

25 de septiembre 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 N°JD-2656 del 13 de marzo de 2001, dictada por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, el acto confirmatorio y para que se hagan otras declaraciones.

Señora Magistrada Presidenta 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 este tipo de procesos actuamos en defensa del acto atacado y por ende de la Administración, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5, numeral 2, 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 ilegal y por tanto nulo, el acto administrativo contenido en la Resolución JD-2656 del 13 de marzo de

2001, dictada por el Ente Regulador de los Servicios Públicos;

2. Que es ilegal y por tanto nulo, el acto administrativo contenido en la Resolución JD-2775 de 10 de mayo de 2001;

3. 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 emitidas por el Centro Nacional de Despacho para el mes de diciembre de 2000, debe darle prelación a los Contratos Iniciales celebrados entre BAHÍA LAS MINAS CORP., EMPRESA DE DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA METRO-OESTE, S.A. y EMPRESA DE TRANSMISIÓN ELÉCTRICA, S.A.

4. 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 emitidas por el Centro Nacional de Despacho para el mes de diciembre de 2000, debe hacer que se cumplan a cabalidad los Contratos Iniciales celebrados entre BAHIA 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: Este no es un hecho, sino una alegación de la parte actora; y como tal, la negamos.

Séptimo: Este hecho no nos consta; por tanto, lo negamos.

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

Noveno: Este no es un hecho, sino una alegación de la parte actora; y como tal, la 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:

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 explican que mediante los Contratos Iniciales, BAHIA LAS MINAS CORP., al igual que las otras 3 empresas de generación (hidroeléctricas) que resultaron del proceso de privatización del sistema nacional de generación y distribución de la energía eléctrica dentro del marco de la Ley 6 de 3 de febrero de 1997, modificada por el Decreto Ley 10 de 26 de febrero de 1998 y reglamentada por el Decreto Ejecutivo 22 de 19 de junio de 1998, se comprometió 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, y proveer, por conducto de ETESA, durante el período inicial de 5 años contados a partir de la vigencia de la Ley 6 de 1997, y luego, directamente a las 3 empresas distribuidoras resultantes de la privatización, la potencia contratada y la energía asociada requerida para suplir dicha demanda durante la vigencia de los contratos.

Señalan que, como contrapartida o prestación por dicho compromiso, Bahía Las Minas Corp., recibió el compromiso de ETESA, como intermediaria, y de EDEMET, como compradora, de adquirir y recibir la potencia firme contratada y la energía asociada. Que el Estado promovió la celebración de dichos acuerdos para garantizar el suministro continuo de los requerimientos nacionales de energía eléctrica, y que existe 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 BAHIA LAS MINAS CORP., tenía el deber de suministrar dentro de su respectiva Potencia Firme Contratada.

Agregan que, de conformidad con las Cláusulas 4.1.1 y 4.1.2 de los Contratos Iniciales, los documentos del Contrato son los mismos Contratos, sus Anexos y la Licencia, pero esta última es "únicamente supletoria de los Contratos y sus Anexos y se aplica a la interpretación de los mismos y a su cumplimiento sólo cuando sea necesario para llenar vacíos, contradicciones o conflictos de los Contratos; y por tanto, no es aplicable el artículo 22 de la Licencia a los Contratos Iniciales porque la definición de Energía Asociada no adolece de vacíos, contradicciones o conflictos.

Afirma que el acto acusado infringe de manera directa por omisión el artículo 976 del Código Civil, al aprobar que en la liquidación de las transacciones económicas del mes de octubre de 2000 efectuada por el CND, se deduzcan de la Energía Asociada, las compras directas efectuadas por EDEMET; toda vez que, tal deducción no está prevista en los Contratos Iniciales, ni en ninguna otra disposición de nuestro ordenamiento jurídico.

Enfatiza que los Contratos Iniciales no son contratos de suministro físico de energía, sino contratos financieros que imponen la obligación a la compradora distribuidora de pagar a la vendedora generadora, por la energía asociada, con independencia de que la generadora físicamente produzca la energía. Para mayor exactitud, transcribimos el criterio del demandante respecto a este punto (f.48):

