

REPÚBLICA DE PANAMÁ



**MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN**

Vista Número 005

Panamá, 4 de enero de 2010

**Proceso contencioso
administrativo de
plena jurisdicción.**

**Alegato de
Conclusión.**

La firma forense Galindo, Arias & López, en representación de la **Empresa de Distribución Eléctrica Metro-Oeste, S.A.**, solicita que se declare nula, por ilegal, la resolución AN 2160-Elec de 24 de octubre de 2008, emitida por el **administrador general de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, encargado** el acto confirmatorio y, la resolución 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), los actos confirmatorios y 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 artículo 61 de la ley 135 de 1943, modificado por el artículo 39 de la ley 33 de 1946, para presentar el alegato de conclusión de la Procuraduría de la Administración dentro del proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción descrito en el margen superior.

De acuerdo con las constancias que reposan en el expediente judicial, la controversia bajo análisis se inició con la emisión de la resolución JD-5954 de 11 de abril de

2006, proferida por 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 dicho acto administrativo. (Cfr. fojas 167 a 183 del expediente judicial).

En la citada resolución, 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 en relación con la cantidad autorizada en el ingreso máximo permitido para el período del 1 de julio de 2002 al 30 de junio de 2006.

Consecuentemente, la apoderada judicial de la actora interpuso un incidente de nulidad en contra de tal decisión, el cual fue negado mediante la resolución AN 2160-Elec de 24 de octubre de 2008. En este contexto, resulta oportuno resaltar que esa Sala mediante providencia de 25 de noviembre de 2009, ordenó la acumulación de ambas demandas, del expediente 121-09 al expediente 110-09, por tener ésta la misma causa de pedir. (Cfr. foja 163 a 165 del expediente judicial).

En relación con lo previamente expuesto, esta Procuraduría debe señalar que en la estructura orgánica del Estado panameño, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos es la entidad que tiene a su cargo el control y la

fiscalización de la prestación de los servicios públicos de su competencia, conforme lo establecido en el artículo 2 del 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.

Por su parte, el numeral 9 del artículo 19 de la ley 26 de 1996, tal como quedó modificada por el decreto ley 10 de 22 de febrero de 2006, dispone que la potestad regulatoria de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos implica, entre otras funciones, “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.”

Igualmente, consideramos pertinente señalar que la ley 6 de 3 de febrero de 1997, “Por la cual se dicta el Marco Regulatorio e Institucional para la Prestación del Servicio Público de Electricidad”, faculta a la autoridad reguladora de los servicios públicos para fijar las normas para la prestación del servicio a las que deben ceñirse las empresas prestadoras del servicio público de electricidad, incluyendo la supervisión y verificación de la aplicación del régimen tarifario. (Cfr. numeral 6 del artículo 20 de la ley 6 de 1997).

En ejercicio de esta facultad, 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, procedió a evaluar los diversos componentes

que integran la tarifa y los ingresos captados por las concesionarias por la aplicación de dicho régimen tarifario, detectándose que la Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A., había recibido ingresos por una suma de B/.24,600,000.00, adicionales a los ya establecidos para su ingreso máximo; ello como 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.

Este Despacho también cree oportuno indicar, que la intervención del Estado en la actividad de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica, constituye una forma de control administrativo que ejerce el Órgano Ejecutivo a través de uno de sus entes descentralizados, con la finalidad de proteger el interés general de los administrados que, en este caso en particular, comprende todo lo atinente a la prestación del servicio público de electricidad.

En ese mismo orden de ideas, no podemos soslayar que los contratos de concesión de distribución eléctrica suscritos con la Empresa de Distribución Eléctrica Metro-Oeste, S.A., establecen de manera puntual y concreta que la empresa concesionaria debe cumplir con las disposiciones y normativas emanadas de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos en el ejercicio de sus atribuciones legales. (Cfr. cláusula 20 de los contratos de concesión antes indicados).

Dicho lo anterior, resulta fundamental advertir que la cláusula 58 de los contratos de concesión suscritos con las empresas distribuidoras, establece que el acuerdo de voluntades plasmado en dichos documentos queda sujeto a las leyes de la República y, en particular, al ordenamiento jurídico que rigen en materia de electricidad, por lo que, ninguna de las cláusulas, debe interpretarse de manera tal que contradiga los principios generales y estipulaciones específicas de las normas regulatorias del sector eléctrico.

