

Vista N°686

30 de diciembre de 2002

Proceso Contencioso  
Administrativo de  
Plena Jurisdicción.

Contestación de  
la Demanda.

Galindo, Arias y López, en representación de **Empresa de Distribución Eléctrica Chiriquí, S.A.**, para que se declaren nulas, por ilegales, las definiciones "generación propia", "obligación de contratar" del artículo 2do. de la **Res. N°JD-3207 de 22 de febrero de 2002**, y los numerales del Anexo D de dicha resolución: 3.4.2.1, 3.4.2, 3.4.2.1, 3.4.2.2., 3.4.2.3, 3.4.2.4, 3.4.2.5, 3.4.2.6, 3.4.2.7, 3.4.3.4., 3.4.3.5, 3.4.3.7, 3.4.4, 3.4.4.1, 3.4.4.2, 3.4.4.3, 3.4.4.4, 3.4.4.5, 3.4.4.6, 3.4.4.7 del artículo 7, el numeral 6.1.1.4 del art.10 y los siguientes numerales del Anexo D de la resolución anterior (3.3.1.3, 3.3.1.9. del artículo 6, 3.4.3.1,3.4.3.6 del artículo 7, 7.3.5.1., 3.5.1.4 del artículo 8vo. 4.3.1.1.del 11 .4.4.1.3, del artículo 12, 5.2.1.4 del art. 15 6.1.1.2 del art. 19 6.2.1.2.del art. 20 6.3.1.1 y 6.3.1.2 del art. 21, 6.5.1.1 y 6.5.1.2 del art. 23 y para que se hagan otras declaraciones.

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

Nos presentamos ante Vuestro Alto Tribunal de Justicia con el propósito de dar formal contestación a la Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción interpuesta por la firma Galindo, Arias y López, en representación de la Empresa de Distribución Eléctrica Chiriquí, S.A., y de la Empresa de Distribución Eléctrica Metro-Oeste, S.A., las cuales fueron acumuladas en virtud de la Resolución de 19 de septiembre de 2002, emitida por la Sala Tercera de la Corte

Suprema de Justicia (Ver fojas 535 y 536 del expediente judicial).

De conformidad con el numeral 2, del artículo 5 de la Ley N°38 de 31 de julio de 2000, procedemos a intervenir en el presente negocio jurídico, en defensa del acto impugnado, es decir, de los puntos atacados de la Resolución N°JD-3207 de 22 de febrero de 2002, expedida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, "Por la cual se modifican las Reglas Comerciales del Mercado Mayorista de Electricidad aprobadas mediante la Resolución JD-605 de 24 de abril de 1998."

Al efecto, exponemos lo siguiente:

**I. En cuanto a la Pretensión:**

Mediante la presente demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción, la apoderada judicial de Empresa de Distribución Eléctrica Chiriquí, S.A. (EDECHI) y Empresa de Distribución Eléctrica Metro-Oeste, S.A. (EDEMET) persiguen que Vuestra Honorable Sala declare nulas, por ilegales, las definiciones "generación propia" y "obligación de contratar" que se encuentran consignadas en la Resolución N°JD-3207 de 22 de febrero de 2002, y que se leen a fojas 217 - 218 y de 488 a 494 del expediente judicial.

Sin embargo, contrario a lo que pretende la parte demandante, este Despacho afirma que no le asiste la razón, ya que sus pretensiones carecen de fundamento jurídico, tal como lo demostraremos en el curso del presente negocio.

**II. Los Hechos u omisiones en que se fundamenta la demanda, los contestamos así:**

Hecho 1: Este hecho es cierto; por tanto, lo aceptamos.

Hecho 2: Este hecho es cierto; por tanto, lo aceptamos.

**Tercero:** Este hecho lo contestamos igual que el hecho segundo.

**Cuarto:** Este hecho constituye una apreciación jurídica errada de la demandante; por tanto, la rechazamos.

**Quinto:** Este hecho tal como viene expuesto por la demandante, es parcialmente cierto, toda vez que el propósito de las Modificaciones al Mercado Mayorista de Electricidad, es garantizar el proceso de libre concurrencia de los distribuidores.

**Sexto:** Este hecho tal como viene expuesto por la demandante, es falso, ya que de acuerdo a lo previsto en el artículo 62 de la Ley N°6 de 1997, las empresas que integran el mercado eléctrico, deberán dedicarse al desarrollo de una actividad, y en el caso de las distribuidoras, de conformidad con el numeral 4 de esta excerta legal, podrán realizar actividades de transmisión y generación cuando se dé: "Dentro del límite de quince por ciento (15%) de la demanda señalada en el artículo 94 de esta Ley." Por su parte, el artículo 94, restringe a las empresas distribuidoras: "Participar, directa o indirectamente, en el control de plantas de generación, cuando la capacidad agregada equivalente exceda el quince por ciento (15%) de la demanda atendida en su zona de concesión."

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

**Octavo:** Este hecho, tal como viene expuesto por la demandante, es parcialmente cierto; toda vez que, a través de estas Resoluciones se le concede a estas empresas de Distribución Eléctrica, unas licencias

para operar una planta de generación termoeléctrica, por lo cual precisamos que las Resoluciones emitidas por el Ente Regulador, se dieron con ocasión de regular el funcionamiento, en particular y exclusivamente, de estas plantas de generación termoeléctrica, y no otras.

**Noveno:** Este constituye una alegación del demandante; por tanto, la rechazamos.

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

**Undécimo:** Este hecho lo contestamos igual que el hecho sexto.

**Duodécimo:** Este hecho tal como viene expuesto por el demandante, es falso; por tanto, lo rechazamos.

**Décimo Tercero:** Con respecto a este hecho debemos precisar, que según lo dispuesto en el numeral 1, del artículo 94 de la Ley N°6 de 1997, las empresas distribuidoras se encuentran restringidas en la prestación del servicio, en cuanto a la participación, directa o indirectamente, en el control de plantas de generación, cuando la capacidad agregada equivalente exceda el quince por ciento (15%) de la demanda atendida en su zona de concesión.

