

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

Vista N° 190

13 de mayo de 2002

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

Propuesto por el Lcdo. Luis Ángel Arrocha Romero, en representación de la **Autoridad del Canal de Panamá**, para que se declare nula, por ilegal, la Resolución N° JD-3062 de 13 de noviembre de 2001, emitida por el **Ente Regulador de los Servicios Públicos**, el acto confirmatorio y para que se hagan otras declaraciones.

Concepto.

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

Con fundamento en el artículo 5, numeral 2, párrafo 3, de la Ley N° 38 de 2000, concurrimos respetuosos ante su Despacho, con la finalidad de emitir nuestro concepto en torno a la Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción propuesta por el Lcdo. Luis Ángel Arrocha Romero, en representación de la Autoridad del Canal de Panamá, para que se declare nula, por ilegal, la Resolución N° JD-3062 de 13 de noviembre de 2001, emitida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos.

Como quiera que se trata de un proceso Contencioso Administrativo de Plena Jurisdicción en el que intervienen dos instituciones del Estado con intereses contrapuestos, a esta Procuraduría le corresponde intervenir en interés de la Ley.

I. Las pretensiones de la demandante.

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

El apoderado judicial de la Autoridad del Canal de Panamá solicita a Vuestra Honorable Sala, que se formulen las siguientes declaraciones:

1. Que es ilegal y, por tanto, nula la Resolución N° JD-3062 de 13 de noviembre de 2001, expedida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, por medio de la cual se resuelve negar el Recurso de Reconsideración interpuesto por la ACP contra la Resolución 3003 de 16 de octubre de 2001 y revoca y deja sin efecto la Resolución N° J.D.-3003, antes referida, y en su lugar dispone que tanto la reclamación como el recurso de reconsideración de la ACP quedan anulados por haberse producido sustracción de materia.

2. Que es ilegal y, por tanto, nula la Resolución N° JD-JD-3003 de 16 de octubre de 2001, expedida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, la cual estableció que el Documento de Transacciones Económicas del mes de abril de 2001, relativo a la Autoridad del Canal de Panamá, emitido por el Centro Nacional de Despacho (CND), era correcto y obligatorio; y además negó las reclamaciones interpuestas por la ACP contra dicho documento.

3. Que con motivo de las declaraciones anteriores, la Honorable Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia **ordene** a la Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A. (ETESA) que instruya al CND para que acepte las ofertas de compensación de potencia diaria y los servicios auxiliares correspondientes que hizo la ACP al Mercado Ocasional en el mes de abril de 2001 y devuelva la suma cobrada en concepto de CUSPT por el período del 8 al 11 de abril de 2001.

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

4. Que la Corte Suprema de Justicia ordene a ETESA y al CND que reparen el daño causado a la ACP y le paguen a ésta las sumas de dinero dejadas de percibir por causa de la decisión tomada por el CND desde el 16 de febrero de 2001 hasta el cumplimiento de la orden más los intereses correspondientes.

II. Las normas que se aducen como infringidas y sus conceptos, son las que a seguidas se analizan:

a. En primer lugar, se dice transgredido el numeral 1, del artículo 19 de la Ley N° 26 de 29 de enero de 1996, que dispone:

"Artículo 19. Atribuciones del Ente Regulador. Para el cumplimiento de sus objetivos, el Ente Regulador tendrá las funciones y atribuciones siguientes:

1. Cumplir y hacer cumplir esta Ley y las demás normas legales complementarias, así como las leyes sectoriales respectivas. Para ello, el Ente Regulador realizará eficaz control, vigilancia y verificación del cumplimiento de las leyes y reglamentos por parte de las empresas de servicios públicos de agua potable y alcantarillado sanitario, telecomunicaciones y electricidad;
2. ..."

Concepto de la infracción tal como lo expone el abogado de la ACP.

La Resolución N° J.D.-3062 de 13 de noviembre de 2001 viola el numeral 1, del artículo 19 de la Ley N° 26 de 29 de enero de 1996, por infracción literal de la norma (por omisión).

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

La función del Ente Regulador de los Servicios Públicos, de acuerdo a la norma invocada es cumplir y hacer cumplir la Ley y las normas complementarias que incluyen sus propias resoluciones que regulan distintos aspectos del Mercado Eléctrico, tal como la Resolución N° JD-2333 de 7 de septiembre de 2000, por medio de la cual se aprueban las Resoluciones Específicas para Autogeneradores y Cogeneradores y la Resolución N° JD-2631 de 6 de febrero de 2001 mediante la cual determinó que el requisito para que un autogenerador pueda vender compensaciones diarias de potencia es que el CND pueda verificar la disponibilidad de la potencia que se ofrece lo cual debe hacer en el punto de interconexión al SIN.

La Ley 6 de 3 de febrero de 1997, estableció en el numeral 8 del artículo 20 que una de las funciones del Ente Regulador de los Servicios Públicos con relación al sector eléctrico sería la de "expedir regulaciones específicas para autogeneración y cogeneración de electricidad que se conecten a la red de servicio público..". Este mandato lo cumplió el Ente Regulador de los Servicios Público al aprobar la Resolución JD-2333 de 7 de septiembre de 2000.

Dichas normas específicas obedecen a que los autogeneradores producen energía para su consumo propio y sólo venden al mercado eléctrico sus excedentes de potencia y energía por lo que las diversas regulaciones fijadas para los generadores de energía no le son aplicables en su totalidad a dichas agentes. De allí que lo dispuesto en la Resolución N° J.D.-2333, por ser reguladores específicas para

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

autogeneradores, prevalece sobre la aplicación de las normas generales para generadores contenidas en el Reglamento de Operación y las Reglas Comerciales del Mercado Mayorista de Electricidad, conforme lo regula el numeral 1, del artículo 14 de Código Civil en lo relativo a la interpretación de normas incompatibles entre sí.

El Ente Regulador de los Servicios Públicos, en su Resolución N°JD-3062, se abstuvo de aplicar al proceso de formación de dicho acto administrativo lo dispuesto en su propia Resolución N° J.D.-2333, numeral 2.11 y siguientes, en lo relativo a las Ofertas de Corto Plazo o Compensación de Potencia, pretextando que el balance de potencia sólo puede calcularse a un Agente Productor como es de los generadores típicos, y no en el caso de los autogeneradores. Este hecho configuró la nulidad del acto administrativo realizado por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, el cual tenía la obligación de cumplir y hacer cumplir las normas complementarias a la Ley, conforme lo dispuso el numeral 1, del artículo 19 de la Ley 26 de 1996, ya que el numeral 2.11 de su propia Resolución N° JD-2333 establecía las resoluciones específicas sobre la Oferta de Corto Plazo o Compensación de Potencia así:

2.11.OFERTA DE CORTO PLAZO O COMPENSACIÓN DE POTENCIA.

2.11.1. Cada día, junto con la información para el pre despacho, los Autogeneradores y Cogeneradores pueden presentar sus ofertas de potencia para el día siguiente.

2.11.2. Para ello deben informar el CND el precio al que están dispuestos a

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

vender excedentes de potencia. Las ofertas se pueden realizar como uno o más bloques de potencia, cada uno con su precio.

2.11.3. Cada día que el Autogenerador o el Cogenerador no presente oferta de potencia no será considerado por el CND.

2.11.4. Las ofertas estarán sujetas a las condiciones en el numeral 7 de las Reglas Comerciales para el Mercado Mayorista de Electricidad.

2.11.5. Los Autogeneradores y Cogeneradores deberán informar al CND todos los datos correspondientes en los plazos requeridos en el Capítulo II denominado "Despacho y Programa de Generación" y en el Capítulo III denominado "Información Periódica para el Despacho" del Reglamento de Operación."

De manera que conforme al numeral 8, del artículo 20 de la Ley 6 de 1997 el Ente Regulador de los Servicios Públicos había aprobado las Regulaciones Específicas para los Autogeneradores en la Resolución N° J.D.-2333 que incluían las disposiciones pertinentes a las compensaciones de potencia las cuales el Ente Regulador de los Servicios Públicos tenía que cumplir y hacerlas cumplir al CND, tanto en la Resolución N° J.D.-3003 como en la J.D.-3062 si no quería violentar con su conducta lo dispuesto en el numeral 1, del artículo 19 de la Ley 26 de 29 de enero de 1996.

Las condiciones que se exigen para las ofertas son las detalladas en el numeral 7 de las Reglas Comerciales que se refieren a la Administración de los Faltantes y Sobrantes de Potencia y en ninguno de dichos numerales se condicionan las ofertas de potencia de los autogeneradores a la necesidad de

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

contar con SCADA o SMEC. Queda claro, entonces, que ninguna de las regulaciones específicas sobre oferta de corto plazo o compensación de potencia que contiene la Resolución N° J.D.-2333 se le facultaba al CND para rechazar lo que ofrecía la ACP durante el mes de abril de 2001. La única causa para que un autogenerador no sea considerado por el CND para este tipo de transacciones comerciales es que este Agente no presente cada día su oferta de potencia tal como lo indica el numeral 2.11.3 de las Regulaciones Específicas que se acaban de transcribir.

Adicionalmente, el Ente Regulador de los Servicios Públicos había señalado en su Resolución N° J.D.-2631 que no era aplicable el numeral 2.2 del Anexo A de la Resolución N° J.D.-2333, que utilizó el CND para rechazar la oferta de la ACP de servicio auxiliar de reserva de largo plazo para el año 2001, ya que la ACP ha estado conectada al SIN, lo cual quedaba confirmado con las ventas que ella había hecho al mercado ocasional.