Consideraciones en torno al desarrollo de la etapa probatoria.

Por lo que corresponde a la etapa probatoria del proceso, a instancias de la parte actora se recibió la declaración del abogado Roberto Meana Meléndez, exdirector de asesoría legal del desaparecido Ente Regulador de los Servicios Públicos, quien señaló que la combinación del régimen tarifario, la tasa de rentabilidad y el ingreso máximo permitido le permite a las empresas de transmisión y distribución presentar un pliego tarifario, a efectos de poder cobrar sus servicios a sus clientes. Tal afirmación, nos lleva a confirmar que al resultar afectada la formula tarifaria como producto de una distorsión en las proyecciones de ventas realizadas por la Empresa de Distribución Eléctrica Metro-Oeste, S.A., ello trajo como consecuencia directa que los clientes con la tarifa de baja tensión con demanda (BTD) resultaran con una tarifa más costosa para el período 2002-2006. (Cfr. fojas 863 a 864 del expediente judicial).

Por otra parte, dicha prueba testimonial no acredita la supuesta falta de competencia de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos para supervisar y verificar la aplicación del régimen tarifario y, de ser necesario, tomar las medidas correctivas en caso de una incorrecta aplicación de ese régimen por parte de las empresas distribuidoras, por lo que consideramos que la parte actora no ha logrado acreditar los hechos en que fundamenta su pretensión.

En relación a la prueba pericial aducida por la firma forense Galindo, Arias & López, en representación de la Empresa de Distribución Eléctrica Metro-Oeste, S.A., es pertinente señalar que en el desarrollo de la misma se pudo determinar que, a pesar de que al presentar las actualizaciones tarifarias semestrales la empresa distribuidora contaba con información sobre el ingreso real de ventas y clientes mensuales por categoría tarifaria, la misma no realizó los ajustes ni revisiones pertinentes a efectos de evitar una distorsión en las proyecciones de ventas, sobre todo si se toma en consideración que, tanto su cálculo como su fijación, son responsabilidad de la empresa distribuidora.

También quedó plenamente acreditado que este error de cálculo en las proyecciones de ventas, que resultó de 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, ocasionó una lesión injusta a los clientes, puesto que se les facturó en el nivel tarifario más costoso; tal

como se pone en evidencia en el informe denominado: "comparación de resultados de los ingresos reales producto de la actividad de distribución y los ingresos permitidos para tarifas 2002-2006", que reflejó en la categoría de tarifa BTD un porcentaje de diferencia mayor de 60% lo que, a todas luces, está por encima del margen razonable de variación permitido en el sector eléctrico. (Cfr. fojas 890 a 1018 y 1413 a 1415 del expediente judicial)

Según se observa, los dictámenes periciales rendidos por los peritos designados por la parte actora y por esta Procuraduría, se centran en los aspectos técnicos que motivaron la expedición de la resolución JD-5954 de 11 de abril de 2006, cuya declaratoria de nulidad se solicita; no obstante, dichos informes no aportan elementos substanciales que afecten la legalidad de la mencionada resolución, por lo que ha quedado demostrado que la actuación del antiguo Ente Regulador, actual Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, se enmarca dentro de su régimen regulatorio. (Cfr. 890 a 1018 del expediente judicial).

Sobre la base de las consideraciones previamente anotadas, que nacen del examen objetivo de las constancias procesales, arribamos a la conclusión que la demanda de la parte actora para que se declare nula la resolución JD-5954 de 11 de abril de 2006, emitida por el desaparecido Ente Regulador de los Servicios Públicos, al igual que la resolución AN 2160-Elec de 24 de octubre de 2008, expedida por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, carece de fundamento; por lo que esta Procuraduría solicita

respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan
declarar que NO SON ILEGALES las citadas resoluciones.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Nelson Rojas Avila
Procurador de la Administración, Encargado

Alina Vergara de Chérigo
Secretaria General, encargada

Expediente 110-09