**Decimo Cuarto:** Éste constituye la invocación de una norma legal, que como tal la tenemos.

**Decimo Quinto:** Este hecho, tal como viene expuesto por la demandante no nos consta, porque las empresas distribuidoras del servicio eléctrico, según lo dispuesto en el numeral 3, del artículo 94 de la Ley N°6 de 1997, tiene la restricción en la prestación de este servicio durante los primeros cinco años de

vigencia de esta Ley, generan energía y compran 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.

**écimo Sexto:** Éste constituye una alegación de la demandante; por tanto, la rechazamos.

**écimo Séptimo:** Éste lo contestamos igual que el hecho anterior.

**écimo Octavo:** Éste constituye una interpretación errada de la demandante; por tanto, la rechazamos.

**écimo Noveno:** Éste es la invocación de una norma legal que como tal, la tenemos.

**écimo Diezmo:** Éste lo contestamos igual que el hecho anterior.

**écimo Primero:** Aceptamos parcialmente este hecho, toda vez que lo copiado por el demandante, se refiere al punto 6.2. "Análisis", y no al número 6.1.

**écimo Segundo:** Este constituye una alegación de la demandante; por tanto, la rechazamos.

**écimo Tercero:** Este constituye la invocación de una norma legal, que como tal, la tenemos.

**écimo Cuarto:** Este hecho, tal como viene expuesto por la demandante, es parcialmente falso, toda vez que de acuerdo a lo previsto en el numeral 2 del artículo 98, las empresas prestadoras del servicio público de

electricidad "para fijar sus tarifas, las empresas de transmisión y distribución prepararán y presentarán, a la aprobación del Ente Regulador, los cuadros tarifarios para cada área de servicio y categoría de cliente, los cuales deberán ceñirse a las fórmulas, topes y metodologías establecidos por el Ente Regulador", por lo que de conformidad con el artículo 105 ibídem, si bien es cierto, la venta de energía eléctrica de los agentes del mercado a los grandes clientes, se efectuará a los precios que acuerden las partes; estas normas no expresan la libertad de precios cuando existan competencia entre proveedores.

**ogésimo Quinto:** Éste constituye la invocación de una norma legal, que como tal, la tenemos.

**ogésimo Sexto:** Este hecho lo contestamos igual que el hecho anterior.

**ogésimo Séptimo:** Este hecho lo contestamos igual que el hecho vigésimo quinto.

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

**ogésimo Noveno:** Éste constituye una alegación del demandante; por tanto, la rechazamos.

**ogésimo:** Este hecho lo contestamos igual que el hecho anterior.

**ogésimo Primero:** Éste es una apreciación del demandante; por tanto, la rechazamos.

**ogésimo Segundo:** Éste constituye una argumentación del demandante; por tanto, la rechazamos.

Trigésimo Tercero: Éste constituye una interpretación jurídica del demandante; por tanto, la rechazamos.

Trigésimo Cuarto: Éste constituye la invocación de una disposición legal, que como tal, la tenemos.

Trigésimo Quinto: Éste constituye una alegación de la demandante; por tanto, la rechazamos.

Trigésimo Sexto: Éste es una norma legal, que como tal, la tenemos.

Trigésimo Séptimo: Éste constituye una alegación del demandante; por tanto, la rechazamos.

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

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

Trigésimo Diezmo: Este hecho lo contestamos igual que el hecho trigésimo noveno.

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

III. Disposiciones legales que se aducen como infringidas y los conceptos de violación expuestos por la representante judicial de la Empresa de Distribución Eléctrica Chiriquí, S.A., y de la Empresa de Distribución Eléctrica Metro-Oeste, S.A.

La procuradora judicial de la Empresa de Distribución Eléctrica Chiriquí, S.A., y de la Empresa de Distribución Eléctrica Metro-Oeste, S.A., estima que la Resolución impugnada viola las siguientes disposiciones legales:

1. Ley N°6 de 3 de febrero de 1997, "Por la cual se establece el Marco Regulatorio e Institucional para la Prestación del Servicio Público de Electricidad":

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

...

9. Establecer criterios y procedimientos para los contratos de ventas garantizada de energía y potencia, entre los prestadores del servicio y entre éstos y los grandes clientes, de forma que se promueva la libre concurrencia, cuando proceda, y la compra de energía en condiciones económicas."

- o - o -

**"Artículo 22. Prestadores del servicio público de electricidad.** Pueden prestar los servicios públicos de electricidad:

...

2. Los autoprodutores o cogeneradores que vendan parte de su producción de electricidad a la Empresa de Transmisión o a los distribuidores."

- o - o -

**"Artículo 62: Restricciones.** Las empresas con plantas e instalaciones localizadas en el territorio nacional, deben tener como objeto social exclusivo el desarrollo de una sola de las actividades señaladas en el artículo 1 de esta Ley, con las siguientes excepciones.

1. Los autogeneradores y cogeneradores que vendan excedentes en el sistema interconectado nacional.
2. Las actividades de transmisión y de operación integrada del Sistema Integrado Nacional, sólo serán realizadas por la Empresa de Transmisión.
3. La actividad de comercialización deberá ser realizada en conjunto con la actividad de distribución, excepto en el caso de los generadores, que podrán comercializar directamente con los grandes clientes.
4. La actividad de distribución sólo podrá realizarse en forma conjunta con actividades de transmisión y generación, previa la adecuada separación contable y de gestión, en los siguientes casos:
  - a. En los sistemas aislados descritos en el artículo 64 de esta Ley.
  - b. Dentro del límite de quince por ciento (15%) de la demanda en el artículo 94 de esta Ley."