"...Recordemos que la generadora no tiene la potestad de decidir cuándo produce energía. Esta es una decisión que corresponde al Centro Nacional de Despacho, que determina qué plantas deben generar electricidad en orden ascendente del precio más bajo al precio más alto. Esta configuración del sistema eléctrico nacional puede resultar, y de hecho muchas veces así resulta, en que una generadora obtenga ingresos en concepto de energía asociada, aún cuando no haya siquiera activado su planta de producción de energía. Ahora bien, para suministrarle energía a la distribuidora, que la adquiera de una generadora que no haya efectivamente producido dicha energía, la generadora tendrá que adquirirla de otra generadora que sí la haya producido, lo cual generalmente ocurrirá mediante compras de energía en el mercado ocasional. Ese decir que, aún cuando no la haya producido en su planta de generación, la energía asociada siempre tendrá un costo para la

generadora que la vende. La generación de energía, antes y después de los contratos de compra directa, sigue siendo aproximadamente la misma, pues, como hemos dicho anteriormente, la generación de energía la determina el CND, de acuerdo a las necesidades reales del sistema. Las compras directas de energía lo que han determinado es una reasignación de las ventas de energía asociada. Parte de las ventas que antes se acreditaban a BAHIA LAS MINAS en virtud de lo dispuesto en los Contratos Iniciales, ahora no se atribuyen a ésta, sino que se asignan a la generadora que suscribió el contrato de compra directa de energía con EDEMET, aún cuando puede ser que la vendedora-generadora en el contrato de compra directa tampoco haya sido quien efectivamente generó dicha energía. ..."

B. El ordinal 3 del artículo 94 de la Ley N°6 de 3 de febrero de 1997, 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...
- 2...
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."

El demandante señala que a pesar de que el Ente Regulador utiliza el ordinal transcrito como fundamento para aprobar la liquidación de transacciones económicas efectuada por el CND, dicha disposición "no constituye un permiso que la ley otorga a las empresas distribuidoras para efectuar compras directas a empresas diferentes a la Empresa de Transmisión". Que carece de fundamento la interpretación que de esta norma realiza el Ente Regulador cuando entiende que al contemplar la posibilidad de efectuar compras directas, se permite el desconocimiento de obligaciones contractuales previamente adquiridas por las empresas distribuidoras.

Afirma que la interpretación correcta de esta norma "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...", la cual es cónsona con el artículo 92 de la Ley 6 de 1997 que en su último párrafo preceptúa que las "empresas distribuidoras cumplirán con los contratos de compra de energía en bloque, suscritos con antelación y que les hayan sido asignados como parte de su concesión".

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 BAHIA 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 dichos acuerdos. Esta modificación, se afirma, ha sido aplicada en virtud de la Resolución JD-2628 y la JD-2651, mediante las cuales se ratifica el Documento de Transacciones Económicas emitido por el CND para el mes de diciembre de 2000.

D. El artículo 5.1.3. del Volumen I de las Reglas para el Mercado Mayorista de Electricidad, en concepto de violación directa por omisión; el texto es el siguiente:

"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".

Es el criterio de la parte actora, que a pesar de que el Ente Regulador tenía conocimiento 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 junio de 2000, aprobó, a través de los actos atacados, el Documento de Transacciones Económicas emitidos por el CND para el mes de diciembre de 2000, respecto de los intercambios de energía y potencia que involucran a BAHIA LAS MINAS CORP., 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.

Agrega la actora, que hasta el 10 de diciembre de 2000, los nuevos contratos de compra directa de energía, incorporados al mercado a finales de 1999, fueron administrados por el CND respetando los compromisos contractuales existentes bajo los Contratos Iniciales; pero, en vista de que esta administración correcta de los nuevos contratos "no satisfacía las pretensiones específicas de una

de las empresas distribuidoras, la Empresa de Distribución Eléctrica Metro-Oeste, S.A.,...y no así, cabe resaltar, de la otra empresa distribuidora, esto es, Empresa de Distribución Eléctrica Elektra Noreste, S.A., y con el ánimo de complacer a la primera, el Ente Regulador consideró necesario adoptar la Resolución JD-1700 de 10 de diciembre de 1999."

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 entendió 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 Contratos Iniciales, tal y como lo reflejan las liquidaciones efectuadas por el CND para el mes de diciembre de 2000, refrendadas por el Ente Regulador mediante las Resoluciones JD-2656 y JD-2775. 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 desde finales de 1999.

F. El artículo 6.7.2b del Informe Metodológico de las Reglas para el Mercado Mayorista de Electricidad, aprobadas mediante la Resolución No. 605 de 24 de mayo de 1998 del Ente Regulador, ha sido infringido en concepto de interpretación errónea. El texto de la norma es el siguiente:

"Artículo 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."

Afirma el demandante que se incurre en la mencionada violación 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 asociada de los Contratos Iniciales, tal y como lo reflejan las liquidaciones efectuadas por el CND para el mes de diciembre de 2000 y refrendadas con los actos atacados.

