcentaje cuando a su juicio sea necesario para permitir la expansión de la concesión a la zona de influencia, o la expansión del sistema eléctrico del país.
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

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."

Se señala que la interpretación errónea del ordinal 3 del artículo 94 de la Ley N°6 de 1997 en que incurre el Ente Regulador, 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. Agregan los demandantes, carece totalmente de fundamento esta interpretación del Ente Regulador respecto de la citada norma y entraña una violación a 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". En ningún caso, se dice, la norma autoriza a la empresa distribuidora a disminuir sus compromisos contractuales previamente adquiridos.

c. El párrafo transitorio del artículo 20 de la Ley N°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, en concepto de violación directa por omisión:

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

...

Parágrafo 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."

Los abogados de **Bahía Las Minas, Corp.**, indican que el Ente Regulador, al modificar el concepto de Energía Asociada contemplado en los Contratos Iniciales, mediante la interpretación del concepto denominado Energía Total Requerida, ha alterado unilateralmente los Contratos Iniciales, contraviniendo así su compromiso de respetar lo pactado en los mismos, compromiso éste que se deriva de la aprobación que dicha institución impartió a los acuerdos contractuales. Esta modificación, se afirma, ha sido aplicada y reconocida en virtud de la Resoluciones JD-2932 y JD-3005, mediante las cuales se ratifican los Documentos de Transacciones Económicas emitidos por el CND para el mes de octubre de 2001.

d. El artículo 5.1.3 del Volumen I de las Reglas en concepto de violación directa por omisión:

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

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."

Es el criterio de la parte actora, que en virtud de la orden de suspensión de los efectos de la Resolución N°JD-1700, modificada por la Resolución N°JD-1929, decretada por la Sala Tercera de la Corte Suprema mediante Auto de 13 de octubre de 2001, suspensión reiterada por la Sala Tercera en Auto de 2 de octubre de 2000, el CND tenía y tiene la obligación de calcular la Energía Requerida tal como este término se define en dichos acuerdos, sin que le sea permitido al CND continuar efectuando las deducciones que a dicho efecto pretendía introducir la Resolución JD-1700, según fue modificada por la Resolución JD-1929.

Mediante los actos atacados, los Documentos de Transacciones Económicas emitidos por el CND para el mes de octubre de 2001, respecto de los intercambios de energía y potencia que involucran a **Bahía Las Minas Corp.**, el Ente Regulador ha continuado sancionando y refrendado el cálculo de la Energía Asociada Requerida llevado a cabo por el CND, deduciendo o restando, antes o después de la determinación de dicha energía, las compras directas de las distribuidoras a terceros, en abierta violación a los Contratos Iniciales y a la suspensión decretada por la Sala Tercera.

De todo lo anterior se desprende, a su juicio, que la Regla 5.1.3. ha sido violada directamente por el Ente Regulador, al refrendar la conducta del CND.

e. El artículo 3.4.1.3 del Volumen II de las Reglas en concepto de interpretación errónea:

"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."

Se alega que el Ente Regulador ha incurrido en una interpretación errónea del precepto arriba transcrito, cuando se entiende que dicha norma sustentaba la prelación de las compras directas de energía sobre compromisos de la empresa distribuidora de compra de energía asociada de los Contrato Iniciales, tal y como lo reflejan las liquidaciones efectuadas por el CND para el mes de octubre de 2001, refrendadas por el Ente Regulador mediante los actos impugnados. Dicha norma, se asevera, 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 a finales de 1999.

f. Los artículos 6.7.2b, 9.4.4 y 14.1.3d del Informe Metodológico de las Reglas para el Mercado Mayorista de Electricidad, aprobadas mediante la Resolución N°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 en el Mercado Ocasional bajo la metodología por diferencias, que cubran

su demanda prevista que no esté cubierta con generación propia."
- o - o -

"9.4.4. 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."
- o - o -

"14.1.3d 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."

Se dice 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.

k. 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."
- o - o -

"6.2.1.2. Cada Distribuidor debe comprar potencia firme a 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. Las 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.

1. El artículo 14.6.1.2. del Volumen II de las Reglas en concepto de interpretación errónea:

"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."

