

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

**Proceso Contencioso
Administrativo de Plena
Jurisdicción.**

**Concepto de la Procuraduría
de la Administración.**

Vista Número 887

Panamá, 14 de agosto de 2017

El Licenciado Luis Ángel Arrocha, actuando en nombre y representación de la **Autoridad del Canal de Panamá**, solicita se declare nula, por ilegal, la Resolución 10445 de 13 de diciembre de 2016, emitida por la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos**, el acto confirmatorio y que se hagan otras declaraciones.

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

La Procuraduría de la Administración, de conformidad con lo dispuesto en el último párrafo del numeral 2 del artículo 5 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, actuando en interés de la Ley, en función de los intereses contrapuestos entre dos entidades estatales, comparece ante ese Tribunal jurisdiccional con la finalidad de emitir el concepto de la misma, dentro del proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción, incoado por el Licenciado Luis Ángel Arrocha, apoderado judicial de la **Autoridad del Canal de Panamá**, a efectos que al Sala Tercera declare nula, por ilegal, la Resolución 10445 de 13 de diciembre de 2016, emitida por la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos**, el acto confirmatorio y que se hagan otras declaraciones.

1. Antecedentes

1.1 Aspectos generales del Mercado Eléctrico.

Actualmente la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos es la reguladora en la República de Panamá, entre otras materias, del sector eléctrico, cuyo Marco Regulatorio e Institucional para la prestación del mismo, se encuentra fundamentado en la Ley 6 de 3 de febrero de 1997.

Al presente, las actividades del sector eléctrico en Panamá comprenden la conversión de energía de la fuente primaria para ser utilizada como energía eléctrica (generación); el manejo y elevación de voltaje de dicha energía hasta llevarla a los centros de consumo (transmisión); y para la entrega a los clientes que harán uso final de ella (distribución) a diferentes niveles de tensión.

Dentro del proceso de generación eléctrica se encuentra el Mercado Mayorista de Electricidad, el cual es el conjunto de operaciones que realizan los Participantes del Mercado en el ámbito mayorista en Energía, Potencia y Servicios Auxiliares. Comprende el Mercado Ocasional y el Mercado de Contratos que crean la Ley, las compensaciones diarias de potencia y las transacciones por Servicios Auxiliares. Este constituye el ámbito en el cual los agentes productores (generadores, autogeneradores, cogeneradores e interconexiones internacionales) y los agentes consumidores (distribuidores, grandes clientes y la exportación), realizan sus transacciones comerciales de compra venta de energía y/o potencia. El mismo está constituido por:

- **Mercado de contratos:** Conjunto de transacciones pactadas entre agentes del mercado, a mediano y largo plazo de energía y/o potencia pactadas entre los agentes del mercado en los cuales se acuerdan precios para la energía y la potencia.

- **Mercado ocasional:** Conjunto de transferencias de electricidad a corto plazo entre agentes del mercado, que no han sido establecidas mediante contratos, siendo el ámbito en el que se realizan transacciones horarias de energía y de potencia de oportunidad que permite considerar los excedentes y faltantes que surjan como consecuencia del despacho, los compromisos contractuales y la realidad de la demanda y de la oferta.

El autor panameño Jorge Rivera Staff, en su obra Fundamentos de Derecho Eléctrico (Librería & Editorial Barrios, 1ra. ed., Panamá, 2017, p. 496 y siguientes), explica lo anterior de la siguiente manera:

“I. CONCEPTO DE MERCADO ELÉCTRICO MAYORISTA

En primer lugar debemos retomar la noción contenida en el artículo 59 de la LSE, en la cual se establece que la administración del mercado eléctrico es parte del servicio de utilidad pública de operación integrada.

En el caso panameño, el legislador eleva esta función al nivel de servicio público, e impone la obligación de cumplir con el mismo a todos los participantes, siendo que, tanto la operación técnica como la comercial surgen de esta actividad de operación integrada, que si bien está consagrada a nivel conceptual en la Ley, es en el Reglamento de Operación (RO) en donde se detalla a nivel más específico.

El mercado mayorista de electricidad está regulado principalmente por normas dictadas por el regulador del sector, siendo el RO, la principal fuente para la constitución de todas las relaciones que se desarrollan en este ámbito, tal y como se define en el numeral 23 del artículo 6 de la LSE.

...