G. Sostiene el demandante que se ha infringido el artículo 9.4.4 del Informe Metodológico de las Reglas para el Mercado Mayorista de Electricidad; la norma es del tenor siguiente:

"Artículo 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"

Afirma el demandante que se incurre en la mencionada violación 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 asociada de los Contratos Iniciales, tal y como lo reflejan las liquidaciones efectuadas por el CND para el mes de diciembre de 2000 y refrendadas con los actos atacados.

H. Se ha vulnerado el artículo 14.1.3d el Informe Metodológico de las Reglas para el Mercado Mayorista de Electricidad, que es del siguiente tenor:

"Artículo 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."

Explica el demandante que la interpretación errónea de este artículo ocurre cuando se entiende "que dicha norma sustenta la prelación de las compras directas de energía asociada de los Contratos Iniciales, tal y como lo reflejan las liquidaciones efectuadas por el CND para el mes de diciembre de 2000, refrendadas por el Ente Regulador mediante las Resoluciones JD-2656 y JD-2775. 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."

I. Se ha vulnerado el artículo 3.3.1.3 del Volumen II de las Reglas para el Mercado Mayorista de Electricidad, por

interpretación errónea. El texto de la norma es el siguiente:

"Artículo 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"

Sostiene el demandante que la interpretación errónea se verifica 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 asociada de CND para el mes de diciembre de 2000, refrendadas por el Ente Regulador en las resoluciones objeto de esta demanda.

J. El artículo 6.2.1.2. del Volumen II de las Reglas del Mercado Mayorista ha sido infringido por interpretación errónea:

"Artículo 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 incluye como generación propia."

De acuerdo con el demandante la interpretación errónea se verifica 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 asociada de CND para el mes de diciembre de 2000, refrendadas por el Ente Regulador en las resoluciones objeto de esta demanda.

K. 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."

Por último, se señala que la objeción de BAHIA 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. Respecto de la energía consumida por los Grandes Clientes, se dice, que hasta la fecha no hay Grandes Clientes que hayan optado por contratar directamente con BAHIA LAS MINAS CORP.; los Grandes Clientes que hubieran 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. Por tanto, en su concepto, la

generación propia no debe ser tenida en cuenta para efectos de la Energía Asociada bajo los Contratos Iniciales. 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.

L. De acuerdo con el demandante, se ha infringido de manera directa por omisión, el artículo 13 el Código Civil, que dice así:

"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 la costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana."

Sostiene que la mencionada infracción se verifica porque 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, 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 asidero legal o reglamentario válido que autorice al CND o al Ente Regulador a proceder de otro modo".

M. El artículo 8.3.1.1. 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, en concepto de violación directa por omisión:

"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".

Como concepto de infracción a la norma arriba transcrita, se explica que en el mes de diciembre de 2000 la energía asociada a los Contratos Iniciales de BAHIA LAS MINAS fue reducida sobre el 60% en cada hora que se aplicó la compra directa en la liquidación. A juicio el demandante, esto constituye una violación de la base horaria sobre la cual corresponde hacer dichos cálculos, infringiendo por falta de aplicación, el artículo 8.3.1.1.

N. El artículo 8.3.1.2. del Volumen II de las Reglas ha sido infringido en el concepto de violación directa, por omisión. La norma es el tenor siguiente:

"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".

Alega el demandante que la Resolución JD-2656, tal como fue confirmada por la Resolución JD-2775, 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 diciembre de 2000, ha violado, por falta de aplicación, la norma prevista en el artículo citado, 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.

Ñ. El artículo 8.3.2.1. el Volumen II de las Reglas ha sido infringido en el concepto de violación directa por omisión:

"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, 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"

Alega el demandante que la Resolución JD-2656, tal como fue confirmada por la Resolución JD-2775, 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 diciembre de 2000, ha violado, por falta de aplicación, la norma prevista en el artículo citado, 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.

O. El artículo 8.3.2.2. del Volumen II de las Reglas, en el concepto de violación directa por omisión:

"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 Contrato de Suministro y los Contratos de Reserva en que es la parte vendedora.
- c. Si la energía que comercializa es mayor 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".

Alega el demandante que la Resolución JD-2656, tal como fue confirmada por la Resolución JD-2775, 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 diciembre de 2000, ha violado, por falta de aplicación, la norma prevista en el artículo citado, 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.

