

15 de mayo de 2003

**Proceso Contencioso  
Administrativo de  
Nulidad.**

**Concepto.**

La firma Morgan & Morgan en representación de **AES PANAMA, S.A.**, para que se declare nulo, por ilegal, el ordinal 2.12 del anexo a de la Resolución No. JD-2333 de 7 de septiembre de 2000, dictada por el Ente Regulador de los Servicios Públicos.

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

Nos presentamos ante Vuestra Augusta Corporación de Justicia, con el propósito de emitir nuestro concepto en relación a la Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad, interpuesta por la firma forense Morgan y Morgan, en representación de AES PANAMÁ, S.A, para que se declare nulo, por ilegal, el ordinal 2.12 del anexo A de la Resolución No. JD-2333 de 7 de septiembre de 2000, dictada por el Ente Regulador de los Servicios Públicos.

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

Al efecto exponemos lo siguiente:

**I. Acto acusado de Ilegal:**

En virtud del proceso contencioso Administrativo de Nulidad, la apoderada judicial de la empresa AES PANAMÁ, S.A, persigue que Vuestra Honorable Sala declare nulo, por ilegal, el ordinal 2.12 del Anexo A de la Resolución No. JD-2333 de 7

de septiembre de 2000, emitida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, que establece lo siguiente:

"2.12. En sus funciones de agentes productivos, los Autogeneradores y Cogeneradores, en su función de agentes Productores, podrán establecer contratos de suministro en el Mercado de Contratos con Distribuidores y Grandes Clientes."

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

La firma Morgan y Morgan, en representación de AES PANAMÁ, S.A., asevera que el ordinal 2.12 del Anexo A de la Resolución No. JD-2333 de 7 de septiembre de 2000, infringe los numerales 1 y 6 del artículo 61 de la Ley No. 6 de 3 de febrero de 1997 "Por la cual se dicta el Marco Regulatorio e Institucional para la Prestación del Servicio Público de Electricidad" que dispone lo siguiente:

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

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

...

6. Los autogeneradores y cogeneradores, que podrán generar energía para su propio consumo, vender excedentes en el sistema interconectado nacional y comprar servicios de respaldo del sistema interconectado nacional. (El subrayado es del demandante).

En cuanto a la supuesta infracción de esta norma legal, el demandante señala que se produce en el concepto de violación directa por omisión, toda vez que el Ente Regulador de los Servicios Públicos ha autorizado, a través de un acuerdo reglamentario, que los autogeneradores y cogeneradores, puedan establecer contratos de suministros en el mercado de contratos con distribuidores y grandes clientes, por lo que se invade el ámbito de acción de los generadores o empresas generadoras. Además, advierte que el artículo 61 establece que la venta de los excedentes de energía, es la única actividad en la cual pueden participar los agentes autogeneradores y cogeneradores. Igualmente, a foja 38 del dossier, el demandante indica lo siguiente:

“Al permitir el ordinal 2.12 del Anexo A de la Resolución No. JD-2333 de 7 de septiembre de 2000 del Ente Regulador de los Servicios Públicos el establecimiento de contratos de suministro en el Mercado de Contratos con Distribuidores y Grandes Clientes, contratos estos que se refieren a transacciones de potencia y energía a largo plazo, se da la violación de los numerales 1 y 6 del artículo 61 de la Ley 6 de 1997, debido a que respecto al primero, se invade un campo de acción propio de los generadores y en lo referente al otro numeral, se sobrepasan las actividades permitidas a los Autogeneradores y Cogeneradores en dicha norma.

La limitación establecida en el artículo 61 es lógica, debido a que de acuerdo con sus respectivas definiciones los agentes Autogeneradores y Cogeneradores no son productores de energía para su comercialización, sino que son principalmente productores para satisfacer sus propias necesidades, realizando dicha producción en un mismo predio. Al ser productores para sus propias necesidades, es lógico que se

permita la venta de sus excedentes en un momento dado para que los mismos no se pierdan. Sin embargo, desde el punto de vista práctico no existe manera de saber cual será su excedente en uno, dos o más seis meses, o en cualquier tiempo en el futuro, por lo cual no es lógico que se permita la contratación de suministro de potencia y energía a largo plazo a estos agentes..."

