

REPÚBLICA DE PANAMÁ



**MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN**

Vista Número 891

Panamá, 21 de noviembre de 2007

**Proceso contencioso
administrativo de
plena jurisdicción.**

La firma forense Alemán, Cordero, Galindo & Lee, en representación de **Empresa de Distribución Eléctrica Chiriquí, S.A.**, para que se declare nula, por ilegal, la resolución J.D.-5863 de 17 de febrero de 2006, dictada por el antiguo **Ente Regulador de los Servicios Públicos**, el acto confirmatorio y para que se hagan otras declaraciones.

Contestación de la demanda.

**Honorable 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 2 del artículo 5 de la ley 38 de 2000, con la finalidad de contestar la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción descrita en el margen superior.

**I. Los hechos en los que se fundamenta la demanda, los contestamos
de la siguiente manera:**

Primero: Es cierto; por tanto, se acepta.

Segundo: Es cierto; por tanto, se acepta.

Tercero: Es cierto; por tanto, se acepta.

Cuarto: Es cierto; por tanto, se acepta.

Quinto: Es cierto; por tanto, se acepta.

Sexto: No es cierto; por tanto, se niega.

Séptimo: Es cierto; por tanto, se acepta.

Octavo: No es cierto; por tanto, se niega.

Noveno: No es cierto; por tanto, se niega.

Décimo: No es cierto como se redacta; por tanto, se niega.

Undécimo: Es cierto; por tanto, se acepta.

Duodécimo: Es cierto; por tanto, se acepta.

Décimo Tercero: No es cierto como se redacta; por tanto, se niega.

Décimo Cuarto: No es cierto como se redacta; por tanto, se niega.

Décimo Quinto: No es cierto como se redacta; por tanto, se niega.

Décimo Sexto: No es cierto; por tanto, se niega.

Décimo Séptimo: No es cierto; por tanto, se niega.

Décimo Octavo: No es cierto como se redacta; por tanto, se niega.

Décimo Noveno: No es cierto como se redacta; por tanto, se niega.

Vigésimo: No es cierto como se redacta; por tanto, se niega.

Vigésimo Primero: No es cierto como se redacta; por tanto, se niega.

Vigésimo Segundo: No es cierto como se redacta; por tanto, se niega.

Vigésimo Tercero: Es cierto; por tanto, se acepta. (Cfr. fojas 77 a 82 del expediente judicial).

Vigésimo Cuarto: Es cierto; por tanto, se acepta. (Cfr. foja 82 del expediente judicial).

Vigésimo Quinto: Es cierto; por tanto, se acepta.

II. Las normas que se aducen infringidas.

La parte actora manifiesta que se han infringido los artículos 96 (numeral 1), 97 (incisos primero, segundo y sexto), 98, 99, 100, 103, 104 y 113 de la ley 6 de 1997; los artículos 976 y 1109 del Código Civil; y el artículo 21 de la ley 26 de 1996. (Cfr. fojas 139 a 179 del expediente judicial).

III. Descargos de la Procuraduría de la Administración en defensa de los intereses de la institución demandada.

Antes de proceder al análisis de los cargos de ilegalidad planteados por la sociedad demandante, este Despacho considera pertinente señalar que en el numeral 4 del artículo 20 y en el numeral 1 del artículo 98 de la ley 6 de 3 de

febrero de 1997, modificada por el decreto ley 10 de 26 de febrero de 1998, se señala la obligación del antiguo Ente Regulador de los Servicios Públicos, actual Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, de establecer periódicamente las fórmulas tarifarias separadas para los servicios de transmisión, distribución, venta a clientes regulados y operación integrada; de establecer topes máximos y mínimos tarifarios que son de obligatorio cumplimiento para las empresas concesionarias de acuerdo con los estudios de costos que realice esa institución; y de definir la metodología para la determinación de las mencionadas tarifas.

Con fundamento en las normas legales indicadas, la institución demandada emitió la resolución JD-5863 de 17 de febrero de 2006, que constituye el acto demandado, mediante la cual se aprobó el régimen tarifario correspondiente al período 2006 – 2010 para los servicios de distribución y comercialización, así como el conjunto de reglas relativas a la determinación de las tarifas que se cobran por la prestación del servicio público de electricidad.