- o - o -

**"Artículo 92: Compras de energía en bloque por empresas distribuidoras.**

Durante los primeros cinco años de vigencia de esta Ley, las empresas de distribución suscribirán contratos para el suministro de energía y potencia necesaria, para atender la demanda en su área de concesión con la Empresa de Transmisión o generadores independientes, ciñéndose a las disposiciones establecidas por esta Ley.

Las condiciones de contratación y las fórmulas de remuneración de la potencia y la energía, en los contratos de suministros, deberán ser diseñados de manera que incentiven a las empresas de generación a realizar, en la forma más económica posible, la selección, diseño, construcción, operación y mantenimiento de la planta de generación correspondiente.

A partir del sexto año de la entrada en vigencia de esta Ley, la Empresa de Transmisión cesará en su función de comprador principal, y las empresas de distribución contratarán el suministro de energía, mediante un proceso de libre competencia que cumpla con los parámetros establecidos previamente por el Ente Regulador. 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."

- o - o -

**"Artículo 94. Restricciones.** Las empresas de distribución y sus propietarios estarán sometidos a las siguientes restricciones en la prestación del servicio:

1. Participación, directa o indirectamente, en el control de plantas de generación, cuando la capacidad agregada equivalente exceda el quince por ciento (15%) de la demanda atendida en su zona de concesión.
2. Solicitar nuevas concesiones, si al hacerlo atienden, directa o indirectamente, a través del control accionario de otras empresas de distribución u otros medios, más del cincuenta por ciento (50%) del número

de clientes totales en el mercado nacional.

Durante los primeros cinco años de vigencia de esta Ley, generan 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."

- o - o -

**"Artículo 96: El régimen tarifario.** El régimen tarifario, en los servicios públicos a los que se refiere esta Ley, está compuesto por reglas relativas a:

1. Procedimientos, metodologías, fórmulas, estructuras, opciones, valores y, en general, a todos los aspectos que determinan el cobro de las tarifas sujetas a regulación.
2. El sistema de subsidios que se pueda otorgar para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos de electricidad que cubran sus necesidades básicas. El reglamento indicará el procedimiento de aplicación de subsidios, cuando los hubiere.
3. Precios no regulados para aquellas actividades sujetas a competencia.
4. Las prácticas tarifarias restrictivas de la libre competencia, y que impliquen abuso de posición dominante."

- o - o -

**"Artículo 98: Regulación y libertad de precios.** Las empresas prestadoras del servicio público de electricidad se someterán al régimen de regulación de tarifas, de acuerdo con las siguientes reglas:

1. El Ente Regulador definirá periódicamente fórmulas separadas, para los servicios de transmisión, distribución, venta a clientes regulados y operación integrada. De acuerdo con los estudios de costos que realice, el Ente Regulador podrá establecer topes máximos y mínimos tarifarios. de obligatorio

cumplimiento por parte de las empresas; igualmente, podrá definir las metodologías para la determinación de tarifas.

2. Para fijar sus tarifas, las empresas de transmisión y distribución prepararán y presentarán, a la aprobación del Ente Regulador, los cuadros tarifarios para cada área de servicio y categoría de cliente, los cuales deberán ceñirse a las fórmulas, topes y metodológicas establecidos por el Ente Regulador.

Las empresas tendrán libertad para fijar precios de suministro de energía cuando exista competencia entre proveedores, de acuerdo con las condiciones establecidas en esta Ley."

- o - o -

**"Artículo 105: Libertad de precios.** La venta de energía eléctrica de los agentes del mercado a los grandes clientes, se efectuará a los precios que acuerden las partes."

- o - o -

**"Artículo 107: Ventas a grandes clientes.** Los grandes clientes tendrán la opción de negociar, libremente, los términos y condiciones de suministro de energía con los otros agentes del mercado, o de acogerse a los términos y condiciones establecidos para los clientes en el mercado regulado, correspondientes al nivel de tensión en el que se efectúe el suministro de energía."

- o - o -

**"Artículo 109: Liquidación de transferencias.** El Reglamento de Operación establecerá las reglas para la medición, liquidación y facturación de las transferencias de energía en la operación integrada; la potencia de respaldo y demás servicios prestados por el sistema interconectado nacional, relacionados con la operación de generadores que vendan energía directamente a otros agentes del mercado."

- o - o -

**"Artículo 110: Conductas anticompetitivas.** Salvo las excepciones contempladas en esta Ley, se considera violatorio de las normas sobre libre competencia, y constituye abuso de

posición dominante en el mercado pertinente, cualquier práctica que impida a una empresa o gran cliente negociar libremente sus contratos de suministro, o cualquier intento de fijar precios mediante acuerdos previos, entre vendedores, entre compradores, o entre unos y otros."

- o - o -

**"Artículo 155: Promoción.** Es interés del Estado promover el uso de fuentes nuevas y renovables, para diversificar las fuentes energéticas, mitigar los efectos ambientales adversos y reducir la dependencia del país de los combustibles tradicionales. Para estos efectos, la Empresa de Transmisión, en su función de contratante del suministro de potencia y energía en bloque, según se prevé en el artículo 80 de esta Ley, deberá dar una preferencia de cinco por ciento (5%) en el precio evaluado, a las fuentes nuevas y renovables de energía, en cada uno de los concursos o licitaciones que efectúe para comprar energía y potencia. Los distribuidores quedan obligados a contratar, con la Empresa de Transmisión, los suministros que tengan como base esta preferencia. Los distribuidores también estarán obligados a conceder la misma preferencia, cuando efectúen compras directamente, según lo dispuesto en el artículo 92.

Para los efectos de este artículo, se entiende por energías nuevas y renovables, las siguientes: energía de origen geotérmico, eólico, solar, cuando se trate de conversión directa a electricidad, la combustión de desechos y desperdicios de origen nacional y la energía hidroeléctrica, limitada esta última a tres MW de potencia continua en el año hidrológico promedio."