### **III. Nuestro criterio:**

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

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

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

instrumentos básicos para incrementar la eficiencia en la prestación de los servicios, mediante las modalidades que se consideren más convenientes al efecto."

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

Los autogeneradores y cogeneradores son suministradores y administradores ocasionales del mercado eléctrico. El autogenerador, produce y consume energía en un mismo predio, y puede vender excedentes de energía en el sistema de interconectado nacional.

A través del Anexo A, de la Resolución No. JD-2333 de 7 de septiembre de 2000, dictada por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, se establecen Regulaciones Específicas para los Autogeneradores y Cogeneradores. De esta normativa destacamos los siguientes aspectos:

1. Pueden convertirse en Agente del Mercado Mayorista de Electricidad, previa certificación expedida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos.

Según lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley No. 6 de 1997, son Agentes del Mercado, las empresas generadoras, cogeneradoras, autogeneradoras, transportistas,

distribuidoras, los grandes clientes y las interconexiones internacionales.

Por consiguiente, de conformidad con los artículos 81 y 91 de la Ley No. 6 de 1997, tienen libre acceso a las redes de transmisión y de distribución, previo cumplimiento de las normas que rijan el servicio y el pago de las retribuciones que correspondan.

2. Pueden vender al Mercado Mayorista de Electricidad sus excedentes o comprar sus faltantes de energía eléctrica.

De acuerdo al artículo 6 de la Ley No. 6 de 1997, se establece, por definición que el Autogenerador es una 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.

En cuanto a la definición de cogenerador, esta disposición legal, dice que es Persona natural o jurídica que produce energía eléctrica como subproducto de un proceso industrial y cuya finalidad primaria es producir bienes o servicios distintos a energía eléctrica. Puede vender energía eléctrica a la Empresa de Transmisión y a otros agentes del mercado.

3. Para que una oferta de venta sea considerada en el Mercado Ocasional, los Autogeneradores o Cogeneradores, deberán suministrar al Centro Nacional de Despacho, la información necesaria para la programación y el despacho semanal y diario.

El artículo 6 de la Ley No. 6 de 1997, señala que el Mercado Ocasional es el conjunto de transferencias de electricidad a corto plazo entre agentes del mercado que no han sido establecidas mediante contratos.

En virtud de las Reglas Comerciales para el Mercado Mayorista de Electricidad, contenidas en la Resolución No. JD-605 de 24 de abril de 1998, modificada por la Resolución No. JD-2340 de 7 de septiembre de 2000, y por la Resolución No. JD-2728 de 20 de abril de 2001, emitidas por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, se establece que el Mercado Ocasional es el ámbito donde se realizan transacciones comerciales de energía de corto plazo que permiten despejar los excedentes y faltantes que surgen como consecuencia de los apartamientos entre los compromisos contractuales y la realidad del consumo y de la generación.

4. Se admite que un Autogenerador o Cogenerador como agente productor, puede ofertar como reserva de largo plazo, la potencia firme que no esté comprometida en Contratos de Suministro ni vendida en Contratos de Reserva. La oferta debe indicar la disponibilidad de Potencia comprometida y el precio ofertado.

El Mercado de Contratos, es definido por el artículo 6 de la Ley No. 6 de 1997, como el conjunto de transacciones pactadas entre agentes del mercado, y según lo dispuesto en las Reglas Comerciales para el Mercado Mayorista de Electricidad, se establece que el Mercado de Contratos es el ámbito donde se realizan las transacciones comerciales de mediano o largo plazo, con condiciones y precios que resultan

de acuerdo entre las partes. Por consiguiente, el Autogenerador, como Agente del Mercado, tiene la facultad para participar en el Mercado de Contratos.

En el Mercado de Contratos existen dos tipos de Contratos: el de Suministro, en el cual los agentes Compradores acuerdan la compra de potencia y/o energía con agentes Productores; y los Contratos de Reserva, que los agentes Productores y el Comprador Principal pueden comprar potencia y la energía asociada de otro Productor.