El CND, como Administrador del Servicio de Operación Integrada, ya tenía definido con cada agente del mercado cuáles eran los puntos de interconexión al sistema y los puntos de medición y entrega, por lo que en el caso de la ACP, conocía perfectamente que ésta utilizaba los mismos puntos de medición y de entrega de energía al Mercado Mayorista Eléctrico aceptados por el CND en los Contratos de interconexión de la Comisión del Canal de Panamá con el IRHE y que fueron aprobados por el Ente Regulador de los Servicios Públicos mediante Resolución N° J.D.-998 de 3 de septiembre

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración
de 1998, como "acuerdos de compraventa de energía iniciales de conformidad con el contenido del parágrafo transitorio del artículo 20 de la Ley N°6 de 1997." Estos puntos eran las interconexión con la Subestación de Cáceres, en el Pacífico, y la interconexión con la Subestación Colón 5 en Monte Esperanza, en el Atlántico. Y en todos los puntos necesarios de entrega y retiro está instalado el sistema SMEC para las mediciones, que en el área de la distribuidora EMEDET están en Cáceres, Balboa, Miraflores, Summit y Gamboa, y en el caso de ELEKTRA está en la actualidad abierta la interconexión por decisión de ellos.

El propio Ente Regulador de los Servicios Públicos aclaró en su Resolución N° J.D.-2631 que el requisito para que un Autogenerador pueda vender potencia es que el CND pueda verificar la disponibilidad que ofrece y esta verificación en el caso de estos agentes se debe efectuar en el punto de interconexión. En el caso de la ACP, la interconexión con el Sistema Interconectado Nacional en Cáceres, a través de la cual vende al Mercado Ocasional, tiene un SMEC y un RTU del SCADA del CND instalado por EMEDET que permite esta verificación, lo cual explica el hecho del por qué se le estuvo aceptando a la ACP las ventas que hizo al mercado durante todo el año 2000.

Y en cuanto al numeral 5.5. de la Resolución J.D.-2333, también el Ente Regulador se refirió a él en su Resolución N°J.D.-2631 afirmando que cuando allí se le exigía a los Autogeneradores y Cogeneradores los mismos requerimientos técnicos que los establecidos en el Reglamento de Operación

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

para los agentes generadores se refería a los requisitos que son posibles de aplicar a un Autogenerador, ya que dicho reglamento contempla requisitos propios de un generador y no los de aquellos que se dedican a vender excedentes y cuya actividad principal es otra, tal como sucede con los autogeneradores.

Y más adelante, el Ente Regulador de los Servicios Públicos concluye en su Resolución N° 2631 que: "el requisito para un Autogenerador o Cogenerador pueda vender potencia es que el CND pueda verificar la disponibilidad de potencia que ofrece; ya sea para compensaciones diarias, para el servicio auxiliar de reserva de largo plazo para vender en contratos. En el caso de un Autogenerador o Cogenerador esta verificación debe efectuarse en el punto de interconexión."

Por todo lo antes expuesto, era de esperarse que el Ente Regulador de los Servicios Públicos hiciera cumplir al CND lo que había dispuesto en la Resolución N° J.D.-2631 al momento de evaluar la decisión de ésta de sancionar a la ACP con el rechazo de sus ofertas diarias de potencia pues todas las objeciones ya habían sido previamente aclaradas en dicha Resolución la cual no estaba suspendida en sus efectos cuando el CND aplicó su ilegal medida. No obstante, el Ente Regulador de los Servicios Públicos N° J.D.-2631, sino que, por el contrario, elaboró una tesis totalmente opuesta para darle validez a la sanción ilegal impuesta por el CND.

La nueva tesis que plantea el Ente Regulador de los Servicios Públicos en la Resolución J.D.- 3062 es la de reemplazar lo dispuesto en la Resolución J.D.-2631 afirmando

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

que "según el numeral 7.4.1.1. de las Reglas Comerciales del Mercado Mayorista es necesario verificar la potencia máxima comercial de las unidades generadoras que componen el grupo Generador Conjunto (GGC) DE UN Agente Productor, lo cual no puede hacerse en el caso de los autogeneradores en el punto de interconexión."

En primer lugar, el numeral citado no dice que es necesario que el CND verifique la potencia máxima comercial de las unidades generadoras que componen el GGC de un agente Productor, y mucho menos indica que no se puede hacer en los Autogeneradores. Lo que dice la Regla es lo siguiente:

"7.4. BALANCE DE POTENCIA DE UN PARTICIPANTE PRODUCTOR.

7.4.1.1. Cada día, el CND debe calcular la potencia puesta a disposición por cada Participante Productor como:

- a) la potencia máxima comercial de los GGC que le pertenecen;**
- b) menos de la potencia comprometida en Contratos de Reserva en que es la parte vendedora;**
- c) menos la potencia comprometida en el Servicio Auxiliar de reserva de largo plazo;**
- d) más la potencia que compra del Servicio Auxiliar de Reserva de largo plazo;**
- e) más la potencia que compra a través de Contratos de Reserva.**

El verbo rector no es verificar si no calcular. La operación que se le exige al CND es la de calcular sobre la base de la potencia comercial de los GGC del Participante Productor. Y si vemos el numeral 3.2.1.3. de las referidas Reglas Comerciales, los Participantes Productores son: a) Los Generadores ubicados en Panamá; b) los Autogeneradores y

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

Cogeneradores ubicados en Panamá que venden excedentes; c) Empresas que comercializan generación de otro país, que venden en el Mercado Mayorista de Panamá a través de interconexiones internacionales. O sea, que la ACP es un Participante Productor.

En el numeral 2.1 sobre Definiciones, las Reglas definen los GGC, Grupo Generador Conjunto como: "Es el conjunto de una o más unidades generadoras de un Participante Productor que se ubican en una misma central. En el caso de generación térmica corresponde a unidades similares. En el caso de una central hidroeléctrica, corresponde a toda la central." Y a su vez define la Potencia Máxima Comercial de un Grupo Generador Conjunto así: "Es la máxima potencia que el grupo podría entregar en un plazo máximo de 15 minutos, de requerirse máxima generación, teniendo en cuenta las restricciones operativas que pueden limitar dicha entrega, y que se calcula de acuerdo a los criterios que se definen en este Tomo Comercial del Reglamento de Operación."

Como puede observarse en ninguna de las definiciones se exige que el pueda verificar o distinguir generadoras con la finalidad de cumplir con el numeral 7.4.1.1.a. En caso de las hidroeléctricas el GGC corresponde a toda central y su potencia se verifica en el punto de interconexión con el SIN, y no se exige verificación de la Potencia Máxima Comercial si no que se calcula de acuerdo a los criterios del Tomo Comercial. Y en ese sentido la regla dice: "7.4.1.3. Cada día, el CND debe calcular el balance entre requerimiento y disponibilidad de potencia de cada Participante Productor

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

descontando de la potencia puesta a disposición la potencia comprometida para el suministro. Si el balance es negativo, el Participante Productor resulta con un faltante. Si por el contrario es positivo, resulta con un excedente de potencia.”

Por lo tanto, si el numeral 7.4.1.1., citado por el Ente Regulador de los Servicios Públicos dice que el CND “debe calcular la potencia” que es distinto a decir que debe verificarla. Y en el numeral 7.4.1.3. enseña cómo se debe hacer ese cálculo, lo cual es factible en el caso de la ACP. No vemos fundamento alguno para que el Ente Regulador de los Servicios Públicos afirme en su Resolución JD-3062 que la compensación diaria de potencia sólo puede calcularse, y por lo tanto, aceptarse, a un generador y no a un autogenerador.

El Ente Regulador de los Servicios Públicos al momento de dictar la Resolución N° JD-3062 de 13 de noviembre de 2001 violó lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 19 de la Ley 26 de 1996, al omitir la aplicación de las regulaciones específicas para autogeneradores sobre compensación de potencia contenidas en los numerales 2.11 y siguientes de la Resolución N° J.D.-2333 y al no considerar que sobre los puntos en controversia ya los había resuelto en la Resolución N° J.D.-2631 de 6 de febrero de 2001 los cuales son congruentes con las Reglas Comerciales y el reglamento de Operación.

Criterio de la Procuraduría de la Administración.

Este Despacho procede a efectuar un análisis de la normativa jurídica existente en torno a los puntos

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración
controvertidos, para que podamos arribar a un criterio objetivo.

Son relevantes también los aspectos fácticos que se han suscitado en el Proceso in examine, por lo que es importante mencionar que el Centro Nacional de Despacho (CND), le envió a la Autoridad del Canal de Panamá (ACP), el Documento de Transacciones Económicas relativo a dicha entidad, y que corresponden al mes de abril de 2001.

La Autoridad del Canal de Panamá ejerció su derecho de discrepar, mediante la interposición de una reclamación contenida en Nota de 19 de mayo de 2001, en la que se objetó la posición del CND de incluir en el Documento de Transacciones Económicas una deuda a cargo de la ACP, por razón del Cargo por el Uso del Sistema Principal de Transmisión para Transacciones Esporádicas del mes de abril de 2001 y, además, que no se consideraron su oferta del día 29 de diciembre de 2000, respecto de las compensaciones en potencia.

En el expediente judicial hay constancia que la reclamación de la ACP fue rechazada por el Centro Nacional de Despacho (CND) a través de la Nota N°ETE-CND-458-01 de 23 de mayo de 2001.

El Ente Regulador de los Servicios Públicos manifestó que la reclamación formulada por la Autoridad del Canal de Panamá fue resuelta en la Resolución N° 3003 de 16 de octubre de 2001 en la que se decidió lo siguiente:

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

PRIMERO: Se estableció la obligación de la Autoridad del Canal de Panamá de pagar el Cargo por el Uso del Sistema Principal de Transmisión Para Transacciones Esporádicas.

En criterios anteriores emanados de esta Procuraduría se ha explicado detalladamente las razones por las cuales la Autoridad del Canal de Panamá debe pagar el Cargo por el Uso del Sistema Principal de Transmisión Para Transacciones Esporádicas; veamos:

Mediante la Ley N°26 del 29 de enero de 1996, se creó el Ente Regulador de los Servicios Públicos, como un organismo autónomo del Estado, con competencia para regular y controlar la prestación de los servicios públicos de abastecimiento de agua potable, alcantarillado sanitario, telecomunicaciones, electricidad, radio, televisión y distribución de gas natural.

