

Vista N°382

18 de Julio de 2000

Proceso Contencioso

Administrativo de

Nulidad.

Concepto.

Los Licenciados Gabriel Martínez y Delfina Escobar, en sus propios nombres y representación, para que se declare nulo, por ilegal, el Artículo Primero de la Resolución N°JD-919 de 24 de julio de 1998, expedidos por el Ente Regulador de los Servicios Públicos.

Señora Magistrada Presidenta de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia.

Conforme a lo establecido en el numeral 1, del artículo 348 del Código Judicial, respetuosamente concurrimos ante Vuestro Augusto Tribunal de Justicia con la finalidad de emitir concepto en torno a la Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad interpuesta por los Licenciados Gabriel Martínez y Delfina Escobar, en sus propios nombres y representación, para que se declare nulo, por ilegal, el Artículo Primero de la Resolución N°JD-919 de 24 de julio de 1998, emitida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos.

El acto acusado como ilegal, lo constituye el Artículo Primero de la Resolución N°JD-919 de 24 de julio de 1998, expedido por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, mediante el cual se resuelve: ¿Aprobar el Pliego Tarifario para la prestación del Servicio Público de Distribución y Comercialización de Electricidad presentado por la Empresa de Distribución Eléctrica Chiriquí, S.A., el cual está contenido en el Anexo A de la presente Resolución, el cual forma parte integral de la misma¿.

I. Las disposiciones legales que se estiman violadas y los conceptos de infracción, expuestos por los demandantes, es el que a seguidas se copia:

Los Licenciados Gabriel Martínez y Delfina Escobar estiman que el Artículo Primero de la Resolución N°JD-919 de 24 de julio de 1998, viola las normas legales que se copian a continuación:

1. Ley N°5 de 3 de febrero de 1997:

¿Artículo 99: Actualización de las tarifas.

Durante el período de vigencia de cada fórmula tarifaria, las empresas de distribución y las de transmisión podrán actualizar las tarifas base, aprobadas por el Ente Regulador para el período respectivo, utilizando el índice de precio de la energía comprada en bloque y las formulas de ajuste establecidas por el Ente Regulador, las cuales tomarán en cuenta el índice de precio al consumidor emitido por la Contraloría General de la República. Cada vez que estas empresas actualicen las tarifas, deberán comunicar los nuevos valores al Ente Regulador y publicarlas con sesenta días o más de anticipación a su aplicación por lo menos, dos veces en dos diarios de circulación nacional¿. (Las negrillas son del demandante).

A juicio de la demandante, esta norma legal es violada en el concepto de violación directa, ya que:

¿...el Ente Regulador de los Servicios Públicos al aprobar el sistema de actualización de t́arifas (sic) de distribución de energía eléctrica, que le sometan las empresas de distribución eléctrica sólo puede considerar las variaciones en el índice de precio de la energía comprada en bloque y las formulas de ajuste que el mismo Ente Regulador haya establecido previamente la cual, según consta en la Resolución No JD219 de 31 de marzo de 1998, sólo incluía los siguientes factores:

- a. Cargos por distribución.
- b. Valor de las pérdidas de distribución.
- c. Cargos por comercialización.
- d. Valor del traspaso directo de los costos de generación a los clientes regulados.

No obstante esta claramente definido en la ley el Ente Regulador de los Servicios Públicos aprobó mediante el artículo primero de la Resolución No JD-919 de 24 de julio de 1998 un Pliego Tarifario propuesto por la empresa de distribución Eléctrica Chiriquí S.A., que contiene un Sistema de Actualización de Tarifas, el que considera los siguientes factores adicionales y diferentes a los establecidos por el propio Ente Regulador de los Servicios Públicos:

- a. Cargo por alumbrado público de acuerdo al programa de inversiones

b. Variaciones en los costos de transmisión por las diferencias entre los ingresos proyectados para cubrir estos costos y los ingresos realmente recibidos.

c. Variaciones en las pérdidas de transmisión por las diferencias entre los ingresos proyectados para cubrir estos costos y los ingresos realmente recibidos.

