REPÚBLICA DE PANAMÁ

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN

Vista Número 476

Panamá, 10 de septiembre de 2012

Proceso Contencioso Administrativo de Plena Jurisdicción.

Concepto de la Procuraduría de la Administración.

El licenciado Abraham Ricardo Rosas Araúz, actuando en representación de **Corporación Panameña de Energía, S.A.**, solicita que se declare nula, por ilegal, la resolución AN 4964-Elec de 5 de diciembre de 2011, emitida por la **Autoridad de los Servicios Públicos**, su acto confirmatorio y se hagan otras declaraciones.

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

Acudo ante usted de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 5 de la ley 38 de 2000, con la finalidad de intervenir en interés de la Ley dentro del proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción descrito en el margen superior, por razón de los intereses contrapuestos en la vía administrativa de Corporación Panameña de Energía, S.A., y de la Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A., en atención al reclamo que efectuó la primera de éstas con respecto al "documento de transacciones económicas", correspondiente al mes de octubre de 2010, elaborado por el Centro Nacional de Despacho de la Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A.; reclamo que no pudo ser objeto de acuerdo entre las partes, por lo que fue elevado al conocimiento de la Autoridad de los Servicios Públicos.

I. Disposiciones que se aducen infringidas.

La sociedad demandante estima que el acto acusado lesiona las siguientes disposiciones legales y reglamentarias:

A. Los artículos 34, 36 y 52 (numeral 2) de la ley 38 de 2000 que, en su orden, disponen sobre los principios que deben regir las actuaciones

administrativas; la indicación de que ningún acto podrá emitirse o celebrarse con infracción de una norma jurídica vigente, aunque provenga de la misma autoridad que la dicte o celebre; y la nulidad de los actos administrativos cuando sean dictados por autoridades incompetentes (Cfr. fs. 15 a 31 del expediente judicial); y

B. El artículo 4.5.3.2 de las reglas comerciales del mercado mayorista de electricidad, aprobadas por el antiguo Ente Regulador de los Servicios Públicos, mediante la resolución JD-605 de 24 de abril de 1998, tal como fueron modificadas por la resolución AN 2969-Elec de 23 de septiembre de 2009, emitida por la Autoridad de los Servicios Públicos, según el cual, el contrato de reserva deberá definir la potencia y/o la energía contratada y el o los nodos de entrega, la cual podrá variar durante el período de vigencia del contrato; así como la indicación de que el Centro Nacional de Despacho no deberá decidir por sí mismo la interpretación que corresponda, cuando surjan dudas sobre el cálculo de la potencia y/o de la energía contratada (Cfr. fojas 31 a 36 del expediente judicial).

II. Antecedentes

Según consta en autos, Corporación Panameña de Energía, S.A., y Generadora del Atlántico, S.A., suscribieron el 16 de junio de 2009, un ***contrato marco*** para la compra venta de **"Potencia Firme de Largo Plazo",** el cual fue comunicado en la misma fecha al Centro Nacional de Despacho a través de la nota GENA-132-09 (Cfr. fojas 43 y 74 del expediente judicial).

Con posterioridad, la hoy demandante participó en el acto de asignación de potencia del ***"Servicio Auxiliar Especial de Reserva de Largo Plazo***", realizado por el Centro Nacional de Despacho de la Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A., para el año 2010, obteniendo una cuota de participación en el mismo; sin embargo, ante la imposibilidad sobrevenida de hacer frente a dicha asignación, la recurrente suscribió la adenda 1 al mencionado contrato, en virtud de la cual Generadora del Atlántico, S.A., se comprometió a venderle a Corporación

Panameña de Energía, S.A., toda la potencia fija a largo plazo que tuviera disponible, para así respaldar la cuota de participación que había obtenido dentro del "Servicio Auxiliar Especial de Largo Plazo" para el año 2010, hasta tanto la recurrente fuese declarada disponible (Cfr. fojas 7, 8, 41 y 44 del expediente judicial).

