

DEMANDA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA DE PLENA JURISDICCIÓN INTERPUESTA POR LA FIRMA ARIAS, FÁBREGA & FÁBREGA, QUIEN ACTÚA EN REPRESENTACIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA BAHÍA LAS MINAS CORP. (ANTES EMPRESA DE GENERACIÓN ELÉCTRICA BAHÍA LAS MINAS, SA), PARA QUE LA RESOLUCIÓN JD-2283 DEL 8 DE AGOSTO DE 2000, DICTADO POR EL ENTE REGULADOR DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS, SE DECLARE NULA POR ILEGAL; AL IGUAL QUE SU ACTO CONFIRMATORIOS Y SE REALICEN OTRAS DECLARACIONES. - MAGISTRADO PONENTE: ALEJANDRO MONCADA LUNA. - PANAMÁ, DIEZ (10) DE FEBRERO DE DOS MIL DIEZ (2010).

Tribunal: Corte Suprema de Justicia, Panamá  
Sala: Tercera de lo Contencioso Administrativo  
Ponente: Alejandro Moncada Luna  
Fecha: miércoles, 10 de febrero de 2010  
Materia: Acción contenciosa administrativa  
Plena Jurisdicción  
Expediente: 701-00

#### VISTOS:

La firma Arias, Fábrega & Fábrega, quien actúa en representación de la empresa BAHÍA LAS MINAS CORP. (antes Empresa de Generación Eléctrica Bahía Las Minas, SA), presentó Demanda Contencioso-Administrativa de Plena Jurisdicción para la Resolución JD-2283 del 8 de agosto de 2000, dictado por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, se declare nula por ilegal y en consecuencia se ordene que dicha institución al momento de resolver el reclamo formulado contra el Documento de Transacción Económica emitida por el Centro Nacional de Despacho, para el mes de junio de 2000, le de prelación y haga cumplir los contratos iniciales celebrados entre BAHÍA LAS MINAS CORP., EMPRESA DE DISTRIBUCIÓN ELECTRICA METRO-OESTE, S. A. y EMPRESA DE TRANSMISION ELECTRICA, SA.

Admitida la demanda, se remitió copia al Director Presidente del Ente Regulador de los Servicios Públicos, para que rindiera un informe explicativo de conducta, y se corrió traslado a la Procuraduría de la Administración, por el término de cinco (5) días.

#### ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO

A través del acto impugnado se resolvió establecer que el Documento de Transacciones Económicas del mes de junio de 2000, emitido por el Centro Nacional de Despacho (CND) respecto a la Empresa de Generación Eléctrica Bahía Las Minas, SA, (ahora Bahía Las Minas Corp.) es correcto y obligatorio, por lo que se niega la reclamación interpuesta por esta empresa.

Posteriormente, fue emitida la Resolución No.JD-2454 del 16 de octubre de 2000, con el objeto de resolver el Recurso de Reconsideración presentado por la parte afectada, negando el recurso y manteniendo en todas sus partes la resolución recurrida.

#### HECHOS Y OMISIONES QUE SUSTENTAN LA DEMANDA

El apoderado legal, en los hechos que sustentan la demanda, expresa que el Ente Regulador de los Servicios Públicos, a través de la Resolución N°JD-1699 de 19 de diciembre de 1999, publicada en G.O. 23951 de 21 de diciembre de 1999, autorizó a las empresas distribuidoras de energía eléctrica que contasen con un régimen tarifario aprobado por el Ente Regulador, a que pudiesen aumentar temporalmente hasta el 50% la generación propia y/o las compras directas de energía que contempla el numeral 3 del artículo 94 de la Ley N°6 de 3 de febrero de 1997, dentro del periodo comprendido desde la fecha de la ejecutoria de dicha resolución hasta el 30 de julio de 2000.

De la misma forma, dicha entidad emitió la Resolución N°JD-1700 del 10 de diciembre de 1999, publicada en G.O. 23951 el 21 de diciembre de 1999, mediante la cual define el concepto de Energía Requerida, modificando de esta forma el concepto y componente de Energía Asociada, en el caso de todos los contratos iniciales de compraventa de potencia firme a largo plazo y de la energía asociada, específicamente en los Contratos N° 02-98 y 03-98 de octubre de 1998 (Contratos Iniciales), celebrados entre BAHÍA LAS MINAS CORP., como generadora de energía térmica y vendedora de la misma al sistema interconectado nacional de electricidad, EMPRESA DE DISTRIBUCIÓN ELECTRICA METRO-OESTE S.A. (EDEMET), como distribuidora de fluido eléctrico para consumo nacional en su respectiva zona de concesión y compradora de energía suministrada por BAHÍA LAS MINAS CORP. y la empresa estatal de transmisión EMPRESA DE TRANSMISIÓN ELÉCTRICA S.A. (ETESA), como receptora y transmisora de energía contratada y compradora intermediaria durante los primeros 5 años siguientes a la entrada en

vigencia de la Ley 6 de 1997.

Esta resolución fue modificada por la Resolución JD-1929 del 6 de abril de 2000, manteniendo el concepto de Energía Requerida y estableciendo que su contenido se aplicará a los contratos de suministro de potencia en firme de largo plazo y energía asociada celebrados por las empresas distribuidoras y generadoras con anterioridad a la entrada en vigencia de la citada Resolución JD-1700, desde la celebración.

A juicio del recurrente, esta modificación constituye una alteración unilateral e ilícita de los contratos iniciales, por no mediar el consentimiento de las partes contratantes. Estas modificaciones y la metodología de la liquidación utilizada le causa graves daños a BAHÍA LAS MINAS CORP.

Ante tales circunstancias, la empresa BAHÍA LAS MINAS CORP. objetó el Documento de Transacciones Económicas correspondiente al mes de junio de 2000, resolviendo el Ente Regulador, mediante la resolución recurrida, que el mismo era correcto y obligatorio, decisión contra la cual se solicitó reconsideración, negada mediante Resolución JD-2454 de 16 de octubre de 2000.

