

17 de octubre de 2002

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

**Contestación de
la Demanda.**

La firma Galindo, Arias & López, en representación de la **Empresa de Distribución Eléctrica Metro-Oeste, S.A.**, para que se declare nulo, por ilegal, el artículo primero, los cuadros N° 1, 2 y 3 del Anexo A de la Resolución N°3145 de 28 de diciembre 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 ese Honorable Tribunal de Justicia, a fin de dar contestación a la demanda interpuesta en el Proceso Contencioso Administrativo de Plena Jurisdicción enunciado 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. Las pretensiones de la parte demandante.

El apoderado judicial de la parte actora ha pedido a su digno Tribunal, que declare lo siguiente:

1. Que son ilegales y, por tanto, nulas las cantidades señaladas como Ingreso Máximo Permitido en Distribución, Comercialización, y Alumbrado Público, expresadas en miles de balboas, contenidas en el Artículo Primero de la Resolución

N°JD-3145 de 28 de diciembre de 2001, dictada por el ENTE REGULADOR, por la cual "Se aprueba el monto del Ingreso Máximo Permitido a la Empresa de Distribución Eléctrica Metro-Oeste, S.A.", tal como fueron modificadas por el Artículo Segundo de la Resolución N°JD-3228 de 5 de marzo de 2002, dictada por el ENTE REGULADOR, mediante la cual se aceptó parcialmente el recurso de reconsideración interpuesto por la Empresa de Distribución Eléctrica Metro-Oeste, S.A. contra la Resolución JD-3145 de 28 de diciembre de 2001, al igual que fueron modificadas por el Artículo Segundo de la Resolución 3284 de 22 abril de 2002, también dictada por el ENTE REGULADOR:

Distribución.....	205,837
Comercialización.....	76,753
Alumbrado Público.....	7,113

2. Que son ilegales y, por tanto nulas, todas las cantidades indicadas en los CUADROS N°1 y 2, del Anexo A de la Resolución N°JD-3145 de 28 de diciembre de 2001, tal como quedaron modificadas por Resolución N°JD-3228 de 5 de marzo de 2002 y Resolución 3284 de 22 abril de 2002, todas dictadas por el ENTE REGULADOR.

3. Que son ilegales y, por tanto nulas, las cantidades se detallan, contenidas en el CUADRO N°3 del Anexo A de la Resolución N°JD-3145 de 28 de diciembre de 2001, tal como quedaron modificadas por Resolución N°JD-3228 de 5 de marzo de 2002 y Resolución 3284 de 22 abril de 2002, todas dictadas por el ENTE REGULADOR.

4. Que son ilegales y, por tanto, nulos tanto el análisis de eficiencia aplicado a la determinación de la Base de Capital de EDEMET, así como todos los procedimientos,

cálculos y sus resultados para la determinación de las Pérdidas Eficientes de Energía y la proyección de los Activos de Distribución para el Área 1 y de los Costos de Operación y Mantenimiento en el Área 1 de EDEMET, todos contenidos en la Metodología de Cálculo de la Resolución N°3145, tal como quedaron modificados por la Metodología de Cálculo de la Resolución N°JD-3228 de 5 de marzo de 2002.

5. Que el ENTE REGULADOR debe aprobar el Ingreso Máximo Permitido de EDEMET de conformidad con lo dispuesto en la Ley 6 de 1997, por la cual se dicta el Marco Regulatorio e Institucional para la Prestación del Servicio Público de Electricidad.

6. Que el ENTE REGULADOR, al establecer el Ingreso Máximo Permitido de EDEMET, debe reconocer los activos fijos netos en operación, "a partir del valor, a costo original, asentado en los libros de contabilidad" al 11 de julio de 2002.

7. Que el ENTE REGULADOR, al establecer el Ingreso Máximo Permitido de EDEMET no puede aplicar ningún factor de ineficiencia sobre sus activos fijos netos en operación asentados en sus libros de contabilidad al inicio del periodo tarifario, es decir, sobre su BASE DE CAPITAL.

8. Que el ENTE REGULADOR, al aprobar el Ingreso Máximo Permitido de EDEMET, debe determinar las Pérdidas Eficientes de Energía en Distribución en base a los siguientes criterios:

"a.- Si el ENTE REGULADOR no puede obtener de manera fehaciente la estructura de ventas de energía de las empresas modelo extranjera por nivel de tensión (alta, media y baja tensión), debe tener en consideración lo dispuesto en el párrafo final del inciso segundo del artículo 103 de la

LEY 6, por tanto, para definir las pérdidas eficientes de energía, debe tomar en cuenta, dentro del concepto de 'empresas reales similares', la estructura de consumo por nivel de tensión y las características físicas de la red en los diferentes niveles de tensión de las empresas de distribución existentes en la República de Panamá, partiendo de las actuales pérdidas de las empresas de distribución, tomando en cuenta, además, la posible evolución de las pérdidas tendientes a alcanzar los niveles de pérdidas de empresa eficiente al final de un periodo de transición adecuado, definido éste a través de un estudio técnico de las redes de las empresas de distribución.

b.- Además de tener en cuenta las ventas por nivel de tensión de las empresas modelo, extranjeras o nacionales, tomar en consideración la longitud de líneas.

c.- Tomar en consideración, para la asignación de pérdidas reconocidas, la situación socio-económica de la población atendida por las empresas de distribución panameñas, por tanto, el ENTE REGULADOR debe considerar, dentro de los parámetros eficientes de pérdidas, la energía entregada a los clientes de bajos recursos conectados ilegalmente, a los que, por razones de hecho, tales como violencia y amenazas contra el personal de las empresas de distribución, las mismas no pueden cobrarles ni interrumpirles el suministro.

9. Que el ENTE REGULADOR, al aprobar el Ingreso Máximo Permitido de EDEMET, debe usar la variable intensidad de consumo de las ecuaciones de eficiencia para determinar el valor de los Activos en Distribución en el Área 1, tal como lo hizo para las Áreas 2 y 3 en las resoluciones impugnadas.

10. Que habida cuenta de lo anterior, la proyección de inversiones que formarán parte de los Activos en Distribución de EDEMET, para el período tarifario que va del 1° de julio de 2002 a 30 de junio de 2006, expresada en dólares moneda legal de los Estados Unidos de América, son:

JUL02/JUN03	JUL03/JUN04	JUL04/JUN05	JUL05/JUN06
23,322,337	23,137,408	21,652,374	21,303,176

11. Que el ENTE REGULADOR, al aprobar el Ingreso Máximo Permitido de EDEMET, debe usar la variable intensidad de consumo de las ecuaciones de eficiencia para determinar el valor de los Costos en Operación y Mantenimiento en el Área 1, tal como lo hizo para las Áreas 2 y 3 de las resoluciones impugnadas.