En este contexto, se observa que mediante la nota ETE-DEOI-CND-ME-710-2010 de 8 de noviembre de 2010, el Centro Nacional de Despacho de la Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A., le remitió a la sociedad demandante el "***Documento de Transacciones Económicas"*** correspondiente al mes de octubre de 2010, el cual contenía el registro de las actividades de los diferentes participantes del mercado eléctrico del 1 al 31 de octubre de 2010 y en el cual se le atribuyó a Corporación Panameña de Energía, S.A., un débito por la suma de **B/.144,739.00,** por el incumplimiento del referido servicio. En atención a lo indicado, la hoy actora presentó un reclamo formal ante el Centro Nacional de Despacho, con la finalidad que se realizara un ajuste al mencionado documento, en el sentido que se eliminara el débito antes indicado y, de igual manera, solicitó que se le diera validez a la adenda 1 del contrato para la compra venta de potencia firme de largo plazo, celebrado entre ella y Generadora del Atlántico, S.A., y que se administrara dicho acuerdo conforme a las reglas comerciales del mercado mayorista de electricidad (Cfr. foja 40, 41, 73 y 74 del expediente judicial).

El Centro Nacional de Despacho rechazó tales solicitudes y, ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo con la Corporación Panameña de Energía, S.A., mediante la nota ETE-DEOI-CND-ME-859-2010 de 13 de diciembre de 2010, remitió el reclamo efectuado por dicha sociedad a la Autoridad de los Servicios Públicos, tal como lo prevé el artículo 14.8.1.3 de las reglas comerciales del mercado mayorista del sector eléctrico (Cfr. fojas 43 y 74 del expediente judicial).

Luego de analizar la posición de la parte actora, así como la del Centro Nacional de Despacho de la Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A., la entidad demandada pudo verificar que la sociedad recurrente había incumplido su asignación de potencia firme en las semanas 22, 23, 24, 25 y 26 del año 2010, razón por la cual emitió la resolución AN 4964-Elec de 5 de diciembre de 2011, objeto de reparo, en la que resolvió, entre otras cosas, lo siguiente: ***1)*** denegar la reclamación interpuesta por la sociedad recurrente en contra del denominado documento de transacciones económicas, correspondiente al mes de octubre de 2010; y ***2)*** ordenar al Centro Nacional de Despacho (CND) que realizara un ajuste a la liquidación del documento antes indicado, en el sentido de que no se le asignara el "Servicio Auxiliar Especial de Reserva de Largo Plazo" a Corporación Panameña de Energía, S.A., en la semana 32 de acuerdo a lo establecido en el artículo 5.5.8.2 de las reglas comerciales del mercado mayorista de electricidad, y en consecuencia, fueran levantadas las penalidades asociadas a dichas semanas (Cfr. fojas 40 a 45 del expediente judicial).

Disconforme con tal decisión, la citada empresa interpuso un recurso de reconsideración ante la propia entidad; no obstante, la Autoridad de los Servicios Públicos mediante la resolución AN 5152-Elec de 27 de febrero de 2012, decidió confirmar en todas sus partes el acto administrativo original (Cfr. fojas 46 a 51 del expediente judicial).

Una vez agotada la vía gubernativa en la forma antes descrita, la demandante ha interpuesto ante esa Sala la acción contencioso administrativa de plena jurisdicción que ocupa nuestra atención.

III. Concepto de la Procuraduría de la Administración

Tal como se ha indicado previamente, el apoderado judicial de la actora manifiesta que el acto impugnado infringe los artículos 34, 36 y 52 de la ley 38 de 2000, así como el artículo 4.5.3.2 de las reglas comerciales del mercado mayorista

de electricidad, aprobadas por el antiguo Ente Regulador de los Servicios Públicos mediante la resolución JD-605 de 24 de abril de 1998, y modificadas posteriormente por la resolución AN 2969-Elec de 23 de septiembre de 2009, emitida por la Autoridad de los Servicios Públicos, señalando en este sentido que la autoridad desconoció reglas aplicables al sector eléctrico que, de haber sido tomadas en cuenta en la situación bajo examen, la hubieran liberado de la sanción que le fue impuesta por el incumplimiento en la asignación preliminar del "Servicio Auxiliar Especial de Reserva de Largo Plazo" (Cfr. 15, 20 y 21 del expediente judicial).