Es importante señalar que la propuesta del régimen tarifario para el período del 1° de julio de 2006 al 30 de junio de 2010 fue sometida por el antiguo Ente Regulador de los Servicios Públicos a la consideración previa de la ciudadanía mediante audiencia pública. (Cfr. foja 8 vuelta del expediente judicial).

Esa propuesta y la celebración de dicho acto se hicieron de conocimiento público desde el 29 de septiembre de 2005, a través de los diarios El Panamá América y El Siglo. Debido a que se pospuso la fecha de audiencia a solicitud de interesados de asistir a la misma, el 24 de octubre de 2005 se comunicó al público en general el cambio de fecha en los periódicos La Crítica, El Siglo, Mi Diario, El Panamá América y La Prensa; además del anuncio que se publicó igualmente en todos estos periódicos y la gaceta oficial 25,396 de 29 de septiembre de 2005, para recordarle a todos los interesados de la celebración de la referida audiencia el 9 de noviembre de 2005. (Cfr. foja 8 vuelta del expediente judicial).

De manera que la resolución J.D.-5863 de 2006 fue el resultado del análisis efectuado por el antiguo Ente Regulador de los Servicios Públicos respecto de los comentarios y las observaciones que plantearon las personas naturales y jurídicas que participaron en las sesiones públicas que se desarrollaron el 17 y 18 de noviembre de 2005, que fueron adicionales a las observaciones escritas que se le hicieron llegar, entre las que se encuentran las aportadas por la propia parte actora. (Cfr. fojas 7 vuelta y 8 del expediente judicial).

En el proceso que se analiza, la apoderada judicial de la empresa demandante manifiesta que se ha infringido el artículo 103 de la ley 6 de 1997, que se refiere al valor agregado de distribución porque, a su juicio, los literales a y b del artículo 16 del anexo A de la resolución J.D.-5863 de 2006 no establecen que se trata de activos a valor de libro al inicio del período tarifario, más las inversiones de cada año. (Cfr. foja 141 del expediente judicial).

Tal criterio queda descartado luego del análisis hecho por el antiguo Ente Regulador de los Servicios Públicos en el comentario recogido en el numeral 11.13 de la parte motiva de la resolución JD-5863 que es del tenor siguiente:

"11.13. COMENTARIO

EDEMET-EDECHI solicita que el artículo 405 de la propuesta, relacionado con las ecuaciones de eficiencia sea modificado en sus literales "a" y "b", para que digan así:

"a) Activos de Distribución (incluye Sistema Principal y Conexión) (AD), es decir los activos brutos a valor de libro al inicio del período tarifario más las inversiones netas de cada año.

b) Activos de Comercialización (AC), es decir los activos brutos a valor de libro al inicio del período tarifario más las inversiones netas de cada año."

Según EDEMET-EDECHI de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 6 de 1997 los Activos deben ser activos brutos a valor de libro al inicio del período tarifario más las inversiones netas de cada año.

ANÁLISIS

El artículo 405 se limita a definir las variables de costos y pérdidas a considerar en las ecuaciones de eficiencia y de ninguna manera pretende definir el valor de las mismas. Los artículos 411 y 414 especifican el valor de las variables tal como lo sugiere el comentario, por lo tanto no se requiere la modificación propuesta.” (Cfr. foja 12 vuelta del expediente judicial).

Por otra parte, la recurrente también señala que el artículo 19 del anexo A de la resolución acusada de ilegal infringe el artículo 103 de la ley 6 de 1997, toda vez que considera que la entidad demandada no tomó en cuenta que las pérdidas de energía son un fenómeno muy complejo que no pueden ser representadas adecuadamente por una ecuación tan simple como la propuesta.

Este Despacho se opone a dicho planteamiento, ya que el artículo 97 de la ley 6 de 1997 dispone que el régimen tarifario estará orientado, en el siguiente orden de prioridad, por los criterios de suficiencia financiera, eficiencia económica, equidad, simplicidad y transparencia; entendiéndose por simplicidad, que las fórmulas de tarifas se elaborarán de modo que se facilite su comprensión, aplicación y control.

Además, dicho planteamiento ya fue objeto de análisis por parte de la entidad reguladora, según se observa en el numeral 11.23 de la resolución acusada de ilegal, que a la letra dice:

”11.23. COMENTARIO

EDEMET-EDECHI solicita que el artículo 408 de la propuesta, relacionado con las ecuaciones de pérdidas eficientes de energía sea eliminado.