La Ley N° 6 de 3 de febrero de 1997, dicta el Marco Regulatorio e Institucional para la prestación del Servicio Público de Electricidad por el cual se establece el régimen al que se sujetarán 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 3 de febrero de 1997, modificado por el Decreto Ley N°10 de 26 de febrero de 1998, contiene la atribución del Ente Regulador de los Servicios Públicos de vigilar el ejercicio de las actividades del sector de energía eléctrica para asegurar la

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

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 esa Ley e intervenir para impedir abusos de posición dominante de los agentes del mercado.

A su vez, el numeral 4, del artículo 20 de la Ley N° 6 de 1997 preceptúa que le corresponde al Ente Regulador establecer los criterios, las metodologías y las fórmulas para la fijación de las tarifas de los servicios públicos de electricidad, en los casos en que no haya libre competencia.

De allí que el numeral 1, del Artículo 98 de la Ley N° 6 del 3 de febrero de 1997 señala que **el Ente Regulador definirá periódicamente las fórmulas tarifarias separadas, para los servicios de transmisión, distribución, venta a clientes regulados y operación integrada;** además indica que de acuerdo con los estudios que realice, el Ente Regulador podrá establecer topes máximos y mínimos tarifarios, de obligatorio cumplimiento por parte de las empresas y **podrá definir las metodologías para la determinación de tarifas.**

El numeral 2, del artículo 98 establece que 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 deben ceñirse a las fórmulas, topes y metodología establecidas por el Ente Regulador.

Con fundamento en lo anterior, el Ente Regulador expidió la Resolución N°J.D.-211 de 26 de marzo de 1998, mediante la

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración
cual estableció el Régimen Tarifario del Servicio Público de Transmisión de Electricidad.

La metodología para el cálculo de los Cargos por Uso de la Red Principal de, Transmisión contenida en el Anexo A de la Resolución N°J.D.-211 de 26 de marzo de 1998, no consideró en el cálculo de las tarifas de transmisión, por su naturaleza aleatoria, las transacciones esporádicas realizadas por los agentes conectados al sistema interconectado nacional.

El Anexo A de la Resolución N°J.D.-211 de 26 de marzo de 1998, antes mencionado, fue modificado por la Resolución N°J.D.-317 de 13 de abril de 1998.

Posteriormente, la empresa de Transmisión Eléctrica, S.A. presentó al Ente Regulador de los Servicios Públicos el Pliego Tarifario del Servicio Público de Transmisión de Electricidad para su evaluación y aprobación.

En atención a lo anterior, el Ente Regulador de los Servicios Públicos comprobó que la Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A., cumplió con las Normas del Régimen Tarifario del Servicio Público de Transmisión de Electricidad aprobadas por la Resolución N°JD-211 del 26 de marzo de 1998; y que los pliegos presentados se ajustaban a los Ingresos Máximos Permitidos a dicha empresa, establecidos mediante la Resolución N°J.D.-214 del 26 de marzo de 1998 (misma que fijó el Ingreso Máximo Permitido para la Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A., que determina los ingresos que la misma podrá recuperar para cubrir los costos de inversión, administración, operación y mantenimiento necesarios para

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

atender el crecimiento previsto de la demanda en condiciones adecuadas de calidad y contabilidad bajo el supuesto de eficiencia económica).

Con posterioridad, el Ente Regulador de los Servicios Públicos expidió la Resolución N° J.D.-911 de 10 de julio de 1998, la cual aprobó el Pliego Tarifario del Servicio Público de Transmisión, el cual estaría vigente hasta el 1° de julio de 2001.

De la transcripción cabe resaltar que el punto 3 del Anexo A de la Resolución J.D.-911 de 1998 fija los valores que deberán pagar los agentes que se conecten a la red principal de ETESA en concepto de Cargos por Uso del Sistema Principal de Transmisión, entendiéndose como tales los **generadores**, distribuidores, grandes clientes e interconexiones internacionales.

Por su parte, el Cuadro N° 2 del punto 3 del Anexo A de la Resolución J.D.-911, establece que los cargos unitarios por uso del Sistema Principal de Transmisión de la tabla anterior, **se aplican a la capacidad instalada en Kw. disponible para ser usada en el Sistema Interconectado Nacional (SIN), en el caso de los generadores**, y a la demanda máxima en Kw. en el punto de recibo, en el caso de los distribuidores y grandes clientes. Esta demanda máxima se determina como el promedio de las tres demandas máximas de los últimos doce (12) meses, medidas en intervalos no menores de cinco (5) días. Los cargos se pagan mensualmente a razón de un doceavo del cargo anual correspondiente.

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

Se observa, que la metodología para el cálculo de los Cargos por Uso de la Red Principal de Transmisión, contenida en el Anexo A de la Resolución N° J.D.-211 de 26 de marzo de 1998, no consideró en el cálculo de las tarifas de transmisión, por su naturaleza aleatoria, las transacciones esporádicas realizadas por los agentes conectados al Sistema Interconectado Nacional.

Por la razón indicada a través de la Nota N° GG-0667-99 de 4 de mayo de 1999 le solicitó al Ente Regulador aplicar un cargo cero respecto del uso del Sistema Principal de Transmisión en el caso de las transacciones esporádicas domésticas y de explotación de energía y/o potencia que realizasen los agentes del mercado.

ETESA manifestó que la base tarifaria de dicha empresa no contemplaba previsión alguna para el uso del Sistema Principal de Transmisión en los referidos casos y que por no haber sido considerados los mismos en el Régimen Tarifario ni en el Pliego Tarifario, la aplicación de un cargo por razón de dichas operaciones produciría una afectación financiera impredecible en el desempeño de la empresa.

Con relación a este aspecto, se advierte que el Pliego Tarifario de ETESA incluye tanto cargos positivos como negativos, que sirvieron de base para el cálculo del Ingreso Máximo Permitido de ETESA, los cuales fueron establecidos en consideración al punto donde se inyectaba o retiraba potencia de la red de transmisión, situaciones concretas, de fácil cálculo. En cambio, las transacciones esporádicas representaban una contingencia impredecible para la Empresa

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración
de Transmisión Eléctrica, S. A., que era difícil de calcular en términos de si les correspondía o no un crédito o un débito, lo cual no permitía su evaluación para los propósitos de establecer las tarifas de transmisión, ya que establecerse al bulto un cargo o un débito, sin una base exacta, podía resultar una afectación financiera de los ingresos de la empresa de transmisión, que era preferible evitar.

Como no se contemplaba en la base tarifaria de ETESA, previsión alguna para el uso del Sistema Principal de Transmisión en los referidos casos de transacciones esporádicas, en el Régimen Tarifario ni en el Pliego Tarifario de ETESA, la aplicación de un cargo por razón de las referidas operaciones produciría una situación impredecible en las finanzas de dicha empresa.

Por lo expuesto, mediante la Resolución N° J.D.-1407 de 22 de junio de 1999 el Ente Regulador de los Servicios Públicos accedió a la solicitud de ETESA y en ésta resolvió lo siguiente:

"PRIMERO: DEFINIR, para efectos de esta resolución, transacción esporádica como: aquella transacción que no se realice mediante contratos de compraventa de energía y/o potencia firme y continua por un período igual o mayor de quince (15) meses.

SEGUNDO: ESTABLECER que estarán exentas de la aplicación de los Cargos por Uso de la Red Principal de Transmisión las compras o ventas esporádicas de energía y/o potencia que realicen los Agentes Productores o los Agentes Consumidores conectados a red de transmisión de Empresa de Transmisión Eléctrica S.A., en cualesquiera de las zonas a las que se hace referencia en el punto 3 del Pliego

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

Tarifario de la Empresa de Transmisión Eléctrica S.A., ya sean éstas domésticas, de importación o de exportación, con contrato o en el mercado ocasional.”

Después de la entrada en vigencia de la Resolución N° J.D.-1407, antes transcrita, el desarrollo del mercado eléctrico puso en evidencia que se cometió un error al exonerar del Cargo por Uso de la Red Principal de Transmisión (CURPT) a los agentes del mercado que realizaban las referidas transacciones esporádicas, porque se comprobó que por las referidas transacciones los agentes mencionados sí recibían beneficios del uso de la red de transmisión sin que los mismos se reflejaran en beneficios a los clientes regulados, que eran los que absorbían finalmente, todos los costos del servicio público de electricidad, incluyendo los cargos por transmisión.

Que en consideración a que el Ente Regulador había advertido que las transacciones esporádicas si incidían sobre el Sistema Principal de Transmisión afectando a los **clientes regulados**, situación ésta que era necesario corregir; se procedió a una revisión extraordinaria de la fórmula contenida en el Pliego Tarifario del Servicio Público de Transmisión, con fundamento en el artículo 100 de la Ley N° 6 de 3 de febrero de 1997.

Dicha iniciativa se concretó a través de la Resolución **J.D.-1705** de 13 de diciembre de 1999, dictada por el Ente Regulador de los Servicios Públicos “**por la cual se deja sin efecto el Resuelto Segundo de la Resolución N° J.D.-1407 de 22 de junio de 1999**, se modifica el numeral 4, del Anexo A de

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración
la Resolución N° J.D.-211 y se ordena a la Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A., que modifique el Pliego Tarifario aprobado mediante la Resolución N° JD-911", que en lo medular indica:

"Resolución No.J.D.-1705 Panamá, 13 de diciembre de 1999

**EL ENTE REGULADOR DE LOS SERVICIOS
PUBLICOS**

en uso de sus facultades legales ...