IV. Defensa del acto atacado.

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 dos 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, S.A., suscribió contratos para la compra de energía con la Empresa de Distribución Eléctrica Noreste, S.A., identificados con los números 08-98 y 08-98 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, S.A., 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 junio de 2000, 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 de Electricidad, así como la contenida en el numeral 8.3 denominado Administración por Diferencias para Contratos de Suministro, la contenida en el numeral 8.3.1. denominada Compromisos y la contenida en el numeral 8.3.2. denominada Transacciones en el Mercado Ocasional. Además, los resultados suministrados en el Documento de Transacciones Económicas del mes de diciembre de 2000, reflejan las transacciones económicas realizadas por los Agentes del Mercado en el período transcurrido entre el 1 y el 31 de diciembre de 2000, los cuales son el resultado de la aplicación de la fórmula de suministro de energía expresada tanto en los Contratos Iniciales como en los Contratos Directos, sin la necesidad de la aplicación de la Resolución N° JD-1700 emitida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos.

La empresa, en tiempo oportuno, se opuso al Documento de Transacciones Económicas mencionado 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 el Documento de Transacciones Económicas del mes de diciembre de 2000, emitidas por el Centro Nacional de Despacho (CND), respecto de la Empresa de Generación Eléctrica Bahía Las Minas, S.A., son correctos y obligatorios, pues estaba claro que el CND

interpretó y aplicó correctamente las Reglas Comerciales del Mercado Mayorista.

2. Sobre las disposiciones legales supuestamente infringidas.

Sostiene el demandante que se ha vulnerado de forma directa, por omisión, el artículo 976 del Código Civil, toda vez que, de conformidad con los Contratos Iniciales -que son ley entre las partes y que no pueden ser modificados unilateralmente por las partes o por el Ente Regulador-, Bahía Las Minas Corp., recibió el compromiso de ETESA, como intermediaria, y de EDEMET, como compradora, de adquirir y recibir la potencia firme contratada y la energía asociada; y que la introducción por parte del Ente Regulador de la definición de "Energía Total Requerida", 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. Afirman que de este modo, 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 BAHIA LAS MINAS CORP., tenía el deber de suministrar dentro de su respectiva Potencia Firme Contratada y que el acto acusado infringe de manera directa por omisión el artículo 976 del Código Civil, al aprobar que en la liquidación de las transacciones económicas del mes de diciembre de 2000 efectuada por el CND, se deduzcan de la

Energía Asociada, las compras directas efectuadas por EDEMET; toda vez que, tal deducción no está prevista en los Contratos Iniciales, ni en ninguna otra disposición de nuestro ordenamiento jurídico.

Al respecto, estimamos conveniente indicar que la actuación del Ente Regulador al proferir las Resoluciones JD-1700 de 10 de diciembre de 1999 y JD-1929 de 6 de abril de 2000, se encuentra conforme a sus atribuciones señaladas 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".

Así, con fundamento en las normas transcritas, al expedir las Resoluciones JD-1700 y JD-1929, el Ente Regulador se limita a aclarar para todos los agentes del mercado eléctrico, lo que debía entenderse por Energía Requerida para los propósitos de calcular la Energía Asociada a los Contratos Iniciales, conforme se describe en la fórmula expresada en todas las cláusulas 1.1.2.2. de todos los Contratos Iniciales celebrados por las empresas generadoras con las empresas distribuidoras resultantes de la reestructuración del antiguo Instituto de Recursos Hidráulicos y Electrificación (I.R.H.E.).

Como se observa, la actuación del Ente Regulador, lejos de alterar unilateral e ilícitamente el contenido de los mencionados contratos, lo que hace es realizar una aclaración que le corresponde por Ley, en pro del interés público.

Similar situación puede señalarse respecto de los contratos en general, en los cuales se consignan términos o frases que no aparecen definidas en el propio instrumento contractual, por lo cual, las partes deben remitirse a la disposición jurídica o a la instancia encargada de determinarlos; sin que ello constituya una modificación o alteración ilícita del contenido de los contratos. Además,

mal puede decirse que el Ente Regulador modificó o alteró un concepto que no había sido nunca definido y que estaba siendo interpretado de diversas maneras por los firmantes, trayendo consecuencias negativas y produciendo situaciones injustas dentro del mercado eléctrico nacional.

Las consideraciones anotadas son igualmente válidas para refutar la supuesta infracción del párrafo transitorio del artículo 20 de la Ley N°6 de 1997, el cual además, mal podría haberse vulnerado cuando el propio demandante reconoce que el Ente Regulador cumplió su obligación de aprobar los contratos de compraventa de energía iniciales y los valores agregados de distribución iniciales, entre las empresas eléctricas del Estado que surgieron de la reestructuración del Instituto de Recursos Hidráulicos y Electrificación, allí dispuesta.