En relación a la supuesta infracción al artículo 20, el mandante indica que la violación se ha dado por interpretación errónea, pues estima que el Ente Regulador de Servicios Públicos: "ha considerado que lo dispuesto en la misma se refiere a los clientes regulados, cuando ella se refiere y exclusivamente hace referencia a los Grandes

clientes... Si las empresas distribuidoras no pueden realizar compras directas para los GRANDES CLIENTES, como pretende en el ANEXO D de la Resolución 3207, se le está coartando la libertad para negociar libremente los precios con los mismos, atentándose así contra la libre competencia, evitando que las mismas puedan ofrecer condiciones económicas en tales contrataciones. (Ver fojas 522 y 523)

Del numeral 2, del artículo 22 de la Ley N°6 de 1997, la titora asevera que: "los autogeneradores y cogeneradores no están en capacidad de competir en procesos de libre competencia, en vista de que sólo pueden vender excedentes de energía, pues los primeros únicamente producen energía eléctrica para su propio consumo, y los segundos, como subproducto de un proceso industrial cuya finalidad primaria es producir bienes distintos a la energía eléctrica, según se sigue de las definiciones de la propia Ley 6, por lo que tales agentes sólo están en capacidad de vender excedentes de energía en el mercado mayorista o mediante ventas directas a las empresas distribuidoras. De ahí que el artículo OCTAVO del ANEXO D de la RESOLUCIÓN 3207 debió contemplar las ventas directas de energía eléctrica que los autogeneradores y cogeneradores pueden hacerle a las empresas distribuidoras..." (Ver foja 526)

En relación al artículo 62, señala que la actividad de distribución de energía eléctrica, puede presentarse en conjunto con la actividad de generación de energía eléctrica dentro del 15% de la demanda atendida en su zona de concesión. Sin embargo, el Ente Regulador al modificar las reglas del Mercado Mayorista le ha impuesto nuevas restricciones, no contempladas en la Ley N°6 de 1997, a las

empresas distribuidoras que cuenten con plantas de generación propia, ya que a través de la Resolución N°3207, obligan a estas empresas, cuya potencia y energía decidan usar para cubrir la demanda de sus clientes regulados o GRANDES CLIENTES, a comprometerla por el término mínimo de un año. Asimismo, la recurrente asevera que: "de no permitírseles a las empresas distribuidoras realizar compras directas, a medida que disminuya el límite de demanda de los GRANDES CLIENTES, la actividad de comercialización por parte de las mismas será cada vez más ilusoria, debido a que las compras directas constituyen principal mecanismo con el que esas empresas cuentan para ser competitivas en el mercado y poder ofrecer mejores precios a los GRANDES CLIENTES." (Ver fojas 501 a 508)

Referente al artículo 92, la apoderada judicial de las empresas demandantes, señala que los artículos séptimo, octavo, undécimo, duodécimo y decimonoveno y vigésimo tercero del Anexo D de la Resolución 3207 no regularon las compras directas de potencia y/o energía que las empresas distribuidoras pueden hacer hasta el 15% de la demanda vendida en su zona de concesión para cubrir la demanda de los clientes regulados.

En cuanto al artículo 94, la actora afirma que: "no le es posible al ENTE REGULADOR imponer más restricciones que las contempladas en la Ley 6. De ahí que resulte ilegal el concepto de GENERACIÓN PROPIA COMPROMETIDA contenido en el Anexo D de la RESOLUCIÓN 3207, así como también lo son los artículos y numerales de la misma, que restringen el derecho de las empresas de distribución de autodespachar sus plantas de generación o de pedirle al CND que las despache.

igualmente, son ilegales los artículos y numerales del ANEXO D de la RESOLUCIÓN 3207 que obligan a las empresas distribuidoras con generación propia a que, una vez decidan utilizar la potencia o la energía así generada para cubrir parte de la demanda de sus clientes regulados, asuman dicho compromiso por un término que no sea inferior a un año." (Ver foja 508)

De los artículos 94 y 98, la demandante asevera que al contemplar los artículos SÉPTIMO, OCTAVO, UNDÉCIMO, DUODÉCIMO, DÉCIMO NOVENO, y VIGÉSIMO TERCERO del ANEXO D de la Resolución 3207 las compras directas por parte de las empresas distribuidoras para abastecer la demanda de los GRANDES CLIENTES, se coarta la competencia, pues las empresas distribuidoras no pueden realizar compras directas hasta el límite que consideren conveniente. (Ver fojas 516 y 517)

En lo que respecta a la supuesta violación, directa por omisión, a los artículos 105, 107, 109 y 110 de la Ley N°6 de 1997, asevera que los artículos Séptimo, Octavo, Undécimo, Duodécimo, Décimo Noveno y Vigésimo del Anexo D de la Resolución N°3207 de 22 de febrero de 2002, emitida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, el demandante argumenta que al no contemplarse las compras directas que las empresas distribuidoras pueden realizar para venderle energía eléctrica a los GRANDES CLIENTES, no se les permite a ambos negociar libremente los precios de sus contratos, limitándose a la competencia entre las empresas distribuidoras y los otros agentes del mercado.

## 2. Del Código Civil:

"Artículo 976: Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre ambas partes contratantes, y

deben cumplirse al tenor de los mismos."

- o - o -

**"Artículo 1109:** Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conforme a la buena fe, al uso y a la ley."

Referente a la supuesta infracción de estas normas legales la apoderada judicial de las empresas distribuidoras de energía eléctrica que impugnan la Resolución N°3207 de 22 de febrero de 2002, señala que en los artículos Segundo, Sexto, Séptimo, Decimoquinto, Decimosexto, Vigésimo y Vigésimo Primero del Anexo D de esta Resolución, restringen el derecho que la misma tiene de generar energía eléctrica y de realizar compras directas, a medida que disminuya el límite de demanda de los Grandes Clientes, motivo por el cual, estima que se viola ostensiblemente el Contrato de Concesión celebrado entre el Estado y las empresas EDECHI y EDEMET.

