

Comentarios a Propuesta de Ley para la prestación del servicio público de Gas Natural en Panamá

Por: Dr. Jorge Rivera Staff – Panamá, 24 de julio de 2017

Especialista en Derecho de la Energía. Presidente de la Comisión de Energía y Telecomunicaciones del Colegio Nacional de Abogados

Comentarios Generales

1. Sobre las condiciones actuales de la infraestructura y el mercado de gas natural en Panamá

El tipo de regulación que se establece en un sistema nacional para cualquier tipo de actividad económica de suministro en red, se ve íntimamente condicionada por la realidad de dicho sistema al momento de dictar la normativa específica.

En el caso de Panamá, actualmente no existen en funcionamiento ni infraestructuras de gas natural ni se tiene experiencia previa de su organización (ya sea bajo un monopolio público o un mercado) ni su utilización como combustible¹.

Es por esto que la forma en que se diseña y propone el sistema gasista (en cuanto a estructura y conductas) debe tomar en cuenta esta realidad.

Nos parece que la propuesta está planteando la introducción de un mercado de gas, cuando en la realidad se está partiendo de que el mismo es inexistente, por lo que no estamos en este caso ante un proceso de liberalización de un sector controlado o gestionado por una entidad estatal, sino ante la conformación de un sistema como tal.

En este caso es de suma importancia como se plantea la competencia **por el mercado** en sus fases iniciales, más que la competencia **en el mercado**. Siendo que las actividades que se consideraran servicio público sujetas a regulación (regasificación, almacenamiento, transporte u distribución) están sujetas a una

¹ Gallego Piñera, J. "Las razones que llevan a un legislador a imponer una intervención administrativa de los precios guarda estrecha relación-además de con su tradición legal-con el entorno histórico e el que se produce la liberalización del mercado gasista y la percepción de si en ese momento existen las condiciones para una competencia vigorosa." en *Régimen Económico del gas natural. Derecho de la Regulación Económica. Tomo III. Sector energético. IUSTEL. 2009, Madrid. Pág. 1444*

concesión, sin embargo se está dejando a discrecionalidad del regulador respectivo si la entrada para prestar el servicio puede ser “a solicitud de parte” o resultado de un proceso competitivo. Para el caso panameño delimitar esta posibilidad de entrada, y la regulación durante la operación es crucial ya que actualmente no se cuenta con un sistema de gas natural.

La participación y consulta de la mayor cantidad de partes interesadas es crucial para el éxito de la introducción de un nuevo sistema para nuestro país, y que se despejen las dudas respecto a posibles asimetrías y ventajas para actores específicos².

2. Sobre el modelo de regulación planteada

Noción de servicio público

Es importante señalar, teniendo en cuenta lo señalado en el punto anterior³, la intervención del Estado⁴ como regulador es fundamental en los sistemas gasistas.

En este proyecto no hay mención alguna a las condiciones ni responsabilidades en la planificación de la red o sistema de gas natural y su ampliación, o para su necesaria operación o coordinación como un sistema.

Modelo de mercado

² Como muestra de esto tenemos la reducida participación y divulgación de la propuesta de Ley antes de su presentación al Organo Ejecutivo.

³ La inexistencia de dicho sistema en la actualidad. *Gallego Piñera, J.* “Esta diferencia crucial en la realidad económica subyacente impide acometer una liberalización tan profunda y brusca, inevitablemente, la confianza en la aparición inmediata de una libre competencia es mucho más limitada. La única solución que parece existir en el arsenal del liberalizador es una mayor y más intensa regulación que incluya la fijación de las condiciones económicas de prestación del servicio e incluso una determinación administrativa de las rentas que el operador puede extraer del negocio regulado.” en *Régimen Económico del gas natural. Derecho de la Regulación Económica. Tomo III. Sector energético. IUSTEL. 2009, Madrid. Pág. 1447*