Dentro de otro proceso promovido por la empresa BAHÍA LAS MINAS CORP., ante la Sala Tercera de la Corte, fue suspendido los efectos de la Resolución JD-1700 y su resolución reformativa, mediante Auto 13 de junio de 2000, reiterándose esta suspensión provisional mediante Auto de 2 de octubre de 2000.

#### DISPOSICIONES INFRINGIDAS Y EL CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

El proponente de la demanda ha señalado que el acto atacado debe ser declarado ilegal, porque infringe las siguientes normas: los artículos 976 y 13 del Código Civil; el artículo 94, numeral 3 de la Ley N°6 de 3 de febrero de 1997, tal como ha sido modificado por el artículo 6 del Decreto Ley 10 de 26 de febrero de 1998; el párrafo transitorio del artículo 20 de la Ley N°6 de 3 de febrero de 1997; el artículo 5.1.3 del Volumen I de las Reglas para el Mercado Mayorista de Electricidad, aprobadas mediante la Resolución N°605 de 24 de abril de 1998 del Ente Regulador; el artículo 3.4.1.3., 3.3.1.3, 6.2.1.2, 14.6.1.2, del Volumen II de las Reglas para el Mercado Mayorista de Electricidad; y los artículos 6.7.2b, 9.4.4 y 14.1.3d. del Informe Metodológico de las Reglas para el Mercado de Mayoristas.

Procedemos a exponer las normas que a criterio del actor fueron violadas y el concepto de la violación:

#### 4. Código Civil:

- Artículo 976

“Artículo 976: Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos”.

Considera el recurrente que el acto atacado ha violado en forma directa por omisión, el artículo 976 del Código Civil, al aprobar que en la liquidación de las transacciones económicas del mes de septiembre de 2000 efectuado por el CND, se deduzca de la Energía Asociada estipulada bajo los Contratos Iniciales, las compras directas efectuadas por EDEMET. Tal deducción no está prevista en los Contratos Iniciales, ni en ninguna otra disposición del ordenamiento jurídico y, por consiguiente, el Ente Regulador, al aprobar una liquidación que establece tal disminución, viola el artículo en comento.

Enfatizan que los Contratos Iniciales no son contrato de suministro físico de energía, sino, por el contrario, constituye lo que se ha denominado contratos financieros, por tanto, los contratos iniciales imponen la obligación a la compradora distribuidora de pagar a la vendedora generadora, por la energía asociada con independencia de que la generadora físicamente produzca la energía, toda vez que la generadora no tiene la potestad para decidir cuando produce energía, porque esta facultad es del Centro Nacional de Despacho, que determina qué plantas deben generar electricidad, en orden ascendente del precio más bajo al precio más alto, y de hecho muchas veces resulta que una generadora obtenga ingresos en concepto de energía asociada, aún cuando no haya siquiera activado su planta de producción.

Los contratos iniciales son los que instrumentan el compromiso adquirido por BAHÍA LAS MINAS CORP. y las otras 3 empresas generadoras resultantes de la privatización, de suministrar en bloque la potencia firme contratada y la energía asociada al Sistema Interconectado Nacional para asegurar la capacidad de abastecer la totalidad de la demanda máxima nacional y proveer por conducto de ETESA, durante el periodo de cinco años contados a partir de la vigencia de la Ley 6 de 1997 y luego directamente, a las 3 empresas distribuidoras resultantes de la privatización, la potencia firme contratada y la energía asociada para suplir dicha demanda durante la vigencia

de los contratos. La base legal de esos contratos iniciales está contenida en los artículos 61, ordinal 1, 79, ordinal 2, 80 y 92 de la Ley 6 d 1997.

- Artículo 13

“Artículo 13. Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional, las reglas del derecho, y la costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana”.

En igual concepto de violación, el apoderado judicial del actor, considera infringido este artículo del Código Civil. A su juicio, los Contratos Iniciales establecieron compromisos de compraventa de potencia y energía asociada, que constituyen derechos contractuales previamente adquiridos por las partes, por lo que, el CND como administrador del Mercado de Contratos, tiene que respetarlos íntegramente frente a cualquier compromiso posterior de compraventa directa de energía que se haya celebrado, toda vez que no hay asidero legal o reglamentario válido que autorice al CND o al Ente Regulador de los Servicios Públicos a proceder de otro modo.

5. Ley N°6 de 3 de febrero de 1997.

- Artículo 94, numeral 3.

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

1...

2...

3. Durante los primeros cinco años de vigencia de esta Ley, generar energía, y comprar energía a otras empresas diferentes a la Empresa de Transmisión, cuando la capacidad de generación agregada equivalente excede al 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.”

Bajo el concepto de interpretación errónea, el procurador judicial del recurrente, estima que al acto acusado ha infringido el Artículo 94, numeral 3 de la ley en cometo, tal y como ha sido modificado por el artículo 6 del Decreto Ley N° 10 del 26 de febrero de 1998.

Expresa que la violación se constituye cuando el Ente Regulador de los Servicios Públicos señala como uno de los fundamentos del acto recurrido, el texto legal mencionado, considerándolo como un permiso y no como una restricción que la ley otorga a las empresas distribuidoras para efectuar compras directas a empresas diferentes a la Empresa de Transmisión, y por consiguiente, al utilizar esta interpretación se permite el desconocimiento de obligaciones contractuales previamente adquiridas por las empresas distribuidoras, cuando lo que pretende el artículo es una restricción impuesta a la empresa distribuidora de energía.

- Parágrafo transitorio del artículo 20

“Artículo 20. Funciones. El Ente Regulador de los Servicios Públicos tendrá las siguientes funciones en relación al sector de energía eléctrica:

1...

...

Parágrafo transitorio. El Ente Regulador aprobará los contratos de compraventa de energía iniciales y los valores agregados de distribución iniciales, entre las empresas eléctricas del estado que surjan de la reestructuración del Instituto de Recursos Hidráulicos y Electrificación.”