Al aprobar el Ente Regulador de los Servicios Públicos, el Pliego Tarifario, propuesto por la empresa de distribución Eléctrica Chiriquí, S.A., contenido de un Sistema de Actualización y Revisión de Tarifas, que incluye factores adicionales y modifica en consecuencia las formulas de ajuste establecidas por el propio Ente Regulador, viola directamente el artículo 99 de la Ley 6 de 3 de febrero de 1997, ya que la referida norma violada, en forma clara establece que la actualización de las tarifas bases debe efectuarse de acuerdo con las fórmulas de ajuste establecidas por el Ente Regulador de los Servicios Públicos¿. (Ver fojas 82 y 83) (Énfasis suplido por el demandante).

2. Ley N°26 de 29 de enero de 1996:

¿Artículo 19: Atribuciones del Ente Regulador.

Para el cumplimiento de sus objetivos, el Ente Regulador tendrá las funciones y atribuciones siguientes:

1. Cumplir y hacer cumplir esta Ley y las demás normas legales complementarias, así como las leyes sectoriales respectivas.

...

9. Supervisar y verificar la aplicación del régimen tarifario y de los valores tarifarios, de acuerdo con los mecanismos que se prevean en las leyes sectoriales¿ (Las negrillas son de los demandantes).

El demandante considera que el artículo primero de la Resolución N°JD-919 de 24 de julio de 1998, infringe los numerales 1 y 9, del artículo 19 de la Ley N°26 de 1996, pues:

¿Del contenido de la citada norma jurídica, se desprende de manera clara que el Ente Regulador de los Servicios Públicos esta obligado a dar cumplimiento a las leyes y en especial a las leyes sectoriales respectivas como lo es del caso de la Ley No 6 de 3 de febrero de 1997, que dictó el marco regulatorio e institucional para la prestación del Servicio Público de Electricidad. Por otra parte, tiene igualmente la obligación legal de supervisar y verificar la aplicación del régimen tarifario y los valores tarifarios de acuerdo con los mecanismos que se prevean en las leyes sectoriales.

Al aprobar el Pliego Tarifario propuesto por la empresa distribución Eléctrica Chiriquí, S.A., con una (sic) sistema de Actualización de Tarifas estructurado con factores adicionales y con formulas de ajuste distintas a las establecidas por el propio Ente Regulador de los Servicios Públicos, se esta violando en forma directa los numerales 1 y 9 del artículo 19 de la ley 26 de 29 de enero de 1996¿. (Énfasis suplido por los demandantes). (Ver foja 84).

II. Criterio de la Procuraduría de la Administración:

Efectuadas las transcripciones de las normas jurídicas que se estiman conculcadas por el Artículo Primero de la Resolución N°JD-919 de 24 de julio de 1998, expedida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, y las supuestas violaciones, procedemos a externar nuestro criterio en los siguientes términos:

El Ente Regulador de los Servicios Públicos, es la institución encargada de regular y controlar la prestación de los servicios públicos de abastecimiento de agua potable, alcantarillado sanitario, electricidad, telecomunicaciones, radio y televisión, así como la transmisión y distribución de gas natural.

En virtud 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 dicta el Marco Regulatorio e Institucional para la Prestación del Servicio Público de Electricidad, y se establece, igualmente, el régimen al cual se sujetarán las actividades de generación, distribución y comercialización de energía eléctrica, en los casos en que no exista la libre competencia.

De acuerdo a lo previsto en el artículo 96 y siguientes de la Ley N°6 de 1997, el Régimen Tarifario estará compuesto por reglas relativas a procedimientos, metodologías, fórmulas, estructuras, opciones, valores y, en general, a todos los aspectos que determinan el cobro de las tarifas sujetas a regulación; los cuales deberán estar orientados por los criterios de suficiencia financiera y eficiencia económica, equidad, simplicidad y transparencia.