12. Que habida cuenta de lo anterior, los Costos en Operación y Mantenimiento de EDEMET para el período tarifario que va del 1° de julio de 2002 a 30 de junio de 2006, expresada en dólares moneda legal de los Estados Unidos de América, son:

JUL02/JUN03	JUL03/JUN04	JUL04/JUN05	JUL05/JUN06
13,075,076	13,598,657	14,113,046	14,621,228

13. Que el ENTE REGULADOR, al aprobar el Ingreso Máximo Permitido de EDEMET y estimar el valor de los activos que EDEMET adquiriera antes del inicio del período tarifario y no estén asentados en sus libros de contabilidad, debe calcular el factor de eficiencia sobre las inversiones eficientes como para las que el ENTE REGULADOR estime ineficientes, distinguiendo, en adición, si están destinadas a distribución, comercialización o alumbrado público y en forma anual sobre todos y cada uno de esos activos. El ENTE REGULADOR deberá verificar el costo de estos activos luego de que sean asentados en los libros de contabilidad, es decir, en fecha posterior al 30 de junio de 2002.

14. Que, como consecuencia de todas las anteriores declaraciones, se le ordena al ENTE REGULADOR que emita una

nueva Resolución aprobando el Ingreso Máximo Permitido de EDEMET para el período que va del 11 de julio de 2002 al 30 de junio de 2006, a fin de que se lleven a cabo todas las modificaciones y correcciones indicadas en las declaraciones anteriores y se enmiende el daño económico causado a EDEMET, lo cual debe hacerse mediante una recuperación, en un término no mayor de cuatro (4) años, a través del establecimiento de un cargo tarifario adicional al Pliego Tarifario de EDEMET vigente a la fecha en que dicha recuperación se lleve a cabo. El monto de la recuperación del daño económico de EDEMET será presentado por ésta al ENTE REGULADOR, quien deberá revisarlo y aprobarlo en un término no mayor de treinta (30) días calendarios.

Este Despacho considera que deben denegarse las peticiones formuladas por la parte demandante, ya que no le asiste la razón y carecen sus pretensiones de sustento jurídico.

II. Los hechos y omisiones en que se fundamentan las acciones de los demandantes, los contestamos de la siguiente forma:

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

Segundo: Este hecho se responde como el segundo.

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

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

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

Sexto: Este hecho no es cierto de la manera en que se encuentra redactado; por tanto, lo negamos.

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

Octavo: Este hecho lo contestamos igual que el séptimo.

Noveno: Este hecho se responde como el sexto.

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

Undécimo: Este hecho no es cierto de la manera en que viene redactado; por tanto, lo negamos.

Duodécimo: Este hecho lo contestamos igual al undécimo.

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

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

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

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

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

Decimooctavo: Este hecho es falso; por tanto, lo negamos.

Decimonoveno: Este hecho no es cierto de la manera como se expone; por tanto, lo negamos.

Vigésimo: Este hecho se responde igual que el anterior.

Vigésimo primero: Este no es un hecho, sino alegaciones y apreciaciones subjetivas; como tales lo negamos.

Vigésimo segundo: Este hecho no es cierto; por tanto, lo negamos.

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

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

Vigésimo quinto: Este hecho no es cierto de la forma en que se encuentra redactado; por tanto, lo negamos.

Vigésimo sexto: Este hecho se responde como el anterior.

Vigésimo séptimo: Este hecho no es cierto como se expone; por tanto, lo negamos.

Vigésimo octavo: Este hecho se contesta igual que el precedente.

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

Trigésimo: Este hecho no es cierto; por tanto, lo negamos.

Trigésimo primero: Este hecho no es cierto; por tanto, lo negamos.

Trigésimo segundo: Este hecho no es cierto; por tanto, lo negamos.

Trigésimo tercero: Este hecho no es cierto; por tanto, lo negamos.

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

Trigésimo quinto: Este hecho no es cierto de la forma en que está planteado; por tanto, lo negamos.

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

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

III. Las disposiciones legales que se estiman infringidas y los conceptos de la violación a las mismas son los siguientes:

A. El artículo 103 de la Ley 6 de 1997, que dice así:

"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 agregado 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.

El Ente Regulador definirá la tasa de rentabilidad que considere razonable para el concesionario, tomando en cuenta la eficiencia de éste, la calidad de su servicio, su programa de inversiones para el período de vigencia de las fórmulas tarifarias y cualquier otro factor que considere relevante. Sin embargo, la tasa que el Ente Regulador defina no podrá diferir en más de dos puntos de la tasa resultante de sumar la tasa de interés anual efectiva, promedio de los doce meses anteriores a la fecha en que se fija la fórmula tarifaria, de los bonos de treinta años del tesoro de los Estados Unidos de América, más una prima de ocho puntos por concepto del riesgo del negocio de distribución eléctrica en el país.

Las tasa, así determinada, se aplicará a los activos fijos netos en operación, que el Ente Regulador estime para el periodo de vigencia de las fórmulas tarifarias. Esta estimación se hará a Partir del valor, a costo original asentado en los libros de contabilidad del concesionario, al inicio del período, bajo el supuesto de eficiencia económica en las inversiones que el concesionario haga durante el período."

Concepto de Infracción:

"La norma citada regula las siguientes materias:

1.- **los costos que constituyen el valor agregado en distribución,**

2.- las áreas de distribución representativas de los mercados de

distribución atendidos en cada zona de concesión,

3.- **el valor agregado de distribución** para cada área representativa, bajo el supuesto de eficiencia de gestión con base al desempeño reciente de **empresas reales, similares, nacionales o extranjeras,**

4.- **la tasa de rentabilidad,**

5.- **El valor de los activos fijos netos en operación al inicio del periodo tarifario,** esto es, la BASE DE CAPITAL.

Según se sigue del considerando N°13 de la RESOLUCIÓN 3145, para calcular el pliego tarifario de EDEMET, que comprende los cuadros tarifarios para cada área de servicio y categoría de cliente, 'es necesario establecer el Ingreso Máximo Permitido a la empresa de distribución'.

Dicho IMP en DISTRIBUCIÓN, COMERCIALIZACIÓN Y ALUMBRADO PÚBLICO es de vital importancia para la empresa de distribución, pues del mismo depende su suficiencia financiera, ya que el IMP es la máxima suma de dinero que puede recaudar a través de las tarifas para los clientes regulados, para cubrir los costos que constituyen su valor agregado de distribución y comercialización, así como le permita remunerar la BASE DE CAPITAL al inicio del período tarifario, así como las inversiones hechas por sus accionistas durante el período tarifario, como lo haría una empresa de un sector de riesgo comparable.

Veamos ahora de qué manera el ENTE REGULADOR al aprobar el IMP en DISTRIBUCIÓN, COMERCIALIZACIÓN Y ALUMBRADO PÚBLICO de EDEMET violó el artículo 103 de la LEY 6:

1.- **PERIODO DE ESTIMACIÓN DE LOS ACTIVOS FIJOS:** a fin de determinar el IMP, el ENTE REGULADOR debe estimar los activos fijos netos de la empresa al inicio del período tarifario, es decir, al 1° de julio de 2002, según su valor asentado en sus libros de contabilidad, o sea, la BASE DE CAPITAL.

...

No obstante, según se sigue del literal c) del considerando 18.5.6.3 de la Resolución 3228, el ENTE REGULADOR para determinar el IMP en DISTRIBUCIÓN Y COMERCIALIZACION de EDEMET, utilizó, como parte de la BASE CAPITAL, el valor de los activos fijos netos al 31 de diciembre de 1998, apartándose en consecuencia, de lo dispuesto en el inciso final del artículo 103 de la LEY 6, según el cual, se calculan en base a los activos fijos al inicio del período tarifario, que en este caso es el 1° de julio de 2002.

