

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 248

Panamá, 10 de marzo de 2010

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

**Contestación
de la demanda.
(Acumulación).**

La firma Galindo, Arias y López, en representación de **Empresa de Distribución Eléctrica Metro-Oeste, S.A.**, solicita que se declare nula, por ilegal, la resolución AN 2160-Elec del 24 de octubre de 2008, emitida por el **administrador general encargado de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos**, el acto confirmatorio y que se hagan otras declaraciones y, la resolución 5954 del 11 de abril de 2006, emitida por la Junta Directiva del Ente Regulador de los Servicios Públicos (ahora Autoridad Nacional de los Servicios Públicos), los actos confirmatorios y para que se hagan otras declaraciones.

Señor 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 31 de julio de 2000, y el artículo 651 del Código Judicial, con la finalidad de contestar las demandas contencioso administrativa de plena jurisdicción acumuladas descritas en el margen superior.

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

Primero: Es cierto; por tanto, se acepta.

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

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

Cuarto: No es cierto; por tanto, se niega.

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

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

Séptimo: Es cierto; por tanto, se acepta. (Cfr. fojas 171 a 183 del expediente judicial).

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.

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

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

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

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

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

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

Décimo Séptimo: No es cierto; por tanto, se niega.

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

Décimo Noveno: 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: No es cierto; por tanto, se niega.

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

Vigésimo Quinto: Es cierto; por tanto, se acepta. (Cfr. fojas 5 y 6 del expediente judicial).

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

Vigésimo Séptimo: Es cierto; por tanto, se acepta. (Cfr. fojas 5 y 6 del expediente judicial).

II. Normas que se aducen infringidas y conceptos de las supuestas infracciones, con relación al proceso identificado con el número de entrada 110-09.

La demandante aduce que la resolución AN 2160-Elec de 24 de octubre de 2008, emitida por el administrador general encargado de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, infringe las siguientes normas legales y reglamentarias:

1. Los artículos 34, 36, 46, 52, numeral 2 y 62 de la ley 38 de 31 de julio de 2000, por la cual se aprueba el estatuto orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el procedimiento administrativo general y dicta disposiciones especiales, conforme lo indica de fojas 18 a 22 y de 46 a 55 del expediente judicial.

2. Los artículos 15 y 19, numerales 8 y 9 de la ley 26 de 29 de enero de 1996, por la cual se crea el Ente Regulador de los Servicios Públicos, de la forma como se expresa de fojas 23 a 25 y de 41 a 43 del expediente judicial.

3. Los artículos 99, 100 y 120 de la ley 6 de 1997, por la cual se dicta el marco regulatorio e institucional para la prestación del servicio público de electricidad, conforme se expone de fojas 25 a 28, 39 a 41 y 46 del expediente judicial.

4. El artículo 62 de la ley 6 de 1997 que regula la contratación pública y dicta otra disposición, de la forma como lo indica a foja 36 del expediente judicial.

5. Los artículos 3, 976 y 1109 del Código Civil, tal como se expone de fojas 28 a 38 del expediente judicial.

6. El artículo 20, numeral 9 del decreto ejecutivo 143 de 29 de septiembre de 2006, por medio del cual se adopta el texto único de la ley 26 de 29 de enero de 1996, adicionada y modificada por el decreto ley 10 de 22 de febrero de 2006, de la manera como se expresa de fojas 43 a 45 del expediente judicial.

III. Los hechos en que se fundamenta la demanda relacionada con el expediente identificado con el número de entrada 121-09, los contestamos de la siguiente manera:

Primero: Es cierto; por tanto, se acepta.

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

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

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

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.

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

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

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

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

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

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

Décimo Séptimo: No es cierto; por tanto, se niega.

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

Décimo Noveno: 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. (Cfr. fojas 171 a 183 del expediente judicial).

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

Vigésimo Quinto: Es cierto; por tanto, se acepta. (Cfr. foja 183 del expediente judicial).

IV. Normas que se aducen infringidas y conceptos de las supuestas infracciones, con relación al proceso identificado con el número de entrada 121-09.

La demandante aduce que la resolución JD-5954 de 11 de abril de 2006, emitida por la Junta Directiva del Ente Regulador de los Servicios Públicos, ahora Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, infringe las siguientes normas legales y reglamentarias:

1. Los artículos 5 numeral 9, 99, 100, 120 y 142 de la ley 6 de 1997 por la cual se dicta el marco regulatorio e institucional para la prestación del servicio público de electricidad, conforme se expone de fojas 362 a 367, 377 a 379, 383, 389 a 391 y de 393 a 395 del expediente judicial.

2. Los artículos 3, 976 y 1109 del Código Civil, tal como se expone de fojas 367 a 377 del expediente judicial.

3. El artículo 62 de la ley 6 de 1997 que regula la contratación pública y dicta otra disposición, de la forma como lo indica en las fojas 374 y 375 del expediente judicial.

