

**AUTORIDAD DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y DEFENSA DE LA  
COMPETENCIA (ACODECO)  
DIRECCIÓN NACIONAL DE LIBRE COMPETENCIA**

**“IMPACTO DE LA CLÁUSULA 9ª, DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN No. 71-13, No. 69-13 y No.70-13, ENTRE AUTORIDAD NACIONAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS (ASEP) Y EMPRESAS CONCESIONARIAS PARA LA DISTRIBUCIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA, EN EL PROCESO DE LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA Y LIBRE CONCURRENCIA”**

**INFORME TÉCNICO**

**-EXPEDIENTE N° AC-002-24**

**Fecha: 25 de octubre de 2024**

**I. Antecedentes**

A raíz de una denuncia recibida en ACODECO, en el mes de febrero de 2024, por parte de la Cámara Panameña de Energía Solar (CAPES), por supuestas prácticas monopolísticas, se procedió por parte de la Dirección Nacional de Libre Competencia a realizar diversas actuaciones administrativas con el propósito de obtener mayor información del mercado y los agentes económicos involucrados en la investigación, en este caso, la empresas de distribución eléctrica que eran las empresas denunciadas; como parte de los análisis llevados a cabo, la entidad procedió a realizar una revisión del contenido de los contratos de concesión que mantienen las empresas concesionarias para la Distribución y Comercialización de Energía Eléctrica en Panamá.

En los contratos de concesión No. 71-13 (21 de octubre de 2013)<sup>1</sup>, No. 69-13 (21 de octubre de 2013)<sup>2</sup> y No- 70-13 (22 de octubre de 2013)<sup>3</sup> (en adelante los contratos de concesión) entre la ASEP y las empresas concesionarias para la Distribución y Comercialización de Energía Eléctrica se establece en el Capítulo III Régimen Societario y Operativo en la Cláusula 9ª, a la letra, lo siguiente:

*“CLÁUSULA 9ª: PARTICIPACIÓN EN OTRAS SOCIEDADES*

*El CONCESIONARIO no podrá dedicarse a ninguna otra actividad comercial, excepto aquellas contempladas y permitidas en la LEY 6.*

---

<sup>1</sup> Entre Elektra Noreste, S.A.; Panamá Distribution Group, S.A. y ASEP.

<sup>2</sup> Entre Empresa de Distribución Eléctrica Chiriquí, S.A., Distribuidora Eléctrica del Caribe, S.A. y ASEP.

<sup>3</sup> Entre la Empresa de Distribución Eléctrica Metro-Oeste, S.A., Distribuidora Eléctrica del Caribe, S.A. y ASEP.

*El CONCESARIO y/o sus propietarios podrán realizar a través de una persona jurídica o natural diferente a ellos, cualquier otra actividad incluyendo las del sector eléctrico, respetando las restricciones establecidas en la LEY 6 y el REGLAMENTO. En el caso de que estas otras actividades puedan tener alguna relación con la actividad de distribución, de manera que se realicen contratos de suministro de servicios o compras, el CONCESIONARIO debe asegurar los mecanismos de competencia que brinden transparencia, eviten situaciones de abuso de posición dominante, transferencia de costos entre servicios regulados y no regulados y que permitan el mínimo costo del servicio eléctrico.”*

En atención a la cláusula descrita, la ACODECO luego de analizar la misma dentro del marco de su función de promover y fortalecer la competencia en los mercados, considera necesario realizar labores de abogacía de competencia recomendando, modificar la cláusula en referencia para eliminar los riesgos para el proceso competitivo cuando agentes económicos que participan en un mercado que opera como monopolio legal, pueden participar también en un mercado abierto a la competencia.

## **II. Marco Legal**

La Constitución Política de la República de Panamá (en adelante la Constitución), ha establecido unos principios, de obligatoria observación, señalando en su artículo 298 que: ***“El Estado velará por la libre competencia económica y la libre concurrencia en los mercados. Las leyes fijarán las modalidades y condiciones que garanticen estos principios”***.

En ese mismo orden de ideas, el segundo párrafo del artículo 3 de la Ley 45 de 31 de octubre de 2007 (en adelante Ley 45) señala la obligación de las entidades públicas de resguardar esos principios constitucionales de libre competencia y libre concurrencia, al expresar que:

“Artículo 3. Monopolios y actuaciones oficiales. Esta Ley no se aplicará a las actividades económicas que la Constitución Política y las leyes reserven exclusivamente al Estado y no hayan sido otorgadas en concesión. En lo que no concierna a tales actividades económicas reservadas, las instituciones y dependencias del Estado y los municipios están obligados a acatar las disposiciones contenidas en la presente Ley.