3. **Ley N°56 de 27 de diciembre de 1995, "Por la cual se regula la Contratación Pública y se dictan otras disposiciones":**

**"Artículo 69: Disposiciones aplicables a los contratos públicos.**

Los contratos públicos que celebren las entidades públicas se regirán por las disposiciones de la presente Ley, y lo que en ella no se disponga expresamente, por las disposiciones del Código Civil o del Código de Comercio, compatibles con las finalidades de la contratación pública."

Estima la recurrente que la violación a esta norma legal, se produce en el concepto de violación directa, por omisión, ya que no se contemplan las compras directas, por lo

que se infringe el Contrato de Concesión de EDECHI y EDEMET, y del proceso de homologación del mismo, en los cuales se establecen el derecho a la generación propia ya sea mediante autodespacho de las plantas por la empresa de distribución o mediante el despacho a través del Centro Nacional de Despacho.

4. Ley N°26 de 1996 de 29 de enero de 1996, "Por la cual se crea el Ente Regulador de los Servicios Públicos":

"Artículo 21: Impugnaciones. Las resoluciones del Ente Regulador podrán ser impugnadas por cualquier persona natural o jurídica, o por los Órganos competentes del Estado, cuando demuestren razonablemente que han sido perjudicados en sus intereses legítimos o en sus derechos, interponiendo recurso de reconsideración ante el propio Ente Regulador, con lo cual se agotará la vía gubernativa.

El Ente Regulador tendrá un plazo de dos meses para decidir el recurso de reconsideración respectivo. Si en tal plazo no lo ha decidido, la decisión se considerará favorable al recurrente."

En relación a la aludida violación a esta disposición legal, la demandante argumenta que: "a pesar de la aparente generalidad de la RESOLUCIÓN 3207, la misma perjudica directamente a EDEMET, (y a EDECHI), pues al margen de la ley y en violación de su CONTRATO DE CONCESIÓN, le restringe el derecho a la generación propia y le veda la posibilidad de realizar las compras directas hasta el 15% de la demanda atendida en su zona de concesión para abastecer a los clientes regulados y, sin límite alguno para los GRANDES CLIENTES." (Ver foja 531)

IV. Defensa a cargo de la Procuraduría de la Administración:

Este Despacho no comparte los razonamientos expuestos por la apoderada judicial de la Empresa de Distribución Eléctrica Chiriquí, S.A., y la Empresa de Distribución Eléctrica Metro-Oeste, S.A., toda vez que la Resolución N°3207 de 22 de febrero de 2002, ha sido emitida conforme a las facultades legales del Ente Regulador de los Servicios Públicos y con el cumplimiento del procedimiento legal previsto para tales efectos.

En efecto, la Ley N°6 de 3 de febrero de 1997, modificada por el Decreto Ley N°10 de 26 de febrero de 1998, dicta el Marco Regulatorio e Institucional para la Prestación del Servicio Público de Electricidad, que rige para las actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica, destinadas a la prestación del servicio público de electricidad.

El numeral 1 del Artículo 20 de la Ley N°6 de 1997, le asigna al Ente Regulador de los Servicios Públicos la función de regular el ejercicio de las actividades del sector de energía eléctrica, para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente, capaz de abastecer la demanda bajo criterios sociales, económicos y de viabilidad financiera; así como propiciar la competencia en el grado y alcance definidos por la mencionada Ley N°6. Asimismo, el numeral 9 del artículo 20, establece que el Ente Regulador de los Servicios Públicos, tiene la función de establecer criterios y procedimientos para los contratos de ventas garantizada de energía y potencia, entre los prestadores del servicio y entre éstos y los grandes clientes. Las disposiciones legales que se comentan preceptúan lo siguiente:

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

1. Regular el ejercicio de las actividades del sector de energía eléctrica, 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 esta Ley e intervenir para impedir abusos de la posición dominante de los agentes del mercado; para cuyos efectos el Reglamento de esta Ley establecerá los casos y condiciones en que el Ente Regulador llevará a cabo tal intervención." (Numeral modificado mediante Decreto-Ley N°10 de 26 de febrero de 1998).

...

9. Establecer criterios y procedimientos para los contratos de ventas garantizada de energía y potencia, entre los prestadores del servicio y entre éstos y los grandes clientes, de forma que se promueva la libre concurrencia, cuando proceda, y la compra de energía en condiciones económicas.

Mediante la Resolución N°JD-605 de 24 de abril de 1998, modificada por la Resolución N°JD-763 de 8 de junio de 1998, el Ente Regulador aprobó las Reglas Comerciales para el Mercado Mayorista de Electricidad. En virtud de esta resolución se establece que las Reglas Comerciales para el Mercado Mayorista de Electricidad de la República de Panamá, contenidas en su Anexo A, podrán modificarse por el Ente Regulador a través del procedimiento de Audiencia Pública.

Por consiguiente, tal como se encuentra expuesto en la parte del Considerando de la Resolución N°3207 de 22 de febrero de 2002, el Ente Regulador de los Servicios Públicos, llevó a cabo dos Audiencias Públicas con la finalidad de

introducir las Modificaciones a las Reglas Comerciales del Mercado Mayorista de Electricidad.