18. Que en vista de que la aplicación de la Resolución No. JD-1407 antes mencionada está afectando indirectamente a los clientes regulados, y ello no se contempló en el Régimen Tarifario para el Servicio Público de Transmisión y tampoco fue contemplado en el Pliego Tarifario correspondiente aprobado a la Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A., el Ente Regulador ha advertido que en el Régimen Tarifario se cometió un error al no haberse incluido las fórmulas para calcular el Cargo por el Uso de la Red Principal de Transmisión respecto de las transacciones esporádicas que realizan los agentes del mercado, lo cual obliga a esta entidad a realizar de oficio una revisión extraordinaria de las fórmulas tarifarias de acuerdo a lo que establece el Artículo 100 de la Ley No. 6 de 3 de febrero de 1997;

19. Que los ingresos que produzca una tarifa para el pago el Uso de la Red Principal de Transmisión respecto de las transacciones esporádicas que realizan los agentes del mercado, serán excedentes a los Ingresos Máximos la Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A. autorizados por el Ente Regulador mediante la Resolución JD-214 de 26 de marzo de 1998 y por consiguiente no hacen parte de su patrimonio;

20. Que los Ingresos Máximos Permitidos aprobados por el Ente Regulador a la Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A., a la Empresa de Distribución Eléctrica Chiriquí, S.A. y a la Empresa de Distribución Eléctrica Elektra

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

Noreste, S.A., mediante las Resoluciones JD-230, JD-232 y JD-231 respectivamente todas del 31 de marzo de 1998 no autorizan a las empresas de distribución a beneficiarse de los ingresos que produzca una tarifa para el pago el Uso de la Red Principal de Transmisión respecto de las transacciones esporádicas;

21. Que los excedentes que se produzcan para el pago por el Uso de la Red Principal de Transmisión respecto de las transacciones esporádicas deben ser parte de los beneficios que reciban los clientes regulados por razón de que sobre ellos descansa el pago de todos los costos del servicio público de electricidad;

RESUELVE

PRIMERO: DEJAR SIN EFECTO el resuelto SEGUNDO de la Resolución No. JD-1407 de 22 de junio de 1999.

SEGUNDO: SE AGREGA el siguiente texto al numeral 4, del Anexo A de la Resolución No. JD-211 de 26 de marzo de 1998:

'Cargo por Uso del Sistema Principal de Transmisión para las transacciones esporádicas.

El cargo unitario CUSPTESPORÁDICO de las referidas transacciones se pagará por energía (en Balboas/kWh) y se calculará aplicando la siguiente fórmula:

CUSPT ESPORÁDICO = (Anualidad de la empresa de transmisión por Uso del Sistema Principal de Transmisión)/Generación anual bruta inyectada en el sistema interconectado nacional.

El valor así calculado se aplicará, sin excepción, a todas las transacciones esporádicas y se ajustará de igual forma que los otros cargos de la tarifa de transmisión'.

TERCERO: SE ORDENA a la Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A. que, en el

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

plazo de siete (7) días hábiles contados a partir de la ejecutoria de la presente Resolución, presente al Ente Regulador una modificación al Pliego Tarifario de Transmisión que le fue aprobado mediante la Resolución No. JD-911 de 10 de julio de 1998, tan solo en lo referente a la parte que corresponde al Cargo por Uso del Sistema Principal de Transmisión para las transacciones esporádicas, que se establece en el Resuelto PRIMERO de la presente Resolución, a fin de que proponga al Ente Regulador una tarifa por dicho concepto, la cual deberán pagar los agentes del mercado que realicen transacciones esporádicas tal como las mismas se definen en el Resuelto PRIMERO de la Resolución No. JD-1407 de 22 de junio de 1998.

CUARTO: SE ORDENA a la Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A., que presente al Ente Regulador la referida propuesta tarifaria aplicando lo establecido en la Resolución No. JD-211 de 26 de marzo de 1998 modificada por la Resolución No. JD-317 de 31 de marzo de 1998.

QUINTO: SE ORDENA a la Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A. transferir mensualmente a los clientes regulados los ingresos que reciba en concepto del pago del cargo por transacciones esporádicas mediante un descuento al cargo por transmisión que pagan las empresas de distribución. El monto total de estos ingresos se repartirá entre las empresas de distribución en proporción a su participación mensual en las compras de energía.

SEXTO: SE ORDENA a la Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A. que el total de los ingresos que ella reciba en concepto del pago del cargo por transacciones esporádicas, sea asignado mensualmente a las empresas de distribución eléctrica en proporción a su participación mensual en las compras totales de energía, en la forma indicada en el resuelto QUINTO de esta Resolución, a fin de hacer efectivo el beneficio establecido en dicho resuelto a favor de los clientes regulados.

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

SÉPTIMO: ADVERTIR a la Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A. que contra la presente Resolución sólo cabe el recurso de reconsideración, el cual deberá ser interpuesto dentro de los cinco (5) días hábiles contados a partir de su notificación.

OCTAVO: Esta Resolución regirá a partir de su notificación.

Fundamento De Derecho: Ley N°26 de 29 de Enero de 1996, Ley N°6 de 3 de Febrero de 1997, y Decreto Ley N°10 de 26 enero de 1998, Ley No. 24 de 30 de junio de 1999.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE.

NILSON A. ESPINO
Director

RAFAEL A. MOSCOTE
Director

JOSE GUANTI G.
"Director Presidente"

Posteriormente, mediante la Resolución N°J.D.-1814 de 3 de febrero de 2000, el Ente Regulador estableció el Cargo por el Uso del Sistema Principal de Transmisión para Transacciones Esporádicas. En ella se ordenó que todos los ingresos que la Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A., reciba en concepto del pago por el Cargo por Uso del Sistema Principal de Transmisión para Transacciones Esporádicas, han de ser transferidos en beneficio de los clientes regulados en las liquidaciones mensuales que realiza el Centro Nacional de Despacho, como un descuento a los costos de energía comparada por las empresas de distribución.

La referida Resolución es clara al señalar que los autogeneradores tenían la obligación de pagar el cargo CUSPT por transacciones esporádicas.

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

A este respecto, el párrafo final del Anexo A de la referida Resolución indicó lo siguiente:

“Este cargo se aplicará, sin excepción, desde la notificación de la Resolución que aprueba este Anexo, a las transacciones esporádicas que realicen los agentes del mercado, entendiéndose como tales los autogeneradores, cogeneradores, generadores, distribuidores, grandes clientes e interconexiones internacionales y se ajustará de igual forma que los otros cargos de la tarifa de transmisión.”

Por otro lado, se observa que la Autoridad del Canal de Panamá (ACP) ha manifestado, que no le corresponde pagar el Cargo por el Uso del Sistema Esporádico (CUSPT), porque según la ACP, ella no utiliza física ni comercialmente el referido sistema.

A juicio de la ACP, para vender sus excedentes al Mercado Ocasional, ya ella cumplió con las únicas exigencias establecidas en la Resolución JD-2333 de 7 de septiembre de 2000, que aprobó las Regulaciones Específicas para Autogeneradores y Cogeneradores, que la eximen del pago de cargos de Transmisión y Distribución.

En este sentido la ACP manifestó, que ella cumplió con lo establecido en el numeral 2.6 del Anexo A de la referida Resolución, que la obligaba a indicar al CND el punto donde entregaría la energía al mercado; que como la energía que ella vendía al mercado ocasional salía de los bornes de su planta y llegaba hasta el punto de entrega del Sistema Integrado Nacional (SIN) indicado en su oferta, y que todo ello se encontraba dentro de su propio sistema, no le

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

correspondía pagar cargo alguno, por lo cual no era de aplicación lo establecido en el numeral 2.7 del mismo Anexo A de la Resolución JD-2333, antes mencionada.

En adición la ACP, señala que de conformidad con lo establecido en el numeral 2.8 del mismo Anexo A, es a los agentes compradores de su energía a quienes correspondía pagar los cargos de transmisión y transmisión relativos a la venta que la ACP hizo.

Con relación a las referidas afirmaciones que la ACP antes citadas, esta Procuraduría estima necesario compartir lo expuesto por el ente Regulador consistente en lo siguiente:

- a) Que el hecho que el Sistema Integrado Nacional (SIN) es una sola red, continua, las ventas de energía que realiza la ACP al Mercado Eléctrico, físicamente no pueden distinguirse de otras ventas, por lo cual no puede afirmarse que se consuman dentro del mismo sistema de la ACP, pues la energía fluye en uno y otro sentido, como parte de una red, pues está proscritas las conexiones físicas. Cuando la ACP vende al Mercado Ocasional, la asignación de la misma la efectúa el Centro Nacional de Despacho dentro del SIN, para lo cual utiliza la red principal de transmisión.
- b) Que como los Autogeneradores están obligados a considerar cualquier cargo de transmisión o de distribución que existiese, la ACP debió haber contemplado en el precio de su oferta el pago del

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

cargo por el Uso del Sistema Principal de Transmisión por Transacciones Esporádicas (CUSPT), ya que el CND no está en condiciones de poder agregarle suma alguna al precio ofertado por un Autogenerador.

- c) En realidad, todos aquellos que compran energía en el Mercado Ocasional utilizan el Sistema Principal de Transmisión, pues los compradores, que pueden ser generadores e integrados al Sistema Interconectado Nacional (SIN), de forma continua, como partes de un sistema, el SIN.

A este respecto, el numeral 3.5.1.3 de las Reglas Comerciales del Mercado Mayorista de Electricidad obliga al Centro Nacional de Despacho (CND) a lo siguiente:

“Cuando un Autogenerador venda en el Mercado, el CND debe considerarlo como un Agente Productor, con un costo Variable aplicable al despacho igual al precio que oferta, y al Autogenerador le corresponderá una remuneración por la energía que vende.”

- d) También debe tenerse en cuenta, que el Artículo 27 del Decreto Ejecutivo N°22 de 19 de junio de 1998, que reglamentó a la Ley N°6 de 3 de febrero de 1997, establece expresamente lo siguiente:

“Obligaciones con las empresas de Distribución o Transmisión. La actividad de venta de excedentes de los autogeneradores o cogeneradores no los libera de sus obligaciones económicas con las empresas de distribución y con la empresa de transmisión que les presta la función técnica de transmisión.”