En adición a lo anterior, el ENTE REGULADOR, a efectos de determinar los activos fijos netos en distribución a diciembre de 1998, utilizó el Informe Auditado para 1998, emitido por Price Waterhouse Coopers (PW COOPERS). En vista de que dicho informe, en los activos fijos netos de distribución, incluyó los activos netos de generación, el ENTE REGULADOR, decidió restar el importe que se señala como costo de las Unidades Generadoras de propiedad de EDEMET, con base a una fórmula matemática (regla de tres), porque tales activos de generación no corresponden a los pertenecientes a Distribución, Comercialización y Alumbrado Público. No obstante, el ENTE REGULADOR al efectuar la operación matemática para determinar a cuánto ascienden los activos netos en distribución, no tomó en cuenta que en el Informe Auditado para 1998, emitido por PW COOPERS, se explica que las Unidades Generadoras de EDEMET fueron objeto de una provisión o depreciación acumulada en ese mismo año, de ahí que la fórmula matemática utilizada para descontar el activo fijo neto en concepto de Unidades Generadoras es incorrecta.

...

2.- FACTOR DE INEFICIENCIA: ...

Al respecto es importante tener presente que ese factor de ineficiencia aplicado a la BASE DE CAPITAL de EDEMET para determinar el IMP en DISTRIBUCIÓN, COMERCIALIZACIÓN Y ALUMBRADO PÚBLICO, constituye un criterio no contemplado en el artículo 103 de la LEY 6 ni en ningún otro de la misma, pues el criterio de eficiencia económica a que se refiere la citada norma, es

aplicable a las inversiones que el ENTE REGULADOR estime que el concesionario posiblemente hará durante el período tarifario, y no a los activos fijos en operación asentados en los libros del concesionario al inicio de período tarifario. Recordamos que los funcionarios públicos, por mandato constitucional, deben desempeñar sus funciones de acuerdo con lo dispuesto en ley, sin apartarse de la misma, ya que no gozan de la facultad que la Constitución Política le da a los particulares de realizar todo aquello que la ley no prohíba.

...

El hecho de que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 103 de la LEY 6, el factor de eficiencia de la empresa de distribución se tome en cuenta para la determinación de la tasa de rentabilidad, y que además, el ENTE REGULADOR pretenda aplicar para la determinación del IMP en DISTRIBUCIÓN, COMERCIALIZACIÓN Y ALUMBRADO PÚBLICO, implica una doble aplicación de un mismo concepto económico, lo que es violatorio de nuestro ordenamiento legal. En otras palabras, si la compra de un activo no se hace eficientemente, esa ineficiencia de la empresa ya es considerada en la determinación de la tasa de rentabilidad, lo que se traduce en una tasa inferior al valor máximo que la LEY 6 le permite definir al ENTE REGULADOR.

...

Como se aprecia, el ENTE REGULADOR ha manifestado que los valores para determinar el factor de ineficiencia, los ha obtenido de los estudios hechos por la firma consultora que 'ha apoyado al Ente Regulador en este proceso'. Sin embargo, el ENTE REGULADOR no ha presentado dichos estudios, pues no los ha hecho públicos, razón por la cual no se conoce su alcance, obras objeto del mismo, costos ni la metodología usada, ya que el único dato que se suministró es el nombre de los países. En vista, entonces, de que no se han dado a conocer los costos utilizados por el consultor para la comparación, no se puede saber si corresponden o no con las obras o proyectos que fueron desarrollados por la empresa.

En adición a lo antes expresado, también es menester tener presente que ese criterio de eficiencia económica no se aplica retroactivamente, sino hacia el futuro, tal cual lo ha manifestado el propio ENTE REGULADOR en la Resolución N°JD-3245 de 18 de marzo de 2002, mediante la cual resolvió el Recurso de Reconsideración interpuesto por nuestra mandante contra la Resolución N°JD-3143 de 28 de diciembre de 2001, que aprobó la Segunda Parte del Régimen Tarifario.

...

De ahí entonces que resulte ilegal y contrario a lo expresado por el propio ENTE REGULADOR, que se aplique un factor de ineficiencia sobre los activos netos fijos al inicio del periodo tarifario para los efectos del IMP en DISTRIBUCIÓN, COMERCIALIZACIÓN Y ALUMBRADO PÚBLICO, o BASE DE CAPITAL, ya que los mismos se estiman según su valor en los libros de contabilidad al inicio del periodo tarifario, y el factor de eficiencia, como queda dicho, se aplica para establecer la Tasa de Rentabilidad, y sobre las inversiones futuras que el ENTE REGULADOR determine que la empresa de distribución puede llegar a hacer y no sobre las que ya asentó en sus libros y que pueden ser verificadas por el ENTE REGULADOR. En adición, el factor de eficiencia económica, debe aplicarse no sólo para penalizar la ineficiencia de la empresa, sino también para premiar o incentivar su eficiencia, a fin de que dicho criterio se aplique en forma equitativa o simétrica.

No obstante, el ENTE REGULADOR, amén de haber aplicado el mencionado factor de ineficiencia, por el denominado, 'ajuste por costos internacionales razonables', sobre la BASE DE CAPITAL, que como hemos dicho, no está contemplado en la LEY 6 para ese fin, lo aplicó sobre una muestra no representativa de los activos de la empresa y en forma global, es decir, sin distinguir si tales activos eran de distribución, comercialización o alumbrado público.

...

3.- PÉRDIDAS DE ENERGÍA: ...

Como se aprecia, el ENTE REGULADOR, a su entera discreción, ha definido una variable DUMMY, sin dar mayor explicación del fundamento técnico o científico de la misma.

El ENTE REGULADOR ha definido la restricción de la variable DUMMY, tratando de diferenciar las características topológicas de las redes de cada una de las áreas representativas, indicando que con ello resultan pérdidas con mayores valores a medida que la densidad de carga decrece, siendo que esa variable debió haber sido definida en función de una ecuación matemática.

Esta metodología es contraria al criterio del empleo de empresas modelo, recogido en el artículo 103 de la LEY 6, ya que las pérdidas no se están contemplando en función de tales empresas, sino en virtud de una supuesta discrecionalidad no establecida en la ley.

Es más, en vista de que el mercado atendido por las empresas modelo escogidas por el ENTE REGULADOR es muy diferente al mercado existente en nuestro país, y en vista de que el FERC no brinda esa información, no se puede saber cuál es la estructura de mercado de esas empresas extranjeras. De ahí que, el ENTE REGULADOR, a fin de cumplir con lo dispuesto en el mencionado artículo 103, debió investigar por otros medios los niveles de pérdidas de las empresas modelo según el nivel de tensión y la estructura de su mercado, en vez de asumirlos, pues de lo contrario está usando información incompleta y no confiable, siendo que estos aspectos son de vital importancia en la determinación de las pérdidas técnicas eficientes de energía en distribución.

...

En otro orden de ideas, resulta importante destacar que el ENTE REGULADOR al establecer las pérdidas eficientes de energía no consideró que, en adición a las razones técnicas que las causan, existen causas no técnicas

que, como se ha dicho, se deben al robo de energía.

