

26 de agosto de 2002

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

**Contestación de las
Demandas Acumuladas.**

El Licenciado Florentino A. Dutary V, en representación de **Elektra Noreste, S.A.**, y la Firma Forense Galindo Arias y López, en representación de la **Empresa de Distribución Eléctrica Chiriquí, S.A.**, y **Metro Oeste, S.A.**, para que se declare nula, por ilegal, la Resolución N°JD-2982 del 5 de octubre de 2001, dictada por el **Ente Regulador de los Servicios Públicos**, el acto confirmatorio y para que se hagan otras declaraciones.

Señor Magistrado Presidente de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia:

Con el respeto acostumbrado acudimos ante Vuestro Honorable Tribunal, con la finalidad de responder a las Demandas Contencioso Administrativas de Plena Jurisdicción que se enuncian en el margen superior del presente escrito.

Como es de su conocimiento, en estos tipos de procesos actuamos en defensa de los intereses de la Administración, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5, numeral 2, Libro Primero, de la Ley N°38 de 31 de julio de 2000, que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración.

I. En cuanto a las pretensiones.

Solicitamos respetuosamente a los señores Magistrados, denegar las declaraciones impetradas por los demandantes, ya que no les asiste la razón en sus pretensiones, tal y como lo demostraremos en el transcurso del presente negocio procesal.

II. Los hechos y omisiones en que se fundamenta la acción, los contestamos de la siguiente manera:

A. Demandas de Elektra Noreste, S.A.

- Primero:** Este hecho es cierto; por tanto, lo aceptamos.
- Segundo:** Este hecho es cierto; por tanto, lo aceptamos.
- Tercero:** No es cierto de la forma en que viene expuesto; por tanto, lo rechazamos.
- Cuarto:** Lo expuesto no constituye un hecho sino una transcripción del artículo 97 de la Ley N°6 de 3 de febrero de 1997 y sólo ese valor le damos.
- Quinto:** Este hecho no es cierto como viene redactado; por tanto, lo negamos.
- Sexto:** No nos consta; por tanto, lo rechazamos.
- Séptimo:** Lo expuesto no consta en autos; por tanto, lo rechazamos.
- Octavo:** No es cierto de la forma en que viene expuesto; por tanto, lo rechazamos.
- Noveno:** No es cierto de la forma en que viene expuesto; por tanto, lo rechazamos.
- Décimo:** Sólo aceptamos como cierto, que se aprobaron las 100 empresas modelos, de conformidad con el indicador de densidad lineal comparable con el utilizado para clasificar las áreas representativas de Panamá.
- Undécimo:** Esto no constituye un hecho; por tanto, lo rechazamos.
- Duodécimo:** Las razones esgrimidas por el Ente Regulador para rechazar de plano el recurso de reconsideración, constan en el expediente.
- Decimotercero:** Lo expuesto constituye una referencia parcial de parte del contenido de la Resolución JD-3084 y sólo ese valor le damos.
- Decimocuarto:** No nos consta; por tanto, lo rechazamos.

Decimoquinto: Lo contestamos igual que el hecho décimo tercero.

Decimosexto: Este hecho se responde de igual forma que el anterior.

Decimoséptimo: No es cierto de la forma en que viene expuesto; por tanto, lo rechazamos.

Décimo octavo: Lo contestamos igual que el hecho anterior.

Décimo noveno: Lo expuesto constituye una transcripción parcial de la Resolución JD-3084 y como tal la tenemos.

Vigésimo: Consta en el expediente que fue notificada.

B. Demandas de EDECHI y Metro Oeste, S.A.

Primero: Este hecho es cierto; por tanto, lo aceptamos.

Segundo: Lo expuesto constituye una referencia parcial del artículo 103 in comento y sólo ese valor le damos.

Tercero: No nos consta; por tanto, lo rechazamos.

Cuarto: No consta en autos; por tanto, lo rechazamos.