Es importante señalar que los criterios de suficiencia financiera y eficiencia económica, son definidos por el artículo 97 de la siguiente manera:

¿Artículo 97:

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 otro lado, el artículo 98, en cuanto a la regulación y libertad de precios, señala lo siguiente:

¿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 separadas, para los servicios de transmisión, distribución, venta a clientes regulados y operación integrada. De acuerdo con los estudios de costos 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 metodológicas 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¿.

Por su parte, los artículos 103, 104 y 111 lex cit., definen el valor agregado de distribución, la fijación de tarifas por el acceso y uso de redes de distribución, y la tarifas para los clientes. Veamos:

¿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 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 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.

La tasa, así determinada, se aplicará a los activos fijos netos en operación, que el Ente Regulador estime para el período de vigencia de las fórmulas tarifarias. Esta estimación se hará a partir del valor, a costo original, asentando 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.¿

- o - o -

¿Artículo 104: Fijación de tarifas por el acceso y uso de las redes de distribución.

El Ente Regulador establecerá las fórmulas, topes y metodologías, para fijar las tarifas de las empresas de distribución por concepto del cobro de los servicios de acceso y uso de las redes de distribución. Las tarifas deberán permitir a cada empresa obtener una remuneración promedio, estimada al inicio del período de vigencia de la fórmula, suficiente para cubrir su valor agregado de distribución, calculado para dicho período, de acuerdo con el procedimiento indicado en el artículo anterior¿.

- o ¿ o -

¿Artículo 111: Tarifas para los clientes.

Las ventas de electricidad a clientes finales, salvo a los grandes clientes, serán retribuidas, sin excepción, por medio de tarifas reguladas. Estas tarifas deben cubrir los costos en que incurre cada empresa de distribución, para prestar el servicio a cada categoría de cliente, de acuerdo con las características propias de su consumo de energía, así: el costo reconocido por compras de energía en bloque, los costos correspondientes a los servicios de acceso y uso de las redes de transmisión y distribución, los costos de comercialización y los costos por concepto de los servicios de operación integrada.

Para fijar las tarifas aplicables a los clientes sujetos a regulación de precios en su zona de concesión, cada empresa distribuidora deberá presentar, para aprobación del Ente Regulador, un cuadro tarifario, elaborado con base en una metodología que tenga en cuenta las diferencias en los costos del servicio, relativas al nivel de tensión al cual se realiza la entrega de energía, el factor de carga y otros parámetros técnicos relevantes, y que se ciña a las fórmulas, topes y metodologías tarifarios, establecidos por el Ente Regulador.

Previa aprobación del Ente Regulador, las empresas de distribución podrán diseñar y hacer públicas diversas opciones tarifarias que tomen en cuenta diseños óptimos de tarifas. Cualquier cliente podrá exigir la aplicación de una de estas opciones aplicables a su caso, si asume los costos de los equipos de medición necesarios.

Con fundamento en las excertas legales citadas, el Ente Regulador emitió la Resolución N°JD-219 de 31 de marzo de 1998 y la Resolución N°JD-919 de 24 de julio de 1998. En la primera de éstas, se aprobó el Régimen Tarifario para el Servicio Público de Distribución de Electricidad que se aplicará a todas las empresas que presten el servicio de distribución y comercialización, y a sus clientes, de acuerdo al contenido del Anexo A de esa Resolución (cuyo texto es visible a foja 36 y siguientes del expediente judicial).