Se señala que la objeción de **Bahía Las Minas** viene formulando respecto de las liquidaciones efectuadas por el CND no guarda relación ni con la energía consumida por los Grandes Clientes ni con la generación propia. La objeción de la empresa tiene que ver con la liquidación de las compras directas 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 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 efectuadas por EDEMET sobre las obligaciones de ésta bajo los Contratos Iniciales.

m. El artículo 13 del Código Civil, en concepto de violación directa, por omisión:

"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. Así pues, continúan, 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 no hay, supuestamente, asidero legal o reglamentario válido que autorice al CND o al Ente Regulador proceder de otro modo.

o. Los artículos 8.3.1.1, 8.3.1.2, 8.3.2.1 y 8.3.2.2 del Volumen II de las Reglas para el Mercado Mayorista de Electricidad, adoptadas por el Ente Regulador de los Servicios Públicos como Anexo A de la Resolución JD-605 de 24 de abril de 1998, en concepto de violación directa por omisión y cuyo texto es el siguiente:

"8.3.1. Compromisos:

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 del 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.

...

8.3.2. Transacciones en el Mercado Ocasional:

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.

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."

IV. Defensa de los intereses de la Administración Pública:

Por considerar que de una u otra manera los conceptos de infracción se encuentran cercanamente relacionados, este Despacho se permite contestarlos todos de forma conjunta.

1. Consideraciones preliminares y antecedentes de la actuación del Ente Regulador.

La Ley N°26 de 29 de enero de 1996, modificada por la Ley N°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.

Mediante Ley N°6 de 1997, modificada por el Decreto Ley N°10 de 26 de febrero de 1998, "Por la cual se dicta el Marco Regulatorio e Institucional para la Prestación del Servicio Público de Electricidad", se 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 numeral 2 del artículo 20 de la Ley N°6 de 1997, señala que son funciones del Ente Regulador vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que estén sujetos quienes prestan el servicio público de electricidad y aplicar las sanciones por sus violaciones.

El capítulo I del Título IX de la Ley N°6 de 1997, ordena la reestructuración del Instituto de Recursos Hidráulicos y Electrificación (IRHE), con el fin de adaptarlo a las disposiciones de dicha Ley. En un primer momento, la reestructuración consistió en la conversión del IRHE en dos empresas de generación hidroeléctrica, una de generación termoeléctrica, una empresa de transmisión y tres empresas de distribución.

El artículo 165 de la Ley N°6 de 1997, estableció la obligación de las empresas surgidas de la privatización del sector eléctrico de celebrar contratos de compraventa de energía, contemplados en la Ley, previa aprobación del Ente Regulador, y, en ese sentido, la Empresa de Generación Eléctrica Bahía Las Minas, Corp., suscribió contratos para la

compra de energía con la Empresa de Distribución Eléctrica Noreste, S.A., identificados con los números 08-98 y 09-98 de 28 de octubre de 1998.

El Ente Regulador dicta la Resolución N°JD-605 del 24 de abril de 1998, mediante la cual se aprueban las Reglas del Mercado Mayorista, estableciendo principios claros y precisos que permitieran compensar los intercambios de energía entre agentes del mercado en el sistema interconectado nacional.

Según lo disponen los artículos 70 y 72 de la Ley N°6 de 1997, el servicio público de operación integrada, 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, será prestado por el Centro Nacional de Despacho (CND), dependencia de la Empresa de Transmisión Eléctrica (ETESA).

Mediante la Resolución N°JD-1700 de 10 de diciembre de 1999, modificada por la Resolución N°JD-1929 del 6 de abril de 2000, el Ente Regulador de los Servicios Públicos procedió a definir el concepto de Energía Total Requerida para los propósitos de los contratos de suministro de potencia firme de largo plazo y energía asociada requerida suscritos entre las empresas generadoras y distribuidoras y las Reglas del Mercado Mayorista, a fin de aclarar de que manera debían realizarse las liquidaciones procedentes de dichos contratos.

La Empresa de Generación Eléctrica de Bahía Las Minas, Corp., presentó al Ente Regulador el día 28 de diciembre de 1999, Recurso de Reconsideración contra la Resolución N°JD-

1700 del 10 de diciembre de 1999, recurso que fue denegado por dicha entidad pública mediante la Resolución N°JD-1799 de 18 de enero de 2000; luego de agotada la vía gubernativa, la Empresa de Generación Eléctrica Bahías Las Minas interpuso ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción.

Al conocer de la solicitud de suspensión provisional de la Resolución N°JD-1700 de 10 de diciembre de 1999, formulada por la sociedad demandante, la Sala de lo Contencioso Administrativo, mediante auto de 13 de octubre de 2001, accede a la misma y decreta la suspensión temporal de sus efectos.