**El Estado velará por que en sus decisiones y actos administrativos se resguarden los principios de libre competencia y libre concurrencia económica, señalados en esta Ley.** A tal efecto, todos los municipios, instituciones autónomas o semiautónomas e

instituciones estatales en general podrán solicitar concepto a la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia, en adelante la Autoridad, cuando en el ámbito de sus decisiones se pueda afectar la libre competencia o la protección al consumidor...” (El resaltado es nuestro).

Respectos al concepto de libre competencia económica, el artículo 9 de la Ley 45, nos señala que:

*“Artículo 9. Libre competencia económica. Se entiende por libre competencia económica la participación de distintos agentes económicos en el mismo mercado pertinente, actuando sin restricciones ilícitas en el proceso de producción, compra, venta, fijación de precios y otras condiciones inherentes a su actividad económica.*

***Para los efectos de esta Ley, se considera un solo agente económico el conjunto de personas jurídicas de Derecho Privado que estén controladas por un mismo grupo económico.”*** (El resaltado es nuestro).

Este principio de libre competencia económica, propugna por la existencia de mercados libres, y la defensa de las condiciones de competencia económica efectiva en el mercado, procurando que la rivalidad existente entre competidores actuales, o que pudiera existir de entrar un potencial competidor, no se vea menoscabada por la fijación de restricciones, limitaciones o prohibiciones que surjan al margen de la ley.

En este sentido, la libre competencia económica, constituye un principio de orden económico, que señala el camino por el que debe transitar la actuación de todo aquel que tome participación o influya de manera decisiva en la actividad económica; correspondiéndole al Estado, cumplir su rol fiscalizador y garante, interponiendo sus buenos oficios para favorecer el proceso competitivo en los mercados, cuando este sea posible y deseable.

La abogacía de la competencia tiene su fundamento en el artículo 86 de la Ley 45, que es del siguiente tenor:

*“Artículo 86. Funciones de la Autoridad. La Autoridad tendrá las siguientes funciones y atribuciones:*

...

*5. Realizar abogacía de la libre competencia ante los agentes económicos, asociaciones, instituciones educativas, entidades sin*

*fines de lucro, organizaciones de la sociedad civil y la Administración Pública, a través de la cual podrá recomendar, mediante informes técnicos-jurídicos, la adopción o modificación de cualquier trámite o requisito propio de algún sector de la economía nacional o realizar estudios a fin de promover y fortalecer la competencia en el mercado.”*

### **III. Abogacía de la Competencia**

Al realizar un análisis de la cláusula 9ª de los contratos de concesión, se observa que esta cláusula permite que empresas distribuidoras y comercializadoras de energía eléctrica puedan:

*“...realizar a través de una persona jurídica o natural diferente a ellos, cualquier otra actividad incluyendo las del sector eléctrico, respetando las restricciones establecidas en la LEY 6 y el REGLAMENTO. En el caso de que estas otras actividades puedan tener alguna relación con la actividad de distribución, de manera que se realicen contratos de suministro de servicios o compras, el CONCESIONARIO debe asegurar los mecanismos de competencia que brinden transparencia, eviten situaciones de abuso de posición dominante, transferencia de costos entre servicios regulados y no regulados y que permitan el mínimo costo del servicio eléctrico...”*

Los resguardos que esta cláusula contempla para asegurar mecanismo de competencia, son insuficientes para eliminar los riesgos al proceso competitivo en el mercado relacionado al servicio de desarrollo, instalación e integración a la red de un distribuidor comercializador de energía eléctrica de paneles fotovoltaicos en la República de Panamá.

Si el agente económico que explota una concesión para distribuir y comercializar energía eléctrica en su zona de concesión, puede participar en la actividad económica relacionada al servicio de desarrollo, instalación e integración a la red de un distribuidor comercializador de energía eléctrica de paneles fotovoltaicos en la República de Panamá, tendría al menos una ventaja competitiva, sobre otras empresas dedicadas a la actividad económica relacionada al servicio de desarrollo, instalación de paneles fotovoltaicos e integración a su red, que los resguardos de la cláusula en referencia y el procedimiento establecido por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (ASEP), no pueden contener, esto fundamentalmente porque para poder integrar a la red eléctrica las instalaciones fotovoltaicas que se realicen en una residencia, empresa, edificio, etc., es necesario realizar algunos procesos que deben ser informados y sometidos a la consideración del distribuidor comercializador de energía eléctrica; dentro de estos procesos se tienen la presentación de