Considera el actor que esta norma fue violada de forma directa por omisión, ya que el Ente Regulador de los Servicios Públicos al aprobar los Contratos Iniciales, revisó el contenido de los mismos y verificó que su contenido no violara las disposiciones pertinente, por lo que al aplicar las modificaciones del concepto de Energía Asociada contemplado en los Contratos Iniciales, los altera mediante la pretendida y novedosa interpretación del concepto de Energía Total Requerida, omitiendo la norma contenida en el párrafo transitorio.

6. Resolución N°605 de 24 de abril de 1998 del Ente Regulador.

• Volumen I de las Reglas para el Mercadeo Mayorista de Electricidad

b. Artículo 5.1.3

“Artículo 5.1.3. En vista de que el CND pertenece a la empresa de transmisión, y que dicha empresa permanecerá en manos del Estado, resulta fundamental garantizar a través de las reglas comerciales y operativas un marco claro y preciso en que deberá desarrollar sus tareas, garantizando su transparencia y objetividad. Se necesita dar confianza a los futuros inversores que el Estado no utilizará esta herramienta (un administrador del mercado que se mantiene dentro de su ámbito) para afectar los precios (y en consecuencia tarifas) ni los resultados de los agentes de Mercado. Es por ello, que en las reglas comerciales de Panamá resulta necesario y conveniente tratar de evitar procedimientos administrativos en la definición de precios y asignación de remuneraciones y pagos, en los que el CND pueda, a través de las hipótesis u otro tipo de decisiones que deba tomar, ser visto como actuando parcialmente.”

Señala el actor que esta norma fue violada de forma directa por omisión o falta de aplicación, toda vez que al haberse decretado la suspensión provisional de la Resolución JD-1700, por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia mediante Auto de 13 de junio de 2000 y reiterada mediante Auto del 2 de octubre de 2000, el CND, para los fines de las liquidaciones de los Contratos Iniciales, tenía y tiene la obligación de calcular la Energía Requerida tal y como este término se define en dichos acuerdos, sin que le sea permitido al CND, continuar efectuando las deducciones que a dicho efecto pretendía introducir la resolución suspendida, según fue modificada por la Resolución JD-1929.

No obstante el conocimiento de la suspensión mencionada, el Ente Regulador de los Servicios Públicos, mediante el acto recurrido y su acto confirmatorio, aprueba el Documento de Transacciones Económicas emitido por el CND para el mes de septiembre de 2000 respecto de los intercambios de energía y potencia que involucran a BAHÍA LAS MINAS CORP., manifestando que aún cuando anteriormente consideró necesario definir el concepto de Energía Total Requerida de los Contratos Iniciales, ello no era necesario porque en las Reglas De Mercado de Mayorista de electricidad había disposiciones que sustentaban la liquidación.

• Volumen II de las Reglas para el Mercado Mayorista de Electricidad.

i. Artículo 3.4.1.3

“Artículo 3.4.1.3. El Distribuidor puede cubrir parte de su obligación de contratar la demanda de sus clientes regulados con generación propia. La demanda de sus clientes regulados restantes luego de descontar el cubrimiento previsto con capacidad de generación propia la debe cubrir con compras en el Mercado de Contratos.”

j. Artículo 3.3.1.3

“Artículo 3.3.1.3. cada Distribuidor debe cumplir con la obligación de contratar establecida en la Ley, mediante generación propia y/o compras en el Mercado de Contratos, de acuerdo a las normas y procedimientos definidos en este Tomo Comercial del Reglamento de Operación.”

k. Artículo 6.2.1.2.

“Artículo 6.2.1.2. Cada Distribuidor debe comprar potencia firme de largo plazo mediante Contratos de Suministro para cubrir la demanda máxima de generación de sus clientes regulados que no cubre con generación propia.”

l. Artículo 14.6.1.2

b) “Artículo 14.6.1.2. Al finalizar cada mes, el CND debe obtener para cada Participante: el resultado neto de sus transacciones en el Mercado Ocasional; más el resultado neto de su participación en el pago y/o cobro de compensaciones de potencia; más el resultado neto de sus transacciones por generación obligada, o sea pago de los sobrecostos y/o cobro de las compensaciones; más el resultado neto de sus transacciones por pérdida; más el resultado neto de los servicios auxiliares; menos los cargos resultantes de las tarifas por el servicio de despacho, operación integrada y administración del CND y el servicio del Comprador Principal, y

el servicio de Transmisión.”

Estas normas considera el apoderado judicial del demandante que han sido violadas por interpretación errónea, ya que el Ente Regulador al dictar la resolución recurrida y citar estos artículos, entre otros, pretende que las compras directas se deben asimilar a la generación propia bajo el pretexto de que son de naturaleza similar, cuando las Reglas Comerciales y los Contratos Iniciales no distinguen entre los contratos de compra directa de energía y los contratos de suministro, por lo cual no dan asidero para un tratamiento diferencial o prelación en la liquidación.

Es decir, que se incurre en una interpretación errónea cuando se entiende que las normas aludidas sustentan la prelación de las compras directas de energía sobre los compromisos de la empresa distribuidora de compra de energía asociada de los Contratos Iniciales, tal como lo refleja la liquidación efectuada por el CND, para el mes de septiembre de 2000, refrendada por el Ente Regulador de los Servicios Públicos.

- Informe de Metodología de las Reglas para el Mercado Mayorista de Electricidad.

d. Artículo 6.7.2b

“Artículo 6.7.2b. Los Distribuidores tiene la obligación de realizar contratos de suministro de energía, a administrar en el Mercado Ocasional bajo la metodología por diferencias, que cubran su demanda prevista que no esté prevista cubierta con generación propia.”

e. Artículo 9.4.4

“Artículo 9.4.4. Antes del comienzo de cada año, cada Distribuidor tiene la obligación de contratar para el siguiente año la participación prevista en la demanda máxima de generación de sus clientes cautivos que no prevé cubrir con generación propia”

f. Artículo 14.1.3d.

“Artículo 14.1.3d. La obligación de contratar está dada por el requerimiento de generación para cubrir la participación de sus clientes cautivos en la máxima demanda de generación conjunta prevista para el Mercado, que no cubra con generación propia comprometida para ello.”

