



**MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN**

Panamá, 22 de julio de 2003

**Demanda Contencioso
Administrativa de
Nulidad.**

Concepto.

Interpuesta por Maud & Maud en representación de **Empresa de Generación Eléctrica Fortuna, S.A.**, para que se declare nula, por ilegal, la Resolución N°JD-2787 de 31 de mayo de 2001, dictada por el **Ente Regulador de los Servicios Públicos.**

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

Con nuestro habitual respeto concurrimos ante ese Honorable Tribunal, a fin de emitir concepto sobre la Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad que se enuncia en el margen superior del presente escrito.

En estos procesos, actuamos en interés del ordenamiento jurídico en virtud de lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 5, Título Primero, de la Ley N°38 de 31 de julio de 2000, por la cual se aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración.

I. La pretensión de la parte actora.

El demandante, en ejercicio de la acción popular, pide a su Digno Tribunal que se declare nula, por ilegal, la Resolución JD-2787 de 31 de mayo de 2001, expedida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, mediante la cual se aprueba el Régimen Tarifario de Transmisión para el período que cubre desde el 1 de julio de 2001 hasta el 30 de junio de 2005.

II. Las normas que se aducen como infringidas y los conceptos de infracción a las mismas, son los que a seguidas se copian:

a. El artículo 97 de la Ley N°6 de 3 de febrero de 1997, que dispone:

“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 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 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.

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 de 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.

Por equidad se entiende que cada consumidor tiene derecho al mismo tratamiento tarifario que cualquier otro, solamente si las características de los costos que ocasiona a las empresas de

servicios públicos son similares. El ejercicio de este derecho no debe impedir que las empresas de servicios públicos ofrezcan opciones tarifarias y que el consumidor escoja la que convenga a sus intereses.

Por simplicidad se entiende que las fórmulas de tarifas se elaborarán de modo que se facilite su comprensión, aplicación y control.

Por transparencia se entiende que el régimen tarifario será explícito y completamente público para todas las partes involucradas en el servicio, especialmente para los clientes."

Como concepto de infracción el apoderado de la demandante sostiene, que los cargos por el uso de la red de transmisión, conforme quedaron establecido en el régimen tarifario aprobado por medio de la resolución recurrida, no se ajustan a los criterios de suficiencia financiera, eficiencia económica, equidad, simplicidad y transparencia.

Plantean los apoderados judiciales que, a manera de ejemplo, del análisis del contenido de la Resolución N°JD-2787 se puede apreciar que sólo EGE FORTUNA, S.A., paga más del 62% de los cargos de transmisión que corresponde pagar al conjunto de todos los generadores del país. Si se toma en consideración que la empresa de generación eléctrica sólo posee aproximadamente el 22% de la capacidad instalada del sistema y su participación promedio en la generación nacional es alrededor de 30%, salta a la vista que se trata de cargos de transmisión exagerados y que no se ajustan a la equidad, eficiencia económica, simplicidad y transparencia que manda la ley.

Asimismo, agregan, los costos de los activos de ETESA no están siendo contemplados en su justa dimensión y conforme a

un criterio razonable, transparente y equitativo. Si se toma como ejemplo las líneas 230-7 y 230-8 del sistema interconectado nacional, alegan las mismas son pagadas en su totalidad a ETESA por EGE FORTUNA, S.A., bajo el rubro denominado "Cargo por Conexión", lo que significa que debe existir un descuento de parte de ETESA en el cálculo de sus ingresos máximos permitidos. ETESA debe descontar las líneas 230-7 y 230-8 de sus activos antes de calcular los cargos por uso de la red.

Añaden, que la resolución objetada se aleja del principio de transparencia y equidad contemplado en el artículo 97. Sustentan su afirmación, señalando que en todo este sistema de planteado, de cargos por transmisión de energía, el principio básico sobre el que descansa la recuperación de la inversión lo es el "uso", es decir, que depende del uso que cada cual haga de la red de transmisión. La responsabilidad en el uso depende, para cada usuario o beneficiario de la red, del grado o alcance de su utilización real, la cual, como es natural y lógico, varía en el tiempo. Por ello, la retribución por transporte debería adecuarse a estas variaciones de uso en el tiempo, lo que no hace ni permite el Régimen Tarifario aprobado mediante la resolución que recurrimos, y no un estado invariable, inamovible y fijo durante todo el período tarifario, el cual es poco representativo de los requerimientos posteriores de los agentes del mercado.

A su juicio, el modelo actual, aprobado en este Régimen Tarifario, considera un solo estado inicial del sistema, previo el período tarifario de cuatro años, manteniendo sin

cambios este estado durante todo el período de cuatro años, lo cual riñe con la realidad fáctica del sistema (uso por los agentes) y contraviene el principio de equidad, razonabilidad y transparencia que manda el artículo 97. La realidad, dice, es que el sistema registra en un período de cuatro años, una gran cantidad de estados cambiantes, cada uno de los cuales presenta un uso diferente de la red.