...

ANÁLISIS

El comentario respecto de la dependencia de las pérdidas con características constructivas del sistema y de la demanda es cierto y responde a principios físicos elementales de funcionamiento del sistema.

Respecto de las pérdidas reconocidas deben observarse dos cuestiones prácticas.

Los niveles de pérdidas reales informados por las empresas están bastante próximos a los eficientes reconocidos y, en un caso, aún inferiores. Por otro lado, no debe perderse de vista que el objetivo de toda acción del Ente Regulador es introducir una señal conducente a orientar el comportamiento del monopolio hacia la solución óptima. En este marco el valor de pérdidas es más una señal que un reconocimiento de las pérdidas reales, siempre dentro de un marco de razonabilidad. Respecto de las pérdidas no técnicas si bien es cierto que sobre las mismas influye mucho el nivel socioeconómico y cultural del mercado, no es menos cierto que la gestión de la empresa tiene una influencia principal.

En base a ello el Ente Regulador considera que el artículo 408 debe ser mantenido.” (Cfr. foja 17 del expediente judicial).

Este Despacho considera importante agregar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 103 de la ley 6 de 1997, las pérdidas que se deben reconocer en el régimen tarifario para los servicios públicos de distribución y comercialización de electricidad son las que se refieren a una gestión eficiente, motivo por el cual aquéllas que se originen como consecuencia del fraude no deben ser incorporadas en la tarifa debido a que las empresas tienen mecanismos para evitar y combatir el fraude eléctrico, así como para recuperar los ingresos dejados de percibir por esa causa. Si se accede a la posición planteada por la demandante, la concesionaria del servicio público de electricidad estaría cobrando 2 veces por el mismo consumo.

En otro orden de ideas, la demandante estima que el acápite iv del literal B y el acápite iv del literal C, ambos del artículo 24 del anexo A de la resolución J.D.-5863 de 2006, han tergiversado lo dispuesto en el artículo 103 de la ley 6 de 1997, porque considera que se deben reconocer los activos en operación al inicio del período tarifario. (Cfr. fojas 144 a 146 del expediente judicial).

Sobre este particular, el antiguo Ente Regulador de los Servicios Públicos señaló que de ninguna manera se puede interpretar que previo al período tarifario, la ley prevea que esa entidad puede estimar un monto para que se hagan

inversiones eficientes y que, luego del mismo, deba aceptar sin más las que el concesionario ejecutó; ya que un tratamiento de este tipo seguramente conduciría a una sobre inversión de activos; situación que la regulación debe evitar, especialmente por los esquemas vigentes en la República de Panamá. (Cfr. foja 19 del expediente judicial).

Al respecto, el último párrafo del artículo 103 de la ley 6 de 1997 establece que las inversiones que haga el concesionario durante el período correspondiente deben ser bajo el supuesto de eficiencia económica, por lo que éstas deben ser comparadas por “las empresas comparadoras internacionales” con un nivel de eficiencia y no a cualquier costo, habida cuenta que ello permite que la comparación sea más amplia y representativa del mercado.

Lo anterior descarta la sugerencia de la demandante cuando señala que las comparaciones deben efectuarse “a partir de los procesos de adquisición e instalación de las empresas distribuidoras” debido a que ello permitiría, aún en los procesos de concurso, que las empresas distribuidoras puedan utilizar empresas filiales lo que deja abierta la posibilidad para que las propias concesionarias efectúen dicha labor.

La entidad reguladora indicó, además, que una posición similar a la planteada por la demandante conllevaría a la revisión “ex post”, con la particularidad de que, en el caso de la actividad de distribución, la ley 6 de 1997 sólo señala la verificación posterior y establece que en el caso de transmisión, además, debe previamente aprobar el plan de expansión. (Cfr. foja 19 del expediente judicial).

Este Despacho considera que el criterio expuesto por la antigua entidad reguladora, también sirve para desvirtuar la opinión planteada por la demandante respecto de la supuesta infracción del numeral 1 del artículo 96 de la ley 6 de 1997.