⁴ *Gallego Piñera, J.* “Las razones para una intensa intervención administrativa en el gas natural son hoy en día poco controvertidas, incluso cuando se ha producido una liberalización de su suministro. La literatura doctrinal y el escaso rango de variación en el derecho comparado contemporáneo evidencian una notable unanimidad en la necesidad de una intervención administrativa de ciertas actividades relativas al gas natural.” en *Régimen Económico del gas natural. Derecho de la Regulación Económica. Tomo III. Sector energético. IUSTEL. 2009, Madrid. Pág. 1440*

Como ya mencionamos se deja a discreción de la autoridad reguladora si una concesión se otorga a solicitud de parte o por medio de proceso competitivo y no se establecen criterios o parámetros objetivos para que la autoridad reguladora tome esa decisión.

No se establecen parámetros para los contratos de uso de instalaciones, contratos de suministro de gas para usuarios finales, ni las condiciones básicas para el caso de utilización de contratos tipo *take or pay*.

Participantes

En cuanto a los títulos habilitantes para prestar el servicio público se hace una diferenciación entre concesión para transporte y distribución por redes por una parte, y por otra permisos y certificados para las otras actividades.

No se establece, salvo para las concesiones, el plazo máximo para la duración de los permisos y certificados para prestar las otras actividades que no requieren concesión (importación, exportación, transporte y distribución virtual)

Actividades

No se establecen los derechos de los agentes prestadores de los servicios.

En la regulación de precios o tarifas la regla es la libre fijación de los precios por parte de los agentes en todas las actividades (solamente se establece tarifas para el caso de transporte y distribución producto de procesos competitivos). En estos casos, para efectos del libre acceso a las infraestructuras, entendiendo que la fijación de los precios por sus actividades son libres, entonces estamos ante un tipo de acceso negociado más que regulado a dichas infraestructuras.

Si este fuera el caso en que el precio a cobrar es fijado libremente por los propietarios de las instalaciones (régimen de libertad definido en el numeral 39 del artículo 6), el acceso libre queda desnaturalizado ya que en el caso panameño estamos frente a un sistema por ser construido en donde el concepto de monopolio natural⁵ sin multiplicidad de oferentes del servicio es mucho más intenso que en otros casos.

⁵ CABALLERO, R. "Nace así esta figura de las sociedades instrumentales al servicio de la competencia. Son compañías privadas y titulares de activos estratégicos, de duplicación inviable, a las que el regulador impone normas de operación objetivas y neutrales, que les convierten en meros administradores de su capacidad. Sin estos gestores imparciales de la red no habría competencia posible en los sectores de aprovisionamiento colectivo, ya que el control de la red comportaría en principio el control absoluto del mercado final. La progresiva formación de un régimen jurídico tan peculiar para estos *common carriers* permite, en mi opinión, que pueda hablarse no ya de compañías que operan en sectores regulados, sino

Suministro

No se establece una sección o capítulo que regule el suministro del gas natural para los clientes, ni tampoco los parámetros para la conexión, medición o desconexión del suministro a los clientes.

Tampoco se establecen los derechos de los clientes para recibir un servicio público, ni el desarrollo de los mismos (más allá de una escueta definición en el numeral 7 del artículo 6) como usuarios que reciben el servicio público y utilizan el gas natural para su consumo final mediante suministro.

Autoridades

Se plantea la duplicidad de funciones entre la SNE y la ASEP en cuanto otorgamiento de títulos habilitantes para prestar el servicio, dictar normas reglamentarias, fiscalización, fijación de tarifas y decisión de conflictos.

A nuestro criterio, esta duplicidad tal como está planteada en la actualidad traerá incertidumbre y confusión a los agentes de los diferentes tipos de actividades.

Igualmente no se menciona ningún rol de ACODECO respecto a la vigilancia y defensa de normas para la competencia en el sector de gas, tal como se establece en la Ley que regula a la ASEP. Siendo además que no aplicarían dichas normas para las actividades reguladas por la SNE, mismas que de acuerdo al modelo propuesto se contemplan en régimen de libertad económica y por tanto la fiscalización *ex post* es mucho más necesaria al no existir casi regulación de estructura *ex ante* para dichas actividades.