En relación con lo anterior, plantea que el régimen aprobado mediante la Resolución que recurren, viola la razonabilidad, equidad y simplicidad que manda el artículo 97 de la Ley N°6, toda vez que considera una inyección incremental de potencia para definir los flujos con los que posteriormente se determina la asignación total de los costos de la red. Aseveran, que los expertos en esta materia consideran el mecanismo incorrecto pues para considerar una asignación total de costos debería tomarse en consideración los flujos totales y no los incrementales que no reflejan el uso total.

La asignación de un solo nodo de demanda también resulta irreal y violatorio a los principios que consagra el artículo 97, pues induce y lleva a asignaciones erróneas por lo que, un régimen de este tipo, debe considerar la totalidad de las demandas del sistema localizadas en sus nodos respectivos para reflejar un resultado ajustado a la realidad.

Por otro último, consideran el Régimen Tarifario aprobado mediante la Resolución que se recurre dista mucho de ser uno que se caracterice por la simplicidad conforme lo exige el artículo 97 que estimamos violado.

b. El artículo 100 de la Ley N°6 de 3 de febrero de 1997:

“Artículo 100. Vigencia de las fórmulas de tarifas. Las fórmulas tarifarias tendrán una vigencia de cuatro años. Excepcionalmente podrán modificarse, de oficio o a petición de parte, antes del plazo indicado, cuando sea evidente que se cometieron graves errores en su cálculo, que lesionan injustamente los intereses de los clientes o de la empresa; o que ha habido razones de caso fortuito o fuerza mayor, que comprometen en forma grave la capacidad financiera de la empresa para continuar prestando el servicio en las condiciones tarifarias previstas. Vencido su período de vigencia, las fórmulas tarifarias continuarán rigiendo mientras el Ente Regulador no defina las nuevas.

Parágrafo Transitorio. El Ente Regulador establecerá las fórmulas tarifarias con vigencias inferiores a los cuatro años, con el propósito de producir un escalonamiento en la determinación de éstas.”

Al explicarse el concepto de infracción, indica la parte actora se dieron cambios al pliego tarifario, conforme lo permite la disposición transcrita, pero los mismos no se ajustaron a los criterios de suficiencia financiera, eficiencia económica, equidad, simplicidad y transparencia, y no se reconocieron los graves errores en el cálculo del régimen tarifario que lesionan intereses de las partes involucradas y de los clientes.

A manera de ejemplo argumenta, resulta incomprensible e injustificable que se pretenda una inversión en una nueva línea de 400MW, como lo es la de Guasquitas-Veladero-Panamá II, cuando el proyecto que la requiere, es decir la hidroeléctrica Estí, solamente necesita de una capacidad de 120MW. A su juicio, esto demuestra existe una sobreoferta de

280MW que no requiere el mercado y que su adquisición incrementa innecesariamente el costo de transmisión a los agentes del mercado, lo que posteriormente implica un aumento en el costo de la energía al consumidor-usuario.

c. El artículo 101 de la Ley N°6 de 3 de febrero de 1997:

“Artículo 101. Cobertura de costos. Las tarifas asociadas con el acceso y uso de las redes de transmisión cubrirán los costos de inversión, administración, operación y mantenimiento de la red nacional de transmisión, necesarios para atender el crecimiento previsto de la demanda, en condiciones adecuadas de calidad y confiabilidad y de desarrollo sostenible. Los costos se calcularán bajo el supuesto de eficiencia económica en el desarrollo del plan de expansión y en la gestión de la Empresa de Transmisión. Para los efectos de este cálculo, no se considerarán los costos financieros de créditos concedidos al concesionario.

Los costos utilizados como base para el cálculo de tarifas, deben permitir a la Empresa de Transmisión tener una tasa razonable de rentabilidad, antes de aplicarse el impuesto sobre la renta, sobre el activo fijo neto invertido a costo original. Para efectos de este cálculo, se define como razonable aquella tasa que no difiera más de dos puntos de la suma de la tasa de interés anual de los bonos de treinta años del tesoro de los Estados Unidos de América, más una prima de siete puntos en concepto del riesgo del negocio de transmisión en el país. La tasa de interés mencionada se calculará como el promedio de las tasas efectivas durante los doce meses anteriores a la revisión de la fórmula tarifaria.”