Estos artículos son considerados como infringidos por el actor bajo el concepto de interpretación errónea, al ser invocadas por el Ente Regulador como fundamento de su decisión en el acto recurrido. Estima que se incurre en una interpretación errónea al entender que dichas normas sustentan la prelación de las compras directas de energía sobre los compromisos de la empresa distribuidora de compra de energía asociada de los Contratos Iniciales, tal como se refleja en la liquidación efectuada por el CND, para el mes de septiembre del 2000.

#### INFORME DE CONDUCTA DEL FUNCIONARIO DEMANDADO

Mediante Nota No.DPER-153 de 22 de enero de 2001, el Director Presidente del Ente Regulador de los Servicios, rindió informe de conducta requerido por esta Superioridad, en el cual pone en conocimiento de la Sala que las referidas resoluciones fueron dictadas por el Ente Regulador en uso de sus facultades legales y en estricto apego a la ley, limitándose a declarar que era correcto y obligatorio el Documento de Transacción para el mes de junio de 2000, emitido por el Concepto Nacional de Despacho (CND), que recogió distintas operaciones relativas a la empresa Bahía Las Minas Corp., producidas durante ese mes.

También, expone en su informe, que el Ente Regulador dispuso aprobar el referido documento, luego de haber analizado la metodología aplicada por el Centro Nacional de Despacho y comprobado que el documento se emitió como consecuencia de haber aplicado las normas contenidas en las Reglas del Mercado Mayorista de Electricidad y en las demás normas legales que regulan el mercado eléctrico nacional.

En este informe de conducta se expresa que una de las razones que justifican la posición adoptada, y que no ha sido objetada por el resto de los agentes del mercado, es que aunque los contratos iniciales indican unos puntos de entrega de la energía suministrada por las empresas generadoras, éstos no son exclusivos ni excluyentes de la posibilidad de ser utilizados para que se suministre electricidad proveniente de otros contratos distintos a los contratos iniciales. No entenderlo así, a juicio del Ente Regulador, produciría que la empresa Bahía Las Minas cobre por una energía eléctrica que no ha suministrado.

Otra razón que expone es que las empresas distribuidoras no podrían ejercer el derecho de generación propia o compra directa a una empresa distinta a la de transmisión (establecido en el artículo 94, numeral 3, de la Ley 6 de 1997), durante los primeros cinco años de la vigencia de la ley; y de la misma forma estarían afectados los Grandes Clientes conectados al sistema de distribución y que reciben energías en los mismos puntos de entrega.

Concluyen en su informe, que una interpretación distinta a la esbozada por esta institución, ocasionaría un enriquecimiento ilícito a la empresa Bahía Las Minas Corp, puesto que se cargaría dos veces la misma energía, o se dejaría de asignar energía medida a los contratos de compra directa, perjudicándose a esta generadora al no poder recibir el pago de la energía suministrada.

#### OPINIÓN DE LA PROCURADORÍA DE LA ADMINISTRACIÓN

La señora Procuradora de la Administración, por medio de su Vista Fiscal N°107 del 7 de marzo de 2001, emitió concepto desfavorable en torno a las pretensiones del demandante y solicitó que denieguen las declaraciones formuladas, por la parte actora, ya que carecen de fundamento jurídico.

Considera que el acto recurrido no resulta ilegal, por emitirse conforme a las normas contenidas en las Reglas de Mercado Mayorista de Electricidad y en las demás normas legales que regulan el mercado eléctrico nacional.

Sustenta su postura en el hecho de que la administración del mercado de contratos de suministros de energía eléctrica, se complica por el hecho de que en los puntos de entrega, no sólo se recibe la energía que las generadoras destinan a los distintos distribuidores, sino, también, la energía destinada a los grandes clientes de los generadores que se encuentren ubicados en el área de servicio del distribuidor del caso, así como la energía proveniente de las plantas de generación propiedad de los propios distribuidores.

Sostiene que la interpretación que el Ente Regulador hace de lo que debe entenderse como Energía Requerida para los propósitos de calcular la Energía Asociada, entonces no es contraria a la Ley, sino que se hace conforme con los derechos que ésta ha otorgado a las empresas de distribución y a los grandes clientes.

Manifiesta que la adopción de esta posición por parte del Ente Regulador, es consecuencia de los criterios muy distintos vertidos por los agentes de mercado, respecto a la energía que debía ser incluida dentro de la letra E de la fórmula de cálculo de la Energía Asociada prevista en todas las Cláusulas 1.1.2.1. de todos los contratos iniciales.

La única diferencia de criterio existente entre Bahía Las Minas Corp. y el CND, el Ente Regulador y los restos de los agentes del mercado, radica en qué energía incluye la letra E de la fórmula contenida en los Contratos Iniciales.

Expresa que a juicio de Bahía las Minas Corp., toda la energía que se mide en los Puntos de Entrega debe ser asignada a sus Contratos Iniciales, como si la misma hubiera sido suministrada por ellos. Interpretar la fórmula para calcular la energía asociada de la manera que alega esta empresa, tendría las siguientes consecuencias:

- a. Se obligaría a los clientes regulados (ordinarios) a pagar dos veces por la misma energía (en virtud de traslado de costos que le haría la empresa distribuidora).
- b. Las empresas generadoras cobrarían por una energía que no ha producido.
- c. Las empresas distribuidoras pagarían a las generadoras por una energía producida por ellas mismas o por otros agentes del mercado, adquirida mediante compras directas dentro del 15% que la ley les permite.

El resto de los agentes del mercado, el CND y el Ente Regulador, consideran que a la totalidad de la energía que se mida en los Puntos de Entrega señalado en los Contratos Iniciales, debe restarse la energía suministrada por los otros agentes del mercado provenientes de los Contratos de Compra Directa, la energía comprada por los Grandes Clientes de las generadoras, así como la energía producida por las propias distribuidoras a través de sus plantas de producción de energía.

