

16 de Agosto de 2004

**Proceso contencioso
administrativo de
plena jurisdicción**

Interpuesto por la firma forense Galindo, Arias & López, en representación de la **Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A.**, para que se declare nula, por ilegal, la Resolución N°OAC-E-1690 del 26 de septiembre de 2003, dictada por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, el acto confirmatorio y para que hagan otras declaraciones.

Concepto.

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

Como lo hacemos habitualmente, concurrimos respetuosos ante ese Honorable Tribunal de Justicia, con la finalidad de emitir concepto respecto a la Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción que se enuncia en el margen superior del presente escrito.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 5, numeral 4, Libro Primero, de la Ley N°38 de 31 de julio de 2000, que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, intervenimos en interés de la Ley en los procesos contencioso administrativos de plena jurisdicción en los que se impugnen resoluciones que hayan decidido procesos en vía gubernativa, en los cuales haya habido controversia entre particulares por razón de sus propios intereses.

I. La pretensión de la parte demandante consiste en lo siguiente:

Se pide a su Digno Tribunal que declare nula, por ilegal, la Resolución N°OAC-E-1690 del 26 de septiembre de

2003, dictada por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, mediante la cual se resuelve aceptar parcialmente la reclamación presentada por PRODUCTOS KIENER, S.A., (en adelante KIENER) en contra de la EMPRESA DE DISTRIBUCION ELECTRICA METRO OESTE, S.A., (en adelante EDEMET); se ordena a KIENER que pague a EDEMET la suma de B/.76,041.08 en concepto de recuperación de energía, reflejado en la facturación correspondiente al mes de junio de 2002; y se ordena a EDEMET que otorgue un crédito a KIENER por la suma de B/.288,296.70, en concepto de recuperación de energía cobrada en exceso, reflejados en la facturación correspondiente al mes de junio de 2002.

Como consecuencia de la anterior declaración pide se declare:

1. Que KIENER consumió energía en forma fraudulenta, por lo que el reclamo presentado por esta empresa contra la recuperación del importe de la energía y potencia a la que tiene derecho EDEMET se desestima, es decir, se niega en su totalidad;
2. Que EDEMET tiene derecho a recibir de KIENER el pago de B/.364,337.78, monto que esta empresa adeuda en concepto de la energía y potencia consumida en forma fraudulenta; y
3. Que EDEMET no tiene obligación de otorgar un crédito a KIENER, por la suma indicada en la Resolución N°OAC-E-1690 de 26 de septiembre de 2003, es decir, la suma de B/.288,296.70.

II. Las disposiciones legales infringidas y los conceptos de infracción a las mismas son los siguientes:

a) La parte actora es del criterio que se ha violado el artículo 976 del Código Civil, que establece que los contratos tienen fuerza de ley entre las partes.

Al explicar el concepto en que ha sido conculcada, la parte actora sostiene KIENER Y EDEMET tienen un contrato en virtud el cual KIENER esta obligado a pagar la totalidad de la energía y potencia que consume; no obstante, KIENER incumplió su obligación al incurrir en fraude que fue confirmado en el proceso que se inició por el reclamo interpuesto por KIENER contra EDEMET.

Al emitir el acto impugnado, se dice, se ha desconocido el derecho de EDEMET a cobrar, de acuerdo a lo pactado, la energía consumida por KIENER, pues solamente se reconoce derecho a recuperar la energía consumida de mayo de 2001 hasta el momento de la recuperación, en junio de 2002, ignorando totalmente que a lo largo del proceso quedó comprobado que KIENER venía realizando fraude desde mucho antes de la escisión del IRHE.

b) Se considera infringido el artículo 1109 del Código Civil, mismo que estipula que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y obligan a lo pactado.