- e) Por lo expuesto, la interpretación que está dando la Autoridad del Canal de Panamá a los numerales 2.6,

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

2.7, 2.8 y 2.9 del Anexo A de la Resolución JD-233 antes mencionada, violaría lo dispuesto en la norma superior a dichas normas, que es el Artículo 27, antes transcrito, y violaría así mismo, el numeral 3.5.1.3 antes transcrito, que no le permite al CND agregarle suma alguna al precio ofertado por la ACP, y también las reglas de despacho, contenidas en las Reglas Comerciales del Mercado Mayorista de Electricidad.

Como consecuencia de la adecuada aplicación de las normas de despacho y del Decreto Ejecutivo N°22 antes mencionado, fue que el Centro Nacional de Despacho (CND) realizó las liquidaciones correspondientes respecto de todos los agentes del mercado eléctrico que debían pagar el referido Cargo correspondiente al Uso del Sistema Principal de Transmisión para Transacciones Esporádicas.

Concretamente, el 6 de noviembre de 2000 el Centro Nacional de Despacho emitió el Documento de Transacciones Económicas de la Autoridad del Canal de Panamá (ACP) en el mes de octubre de 2000, en el cual el CND amparado en el numeral 14.10.1.7 de **las Reglas Comerciales del Mercado Mayorista de Electricidad**, procedió a descontar el monto adeudado por la ACP con relación al Cargo por el Uso del Sistema Principal de Transmisión por motivo de Transacciones Esporádicas de los meses de febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto y septiembre de 2000, adicionando los intereses por mora al 31 de octubre del mismo año.

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

Similar criterio se aplicó a los cargos por el uso del Sistema en febrero de 2001, tal como consta en el texto de la Resolución impugnada y según se sustenta en el Informe de Conducta presentado por el Ente Regulador de los Servicios Públicos.

De allí que el cargo que el Centro Nacional de Despacho (CND) le hizo a la Autoridad del Canal de Panamá tiene sustento jurídico, tal como se expuso en párrafos anteriores.

No se trata, por tanto, de un cargo analizable desde una perspectiva geográfica (entendiendo como tal, la parte del Sistema Integrado Nacional que se encuentra en los predios de la Autoridad del Canal de Panamá), sino de un Cargo por el Uso del Sistema Principal de Transmisión (CUSPT) que deben asumir los agentes del mercado que realizan las referidas transacciones esporádicas, habida cuenta que los mismos recibían beneficios del uso de la red de transmisión sin que ello se trasladara a los clientes regulados, quienes absorben todos los costos del servicio público de electricidad, incluyendo los cargos por transmisión.

Destaca esta Procuraduría, que en el momento en que un Autogenerador vende sus excedentes en el mercado ocasional, el CND no puede agregarle suma alguna al precio ofertado. Es el Autogenerador el que debe considerar los distintos cargos relativos a su venta e incluirlos en el precio de venta, ya que la oferta no se le hace a un cliente en especial, sino al Sistema. El CND asigna las cuotas de energía y determina si se le vende a uno o varios compradores.

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

En el momento en que el CND acepta el precio ofrecido por un Autogenerador, no puede saber qué otros cargos debe adicionársele al precio final al producirse la venta en el mercado ocasional.

Además, el artículo 108 de la Ley N° 6 de 3 de febrero de 1997 es enfático al exigir el pago correspondiente al uso del Sistema cuando dispone: "Pago de los cargos de transmisión y distribución. Las transacciones no reguladas realizadas entre agentes del mercado que utilicen el sistema interconectado nacional, **estarán sujetas al pago de los cargos por el servicio de operación integrada y acceso y uso de las redes de transmisión y distribución que correspondan.** Las transacciones con grandes clientes estará, además, sujetas al pago de la tasa de control, vigilancia y fiscalización y al pago del cargo de alumbrado eléctrico."

A nuestro juicio, los criterios por nosotros vertidos en Demandas anteriores son perfectamente válidos, porque las Resoluciones a las que hacemos referencia están vigentes y son anteriores a los cargos que el CND le hace a la ACP por el uso del Sistema; concretamente el relativo al mes de abril de 2001.

La obligación de la ACP de pagar el Cargo denominado CUSPT fue establecido con claridad en los Documentos de Transacciones Económicas y en la Resolución N° J.D.-1814 de 3 de febrero de 2000, por la cual se aprueba la adición al Pliego Tarifario de la Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A., para el Cargo por el Uso del Sistema Principal de Transmisión para las Transacciones Esporádicas.

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

Siendo ello así, este Despacho observa que la actuación del Ente Regulador de los Servicios Públicos está fundamentada en el numeral 1, del artículo 98 de la Ley N°6 de 1997, el cual señala que el Ente Regulador definirá periódicamente las fórmulas tarifarias separadas para los servicios de transmisión, distribución, venta a clientes regulados y operación integrada y que, de acuerdo a los estudios que realice, **el Ente Regulador podrá establecer topes máximos y mínimos tarifarios de obligatorio cumplimiento por parte de las empresas** y podrá definir las metodologías para la determinación de las tarifas. Y que, de conformidad con el mismo artículo podrá fijar tarifas, mismas que las empresas de transmisión y distribución prepararán y presentarán para la aprobación del Ente Regulador contemplando los cuadros tarifarios para cada área de servicio y categoría de cliente, los cuales deberán ceñirse a las fórmulas, topes, y metodologías establecidas por el Ente Regulador.

SEGUNDO: Se estableció que a la Autoridad del Canal de Panamá no le correspondía suma alguna en concepto de compensaciones en potencia.

Al respecto, el Ente Regulador de los Servicios Públicos manifiesta que su posición es acorde con las operaciones que realiza el CND en lo concerniente a la remuneración de las asignaciones relativas al Servicio Auxiliar de Reserva a Largo Plazo.

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

Añaden que el CND incurriría en una ilegalidad si remunerara una asignación que comercialmente no fuera aceptada en su oportunidad; ya que dicha remuneración sólo puede pagarse cuando es efectivamente considerada una oferta.

Se aclara que en el proceso in examine esa consideración **no podía hacerse retroactivamente**, que era a partir que las Resoluciones J.D.-2719 a J.D.-2723 quedaron en firme que pudieron aplicarse y considerarse; y que ello ocurrió el día 8 de abril de 2001, y que únicamente pudo ejecutarse a partir de mayo de 2001, porque no se pueden considerar ofertas en fracciones de mes.

Siendo ello así, lo reclamado por la ACP no está inserto en los Cargos por el Uso del Sistema en el mes de abril de 2001, tal como lo manifiesta la demandante. Ahora bien, es potestad de la recurrente probar lo contrario en la correspondiente etapa procesal.

En abono a lo anterior, me permito reproducir el punto 10 de la Resolución acusada de ilegal, en el que se manifiesta lo siguiente:

10. Se advierte por otra parte, que el documento de Transacciones Económicas del mes de abril de 2001, objetado por la ACP, contiene los ajustes realizados por el Centro Nacional de Despacho en mayo de este año..." (Cfr. foja 3)

El Ente Regulador de los Servicios Públicos señala que **hay Sustracción de Materia en cuanto a este reclamo de la ACP**, porque en el punto 11 de la Resolución acusada de ilegal, se indica: "... que en vista de la referida nota del

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

Ente Regulador No. DPER-1411, el CND hizo nuevos ajustes para lo cual emitió nuevos documentos en agosto de este año, en los cuales eliminó las sumas de dinero asignadas a la ACP en concepto de Servicio Auxiliar de Reserva de Largo Plazo.", y que "Las aclaraciones indicadas en los dos párrafos precedentes era necesario que las hiciéramos en vista de que la misma situación ha sido corregida por el mismo CND en dos ocasiones. El último ajuste está actualmente pendiente de que el Ente Regulador lo resuelva, situación que si no se considera, podrá producir resoluciones contradictorias. En consecuencia, el ajuste hecho por el CND en mayo de 2001, respecto de los Documentos de Transacciones Económicas del mes de abril fue errado. Por tanto, en la presente Resolución el Ente Regulador debe hacer la declaratoria correspondiente, por haberse advertido el error de haber sido considerado correcto en la Resolución J.D.-3003, objetada por la ACP." (Cfr. foja 4 del expediente judicial).

Lo expuesto nos lleva a indicar que la norma invocada no ha sido infringida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, porque el mismo ha cumplido a cabalidad con las atribuciones establecidas en la Ley y sus reglamentos; y en el único caso en que se manifestó error, la entidad demandada lo reconoce y enmienda.

b) El artículo 75 de la Ley N° 6 de 3 de febrero de 1997 dice así:

"Artículo 75. Coordinación de la operación. Las empresas que sean propietarias de plantas de generación, líneas de transmisión, subestaciones y

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

equipos señalados como elementos del sistema interconectado nacional, deberán operarlos con sujeción a las instrucciones impartidas por el CND.

El incumplimiento de las normas de operación del sistema interconectado nacional, la omisión en la obligación de proveer el mantenimiento de las plantas de generación, de las líneas de transmisión, subestaciones y equipos asociados, así como toda conducta que atente contra la seguridad, economía y calidad del servicio en el sistema interconectado nacional, dará lugar a las sanciones establecidas en la presente Ley."

Concepto de la violación, tal como los expone el abogado de la ACP.

La Resolución N° JD-3062 de 13 de noviembre de 2001 viola el artículo 75 de la Ley 6 de 3 de febrero de 1997 por infracción literal de la norma (por omisión).

La operación integrada es un servicio de utilidad pública que tiene por objeto atender, en cada instante, la demanda en el sistema interconectado nacional, en forma confiable, segura y con calidad de servicio, mediante la utilización óptima de los recursos de generación y transmisión disponibles, incluyendo las interconexiones internacionales, así como administrar el mercado de contratos y el mercado ocasional. Dicho servicio es prestado por el CND, dependencia de la Empresa de Transmisión Eléctrica, D.A. (ETESA). Las normas para la operación integrada del sistema interconectado nacional, serán las establecidas en el Reglamento de Operación conforme lo dispone el artículo 73 de la Ley 6 de 1997.