En cuanto a las alegaciones hechas por la empresa demandante, referentes a que el CND debió considerar para el cálculo del 50%, que el Ente Regulador autorizó a las distribuidoras a suplir con generación propia y/o compras directas dentro del periodo comprendido, entre el 22 de diciembre de 1999 al 30 de junio de 2000, mediante la resolución N° JD-1699 de 10 de diciembre de 1999, la base horaria establecida en los numerales 8.3.1.1, 8.3.1.2 y 8.3.1.3 del Volumen II de las reglas Comerciales del Mercado de Mayoristas de Electricidad, la Señora Procuradora señala que las reglas contenidas en dichos numerales constituyen formalidades que se exigen a todos los contratos de suministro que impliquen la compraventa de energía; la finalidad de esta exigencia es permitir al CND la administración de estos contratos y no se estableció con el propósito de que los cálculos de la energía asociada fueran hechos de acuerdo a una base horaria.

Agrega que la interpretación de la empresa demandante referente a la prioridad de los Contratos Iniciales

sobre los contratos de compra directa, carece de fundamento jurídico, toda vez que no existe en los Contratos Iniciales ninguna cláusula que establezca tal derecho de prelación o exclusividad a favor de la empresa.

Concluye por lo expuesto que la resolución impugnada y su acto confirmatorio, se expidieron tomando en consideración que los compromisos que la empresa (demandante) obtuvo no revisten el carácter de exclusividad, ya que no excluye la posibilidad de que las empresas compradoras celebren nuevos contratos de suministro con otros agentes, y que establezcan nuevas formulas para el cálculo del suministro de energía comprada, bajo la administración del CND.

#### EXAMEN DE LA SALA

La presente demanda tiene su génesis en la impugnación que la empresa de generación eléctrica Bahía Las Minas Corp. (antes Empresa de Generación Eléctrica Bahía Las Minas, S.A.) hace de la Resolución N°JD-2283 de 8 de agosto de 2000, confirmada por la Resolución N° JD-2454 de 16 de octubre de 2000, ambas emitidas por el Ente Regulador de los Servicios Públicos.

Mediante estas resoluciones el Ente Regulador de los Servicios Públicos decide negar las reclamaciones interpuestas por la empresa Bahía Las Minas Corp, contra el documento de Transacciones Económicas emitido por el Centro Nacional de Despacho para el mes de junio de 2000, referidos a esta empresa, y establece que este documento es correcto y obligatorio.

Esta empresa considera que las resoluciones impugnadas fueron dictadas en contravención de las siguientes normas: los artículos 976 y 13 del Código Civil; ; el párrafo transitorio del artículo 20 y el artículo 94, numeral 3 de la Ley N°6 de 3 de febrero de 1997, tal como ha sido modificado por el artículo 6 del Decreto Ley 10 de 26 de febrero de 1998; de las Reglas para el Mercado Mayorista de Electricidad aprobadas mediante la Resolución N°605 de 24 de abril de 1998 del Ente Regulador de los Servicios Públicos, el artículo 5.1.3 del Volumen I, los artículos 3.4.1.3., 3.3.1.3, 6.2.1.2, 14.6.1.2, del Volumen II, y los artículos 6.7.2b, 9.4.4 y 14.1.3d. del Informe Metodológico

En lo medular, argumenta que la infracción a estas normas se presenta al aprobarse el documento de transacción de junio de 2000 efectuado por el Centro Nacional de Despacho, en primer lugar, porque el Ente Regulador de los Servicios Públicos avala la forma en que este centro está confeccionando el referido documento de transacción, en donde se deduce de la Energía Asociada las compras directas efectuadas por la empresa distribuidora, alejándose de la formula de cálculo de Energía Asociada que se estipula en los Contratos Iniciales suscritos entre la empresa generadora, la distribuidora y la transmisora, que es la que el Centro Nacional de Despacho debe aplicar, y en la cual tal deducción no está prevista.

Manifiesta que el Ente Regulador de los Servicios Públicos al aceptar estas modificaciones, ha alterado unilateralmente los contratos iniciales y ha contravenido su compromiso de respetar lo pactado, compromiso este derivado de la aprobación que dio de dichos contratos.

Señala el demandante que los contratos iniciales son los que instrumentan el compromiso adquirido por BAHÍA LAS MINAS CORP. y el resto de las empresas generadoras resultantes de la privatización, de suministrar en bloque la potencia firme contratada y la energía asociada al Sistema Interconectado Nacional para asegurar la capacidad de abastecer la totalidad de la demanda máxima nacional y proveer por conducto de ETESA, durante el periodo de cinco años contados a partir de la vigencia de la Ley 6 de 1997 y luego directamente, a las 3 empresas distribuidoras resultantes de la privatización, para suplir dicha demanda durante la vigencia de los contratos. Por tal razón, al constituir estos contratos derechos contractuales previamente adquiridos por las partes, el Centro Nacional de Despacho como administrador del Mercado, tiene que respetar los compromisos adquiridos frente a cualquier compromiso posterior de compraventa directa que se haya celebrado.

En segundo lugar, sostiene que para la confección del documento de transacción aprobado por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, el Centro Nacional de Despacho ha empleado para el cálculo de la energía objeto de la compraventa una base mensual, cuando debe utilizar una base horaria, que es la estipulada en los contratos iniciales y en las Reglas de Mercado de Mayorista de Electricidad.a) Antecedentes del caso.

En el proceso de reestructuración del Instituto de Recursos Hidráulicos y Electrificación, en el cual paulatinamente se va permitiendo la participación del sector privado en el sistema eléctrico nacional, van surgiendo empresas eléctricas que asumen las actividades realizadas por este instituto.

Para regular el sector de electricidad se dicta la Ley N°6 de 3 de febrero de 1997, modificada por el Decreto Ley 10 de 26 de febrero de 1998, que es el Marco Regulatorio e Institucional para la prestación del Servicio de Electricidad. Esta ley fue reglamentada por el Decreto Ejecutivo 22 de 19 de junio de 1998 y complementada por la Ley 15 de 7 de febrero de 2001, el Decreto Ejecutivo N° 138 de 15 de junio de 1998 (extendido a este sector mediante Decreto Ejecutivo N° 23 de 22 de junio de 1998) y la Resolución N° JD-650 de 24 de abril de 1998, que aprueba las Reglas del Mercado de Mayoristas de Electricidad.