La demandante manifiesta que el artículo 34 del anexo A de la resolución J.D.-5863 de 2006 infringe el artículo 103 de la ley 6 de 1997, puesto que, según opina, la ley reconoce el activo fijo neto en operación sin mencionar un factor de ajuste como lo señala el reglamento demandado.

Con relación a este cargo de ilegalidad, debe tomarse en consideración lo señalado por el antiguo Ente Regulador de los Servicios Públicos, en el sentido que la forma en que se calculó y se midió el factor de ajuste a las inversiones ya fue objeto de análisis en la revisión tarifaria anterior, concretamente en la resolución J.D.-3230 de 5 de marzo de 2002. (Cfr. foja 20 del expediente judicial), razón por la cual este cargo debe ser desestimado.

La parte actora señala que los artículos 13, 15, 18, 22, 24 (acápito v del literal C), 26 (numeral v del literal B) y 90 (literal e) del anexo A de la resolución acusada violan los incisos primero, segundo y sexto del artículo 97 de la ley 6 de 1997 que establece los criterios para definir el régimen tarifario.

Según el criterio de la recurrente, los mencionados artículos infringen el criterio de transparencia, puesto que los corregimientos a los que aluden los incisos que considera lesionados deben clasificarse con los mismos parámetros con los que se agrupan las empresas comparadoras o modelos, las que no han sido identificadas por la antigua entidad reguladora. También señala que se infringe el criterio de suficiencia, ya que no se deben hacer estimaciones que podrían afectar los resultados financieros de las empresas de distribución. (Cfr. fojas 150 y 151 del expediente judicial).

Respecto de estos cargos de ilegalidad, estimamos conveniente destacar que al referirse a los señalamientos hechos por la demandante durante el proceso de consulta pública previo a la admisión de la resolución J.D.-5863 de 17 de febrero de 2006, la antigua entidad reguladora de los servicios públicos señaló que el proceso de determinación del ingreso máximo permitido no puede interpretarse

como un conjunto de análisis independientes; por consiguiente, no se podía aceptar la sugerencia de EDEMET – EDECHI, ya que existe un orden de prelación necesario en los cálculos y análisis, y que, en tal sentido, la clasificación de las unidades de análisis es previa al análisis de las empresas comparadoras y no a la inversa como se sugirió. (Cfr. foja 12 del expediente judicial).

En ese orden de ideas, dicha entidad también manifestó lo siguiente:

“Respecto del comentario de EDEMET-EDECHI es preciso observar que la clasificación de los corregimientos en Áreas Representativas, tal como lo prevén los artículos 402 y 404 se basará en el mejor conjunto de variables representativas disponibles. No obstante, dado que la información requerida debe ser proporcionada por las empresas distribuidoras, puede que alguna información no sea suministrada y sea necesario realizar estimaciones.

En cualquier caso las variables y estimaciones realizadas son conocidas e informadas a las empresas razón por la cual no puede ello afectar la transparencia. El Ente Regulador no considera necesario modificar el artículo 404 por esta razón.

...

El proceso de determinación de las ecuaciones de eficiencia reconoce dos partes principales. En primer lugar seleccionar las empresas comparadoras y en segundo lugar determinar las ecuaciones de eficiencia. En la primera parte se asegura, de la mejor manera posible la posibilidad de comparación y en la segunda se determinan las ecuaciones y parámetros que permiten llevar a cabo la comparación. Si bien la longitud de líneas no integra de manera explícita las ecuaciones de eficiencia (como tampoco la cantidad de transformadores de distribución, las potencias de los mismos, etc.) las mismas están consideradas en los costos de las comparadoras. En función de ello el Ente Regulador no considera necesario eliminar los citados artículos.” (cfr. fojas 12 vuelta y 13 del expediente judicial).

Con relación a la supuesta infracción del artículo 97 de la ley 6 de 1997 por parte del literal e del artículo 90 del anexo A de la resolución J.D.-5863 de 2006, relativo al recargo por bajo factor de potencia, este Despacho considera necesario indicar que el mismo no es para compensar a la empresa distribuidora por los

costos o inversiones realizadas por esa causa, habida cuenta que ello ya se les reconoce en el ingreso máximo permitido. El mencionado recargo fue elevado de 1% a 2% y constituye una penalización al cliente con la finalidad de incentivarlo a renovar los equipos eléctricos en sus instalaciones y para que mantengan el nivel de factor de potencia por encima del límite establecido.