Por tal motivo, el ENTE REGULADOR debió hacer una estimación de los casos de fraude que escapen del control de la empresa de distribución por razones socio-económicas de los sectores carenciados. Es decir, debió tomar en consideración, para la asignación de pérdidas reconocidas, la situación socio-económica de la población atendida, por tanto, debió considerar, dentro de los parámetros eficientes de pérdidas, la energía entregada a los clientes de bajos recursos conectados ilegalmente, a los que, por razones de hecho, tales como violencia y amenazas contra el personal de las empresas de distribución, las mismas no pueden cobrarles ni interrumpirles el suministro.

Por lo expuesto, el artículo 103 de la Ley 6 ha sido violado en forma directa por comisión." (Cf. f. 115 - 206)

B. Los párrafos primero y segundo del artículo 97 de la Ley de 1997:

"Artículo 97: Criterios para definir el régimen tarifario.

El régimen tarifario estará orientado, en el siguiente orden de prioridad, por los criterios de suficiencia financiera, eficiencia económica, equidad, simplicidad y transparencia.

Se entiende que existe suficiencia financiera cuando las fórmulas de tarifas garantizan la recuperación de los costos y gastos propios de operación, incluyendo la expansión, la reposición y el mantenimiento; permitan remunerar el patrimonio de los accionistas en la misma forma como lo habría remunerado una empresa eficiente en un sector de riesgo comparable; y permitan utilizar las tecnologías y sistemas administrativos que garanticen la mejor calidad, continuidad y seguridad a sus clientes."

Concepto de Infracción:

"El ENTE REGULADOR al aprobar el IMP en DISTRIBUCIÓN, COMERCIALIZACIÓN Y ALUMBRADO PÚBLICO de EDEMET al margen de lo dispuesto en la LEY 6, afecta la suficiencia financiera de la misma, ya que no le permite recuperar las sumas que ha invertido en la operación de su redes (sic), pues no ha reconocido los activos fijos netos de la empresa de distribución, según su valor en libros, al inicio de ese período, o sea, la BASE DE CAPITAL para el IMP en DISTRIBUCIÓN y COMERCIALIZACIÓN. En efecto, el ENTE REGULADOR afecta la suficiencia financiera de EDEMET al haberle aplicado a la BASE DE CAPITAL un factor de ineficiencia no contemplado en la ley para ese propósito.

Igualmente afecta la suficiencia financiera de EDEMET al no haber reconocido las pérdidas de energía de acuerdo con datos reales de las empresas modelo, y al no haber utilizado, además, un indicador adicional al consumo, como lo es el indicador longitud de línea, el cual es más confiable, y al no considerar las condiciones socio-económicas de la población atendida en Panamá.

Por último, también afecta la suficiencia financiera de la empresa al no haber aplicado la variable intensidad de consumo de las ecuaciones de eficiencia para determinar los Activos en Distribución en el Área 1, tal como lo hizo para las Áreas 2 y 3; así como para determinar los Costos en Operación y Mantenimiento en el Área 1, tal como lo hizo para las Áreas 2 y 3.

Por lo expuesto, la norma citada ha sido violada en forma directa por comisión." (Cf. f. 207 - 208)

C. El artículo 98 de la LEY 6:

"Artículo 98: Regulación y libertad de precios. Las empresas prestadoras del servicio público de electricidad se someterán al régimen de regulación de tarifas, de acuerdo con las siguientes reglas:

1. El Ente Regulador definirá periódicamente fórmulas tarifarias separadas, para los servicios de transmisión, distribución, venta a clientes regulados y operación integradas. De acuerdo a los estudios

que realice, el Ente Regulador podrá establecer topes máximos y mínimos tarifarios, de obligatorio cumplimiento por parte de las empresas; igualmente, podrá definir las metodologías para la determinación de tarifas.

2. Para fijar sus tarifas, las empresas de transmisión y distribución prepararán y presentarán, a la aprobación del Ente Regulador, los cuadros tarifarios para cada área de servicio y categoría de cliente, los cuales deberán ceñirse a las fórmulas, topes y metodologías establecidos por el Ente Regulador.

Las empresas tendrán libertad para fijar precios de suministro de energía cuando exista competencia entre proveedores, de acuerdo con las condiciones establecidas en esta Ley."

Concepto de infracción.

"Si bien es cierto que la citada norma le confiere al ENTE REGULADOR la atribución de fijar los topes máximos y mínimos tarifarios, ello debe hacerlo de conformidad con la ley, razón por la cual la BASE DE CAPITAL de EDEMET al inicio del período debe determinarla en función de los activos fijos netos en operación, a costo original asentado en los libros de contabilidad del concesionario al 1° de julio de 2002; sin aplicarles ningún criterio de ineficiencia.

Asimismo, el ENTE REGULADOR debe establecer las pérdidas eficientes en electricidad en base a datos reales de las empresas modelo, utilizando, además, un indicador adicional al consumo, como lo es el indicador longitud de línea, el cual es más confiable, así como debe reconocer las condiciones socio-económicas de la población atendida en Panamá.

Incluso, el ENTE REGULADOR debe aplicar la variable intensidad de consumo de las ecuaciones de eficiencia para determinar los Activos en Distribución en el Área 1, tal como lo hizo para las Áreas 2 y 3; así como para determinar los Costos en Operación y Mantenimiento en el Área 1, tal como lo hizo para las Áreas 2 y 3.

De otro lado, la cláusula 35 del Contrato de Concesión suscrito entre el ENTE REGULADOR y EDEMET, establece:

'CLAUSULA 35a: REVISION TARIFARIA

La vigencia del primer pliego tarifario será hasta el 30 de junio del 2002. El CONCESIONARIO presentará, tres (3) meses antes al vencimiento del término antes señalado, su propuesta de nuevo pliego tarifario. Este pliego tendrá como base el nuevo régimen tarifario y los nuevos topes de ingresos que serán promulgados por el ENTE REGULADOR, a más tardar seis (6) meses antes de la expiración del primer pliego tarifario'. (El énfasis es nuestro)

De ahí que, en efecto, para que EDEMET pueda establecer su nuevo pliego o cuadro tarifario para el periodo que va del 1° de julio de 2002 al 30 de junio de 2006, el ENTE REGULADOR debe haber aprobado su IMP, seis meses antes de la entrada en vigencia del nuevo período.

Como se aprecia, este requisito, de la aprobación del IMP en DISTRIBUCIÓN, COMERCIALIZACIÓN Y ALUMBRADO PÚBLICO de EDEMET seis meses antes de la entrada en vigencia del nuevo periodo, ha sido incumplido, ya que, si bien la RESOLUCIÓN 3145 fue notificada el 31 de diciembre de 2001, la misma no quedó en firme, en la vía administrativa, sino a partir de la notificación de la Resolución 3228 y la Resolución 3284, lo que sucedió el 6 de marzo y el 23 de abril de 2002, respectivamente, es decir, a menos de tres meses del inicio del nuevo período tarifario.

Por lo expuesto, la mencionada norma ha sido violada en forma directa por comisión." (Cf. f. 209 - 210)

D. El artículo 113 de la Ley 6 de 1997:

"Artículo 113: Costos de comercialización. Se considerarán como costos de comercialización, entre otros, los costos de administración, medición, facturación, cobro, recaudación y los demás servicios permanentes no incluidos en los costos

de distribución y que, de acuerdo con definiciones que formule el Ente Regulador, sean necesarios para garantizar que el cliente pueda disponer del servicio ininterrumpidamente y con eficiencia."