En relación a las supuestas violaciones a la Ley N°6 de 1997, este Despacho disiente del criterio expuesto por el demandante, por las razones que a seguidas se copian, y que fueron ampliamente discutidas en la etapa gubernativa:

**1. En relación al tema de la Generación propia comprometida:**

De acuerdo a lo previsto en el punto 2.1. de la Resolución impugnada, el Ente Regulador de los Servicios Públicos, señala que el concepto de generación propia comprometida corresponde a la generación propia que el Distribuidor dedica al cubrimiento de la garantía de suministro, y que, por tanto, desplaza un Contrato de Suministro de un Generador.

Al punto, es preciso señalar que en el Mercado Mayorista de Electricidad participan tres agentes: el Generador, el Transmisor y el Distribuidor.

La Resolución N°3207 de 22 de febrero de 2002, completa el vacío regulatorio que se advertía en las reglas que se aplican a la compra y venta en el Mercado Mayorista en cuanto a la generación que no pertenece a un Generador, o sea la generación propia que pertenece a una empresa Distribuidora por parte de los activos de dicha empresa. Por tal motivo, se estableció en estas Modificaciones al Mercado Mayorista de Electricidad, que la generación propia, constituye aquella generación que pertenece a la empresa de distribución, o sea que no pertenece a una empresa de generación, por lo que de acuerdo a esta particularidad, se decidió que a las reglas de generación de propiedad de las empresas de

distribución le corresponden reglas específicas, y por tal motivo, era necesario la definición del concepto de generación propia comprometida.

Por consiguiente, a través de la Resolución N°3207 de 2002, con el objeto de cumplir con el principio de garantía de suministro, se ha clarificado el procedimiento y criterios para que la generación propia asuma el compromiso de cubrir la garantía de suministro de los clientes que abastece a tarifas reguladas un Distribuidor y la forma de cómo afecta la obligación de contratar del Distribuidor al que pertenecen dichas plantas de generación. De este modo, se establecen las condiciones para que un Distribuidor comprometa generación propia como garantía de suministro de los clientes que abastece a tarifas reguladas y los costos económicos asociados que se trasladarán a tarifas.

Los distribuidores, entiéndase la Empresa de Distribución Eléctrica Chiriquí, S.A. y la Empresa de Distribución Eléctrica Metro-Oeste, S.A., tienen el mismo derecho que otro Generador a generar con sus unidades generadoras, dentro de los criterios de despacho y operación integrada que se aplican al sistema, de acuerdo a lo que establece la Ley y el Reglamento de Operación del Centro Nacional de Despacho.

Las modificaciones de las reglas comerciales, introducidas en virtud de la Resolución N°3207 de 22 de febrero de 2002, se refiere únicamente a consideraciones comerciales y su efecto sobre la garantía de suministro y costos económicos a trasladar a las tarifas reguladas, temas que son de importancia y competencia del Ente Regulador de

los Servicios Públicos, que no limitan el derecho a generar, sino que están dirigidos a la protección del cliente.

Por consiguiente, estas modificaciones comprenden los procedimientos para "medir" el compromiso que está dispuesto a asumir el Distribuidor, y están dirigidas a dar a la generación propia un tratamiento similar que al resto de la generación que proporcionan los Generadores y proteger al cliente del riesgo de racionamientos. Además, que tienen como propósito de garantizar las tarifas reguladas de los clientes se trasladen costos económicos y competitivos y que el cliente pague el precio competitivo del Mercado. Las modificaciones efectuadas están dirigidas a dar a la generación propia un tratamiento comercial similar al actual, y proteger al cliente que el costo que se traslada a sus tarifas, es económico y refleja competencia en la generación.

Las modificaciones introducidas a las Reglas Comerciales para el Mercado Mayorista, aprobadas mediante la Resolución JD-3207 de 22 de febrero de 2002, en lo que se refiere al tratamiento de la generación proveniente de plantas de generación de propiedad de las empresas de distribución, tienen como objetivo equiparar los derechos y deberes de este tipo de generación con el resto; tal como se pretende de la Ley 6 de 1997, a excepción de limitar su capacidad agregada a un máximo del quince por ciento (15%) de la demanda atendida en su zona de concesión, no establece distinción entre las plantas de propiedad de las empresas de distribución y las plantas de propiedad de agentes generadores.

Contrario a lo expuesto por el demandante, en virtud de la Resolución JD-3207 de 22 de febrero de 2002, se le atribuye a la generación propia de un distribuidor los mismos

derechos y deberes de las plantas de generación de propiedad de los agentes generadores, resolviéndose así una inconsistencia que la versión anterior de las Reglas Comerciales para el Mercado Mayorista tenía con la Ley 6 de 1997, pues a través de la Resolución N°605 de 24 de abril de 1998, modificada por la Resolución N°JD-763 de 8 de junio de 1998, que aprobó las Reglas Comerciales para el Mercado Mayorista de Electricidad, se limitaba la generación proveniente de plantas de propiedad de la empresa de distribución a la atención exclusiva de sus clientes regulados, prohibiéndose además, explícitamente, la venta de la generación propia mediante contratos.

La separación de las funciones de generación, transmisión y distribución, propias del sector eléctrico, es una condición necesaria para impedir la integración vertical y las prácticas monopolísticas que atenten contra la competencia y el libre mercado. La generación es el área del sector eléctrico en el que existen mayores condiciones para la competencia y, por consiguiente, es el área en donde se pueden esperar los mayores beneficios para los clientes finales en materia de precios, de confiabilidad y seguridad de abastecimiento, por lo que a través de la Ley N°6 de 1997, se propicie la generación independiente, y con ello se impide la integración vertical, con el objetivo de evitar prácticas monopolísticas, ordenando salvo las excepciones establecidas en el Artículo 62, la exclusividad de las actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización desarrolladas por los agentes que participan en el mercado eléctrico.