Se reitera que el acto impugnado desconoce el derecho de EDEMET a recibir de KIENER el pago de la totalidad de la energía consumida fraudulentamente desde mayo de 1998 cuando se escindió el IRHE, de acuerdo al contrato entre ambas empresas.

c) El numeral 2 del artículo 144 del la Ley N°6 de 3 de febrero de 1997, que habla de las sanciones a los clientes de las empresas prestadoras de los servicios públicos de

electricidad y que indica que además de la multa los clientes están en la obligación de pagar el valor de la electricidad consumida fraudulentamente y los daños ocasionados.

Como concepto de infracción se explica que con la emisión de la resolución atacada se desconoce el derecho de EDEMET a cobrar a KIENER la totalidad de la energía consumida fraudulentamente desde mayo de 1998 cuando se escindió el IRHE, a pesar de que quedó plenamente acreditado en el expediente administrativo que este cliente venía comportándose de esa manera desde 1984, cuando reformó por primera vez sus instalaciones.

d) Se estima conculcado el artículo 120 de la citada Ley N°6 de 1997, el cual dispone que ninguna persona estará exenta del pago por los servicios de electricidad que reciba.

La infracción a la norma se sostiene alegando que las resoluciones impugnadas ignoraron este principio, pues exoneran a KIENER del pago por los servicios de electricidad desde mayo de 1998 hasta abril de 2001.

e) Asimismo se dice del numeral 16 del Apéndice A del Anexo A de la Resolución JD-917 de 24 de julio de 1998, por lo cual se aprueba el Pliego Tarifario para los clientes de EDEMET, el que en su parte relevante estipula que en los casos de fraude la distribuidora cobrará un estimado de consumo de energía por un período de seis (6) meses y cobrará toda la energía consumida fraudulentamente, en caso de comprobar el tiempo de fraude y los daños ocasionados.

La infracción se da, al decir del demandante, pues EDEMET comprobó fehacientemente que KIENER incurrió en fraude

desde el año de 1984, cuando se hizo la primera modificación de sus instalaciones, hasta enero de 2002.

Para dar fuerza a sus argumentos, indican constan en el expediente administrativo copias auténticas de los planos de las reformas a las instalaciones de KIENER hechas en 1984 y 2001; de ellos salta a la vista que esta empresa al hacer estas reformas pretendía incrementar su capacidad de producción para lo cual necesitaba más maquinaria y de más potencia de las que ya tenía, lo cual redundaría en un aumento del consumo de electricidad.

f) La firma apoderada es de la opinión se ha violado el artículo 4 del Capítulo VI del Anexo A de la Resolución JD-1854 de 21 de febrero de 2000, Manual de Normas y Condiciones para la Prestación del Servicio Público de Distribución de Energía Eléctrica, que dice que en los casos de fraude la distribuidora cobrará un estimado de consumo de energía por un período de seis (6) meses y cobrará toda la energía consumida fraudulentamente, en caso de comprobar el tiempo de fraude y los daños ocasionados.

A juicio de la parte actora, EDEMET comprobó fehacientemente que KIENER incurrió en fraude desde el año de 1984, cuando se hizo la primera modificación de sus instalaciones, hasta enero de 2002. Habiéndose acreditado en el expediente administrativo el tiempo del fraude, EDEMET tiene derecho a cobrar todo el importe de lo consumido fraudulentamente por KIENER, al menos desde mayo de 1998 cuando se produjo la escisión del IRHE.

g) El artículo 143 de la Ley N°38 de 2000, que regula el Procedimiento Administrativo General, norma que prevé la

atribución de la autoridad administrativa para admitir las pruebas conducentes y pertinentes propuestas por las partes en los procedimientos administrativos.

La parte actora alega propuso en su escrito de oposición al reclamo presentado por KIENER los testimonios de Bolívar Santana, Carmen Montes, Diomedes Velásquez y Luis Del Valle, pruebas desestimadas por el Ente Regulador. Dichas pruebas, sostienen, eran conducentes y pertinentes a los hechos que se discutían en el proceso y, por tanto, al no admitirlas se violó la norma citada.