Dentro del proceso de privatización se dan contratos iniciales de compraventa de potencia firme contratada y energía asociada, los cuales son suscritos por las empresas generadoras respectivas, la empresa transmisora (intermediaria de la compraventa), y las respectivas empresas distribuidoras, todas resultantes del proceso de privatización. Estos contratos fueron aprobados por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, en atención a lo dispuesto por el parágrafo transitorio del artículo 20 de la Ley 6 de 3 de febrero de 1997.

En este caso, los contratos iniciales que nos ocupan son los suscritos por la Empresa Generadora de Electricidad Bahía Las Minas S.A. (vendedora), la Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A (intermediaria) y la Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste (Compradora), y tienen entre su objeto la Energía Asociada, componente importante de la fórmula de cálculo de la remuneración que la empresa distribuidora debe hacer a la generadora.

El 10 de diciembre de 1999, el Ente Regulador de los Servicios Públicos emitió las Resoluciones JD-1699 y JD-1700, las cuales tienen incidencia en estos contratos iniciales, y la forma de calcular las liquidaciones del suministro de energía

Las Resolución No JD-1699 autoriza temporalmente a las empresas distribuidoras de electricidad a que puedan aumentar, hasta el 30 de junio de 2000, de un 15% a un 50% la capacidad de generación propia o las compras directas que estas pueden realizar, debiendo aplicarse las ventajas del precio de compra directamente al cliente, exceptuándose la generación propia y la contratación directa existentes antes a la fecha de la resolución. El Ente Regulador de los Servicios Públicos fundamentó esta medida temporal en la potestad que le confiere el artículo 94, numeral 3, y en la constatación del sostenido aumento del petróleo y sus derivados, que se reflejó en los precios contractuales de la compra de energía eléctrica por las empresas distribuidoras.

La Resolución N°JD- 1700 define Energía Requerida para los propósitos de los contratos de suministro de potencia firme de largo plazo y energía asociada requerida entre las empresas distribuidoras y generadoras, como "la energía medida en los puntos de entrega a las distribuidoras, establecidos en los contratos de compraventa de potencia firme a largo plazo y energía asociada requerida, menos la generación propia, y/o compras directas permitidas, y/o la energía del gran cliente que haya negociado libremente los términos y condiciones del suministro de electricidad, referenciada a los puntos de entrega de las respectivas distribuidoras establecidos en los contratos antes mencionados."

Esta resolución fue modificada por la Resolución N°JD-1929, que corrige el concepto de energía requerida, cambiándolo por Energía Total Requerida y establece que los efectos de la definición son aplicables a las liquidaciones de los contratos de suministro. En la definición, mantiene las deducciones que la resolución que modifica estableció haciendo referencia a que "siempre y cuando los puntos de entrega sean los mismos", lo que implica que las deducciones se realizarán cuando hayan una coincidencia de entrega de energía por otros agentes en los puntos de entrega pactados en los contratos iniciales.

Cabe destacar que la Resolución N°JD-1700 fue demanda ante esta Sala, quien mediante Auto de 13 de junio de 2000 suspendió sus efectos y mantuvo esta decisión mediante Auto de 2 de octubre de 2000, ante una solicitud de levantamiento de la medida. Esta suspensión implica que el concepto de Energía Total Requerida que esta resolución establece no puede ser aplicado.

De lo anterior se colige que, al momento de emitir el Centro Nacional de Despacho el documento de transacción del mes de septiembre de 2000, no se encontraba vigente la Resolución N°JD-1699 y los efectos de la Resolución N°JD-1700 se encontraban suspendidos, por lo que esta liquidación se hace sin apoyo en estas resoluciones, donde la última es objeto de impugnación pendiente de resolver por esta Sala.b) Cálculo de la Energía Asociada aplicado al documento de transacción del mes de junio de 2000.

Mediante Nota ETE-CND-ME-290-03 de 2 de mayo de 2003 (Cfr. fojas 260-261), el Centro Nacional de Despacho, dependencia de la Empresa de Transmisión Eléctrica y que por ley le corresponde elaborar los documentos de transacción, informa a esta Sala que "el método para la determinación de la energía asociada considera la aplicación de la fórmula de asignación contenida en los contratos de suministros (Contratos Iniciales), a la

energía medida de cada una de las Empresas Distribuidoras". Agrega que "...en adición a las fórmulas de asignación de los Contratos de Suministro, se consideraron los numerales 3.3.1.3, 3.4.1.3 y 6.2.1.2 de las Reglas Comerciales para el Mercado de Mayoristas, ..." y que "durante este periodo a la energía medida por la Empresa de Distribución se le descontaba la generación propia, en un proceso natural...".

Al apreciar los peritajes realizados, nos percatamos que ese proceso natural de descuento a que se refiere el Centro Nacional de Despacho, se debe a que la generación propia de EDEMET no pasa por la medición, por lo que no son verificados por este centro. Por consiguiente, al hacer el Centro nacional de Despacho los documentos de transacción, con referencia a EDEMET, no se hace necesario descontar la energía generada por la propia distribuidora.

Para determinar cómo fue calculada la Energía Asociada es importante observar las respuestas dadas en los informes periciales, a la primera pregunta del cuestionario, que se refiere a la Energía Total Requerida que fue utilizada para el cálculo de la Energía Asociada. El tenor de la pregunta es el siguiente:

"¿Cuál fue, en término de MWh, la energía total requerida por la Empresa de Distribución Eléctrica de Distribución Metro-Oeste, S.A. (EDEMET) para abastecer a los clientes de su zona de concesión, para el periodo de 1 a 30 de junio de 2000"? (Cfr. foja 140).