COMENTARIOS ESPECÍFICOS POR ARTÍCULO DE LA PROPUESTA

Artículo 1 – No entendemos la diferenciación entre transporte por gasoducto y distribución por redes de tubería. Entendemos de acuerdo a los fundamentos técnicos del sector que ambas actividades (transporte y distribución) cuando son desarrolladas en redes físicas, las mismas son gasoductos porque en ambas hay flujo de gas que fluye por una tubería. (de hecho en los numerales 19, 20 y 21 del artículo 6 al definir gasoductos se hace referencia a tuberías).

de verdaderas compañías reguladas *uti singuli*." en *Las sociedades de infraestructuras estratégicas*, RAP Núm. 181 Enero-Abril 2010, p. 137.

Artículo 2 – La redacción actual podría simplificarse haciendo referencia a la aplicabilidad de la misma a los prestadores del servicio público de electricidad, las autoridades y los usuarios del servicio.

Artículo 3 – No se contempla como finalidad de la Ley el garantizar o permitir a los usuarios o clientes el acceder al servicio público.

Artículo 3 (Numeral 5) – Es muy difícil comprobar la forma en que esta Ley cumple la finalidad de impulsar la evolución progresiva del marco regulatorio.

Artículo 3 (Numeral 7) – No se hace mención a la asequibilidad del suministro o la prestación del servicio público de gas natural.

Artículo 5 – Se hace una distinción entre importación y exportación de gas natural (como actividades de interés general “reguladas”) frente al resto de las actividades que se consideran servicio público sujeto a regulación. Esta diferenciación no esta contemplada en los artículos 1 y 2 .

Artículo 6 (Numeral 8) – Se hace una distinción entre concesión otorgada mediante contrato o mediante Resolución motivada, en base a si la misma es producto de una solicitud de parte o de un proceso comeptetivo. La doctrina general reconoce que las concesiones para la prestación de un servicio público deben ser formalizadas mediante un contrato⁶. No obstante condideramos que se debe unificar el instrumento de formalización para las concesiones con alguna de las 2 opciones (ya sea Resolución o Contrato).

Artículo 6 (Numerales 9 y 10) – Se definen concesionarios de transporte y de distribución, pero no se definen concesionarios de almacenamiento ni de regasificación, 2 de las actividades que son consideradas servicio público sujeto a regulación en el artículo 5.

Artículo 6 (Numeral 31) – Se excluye de la defnición de prestador de servicio público al importación y exportación de gas natural, pero esta diferenciación no esta contemplada en los artículos 1 y 2.

- ⁶ CASSAGNE, J.C. “El modo más típico de gestión para la prestación de los servicios públicos continúa siendo la figura de la concesión, de naturaleza contractual, por la que se otorga a una empresa privada el derecho de explotar (comercializar y distribuir) un determinado servicio público, con o sin exclusividad. La concesión de servicios públicos (utilizada para el servicio de comercialización y distribución de energía eléctrica y para la distribución de agua) va siempre acompañada de un régimen jurídico-administrativo especial, por el que se le atribuyen diversos poderes al concesionario en el marco de la prestación a su cargo.” en *Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos*, RAP Núm. 157, Enero-Abril 2002. p. 476

Artículo 6 (Numeral 44) – EL orden alfabético de los numerales se rompe con esta definición.

Artículo 6 (Numeral 46) – solo se define como usuario del servicio de transporte, pero no se define usuario del servicio público de gas natural en función de la utilización del gas natural.

Artículo 7 – Se hace referencia en este artículo (y en el Título) a la cadena de gas natural, pero no se utiliza el concepto de “red” para este tipo de servicios económicos.

Artículo 11 - ¿Qué criterios objetivos se consagran en esta Ley para que la ASEP determine discrecionalmente si somete la entrada de un nuevo participante o una nueva infraestructura para transporte y distribución de gas natural? A qué criterio se refiere que una concesión otorgada a solicitud de parte no será prestada “en exclusividad en un área solicitada” ya que en la práctica tanto el transporte y la distribución de gas por redes es un monopolio natural y por lo tanto una concesión “sin exclusividad” no tendría sentido económico. (recordar la diferencia entre competencia por el mercado y competencia en el mercado, donde las condiciones al momento de la entrada al mercado son determinantes).