Asimismo, afirman, en el escrito de reconsideración se propusieron pruebas testimoniales, de inspección oficial y de informe, cuya práctica también fue negada por el Ente Regulador en violación del precepto aludido.

h) Afirman se ha infringido el artículo 145 de la Ley N°38 de 31 de julio de 2000, el cual establece que las pruebas en el procedimiento administrativo se apreciarán según las reglas de la sana crítica.

Al decir de los demandantes, el Ente Regulador incurrió en una grave falta procesal al negarle valor probatorio a los planos aportados por EDEMET como prueba al contestar la reclamación de KIENER. Agrega que los citados planos no son copias simples sino copias auténticas y que en ellos se hace una declaración ante una autoridad pública (de allí que los planos requieren la firma del profesional que los preparó y del representante autorizado de la dueña para vincularla a tales declaraciones).

Por tanto, los planos mencionados constituyen prueba idóneas de los datos allí contenidos, es decir, de la

potencia que KIENER consumía antes y después de cada una de sus remodelaciones y al no haberles dado el valor correspondiente se violó el artículo 145 de la Ley N°38 de 2000.

i) Del mismo modo se sostiene se ha desconocido el artículo 146 de la Ley N°38 de 2000, que establece el deber y el derecho a la motivación de los actos administrativos.

Aseveran los demandantes los actos impugnados ignoraron lo preceptuado en la norma de marras, porque en ninguna parte de las resoluciones impugnadas el Ente se refirió de forma razonada al examen de las pruebas medulares que constan en el expediente administrativo y que no son otras que los planos que EDEMET aportó y que contienen las dos reformas que se le han hecho a las instalaciones de KIENER en 1984 y 2001.

j) Se predica la infracción del artículo 169 de la Ley N°38 de 31 de julio de 2000, el cual dispone que en los casos en que se interponga recurso de reconsideración la autoridad decidirá el recurso por lo que conste en autos en el evento que no exista contraparte en el proceso.

La parte actora indica que el Ente Regulador le dio traslado a KIENER del recurso de reconsideración presentado por EDEMET contra la Resolución 1690. En dicho recurso EDEMET solicitó la práctica de unas pruebas con el objeto de acreditar las afirmaciones contenidas en su respuesta al reclamo, pruebas para hacer más evidente, entre otras cosas, el tiempo de fraude.

Por tanto, el Ente Regulador cometió un grave error de interpretación al negar las pruebas pedidas por EDEMET, ya que, al haber contraparte en el procedimiento administrativo,

debió ordenar la práctica de las pruebas conducentes aducidas por las partes.

m) Sobre la violación del numeral 1 del artículo 4 de la Resolución JD-1298 de 29 de marzo de 1999, proferida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, que regula el procedimiento para atender las reclamaciones que se presentan por la prestación de los servicios públicos, se indica esta norma prevé la oportunidad del prestador del servicio público de distribución de electricidad de aducir pruebas que desvirtúen la reclamación presentada en su contra.

Los demandantes afirman que el Ente Regulador, en abierta contravención a esta norma, le ha negado la oportunidad a EDEMET de practicar no sólo pruebas que adujo al oponerse a la reclamación sino también las pruebas que sustentaban su recurso de reconsideración.

k) El artículo 36 de la Ley N°38 de 2000, preceptúa que ningún acto podrá emitirse o celebrarse con infracción de una norma jurídica vigente. La parte actora asevera el artículo citado ha sido infringido, pues los actos impugnados han sido dictados en contravención a todas las normas jurídicas arriba citadas.

III. La posición del Ente Regulador.

El Director Presidente del Ente Regulador explica en su Informe de Conducta, las razones por las cuales considera fundamentada la decisión adoptada en el caso del reclamo formulado por KIENER en contra de EDEMET.

En ese sentido, señala que recibida la queja corrió traslado de la misma a EDEMET para que presentara su

oposición y presentara las pruebas que apoyaran sus argumentos.