La demandante igualmente aduce que el artículo 120 del anexo A de la resolución acusada, infringe el artículo 99 de la ley 6 de 1997 puesto que, de acuerdo con su criterio, no tiene sentido hacer una segunda publicación relativa a los cargos tarifarios. (Cfr. foja 163 del expediente judicial).

Este Despacho se opone a los planteamientos de la sociedad demandante, en atención al hecho que el artículo 99 de la ley 6 de 1997, modificado mediante el decreto ley 10 de 26 de febrero de 1998, señala que durante el período de vigencia de cada fórmula tarifaria, las empresas de distribución y las de transmisión podrán actualizar las tarifas base aprobadas por la entidad reguladora para el período respectivo, y que cada vez que esas empresas actualicen las tarifas, deberán comunicar los nuevos valores a la entidad reguladora y publicarlas con 60 días o más de anticipación a su aplicación, por lo menos, 2 veces en 2 diarios de circulación nacional.

Por su parte, el artículo 100 de la ley 6 de 1997 establece, por vía de excepción, la posibilidad de modificar las fórmulas tarifarias, de oficio o a petición de parte, antes del plazo indicado, cuando sea evidente que se cometieron graves errores en su cálculo, que lesionen 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.

Con fundamento en las normas citadas, el artículo 120 de la resolución acusada estableció que en los casos de objeciones planteadas por la entidad

reguladora a alguna de las empresas concesionarias y habiendo transcurrido el tiempo requerido para la corrección de las mismas o para la solución de las eventuales controversias, la empresa afectada deberá efectuar una segunda publicación con los nuevos cargos aprobados, a más tardar 5 días después de entrada en vigencia de las mismas, lo que demuestra sin mayor dificultad que el reglamento se ciñe a lo dispuesto en la Ley.

Esa segunda publicación tiene plena justificación en los casos en los en que la primera propuesta haya sufrido modificaciones y éstas hayan sido revisadas y aprobadas por parte de la entidad, ello con la intención que la comunidad esté debidamente informada de los cargos tarifarios que se le aplicarán.

Por otra parte, la actora invoca como infringido el artículo 98 de la ley 6 de 1997, relativo a la regulación y libertad de precios, afirmando en sustento de su posición que si bien es cierto que la entidad reguladora tiene la atribución de fijar las fórmulas, topes y metodologías que componen el régimen tarifario, ello debe hacerse conforme a la Ley. Añade que para establecer el nuevo pliego tarifario para el nuevo período 2007 – 2010 la entidad demandada debió haber aprobado la actualización tarifaria y el ingreso máximo permitido, requisitos que a la fecha no han sido expedidos. (Cfr. fojas 164 y 165 del expediente judicial).

Este Despacho se opone a los cargos de infracción señalados por la recurrente, debido a que la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos emitió la resolución AN 438-Elec de 4 de diciembre de 2006, para el cálculo de las actualizaciones tarifarias, y la resolución AN 436-Elec de 1 de diciembre de 2006, modificada por la resolución AN 486-Elec de 18 de diciembre de 2006, relativas al ingreso máximo permitido, todas ellas para la Empresa de Distribución Eléctrica Chiriquí, S.A., y para la Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A.; resoluciones éstas que fueron objeto de demandas contencioso administrativas de plena jurisdicción ante ese Tribunal.

Al afirmar en otro orden de ideas que el artículo 52 del anexo A de la resolución acusada infringe el artículo 113 de la ley 6 de 1997, la demandante señala que, a su juicio, los costos de comercialización están vinculados a la sola existencia del cliente, independientemente de su nivel de consumo, por lo que los costos de comercialización han de ser incluidos en el componente de costo comercial fijo, y añade asimismo que la entidad reguladora no tomó en consideración “que el cargo por reconexión tiene, por lógica elemental, que ser obligatoriamente superior al cargo por conexión”. (Cfr. foja 166 del expediente judicial).