los planos de la instalación fotovoltaica, los aspectos técnicos de la instalación, la solicitud del cambio de medidor unidireccional por uno bidireccional, la inspección del lugar de instalación, entre otros. Estos procesos a pesar de estar regulados por el Procedimiento para Autoconsumo con Fuentes Nuevas, Renovables y Limpias aprobado mediante Resolución AN N°10206-ELEC de 11 de julio de 2016 y modificado mediante la Resolución AN N° 10299-ELEC de 10 de agosto de 2016, que establece los tiempos que tiene la distribuidora comercializadora de energía eléctrica para pronunciarse una vez presentado los trámites por los interesados, no se puede obviar que también se tienen los incentivos para dar prioridad dentro de lo que permite la norma a los trámites de la empresa filial por ser parte del mismo grupo económico, afectando en términos de tiempo (costo), a los competidores. Sin dejar a un lado, toda la discrecionalidad que puede tener el concesionario distribuidor y comercializador de energía eléctrica a la hora de interpretar la información recibida y establecer mayor burocracia a los trámites que presenten sus competidores instalados en su zona de concesión.

El hecho que, el concesionario distribuidor comercializador de energía eléctrica y su filial que instala paneles fotovoltaicos, sean parte de un mismo grupo económico, les otorga una ventaja significativa, sobre los competidores que instalan paneles fotovoltaicos en su zona de concesión, porque el concesionario puede utilizar los trámites necesarios, priorizando las instalaciones de su filial en detrimento de las instalaciones de competidores, de esta manera, el efecto en comercialización de servicios, en relación a la experiencia del usuario es positiva para la filial, es decir, todos aquellos consumidores que realicen la instalación de paneles fotovoltaicos con la empresa filial del concesionario, pudieran contar con un trámite más expedito, en relación a cualquier otro competidor que realice una instalación fotovoltaica, básicamente porque en términos prácticos, es el mismo grupo económico, al que se le presentan los planos de la instalación fotovoltaica, es el mismo grupo económico el que valora los aspectos técnicos de la instalación, es el mismo grupo el que inspecciona el lugar de la instalación, y es el mismo grupo económico que instala el medidor bidireccional, elemento fundamental para que la instalación fotovoltaica entre en operación conectada a la red del concesionario distribuidor comercializador de energía eléctrica, por lo cual, son claros los incentivos para dar prioridad a los trámites de la filial de su mismo grupo económico.

Un consumidor que tenga interés en desarrollar una instalación fotovoltaica, al tener conocimiento que las instalaciones que realiza la filial del concesionario distribuidor comercializador de energía eléctrica son más expeditas, en relación a las instalaciones que haga cualquier otro competidor, cuenta con incentivos para decantarse por instalaciones que realice la filial del concesionario distribuidor comercializador de energía eléctrica.

Si la instalación fotovoltaica es financiada por una entidad crediticia, desde la perspectiva económica están los intereses que empieza a correr al momento de desembolsado el dinero, si la instalación se realiza con recursos propios, está el costo de oportunidad del dinero de esa inversión, en otras palabras, ya sea que la instalación se financie o se realice con recursos propios, entre más tiempo transcurra para que la instalación se conecte a la red eléctrica del concesionario distribuidor comercializador de energía eléctrica, más costosa se hace la instalación para el consumidor, fundamentalmente, porque la amortización que debe

producir la instalación fotovoltaica en el gasto mensual de energía eléctrica, que se utiliza para amortizar la inversión, no se refleja inmediatamente, lo hará dependiendo de cuanto demoren todos los trámites ante el concesionario distribuidor comercializador de energía eléctrica, para que el sistema entre en operación.

Otro riesgo para el proceso competitivo que se identifica, es el relacionado a la base de datos con información privilegiada que posee el concesionario distribuidor comercializador de energía eléctrica, al contar con nombres de clientes, sus ubicaciones, datos de contacto, etc., y lo más importante, cuenta con el consumo histórico de electricidad de estos clientes, por lo que, se generan los incentivos para que la filial del concesionario distribuidor comercializador de energía eléctrica, al ser parte del mismo grupo económico, puede acceder a esta información privilegiada, y así poder realizar las estimaciones necesarias, para captar potenciales clientes interesados en instalar paneles fotovoltaicos, pudiendo ir directamente a tocar puerta de un potencial cliente y presentarle que tan beneficioso puede ser un sistema fotovoltaico, con datos reales que puede acceder a través de la base de datos de clientes del concesionario distribuidor comercializador de energía eléctrica, algo que los competidores no pueden hacer, porque no pueden acceder a la base de datos de los clientes del concesionario distribuidor comercializador de energía eléctrica.