Concepto de infracción:

"Al no reconocer el ENTE REGULADOR la BASE DE CAPITAL de EDEMET, en función de sus activos fijos netos en operación, a costo original asentado en los libros de contabilidad del concesionario, al inicio del periodo tarifario, esto es, al 1° de julio de 2002, no le permite a la empresa de distribución recobrar los costos que constituyen su valor agregado en comercialización." (Cf. f. 210)

Defensa de los intereses de la Administración.

Por considerar que todos estos conceptos de infracción se encuentran relacionados nos permitimos contestarlos de forma conjunta.

a. Antecedentes

Mediante la Ley N°26 de 29 de enero de 1996, modificada por la Ley N°24 de 30 de junio de 1999 y por la Ley N°15 de 7 de febrero de 2001, se creó el Ente Regulador 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.

A través de la Ley N°6 de 3 de febrero de 1997, modificada por el Decreto Ley N°10 de 26 de febrero de 1998, se dictó el Marco Regulatorio e Institucional para la Prestación del Servicio Público de Electricidad, que rige para las actividades de generación, transmisión, distribución

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

El numeral 23 del artículo 20 de la Ley N°6 de 3 de febrero de 1997, establece la función al Ente Regulador concerniente a reducir la demanda máxima superior que define a los grandes clientes, solamente cuando se aprueben las fórmulas tarifarias o cuando se renueven las concesiones de distribución.

El artículo 96 de la Ley 6 de 1997, señala que el régimen tarifario de los servicios públicos está compuesto por reglas relativas a los procedimientos, metodologías, fórmulas, estructuras, opciones, valores y, en general, a todos los aspectos que determinan el cobro de las tarifas sujetas a regulación.

Adicionalmente, el artículo 97 de la Ley 6 de 1997, establece que el régimen tarifario estará orientado en el siguiente orden de prioridad, por los criterios de suficiencia financiera, eficiencia económica, equidad, simplicidad y transparencia.

El artículo 98 de la citada Ley 6 de 1997, señala que las empresas prestadoras del servicio público de electricidad se someterán al régimen de regulación de tarifas, y el numeral 1 de dicho artículo dispone que el Ente Regulador tendrá la función de definir periódicamente fórmulas tarifarias separadas para los servicios de transmisión, distribución, venta a clientes regulados y operación integrada.

Adicionalmente, el numeral 2 del mencionado artículo 98 de la Ley 6 de 1997, establece que para fijar sus tarifas, las empresas de transmisión y distribución prepararán y

presentarán, a la aprobación del Ente Regulador, los cuadros tarifarios para cada área de servicio y categoría de cliente, los cuales deben ceñirse a las fórmulas, topes y metodologías establecidos por el Ente Regulador.

El artículo 100 de la Ley 6 de 1997, establece la vigencia de las fórmulas tarifarias, señalando que las mismas tendrán una vigencia de cuatro años.

Con fundamento en el Artículo 103 de la Ley 6 de 1997, el Ente Regulador aprobó, mediante Resolución N°JD-2979 de 4 de octubre de 2001, las áreas representativas de la Empresa de Distribución Eléctrica Metro-Oeste, S.A., (EDEMET), y posteriormente, mediante Resolución N°JD-2982 de 5 de octubre de 2001, aprobó las empresas modelo para establecer el Régimen Tarifario de Distribución correspondiente al período que inicia desde el 1 de julio de 2002 y termina el 30 de junio de 2006.

Mediante Resolución N°JD-3111 de 19 de diciembre de 2001, modificada por la Resolución N°JD-3217 de 27 de febrero de 2002, el Ente Regulador aprobó la tasa de rentabilidad de la referida empresa para el cálculo del Ingreso Máximo Permitido (IMP) correspondiente al período que inicia desde el 1 de julio de 2002 y termina el 30 de junio de 2006.

Por medio de la Resolución N°JD-3116 de 19 de diciembre de 2001, el Ente Regulador de los Servicios Públicos aprobó la Parte I del Régimen Tarifario para el Servicio Público de Distribución y Comercialización correspondiente al período que inicia el 1 de julio de 2002 y termina el 30 de junio de 2006.

Antes de aprobar la Parte I del Régimen Tarifario, el Ente Regulador celebró una Audiencia Pública con la finalidad

de revisar y obtener comentarios sobre una propuesta para el Régimen Tarifario de Distribución y Comercialización de Electricidad, que sería la base metodológica para establecer el pliego tarifario. En dicha audiencia se recibieron múltiples comentarios del público y agentes del mercado, los que fueron atendidos dividiendo el tema en cuatro (4) partes que fueron aprobadas en cuatro (4) resoluciones, dado el volumen de comentarios realizados en la Audiencia.

Cabe destacar que la Parte I del Régimen Tarifario, que establece la metodología para calcular el IMP mencionado, es de aplicación general para todas las empresas distribuidores.

b. La actuación del Ente Regulador y su fundamento.

Siguiendo los criterios, metodologías y formulas aplicables de acuerdo a la Resolución N°JD-3116 mencionada, mediante Resolución N°JD-3145 de 28 de diciembre de 2001, el Ente Regulador aprobó el Ingreso Máximo Permitido (IMP) a la Empresa de Distribución Eléctrica Metro-Oeste, S.A., para un período de 4 años, cuya vigencia inicia el 1 de julio de 2002 y termina el 30 de junio de 2006, cuyo detalle aparece contenido en el Anexo A de la referida Resolución, el cual se segrega en las siguientes sumas expresadas en miles de balboas al 1 de julio de 2002, así:

Distribución..... B/.170,065

Comercialización. B/. 70,861

Alumbrado Público..... B/. 5,842

En la Resolución N°JD-3145, el Ente Regulador estableció la suma de B/.251.00 en concepto de costos unitarios eficientes de inversión inicial y la suma de B/.12.51 en concepto de costo unitario de operación y mantenimiento para el alumbrado público de calles y avenidas para el cálculo

correspondiente al referido Ingreso Máximo Permitido atinente al mismo período y también se ordenó a EDEMET que preparara y presentase el Pliego Tarifario de Distribución relativo a dicha empresa, al igual que se establecieron otras condiciones respecto del referido ingreso.

Para calcular el Ingreso Máximo Permitido de EDEMET, el Ente Regulador utilizó los datos de las empresas modelos y los de las áreas representativas y estableció las variables de costos, variables explicativas y ecuaciones de eficiencia, tal como se explica en la Metodología de Cálculo que se encuentra disponible para la empresa distribuidora.

Debido a que el Ingreso Máximo Permitido se fijó en diciembre de 2001 y la base de capital inicial debe abarcar una estimación hasta el 30 de junio de 2002, se estimó la misma hasta esta fecha, por lo cual el Ente Regulador se reservó el derecho de auditar en su momento las incorporaciones a la base de capital que corresponde al período comprendido de julio de 2001 a junio de 2002.

El Ingreso Máximo Permitido incluye un componente en concepto del valor agregado de distribución para el alumbrado público para cuya estimación el Ente Regulador utilizó el plan de inversiones en alumbrado público presentado por EDEMET.