A juicio de la sociedad recurrente, el Centro Nacional de Despacho debió dar cumplimiento a la adenda 1 del contrato de reserva de energía de largo plazo que mantenía vigente con la empresa Generadora del Atlántico, S.A., en el cual se establece que esta última se compromete a venderle a Corporación Panameña de Energía, S.A., y ésta, a su vez, a comprarle toda la potencia firme de largo plazo requerida para respaldar la asignación preliminar del "Servicio Auxiliar Especial de Largo Plazo" para el año 2010, y no hacer interpretaciones del referido contrato para las cuales no tenía competencia, ya que las partes no se lo habían solicitado de acuerdo con lo indicado en las reglas comerciales del sector eléctrico (Cfr. foja 17, 19, 20 y 21 del expediente judicial).

En opinión de Corporación Panameña de Energía, S.A., el Centro Nacional de Despacho debió asignar la potencia que en ese momento tenía disponible Generadora del Atlántico, S.A., a la cuota que a ella le correspondía en el "Sistema Auxiliar de Energía de Largo Plazo", pero que, por el contrario, el Centro interpretó que dicha potencia no podía serle vendida dada la existencia de una sanción en contra de Generadora del Atlántico, S.A., por el incumplimiento en otra asignación del mercado (Cfr. fojas 27 y 28 del expediente judicial).

Luego de analizar los argumentos expresados por las partes, esta Procuraduría estima que la actuación de la Autoridad de los Servicios Públicos se efectuó con sustento en el propio contrato marco suscrito entre Corporación Panameña de Energía, S.A., y Generadora del Atlántico, S.A., y sobre la base de lo establecido en las reglas comerciales del mercado mayorista del sector electricidad, tal como se explicará a continuación.

En efecto, según expone la Autoridad de los Servicios Públicos en su informe de conducta, los contratos marco, como el suscrito entre las ya citadas empresas concesionarias de generación eléctrica, "*contienen las definiciones y condiciones generales que regularán cualquier acuerdo derivado de la relación comercial entre ambas empresas*." Según se expone en el referido informe, "*Esta característica es cumplida en la Cláusula Primera del contrato en referencia, la cual indicaba que el objeto de dicho contrato era fijar las obligaciones, términos y condiciones técnicas generales que se aplicarán a las operaciones de compraventa de potencia firme entre COPESA Y GENA*" (Cfr. foja 75 del expediente judicial).

Al respecto, en la cláusula cuarta del referido acuerdo de voluntades se estableció el procedimiento reconocido por las partes para efectuar las transacciones de compra y venta de potencia firme de largo plazo. Veamos:

> "**CUARTA**: El procedimiento será el siguiente:
> a. En caso que EL COMPRADOR requiera PFLP y que EL VENDEDOR cuente con PFLP PARA VENDER, el correspondiente intercambio establecerá, mediante mutuo acuerdo el monto de PFLP que EL VENDEDOR venda a EL COMPRADOR al precio indicado en la Cláusula SEXTA de EL CONTRATO.
> b. El monto de PFLP para cada intercambio será declarado por LAS PARTES al CND por el medio de comunicación oficial que este último establezca.
> …". (Cfr. fojas 44 y 75 del expediente judicial).

De la lectura de las cláusula contractual citada, se infiere que Generadora del Atlántico, S.A., podía vender *potencia firme de largo plaz*o a Corporación

Panameña de Energía, S.A., **siempre y cuando dispusiera de la misma para tal propósito**; no obstante, debe ponerse de relieve que en la semanas 22, 23, 24, 25 y 26, la sociedad Generadora del Atlántico, S.A., no podía venderle energía a la recurrente, dado que sobre aquélla pesaba una sanción establecida por el propio Centro Nacional de Despacho (Cfr. fojas 50, 75 y 76 del expediente judicial).

En atención a lo expuesto, mal podía la actora pretender que el Centro Nacional de Despacho tomara en cuenta para el cumplimiento de la asignación que tenía en el "Sistema Especial Auxiliar de Energía de Largo Plazo", la potencia firme con que contaba en ese momento Generadora del Atlántico, S.A., si esta última no podía disponer de la misma dada la existencia de la sanción que le había sido impuesta por el Centro. En consecuencia, frente a la circunstancia antes expuesta y dado el hecho, reconocido por la propia recurrente en su demanda, de su falta de disponibilidad de potencia, queda de manifiesto su incumplimiento en cuanto a la obligación de entregar la porción de energía que mensualmente se le asignó en el sistema, en particular en lo que atañe a las semanas 22, 23, 24, 25 y 26 del año 2010, por lo que debemos coincidir con la entidad demandada en el sentido que "…*de existir algún incumplimiento por parte de un agente que ofertó al SAERLP, es deber y responsabilidad de dicho agente afrontar las penalidades que se presenten*"(Cfr. 7, 8, 44, 75 y 76 del expediente judicial).