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

El artículo 75 de la Ley 6 de 1997 establece que el incumplimiento de las normas de operación del sistema interconectado nacional, es decir del Reglamento de Operación, dará lugar a las sanciones establecidas en la Ley. A su vez, el Título VII de la referida Ley, denominado Infracciones, Sanciones y Procedimiento Sancionador, en su Capítulo Único, artículo 143, dispone que el ERSP impondrá como sanciones a los que cometan alguna de las infracciones señaladas en esta Ley, según la naturaleza y gravedad de la falta, las siguientes: a) Amonestación, b) Multa de mil hasta un millón de balboas, c) Multas reiterativas de cien a diez mil balboas por día. Ello significa, que en el caso de la ACP, el ERSP no podía, y mucho menos el CND, inventar una sanción distinta a las señaladas en la Ley por el supuesto incumplimiento de algunas disposiciones del Reglamento de Operación.

De modo que, de acuerdo al artículo 75 de la Ley, el incumplimiento de la ACP de las disposiciones del Reglamento de Operación no hacía surgir automáticamente la medida de suspensión de sus ventas de potencia en el Mercado Ocasional como hizo el CND. Previo a ello éste debió remitir el caso al ERSP, quien debía determinar, a través de un Procedimiento Sancionador, si efectivamente se había dado tal violación de la Ley y comprobar la gravedad de la falta para que pudiera imponerle alguna de las sanciones contempladas en el artículo 143 de la Ley 6 de 1997, luego de darle todas las garantías procesales. Cualquiera acción tomada fuera de este contexto

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración
constituye una ilegalidad y una omisión del debido proceso, aún cuando provenga del ERSP.

Y si hacemos una recta interpretación del artículo 75 de la Ley 6 de 1997 veremos que el incumplimiento a que éste se refiere no es de cualquier clase, sino de aquellos que atenten contra la seguridad, economía y calidad del servicio en el sistema interconectado nacional, que no es el caso de las exigencias que hacía el CND a la ACP. Pues, por más de un año, el CND había estado reconociendo como válidas las ofertas de potencia que la ACP hizo al mercado hasta que decidió suspenderlas en febrero de 2001 invocando el supuesto incumplimiento por la ACP de los requisitos técnicos que de ser ciertos evidentemente en nada estaban afectando al SIN ni impedían que se comprobara la entrega de la potencia conforme al numeral 14.2.1..5 de las Reglas Comerciales el cual dice:

"14.2.1..5 De existir un período de transición desde la puesta en marcha del Mercado hasta la habilitación completa del SMEC, las transacciones comerciales podrán realizarse en base a mediciones de potencia horaria. Estas mediciones horarias podrán provenir del SCADA o de mediciones manuales, tomadas por lectura directa del instrumento por el operador y transmitida por teléfono al CND."

Si vemos el Reglamento de Operación, nos daremos cuenta que en él tampoco se establece como sanción al incumplimiento de sus normas la medida que tomó el CND contra la ACP por cuanto que ello afecta al mercado al excluir una oferta de menos precio para darle paso a una más cara. Si hasta ese momento la medición necesaria para determinar la oferta de potencia que hacía la ACP al mercado la estuvo realizando el

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

CND conforme a lo dispuesto en el numeral 14.2.1..5 antes citado durante los 13 meses anteriores al 16 de febrero de 2001, la sanción impuesta es injusta y a todas luces contraria a lo dispuesto en la Ley 6 de 3 de febrero de 1997 y violatoria del debido proceso.

Por lo tanto, la Resolución N° JD-3062 de 13 de noviembre de 2001 del ERSP viola lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley 6 de 1997 al aceptar como válida y ajustada a derecho la sanción impuesta por el CND a la ACP por supuestos incumplimientos de las normas de operación del Sistema Interconectado Nacional, medida ésta que no está establecida en dicha Ley.

Criterio de la Procuraduría de la Administración.

Con relación a este cargo de ilegalidad, la Procuraduría de la Administración se remite a los extensos argumentos por nosotros expuestos al analizar la supuesta infracción del artículo 19 de la Ley N° 26 de 29 de enero de 1996.

c) El artículo 21 de la Ley 26 de 29 de enero de 1996 dice así:

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

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

plazo no lo ha decidido, la decisión se considerará favorable al recurrente.”

Concepto de la violación tal como los expone el abogado de la ACP.

La Resolución N° JD-3062 de 13 de noviembre de 2001 viola lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 21 de la Ley 26 de 29 de enero de 1996 por infracción literal de la norma (por omisión) y supletoriamente por desviación de poder.

A diferencia de la regla general del procedimiento administrativo en los que el Silencio Administrativo conlleva la negativa tácita del recurso, en las impugnaciones contra las resoluciones del Ente Regulador de los Servicios Públicos el silencio ocasiona que por el contrario se tenga por favorable al recurrente la decisión. Es por ello que dentro de los dos meses de presentado el recurso de reconsideración el Ente Regulador de los Servicios Públicos estaba compelido a aclarar, modificar, revocar o anular la resolución impugnada a objeto de que no operase la consecuencia legal de su silencio administrativo.

El ERSP había decidido la reclamación que presentara la ACP ante el CND por el DTE de abril de 2001 mediante la Resolución N° JD-3003 de 16 de octubre de 2001, la cual le fue notificada al apoderado especial de la ACP el 19 de octubre de 2001. Dentro del término establecido la ACP sustentó recurso de reconsideración en contra de esa resolución mediante escrito presentado el 25 de octubre de 2001 y el ERSP resuelve esa impugnación por medio de la

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

Resolución N°J.D.-3062 de 13 de noviembre de 2001 en la cual decide dejar sin efecto la Resolución J.D.-3003 a la vez que dispone anular tanto la reclamación como el recurso presentados por la ACP basándose en una supuesta sustracción de materia.

Esta decisión, de no decidir, a todas luces contraria al debido proceso, le niega a la ACP la garantía consagrada en el artículo 21 de la Ley 26 de 1996 según la cual se entiende que la decisión era favorable al recurrente si el ERSP no decidía el recurso respectivo en dos meses. Y eso fue precisamente lo que ocurrió desde el momento que el ERSP resolvió denegar el recurso a la vez que revocaba la Resolución impugnada y anulaba lo actuado por la ACP y no decidía el fondo de si ésta tenía o no el derecho a cobrar por los servicios que prestaba dejando tal decisión postergada para el otro reclamo.

Esto último evidencia la desviación de poder en la conducta asumida por el ERSP en su Resolución JD-3062 pues sin facultad legal para ello "*...dispone, que la reclamación interpuesta por la Autoridad del Canal de Panamá en contra del Documento de Transacciones Económicas del mes de abril de 2001, emitido por el Centro Nacional de Despacho en mayo de 2001, al igual que el Recurso de Reconsideración interpuesto por la misma Autoridad del Canal de Panamá en contra de la Resolución JD-3003 de 16 de octubre de 2001, emitida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, quedan anuladas...*". Con tal decisión de anular los derechos subjetivos del reclamante el ERSP pretende evitar que se le

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

conceda a la ACP el beneficio del artículo 21 citado configurando con esta conducta la desviación de poder.

En ninguna parte la Ley le confiere al ERSP la facultad de anular el ejercicio de la acción de los particulares y menos después que ésta ha sido ejercida cumpliendo con todos los requisitos exigidos por ley. Lo que se espera de la autoridad administrativa es que disponga lo pertinente en relación con el acto administrativo impugnado, ya sea anulándolo, revocándolo, modificándolo o manteniéndolo en todas sus partes.

De allí que al sustraerse de decidir el ERSP, pretextando que resolvería al decidir la otra reclamación que alguien hizo contra el DTE de agosto de 2001, y a la vez declarar la nulidad del reclamo y el recurso de la ACP como si no hubieran existido, era con la intención de que a pesar de no haber decidido sobre los puntos presentados a su consideración no operase el fenómeno del silencio administrativo positivo el cual traería por consecuencia que se tuviera por favorable al recurrente la decisión.

El ERSP al posponer la decisión sobre la reclamación y el recurso hechos por la ACP en contra del DTE de abril de 2001 y la Resolución JD-3003 bajo el supuesto de que lo resolverá al decidir la reclamación que existe contra el DTE de agosto de 2001, que supuestamente sustituyó a aquel, omitió su deber de decidir en el fondo el recurso de reconsideración presentado por la ACP y en consecuencia la Resolución N°JD-3062 que contiene esta medida violó lo

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración
dispuesto en el artículo 21 de la Ley 26 de 29 de enero de 1996.

Criterio de la Procuraduría de la Administración.

Esta Procuraduría actuando en interés de la Ley, como lo manifestamos al inicio de nuestra Vista Fiscal, debe pronunciarse favorablemente respecto de este cargo de ilegalidad que invoca la institución demandante.

Decimos esto, porque el acto acusado es claro al manifestar en el punto 5 del Considerando que, mediante Nota fechada **19 de mayo de 2001**, la Autoridad del Canal de Panamá presentó formal reclamación ante el CND en contra del Documento de Transacciones Económicas correspondiente al mes de abril de 2001.

En el punto 6, se indica que la reclamación fue rechazada por el CND mediante la nota ETE-CND-ME-458-01 de **23 de mayo de 2001**.

En el punto 7 del acto acusado se manifiesta que la reclamación fue resuelta por el Ente Regulador de los Servicios Públicos mediante **la Resolución N° J.D.-3003 de 16 de octubre de 2001**; es decir, cuatro (4) meses y 28 días después, término éste superior a los dos meses que consagra el artículo 21 de la Ley 26 de 29 de enero de 1996.

Tal como lo establece la recurrente, ciertamente el silencio administrativo en la normativa que rige para el Ente Regulador de los Servicios Públicos es positivo, por lo que debe entenderse que la reclamación se resuelve positivamente para la ACP.