En tal sentido, el artículo 6 de esta Ley, define ciertos conceptos en específico, necesarios para el nuevo marco regulatorio, siendo que en las definiciones contenidas en este artículo se observa que se refiere al mercado eléctrico, no definiéndolo como un todo, sino en cada uno de sus dos componentes principales, como lo son el mercado de contratos y el mercado ocasional. Además, hace referencia a los agentes del mercado, los cuales participan de la compraventa de energía, que empezamos a estudiar.

...

- **Definición de mercado eléctrico en la normativa.**

A pesar de que en Panamá existe un mercado eléctrico, en el que se realizan intercambio de energía y potencia entre los diversos agentes, no existe en la legislación, ni en las normas que desarrollan este tema, una definición conceptual de mercado eléctrico en la que se proporcione su contenido y su esencia, sino más bien tenemos una definición de mercado mayorista

de electricidad plasmada en las Reglas Comerciales, específicamente en su artículo 2.1 relativo a las definiciones: “es el conjunto de operaciones que realizan los participantes del mercado en el ámbito mayorista en energía, potencia y servicios auxiliares. Abarca el Mercado Ocasional y el Mercado de Contratos que crean la Ley, las compensaciones diarias de potencia y las transacciones por servicios auxiliares.

Adicionalmente vemos las definiciones de mercado que nos brinda la LSE en los numerales 17 y 18 del artículo 6 relativo a las definiciones: ‘Mercado de Contratos: conjunto de transacciones pactadas entre agentes del mercado’ y ‘Mercado Ocasional: conjunto de transferencias de electricidad a corto plazo entre agentes del mercado, que no han sido establecidas mediante contratos.’

...”

Dentro de las empresas y entes que generan electricidad en el mercado de la República de Panamá, se encuentra la Autoridad del Canal de Panamá, la cual mantiene una actividad de autogeneración eléctrica a fin de satisfacer las necesidades propias de su principal actividad, esto es, el mantenimiento y operación de manera pacífica e ininterrumpida de la vía interoceánica.

De acuerdo a la definición contenida en el artículo 6 de la Ley 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, por “autogenerador” se entiende a la **“Persona natural o jurídica que produce y consume energía eléctrica en un mismo predio, para atender sus propias necesidades y que no usa, comercializa o transporta su energía con terceros o asociados; pero que puede vender excedentes a la Empresa de Transmisión y a otros agentes del mercado.”**

Como quiera que los numerales 1 y 8 del artículo 20 de la Ley 6 de 1997, establece como funciones del Ente Regulador (hoy Autoridad Nacional de los Servicios Públicos), en relación al sector de energía eléctrica, la de regular el ejercicio de las actividades del mismo, para asegurar la disponibilidad de una

oferta energética eficiente, capaz de abastecer la demanda bajo criterios sociales, económicos, ambientales y de viabilidad financiera; así como propiciar la competencia en el grado y alcance definidos por la Ley y proponer la adopción de las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante; así como el expedir regulaciones específicas para la autogeneración y cogeneración de electricidad que se conecte a la red de servicio público, así como para el uso eficiente de energía por parte de los consumidores, se dictaron las Reglas Comerciales para el Mercado Mayorista de Electricidad, aprobadas mediante la Resolución JD-605 de 24 de abril de 1998, la cual ha sido modificada a través de las resoluciones JD-763 de 8 de junio de 1998, JD-3207 de 22 de febrero de 2002, JD-3463 de 21 de agosto de 2002, JD- 4812 de 22 de junio de 2004, JD-5864 de 17 de febrero de 2006, AN 2821-ELEC de 29 de julio de 2009, AN 2969-ELEC de 23 de septiembre de 2009, AN 3476-ELEC de 10 de mayo de 2010, AN 4581-ELEC de 11 de julio de 2011, AN 5061- ELEC de 11 de enero de 2012, AN 5329-ELEC de 15 de mayo de 2012, AN 5849-ELEC de 31 de diciembre de 2012, AN 6007 de 13 de marzo de 2013, AN 6166-ELEC de 27 de mayo de 2013, AN 7477-ELEC de 19 de junio de 2014, AN 8451-ELEC de 13 de abril de 2015, y AN 10517-ELEC de 6 de octubre de 2016.