## **2. En relación al tema de las Compras directas:**

La demandante estima que las Modificaciones al Mercado Mayorista de Electricidad deben contemplar el derecho que, a su juicio, deben poseer las empresas de distribución de energía eléctrica de realizar compras directas de energía eléctrica con los demás agentes del mercado, motivo por el cual estima que deben ser modificados los siguientes puntos contenidos en el Anexo D: 3.3.1.3, 3.3.1.9, 3.4, 3.4.3.1, 3.4.3.6, 3.5.1.1, 3.5.1.3, 3.5.1.4, 4.3.1.1, 4.4.1.3, 5.2.1.4, 6.1.1.2, 6.2.1.2, 6.3.1. 6.3.1.2, 6.5.1.1 y 6.5.1.2.

En cuanto a la actividad que desarrollan los autogeneradores y cogeneradores, los mismos venden sus excedentes en el mercado ocasional, y si tienen excedentes firmes pueden realizar contratos con los mismos derechos y deberes de los de un generador, participando en los procesos de libre competencia que realicen las empresas de distribución para atender a sus clientes finales.

Referente a las pequeñas plantas hidroeléctricas o las plantas de generación que utilicen fuentes energéticas nuevas y renovables, cuentan con un beneficio que les otorga el Artículo 155 de la Ley 6 de 1997, que consiste en una preferencia de cincopor ciento (5%) en el precio evaluado en cada uno de los concursos o licitaciones que las distribuidoras efectúen para comprar energía y potencia. Adicionalmente, la Resolución JD-2728 de 20 de abril de 2001, asegura, mediante el mecanismo de las ofertas parciales, que las pequeñas plantas de generación puedan participar en los procesos de libre competencia, y sean apreciadas sus ofertas, cuando se requieran bloques de potencia que superen la potencia firme de largo plazo propia.

Es importante advertir que las compras directas benefician exclusivamente al distribuidor, no garantizan el desarrollo de las pequeñas centrales hidroeléctricas y no permiten al cliente final el beneficio que supone el precio competitivo que debe surgir de todo proceso de libre concurrencia. Las compras directas le permitirían al distribuidor, en este caso a la Empresa de Distribución Eléctrica Chiriquí, S.A. y a la Empresa de Distribución Eléctrica Metro-Oeste, S.A., recibir ingresos por la actividad de generación, más allá de lo que le permite la Ley, que es ajena a su actividad propia de distribución (en la que tiene exclusividad) y de comercializador, sin que el cliente final se beneficie con los posibles mejores precios que obtenga de los contratos directos.

Por ende, no puede permitirse las llamadas "compras directas", toda vez que el Artículo 112 señala claramente, que después del sexto año de vigencia de la Ley 6 de 1997, las empresas de distribución deberán contratar el suministro de energía mediante un proceso de libre concurrencia. Esta disposición legal prohíbe a las distribuidoras comprar directamente, esto es, realizar compras para sus clientes que no surjan de un proceso de libre concurrencia. La disposición legal que se comenta, preceptúa lo siguiente:

**"Artículo 112: Costo reconocido por compras en bloque.** Las compras de electricidad por parte de las empresas distribuidoras, deberán garantizar, mediante contratos de suministro, el servicio a los clientes atendidos directamente por ellas, por el término y condiciones que establezca su contrato de concesión o, en su defecto, el Ente Regulador.

Durante los primeros cinco años de vigencia de esta Ley, las compras de energía a la Empresa de Transmisión se

remunerarán por medio de tarifas que reflejen los costos económicos de suministro y que cubran, en promedio, todos los costos de energía, potencia, servicios especiales y demás cargos en que incurra esta empresa por concepto de las compras de energía a empresas generadoras contratadas, según los procedimientos establecidos en el capítulo IV del título III de esta Ley. Los costos correspondientes se calcularán con base en los resultados reales del despacho de carga, y con la frecuencia que el Ente Regulador disponga.

En caso que la empresa distribuidora contrate el suministro de energía en bloque con una empresa diferente a la Empresa de Transmisión, se le asignará a ese contrato, para efectos tarifarios, un costo con base en el precio promedio de las compras de energía a la Empresa de Transmisión, excepto en los casos en que el Ente Regulador haya autorizado que se exceda el límite de quince por ciento (15%), señalado en el artículo 94. En estos últimos casos, el Ente Regulador determinará el monto y el procedimiento para establecer que parte de las ventajas en el precio de compra se apliquen en beneficio de los clientes regulados.

A partir del sexto año de la entrada en vigencia de esta Ley, las empresas distribuidoras contratarán el suministro de energía, mediante proceso de libre competencia que cumpla con los parámetros establecidos por el Ente Regulador."

Aunado a lo anterior, es preciso advertir que la Ley N°6 de 1997, no hace alusión a "compras directas", única y exclusivamente en las últimas líneas del primer párrafo del artículo 155, que versa sobre la Promoción de las fuentes de energía renovables y convencionales. Esta disposición legal dispone lo siguiente:

**"Artículo 155: Promoción.** Es interés del Estado promover el uso de fuentes nuevas y renovables, para diversificar las fuentes energéticas, mitigar los efectos ambientales adversos y reducir

la dependencia del país de los combustibles tradicionales. Para estos efectos, la Empresa de Transmisión, en su función de contratante del suministro de potencia y energía en bloque, según se prevé en el artículo 80 de esta Ley, deberá dar una preferencia de cinco por ciento (5%) en el precio evaluado, a las fuentes nuevas y renovables de energía, en cada uno de los concursos o licitaciones que efectúe para comprar energía y potencia. Los distribuidores quedan obligados a contratar, con la Empresa de Transmisión, los suministros que tengan como base esta preferencia. Los distribuidores también estarán obligados a conceder la misma preferencia, cuando efectúen compras directamente, según lo dispuesto en el artículo 92. (El subrayado es nuestro).

