

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 508

Panamá, 27 de julio de 2015.

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

**Alegato de
Conclusión.**

El Licenciado Jaime Castillo Herrera, actuando en representación de **Elektra Noreste, S.A.**, solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución AN-7656-Elec. de 25 julio de 2014, emitida por la **Administradora General de la Autoridad Nacional 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.

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 AN-7656-Elec. de 25 julio de 2014, dictada por la Administradora General de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, por medio de la cual se resolvió fijar en B/.636,672,723.56 el Ingreso Máximo Permitido a **Elektra Noreste, S.A.**, para un período de cuatro (4) años, que tendrá vigencia desde el 1° de julio de 2014 al 30 de junio de 2018 (Cfr. fojas 15 a 62 del expediente judicial).

En relación con lo previamente expuesto, esta Procuraduría debe señalar que no le asiste razón alguna a la recurrente en cuanto a su pretensión para que se declare nula, por ilegal, la mencionada resolución y, conforme ya lo hicimos en

la Vista número 139 de 19 de marzo de 2015, de acuerdo con lo estipulado en 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", en su artículo 9, numeral 4, se faculta a la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos para establecer los criterios, metodología y fórmulas para la fijación de las tarifas de los servicios públicos de electricidad, en los casos en que no haya libre competencia.

En tal sentido, también nos referimos al numeral 9 del artículo 20 del Texto Único de la Ley 26 de 1996, tal como quedó modificada por el Decreto Ley 10 de 22 de febrero de 2006, que 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, expresamos que en ejercicio de dichas facultades la entidad demandada, al momento de aprobar el Ingreso Máximo Permitido a la empresa Elektra Noreste, S.A., para los efectos de fijar el régimen tarifario aplicable de julio de 2014 a junio de 2018; **detectó una diferencia entre las inversiones que habían sido reconocidas en el período tarifario 2010-2014 y que no fueron ejecutadas en tiempo y forma, pero sí pagadas por los usuarios a través de las tarifas, que de ser reconocidas para el cálculo del pliego tarifario correspondiente para el periodo 2014-2018 implicaría un ingreso extraordinario para la empresa distribuidora, razón por la que realizó un descuento por inversiones no ejecutadas dada la magnitud de las diferencias observadas entre el monto y fecha del desembolso de tales inversiones** (Cfr. fojas 34 a 37 del expediente judicial).

Este Despacho 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; **razón por la cual tiene vital importancia lo referente a la aprobación del Ingreso Máximo Permitido por ser determinante al momento de definir el pliego tarifario que las empresas distribuidoras aplicaran a los clientes finales, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 93 de la citada Ley 6 de 6 de febrero de 1997, que entre otras cosas, señala que corresponde a la Autoridad reguladora establecer topes máximos y mínimos tarifarios así como también definir las metodologías para fijación de las tarifas, lo que resulta de obligatorio cumplimiento por parte de las empresas.**

En ese mismo orden de ideas, la parte motiva de la Resolución AN-7656-Elec. de 25 julio de 2014, acusada de ilegal, es clara al indicar que **“la ASEP entiende que si bien la estructura de financiamiento adoptada es una decisión empresarial, no resulta razonable trasladar a los usuarios finales vía tarifas decisiones de financiamiento de la empresa que de alguna manera condicionen el desarrollo del sistema eléctrico...”** (Cfr. foja 30 del expediente judicial).

Consideraciones en torno al desarrollo de la etapa probatoria.

Para acreditar su pretensión, el Licenciado Jaime Castillo Herrera, en representación de **Elektra Noreste, S.A.**, adujo en la etapa correspondiente, pruebas documentales y una (1) pericial, las cuales fueron admitidas por el Tribunal mediante el Auto 212 de 15 de junio de 2015 (Cfr. fojas 142 a 145 del expediente judicial).

En relación a la prueba pericial aducida por el apoderado judicial de la empresa recurrente, es pertinente destacar que el **Licenciado Carlos Manuel Mata**, perito designado por la Procuraduría de la Administración, en su informe pericial al dar respuesta a los puntos 3 y 8, indicó lo siguiente:

“...las inversiones que ELEKTRA realizó para los años 2011 y 2012 del período tarifario 2010-2014 estuvieron por debajo de lo estimado, mientras que para los años 2013 y 2014 muestran una mejor ejecución de las mismas.

De la revisión de la documentación aportada por ASEP pude determinar que el monto que se ha descontado en el Ingreso Máximo Permitido para el periodo Junio 2014 a Julio 2018 corresponde al costo de capital (rentabilidad) y de depreciación de aquellas inversiones que no fueron ejecutadas, pero sí facturadas y pagadas por los usuarios a través de las tarifas.” (Lo resaltado es la Procuraduría) (Cfr. fojas 229 y 231 del expediente judicial).

Sobre este aspecto, el **Licenciado Mata**, en la diligencia realizada el 20 de julio de 2015 en la Sala Tercera, al ser cuestionado por la representante de esta Procuraduría para que explicará sobre quién recae la responsabilidad de ejecutar las inversiones estimadas y aprobadas por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, y si la cuantía incluida en concepto de este rubro en el régimen tarifario correspondiente al período 2010-2014 había sido o no pagada por los clientes de ENSA a través de la tarifa eléctrica fijada; éste aclaró al Tribunal lo siguiente:

“La decisión recae en la distribuidora, porque va de acuerdo a los planes de crecimiento dentro de la planeación previamente aprobada que es enviada con anticipación a la Autoridad para su revisión y aprobación, que luego de aprobada estas estimaciones pasan a ser un elemento del cálculo tarifario para el período que le corresponda...

