

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 1340

Panamá, 6 de diciembre de 2010

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

**Concepto de la
Procuraduría de
la Administración.**

La licenciada Jesee Ann Duarte, en representación de **Empresa de Distribución Eléctrica Chiriquí, S.A.**, solicita que se declare nula, por ilegal, la resolución AN-2449-AU-Elec. de 5 de enero de 2009, emitida por el **director nacional de Electricidad, Agua Potable y Alcantarillado Sanitario** y el **director nacional de Atención al Usuario de la 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 numeral 4 del artículo 5 de la ley 38 de 31 de julio de 2000, para intervenir en interés de la Ley en el proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción descrito en el margen superior.

I. Normas que se aducen infringidas.

La apoderada judicial de la parte actora manifiesta que se ha infringido el acápite 9 del apéndice A del anexo B del Régimen Tarifario para el Servicio Público de Distribución y Comercialización, aprobado mediante la resolución JD-5863 de 17 de febrero de 2006; el artículo 28 de la resolución JD-101 de 27 de agosto de 1997, modificado por el artículo quinto de

la resolución JD-121 de 30 de octubre de 1997; el artículo 1643 del Código Civil; los artículos 36 y 145 de la ley 38 de 31 de julio de 2000; así como el artículo 120 de la ley 6 de 3 de febrero de 1997. (Cfr. Conceptos de infracción de la foja 38 a la foja 43 del expediente judicial).

II. Concepto de la Procuraduría de la Administración en interés de la Ley.

Antes de proceder al análisis de los cargos de ilegalidad planteados por la sociedad demandante, este Despacho considera pertinente señalar que, de conformidad con lo establecido en el artículo 24 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, es función y atribución de los directores nacionales de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, conocer y emitir, a través de la Dirección Nacional de Atención al Usuario, resoluciones de primera instancia relativas a los reclamos que presenten los usuarios de los servicios públicos.

Con fundamento en la norma legal indicada, la institución demandada emitió la resolución AN-2449-AU-Elec. de 5 de enero de 2009, que constituye el acto demandado, mediante la cual resolvió aceptar parcialmente la reclamación presentada por el licenciado José María Lezcano, en representación de su cliente Extractora Del Barú, S.A., en contra de la Empresa de Distribución Eléctrica Chiriquí, S.A. (Cfr. f. 6 del expediente judicial).

A través de dicha resolución, también se ordenó a la empresa prestadora del servicio de electricidad, anular el

monto de B/.366,253.65, en concepto de cargo de consumo no registrado, cargo de variación de combustible, cargo por reconexión y recargo de 10%, producto del levantamiento del acta de inspección núm. 399172 de 16 de abril de 2008 y en su lugar, aplicar la suma de B/.160,324.75, en concepto de cargos por consumo no registrado, variación de combustible y 10% de recargo, y devolver en efectivo al cliente Extractora Del Barú, S.A., cualquier suma pagada en exceso relacionada con este cargo. (Cfr. fs. 6 y 7 del expediente judicial).

En el proceso que se analiza, la apoderada judicial de la empresa demandante manifiesta que se ha infringido el punto 9 del apéndice A del anexo B del Régimen Tarifario para el Servicio Público de Distribución y Comercialización, que se refiere a la facturación de consumo en caso de fraude ya que, a su juicio, la autoridad reguladora desestimó para la determinación del período de recuperación, que el fraude encontrado en el suministro del cliente afectaba internamente al medidor sin alteración de los sellos, lo que implica que a la inspección de la Autoridad no se le puede dar valor probatorio ni confrontarla con los graves e ilegales hechos posteriormente comprobados. (Cfr. f. 39 del expediente judicial).

En relación con lo anterior, debemos destacar que, por medio de la inspección que la empresa prestadora realizó el 16 de abril de 2008 al sistema de medición de las instalaciones eléctricas de la compañía Extractora Del Barú, S.A., se observó que el medidor núm.03899362 mostraba una lectura de 8441 y que la tapa de los terminales del contador

se encontraba apagada. También se encontró el tornillo neutral suelto, así como el conductor neutral flojo y quemado en la parte donde hace contacto. (Cfr. f. 2 del expediente judicial).