No conforme con lo resuelto por el Ente Regulador en la comentada Resolución N°JD-3145 de 28 de diciembre de 2001, mediante apoderado especial, la Empresa de Distribución Eléctrica Metro-Oeste, S.A., interpuso recurso de reconsideración en contra de la misma.

El Ente Regulador de los Servicios Públicos, mediante Resolución N°JD-3228 de 5 de marzo de 2002, atendió el

recurso de reconsideración presentado por EDEMET en contra de la citada Resolución N°JD-3145 de 28 de diciembre de 2001, a través de la cual resolvió aceptar parcialmente el recurso de reconsideración interpuesto por la Empresa de Distribución Eléctrica Metro-Oeste, S.A., en contra de la mencionada Resolución N°JD-3145 de 28 de diciembre de 2001, que aprobó el Ingreso Máximo Permitido para el período del 1 de julio de 2002 al 30 de junio de 2006 y modificar los artículos primero, cuarto y octavo de la parte resolutive de la Resolución N°JD-3145 de 2001, quedando de la siguiente manera:

"SEGUNDO: ...

'PRIMERO: APROBAR el monto del Ingreso Máximo Permitido a la Empresa de Distribución Eléctrica Metro-Oeste, S.A., cuyo detalle se presenta como Anexo A de esta Resolución, para un periodo de cuatro (4) años, que tendrá vigencia desde el 1° de julio de 2002 al 30 de junio de 2006, segregado en las sumas expresadas en miles de balboas (al 1 de julio de 2002) en:

- Distribución. 199,874
- Comercialización. 76,098
- Alumbrado Público..... 7,113

TERCERO: ...

'CUARTO: ORDENAR a la Empresa de Distribución Eléctrica Metro-Oeste, S.A., que presente los Pliegos Tarifarios dentro de los tres (3) meses siguientes a la promulgación de la Parte IV del Régimen Tarifario para el Servicio Público de Distribución y Comercialización.'

CUARTO: ...

'OCTAVO: Poner a disposición de la Empresa de Distribución Eléctrica Metro-Oeste, S.A., la Metodología de Cálculo del Ingreso Máximo Permitido que contiene las

modificaciones aceptadas y
aprobadas en esta resolución'."
(Cf. f. 27 - 28)

Tal como se dejó señalado anteriormente, para calcular el Ingreso Máximo Permitido de EDEMET, el Ente Regulador utilizó los datos de las empresas modelos y los de las áreas representativas y estableció las variables de costos, variables explicativas y ecuaciones de eficiencia, tal como se explica en la Metodología de Cálculo que se encuentra disponible para la empresa distribuidora.

Debido a la naturaleza de estas estimaciones, hubo la necesidad de utilizar información elaborada y presentada por las propias empresas, relacionada con las construcciones en proceso comprendidas dentro del período que se inició en enero de 2001 y finaliza en junio de 2002, dado que a la fecha de la elaboración de los cálculos de la Base de Capital, aún no se contaba con Estados Financieros debidamente auditados de esos períodos.

Para validar la información, el Ente Regulador de los Servicios Públicos solicitó que se presentara una certificación de una firma de auditores que indicara las fechas y montos establecidos.

Al requerimiento del Ente Regulador la Empresa de Distribución Eléctrica Metro-Oeste, S.A., presentó el Informe VPE-672-2001 de 12 de noviembre de 2001 y el Informe de los Auditores externos de la empresa con fecha 7 de septiembre de 2001), utilizando el Ente Regulador dicha información en el cálculo de la Base de Capital.

Posteriormente la propia Empresa de Distribución Eléctrica Metro-Oeste, S.A., señala que el Informe de los Auditores tenía omisiones de proyectos y que los costos de

los proyectos incluidos no representaban la totalidad del costo del proyecto, sino un avance en su ejecución; no obstante, el Ente Regulador no consideró esto un error, sino una omisión de la información presentada por EDEMET en el Informe de Auditoría de 7 de septiembre de 2001.

Con el fin de subsanar en parte la deficiencia de dicho Informe de Auditoría en el tratamiento de la información utilizada para el cálculo, el Ente Regulador realizó algunos ajustes y reconsideró algunos proyectos ya analizados en la comentada Resolución JD-3228 de 5 de marzo de 2002, que resolvió el recurso de reconsideración presentado por EDEMET.

Luego de realizados los ajustes que se estimaron pertinentes y de reconsiderar algunos de los proyectos contemplados en la referida Resolución JD-3228 de 5 de marzo de 2002, el Ente Regulador de los Servicios Públicos, mediante Resolución JD-3284 de 22 de abril de 2002, resolvió lo siguiente:

"PRIMERO: AJUSTAR el Ingreso Máximo Permitido de la Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A., establecido en la Resolución No. JD-3228 de que resolvió el recurso de reconsideración interpuesto por la Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A., en contra de la Resolución No. JD-3145 de 28 de diciembre de 2001, mediante la cual el Ente Regulador de los Servicios Públicos aprobó el Ingreso Máximo Permitido para el período del 1° de julio de 2002 al 30 de junio de 2006 en la suma de B/6,485.0 miles.

SEGUNDO: MODIFICAR el Artículo PRIMERO de la parte resolutive de la mencionada Resolución No. JD-3228 de 5 de marzo de 2002, de tal manera que el mismo se lea así:

PRIMERO: APROBAR el monto del Ingreso Máximo Permitido a la Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A., cuyo detalle se

presenta como Anexo A de esta Resolución, para un período de cuatro (4) años, que tendrá vigencia desde el 1° de julio de 2002 al 30 de junio de 2006, segregado en las sumas expresadas en miles de balboas (al 1 de julio de 2002) en la siguiente forma:

- Distribución. 205,837
- Comercialización. 76,753
- Alumbrado Público.....
6,980

TERCERO: ADVERTIR a la Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A., que el resto de los artículos de la Resolución No. JD-3145 y JD-3228, es decir, el artículo segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto y séptimo, se mantienen iguales." (Cf. f. 103 - 104)

c. Específicamente en cuanto al período de estimación de los activos fijos, la eficiencia económica y las pérdidas de energía.

1. Período de estimación de los activos fijos:

La estimación de los Activos Fijos Netos a diciembre de 1998, de acuerdo al Informe de los Auditores Independientes Price Waterhouse Coopers (PW Coopers), se hizo con propósito meramente referenciales, pues, como se ha señalado en líneas superiores, para determinar la base de capital se tomaron en cuenta todos los activos que entraron en operación en el 2001 y los que se proyectaron que entraban antes de junio de 2002, considerándose incluso la omisión de la información presentada por EDEMET en el Informe de Auditoría de la firma Arthur Andersen de 7 de septiembre de 2001.

2. Eficiencia económica: El párrafo final del Artículo 103 de la Ley N°6 de 3 de febrero de 1997, le permite al Ente Regulador de los Servicios Públicos **estimar** el costo de los activos fijos netos en operación tomando como base el costo original asentado en libros de contabilidad del

concesionario. Lo anterior, no indica que el Ente Regulador esté obligado a tomar en cuenta únicamente para determinar el costo de los activos fijos netos en operación lo que determinen los libros de contabilidad, sino que ese valor constituye una **primera referencia** que necesariamente debe ser considerada por el Ente Regulador, pero no la única.

Aunado a lo anterior, el tercer párrafo del Artículo 97 de la Ley N°6 de 1997, al indicar que se entiende como el criterio de eficiencia económica señala:

"Artículo 97: Criterios para definir el régimen tarifario.