Asimismo, en estas Reglas Comerciales se establece, que el Contrato de Suministro, es la herramienta comercial mediante la cual los Agentes Consumidores compran potencia para cubrir su abastecimiento y/o estabilizar su precio futuro de compra.

El ordinal 2. 12 del Anexo A de la Resolución No. JD-2333 de 7 de septiembre de 2000, le permite a los Autogeneradores y Cogeneradores, que como agente productor, puedan establecer contratos de Suministro en el Mercado de Contratos con Distribuidoras y Grandes Clientes.

En este sentido, las Reglas Comerciales para el Mercado Mayorista de Electricidad, consagradas en la Resolución No. JD-605 de 24 de abril de 1998, se establece en el punto 4.4.5..1 que "en un Contrato de Suministro el Participante Productor compromete una potencia con un requerimiento establecido de disponibilidad, y el Participante Consumidor se compromete a pagar por cada MW de potencia contratada disponible independientemente de que genere o no, hasta la disponibilidad acordada."

En el Informe Explicativo de Conducta rendido por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, se señala que existen tres formas de vender energía en el Sistema de Interconectado Nacional. El sistema de Interconectado Nacional es el conjunto de centrales de generación, líneas y redes de transmisión y distribución de electricidad y sus instalaciones complementarias que se encuentran interconectadas, en un solo sistema a nivel nacional, sin distinción de las personas públicas y privadas a quienes pertenezcan (Ver Resolución No. JD-947 de 10 de agosto de 1998)

Las tres formas de vender energía en el Sistema Interconectado Nacional (SIN), son:

1. Mediante Contratos de Suministros en el Mercado de Contratos, definidos en las líneas precedentes.
2. A través del Mercado Ocasional, ofertando potencia para el día siguiente.
3. Como reserva a largo plazo, que serían los Contratos de Suministros, lo cual ahora se impugnan a través de esta demanda.

Consideramos que el ordinal 2.12, en virtud del cual se autorizan a los Autogeneradores y Cogeneradores, a que puedan celebrar contratos de Suministro en el Mercado de Contratos con Distribuidores y Grandes Clientes, no deviene en ilegal, toda vez que éstos son considerados como Agentes del Mercado, tienen libre acceso a las redes de transmisión y distribución; por consiguiente, al tener acceso al Sistema de

Interconectado Nacional, tienen igualmente la posibilidad de realizar Contratos de Suministro.

A nuestro juicio, no existe regulación alguna que establezca que el Contrato de Suministro sea exclusivo de las empresas generadoras. Las Autogeneradoras, como Agentes productores, podrán realizar Contratos de Suministro en el Mercado de Contratos con Distribuidores y Grandes Clientes, ya que solamente pueden introducirse en éste cuando cumplidos los requerimientos de su propio predio, existan excedentes de energía.

Estimamos que no es posible acceder a la declaratoria de ilegalidad solicitada, toda vez que de acuerdo a las Reglas Comerciales del Mercado Mayorista de Electricidad, existen claras disposiciones que consideran como Agentes Productores a los Autogeneradores y Cogeneradores ubicados en Panamá, quienes también son considerados como Agentes del Mercado, motivo por el cual, igualmente, le asisten ciertas prerrogativas, entre las que está celebrar Contratos de Suministro.

Por las consideraciones expuestas, somos del criterio que no es ilegal el ordinal 2.12 del Anexo A de la Resolución No. JD-2333 de 7 de septiembre de 2000, dictada por el Ente Regulador de los Servicios Públicos "Por la cual se aprueban Regulaciones Específicas para Autogeneradores y Cogeneradores", pues no viola el artículo 61 de la Ley No. 6 de 1997.

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

**Derecho:** Negamos el invocado por el demandante.

**Del Señor Magistrado Presidente,**

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

AMdeF/8/bdec

Licdo. Víctor L. Benavides P.  
Secretario General

**Materias:** Autogenerador  
Mercado Ocasional  
Mercado de Contratos  
Contratos de Suministros  
Contratos de Reserva.