1.2. Procedimiento Sancionador.

Según afirma el Informe de Conducta rendido por el Administrador de la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos**, mediante Memorándum ELEC 0064-15 de 10 de febrero de 2015, la Dirección Nacional de Electricidad, Agua Potable y Alcantarillado Sanitario, solicitó el inicio de un procedimiento administrativo sancionador en contra de la **Autoridad del Canal de Panamá**, por incumplir las Reglas Comerciales del Mercado Mayorista, al no realizar los pagos consignados en los documentos de transacciones económicas de los años 2012 al 2014, en el plazo otorgado por el Centro Nacional de Despacho, con fundamento

en lo que señalan los numerales 14.9.1.4 y 14.10.1.1 de las referidas reglas (Cfr. foja 52 del expediente judicial).

Las referidas Reglas del Mercado Mayorista de Electricidad, señalan lo siguiente:

“14.9.1.4. De requerirlo los Participantes, el CND podrá administrar el sistema de cobranzas a través de una cuenta bancaria de acuerdo al siguiente procedimiento:

- a) Todos los deudores deben depositar los montos que le fueron facturados dentro del plazo previsto para ello.
- b) El CND debe dar instrucciones al Banco para que todo monto que ingresa a la cuenta, sea transferido por el Banco a las respectivas cuentas de todos los acreedores, de acuerdo a proporciones que surgen de la propia transacción económica.
- c) El CND debe acreditar a cada deudor exclusivamente la proporción que le corresponde de lo que ingresa en la mencionada cuenta y no tiene dentro de sus funciones tomar a su cargo deudas por no pago de terceros.”

14.10.1.1. Todos los participantes asumen la obligación de pago en los tiempos y formas que se establezcan.”

El informe de conducta remitido por la Autoridad demandada, señala los siguientes puntos, que son necesarios destacar dentro de la presente acción de plena jurisdicción:

“...

De conformidad con la información recibida por el Centro Nacional de Despacho, la ACP justificaba el no pago en los términos establecidos, porque los acreedores no presentaban la documentación que exige el Estado Panameño o el Código Fiscal, tal como: el Paz y Salvo Nacional.

Analizados los hechos expuestos por la Dirección Nacional de Electricidad, Agua Potable y Alcantarillado Sanitario, mediante providencia calendada diez (10) de junio de dos mil quince (2015) el Administrador General ordenó a la Comisionada

Sustanciadora el inicio de las diligencias de investigación a fin de determinar, si la ACP había incurrido en una infracción a normas vigentes en materia de electricidad.

En la etapa de investigación se dispuso recibirle una declaración jurada al representante del Centro Nacional de Despacho (en adelante CND), acudiendo para esto, el Gerente de Mercado Eléctrico quien en su deposición explicó, que desde hacía dos años la ACP venía incumpliendo los plazos de pagos correspondientes a los Documentos de Transacciones Económicas, con la justificación de que las empresas no le presentaban los paz y salvo del Ministerio de Economía y Finanzas, así como el de la Caja de Seguro Social, tal como lo dispone el Código Fiscal.

El funcionario del CND explicó en la declaración jurada rendida a foja 113 del expediente administrativo sancionador, que la ACP realizaba de manera tardía los pagos a los Documentos de Transacciones Económicas emitidos desde el año 2012 a al 2014, es decir con posterioridad al plazo que exigen las Reglas Comerciales. En virtud de esto, desde hacía cinco (5) años el CND procedió a examinar las transacciones de este auto generador de la gestión de pagos correspondientes, a fin de mitigar los efectos de una total paralización del pagos al mercado ocasional del Mercado Mayorista de Electricidad de Panamá.

Analizada la documentación acopiada al expediente y la remitida por la Dirección Nacional de Electricidad, Agua Potable y Alcantarillado Sanitario, esta Entidad Reguladora formuló cargos a la ACP por infringir el numeral 9 del artículo 142 de la Ley 6 del 3 de febrero de 1997, específicamente lo dispuesto en el numeral 14.10.1.1. de las Reglas Comerciales para el Mercado Mayorista de Electricidad, aprobadas por medio de la Resolución JD-605 de 24 de abril de 1998 y sus modificaciones; pliego éste que fue notificado personalmente al representante legal de la ACP el día veinticinco (25) de septiembre de dos mil quince (2015), y por intermedio de su Apoderado Especial dio formal respuesta en tiempo oportuno a los cargos formulados, tal como consta de foja 202 a 214 del expediente administrativo sancionador.

Con la contestación a los cargos formulados, el Apoderado Especial de la ACP presentó pruebas documentales, las cuales mediante providencia calendada catorce (14) de septiembre de dos mil quince (2015) se dispuso valorarlas al momento de la decisión final. Mediante esta resolución, de ordenó la

apertura del término de diez días hábiles, para la presentación de los alegatos correspondientes.

