

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 072

Panamá, 7 de febrero de 2008

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

La firma forense Galindo, Arias & López, en representación de la **EMPRESA DE DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA METRO OESTE, S.A.**, para que se declare nula, por ilegal, la resolución 416-Elec. del 17 de noviembre de 2006, emitida por el **Administrador General de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos**, el acto confirmatorio y para que se hagan otras declaraciones.

**Contestación
de la demanda corregida**

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

Acudo ante usted de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 5 de la ley 38 de 2000, con el propósito de contestar la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción descrita en el margen superior.

I. Los hechos en los que se fundamenta la demanda, se contestan de la siguiente manera:

Primero: Es cierto; por tanto se acepta.

Segundo: Es cierto; por tanto se acepta.

Tercero: Es cierto; por tanto, se acepta.

Cuarto: Es cierto; por tanto, se acepta.

Quinto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Sexto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Séptimo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Octavo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Noveno: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Decimoprimer: No es un hecho; por tanto, se niega.

Decimosegundo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Decimotercero: No es un hecho; por tanto, se niega.

Decimocuarto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Decimoquinto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Decimosexto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Decimoséptimo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Decimoctavo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Decimonoveno: No es un hecho; por tanto, se niega.

Vigésimo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Vigésimo primero: No es un hecho; por tanto, se niega.

Vigésimo segundo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Vigésimo tercero: Es cierto; por tanto, se acepta.

Vigésimo cuarto: Es cierto; por tanto, se acepta.

II. Disposiciones legales que se aducen infringidas y conceptos de las supuestas infracciones.

A. Los artículos 5, numeral 9, y 20, numeral 17; los incisos primero, segundo y sexto del artículo 97; y los artículos 103 y 111; todos de la ley 6 de 3 de febrero de 1997, por la cual se dicta el Marco Regulatorio e Institucional para la Prestación del Servicio Público de Electricidad, según los conceptos

de violación expuestos en las fojas 121 a 141 del expediente judicial.

B. El artículo 30 del texto único de la ley 26 de 1996 (conforme fue adoptado por el decreto ejecutivo 143 de 29 de septiembre de 2006), cuyo concepto de violación consta en las fojas 141 a 144.

C. El artículos 36 y 169 de la ley 38 de 2000, cuyo concepto de violación consta en las fojas 145 a 147 del expediente judicial.

D. El artículo 752 del Código Administrativo, en el concepto de violación expuesto en las fojas 147 y 148 del expediente judicial.

III. Descargos de la Procuraduría de la Administración en defensa de los intereses de la institución demandada.

Antes de contestar los cargos de ilegalidad formulados por la demandante contra los actos administrativos acusados de ilegales, este Despacho estima necesario puntualizar lo siguiente:

1. Mediante el decreto ley 10 de 22 de febrero de 2006, se reestructuró el Ente Regulador de los Servicios Públicos bajo la nueva denominación de Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, como organismo autónomo del Estado, con competencia para regular y controlar la prestación de los servicios públicos, entre otros, de electricidad;

2. La ley 6 de 3 de febrero de 1997, por la cual se dicta el Marco Regulatorio e Institucional para la Prestación del Servicio Público de Electricidad, establece el régimen al cual se sujetarán las actividades de generación, transmisión,

distribución y comercialización de energía eléctrica, destinadas a la prestación del servicio público de electricidad;

3. De conformidad con el numeral 4 del artículo 20 y el numeral 1 del artículo 98 de la ley 6 de 1997, antes citada, le corresponde a la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos establecer los criterios, metodologías, fórmulas tarifarias separadas para la fijación de las tarifas de cada una de las actividades de los servicios públicos de electricidad y establecer topes máximos y mínimos tarifarios, de obligatorio cumplimiento por parte de las empresas en los casos en que no haya libre competencia, como lo es en el servicio de distribución y comercialización de energía.

4. De acuerdo al artículo 100 de la referida ley 6 de 1997, las fórmulas tarifarias tienen una vigencia de cuatro (4) años y debido a que las aprobadas para el período 2002-2006 vencían el 31 de diciembre de 2006, la Autoridad estaba obligada a **determinar el Valor Agregado de Distribución (VAD), aprobar el Ingreso Máximo Permitido de las empresas distribuidoras (remuneración) y los Pliegos Tarifarios que contienen las tarifas aplicables a los clientes finales del servicio público de electricidad**, conforme a lo dispuesto en el Régimen Tarifario aprobado mediante la resolución JD-5863 de 17 de febrero de 2006.

5. Por tratarse de una decisión administrativa que afectaría a los intereses y derechos de la ciudadanía, se sometió a **consulta pública** la propuesta de **ingreso máximo permitido** (remuneración), para las empresas de distribución

y comercialización del servicio público de electricidad, y los pliegos tarifarios que contienen las tarifas que aplicarán a los clientes finales.