En abono de lo expuesto, también debemos observar que la actuación de la entidad demandada, además de sustentarse en la relación contractual ya descrita, igualmente se ampara en la competencia que le adscribe el numeral 2 del artículo 20 de la ley 6 de 1997, que ahora corresponde al artículo 9 del texto único de 14 de septiembre de 2011, el cual establece entre las funciones del antiguo Ente Regulador de los Servicios Públicos, hoy Autoridad de los Servicios Públicos, la

de "*Vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que estén sujetos quienes prestan el servicio público de electricidad y sancionar sus violaciones*."

De igual manera, al emitir el acto objeto de reparo la Autoridad tomó en consideración lo establecido en los artículos **5.5.1.1, 5.5.1.2 y 5.5.7.3** de las reglas comerciales del mercado mayorista del sector eléctrico, los cuales son del siguiente tenor:

> "**5.5.1.1** El objeto del Servicio Auxiliar Especial de Reserva de Largo Plazo es garantizar los compromisos de disponibilidad de potencia para cubrir la garantía de suministro de los clientes de la República…" (El subrayado es nuestro).
>
> "**5.5.1.2** El Servicio Auxiliar Especial de Reserva de Largo Plazo es una reserva compartida para la garantía de suministro y un seguro de precio para la energía asociada a dicha reserva de potencia, de acuerdo al procedimiento definido en estas Reglas Comerciales." (El subrayado es de esta Procuraduría).
>
> "**5.5.7.3** El compromiso asociado al aporte al servicio auxiliar de reserva de largo plazo es el siguiente:
> a) Cumplir con la disponibilidad o interrumpibilidad comprometida, o pagar una penalidad por faltantes.
> …" (El subrayado es nuestro).

De la lectura de estas normas, se infiere la importancia que tiene el denominado **Servicio Auxiliar Especial de Reserva de Largo Plazo** como una garantía del suministro de potencia a los clientes del sector energético de nuestro país, por lo que quien participe en este servicio adquiere el compromiso de suministrar potencia y la energía asociada a ésta, la cual debe estar disponible en el momento en que se requiera, pues, de lo contrario, estará sujeto a pagar una penalidad, tal como se evidenció en la situación bajo examen, de allí que frente al incumplimiento en que incurrió Corporación Panameña de Energía, S.A., en cuanto a su asignación en el referido servicio durante la semanas 22, 23, 24, 25 y 26 del año 2010, la consecuencia lógica era que la entidad demandada emitiera el acto objeto de reparo; el cual, en nuestra opinión, no infringe en lo absoluto los artículos 34, 36, 52 (numeral 2) de la ley 38 de 2000 ni el artículo 5.4.3.2 de las

reglas comerciales del mercado mayorista del sector eléctrico, conforme lo pretende en forma equívoca la empresa demandante.

Sobre la base de los anteriores razonamientos, esta Procuraduría solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados que integran esa Sala, se sirvan declarar que NO ES ILEGAL la resolución AN 4964-Elec de 5 de diciembre de 2011, emitida por la Autoridad de los Servicios Públicos, ni su acto confirmatorio y, en consecuencia, se nieguen el resto de las pretensiones de la parte actora.

IV. Pruebas.

1. Objetamos, por ineficaces, las pruebas documentales visibles de fojas 53 a 64 del expediente judicial, por constituir copias simples de documentos públicos que no han sido autenticados por la autoridad encargada de la custodia de sus originales, lo que resulta contrario al texto del artículo 833 del Código Judicial que, como condición indispensable para que se puedan incorporar al proceso pruebas de esta naturaleza, exige que las mismas se presenten en su forma original o mediante copias debidamente autenticadas; y

2. Con el propósito que sea solicitado por ese Tribunal e incorporado al presente proceso, se aduce como prueba documental, la copia autenticada del expediente administrativo relativo al presente caso, cuyo original reposa en los archivos de la institución demandada

V. Derecho. Se niega el invocado en la demanda.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Nelson Rojas Avila
Secretario General