Este Despacho igualmente se opone a este cargo de infracción alegado por la parte actora, por advertir que el artículo 113 de la ley 6 de 1997 dispone que se consideran como costos de comercialización, entre otros, los costos de administración, medición, facturación, cobro, recaudación y los demás servicios permanentes no incluidos en los costos de distribución y que, de acuerdo con definiciones que formule la entidad reguladora, sean necesarios para garantizar que el cliente pueda disponer del servicio ininterrumpidamente y con eficiencia; criterio que fue debidamente considerado en el artículo 52 del anexo de la resolución J.D.-5863 de 2006, acusada de ilegal, que indica lo siguiente:

“Artículo 52. 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 ERSP considere necesarios para garantizar que el cliente pueda disponer del servicio adecuado. Estos componentes de costos incluyen el equipamiento de medición.
...”

Con fundamento en la norma citada, la entidad ha establecido que el costo de comercialización debe considerarse como un costo fijo. Esa metodología fue sometida a la consideración de la ciudadanía en una audiencia pública y la misma se ha mantenido de esa manera con la finalidad de conservar un nivel parecido al

que utilizaba el antiguo Instituto de Recursos Hidráulicos y Electrificación (IRHE) a efectos de no afectar a los clientes de bajo consumo. Ello no excluye el hecho que la empresa tiene derecho al cobro del ingreso máximo permitido que se la haya establecido el cual está contemplado y repartido en la tarifa correspondiente.

Por otra parte, la recurrente señala que el artículo 94 del anexo A de la resolución acusada infringe el artículo 113 de la ley 6 de 1997 porque, según su criterio, la norma reglamentaria no considera la actualización completa de los cargos de conexión y reconexión. (Cfr. foja 168 del expediente judicial).

Esta Procuraduría disiente de lo señalado por la demandada como sustento de esta supuesta infracción, puesto que como puede observarse en el apartado 11.79 de la parte motiva de la resolución demandada, dicho criterio fue ajustado por la entidad reguladora sobre la base de los aportes efectuados por la propia demandante, según se indica a continuación:

”11.79. COMENTARIO

EDEMET-EDECHI señala respecto al artículo 483 que se debe considerar la actualización de los cargos de Conexión, Reconexión y Desconexión, utilizando la metodología de actualización tarifaria, en virtud de la suficiencia financiera establecida en la Ley 6.

...

ANÁLISIS

El comentario es correcto. Los costos de conexión y reconexión se deben ajustar siguiendo los mismos principios establecidos para los cargos de distribución. A fin de contemplarlo, y dado que los costos de conexión se los menciona junto con los de distribución, se incorporará el procedimiento de ajuste en el Artículo 484 propuesto.

...” (Cfr. fojas 39 vuelta y 40 del expediente judicial).

Al señalar la existencia de otra supuesta infracción atribuible a la resolución J.D.-5863 de 17 de febrero de 2006, la parte actora manifiesta que los literales a y b del artículo 70 y el primer párrafo del artículo 72 del anexo A de dicha resolución, violan el artículo 104 de la ley 6 de 1997, relativo a la fijación de tarifas

por el acceso y uso de las redes de distribución, toda vez que, de acuerdo con su criterio, estas disposiciones reglamentarias no toman en consideración que el cargo por el uso de la red aplicado a los grandes clientes, autogeneradores y cogeneradores no puede ser igual al de la tarifa regulada; criterio que, a juicio de este Despacho, fue refutado por la antigua entidad reguladora al indicar en la parte motiva del acto acusado, lo que a continuación se transcribe:

”11.4. COMENTARIO

...

ANÁLISIS

Se ha verificado que el caso mencionado no está contemplado en el artículo 394, aunque sí en el artículo 460. El comentario de Elektra Noreste, así como lo previsto en el artículo 460, es correcto siempre y cuando, como resultado del mismo, el cliente no pague, en el mismo periodo de facturación, dos veces por el mismo concepto, sea en iguales o diferentes montos. En función de ello se redactará el artículo 460 así:

‘Cuando un autogenerador o cogenerador compra potencia y/o energía en el sistema interconectado, se convierte en un consumidor o sea en un cliente final, por lo que tendrá que pagar por el uso de redes de distribución de acuerdo a su condición de medición, según se indica en este numeral. Cuando un autogenerador o cogenerador vende o entrega potencia y/o energía se aplica lo indicado en el Reglamento de Transmisión.

A todo cliente que utilice las redes de distribución para uso final y a la vez de manera dual la utilice para la entrega de su producción como autogenerador o cogenerador en un mismo periodo, se le calcularán los cargos correspondientes a ambos regímenes (el de distribución y el de transmisión) y se le facturará solo el mayor de ellos.’...” (Cfr. fojas 9 vuelta y 10 del expediente judicial).