Cumplidas las etapas procedimentales que establece la Ley 6 de 3 de febrero de 1997, y luego de haberle brindado a la ACP todas las oportunidades procesales para el ejercicio pleno del derecho a la defensa, esta Autoridad Reguladora analizó y valoró las pruebas acopiadas dentro de la causa administrativa, determinándose que la auto generadora infringió normas vigentes en materia de electricidad, específicamente lo dispuesto en el numeral 14.10.1.1. de las Reglas Comerciales para el Mercado Mayorista de Electricidad, aprobadas por medio de la Resolución JD-605 de 24 de abril de 1998 y sus modificaciones, razón por la cual se emitió la Resolución AN No. 10445-CS de 13 de septiembre de 2016 AMONESTÁNDOLA, decisión ésta que fue reconsiderada por el Apoderado Especial de la ACP, para ser confirmada en todas sus partes por la Resolución AN No. 10535-CS de 12 de octubre de 2016.

...” (Cfr. fojas 52 a 56 del expediente judicial).

Como se desprende de lo que al momento se tiene incorporado al presente expediente judicial, se observa los siguientes puntos:

- La Dirección Nacional de Electricidad, Agua Potable y Alcantarillado Sanitario de la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos** solicitó al Administrador General de dicha entidad, el inicio de un procedimiento administrativo sancionador contra la **Autoridad del Canal de Panamá**, por incumplir las Reglas Comerciales de Mercado Mayorista, en razón que la misma no realizó los pagos consignados en los documentos de Transacciones Económica de los años 2012 a 2014, en el plazo otorgado por el Centro Nacional de Despacho, con fundamento en lo que disponen los numerales 14.9.1.4. y 14.10.11 de las referidas reglas.
- Dentro del procedimiento correspondiente, la **Autoridad del Canal de Panamá** señaló que no realizaba el pago correspondiente en el término establecido, toda vez que los acreedores no presentaban la documentación que

exige el Estado Panameño o el Código Fiscal, tal como: el Paz y Salvo Nacional y de la Caja de Seguro Social.

- La **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos** manifiesta que durante la instrucción sumarial administrativa correspondiente se le recibió declaración jurada al Gerente de Mercado Eléctrico del Centro Nacional de Despacho en la cual señaló que la **Autoridad del Canal de Panamá** realizaba de manera tardía los pagos a los Documentos de Transacciones Económicas emitidos desde el año 2012 a al 2014, es decir con posterioridad al plazo que exigen las Reglas Comerciales, por lo tanto, desde hacía cinco (5) años el Centro Nacional de Despacho procedió a examinar las transacciones de este auto generador, a fin de mitigar los efectos de una total paralización del pagos al mercado ocasional del Mercado Mayorista de Electricidad de Panamá.

- La **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos** formuló cargos a la **Autoridad del Canal de Panamá** por la infracción del numeral 9 del artículo 142 de la Ley 6 del 3 de febrero de 1997, específicamente lo dispuesto en el numeral 14.10.1.1. de las Reglas Comerciales para el Mercado Mayorista de Electricidad, aprobadas por medio de la Resolución JD-605 de 24 de abril de 1998 y sus modificaciones.

- Luego de notificado personalmente al representante legal de la **Autoridad del Canal de Panamá**, dicha entidad contestó oportunamente a través de su apoderado especial los cargos formulados, en la cual aportó las pruebas documentales, surtiéndose el trámite procedimental en sede administrativa que establece la Ley 6 de 3 de febrero de 1997, y luego de haberle brindado a la ACP todas las oportunidades procesales para el ejercicio pleno del derecho a la defensa.

- La **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos** analizó y valoró las pruebas acopiadas, determinando que la Autoridad del Canal de Panamá

infringió normas vigentes en materia de electricidad, específicamente lo dispuesto en el numeral 14.10.1.1. de las Reglas Comerciales para el Mercado Mayorista de Electricidad, aprobadas por medio de la Resolución JD-605 de 24 de abril de 1998 y sus modificaciones, por lo que el Administrador General de dicha entidad reguladora emitió la Resolución AN 10445-CS de 13 de septiembre de 2016, en la cual dispuso, entre otras cosas, amonestar a la **Autoridad del Canal de Panamá**, siendo esta el acto administrativo originario, decisión ésta que fue reconsiderada por el apoderado especial de esta última, para ser confirmada en todas sus partes por la Resolución AN 10535-CS de 12 de octubre de 2016.