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

Corresponde a la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, como guardiana del control de la legalidad pronunciarse respecto de los derechos que le corresponden a la Autoridad del Canal de Panamá como resultado del silencio administrativo positivo; ello frente a la decisión contenida en la Resolución N° 3062 de 13 de noviembre de 2001 (acusada de ilegal) y la Sustracción de Materia que se invoca en el acto acusado.

d) El artículo 36 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000 dice así:

“Artículo 36. Ningún acto podrá emitirse o celebrarse con infracción de una norma jurídica vigente, aunque ésta provenga de la misma autoridad que dicte o celebre el acto respectivo. Ninguna autoridad podrá celebrar u omitir un acto para el cual carezca de competencia de acuerdo con la ley o los reglamentos.”

Concepto de la violación tal como los expone el abogado de la ACP.

La Resolución N° JD-3062 de 13 de noviembre de 2001 viola lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000 por infracción literal de la norma (por omisión).

El artículo 36 de la Ley 38 de 2000 pretende poner un freno a la amplia discrecionalidad que profesan las nuevas entidades administrativas, como el ERSP, las cuales gozan por Ley de múltiples facultades que dan pie a que se celebren actos con desviación de poder. La norma en cuestión garantiza el principio de la *seguridad jurídica* en las Administraciones

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

Públicas del Estado panameño, de allí que su infracción ocasione irreversiblemente la nulidad del acto administrativo que la contradiga.

En ese sentido, la Resolución N° JD-3062 de 13 de noviembre de 2001 fue expedida infringiendo este principio de seguridad jurídica al hacer caso omiso de su deber de respetar las propias normas expedidas y vigentes del ERSP en materia de regulaciones específicas para los autogeneradores que venden excedentes de potencia en el Mercado Mayorista de Electricidad, contenida en la Resolución JD-2333, su interpretación plasmada en la Resolución JD-2631 y del mecanismo acordado entre el CND y la ACP para el recibo y la contabilización de las ofertas de energía y potencia que tuvo vigencia en el mercado desde el 31 de diciembre de 1999 conforme al numeral 14.2.1..5 de las Reglas Comerciales del Mercado Mayorista.

Además, en cuanto al supuesto incumplimiento de lo relativo al sistema SCADA y el SMEC, tampoco respetó el ERSP su propia Resolución JD-2689 de 27 de marzo de 2001 por la cual ordenaba a los Agentes del Mercado que, a más tardar el 14 de mayo de 2001, debían comunicar al CND que sus equipos estaban listos para dar inicio al trámite de habilitación para la implementación del Sistema de Medición Comercial tal como lo indica el punto 14.2.1.2 de las Reglas del Mercado Mayorista.

Tal como lo señaláramos con relación al numeral 1 del artículo 19 de la Ley 19 de la Ley 26 de 29 de enero de 1996, la Resolución N° J.D.-3062 infringió la Ley al no reconocer

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

lo dispuesto en la Resolución N° J.D.-2333, la cual establece claramente en sus numerales 2.11 y siguientes las normas a que deben ajustarse estos agentes cuando ofrecen potencia sobrante. Y ninguna de dichas regulaciones facultaba al CND para rechazar lo que ofrecía la ACP durante el mes de abril de 2001. Es más, de acuerdo a la misma, la única causa para que un autogenerador no sea considerado por el CND para este tipo de transacciones comerciales es que el agente no haga oferta de potencia ese día.

Tampoco respetó el ERSP su propia Resolución N° JD-2631 en donde ya había decidido en qué forma se aplican los numerales 2.2 y 5.1 del Anexo A de la Resolución N° JD-2333 a las ofertas diarias de potencia que hacía la ACP, cuya interpretación errada fue el fundamento original del rechazo por parte del CND.

Y en cuanto a la Resolución JD-2689 era patente que al mes de abril de 2001 el Sistema de Medición Comercial aún no estaba implementado pues los agentes tenían hasta el 14 de mayo de ese año para la habilitación de sus puntos de medición después de lo cual procedía la auditoría que al respecto debía hacer el CND. Mientras tanto seguía en vigencia la norma contenida en el numeral 14.2.1..5 de las Reglas Comerciales que dice:

"14.2.1..5 De existir un período de transición desde la puesta en marcha del Mercado hasta la habilitación completa del SMEC, las transacciones comerciales podrán realizarse en base a mediciones de potencia horaria. Estas mediciones horarias podrán provenir del SCADA o de mediciones manuales, tomadas por lectura directa del instrumento por

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

el operador y transmitida por teléfono al CND.”

Por lo tanto, el plazo impuesto por el CND a la ACP para el 15 de febrero de 2001 era contrario a dicha Resolución y no podía el ERSP, sin violar sus propias normas, avalar la medida que tomó el CND en contra de la ACP por incumplir una habilitación de sus medidores cuando al resto de los agentes se les dio un plazo hasta el 14 de mayo de ese año y seguía vigente la fórmula de calcular la potencia sin el uso de tales medidores.

De manera que el mantener vigente la Resolución N° JD-3062, la cual no cumplió violentando así los principios de la seguridad jurídica y de igualdad ante la ley en materia administrativa.

Criterio de la Procuraduría de la Administración.

Este Despacho considera que en cuanto a la obligatoriedad de la ACP de pagar el cargo por el uso del sistema eléctrico, la posición del Ente Regulador de los Servicios Públicos tiene sustento jurídico; no obstante, somos conscientes que el Ente Regulador de los Servicios Públicos vulneró la normativa jurídica al resolver el Recurso de manera tardía, lo que generó un derecho para la entidad demandante, como consecuencia del silencio administrativo positivo, sobre el cual debe pronunciarse esa Honorable Sala.

Las siguientes dos normas las analizaremos de manera conjunta.

e) El artículo 51 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000 dice así:

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

"Artículo 51. Los actos administrativos no podrán anularse por causas distintas de las consagradas taxativamente en la ley. Cuando se presente un escrito o incidente que pretenda la anulación de un acto por una causa distinta a las mencionadas en este Título, la autoridad competente lo devolverá al interesado, le advertirá la causa de su devolución y le concederá un término de ocho días hábiles para que, si lo tiene a bien, presente el escrito corregido. Una vez expirado este término, precluirá la oportunidad de repetir la misma gestión.

Las otras irregularidades del proceso, que la ley no erija en causal de nulidad, se tendrán por saneadas si no se reclaman oportunamente por medio de los recursos legales."

Concepto de la violación tal como los expone el abogado de la ACP.

La Resolución N° JD-3062 viola lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000 por infracción literal de la norma (por omisión).

Por la naturaleza del acto administrativo es necesario que existan reglas claras y apropiadas dentro de la Administración Pública que regulen los procedimientos de modo que se garantice la seguridad jurídica. Causa extrema incertidumbre la discrecionalidad que permite anular un acto con efectos jurídicos por el solo criterio del funcionario sin un sustento taxativo en la Ley. De allí que el artículo 51 de la Ley 38 de 2000 establece la regla de que las causas de nulidad sean solo las consagradas taxativamente en la Ley, las cuales son recogidas en el artículo 52 de dicha ley, y en su artículo 55 el cual impone una limitación adicional que

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración
consiste en la obligación de concretar las finalidades por las cuales se decreta tal nulidad.

La Resolución JD-3062 no invoca ninguna de las causas contenidas en el artículo 52 de la referida Ley 38, si no que acude a la figura de la sustracción de materia para anular además de la resolución J.D.-3003 recurrida, la reclamación y el Recurso de Reconsideración interpuestos por la ACP. Así se lleva de paso la otra limitación impuesta por el artículo 55 de la misma Ley que condiciona la nulidad a que se decrete para evitar indefensión, afectación de derechos de terceros o para restablecer el curso normal del proceso. Y en el presente caso no solo se dejó en indefensión al recurrente al cual le anularon su reclamación y su recurso, si no que tampoco se invocó la protección contra la afectación de terceros y se concluyó abruptamente el proceso en vez del restablecimiento del curso normal del mismo como exigía la norma.

La pretendida sustracción de materia la sustentó el ERSP en el desarrollo de un proceso que dice que no ha concluido y que al parecer recoge solo parte de las pretensiones expuestas por la ACP en su reclamación, por lo que no existió fallo alguno que exonerase al ERSP de su obligación de decidir el recurso interpuesto por la ACP cuando expidió la Resolución JD-3062 de 13 de noviembre de 2001.

De manera que la Resolución N° JD-3062 infringe lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley 38 de 2000, violentando así el principio del debido proceso administrativo en materia de invalidez de los actos administrativos y las finalidades a

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

las que debe obedecer tal nulidad, al omitir la aplicación de la prohibición dada por dicho artículo.

f) El artículo 52 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000 dice así:

"Artículo 52. Se incurre en vicio de nulidad absoluta en los actos administrativos dictados, en los siguientes casos:

1. Cuando así esté expresamente determinado por una norma constitucional o legal;
2. Si se dictan por autoridades incompetentes;
3. Cuando su contenido sea imposible o sea constitutivo de delito;
4. Si se dictan con prescindencia u omisión absoluta de trámites fundamentales que impliquen violación del debido proceso legal;
5. Cuando se graven, condenen o sancionen por un tributo fiscal, un cargo o causa distintos de aquellos que fueron formulados al interesado."

Concepto de la violación en la misma forma como fue expuesto por el abogado de la ACP.

La Resolución N° J.D.-3062 viola lo dispuesto en el numeral 4, del artículo 52 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, por infracción literal de la norma (por comisión).

Como viéramos en el anterior concepto de la violación, las causas de nulidad de un acto administrativo son enunciadas taxativamente en la Ley 38 de 2000. La Resolución N°JD-3062 del ERSP no aduce ninguna de las contenidas en el artículo 52 de dicha ley ni lo hace para lograr alguna de las finalidades que se debe perseguir en estos casos según el

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

artículo 55 de la misma ley. Pero con más claridad esta resolución aplica la conducta prohibida por el numeral 4 del artículo 52 de ésta Ley al no revocar la decisión arbitraria tomada por el CND contra la ACP y anular la reclamación y el recurso de ésta contra la Resolución JD-3003, actos administrativos dictados con prescindencia u omisión absoluta de trámites fundamentales.