Afirma, que esa entidad reguladora previo a su pronunciamiento evaluó los alegatos y pruebas documentales aportadas por ambas partes y, en adición, ordenó la práctica de una inspección a las instalaciones de KIENER, con el propósito de verificar la lectura del medidor, su calibración, los voltajes, amperajes, así como los valores de la varilla de puesta a tierra y las instalaciones y líneas eléctricas de esta empresa, para determinar sus condiciones.

En la resolución impugnada, el Ente Regulador de los Servicios Públicos señaló que en efecto EDEMET demostró que KIENER mantenía una línea con energía eléctrica que no estaba siendo medida por el dispositivo de medición de la empresa prestadora del servicio.

Sin embargo, a criterio de la entidad reguladora y tal como se expresó en la resolución impugnada (considerando 24, literales v y w), los argumentos y las pruebas documentales no demostraron con exactitud que el consumo no registrado de energía se inició en la fecha en que indica EDEMET, es decir de noviembre de 1998 a mayo de 2001, razón por la cual se aceptó parcialmente el reclamo presentado por KIENER.

Para el cálculo de la recuperación que debía pagar KIENER a EDEMET, el Ente Regulador señala se fundamentó en lo que establecía el Régimen Tarifario vigente en dicho periodo sobre la aplicación de las tarifas, en el que establecía que cuando la empresa distribuidora compruebe que un cliente ha estado adquiriendo energía en forma fraudulenta, ésta cobrará al cliente una estimación de la facturación por todo el

periodo comprobado y, en el caso que no se pueda comprobar el tiempo del fraude, una estimación de la facturación por un periodo de hasta seis (6) meses.

En atención a esta disposición, el Ente Regulador determinó que KIENER debía pagar a EDEMET una estimación de seis (6) meses de consumo, correspondiente a la suma de B/.76,041.08, en concepto de recuperación por fraude. Debido a que conforme a su análisis KIENER había pagado en exceso esta suma, se ordenó a la empresa distribuidora otorgar un crédito a favor del cliente por la suma de B/.288,296.70.

En cuanto a las pruebas, indica que las testimoniales solicitadas con el escrito de oposición fueron desestimadas por inconducentes y sobre las otras (planos, actas de inspección, fotografías) es su opinión expuso razonadamente el mérito que correspondía a cada una de ellas (numeral 24 de la resolución impugnada), de conformidad con los artículos 143 y 146 de la Ley N°38 de 2000.

En relación con las pruebas solicitadas con el recurso de reconsideración, el Ente Regulador indicó, fundamentado en el artículo 169 de la Ley 38 de 2000, que la impugnación presentada, en este caso ante una autoridad de única instancia, debía resolverse sin más trámite que el traslado a la contraparte, por lo que la práctica de las pruebas no era admisible, salvo en los casos en que no exista una contraparte y sea la autoridad quien, en aras de aclarar puntos oscuros, ordene la práctica de determinadas pruebas.

IV. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Como ha quedado dicho, constituye el acto impugnado la Resolución N°OAC-E-1690 del 26 de septiembre de 2003, dictada

por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, mediante la cual se resuelve aceptar parcialmente la reclamación presentada por PRODUCTOS KIENER, S.A., en contra de la EMPRESA DE DISTRIBUCION ELECTRICA METRO OESTE, S.A.; se ordena a KIENER que pague a EDEMET la suma de B/.76,041.08 en concepto de recuperación de energía, reflejado en la facturación correspondiente a mes de junio de 2002; y se ordena a EDEMET que otorgue un crédito a KIENER por la suma de B/.288,296.70, en concepto de recuperación de energía cobrada en exceso, reflejados en la facturación correspondiente al mes de junio de 2002.