En segundo lugar, alega el demandante que se ha interpretado erróneamente el ordinal 3 del artículo 94 de la Ley N°6 de 3 de febrero de 1997, modificado por el artículo 6 del Decreto Ley N°10 de 26 de febrero de 1998, que se refiere a las restricciones a que están sometidas las empresas de distribución y sus propietarios, toda vez que el Ente Regulador entiende que al contemplar la posibilidad de efectuar compras directas, se permite el desconocimiento de obligaciones contractuales previamente adquiridas por las empresas distribuidoras.

Al respecto, estimamos que es el accionante quien interpreta erróneamente la norma en cuestión, pues el texto de la misma es bastante claro cuando indica que durante los primeros cinco años de vigencia de la Ley, las empresas

distribuidoras podrán 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, y seguidamente establece la **excepción** a dicha restricción indicando que 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.**

En ese sentido, el Ente Regulador explicó que una de las consecuencias de adoptar la tesis de Bahía Las Minas, habría sido que el CND siguiera "en el error de seguir (sic) enriqueciendo ilícitamente a Bahía Las Minas, cargando la suma correspondiente al resto de los miles de usuarios del servicio eléctrico..." al cargar dos veces la misma energía relativa a las Compras Directas de energía celebradas por las empresas distribuidoras, atribuyéndosela a los Contratos Iniciales y luego también a los propios Contratos de Compra Directa. No se verifica, en consecuencia, la infracción de la norma indicada.

En vista de que el concepto de la infracción de los artículos 5.1.3. del Volumen I de las Reglas para el Mercado Mayorista de Electricidad; 6.7.2b; 9.4.4; 14.1.3d del Informe Metodológico; y los artículos 3.4.1.3., 3.3.1.3, 6.2.1.2., 14.6.1.2. del Volumen II de las Reglas mencionadas, ha sido explicado de manera muy similar por el accionante, estimamos

adecuado hacer ciertas consideraciones relativas a todos ellos.

Ya hemos indicado líneas arriba que el fundamento jurídico del Ente Regulador para aprobar los Documentos de Transacciones Económicas del mes de diciembre de 2000, lo fueron las Reglas Comerciales del Mercado Mayorista de Electricidad, así como la contenida en el numeral 8.3 denominado Administración por Diferencias para Contratos de Suministro, la contenida en el numeral 8.3.1. denominada Compromisos y la contenida en el numeral 8.3.2. denominada Transacciones en el Mercado Ocasional y que además, los resultados suministrados en dicho Documento, reflejan las transacciones económicas realizadas por los Agentes del Mercado en el período transcurrido entre el 1 y el 31 de diciembre de 2000, los cuales son el resultado de la aplicación de la fórmula de suministro de energía expresada tanto en los Contratos Iniciales como en los Contratos Directos, sin la necesidad de la aplicación de la Resolución N° JD-1700 emitida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos.

Por otro lado, 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 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.

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 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.

Las Resoluciones N°JD-1700 y JD-1929, no están en contraposición con lo establecido en los contratos de potencia firme, sino más bien lo que buscaban era reiterar lo establecido en la Ley N°6 de 1997, con respecto a las compras directas y generación propia por las empresas distribuidoras, así como las compras de energía por los grandes clientes.

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 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 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 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 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.

En cuanto a la supuesta infracción de los artículos 8.3.1.1.; 8.3.1.2.; 8.3.2.1.; 8.3.2.2., todos del Volumen II de las Reglas para el Mercado Mayorista de Electricidad, es menester explicar al demandante que las disposiciones 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 de 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, debe indicarse

que esta elaboración de BAHIA 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. Este planteamiento es válido para restar mérito a la supuesta infracción del artículo 13 del Código Civil.

3. Conclusiones.

De todo lo anterior, ha quedado claro que el interés del Ente Regulador en 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.

Igualmente, es de especial interés para este Despacho resaltar las reflexiones que autores administrativistas, como Juan Carlos Cassagne hacen sobre normas similares a la contenida en 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 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, estimamos que no se han producido las violaciones alegadas por la parte actora, y reiteramos nuestra respetuosa solicitud a la Honorable Sala, para que deniegue todas las declaraciones reclamadas en su demanda contencioso administrativa .

V. **Derecho:** Negamos el Invocado.

VI. **Pruebas:** De los aportados, aceptamos los documentos originales y las copias que se encuentran debidamente autenticadas.

Aducimos el expediente administrativo contentivo 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/MR/bdec

Licdo. Víctor L. Benavides P.
Secretario General