Las inversiones programadas en un periodo tarifario son parte elemental de la tarifa final a los clientes, ya que el ingreso máximo permitido reconoce a la empresa entre otras cosas, costos de mantenimiento, costos de administración, estimado de inversiones y la pérdida probable de energía. La suma de todo esto incide en la tarifa final al cliente, por lo tanto, al facturar al cliente final, están incluidas estas estimaciones que inciden en la misma. Lo que hace pensar que los fondos deben usarse en el tiempo y forma del periodo establecido.” (Lo destacado es este Despacho) (Cfr. fojas 196 y 197 del expediente judicial).

Según se desprende del expediente, este dictamen coincide con el emitido por la **Ingeniera Irina Gisela Falconett**, perito designada por el Tribunal, la cual señaló en su informe, en respuesta a los puntos 3 y 9, lo siguiente:

“...los tres primeros años del período tarifario analizado, las inversiones que capitalizó ELEKTRA está por debajo de las inversiones reconocidas en el cálculo del IMP. Además, es importante indicar que en el último año (Julio 2013-Junio 2014) las inversiones capitalizadas duplicaron el valor de las inversiones aprobadas por la ASEP para el período de Julio-Junio 2014.

Al no realizarse las inversiones por parte de ELEKTRA siguiendo el cronograma de inversiones anuales asignados por la ASEP para el Ingreso Máximo Permitido Julio 2010-Junio 2014. La ASEP descontó del siguiente período tarifario Julio 2014-Junio 2018 la suma de B/.14.3 millones.” (Lo resaltado es de la Procuraduría) (Cfr. fojas 240, 245 y 246 del expediente judicial).

La **Ingeniera Falconett**, al ser preguntada por el Magistrado Sustanciador en relación a *“qué era mejor para los clientes comprar anualmente las inversiones o comprar las inversiones ejecutadas en el período de cuatro años”*, ésta manifestó: **“En mi opinión creo que para los clientes sería beneficioso comprar las inversiones en el período de cuatro años**, por ejemplo, si vemos en el cálculo de las inversiones reconocidas en el Ingreso Máximo Permitido y las inversiones capitalizadas por ELEKTRA, se observa para el período 2010-2014, que en los tres primeros años las inversiones capitalizadas por ELEKTRA son más bajas que las aprobadas por la ASEP...**sin embargo, en el último período las inversiones capitalizadas por ELEKTRA son más del doble que las inversiones aprobadas por la ASEP, entonces eso indicaría que en el último año las tarifas se dispararían para los clientes en comparación a los tres años anteriores del régimen tarifario.”** (Lo destacado es de la Procuraduría) (Cfr. fojas 205 y 206 del expediente judicial).

Tal como lo indicó la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos en el Informe Explicativo de Conducta remitido al Magistrado Sustanciador, *“...con motivo de la Revisión Tarifaria, se ha podido determinar que las empresas*

distribuidoras no realizaron en tiempo y forma las inversiones que fueron reconocidas dentro de las sumas determinadas como Ingreso Máximo Permitido correspondientes al periodo tarifario 2010-2014..., **es decir, que las empresas distribuidoras obtuvieron rentabilidad y depreciación sobre activos que aún no habían capitalizado o construido, en perjuicio de los clientes regulados, quienes pagaron una tarifa en contraprestación**” (Cfr. fojas 124 y 125 del expediente judicial).

En el caso particular, el primer párrafo del artículo 22 del Título IV del Reglamento de Distribución y Comercialización, aprobado mediante la Resolución JD-5863 de 17 de febrero de 2006 y sus posteriores modificaciones, dispone que, *“La Autoridad revisará al final de cada periodo tarifario, el IMP aprobado con respecto a los ingresos reales percibidos por la empresa distribuidora, a fin de determinar si las variaciones se encuentran dentro de un margen razonable.”*

Finalmente, resulta importante destacar lo que al efecto establece el contrato número 71-13 de concesión para la distribución y comercialización de energía eléctrica suscrito con **Elektra Noreste, S.A.**, que en la cláusula 26, literal X, dice de manera puntual y concreta: *“El **CONCESIONARIO** está obligado a realizar aquellas inversiones obligatorias que sean aprobadas por la **AUTORIDAD** en cada período tarifario. La Autoridad podrá adecuar las inversiones aprobadas a los requerimientos que surjan durante el periodo tarifario correspondiente.”* (Cfr. foja 177 del expediente judicial).

Según se observa, los dictámenes periciales rendidos por los peritos designados por la parte actora, por esta Procuraduría y por el Tribunal, se centran en los aspectos técnicos que motivaron la expedición de la Resolución AN-7656-Elec. de 25 julio de 2014, 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 de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, se enmarca dentro de su régimen regulatorio.

Sobre la base de las consideraciones previamente anotadas, que nacen del examen objetivo de las constancias procesales, arribamos a la conclusión que en el proceso bajo análisis se ha acreditado que no se ha infringido el numeral 9 del artículo 19 de la Ley 26 de 29 de enero de 1996; los artículos 9 (numeral 6), 79 (numeral 3) y 95 del Texto Único de la Ley 6 de 3 de febrero de 1997; el artículo 36 de la Ley 38 de 2000 ni tampoco el artículo 23 del Título IV del Reglamento de Distribución y Comercialización, por lo que han quedado sin sustento las afirmaciones hechas por la parte actora en su libelo de demanda. En razón de ello solicitamos respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL la Resolución AN-7656-Elec. de 25 julio de 2014, emitida por la Administradora General de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, ni su acto confirmatorio**, y en consecuencia, se denieguen las pretensiones de la empresa demandante.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración

Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente 625-14