Al decir de los demandantes, esta disposición reconoce y confirma que las tarifas asociadas con el acceso y uso de las redes de transmisión, si bien deben cubrir los costos de inversión, administración, operación y mantenimiento de la

red nacional de transmisión necesarios para atender el crecimiento previsto de la demanda, en condiciones adecuadas de calidad y confiabilidad y de desarrollo sostenible, las mismas deben calcularse bajo el supuesto de eficiencia económica en el desarrollo del plan de expansión y en la gestión de la Empresa de Transmisión

III. El Informe de Conducta de la entidad demandada.

Señala el Ente Regulador realizó estudios y análisis sobre el régimen de transmisión vigente a esa fecha y contrató una consultoría especializada en tarifas de transmisión como apoyo para la elaboración del Régimen Tarifario para el período del 1° de julio de 2001 al 30 de junio de 2005.

Mediante la Resolución N°JD-2654 de 9 de marzo de 2001, la Junta Directiva del Ente Regulador aprobó la celebración de una Audiencia Pública para la revisión de la propuesta elaborada para el Régimen Tarifario de Transmisión de Electricidad, con la finalidad de que todos los interesados pudieran participar y aportar sus comentarios a la propuesta elaborada por dicha entidad.

El 6 de abril de 2001, se celebró la Audiencia Pública convocada, en la cual participaron 20 representantes de empresas del sector eléctrico y particulares y se recibieron 10 escritos con comentarios y observaciones a la propuesta.

En cuanto a los argumentos presentados en ese momento por la Empresa de Generación Eléctrica Fortuna, S.A., básicamente los mismos que ahora plantea la demandante, el Ente Regulador señala:

1. "El modelo utilizado no refleja el uso real debido a que parte de un solo estado inicial del sistema previo al período tarifario de cuatro años, manteniendo sin cambios este mismo estado durante todo este período y que la realidad es que el sistema registra en dicho lapso una gran cantidad de estados cambiantes, cada uno de los cuales presente un uso diferente de la red."

Sobre esta alegación, el ente Regulador indica que según los artículos 99 y 100 de la Ley N°6 de 1997, el período de vigencia de cada fórmula tarifaria es de 4 años y sólo puede haber actualizaciones en las tarifas base. De igual forma la entidad señala que el artículo 99 sólo permite que las actualizaciones utilicen el precio de energía comprada en bloque y las fórmulas de ajustes establecidas por el Ente Regulador, las cuales tomarán en cuenta el índice de precios al consumidor emitido por la Contraloría General de la República.

La propuesta de modificación por cambios en generación y demanda en cada nodo requería un nuevo cálculo de las fórmulas tarifarias, lo que es violatorio a lo establecido en el artículo 99. El Ente Regulador afirma no puede realizar actualizaciones tomando como base un concepto diferente a lo dispuesto en la ley sectorial.

2. "El procedimiento actual de realizar una inyección adicional de potencia para definir los flujos con los que posteriormente se determina la asignación total de los costos de la red, no es representativo del uso del sistema y debería tenerse en cuenta los flujos totales, considerando el efecto en los flujos en ambos sentidos."

En cuanto a este punto, el Ente Regulador manifestó que considerar el incremento y la disminución en el flujo para la determinación de las tarifas, sólo puede ser tomado en cuenta dentro de la metodología de costo marginal de largo plazo, que la propia EGE FORTUNA, S.A., cuestiona y no puede ser tomado en cuenta una metodología de tarifa por uso como se propone, ya que la disminución del flujo no produce un mayor requerimiento del sistema.

Según el Ente, la experiencia ha indicado que la representación de flujos incrementales, que se emplea en varios países como Argentina, Chile, Perú y Bolivia, es más representativa de los requerimientos del sistema de transporte.

3. "Un solo nodo de demanda es irreal e induce a asignaciones erróneas. Se propone que en Proyecto de Régimen Tarifario se contemple la totalidad de las demandas del sistema, localizadas en sus respectivos nodos."

El Ente Regulador sostiene que en el proyecto de Régimen Tarifario propuesto se trataba de representar los flujos incrementales con respecto a la barra marginal definida en el punto de máxima demanda y, que tal representación ha dado buenos resultados en sistemas con características estructurales semejantes a la de Panamá y que alternativas metodológicas con demanda distribuida pueden dar señales ineficientes dinámicamente.

IV. Opinión de la Procuraduría de la Administración.

En este estado del proceso, este Despacho carece de los elementos de juicio necesarios para emitir un concepto de fondo en cuanto a la controversia planteada, por lo que nos

atenemos a lo que se logre demostrar en la correspondiente etapa probatoria.

Por las anteriores consideraciones, solicitamos respetuosamente a los Honorables Magistrados que componen la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, declaren que NO ES ILEGAL, la Resolución N°JD-2787 de 31 de mayo de 2001, dictada por el Ente Regulador de los Servicios Públicos.

Del Magistrado Presidente,

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

AMdeF/17/mcs.

Mgter. Manuel A. Bernal H.
Secretario General, a. i.