Dicho Anexo A de la Resolución N°JD-219 de 1998 establece, en su acápite V, ¿FORMULAS PARA CALCULAR EL INGRESO PERMITIDO DE DISTRIBUCIÓN, COMERCIALIZACIÓN Y ALUMBRADO¿, literal E, ¿ACTUALIZACIÓN Y REVISIÓN DENTRO DEL PERÍODO TARIFARIO¿, los conceptos y fórmulas que deben ser calculados al momento de actualizar y revisar las tarifas, los cuales comprenden:

1. Revisión de los Cargos por Distribución.
2. Revisión de los Cargos por Comercialización.
3. Revisión del valor del traspaso directo de los costos de Generación a los clientes regulados (ver fojas 59 Y 60)

De acuerdo con el acápite II del Anexo A de la Resolución N°JD-219, los Cargos por Distribución deberán contemplar lo siguiente:

¿II. CARGOS POR DISTRIBUCIÓN

1. Criterios Generales para el Diseño de los Cargos por Distribución.

El cargo por distribución que cubrirá el valor agregado de distribución deberá ser estructurado de la siguiente forma:

- (a) Cargos separados por conexión y uso del sistema de distribución, un cargo por el alumbrado público más un cargo por las pérdidas de distribución;
- (b) Los cargos por conexión deben reflejar solamente los costos de los activos necesarios para conectar a cada cliente individualmente al sistema principal de distribución y no, por ejemplo, los activos necesarios para mejorar la confiabilidad del sistema;
- (c) Los cargos por uso del sistema de distribución los cuales deben reflejar el costo de los activos del sistema principal...¿ (Ver fojas 45 y 46).

Por su parte, los costos de comercialización incluirán los siguientes aspectos:

¿III. CARGOS POR COMERCIALIZACIÓN.

La Ley establece que los costos de comercialización son los relativos a la administración, medición, facturación, cobro, recaudación, depreciación, rentabilidad, otros gastos de venta y los demás servicios permanentes no incluidos en los costos de distribución y que, el Ente Regulador considere necesarios para garantizar que el cliente pueda disponer del servicio ininterrumpidamente y con eficiencia...¿ (Ver foja 50).

Por tanto, a través de la Resolución N°JD-219 de 31 de marzo de 1998 emitida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, se regula lo concerniente al régimen tarifario al que deben someterse todas las empresas que presten el servicio público de distribución de energía eléctrica, cuya vigencia se extiende hasta el 30 de junio de 2002.

Dicho régimen tarifario, establece las fórmulas topes y metodologías aplicables para la fijación y actualización de tarifas; por lo que, se incluyen otros aspectos como son los cargos de distribución, comercialización y revisión del valor del traspaso directo de los costos de generación, transmisión y distribución, y se detallan así mismo, otros factores que pueden ser tomados en cuenta al momento de aprobar el Régimen Tarifario de las empresas de Distribución Eléctrica.

Posteriormente, mediante la Resolución N°JD-919 de 24 de julio de 1998, el Ente Regulador aprobó el Pliego Tarifario para la prestación del Servicio Público de Distribución y Comercialización de Electricidad presentado por la Empresa de Distribución Eléctrica Chiriquí, S.A, el cual se da conforme al Anexo A de la Resolución N°JD-219 de 31 de marzo de 1998 emitida por el Ente Regulador. Este pliego tarifario tiene una vigencia y aplicación a partir de las cero (0) horas del día 1 de noviembre de 1998 hasta el día 30 de junio del año 2002.

El Ente Regulador, en cuanto a la aprobación de este Régimen Tarifario, en el Informe Explicativo de Conducta, señala lo siguiente:

¿Para la aprobación del Pliego Tarifario de la Empresa de Distribución Eléctrica Chiriquí, S.A., el Ente Regulador verificó que el mismo cumpliera con las fórmulas, topes y metodología establecidos en la Resolución No. JD-219 de 31 de marzo de 1998. Específicamente en lo que respecta a la actualización y revisión de tarifas, la empresa en comentario, presentó al Ente Regulador como se calcularían los ajustes de tarifas a partir del 1° de julio de 1999, para ello presentaron a consideración del Ente Regulador cada uno de los elementos de costos a ser tomados en cuenta para aplicación de las fórmulas de actualización indicadas en los puntos 5.1 y 5.2 de este Informe de Conducta¿. (Véase folio 162).