Según observa esta Procuraduría, en la parte motiva de la resolución AN-2449-AU-Elec. de 5 de enero de 2009, que constituye el acto acusado, se indica que el reporte del acto de inspección de la prestadora detalla que el conductor de voltaje neutral solamente se encontraba colocado pero no apretado, razón por la cual el tornillo de terminal neutral y su base se hallaron en un completo deterioro, producto de la constante manipulación. (Cfr. f. 2 del expediente judicial).

Sobre este aspecto en particular, la Autoridad aclaró que el estado incólume de todos los sellos del medidor núm.03899362 no es circunstancia eximente del uso fraudulento de energía eléctrica, puesto que el contador presentaba otro tipo de alteraciones, las cuales permitían su accesibilidad y variación sin manipulación del sello garante, lo que consistía en acceder a sus terminales, removiendo la tapa externa de protección y, de esa manera, llegar directamente a los cubre bornes y consecuentemente, desconectar los cables de señales de voltaje al medidor, permitiendo el manejo de la medición. (Cfr. f. 4 del expediente judicial).

Cabe agregar, que en la resolución AN-2739-AU-Ele. de 18 de marzo de 2009, que confirmó la resolución AN-2449-AU-Elec. de 2009, se indica en forma expresa que los hallazgos evidenciados en campo, junto a las vistas fotográficas de lo detectado en la diligencia y los datos internos obtenidos del

medidor núm.03899362, ponen de manifiesto que la medición fue indebidamente afectada, habida cuenta que se tuvo acceso a las señales que van del tablero de prueba al contador, cuyo cierre fue abierto. (Cfr. f. 12 del expediente judicial).

Conforme se indica en el informe de conducta remitido por la entidad demandada, las constancias recabadas en campo ponen de manifiesto que en el suministro del reclamante, se verificó un sub-registro de la energía realmente consumida por el cliente Extractora Del Barú, S.A., situación que no es imputable a la empresa distribuidora, por lo que ésta se encuentra plenamente legitimada para recuperar una estimación de la facturación. (Cfr. f. 55 del expediente judicial).

Lo expuesto pone en evidencia que la emisión del acto acusado, tenía como fundamento lo dispuesto por el artículo 88 del Reglamento de Distribución y Comercialización, que dispone que cuando la distribuidora descubre y compruebe que un cliente ha estado adquiriendo energía eléctrica en forma fraudulenta, según los términos de la ley 6 de 3 de febrero de 1997 ésta cobrará al cliente el monto que resulte de acuerdo a lo estipulado en el Régimen de Suministro, toda vez que en el caso que ocupa nuestra atención, la apoderada judicial de la actora no logró desvirtuar que Extractora Del Barú, S.A., no es responsable del supuesto acto de fraude en perjuicio de la Empresa de Distribución Eléctrica Chiriquí, S.A., por lo que sí hay fundamento para que la concesionaria cargue a la cuenta del cliente la suma de B/.160,324.75, pero no para cobrar el monto de B/.366,253.65.

En igual sentido, debemos llamar la atención al hecho que el artículo 88 de la resolución JD-5863 de 17 de febrero de 2006, mediante la cual se adoptó el Régimen Tarifario para el Servicio Público de Distribución y Comercialización correspondiente al período del 1 de julio de 2006 al 30 de junio de 2010, establece que cuando la distribuidora descubra y compruebe que un cliente ha estado adquiriendo de sus líneas, energía eléctrica de forma fraudulenta, la misma cobrará al usuario el monto que resulte de acuerdo a lo estipulado en el Régimen de Suministro.

Por su parte, el artículo 34 contenido en el Anexo A de la resolución AN-411-Elec. de 16 de noviembre de 2006, por el cual se aprobó el Título V del Reglamento de Distribución y Comercialización que se denomina "Régimen de Suministro", dispone que cuando la empresa distribuidora compruebe que un cliente ha estado haciendo uso de energía eléctrica en forma fraudulenta, se cobrará al cliente una estimación de la facturación, por todo el *período comprobado*. En el evento de que no se pueda comprobar el período de tiempo en que el cliente adquirió la energía eléctrica en forma fraudulenta, la distribuidora cobrará al cliente una estimación de la facturación *sobre un período de hasta seis meses*.