4. El artículo 19, numerales 8 y 9 de la ley 26 de 29 de enero de 1996, por la cual se crea el Ente Regulador de los Servicios Públicos, de la forma como se expresa a fojas de 380 y 381 del expediente judicial.

5. El artículo 20, numeral 9 del decreto ejecutivo 143 de 29 de septiembre de 2006, por medio del cual se adopta el texto único de la ley 26 de 29 de enero de 1996, adicionada y modificada por el decreto ley 10 de 22 de febrero de 2006, de la manera como se expresa de fojas 381 a 383 del expediente judicial.

6. Los artículos 34, 36, 46, 62 y 169 de la ley 38 de 31 de julio de 2000, por la cual se aprueba el estatuto orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el procedimiento administrativo general y dicta disposiciones especiales, conforme lo indica de fojas 383 a 389, 391 a 392 y de 395 a 397 del expediente judicial.

V. Descargos legales de la Procuraduría de la Administración en representación de los intereses de la institución demandada.

Según observa este Despacho, el presente proceso tiene inicio con la emisión de la resolución JD-5954 de 11 de abril de 2006, por parte de la Junta Directiva del Ente Regulador de los Servicios Públicos, ahora, Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, modificada parcialmente por la resolución AN-2268- Elec de 22 de diciembre de 2008, por la cual fue resuelto el recurso de reconsideración interpuesto por la Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A., en

contra de la resolución JD-5954, arriba anotada. (Cfr. 167 a 183 del expediente judicial).

En el citado acto administrativo, la entidad reguladora ordenó a la Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A., devolver a sus clientes de las tarifas BTS, BTD, BTH y MTD, la suma de B/.24,600,000.00 cobrada en exceso.

Consecuentemente, los apoderados judiciales de la parte demandante, interpusieron un recurso de nulidad en contra de la anotada resolución, el cual fue negado mediante la resolución AN 2160-Elec de 24 de octubre de 2008, acto administrativo que, junto con los anteriormente enunciados, ahora ocupan nuestra atención.

Según observa este Despacho, los actos administrativos objetos del presente análisis encuentran sustento en el decreto ley 10 de 22 de febrero de 2006, por el cual se reestructuró el Ente Regulador de los Servicios Públicos, bajo el nombre de Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, como 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 y televisión, así como los de transmisión y distribución de gas natural; y en la ley 6 de 3 de febrero de 1997, modificada por el decreto ley 10 de 26 de febrero de 1998, por la cual se dicta el marco regulatorio e institucional para la prestación del servicio público de electricidad.

El numeral 1 del artículo 98 de la citada ley 6 de 1997, dispone que las empresas prestadoras del servicio público de

electricidad se someterán al régimen de regulación de tarifas y atribuye a la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos la función de definir periódicamente fórmulas tarifarias separadas para los servicios de transmisión, distribución, venta a clientes regulados y operación integrada; mientras que el numeral 2 de ese mismo artículo establece que, para fijar sus tarifas, las empresas de transmisión y distribución prepararán y presentarán a la aprobación de la Autoridad los cuadros tarifarios para cada área de servicio y categoría de cliente, los cuales deben ceñirse a las fórmulas, topes y metodologías establecidos por la institución reguladora.

En razón de lo anterior, la entidad demandada, antes del vencimiento de los cuatro años de duración del régimen tarifario que rigió desde el 1 de julio de 2002 al 30 de junio de 2006, evaluó los diversos componentes que integran la tarifa y los ingresos captados por la aplicación de dicho régimen tarifario, detectándose que la Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A., había recibido ingresos adicionales al establecido en su ingreso máximo, por una suma de B/.24,600,000.00; producto de una considerable subestimación del número de clientes y las ventas que se dieron en la categoría más costosa de tarifas BTD y una sobreestimación de los clientes y las ventas en las tarifas BTH y MTD durante dicho periodo.

Al explicar tal situación la entidad reguladora en el informe de conducta presentado al Tribunal, señala que el ingreso máximo permitido (IMP) es un valor global de ingresos asignados a la empresa distribuidora para cubrir sus costos

de operación, mantenimiento, administración y pérdidas estándar en distribución. Este valor se distribuye en las distintas clases de tarifas, utilizando como base la metodología establecida en el régimen tarifario, donde principalmente se consideran los costos eficientes por prestar el servicio en los distintos niveles de tensión y las proyecciones de ventas para el periodo en estudio.

Añade el informe en mención, que estas proyecciones son responsabilidad de la empresa distribuidora, y que las mismas deben realizarse utilizando datos históricos y condiciones previstas para el periodo de crecimiento de la población, los factores económicos del país y de las posibles migraciones entre tarifas, de acuerdo a su experiencia y conocimientos, por lo que no puede alegarse la ausencia de responsabilidad de la Empresa de Distribución Eléctrica, S.A.