La ilegalidad de la actuación demandada básicamente se fundamenta en que, a juicio de EDEMET, se comprobó fehacientemente que KIENER incurrió en fraude desde el año de 1984, cuando se hizo la primera modificación de sus instalaciones, hasta enero de 2002 y que, por tanto, tiene derecho al cobro de un estimado de consumo desde mayo de 1998, cuando asumió todos sus derechos y responsabilidades como concesionaria del servicio de distribución eléctrica, a enero de 2002 y no sólo a los últimos seis (6) meses desde la detección del fraude, en enero de 2002.

Como principal elemento probatorio, la empresa de distribución eléctrica aportó al procedimiento administrativo copias auténticas de los planos de las reformas a las instalaciones de KIENER hechas en 1984 y 2001 y, asevera, de ellos salta a la vista que dicha empresa al hacer estas reformas pretendía incrementar su capacidad de producción para lo cual necesitaba más maquinaria y de más potencia de las que ya tenía, lo cual redundaría en un aumento del

consumo de electricidad. Además, indica que los planos demuestran cual era la potencia que KIENER consumía antes y después de cada uno de sus remodelaciones.

Sobre este punto de la controversia, este Despacho debe resaltar que tanto el Ente Regulador como la parte actora se refieren de forma disímil y hasta algo confusa a conceptos técnicos como kilowatt (Kw), kilovatio (Kva), amperios (Amp), carga instalada, potencia y energía, lo que hace difícil a los no-especialistas en la materia determinar cual era la capacidad y el consumo de las instalaciones de KIENER antes y después de las reformas sufridas en 1984 y 2001.

En ese sentido, en las motivaciones del acto impugnado el Ente Regulador señala:

“v. Que en vista de todo lo anteriormente expuesto, esta entidad reguladora, considera que los argumentos presentados por la Empresa de Distribución Eléctrica METRO OESTE, S.A., para efectuar la recuperación de la energía dejada de facturar desde el mes de mayo de 1998 hasta el mes de marzo de 2002, son insuficientes por las siguientes razones:

v.1. Durante el periodo de 1984 a 2002, existieron dos remodelaciones, por lo tanto no es posible asegurar en cual de las dos se pudo ocasionar la anomalía.

v.2. En el plano visible a foja 75 del presente expediente, el cual fue confeccionado y revisado entre el mes de diciembre de 1984 y febrero de 1985, se observa con claridad que la carga existente en las instalaciones del cliente era de 336.3 KVA equivalentes a 302.67 KW, de lo cual se estaba utilizando 316.8 KVA, lo cual equivale a 284.985 KW;

v.3. Que de igual manera, en el plano visible a foja 76 del presente expediente, el cual fue confeccionado en el mes de mayo de 2001, se observa con claridad que la carga existente en las

instalaciones del cliente, era de 400 KVA;

v.4. Para las dos remodelaciones, la empresa eléctrica en su momento, aprobó los planos, ya que los mismos cuentan con los respectivos sellos de aprobación y revisión.

v.5. Del año 1984 al año 2002, existieron múltiples cambios de medidores, lo que refleja claramente, la relación de la empresa distribuidora con el sistema de medición del cliente.

v.6. Que en el análisis de las vistas fotográficas, se observa claramente que el gabinete donde se encontró la conexión eléctrica de tres fases que no era medida por la empresa eléctrica, no corresponde a un gabinete diferente como lo afirma la Empresa de Distribución Eléctrica METRO OESTE, S.A., más bien corresponde al mismo gabinete, sólo que se encuentra dividido en tres módulos, unidos entre sí, por un sistema de barras madre;

v.7. El Historial de consumo y demanda del cliente, demuestra efectivamente que el cliente ha mantenido un comportamiento de consumo promedio aproximado de 250 kW, sin embargo, tanto el cliente como cualquier usuario del servicio público de electricidad, están sujetos a las variaciones del consumo de energía, debido a múltiples factores como lo pueden ser remodelaciones en sus instalaciones, instalación de equipos más eficientes, aumento de personal, modificaciones a los horarios de trabajo entre otras cosas;