Por eficiencia económica se entiende que el régimen de tarifas procura que éstas se aproximen a lo que serían los precios de un mercado competitivo; que las fórmulas tarifarias deben tener en cuenta no sólo los costos, sino los aumentos de productividad esperados, y que éstos deben distribuirse entre la empresa y los clientes; y que las fórmulas tarifarias **no pueden trasladar a los clientes los costos de una gestión ineficiente**, ni permitir que las empresas se beneficien de las utilidades provenientes de prácticas restrictivas a la competencia. En el caso de servicios públicos sujetos a fórmulas tarifarias, las tarifas deben reflejar, siempre tanto el nivel y la estructura de los costos económicos de prestar el servicio, como la demanda por éste." (Lo resaltado es nuestro)

La estimación de costos de activos realizada por el Ente Regulador, se fundamenta en que esta entidad **no controla ni fiscaliza** las inversiones que realiza la empresa distribuidora, lo que fiscaliza y controla el Ente Regulador es que la empresa cumpla con las normas de calidad establecidas, por lo que las inversiones quedan a juicio de la empresa distribuidora. Por lo tanto, para cumplir con el mandato de la Ley de que las tarifas deben reflejar costos

eficientes, se requiere un mecanismo de valoración de las inversiones realizadas y por realizar.

Por lo anterior, no se puede hacer responsable al cliente final de las decisiones de compra e instalación ineficiente de equipo eléctrico que realicen las empresas distribuidoras, puesto lo que debe pagar dicho cliente son los costos de una gestión eficiente. Dicha gestión eficiente se logra comparando los precios de adquisición de equipo e instalaciones con precios de referencia de carácter internacional, de esta manera el cliente no paga por el equipamiento de la distribuidora adquirido a precios más altos que la referencia.

Por otro lado, en el numeral 1.1.3 del Anexo 1 de la Metodología de Cálculo de la Resolución N°3228, el Ente Regulador claramente señaló que para el cálculo del factor de ineficiencia, se utilizó "... la información suministrada por EDEMET en su informe de inversiones presentado mediante Nota VPE-672-2001, comparándolos con costos internacionales en aquellas inversiones cuyo desglose permitía, a partir de la información suministrada por la empresa, sacar costos unitarios" (sic). Agrega el Ente Regulador:

"La muestra de activos fue la correspondiente a los años de 1999 y 2000, porque fue la información entregada por las empresas. EDEMET no entregó al Ente Regulador información detallada para los años 2001 y 2002 para realizar comparaciones por rubro o en base a una muestra." (El resaltado es nuestro). Véase foja 55.

Por tal razón, la proporción de activos verificados sobre el total fue del 61.4% y el factor de ineficiencia se aplicó tanto al 61.4% verificado como al 38.6% de activos no verificables, partiendo de la premisa, a falta de datos por

rubro, que la empresa EDEMET tendría el mismo grado de eficiencia en los activos verificables como en los no verificables.

3. Pérdidas de energía: De acuerdo al artículo 103 de la Ley N°6 de 1997, el supuesto de eficiencia de las empresas de distribución panameñas tendrán como base el desempeño reciente de empresas reales similares, nacionales o extranjeras. Las empresas compradoras fueron establecidas por el Ente Regulador en atención a los siguientes criterios:

- La planta física de las empresas distribuidoras norteamericanas es similar a la que tienen las empresas distribuidoras panameñas.
- 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 asociados.
- La infraestructura que recibieron las empresas distribuidoras que surgieron de la reestructuración del IRHE se fundamenta en estándares norteamericanos.

De acuerdo a la norma legal antes señalada no se pueden escoger empresas modelo para establecer parte de los costos eficientes y para el establecimiento de otros costos utilizar a otras empresas o aún usar a la misma empresa demandante. El Ente Regulador consideró necesario mantener las empresas modelo seleccionadas para la determinación de todos los costos eficientes, entre ellos los que corresponden a las pérdidas de energía en distribución.

Por lo anterior, en las fórmulas en base a las cuales se estableció el Ingreso Máximo Permitido a la empresa EDEMET para el período del 1 de julio de 2002 al 31 de junio de 2006, los costos eficientes por pérdidas se ajustaron luego del recurso de reconsideración presentado por la demandante contra la Resolución JD-3116, por la cual se aprueba la Parte I del Régimen Tarifario para el Servicio Público de Distribución y Comercialización, correspondiente al período del 1 de julio de 2002 al 30 de junio del 2006, para ajustar a la realidad panameña los datos por las diferencias en la estructura de consumo de los clientes de la empresa distribuidora, excluyendo de dichas fórmulas los datos de las empresas modelo con respecto a la reventa de energía y potencia en bloque, para que se pudiera hacer una comparación de costos eficientes en forma consistente.

Por otra parte, no puede considerarse como un ajuste estructural, las pérdidas de energía que resulten del fraude o de la falta de pago, puesto es responsabilidad de la empresa el establecer mecanismos en su gestión u operación para eliminar o reducir la incidencia de esas actividades.

Insistimos pues, en que si bien la información publicada por la Federal Energy Regulatory Commission (FERC) no indica de manera explícita la energía que se vende en Media Tensión, la hoja 300 formulario del FERC permite discriminar las ventas de energía en función al tipo de clientes al que va dirigido (final o reventa) y se ha estimado a partir de esta información qué proporción de la energía se considera vendida en Media Tensión o tensiones superiores, y cual en Baja Tensión.

La aplicación de la variable dummy permite dar cuenta de las diferencias que queden sin ajustar en la estructura de ventas entre Media Tensión y Baja Tensión de las empresas modelo de la Federal Energy Regulatory Comisión (FERC) y de las empresas panameñas. El criterio que se utilizó para su definición es cualitativo pero no subjetivo y no carece de sustento técnico, ya que es reconocido que la diferencia de estructura de ventas en Media Tensión y Baja Tensión afecta evidentemente los niveles de pérdidas.

E. El artículo 145 de la Ley N°38 de 2000:

"Artículo 145: Las pruebas se apreciarán según las reglas de la sana crítica, sin que esto excluya la solemnidad documental que la ley establezca para la existencia o validez de ciertos actos o contratos."

Concepto de infracción:

"Esta norma consagra el principio procesal de valoración de la prueba, acogiendo el sistema de la sana crítica, mediante el cual el juzgador (en este caso el ENTE REGULADOR) debe analizar las pruebas aportadas y practicadas en el proceso de acuerdo con la lógica y la experiencia. Si bien este sistema le otorga cierta discrecionalidad al juzgador, ello no quiere decir que esa facultad le permita razonar a contrapelo de las evidencias que arrojan las pruebas que reposan en autos y desconociendo la relación lógica y coherente que vincula los elementos probatorios que constan en el expediente.

...

El ENTE REGULADOR, en base a la sana crítica, tenía que haber valorado los documentos aportados y aducidos en concordancia unos con otros e, incluso, con la prueba pericial cuya práctica, también en violación del debido proceso no ordenó. De haberle dado el valor probatorio que correspondía a las pruebas mencionadas, el ENTE REGULADOR hubiese reconocido las pérdidas eficientes de energía de conformidad con la LEY 6." (Cf. f. 210 - 211)

F. El artículo 146 de la Ley 38 de 2000:

"Artículo 146: El funcionario expondrá razonadamente en la decisión el examen de los elementos probatorios y el mérito que le corresponda, cuando deba ser motivada de acuerdo con la ley."