En el caso que nos ocupa, se advierte que la Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A., al realizar sus proyecciones para la determinación de la tarifa, consideró que iba a darse una migración importante de clientes a las tarifas más económicas, de manera que se calculó el ingreso que se produciría con estas proyecciones y se verificó que cumplía con el Ingreso Máximo Permitido (IMP) establecido.

Sin embargo, este comportamiento no se produjo de acuerdo a lo proyectado por la empresa, por lo que debido a la considerable subestimación del número de clientes y las ventas en el nivel tarifario más costoso (BTD), y una sobreestimación de los clientes y las ventas en las tarifas BTH y MTD, durante el periodo tarifario del 2002 al 2006, se

les facturó a los clientes de la Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A., en el nivel tarifario más costoso, produciéndose un ingreso mayor al previsto cuando se diseñó la tarifa a inicio del citado periodo, lo que, a juicio de la entidad reguladora, ocasionó una lesión injusta a los clientes, es decir, a los usuarios del servicio de electricidad suministrado por la concesionaria. (Cfr. fojas 450 a 457 del expediente judicial).

Ante tales circunstancias, la entidad reguladora, debidamente facultada para ello de conformidad con lo establecido los artículo 20 y 100 de la ley 6 de 1997, sectorial de electricidad, así como en el artículo 19 de la ley 26 de 1996, tal como quedó modificada por el decreto ley 10 de 22 de febrero de 2006, que a continuación se transcribe, aplicable al caso de nos ocupa por ser declarado de orden público e interés social, emitió los actos administrativos que hoy son objeto de análisis.

"Artículo 19. Funciones y atribuciones de la Autoridad. Para el cumplimiento de sus objetivos, la Autoridad tendrá las funciones y atribuciones siguientes:

...
...
...

9. Supervisar y verificar la aplicación del régimen tarifario y de los valores tarifarios, tanto a los usuarios como a las empresas, de acuerdo con los mecanismos que se prevean en las leyes sectoriales, y **establecer las medidas correctivas en caso de que dicha aplicación sea incorrecta o no esté debidamente sustentada...**"

Con la aplicación de las normas en mención, creadas con la finalidad de salvaguardar el interés público sobre el particular, la entidad reguladora, en ejercicio de atribuciones legales, ha pretendido proteger a la colectividad de los errores en los cuales incurrió la empresa demandante, los cuales representan una lesión a los intereses de los usuarios de este servicio de electricidad, que es de carácter público, independientemente de que quien lo esté prestando sea una persona de derecho privado.

Contrario a los razonamientos expuestos por la parte actora, este Despacho es del criterio que la resolución JD-5954 de 11 de abril de 2006, fue emitida en estricto cumplimiento de las normas que regulan la materia, tal como se ha explicado en líneas anteriores, razón por la cual devienen sin sustento, los cargos de ilegalidad formulados en contra de la resolución AN-2160 Elec de 24 de octubre de 2008, por la cual se resuelve el incidente de nulidad interpuesto por los apoderados generales de la Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A.

Tal como argumenta la entidad demandada en su informe de conducta, la resolución JD-5954 fue emitida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, ahora Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, por razón de la competencia conferida a ella por ley. (Cfr. fojas 60 a 68 del expediente judicial).

Por otra parte, cabe mencionar que de acuerdo con lo que se observa en la carátula del expediente 110-09, la Secretaría de ese Tribunal ha colocado manualmente las fechas

de vencimiento de los términos para aducir pruebas, contrapruebas y realizar objeciones, por lo que es necesario aclarar que esta Procuraduría se notificó el 10 de marzo de 2010 de las resoluciones de 18 de marzo y 8 de junio de 2009, visibles a fojas 58 y 447 del expediente judicial, por las cuales se admiten las demandas acumuladas y se abre el proceso a prueba, de tal suerte que de acuerdo con lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 1022 del Código Judicial, es a partir de la fecha indicada cuando deben empezar a contarse los respectivos periodos probatorios.

Por consiguiente, este Despacho solicita a ese Tribunal se sirva declarar que **NO SON ILEGALES** las resoluciones AN-2160 Elec de 24 de octubre de 2008 y la resolución JD-5954 de 11 de abril de 2006, y sus actos confirmatorios y, en consecuencia, se desestimen las pretensiones de la demandante.

IV. Pruebas: Se aducen los expedientes administrativos relativos a estos procesos, los cuales reposan en los archivos de la entidad demandada.

V. Derecho: No se acepta el invocado por la demandante.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Nelson Rojas Avila
Procurador de la Administración, encargado

Alina Vergara de Chérigo
Secretaria General, encargada