El Centro Nacional de Despacho (CND) aplicó las normas de las Reglas Comerciales del Mercado Mayorista, a las transacciones económicas de la empresa de generación eléctrica Bahía Las Minas, Corp., correspondientes al mes de octubre de 2001.

La empresa, en tiempo oportuno, se opuso a los Documentos de Transacciones Económicas mencionados anteriormente, conociendo el Ente Regulador, en virtud de lo dispuesto en las Reglas Comerciales del Mercado Mayorista, de la reclamación.

Mediante el acto atacado, el Ente Regulador de los Servicios Públicos establece que los Documentos de Transacciones Económicas del mes de octubre de 2001, emitidas por el Centro Nacional de Despacho (CND), respecto de la empresa de generación eléctrica Bahía Las Minas, Corp., son correctos y obligatorios, pues estaba claro que el CND interpretó y aplicó correctamente las Reglas Comerciales del Mercado Mayorista.

2. Fundamento legal del acto impugnado.

a. Las normas legales que sirven de base y justifican la actuación del Ente Regulador en el presente caso, pueden encontrarse primeramente en los numerales 1, 5 y 25 del Artículo 19 de la Ley N°26 del 29 de enero de 1996, por la cual se crea el Ente Regulador:

"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 otro lado, la Ley N°6 de 1997, por la cual se dicta el Marco Regulatorio e Institucional para la prestación del servicio público de electricidad, señala en su artículo 2 la finalidad del régimen al que están sujetas las actividades de transmisión, generación y distribución y comercialización de energía eléctrica.

"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 N°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 otro lado, los numerales 1 y 3 del artículo 94 de la Ley N°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. Participación, 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 N°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 N°6 de 1997, otorga ciertos derechos a los denominados Grandes Clientes. Dice el artículo 6 de la Ley N°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 N°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 dice 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."

El artículo 107 de la Ley N°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. La Resolución N°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 N°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

- 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 ni la suministrada por contrato directo; por tanto, no se puede pretender que se tome dicha energía dentro del esquema de la Energía Total Requerida contemplada en los contratos iniciales.

Cabe resaltar que la Ley N°26 de 1996 y la Ley N°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 Bahías Las Minas, Corp., pretenda desconocer con su errada interpretación los derechos

conferidos por esas leyes a las Empresas Distribuidoras y a los Grandes Clientes.

3. La interpretación de las Reglas del Mercado Mayorista de Electricidad por el CND.

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 otros agentes del mercado eléctrico, 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 por otros agentes del mercado 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 y a los contratos de compras directa.

La interpretación que el Ente Regulador hace de lo que debe comprenderse 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 cálculo 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 la citada estipulación.

"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

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

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, 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 para el mes de octubre de 2001, 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.

Cabe destacar que el artículo 74 de la Ley N°6 de 1997 establece el principio del Despacho Económico en el sector eléctrico, según el cual las plantas de producción de energía serán despachadas en orden ascendente conforme a su costo variable y no de acuerdo libre oferta que estas hagan. Este principio, que a primera vista parece contrario a la libertad del mercado sobre el cual se fundamenta nuestro sistema económico, busca evitar que algunas grandes plantas productoras puedan controlar los precios de energía, anulando así la competencia entre las distintas generadoras.

En ese mismo sentido, el artículo 110 de la Ley N°6 de 1997, establece lo siguiente:

"Artículo 110. Conductas anticompetitivas: Salvo las excepciones contempladas en esta Ley, se considera violatorio de las normas sobre libre competencia, y constituye abuso de posición dominante en el mercado pertinente, cualquier práctica que impida a una empresa o gran cliente negociar libremente sus contratos de suministro, o cualquier intento de fijar precios mediante acuerdos previos, entre vendedores, entre compradores, o entre unos y otros."

Las normas transcritas son las que la empresa demandante pretende que el CND y el Ente Regulador desconozcan para favorecer su tesis, que, en síntesis, consiste en 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, sea asignada con cargo a sus Contratos Iniciales.

Esta elaboración de **Bahía Las Minas Corp.**, es carente de todo sustento jurídico, pues no existe en los Contratos Iniciales ninguna cláusula que establezca que tal derecho de prelación o exclusividad a favor de la empresa.

4. Conclusiones.

De todo lo anterior, ha quedado claró que el interés del Ente Regulador de que se cumpla correctamente con la fórmula de Energía Asociada Requerida, está 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 N°6 de 3 de febrero 1997.

Por último, 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 N°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 o 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 la 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.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Original } Licda. Alma Montenegro de Fletcher
Futuro } Procuradora de la Administración

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

AMdeF/17/mcs