En los informes periciales presentes en el expediente de foja 280-303, se observa una diferencia en las respuestas dadas, con respecto a la Energía Total Requerida, que a continuación procedemos a reproducir, en lo pertinente:

"La energía total requerida por EDEMET, que es la energía requerida vista por el CND, para abastecer los clientes de su zona de concesión para el periodo en mención, tal cual muestran los registros del CND fue la siguiente: junio 183,333.805.5921 Mwh" (foja 280. Perito: Ingeniero Eduardo J. De La Guardia)

"Hechas las explicaciones anteriores, contestamos directamente, en términos numéricos que, de acuerdo con los archivos, registros y libros del Centro Nacional de Despacho (CND), "la Energía Total Requerida de EDEMET a considerar para los propósitos de los Contratos Iniciales", mes por mes, para el periodo que transcurrió desde el 1 al 30 de junio de 2000 fue la siguiente: junio 2000 95,315.99 MWh" (foja 292. Peritos: Ingeniero Isaac A. Castillo e Ingeniero Antonio Guelfi).

La diferencia entre la respuesta dada por los peritajes, tal como se constata en las explicaciones realizadas por los peritos en los informes presentados, se debe al entendimiento que cada perito tiene de lo que es Energía Total Requerida, sobrepasando las facultades que como tales le correspondía; los peritos Castillo y Guelfi, consideran que la energía total requerida relativa a los contratos iniciales no es más que el total de la energía que una empresa de distribución de electricidad registra en sus medidores comerciales, cuyas cuantías son leídas y registradas automáticamente por el Centro Nacional de Despacho, a las cuales hay que deducirle aquellas cantidades que sean generación propia, energía consumida por los Grandes Clientes que se encuentran en la Zona de concesión que compran en el Mercado no regulado, y la energía comprada a través de contratos directos dentro de los primeros 5 años de la vigencia de la Ley 6 de 1997, dentro del 15 %. (se fundamenta en las mismas Reglas de Mercado de Mayorista que el CDN utilizó).

También se concluye que el Centro Nacional de Despacho no aplicó los descuentos de autogeneración de la empresa distribuidora, sencillamente porque no son registrados en el punto de entrega. Y no descontó la energía consumida por los Grandes Clientes, por inexistencia de los grandes clientes. (Cfr. peritajes).c) Conclusiones de la Sala

Luego de establecido el marco regulatorio sobre el cual deben fundamentarse los documentos de transacción por parte del Centro Nacional de Despacho y la revisión que de los mismo deba realizar la entidad reguladora de los servicios públicos, en ejercicio de su atribución de control y fiscalización, procedemos a realizar el correspondiente análisis de los cargos de ilegalidad endilgados.

En este sentido, la Ley N°6 de 3 de febrero de 1997, "por la cual se dicta el marco regulatorio e institucional para la prestación del Servicio Público de Electricidad", atribuye al Centro Nacional de Despacho (CND), dependencia de la Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A., la labor de administrar el mercado de contratos en el que participan los diferentes agentes del mercado para lo cual emite mensualmente el Documento de Transacciones Económicas, en atención a la metodología contenida en la misma Ley y en las Reglas del Mercado Mayorista, aprobadas por el Ente Regulador de los Servicios Públicos mediante la Resolución N°JD-605 de 24 de abril de 1998, publicada en la Gaceta Oficial N° 23,531 de 28 de abril de 1998.

Igualmente la Ley N°6 de 3 de febrero de 1997, responsabiliza al Centro Nacional de Despacho por la operación integrada que tiene por objeto atender la demanda en el sistema interconectado nacional, mediante la utilización óptima de los recursos de generación y transmisión disponibles, incluyendo las interconexiones internacionales, así como administrar el mercado de contratos e interpretar el Reglamento de Operación (Arts. 70 y 71). Estas atribuciones igualmente se encuentran contenidas en las Reglas del Mercado Mayorista, que responsabilizan al Centro Nacional de Despacho de administrar el sistema de cobranzas y liquidaciones del mercado, debiendo informar a los participantes el resultado de las transacciones comerciales, identificando las deudas entre participantes a través del documento denominado "Documento de Transacciones Económicas", donde se incluyan los resultados comerciales y toda la información que respalde los resultados obtenidos, todo lo cual está debidamente regulado en la mencionada resolución en el Punto 14 sobre "Liquidación".

Dentro del contexto de la regulación y administración del mercado de contratos, se dictaron las Resoluciones JD-1700 y 1929, por parte del organismo regulador, con el objetivo de aclarar lo que debía entenderse por Energía Requerida para los propósitos de calcular la Energía Asociada a los Contratos Iniciales, conforme se describe en la fórmula expresada en todos los Contratos Iniciales celebrados por las empresas generadoras con las empresas distribuidoras, previendo la situación que los contratos iniciales no regulan, como lo es la energía producida por medios propios de las distribuidoras o la compra de energía de empresas diferentes dentro del porcentaje permitido por la ley (autogeneración, compras de Gran Cliente, etc.) y que se recibieran en alguno de los puntos de entrega pactados en los contratos iniciales, los cuales no se estableció su uso exclusivo para las empresas que suscribieron los contratos iniciales. Cabe en este punto aclarar que, al momento de emitirse el documento de transacción que se impugna por la parte actora, estas resoluciones mantenían sus efectos suspendidos.

En cuanto a que la totalidad de la energía que se mida en los Puntos de Entrega expresados en los Contratos Iniciales debe contemplar, para su debida liquidación, y para ser congruentes con el Artículo 94 de la Ley No.6 de 1997, y las Reglas del Mercado Mayorista de Electricidad, tanto los suministros hechos por las empresas generadoras de acuerdo a los Contratos Iniciales, como la energía que a través de los mismos puntos de Entrega suministre la misma empresa distribuidora con sus propias plantas generadoras.

Esto es así, ya que los Puntos de Entrega de la energía a suministrar por las empresas generadoras indicados en los Contratos Iniciales no son exclusivos para la entrega de estas generadoras, ni excluyen la posibilidad de que a través de los mismos se suministre energía proveniente de otros contratos distintos a los Contratos Iniciales, todo lo cual es coherente con lo establecido en la Ley 6 de 1997, y las Reglas del Mercado Mayorista de Electricidad, y el derecho que está establecido en el numeral 3 del Artículo 94 de la Ley 6 de 3 de febrero de 1997, para las distribuidoras a generar energía con plantas propias que se conectan al sistema de transmisión, y a comprar energía, directamente, a empresas distintas a la Empresa de Transmisión, durante los primeros 5 años de vigencia de dicha ley.