w. Que de las consideraciones anteriormente expuestas, es evidente que existe una duda razonable en cuanto a la exactitud de la fecha en la cual se origina el consumo de energía no medido en beneficio del cliente PRODUCTOS KIENER, S.A., por lo que tomar como fecha de la recuperación de energía desde el mes de noviembre de 1998 hasta la fecha 27 de marzo de 2002, no puede ser aceptado por esta entidad reguladora, si la Empresa de Distribución Eléctrica METRO OESTE, S.A., no aporta las pruebas documentales contundentes que demuestren con exactitud, que el consumo no

registrado de energía por el sistema de medición del cliente, se inició en la fecha planteada por el prestador del servicio de electricidad”.

Debe destacarse que incluso el plano de 1984, a foja 28 del expediente judicial, la parte correspondiente al “RESUMEN DEL SISTEMA”, en el margen inferior izquierdo, se encuentra en parte borroso e ilegible.

Esta falta de claridad sobre la información técnica hace imposible corroborar las afirmaciones de la parte actora, en el sentido de considerar que los planos de 1984 y 2001 comprueban de forma incontrovertible cual era el consumo de la empresa antes y después de las remodelaciones; en consecuencia, este Despacho se atiene a lo que en su momento sea probado en la respectiva etapa del proceso.

Igualmente, en cuanto a la inadmisión de los testimonios propuestos y la valoración de las pruebas admitidas y practicadas en el procedimiento de investigación de reclamos (planos, actas de inspección, fotografías), este Despacho carece a esta altura del proceso de los elementos necesarios para pronunciarse sobre la corrección de la evaluación probatoria realizada por el Ente Regulador.

Ahora bien, la Procuraduría de la Administración considera que el Ente Regulador interpretó erróneamente el artículo 169 de la Ley N°38 de 2000, al considerar que el recurso de reconsideración debía resolverse sin más trámite que el traslado a la contraparte.

Como lo señala la parte actora, de una lectura serena del artículo citado claramente se desprende que **las partes tienen derecho proponer pruebas** en un recurso de reconsideración siempre que en el procedimiento

administrativo exista una contraparte. Así pues, en el procedimiento administrativo las partes tienen un verdadero poder o facultad para aportar y proponer todas las pruebas con su recurso de reconsideración que consideren sirvan a demostrar el supuesto de hecho del derecho que alegan les ampara; a diferencia del procedimiento judicial en el que las partes, bajo ninguna condición, tienen derecho a probar en el recurso de reconsideración.

Consta en autos que el Ente Regulador le dio traslado a KIENER del recurso de reconsideración presentado por EDEMET contra la Resolución 1690 y que en dicho recurso EDEMET solicitó la práctica de unas pruebas con el objeto de acreditar las afirmaciones contenidas en su respuesta al reclamo.

Dicha prueba consistía en una inspección oficial a los libros, archivos, registros, registros contables, incluyendo los registros electrónicos, y demás documentos de propiedad de KIENER, a fin de determinar los niveles de producción, de venta y variaciones en los niveles de producción y venta durante los años de 1998 a 2002, así como la cantidad modelo, marca, especificaciones técnicas, fechas de instalación, periodo de operación y consumo estimado de todos los equipos de producción instalados y que operaron en la planta de 1984 a 2002, con el propósito de determinar la cantidad de energía que KIENER consumió durante el período 1998 a 2002.

Por tanto, a nuestro juicio, el acto impugnado es contrario al contenido del artículo 169 de la Ley N°38 de 2000, pues ha negado el derecho de EDEMET a proponer pruebas en un recurso de reconsideración propuesto dentro de un

procedimiento administrativo en el que existía una contraparte. Lo anterior constituye una violación de uno de los elementos del debido proceso (el derecho a probar) y, en consecuencia, del derecho de defensa, que amerita por si sola se declare la nulidad del acto impugnado.

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

Del Señor Magistrado Presidente,

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

AMdeF/17/bdec

Licdo. Víctor L. Benavides P.
Secretario General