La ACP ha estado participando en el Mercado Ocasional desde el 31 de diciembre de 1999 vendiendo su energía y potencia con el consentimiento del CND, el cual le verificaba los productos despachados en los puntos de entrega y de medición por él aceptados que están ubicados en las interconexiones que existían mucho antes de que apareciera el mercado eléctrico. Incluso durante todo el año 2000 y hasta enero del 2001 el Mercado le remuneró a la ACP todas las ofertas de potencia que ésta le vendió, las cuales fueron medidas por el CND conforme al numeral 14.2.1..5 de las Reglas Comerciales.

No obstante lo anterior, el CND pretextando el incumplimiento de la ACP de normas contenidas en el Reglamento de Operación relativas a los sistemas SCADA y SMEC, procedió a discontinuar la aceptación de sus ofertas diarias de potencia como una sanción por su supuesto incumplimiento. Ello, con prescindencia de un procedimiento que garantizara el ejercicio de un mínimo de derechos procesales del sancionado y careciendo el CND de facultades legales para tomar tal medida en perjuicio del agente y del mercado. El ERSP consideró que el CND estaba facultado para

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

tomar tal medida sin necesidad de que se realizara un proceso para ello, como si se tratara de la solución de normas, que contempla el Capítulo Único del Título VII de la Ley 6 de 1997. Dicho procedimiento era de obligatorio cumplimiento para que el mismo ERSP pudiera sancionar a la ACP. Y no solo eso, si no que frente a la reclamación que hiciese la ACP contra tal medida contenida en la Resolución JD-3003 el ERSP dispone revocar dicha resolución por una supuesta sustracción de materia basándose en que hay otro proceso de reclamo que aún no ha resuelto y de paso anulando el ejercicio del derecho subjetivo de la ACP a reclamar y a recurrir contra el acto administrativo original. Tampoco en estos casos se acudió al cumplimiento de los trámites para la anulación de la Resolución J.D.-3003 o para la anulación del recurso en su contra, ni se le dio aviso a la parte afectada para subsanar el supuesto vicio causal de tal nulidad conforme lo estatuye la Ley.

En consecuencia, la Resolución impugnada entra en conflicto directo por comisión de la prohibición que trae el numeral 4 del artículo 52 de la Ley 38 de 2000.

Criterio de la Procuraduría de la Administración.

La Procuraduría de la Administración considera que sí existe vicio de nulidad al tenor del artículo 52, numeral 4, de la Ley N° 38 de 2000 porque la Resolución acusada se dictó con prescindencia u omisión absoluta de trámites fundamentales que impliquen violación del debido proceso legal; concretamente la relativa a que deben observarse los trámites legales; de allí que la Sala Tercera de la Corte

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

Suprema de Justicia deba pronunciarse en torno a la legalidad de la Resolución acusada, su acto confirmatorio y el derecho de la ACP proveniente del silencio administrativo negativo.

Analizaremos las dos últimas normas invocadas, de manera conjunta.

g) El artículo 154 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000 dice así:

"Artículo 154. La resolución que decida una instancia o un recurso, decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquéllas otras derivadas del expediente, que sean indispensables para emitir una decisión legalmente apropiada.

La aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución, cuando se incorporen al texto de la ella."

Concepto de la violación tal como lo expone el abogado de la ACP.

La Resolución N° JD-3062 viola lo dispuesto en el artículo 154 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000 por infracción literal de la norma (por omisión) y subsidiariamente por desviación de poder.

La ACP, en ejercicio de un interés legítimo, acudió ante el ERSP para pedir la modificación de una situación jurídica situada sistema, pero proporcionando energía al mercado dentro de las áreas revertidas bajo su administración, y por el no reconocimiento de sus ofertas diarias de potencia sobre la base del incumplimiento de ciertos requisitos contenidos en el Reglamento de Operación.

La impugnación incoada en contra de la Resolución JD-3003 agotó todas sus etapas hasta la fase de decisión y es en

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

este punto que el ERSP resuelve anular tanto el recurso de reconsideración de la ACP, así como su reclamación original en contra del DTE de abril de 2001 pretextando que dicho documento, que es el aspecto formal del caso, fue sustituido por otro DTE en agosto, que también está en proceso de reclamo sin decir si es por las mismas causas que las invocadas por la ACP ni si es ésta la que discute la validez de dicho documento.

Es decir que para alegar tal sustracción de materia, el ERSP no definió si había identidad de objeto, de causa de pedir y de personas en ambos procesos y tomó la decisión de anular la reclamación de la ACP a pesar de confesar, en la Resolución J.D.-3062, que el otro acto, que dice subrogar al DTE impugnado, aún no ha sido decidido, requisito indispensable para que opere tal sustracción, lo que evidencia la desviación de poder en la conducta del ERSP.

Otro hecho que evidencia la ilegalidad del acto y la desviación de poder con que se ejecuta es el hecho de que uno de los puntos de la reclamación de la ACP ante el CND por el DTE de abril de 2001 era el cobro del Cargo por el Uso del Sistema Principal de Transmisión para Transacciones Esporádicas que en ese mes de abril ETESA aún podía cobrar conforme al Pliego Tarifario de Transmisión vigente en esa fecha, pero que en agosto de ese año no le será posible cobrar porque a partir del 1° de Julio de 2001 entró en vigencia el nuevo Pliego Tarifario de Transmisión que eliminó el cobro de éste CUSP a la ACP. Por lo que el reclamo contra el DTE de agosto de 2001 no puede contener la misma causa de

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

pedir que la invocada por la ACP en contra del DTE de abril de 2001.

Adicionalmente, el ERSP no se conformó con no decidir sobre la totalidad de las cuestiones planteadas por la ACP, sino que dispone anularle sus reclamaciones y el recurso que presentó con la evidente intención de impedir que se cumpliera la garantía consagrada en el artículo 21 de la Ley 26 de 1996 según el cual se entiende que la decisión de una impugnación es favorable al recurrente si el ERSP no decide el recurso respectivo en dos meses. Ello configura la desviación de poder en la conducta asumida por el ERSP en su Resolución JD-3062.

Por lo antes expuesto la Resolución N° JD-3062 viola lo dispuesto en el artículo 154 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000 al omitir cuestiones sujetas a su decisión y resolver para fines distintos a los señalados en la Ley.

h) El artículo 164 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000 dice así:

"Artículo 164. La autoridad que decida el recurso resolverá cuantas cuestiones se hayan planteado en el proceso, hayan sido o no alegadas por los interesados. En este último caso se le oirá previamente.

Concepto de la violación tal como ha sido expuesto por el abogado de la ACP.

La Resolución N° JD-3062 viola lo dispuesto en el artículo 164 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000 por infracción literal de la norma (por omisión).

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

Los recursos administrativos contemplados en la ley 38 de 2000 están orientados a que la autoridad corrija su actuación en el evento de haberse equivocado. Por ello se acepta el principio de la revocación administrativa como una consecuencia de la aplicación del poder de saneamiento procesal que ha sido adoptado en leyes administrativas. Y éste servicio público es una obligación de orden jurídico que se le impone a los gobernantes pues existe una correspondencia íntima entre la posesión del poder y la obligación de cumplir ciertas actividades, de prestar ciertos servicios. Es por ello que el ERSP no podía, pretextando la existencia de otro proceso posterior, incluso, omitir su obligación de resolver el fondo de la reclamación en todos sus puntos.

En el mismo orden de ideas que en el concepto de violación anterior, el ERSP no decidió los puntos presentados a su consideración como lo era el caso del CUSPT para transacciones esporádicas que por haberse cambiado en la nueva regulación del Pliego Tarifario de ETESA no podrá ser considerado de la misma manera en una reclamación posterior al 1° de julio de 2001 como es el caso del DTE de agosto de 2001.

Por lo antes expuesto la Resolución N° JD-3062 viola lo dispuesto en el artículo 164 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000 al omitir cuestiones sujetas a su decisión.

Por todo lo antes expuesto, reiteramos nuestra solicitud de que se anule en todas sus partes la Resolución N° JD-3062 de 13 de noviembre de 2001, por ser ilegal, y que en

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

consecuencia también se revoque la Resolución JD-3003 de 16 de octubre de 2001 que por tal decisión volvería a cobrar vigencia, y en su reemplazo se ordene al CND que reconozca las ofertas diarias de potencia que hizo la ACP durante el mes de abril de 2001, se le devuelva a la ACP las sumas cobradas en concepto de CUSPT por la energía vendida del 8 al 11 de abril y se le pague los perjuicios causados con los intereses que correspondan.

Criterio de la Procuraduría de la Administración.

Esta Procuraduría considera que estas dos normas no han sido vulneradas de manera directa, porque en nuestra opinión, la autoridad representada en la vía gubernativa por el Ente Regulador de los Servicios Públicos sí resolvió todas las impugnaciones que se virtieron en la reclamación, tal como lo explicamos en el análisis que consignamos respecto de la primera norma invocada.

Lo lamentable por haberse pronunciado fuera del término legal de dos meses, lo que dio cabida al silencio administrativo positivo.

Lo anterior nos lleva a solicitar a los Honorables Magistrados se sirvan efectuar un análisis exhaustivo de la demanda, de la actuación del Ente Regulador consignada en las Resoluciones acusadas de ilegales y que se arribe a la decisión jurídica que corresponda.

Pruebas:

Aceptamos las presentadas por ser original y copias debidamente autenticadas.

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

Aducimos como prueba de la Administración el expediente contentivo de la actuación en la vía gubernativa, el cual puede ser solicitado al Licenciado Roberto Meana, Director de Asesoría Legal del Ente Regulador.

Del Señor Magistrado Presidente,

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

AMdeF/5/bdec

Lcdo. Víctor L. Benavides P.
Secretario General

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

Indira
Exp. N° 47-02
Entrada: 30-01-02
Mag. Hoyos
Asignado: 11-03-02
Proyecto: 06-05-02