2. Normas que se aducen infringidas por el demandante.

La Autoridad del Canal de Panamá, demandante en la presente causa, expresa que la resolución objeto de censura en sede de la legalidad y su acto confirmatorio, ambas emitidas por la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos**, mediante la cual se procede a amonestar a la **Autoridad del Canal de Panamá** por incumplir normas vigentes en materia de electricidad, infracción tipificada en el numeral 9 del artículo 139 de la Ley 6 de 3 de febrero de 1997, específicamente en el numeral 14.10.1.1 de las Reglas Comerciales para el Mercado Mayorista de Electricidad, aprobadas por medio de la Resolución JD-605 de 24 de abril de 1998 y sus modificaciones, son nulas, por ilegales, puesto que infringen las siguientes disposiciones legales y reglamentarias:

A. El numeral 2 del artículo 9, el numeral 9 del artículo 139, numeral 6 del artículo 142 del Texto Único de la Ley 6 de 3 de febrero de 1997, por el cual se dicta el Marco Regulatorio e Institucional para la prestación del Servicio Público de Electricidad, referente a las funciones del Ente Regulador (hoy Autoridad Nacional de los Servicios Públicos), las infracciones y el procedimiento sancionador a los prestadores del servicio público (Cfr. fojas 7 a 11 del expediente judicial);

B. El artículo 9 de la Ley 26 de 29 de enero de 1996, por la cual se crea el Ente Regulador de los Servicios Públicos, adicionada y modificada por la Ley 10 de 22 de febrero de 2006, sobre la jurisdicción de la Autoridad sobre las empresas de servicios públicos (Cfr. foja 12 del expediente judicial);

C. El artículo 172 del Decreto Ejecutivo 170 de 27 de octubre de 1993, sobre por el cual se reglamentan las disposiciones del Impuesto sobre la Renta contenidas en el Código Fiscal y se deroga el Decreto 60 de 28 de junio de 1965, modificado por el Decreto 98 de 2010, relativo a la obligación de facturar (Cfr. 12 a 14 del expediente judicial).

3. Concepto de la Procuraduría de la Administración, quien actúa en interés de la Ley.

De la lectura del expediente judicial se observa que si bien es cierto, la entidad demandante aporta al expediente judicial el acto administrativo demandado, es decir, la Resolución AN 10445-CS de 13 de septiembre de 2016, así como el acto confirmatorio, en estos momentos, no consta en autos el expediente administrativo sancionador correspondiente, en el cual deben constar los fundamentos de hecho y de derecho tomados en cuentas para que la entidad demandada pudiese emitir la decisión que hoy es atacada en sede jurisdiccional.

Frente a los elementos de prueba aportados por las partes intervinientes, no tenemos certeza de diversos hechos que son fundamentales dentro del procedimiento administrativo sancionador adelantado por la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (ASEP)** en contra de la **Autoridad del Canal de Panamá (ACP)** por incumplir esta última, las normativas relativas a las Reglas Comerciales del Mercado Mayorista de Electricidad, en la cual participa esta última entidad en su calidad de autogeneradora.

En razón de la complejidad técnica que implica el tema objeto de análisis, se hace necesario contar con todos los elementos facticos y jurídicos vinculados al

caso, en razón de salvaguardar los principios de legalidad y del debido proceso que emergen del procedimiento administrativo sancionador en la cual están vinculadas dos instituciones del Estado panameño, y cuyo acto administrativo ha sido demandado ante la Sala Tercera mediante la presente acción contenciosa administrativa de plena jurisdicción y que pueden ser aportados dentro del período probatorio correspondiente.

Ante la falta de claridad, en esta oportunidad, a cerca de la legalidad o no de la Resolución 10445 de 13 de diciembre de 2016, emitida por la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos**, mediante la cual fue sancionada la **Autoridad del Canal de Panamá**, el concepto de la **Procuraduría de la Administración** queda reservado a lo que se establezca en la etapa probatoria.

4. **Pruebas: Aducimos como prueba de Informe**, a efectos que la Honorable Sala Tercera requiera a la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos** la remisión del expediente contentivo del procedimiento sancionador seguido a la **Autoridad del Canal de Panamá**.

Del Señor Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Cecilia Elena López Cadogan
Secretaria General, Encargada