Quinto: Lo expuesto no constituye un hecho sino una referencia parcial de lo que establece el artículo 103 de la Ley N°6 de 1997 y como tal, la tenemos.

Sexto: Este hecho es parcialmente cierto.

Séptimo: Sólo aceptamos que presentaron el recurso de reconsideración.

Octavo: Constan en autos, las razones esgrimidas por el Ente Regulador para rechazar el recurso de reconsideración presentado.

Noveno: Aceptamos que se surtió la notificación en la fecha indicada.

III. Las disposiciones legales que se estiman infringidas y el concepto de la violación, son los que a seguidas se copian:

1. El artículo 103 de la Ley N°6 de 1997, que a la letra establece:

"Artículo 103: Valor agregado de distribución. El valor agregado de distribución está constituido por los siguientes costos, que tendría una empresa de distribución eficiente, para prestar el servicio de distribución en su zona de concesión; costos de administración, operación y mantenimiento del sistema de distribución, excluyendo los costos de medición, facturación y atención a los clientes; el costo de las pérdidas estándar en las redes de distribución; el costo de depreciación de sus bienes; y el costo correspondiente a la oportunidad que debe tener el concesionario de obtener una tasa razonable de rentabilidad sobre sus inversiones. Para los efectos de este cálculo no se considerarán los costos financieros de créditos concedidos al concesionario.

El Ente Regulador establecerá un máximo de seis áreas de distribución representativas de los mercados atendidos en cada zona de concesión y calculará, luego, el valor de distribución para cada área representativa, bajo el supuesto de eficiencia en la gestión de la empresa de distribución. El supuesto de eficiencia tendrá como base el desempeño reciente de empresas reales similares, nacionales o extranjeras."

Los apoderados judiciales de las sociedades demandantes señalan que no cuestionan la facultad que tiene el Ente de establecer como empresas modelos, aquellas extranjeras que sean similares, como fueron las 100 empresas americanas elegidas por el Ente mediante la Resolución atacada, a fin que se puedan comparar para medir la eficiencia en la gestión de la empresa distribuidora local. Sin embargo, añaden que

el citado artículo 103 exige que tales empresas sean similares a las nacionales y las elegidas no son similares.

2. El artículo 97 de la Ley N°6 de 1997, que reza así:

"Artículo 97: Criterios para definir el régimen tarifario. El régimen tarifario está orientado en el siguiente orden de prioridad, por los criterios de suficiencia financiera, eficiencia económica, equidad, simplicidad y transparencia..."

Al explicar el concepto de violación, los demandantes argumentan que las llamadas empresas modelos no son similares a las empresas de distribución locales, por ser completamente distintas, por consiguiente, el Ente Regulador parte de una premisa equivocada.

Según el demandante la información relativa a las empresas modelos se limita a información económica y financiera, existiendo muy poca información técnica que es la que determina los costos de las empresas distribuidoras y los niveles de inversión.

3. El numeral 17 del artículo 20 de la Ley N°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, que es del tenor literal siguiente:

"Artículo 20. El Ente Regulador tendrá las siguientes funciones en relación al sector de energía eléctrica:
1...
17. Hacer de conocimiento público sus actos

Los apoderados de las empresas demandantes indican que al no hacer de conocimiento público los procedimientos utilizados para alcanzar las conclusiones contenidas en la Resolución atacada, el Ente Regulador violó de forma directa el principio de publicidad contenido en la norma arriba transcrita.

4. El artículo 111 de la Ley N°6 de 1997, que es del tenor literal siguiente:

"Artículo 111: Tarifas para los clientes. Las ventas de electricidad a clientes finales, salvo a los grandes clientes serán retribuidas, sin excepción, por medio de tarifas reguladas..."

Al exponer el concepto de violación, los demandantes en lo medular aducen que las empresas de distribución tienen derecho a cubrir sus costos a través de las tarifas reguladas, tomando en cuenta las características propias de cada empresa.

