

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 145

Panamá, 5 de Marzo de 2008

**Proceso contencioso
administrativo de
plena jurisdicción.**

**Contestación
de la demanda.**

La firma forense Alemán, Cordero, Galindo & Lee, en representación de la **Elektra Noreste, S.A.**, para que se declare nula, por ilegal, la resolución AN 365-Elec. de 25 de octubre de 2006, dictada por el **administrador general de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos**, el acto confirmatorio y para que se hagan otras declaraciones.

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. (Cfr. foja 1 a 12 del expediente judicial).

Tercero: Es cierto; por tanto, se acepta. (Cfr. Foja 13 del expediente judicial).

Cuarto: No es un hecho como se redacta; por tanto, se niega.

Quinto: Es cierto; por tanto, se acepta. (Cfr. Foja 13 a 16 del expediente judicial).

Sexto: Es cierto; por tanto, se acepta. (Cfr. Foja 17 a 19 del expediente judicial).

II. Disposición legal que se aduce infringida y el concepto de la supuesta infracción.

La parte actora manifiesta que se ha infringido el artículo 103 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 el concepto de violación expuesto en las fojas 25 a 32 del expediente judicial.

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

Antes de contestar el cargo de ilegalidad formulado por la sociedad recurrente contra los actos administrativos acusados de ilegales, este Despacho considera oportuno puntualizar lo siguiente:

1. Mediante el decreto ley 10 de 22 de febrero de 2006, se reestructuró el antiguo 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 dicta el marco regulatorio e institucional para la prestación del servicio

público de electricidad, y 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 lo dispuesto en 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 establecer los criterios, las metodologías, las fórmulas para la fijación de las tarifas de cada una de las actividades del servicio público de electricidad, así como determinar en los casos en que no haya libre competencia, como lo es en el servicio de distribución y comercialización de energía, los topes máximos y mínimos tarifarios de obligatorio cumplimiento por parte de las empresas concesionarias.

4. De acuerdo en lo indicado en el 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 vencieron el 31 de diciembre de 2006, la Autoridad estaba obligada a **determinar el valor agregado de distribución (VAD), aprobar el ingreso máximo permitido (IMP) de las empresas distribuidoras (remuneración) y los pliegos tarifarios que contienen las tarifas aplicables a los clientes finales del servicio público de electricidad,** según se señala 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 procede a contestar el cargo de violación del artículo 103 de la ley 6 de 3 de febrero de 1997.

Tal como se explica en el informe de conducta remitido por la entidad demandada, el artículo 103 de la ley sectorial de electricidad establece que para la determinación del valor agregado de distribución (VAD) o el 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. (Cfr. foja 59 del expediente judicial).

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**, así como los detalles y los modelos de cálculo de ingresos para cada empresa. (Cfr. foja 59 del expediente judicial).

Igualmente se señala en tal informe, 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%). (Cfr. foja 59 del expediente judicial).

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. (Cfr. foja 59 del expediente judicial).

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. (Cfr. foja 60 del expediente judicial).

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, por lo que para tal fin, al determinar 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. (Cfr. foja 60 del expediente judicial).

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 período de 12 meses inmediatamente anterior a aquél para el cual se calculó el ingreso máximo permitido; obteniéndose de esta 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. (Cfr. foja 60 del expediente judicial).

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 dichos bonos del Tesoro a 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; período 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. (Cfr. fojas 60 y 61 del expediente judicial).

Mes	UST 30 (rendimiento)
Julio 05	4.404
Agosto 05	4.457
Septiembre 05	4.469
Octubre 05	4.670
Noviembre 05	4.730
Diciembre 05	4.653
Enero 06	4.586
Febrero 06	4.580
Marzo 06	4.734
Abril 06	5.063
Mayo 06	5.199
Junio 06	5.155
Promedio	4.725

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 citado, la tasa de rentabilidad no puede diferir en más de dos puntos de 12.73%.

Según afirma igualmente 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 dicha tasa en el límite inferior, toda vez que, aún en este rango, el retorno está más de dos puntos porcentuales por encima de la tasa que ofrecía el mercado. (Cfr. foja 61 del expediente judicial).

Puntualiza el informe que nos ocupa, 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 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. (Cfr. fojas 61 y 62 del expediente judicial).

Los anteriores costos evidencian que la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos se ciñó en todo momento a las normas vigentes en relación con la materia, lo que fundamentó la emisión de la resolución AN 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 la violación a la norma legal invocada por la parte actora.

Sobre la base de todo lo antes expuesto, esta Procuraduría solicita respetuosamente a la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, declarar que NO ES ILEGAL la resolución AN 365-Elec. de 25 de octubre de 2006, dictada por el administrador general de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, ni sus actos confirmatorios y, en consecuencia, se denieguen las pretensiones de la demandante.

IV. Pruebas.

Se aduce como prueba 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.

Se niega el invocado por la sociedad demandante.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Nelson Rojas Avila
Procurador de la Administración, Encargado

Alina Vergara de Chérigo
Secretaria General, a.i.

NR/05/iv.