En tales condiciones, el Tribunal estima que el acto administrativo impugnado, que consideró correcto el Documento de Transacciones Económica para la empresa Bahía Las Minas, no infringe, sino que por el contrario, aplica en debida forma las Reglas del Mercado Mayorista de Electricidad. Es lógico y válido además, el razonamiento del ente demandado, en cuanto a que la pretensión de Bahía Las Minas no permitiría que las empresas compradoras celebrasen contratos directos de compra de energía, a pesar que la Ley No. 6 de 1997 las autoriza.

En virtud de lo anterior, no han resultado transgredidas las normas de las Reglas de Mercado de Mayoristas que se alegan infringidas por el actor, reiterando que estas reglas fueron dictadas precisamente para permitir la libre competencia, al establecer un marco legal que determina que sean favorecidas aquellas empresas generadoras que vendan a precios más económicos, eficientes y competitivos.

En cuanto al argumento de que los Contratos Iniciales no tienen prevista la posibilidad de que se deduzca de la energía total requerida por una compradora, aquella energía suministrada por las compras directas, o por la suministrada por la misma compradora con sus propias plantas de generación, ni la energía que requieran a través de los mismos Puntos de Entrega los Grandes Clientes conectados al sistema de una empresa compradora, coincidimos con la autoridad reguladora en que no era necesario que dichos contratos estableciesen ese descuento, primero, porque dicha energía sale del objeto de los contratos iniciales y segundo, porque dicho descuento surge obligatoriamente de las Reglas del Mercado Mayorista de Electricidad que no pueden ser violadas por ningún contrato, y son de forzosa aplicación por el CND debido a sus propias funciones de liquidación y administración de los distintos contratos.

Estimamos válido, en tal sentido, que el CND no puede desconocer que un vendedor suministró una energía, ni tampoco dejar de indicar dicho suministro en los Documentos de Transacciones Económicas, si el mismo fue debidamente efectuado. De allí, que en el acto impugnado el Ente Regulador reconoció que las aplicaciones hechas por el CND e impugnadas por Bahía Las Minas fueron correctas, porque de haberse seguido la tesis esgrimida por Bahía Las Minas, se hubiesen producido liquidaciones violatorias a la Ley.

Cabe reiterar que aún cuando los Contratos Iniciales indican unos Puntos de Entrega de la energía a suministrar por las empresas generadoras, esos Puntos de Entrega no son exclusivos, ni excluyen la posibilidad de que a través de los mismos se suministre energía proveniente de otros contratos distintos a los Contratos Iniciales, todo lo cual es coherente con lo establecido en la Ley 6 de 1997, y las Reglas del Mercado Mayorista de Electricidad.

Todo lo anterior nos lleva a concluir que tampoco se ha producido la violación endilgada de las normas del Código Civil, ni de la Ley 6 de 1997, invocadas en la demanda, pues no se ha desconocido lo pactado en los Contratos Iniciales, ni el objeto de los mismos; igualmente no hay un alejamiento de la fórmula establecida en los contratos iniciales sino que las liquidaciones fueron confeccionadas en aplicación de las Reglas del Mercado Mayorista y de la propia Ley marco para la prestación del servicio público de electricidad.

Por consiguiente, la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la Ley, DECLARA QUE NO ES ILEGAL, la Resolución No JD-2283 de 8 de agosto de 2000, dictada por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, al igual que su acto confirmatorio y niega las demás pretensiones.

Notifíquese,

ALEJANDRO MONCADA LUNA  
WINSTON SPADAFORA FRANCO -- VICTOR L. BENAVIDES P.  
HAZEL RAMIREZ (Secretaria)

---

DEMANDA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA DE PLENA JURISDICCIÓN INTERPUESTA POR LA FIRMA ARIAS, FÁBREGA & FÁBREGA, QUIEN ACTÚA EN REPRESENTACIÓN DE BAHÍA LAS MINAS CORP. (ANTES EMPRESA DE GENERACIÓN ELÉCTRICA BAHÍA LAS MINAS, SA), PARA QUE LA RESOLUCIÓN JD-2932 DE 29 DE AGOSTO DE 2001, DICTADO POR EL ENTE REGULADOR DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS, SE DECLARE NULA POR ILEGAL; AL IGUAL QUE SU ACTO CONFIRMATORIOS Y SE REALICEN OTRAS DECLARACIONES. - MAGISTRADO PONENTE: ALEJANDRO MONCADA LUNA. - PANAMÁ, DIEZ (10) DE FEBRERO DE DOS MIL DIEZ (2010).

Tribunal:	Corte Suprema de Justicia, Panamá
Sala:	Tercera de lo Contencioso Administrativo
Ponente:	Alejandro Moncada Luna
Fecha:	miércoles, 10 de febrero de 2010
Materia:	Acción contenciosa administrativa Plena Jurisdicción
Expediente:	686-01

VISTOS:

La firma Arias, Fábrega & Fábrega, quien actúa en representación de la empresa BAHÍA LAS MINAS CORP. (antes Empresa de Generación Eléctrica Bahía Las Minas, SA), presentó Demanda Contencioso-Administrativa de Plena Jurisdicción para la Resolución JD-2932 de 29 de agosto de 2001, dictado por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, se declare nula por ilegal y en consecuencia se ordene que dicha institución al momento de resolver el reclamo formulado contra el Documento de Transacción Económica emitida por el Centro Nacional de Despacho, para el mes de junio de 2001, le de prelación y haga cumplir los contratos iniciales celebrados entre BAHIA LAS MINAS CORP., EMPRESA DE DISTRIBUCIÓN ELECTRICA METRO-OESTE, S. A. y EMPRESA DE TRANSMISION ELECTRICA, SA.

Admitida la demanda, se remitió copia al Director Presidente del Ente Regulador de los Servicios Públicos, para que rindiera un informe explicativo de conducta, y se corrió traslado a la Procuraduría de la Administración, por el término de cinco (5) días.