Hechas las anteriores precisiones, la Procuraduría de la Administración pasa a contestar en forma conjunta los cargos de violación de los artículos 5, numeral 9 y 20 numeral 17; los incisos primero, segundo y sexto del artículo 97 y los artículos 103 y 111 de la ley 6 de 3 de febrero de 1997, por la cual se dicta el Marco Regulatorio e Institucional para la Prestación del Servicio Público de Electricidad; así como de los artículos 30 del texto único de la ley 26 de 1996 (conforme fue adoptado por el decreto ejecutivo 143 de 29 de septiembre de 2006), 36 y 169 de la ley 38 de 2000 y 752 del Código Administrativo, al considerar que los mismos guardan estrecha relación entre si.

Tal como se explica en el informe de conducta rendido al magistrado sustanciador por parte de la entidad demandada, el artículo 103 de la Ley Sectorial de Electricidad establece que para la determinación del valor agregado de distribución (VAD) o ingreso máximo permitido (IMP), la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos está obligada a:

- Establecer un máximo de seis (6) **áreas de distribución representativas** de los mercados atendidos en cada zona de concesión;
- **Calcular el valor de distribución** para cada área representativa **bajo el supuesto de eficiencia** en la gestión de la empresa de distribución; supuesto que tiene como base

el desempeño reciente de empresas reales similares, nacionales o extranjeras;

- **Definir la tasa de rentabilidad** tomando en cuenta la eficiencia del distribuidor, la calidad de su servicio, su programa de inversiones y cualquier otro factor que considere relevante; la cual no puede diferir en más de dos (2) puntos de la tasa resultante de sumar la tasa de interés anual efectiva, promedio de los doce (12) meses anteriores, a la fecha en que se fija la fórmula tarifaria, de los bonos de treinta (30) años del tesoro de los Estados Unidos de América, más una prima de ocho (8) puntos por concepto de riesgo del negocio de distribución eléctrica en el país.

En ese sentido y según se desprende del citado informe de conducta, la propuesta de **ingreso máximo permitido** para las empresas de distribución y comercialización del servicio público de electricidad fue sometida a consulta ciudadana, la cual contenía las explicaciones y detalles relacionados con las áreas representativas, las empresas comparadoras con las cuales se determinó el **valor agregado de distribución**, la tasa de rentabilidad propuesta y los detalles y modelos de cálculo de ingresos para cada empresa.

Igualmente se señala, que mediante la resolución AN 365-Elec. de 25 de octubre de 2006, dicha entidad aprobó en diez punto setenta y un por ciento (10.71%) la **tasa de rentabilidad** aplicable para efectos del cálculo del ingreso máximo permitido del período comprendido de julio de 2006 a junio de 2010, para las empresas que prestan el servicio público de distribución y comercialización eléctrica en

Panamá. El segundo de los resueltos contenidos en la citada resolución, que se refiere al período en que rige la misma, se modificó mediante las resoluciones AN 383-Elec. de 7 de noviembre de 2006 y AN 416-Elec. de 17 de noviembre de 2006, la cual ahora es demandada, quedando establecida la tasa de rentabilidad en diez punto setenta y tres por ciento (10.73%).

Conforme se indica asimismo en el informe que ocupa nuestra atención, la determinación de las áreas representativas, de las empresas comparadoras, la tasa de rentabilidad, el ingreso máximo permitido y los pliegos tarifarios aplicables a los clientes, se efectuó mediante resoluciones distintas.

De acuerdo con lo que continúa explicando el informe de conducta, el artículo 103 de la ley 6 de 3 de febrero de 1997 (Ley Sectorial), establece los parámetros que debe seguir la Autoridad para fijar la tasa de rentabilidad y la prima por concepto de riesgo, al disponer que ella definirá la tasa de rentabilidad que considere razonable para el concesionario, tomando en cuenta su eficiencia, la calidad de su servicio, su programa de inversiones para el período de vigencia de las fórmulas tarifarias y cualquier factor que considere relevante.

Según también explica la entidad demandada, el sistema regulatorio vigente busca proveer a las empresas distribuidoras una rentabilidad que guarde relación con el grado de eficiencia operativa de la empresa y que sea similar a otras actividades de riesgo comparable. Para tal fin, en la

determinación de la tasa de rentabilidad la Autoridad calculó cuál sería la tasa de rentabilidad que ofrecería el mercado panameño a empresas de distribución eléctrica en la actualidad, utilizando el método de cálculo financiero de práctica internacional denominado "Costo de Capital Promedio Ponderado" (WAAC por sus siglas en inglés), el cual toma en consideración la tasa libre de riesgo, el riesgo país y el riesgo promedio de la actividad de distribución en el sector eléctrico.