En atención a la normativa previamente señalada, este Despacho debe indicar que, tal como lo expresó la autoridad reguladora al emitir la resolución AN-465-AP. de 26 de mayo de 2009, por medio de la cual mantuvo en todas sus partes la resolución hoy impugnada, el elemento que utiliza la prestadora para establecer el período de treinta y dos meses

de recuperación, es el histórico de consumos del cliente Extractora Del Barú, S.A.; sin embargo, dicha información no constituye el medio probatorio idóneo para determinar si hubo o no consumos fraudulentos en el suministro eléctrico, dado que los hábitos de consumo de los clientes varían por diversas razones. (Cfr. f. 19 del expediente judicial).

Tampoco puede obviarse que la empresa distribuidora, para calcular el consumo energético a recuperar, tomó únicamente de referencia los registros de los meses de abril, mayo y agosto de 2005, dejando de lado los meses de junio y julio del mismo año, probablemente por ser de consumos inferiores. (Cfr. f. 5 del expediente judicial).

Así las cosas, debemos coincidir con la entidad demandada, en el sentido que las empresas de distribución de energía eléctrica, deben proveer a la Autoridad pruebas directas que permitan comprobar no solamente el fraude, sino también el período a recuperar, ya que, de lo contrario, lo procedente es aplicar lo establecido en el artículo 34 del Anexo A de la resolución AN-411-Elec. de 2006 que aprobó el Título V del Reglamento de Distribución y Comercialización que se denomina "Régimen de Suministro", tal como sucedió en el caso que nos ocupa. (Cfr. fs. 5 y 19 del expediente judicial).

Por consiguiente, esta Procuraduría es del criterio que no se ha producido la violación del punto 9 del apéndice A del anexo B del Régimen Tarifario para el Servicio Público de Distribución y Comercialización, según alega la recurrente.

En lo que respecta a los cargos de violación del artículo 28 de la resolución JD-101 de 1997, modificado por el artículo quinto de la resolución JD-121 de 1997, del artículo 120 de la ley 6 de 1997 y del artículo 1643 del Código Civil, estimamos que los mismos también deben ser desestimados en atención a las mismas consideraciones hechas en párrafos anteriores en relación con el punto 9 del apéndice A del anexo B del Régimen Tarifario para el Servicio Público de Distribución y Comercialización.

Finalmente, la apoderada judicial de la parte demandante señala como infringidos los artículos 36 y 145 de la ley 38 de 31 de julio de 2000, normas que de acuerdo con el criterio de esta Procuraduría no son aplicables al caso que nos ocupa, puesto que dicha ley dispone en su artículo 37 que la misma se aplica a todos los procesos administrativos que se surtan en cualquier dependencia estatal, sea de la administración central, descentralizada o local, incluyendo las empresas estatales, *salvo que exista una norma o ley especial que regule un procedimiento para casos o materias específicas*; situación que claramente ocurre en el caso del procedimiento para la atención de las reclamaciones que presenten los clientes del servicio público de electricidad, que constituye una materia regulada por disposiciones especiales contenidas en la resolución JD-1298 de 29 de marzo de 1999, de lo que resulta la inaplicabilidad de las normas de la ley 38 de 2000 en el presente proceso.

Por lo expuesto, esta Procuraduría observa que no se ha infringido el punto 9 del apéndice A del anexo B del Régimen

Tarifario para el Servicio Público de Distribución y Comercialización relativo a la facturación de consumos en fraude, lo que constituye motivo suficiente para que solicitemos a ese Tribunal que se sirva declarar que NO ES NULA POR ILEGAL la resolución AN-2449-AU-Elec. de 5 de enero de 2009, emitida por el director nacional de Electricidad, Agua Potable y Alcantarillado Sanitario y el director nacional de Atención al Usuario de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos y, en consecuencia, no se acceda a las pretensiones de la demandante.

III. Pruebas:

Con el propósito que sea solicitado por ese Tribunal e incorporado al presente proceso, se aduce como prueba documental de la Procuraduría de la Administración, la copia debidamente autenticada del expediente administrativo que guarda relación con este caso, cuyo original reposa en los archivos de la institución demandada.

IV. Derecho:

No se acepta el invocado por la demandante.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Nelson Rojas Avila
Secretario General

Expediente 535-09