IV. Defensa de los intereses de la Administración Pública:

Por considerar que de una u otra manera los conceptos de infracción se encuentran cercanamente relacionados, este Despacho se permite contestarlos todos de forma conjunta.

1. Consideraciones preliminares y antecedentes de la actuación del Ente Regulador.

La Ley N°26 de 29 de enero de 1996, modificada por la Ley N°24 de 30 de junio de 1999, creó el Ente Regulador de los Servicios Públicos como un organismo autónomo del Estado, con personería jurídica y patrimonio propio, el cual tiene a su cargo el control y fiscalización de los servicios públicos de abastecimiento de agua potable, alcantarillado sanitario, telecomunicaciones y electricidad, así como los de transmisión y distribución de gas natural.

Mediante Ley N°6 de 1997, modificada por el Decreto Ley N°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", se establece el régimen al que se sujetarán las actividades de generación, transmisión,

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

El numeral 4 del artículo 20 de la Ley N°6 de 1997, dispone que le corresponde al Ente Regulador establecer los criterios de metodología y fórmulas para la fijación de las tarifas de los servicios públicos de electricidad, en los casos en que no haya libre competencia.

Por su parte el artículo 97 de la ley N°6 de 1997, establece los criterios que se deben aplicar al definir el régimen tarifario en los servicios públicos de electricidad, determinando que estos son en orden de prioridad, los criterios de suficiencia financiera, eficiencia económica, equidad, simplicidad y transparencia y el numeral 1 del artículo 98 señala que el Ente definirá periódicamente las fórmulas tarifarias separadas para los servicios de transmisión, distribución, venta a clientes regulados y operación integrada. Además de conformidad con los estudios que realice, puede establecer los topes máximos y mínimos tarifarios de obligatorio cumplimiento por parte de las empresas y podrá definir las metodologías para la determinación de las tarifas.

2. Defensa de la Procuraduría de la Administración.

A nuestro juicio, estos cargos de ilegalidad merecen ser desestimados, ya que se encuentra debidamente acreditado en el expediente, que el Ente Regulador de los Servicios Públicos se fundamentó en el segundo párrafo del artículo 103 de la Ley N°6 de 1997, para escoger las empresas modelos que servirían de base para determinar la eficiencia económica, financiera y técnica de las Empresas de Distribución

Eléctrica Chiriquí, S.A., Metro Oeste, S.A., y Elektra Noreste, S.A.

La norma in comento a la letra establece:

"Artículo 103: Valor agregado de distribución.

.....

El Ente Regulador establecerá un máximo de seis áreas de distribución, representativas de los mercados atendidos en cada zona de concesión y calculará luego, el valor de distribución para cada área representativa bajo el supuesto de eficiencia en la gestión de la empresa de distribución. El supuesto de eficiencia tendrá como base el desempeño reciente de empresas reales similares, nacionales o extranjeras..."

De las constancias procesales acopiadas se infiere que el Ente Regulador de los Servicios Públicos, contrató a la Empresa Consultora Mercados Energéticos S.A., para que realizara los estudios que permitieran adoptar el régimen tarifario de distribución, las áreas de distribución representativas de los mercados atendidos por cada empresa distribuidora en su zona de concesión, las empresas modelo, la tasa de rentabilidad y el ingreso máximo permitido que pueden recibir sobre la base de su eficiencia las empresas Elektra Noreste, S.A., Distribución Eléctrica Chiriquí, S.A., y Metro Oeste, S.A.

A través de las Resoluciones JD-2979 y JD-2980, el Ente aprobó las áreas representativas aplicables al régimen tarifario, correspondientes al período 2001 al 2006, estableciendo los rangos de densidad de las áreas.

Las empresas modelos fueron escogidas por las siguientes razones:

- a) La planta física de las empresas distribuidoras norteamericanas es similar a la que tienen las empresas

distribuidoras panameñas, es decir, principalmente líneas aéreas, excepto en los centros de la ciudad.