Señala el administrador general de la autoridad reguladora, que la información utilizada para este estudio se actualizó previo a la fijación de la tasa, para utilizar el promedio de julio de 2005 a junio de 2006, por ser el periodo de 12 meses inmediatamente anterior al periodo para el cual se calculó el ingreso máximo permitido, obteniéndose de tal actualización una tasa de rentabilidad real, antes de impuestos, de ocho punto cincuenta y dos por ciento (8.52%), **la que se utiliza como referencia** para la determinación de la tasa de rentabilidad de las empresas distribuidoras, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 103 de la ley 6 de 1997, que fija una banda de variación posible para la tasa de retorno sobre capital, la cual no debe diferir más de dos puntos de la suma de la tasa de interés anual de los bonos de treinta años del Tesoro de los Estados Unidos de América, más una prima de ocho puntos en concepto de riesgo del negocio de distribución en el país.

Añade el documento explicativo presentado a ese Tribunal que, de acuerdo a los registros financieros suministrados por

el Banco Nacional de Panamá, el cálculo del promedio de la tasa efectiva de los bonos del Tesoro de los Estados Unidos de América a treinta (30) años, en el período de julio de 2005 a junio de 2006, es de cuatro con setenta y un centésimas por ciento (4.725%) anual; periodo que corresponde a los doce meses anteriores a la fecha en que se fijó la fórmula tarifaria, toda vez que el ingreso máximo permitido calculado para este fin, utilizó como fecha de referencia el 1° de julio de 2006.

En este sentido indica el citado informe, que al sumar la prima de ocho puntos en concepto de riesgo del negocio de distribución eléctrica en el país, al que se refiere el artículo 103 de la ley 6 de 1997, la tasa de rentabilidad bajo este criterio resultaba en doce punto setenta y tres por ciento (12.73%) y que considerando el criterio de discrecionalidad otorgado por el artículo 103 de la excerta legal citada, la tasa de rentabilidad no puede diferir en más de dos puntos de 12.73%. Según afirma la entidad demandada, la tasa de rentabilidad de 8.52% que ofrecía el mercado a empresas de distribución eléctrica en Panamá era menor que el límite inferior que el 10.73% calculado conforme al procedimiento establecido en el artículo 103 en referencia, por lo que la Autoridad fijó en el límite inferior la misma, toda vez que aún en este rango, el retorno está más de dos puntos porcentuales por encima de la tasa que ofrecía el mercado.

Puntualiza el funcionario informante, que la tasa así fijada por la autoridad reguladora garantiza la suficiencia

financiera de la empresa de distribución, al remunerar el patrimonio de los accionistas con una tasa por encima del nivel con que lo hubiese hecho una empresa en un sector de riesgo comparable, lo cual le permite utilizar las tecnologías y sistemas administrativos que garanticen la mejor calidad, continuidad y seguridad a sus clientes. A estos efectos, también cabe señalar que el artículo 103 de la Ley Sectorial de Electricidad refiere la tasa a los bonos de los Estados Unidos de América más una prima establecida, sin entrar a definir si la misma debe ser real o nominal.

Respecto al cálculo efectuado para el servicio público de transmisión, se señala en el informe que la tasa de rentabilidad se fijó en nueve punto noventa y ocho por ciento (9.98%), debido a que el artículo 101 de la ley 6 de 1997 les confiere características diferentes.

Obtenidos los anteriores costos, que evidencian que la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos se ciñó en todo momento a las normas vigentes en relación con la materia, la misma procedió a emitir la resolución 416-Elec. de 17 de noviembre de 2006, por la cual se modifica el primero de los resueltos de la resolución AN 365-Elec. de 25 de octubre de 2006 que aprueba la tasa de rentabilidad a aplicar en el cálculo de ingreso máximo permitido a las empresas de distribución y comercialización de energía eléctrica, para el período de julio de 2006 a junio de 2010, por lo que, a juicio de este Despacho no se han producido las violaciones a las normas legales invocadas por la parte actora.

Sobre la base de todo lo antes expuesto, le solicitamos respetuosamente a los Honorables Magistrados que integran la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, declarar que **NO ES ILEGAL** la resolución 416-Elec. de 17 de noviembre de 2006, dictada por el Administrador General de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos ni su acto confirmatorio y, en consecuencia, se denieguen las pretensiones de la demandante.

IV. Pruebas.

Aducimos como pruebas a favor de la entidad demandada el expediente administrativo correspondiente a este proceso, el cual debe ser solicitado a la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos.

V. Fundamento de Derecho.

Negamos el invocado por la parte demandante.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Nelson Rojas Avila
Procurador de la Administración, Encargado

Alina Vergara de Chérigo
Subsecretaria General

NR/10/iv