Los competidores de la filial que instala paneles fotovoltaicos y que forma parte del mismo grupo económico del concesionario distribuidor comercializador de energía eléctrica, al no contar con una base de datos con información privilegiada, les resulta más difícil y costoso poder captar potenciales clientes, al no poder acceder a los históricos de consumo previamente de los potenciales clientes, su ubicaciones, etc., les toca invertir mayores recursos en trabajo de campo (inteligencia de mercado) para tratar de identificar potenciales clientes que pudieran considerar atractivo sus servicios, mientras que el competidor integrado, lo puede hacer solo analizando la base de datos que posee del concesionario distribuidor comercializador de energía eléctrica, sin salir de la oficina. Tal ventaja se traduce en mayores costos operativos para los competidores, y por ende mayores costos para los clientes de competidores. Las posibilidades de captar un cliente por parte de la filial del concesionario distribuidor comercializador de energía eléctrica es muy superior al resto de los competidores del mercado, lo que al final se traduce en mayores ingresos por ventas que sus competidores, solo por el hecho de contar con información privilegiada, que otros actores del mercado no pueden acceder.

Otro de los riesgos identificado es el manejo de la información estratégica de los competidores de la filial del concesionario, esto fundamentalmente porque al ser necesaria la presentación de los planos de la instalación fotovoltaica al igual que los aspectos técnicos de la instalación, para que los revise y apruebe la distribuidora, su filial puede acceder a lo que en inglés se conoce como el know how empresarial, considerado el activo intangible de un agente económico, este activo engloba la parte estratégica, operativa y técnica de un agente económico y en esencia agrupa los conocimientos que aplica, que en principio son los que lleva al éxito de la compañía. En otras palabras, el know how empresarial es el conjunto de experiencias que han llevado al éxito y conforman el saber de un agente económico, y si la filial de la distribuidora puede acceder a este know how empresarial, es muy clara la ventaja que puede obtener del mercado, en relación al resto de los competidores que no pueden acceder al know how empresarial de sus competidores.

#### **IV. Conclusión**

Los riesgos para el proceso competitivo identificados, derivados de permitir que un agente económico que opera un monopolio legal, a través de una concesión para distribuir y comercializar energía eléctrica en una zona geográfica específica o en cualquier parte del territorio nacional, pueda participar en otra actividad económica que opera en régimen de competencia, que requiere de trámites previos ante monopolio legal, son imposibles de neutralizar a través de instrumentos de regulación directa o indirecta.

La manera directa y efectiva de neutralizar los riesgos para el proceso competitivo identificados, es impedir que un agente económico que participa como concesionario distribuidor y comercializador de energía eléctrica en algún punto de la geografía nacional, no pueda participar en otra actividad económica que opera en régimen de competencia, como lo es el servicio de desarrollo, instalación e integración a la red de un distribuidor comercializador de energía eléctrica y que requiere para operar de realizar trámites previos ante el concesionario distribuidor y comercializador de energía eléctrica

Consideramos que, la redacción de la cláusula 9ª de los contratos de concesión, no debe contemplar cualquier otra actividad ya que no debe generar un ambiente anticompetitivo y se debe concentrar en permitir solo aquellas actividades en las cuales no se genere un conflicto de interés. Se debe evitar que la distribuidora sea juez y parte en cualquier proceso relacionado a la actividad que le fue dada la concesión.

#### **V. Recomendaciones**

Por lo anterior, este despacho recomienda realizar abogacía de la competencia ante la ASEP, para que modifique la cláusula 9ª analizada de los contratos de concesión, identificados como: No. 71-13 (21 de octubre de 2013), No. 69-13 (21 de octubre de 2013) y No. 70-13 (22 de octubre de 2013) entre la ASEP y las empresas concesionarias para la Distribución y Comercialización de Energía Eléctrica, en aras de incentivar la libre competencia, y de esta manera eliminar las diferencias de trato que se pudieran estar generando con la aplicación actual y en consecuencia, la distorsión del mercado, fundamentalmente por el conflicto de interés identificado.

Hacer partícipe de la abogacía de competencia ante la ASEP y la Secretaría de Energía, e invitarlos a trabajar de forma conjunta para favorecer la libre competencia.