- b) Las empresas distribuidoras de los Estados Unidos al igual que las ubicadas en Panamá mantienen similares niveles de tensión en distribución y otras características técnicas en el servicio eléctrico, lo que lleva a tener una similar estructura de redes y por tanto de activos y costos.
- c) Las infraestructuras que recibieron las empresas de distribución que surgieron de la reestructuración del Instituto de Recursos Hidráulicos y Electrificación (IRHE) se fundamentaba en estándares norteamericanos.

Sobre el particular, el Director Presidente del Ente Regulador de los Servicios Públicos, en su Informe de Conducta remitido al Magistrado Sustanciador destaca lo siguiente:

“2.- La información de las empresas comparadoras establecidas en la Resolución No. JD-2982, se encuentra disponible en la página web <http://rimswb2.ferc.fed:us/formIviewer/>, y eso lo saben las empresas distribuidoras que tuvieron que acceder a la información contenida en esa página, con respecto a las empresas comparadoras adoptadas para el régimen tarifario de distribución 1998-2002.

3.- No podemos hablar de falta de transparencia cuando las empresas recurrentes pueden acceder a la información de las empresas comparadoras y de esa manera evaluar con sujeción a la propuesta de régimen tarifario si las mismas son empresas reales similares de acuerdo a lo que establece el segundo párrafo del Artículo 103 de la Ley No. 6 de 1997.

4.- La suficiencia financiera de las empresas distribuidoras no está afectada por la falta de disponibilidad de la memoria de cálculo que aducen los apoderados legales de las empresas

demandantes. Es el Ingreso Máximo Permitido que deben obtener las empresas distribuidoras en el próximo período tarifario (2002-2006), el que determina la suficiencia financiera de las empresas distribuidoras panameñas.” (Cf. f. 184)

Las constancias procesales acopiadas incorporadas al proceso, permiten afirmar que no se viola ninguna de las disposiciones alegadas por las empresas demandantes, ya que por el contrario constituyen parte del basamento jurídico utilizado por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, que justifican la emisión de la Resolución N°JD-2985 de 5 de octubre de 2001.

Por otro lado ninguna de las empresas recurrentes, ha aportado prueba alguna, que demuestren que los índices y estándares de las empresas modelos mencionadas en la Resolución N°JD-2982, no guarden similitud con las empresas que prestan el servicio de distribución eléctrica en la República de Panamá.

No compartimos la tesis de los demandantes, cuando aducen que se afecta la suficiencia financiera de las empresas distribuidoras, ya que no se puede considerar en esta etapa afectación alguna, por ser al momento de aprobarse el ingreso máximo permitido en que se puede verificar o señalar si se cumple o no con el principio de suficiencia financiera.

Los argumentos esbozados por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, son más que suficientes para justificar su actuación, por lo que hacemos propias las observaciones plasmadas en las resoluciones impugnadas, cuando también señalan que no se puede hablar de falta de transparencia, al poder accederse a la información de las empresas modelos y

evaluar si son reales o similares, de conformidad con lo que establece el artículo 103 de la Ley N°6 de 1997.

Como puede observarse, el Ente Regulador expide el acto atacado en ejercicio de sus facultades de vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos que regulan el sector eléctrico, en pro del interés público.

Por las consideraciones expuestas, no se han producido las violaciones alegadas, y reiteramos nuestra respetuosa solicitud a la Honorable Sala, para que deniegue todas las declaraciones reclamadas por la demandante.

V. Derecho: Negamos el Invocado.

VI. Pruebas: De las presentadas, aceptamos los originales y las copias que se encuentran debidamente autenticadas.

Aducimos el expediente administrativo de la actuación demandada, mismo que puede ser solicitado al Director Presidente del Ente Regulador de los Servicios Públicos.

Del Honorable Magistrado Presidente,

**Licda. Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración**

AMdeF/4/mcs

Licdo. Víctor L. Benavides P.
Secretario General

Materia:

**Régimen Tarifario de Distribución
Empresas Modelos.**