Artículo 13 – Solamente se establece un certificado para transporte y distribución virtual de gas, aunque el mismo es considerado como un servicio público por la propia Ley.

Artículo 15 - No hay separación de propiedad efectiva, solamente separación vertical jurídica y contable de las actividades. No se establecen parámetros objetivos para la separación horizontal o limitaciones a la concentración empresarial dentro de los diversos niveles de la cadena o del sistema.

Artículo 16 - No se contempla la participación de ACODECO ni la SNE en el proceso.

Artículo 18 y 19 – Se menciona el concepto de acceso abierto para las actividades de regasificación, almacenamiento, transporte y distribución de gas natural, sin embargo no se especifica si el cobro de dichos servicios está regulado por tarifa. De la redacción de la ley se interpreta que dicha fijación es en base a precios libres determinados por los propietarios de la respectiva instalación.

Artículo 25 – Entre las obligaciones de los prestadores del servicio público de gas natural no se hace mención alguna a la obligación de suministrar el servicio a los usuarios que lo soliciten, ni tampoco a suministrar a las autoridades información⁷ que sea relevante para el funcionamiento del sistema.

⁷ Muñoz Machado, S. “Puede creerse que ésta es una función con muy poco valor de ordenación si es la única con la que cuenta un organismo regulador, pero si utilizamos este ejemplo es para subrayar que , en todo caso, la función de obtener información e informar es básica e indispensable en cualquier

Artículo 29 – No se establece entre las funciones de la ASEP el dictar un reglamento o normas sobre los derechos de los usuarios o clientes del servicio público de gas natural.

Artículo 29 (Numeral 11) – No se establece la participación de ACODEDO para ordenar separación de actividades

Artículo 30- No se hace mención al rol de ACODECO como autoridad competente en temas de defensa de la competencia dentro del mercado de gas natural que se pretende implantar

Artículo 33 - No hay clasificación de los tipos de infracciones (Muy graves, graves, moderadas o leves). Se repite la falla de la Ley del sector eléctrico y se deja abierta a discreción total de la entidad decidir las circunstancias y condiciones para calificar una infracción como grave, moderada o leve.

Artículo 34 - No hay clasificación de las sanciones. Idem para lo señalado sobre el artículo que establece las infracciones, más tomando en cuenta el principio de proporcionalidad entre la infracción y la sanción que debe garantizarse en todo proceso de este tipo.

Artículo 36 - Si bien se indica que para la ASEP se aplica el procedimiento de la Ley 6 de 1997 (del sector eléctrico), para la Secretaría no es aplicable la misma en los procesos sancionadores y se indica que se utilizará la Ley aplicable ¿Cuál es la Ley aplicable para este procedimiento?. Esta indefinición riñe con los principios del Derecho Administrativo Sancionador.

Igualmente en esos casos, se tendría otra diferenciación discrecional, ya que para las decisiones de los procedimientos sancionadores en la SNE no aplicaría el silencio positivo establecido en la Ley que regula a la ASEP en caso de no pronunciamiento respecto de recursos de que agotan la vía gubernativa.

organismo regulador, de modo que hasta los más débiles la poseen en el más alto grado. Sin información es completamente imposible supervisar el mercado y verificar el cumplimiento de las normas, pero también conocer exactamente los costes de las empresas a efectos de la determinación de las tarifas adecuadas y corregir, en general, los fallos de mercado. De aquí que el desarrollo de las agencias reguladoras haya puesto siempre esencial énfasis en la importancia de la información como elemento esencial de la intervención en el mercado.” en *Fundamentos jurídicos de la regulación económica. Derecho de la Regulación Económica. Tomo I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación Económica. IUSTEL. 2009, Madrid. Pág. 1447*