Consideramos que el artículo impugnado no vulnera el artículo 99 de la Ley N°5 de 3 de febrero de 1997, modificado por el artículo 7 del Decreto Ley N°10 de 26 de febrero de 1998, ya que las reglamentaciones que ha expedido el Ente Regulador de los Servicios Públicos, con el propósito de regular el servicio de distribución y comercialización de la energía eléctrica, tienen su fundamento legal en los criterios técnicos consagrados en la Resolución N°JD-219 de 31 de marzo de 1998.

En este sentido, el Ente Regulador de los Servicios Públicos, señala que: ¿La Resolución N°JD-919 no ha introducido ningún factor diferente a los que permite la Resolución N°JD-219 para la actualización y revisión de tarifas lo que ha hecho es segregarse la variación en el costo de transmisión para aclarar y hacer más transparente el proceso de actualización...¿ (Ver foja 165).

Al respecto, es importante, señalar que el artículo 99 de la Ley N°6 de 1997, versa sobre la actualización de la fórmula tarifaria aprobada por el Ente Regulador a las empresas de distribución y transmisión; por lo que en el caso subjujice, se da una situación distinta, ya que a través del Artículo Primero de la Resolución N°JD-919 de 24 de julio de 1998, el Ente Regulador aprobó el Pliego Tarifario para la Prestación del Servicio Público de Distribución y Comercialización de Electricidad de la empresa de Distribución Eléctrica Chiriquí, S.A., lo que no es una actualización, sino que es la fórmula tarifaria que cobrará esta empresa a partir del 1° de noviembre de 1998 hasta la vigésimo cuarta (24) hora del día 30 de junio del año 2002; y que podrán ser actualizadas, tomando en consideración las variaciones en el índice de precio de energía comprada en bloque y en el índice del salario mínimo que las fórmulas contienen.

Por lo expuesto, estimamos que no se produce la alegada violación al artículo 99, ya que los criterios de suficiencia financiera y eficiencia económica permiten al Ente Regulador aprobar los cargos por alumbrado público de acuerdo al programa de inversiones e incluir las variaciones en los costos y pérdidas de transmisión, ya que tal como ordena la legislación vigente al respecto, las

formulas tarifarias deben garantizar ¿la recuperación de los costos y gastos propios de operación, incluyendo la expansión, la reposición y el mantenimiento¿.

En cuanto a la supuesta infracción de lo numerales 1 y 9 del artículo 19 de la Ley N°26 de 1996, consideramos que la misma no se configura, ya que el Ente Regulador de los Servicios Públicos, contrario a lo expuesto por los demandantes, aprobó el Artículo Primero de la Resolución N°919 de 24 de julio de 1998, con fundamento en las reglamentaciones altamente técnicas elaboradas por el Ente Regulador, cuya elaboración se ha dado conforme a lo dispuesto en los numerales 4 y 6 del artículo 20 de la Ley N°6 de 3 de febrero de 1997, que dicen:

¿Artículo 20: Funciones: El ente Regulador tendrá las siguientes funciones en relación al sector de energía eléctrica:

...

4. Establecer los criterios, metodologías y fórmulas para la fijación de las tarifas de los servicios públicos de electricidad, en los casos en que no haya libre competencia.

...

6. Supervisar y verificar la aplicación del régimen tarifario y de los valores tarifarios fijados, y revisarlos de acuerdo con los mecanismos que se prevean

...¿.

Por todo lo expuesto, solicitamos a la Honorable Sala Tercera que no acceda a las pretensiones de los Licenciados Gabriel Martínez y Delfina Escobar, y en su oportunidad se declare legal el artículo primero de la Resolución No. JD-919 de 24 de julio de 1998, expedida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos.

De la Honorable Magistrada Presidente,

Licda. Alma Montenegro de Fletcher

Procuradora de la Administración

AMdeF/17/mcs

Licdo. Víctor L. Benavides P.

Secretario General