Esta referencia a las "compras directamente", tal como lo explica el Ente Regulador de los Servicios Públicos, se refiere a la excepción que las empresas de distribución tienen durante los primeros cinco años de vigencia de la Ley N°6 de comprar "directamente", sin pasar por la intermediación de ETESA. Por consiguiente, en ningún momento se debe entender que estas compras están exoneradas del proceso de la libre competencia, pues cuando en el texto de la Ley N°6 de 1997, se habla de "contrato", éste término se vincula directamente al proceso de libre competencia, en el cual debe prevalecer los principios de competencia y transparencia.

En este mismo sentido, el artículo 92 de la Ley N°6 de 1997, no hace mención de compras directas, ya que establece la obligación de contratación por procedimientos de libre competencia al finalizar el período con el comprador principal. El artículo 92 y 112, establecen que después del quinto año de vigencia de la Ley, las empresas de distribución deberán contratar, sus requerimientos de energía

y potencia, mediante un proceso de libre competencia. El artículo 92 que se comenta, dispone lo siguiente:

**"Artículo 92: Compras de energía en bloque por empresas distribuidoras.**

Durante los primeros cinco años de vigencia de esta Ley, las empresas de distribución suscribirán contratos para el suministro de energía y potencia necesaria, para atender la demanda en su área de concesión con la Empresa de Transmisión o generadores independientes, ciñéndose a las disposiciones establecidas por esta Ley.

Las condiciones de contratación y las fórmulas de remuneración de la potencia y la energía, en los contratos de suministros, deberán ser diseñados de manera que incentiven a las empresas de generación a realizar, en la forma más económica posible, la selección, diseño, construcción, operación y mantenimiento de la planta de generación correspondiente.

A partir del sexto año de la entrada en vigencia de esta Ley, la Empresa de Transmisión cesará en su función de comprador principal, y las empresas de distribución contratarán el suministro de energía, mediante un proceso de libre competencia que cumpla con los parámetros establecidos previamente por el Ente Regulador. 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."

Por las consideraciones expuestas afirmamos que no se producen las alegadas violaciones a las normas legales citadas de la Ley N°6 de 1997.

Referente a las supuestas violaciones a los artículos 1106 y 1109 del Código Civil y al artículo 69 de la Ley N°56 de 1995, este Despacho no comparte los argumentos de la demanda judicial de la Empresa de Distribución Eléctrica de Montevideo y de la Empresa de Distribución Eléctrica Metropolitana, S.A., toda vez que la decisión adoptada por el Ente

Regulador de los Servicios Públicos a través de la Resolución impugnada, se fundamenta en sus atribuciones consignadas en la Ley N°26 de 29 de enero de 1996, modificada por la Ley N°24 de 30 de junio de 1999, que creó esta institución autónoma con competencia para regular y controlar la prestación de los servicios públicos de abastecimiento de agua potable, alcantarillado sanitario, telecomunicaciones, electricidad, radio y televisión, así como los de transmisión y distribución de gas natural.

La Ley N°6 de 3 de febrero de 1997, modificada por el Decreto Ley N°10 de 26 de febrero de 1998, dicta el Marco Regulatorio e Institucional para la Prestación del Servicio Público de Electricidad, que rige para las actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica, destinadas a la prestación del servicio público de electricidad.

Por consiguiente, las Modificaciones a las Reglas Comerciales del Mercado Mayorista de Electricidad, no vulneran los artículos 976 y 1109 del Código Civil y al artículo 69 de la Ley N°56 de 1995, pues la introducción de estas modificaciones se dio con el cumplimiento de los parámetros consignados en las leyes citadas, y en la Resolución N°605 de 24 de abril de 1998, modificada por la Resolución N°JD-763 de 8 de junio de 1998, en virtud del cual aprobaron las Reglas Comerciales para el Mercado Mayorista de Electricidad. Además, no es viable desatender lo establecido en el artículo 112 de la Ley N°6 de 1997, en el cual se establece que después del sexto año de vigencia de esta Ley, las empresas de distribución deberán contratar el

suministro de energía mediante un proceso de libre concurrencia.

En cuanto a la aludida infracción al artículo 21 de la Ley N°26 de 1996, este Despacho disiente del planteamiento jurídico hecho por el demandante, pues a pesar de la supuesta vulneración al derecho subjetivo que le asiste a la Empresa de Distribución Eléctrica Chiriquí, S.A., y a la Empresa de Distribución Eléctrica Metro-Oeste, S.A., no es posible ignorar que estas modificaciones al Mercado Mayorista de Electricidad se produjeron bajo el cumplimiento de las premisas legales, con el propósito de evitar prácticas monopolísticas, que atenten contra la competencia y el libre mercado.

Consideramos que la Resolución N°3207 de 22 de febrero de 2002 y su acto confirmatorio no infringen el artículo 21 de la Ley N°26 de 1996, toda vez que, el Ente Regulador de los Servicios Públicos, a pesar de que estime la inexistencia de un derecho subjetivo lesionado, pues las Modificaciones al Mercado Mayorista de Electricidad involucra a una multiplicidad de agentes, esta institución ha cumplido con el deber de emitir una Resolución, debidamente motivada, que agota la vía gubernativa y que le permite a los demandantes acudir ante la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo.

En consecuencia, solicitamos respetuosamente a Vuestra Honorable Sala, que rechace las pretensiones de la Empresa de Distribución Eléctrica Chiriquí, S.A., y Empresa de Distribución Eléctrica Metro-Oeste, S.A., ya que carecen de fundamento jurídico, motivo por el que consideramos legal, la Resolución N°3207 de 22 de febrero de 2002, emitida por el

Ente Regulador de los Servicios Públicos y su acto confirmatorio.

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

Aducimos el expediente administrativo contentivo de este proceso, el cual debe reposar en los archivos del Ente Regulador de los Servicios Públicos.

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

**Del Honorable Magistrado Sustanciador,**

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

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

AMdeF/8/mcs

Licdo. Víctor L. Benavides P.  
Secretario General