Concepto de Infracción:

"La disposición transcrita impone la obligación de explicar el examen o análisis que se ha hecho de las pruebas presentadas, aducidas y practicadas, no obstante, el ENTE REGULADOR ni en la RESOLUCIÓN 3145 ni en la Resolución 3228 ni en la Resolución 3284, hizo referencia alguna a los documentos aportados o aducidos como prueba, lo que nos indica que no fueron examinados." (Cf. f. 211 - 212)

G. El artículo 169 de la Ley 38 de 2000:

"Artículo 169: Una vez interpuesto el recurso señalado en el artículo anterior, la autoridad de primera instancia dará en traslado el escrito del recurrente a la contraparte, por el término de cinco días hábiles, para que presente objeciones o se pronuncie sobre la pretensión del recurrente.

En el evento de que no exista contraparte en el proceso, la autoridad decidirá el recurso por lo que conste de autos, salvo que existan hechos o puntos oscuros que resulten indispensables aclarar para efectos de la decisión que debe adaptarse, en cuyo caso la autoridad ordenará que se practiquen las pruebas conducentes a ese propósito, dentro de un término que no excederá de quince días hábiles."

Concepto de Infracción:

"El artículo 169 de la Ley 38 de 2000, en concordancia con la garantía fundamental del debido proceso y el derecho de defensa que dicha garantía conlleva, claramente establece el derecho del recurrente de aportar y aducir pruebas.

En el recurso de reconsideración presentado contra la RESOLUCIÓN 3145, EDEMET solicitó la práctica de una prueba pericial, con el objeto de

acreditar las afirmaciones contenidas en el mencionado recurso. En efecto, dicha prueba era menester para demostrar, entre otras cosas, lo concerniente a las pérdidas eficientes de energía, así como determinar que a la BASE DE CAPITAL no se le aplica factor de ineficiencia alguno.

...

Si el ENTE REGULADOR consideró que 'el recurso presentado, dispone de la información técnica y legal necesaria que le permiten al Ente Regulador entrar a analizar cada uno de los puntos presentados', cabe preguntarse entonces ¿por qué no reconoció la BASE DE CAPITAL de EDEMET de conformidad con el artículo 103 de la LEY 6?, ¿por qué no determinó las pérdidas eficientes de energía de conformidad con la LEY 6, es decir, en base a datos reales de las empresas modelo nacionales o extranjeras?

De haber practicado el peritaje debidamente solicitado, el ENTE REGULADOR hubiese reconocido la BASE DE CAPITAL y las pérdidas eficientes de energía de EDEMET de conformidad con la LEY 6.

La afirmación del ENTE REGULADOR en el sentido de que la 'prueba pericial solicitada no sería más que una repetición de los argumentos presentados en el recurso de marras', apoya la nuestra de que la finalidad de la misma es la de acreditar fehacientemente las afirmaciones contenidas en el recurso de reconsideración, ya que de acuerdo con nuestra legislación, quien afirma un hecho asume la carga de su prueba." (Cf. f. 212 - 213)

H. El artículo 143 de la Ley 38 de 2000:

"Artículo 143: La autoridad competente deberá evaluar las pruebas que las partes han propuesto y presentado, a los efectos de decidir cuáles son admisibles y cuáles no lo son, en orden a su conducencia o inconducencia, respecto de los hechos que deben ser comprobados, al igual que deberá tomar en consideración las normas legales que rigen la materia probatoria."

Concepto de Infracción:

"La norma anterior claramente señala la obligación de la entidad administrativa de evaluar las pruebas a fin de declarar admisibilidad o no según su conducencia, respecto a los hechos que ameritan ser probados.

Tal como ha quedado dicho en renglones anteriores, el ENTE REGULADOR no hizo referencia alguna a la conducencia o no de las pruebas documentales aportadas y aducidas por EDEMET, ni a la prueba pericial pedida, siendo que todas estaban encaminadas a acreditar los hechos que fundamentaban el recurso de reconsideración presentado contra la RESOLUCIÓN 3145." (Cf. f. 214)

Defensa de los intereses de la Administración.

Según lo señala el artículo 11 de la Ley N°26 de 1996, el Ente Regulador será dirigido y administrado por una junta directiva compuesta por tres miembros principales, denominados directores, nombrados por el Órgano Ejecutivo y ratificados por la Asamblea Legislativa, por un período de cinco años. Por su parte, el artículo 21 de la misma Ley indica que las resoluciones del Ente Regulador podrán ser impugnadas por cualquier persona natural o jurídica, o por los órganos competentes del Estado, cuando demuestren razonablemente que han sido perjudicados en sus intereses legítimos o en sus derechos, interponiendo recurso de reconsideración ante el propio Ente Regulador, con lo cual se agotará la vía gubernativa.

Está claro que el Ente Regulador no ha violado el debido proceso, ni ninguna de las normas alegadas como infringidas por los apoderados legales de la demandante, pues como lo establece meridianamente el artículo 169 de la Ley N°38 de 2000, en el recurso de reconsideración, único que cabe en contra de las decisiones adoptadas por el Ente Regulador, **la autoridad decide por lo que conste en autos**, salvo que

existan hechos o puntos oscuros que resulten indispensables aclarar para efectos de la decisión que debe adoptarse, en cuyo caso la autoridad ordenará que se practiquen las pruebas conducentes.

Lo anterior quiere decir, que en el recurso de reconsideración las partes no pueden presentar, proponer o aducir pruebas, sino que es la autoridad la que decide si se practican determinadas pruebas, siempre que considere existen puntos o hechos oscuros que deben aclararse.

No obstante lo anterior, el Ente Regulador explicó razonadamente a la empresa demandante porqué consideró inconducente la práctica de las pruebas pedidas, cuando en el punto 19 de la Resolución N°JD-3228 de 5 de marzo de 2002, indicó:

“Que con respecto a la prueba pericial presentada por la empresa recurrente, esta Entidad reguladora considera no procedente la misma, por cuanto que, el recurso presentado, dispone de la información técnica y legal necesaria que le permiten al Ente Regulador entrar a analizar cada uno de los puntos presentados y la prueba pericial solicitada no sería más que una repetición de los argumentos presentados en el recurso de marras”
(Cf. f. 25)

De las explicaciones vertidas, se colige con claridad que las disposiciones tachadas de ilegales no violan ninguna de las normas alegadas como conculcadas, por lo que reiteramos nuestra solicitud para que se nieguen las peticiones formuladas por la parte demandante.

IV. Pruebas: Aceptamos las documentales presentadas conforme a la Ley.

V. Derecho: Negamos el invocado.

Del Magistrado Presidente,

Licda. Linette Landau
Procuradora de la Administración
(Suplente)

LL/17/mcs

Licda. Martha García H.
Secretaria General, a. i.

MATERIA**REGIMEN TARIFARIO****PERIODO TARIFARIO****EMPRESA DE DISTRIBUCION ELECTRICA****SERVICIO PUBLICO****PERDIDAS DE ENERGIA****PRINCIPIO DE EFICIENCIA ECONOMICA**