Adicional a lo anterior, es importante señalar que la recurrente incurre en un error al manifestar que los cargos por el uso de la red que se le cobra a los grandes clientes, autogeneradores y cogeneradores no pueden ser iguales a los que se les cobra a los clientes regulados, debido a que las empresas utilizan las mismas instalaciones, redes y sistemas de gestión de la red para atender a los

clientes regulados y a los terceros, sean éstos grandes clientes, autogeneradores y cogeneradores, por lo que no hay razones técnicas y económicas para efectuar distinciones como las planteadas en la demanda.

En ese orden de ideas, el acápite 11.4 del anexo A de la resolución J.D.-5863 de 2006 citado, señala que en el evento en que un gran cliente utilice la red como cliente regulado y decida comprar energía a otra empresa, sólo deberá pagar al distribuidor el cargo por el uso de la red.

La recurrente también plantea que con la emisión del acto demandado se ha infringido el artículo 100 de la ley 6 de 1997, norma que regula lo relativo a la vigencia de las fórmulas tarifarias, puesto que considera que el artículo 22 del anexo A de la resolución acusada permite que un cambio en cualquiera de las variables de las fórmulas tarifarias pueda ser objeto de revisión. En concordancia con lo anterior, la demandante estima que se han infringido los artículos 976 y 1109 del Código Civil, relativos a la fuerza de Ley que tienen las obligaciones que nacen de los contratos y el modo de perfeccionamiento de tales contratos. (Cfr. fojas 173, 175 y 176 del expediente judicial).

No obstante las afirmaciones hechas por la recurrente, estimamos conveniente referirnos al análisis hecho en relación con la revisión de estas variables por el antiguo Ente Regulador de los Servicios Públicos en el apartado 11.60 de la parte motiva de la resolución cuya declaratoria de ilegalidad ésta demanda:

”11.60. COMENTARIO

...

ANÁLISIS

La metodología de actualización dentro del período tarifario está diseñada de modo que se cumpla lo solicitado en el comentario. En el caso de la Metodología de ajuste de los componentes de costo por abastecimiento (artículos 490 a 496 del RDC propuesto), cada seis (6) meses se compara los costos reales respecto de los ingresos reales y se determina un componente de costo de corrección en caso Resolución No. JD-5863 Panamá, 17 de febrero

de 2006 de producirse diferencias en uno u otro sentido. Este costo de corrección permite, en el siguiente periodo tarifario saldar esa diferencia. La formulación desarrollada, según el componente de que se trate, en los artículos 490 a 496, garantizan lo solicitado.

En el caso de las pérdidas, lo previsto en la Metodología de ajuste de los cargos tarifarios por pérdidas estándar de distribución es similar a lo antes comentado para los costos de abastecimiento. Sin embargo aquí hay que tener presente que cuando se determinan los cargos base correspondientes a las pérdidas al inicio del período tarifario, estos satisfacen la igualdad solicitada en el comentario y en ellos está implícito el porcentaje de pérdidas reconocido. Luego, en los procesos de ajuste semestral se ajusta por variaciones de los costos de abastecimiento en punta y fuera de punta por los cuales se valorizan las pérdidas. En cuanto a las energías a las cuales se aplica, estas son siempre las reales medidas, por lo cual el ajuste es automático.

En lo que respecta los componentes tarifarios que guardan relación con la actividad de distribución, el ERSP considera que se debe verificar que las variaciones que puedan darse en el IMP aprobado se encuentren dentro de márgenes razonables. Para tal fin se introducirá un artículo que permita verificar que los ingresos reales obtenidos en el periodo tarifario no difieran significativamente del IMP aprobado y su forma de ajuste. El artículo se introduce después del artículo 410 de la propuesta de REDC, así:

‘El Ente Regulador 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. En caso de que se detecten ingresos en exceso el ERSP tomará las medidas para ajustar dicho exceso en el próximo periodo tarifario.’
...” (Cfr. foja 31 vuelta del expediente judicial).

De acuerdo con el criterio de la demandante, la resolución J.D.-5863 de 2006 emitida por la Junta Directiva del antiguo Ente Regulador de los Servicios Públicos también viola el artículo 21 de la ley 26 de 1996, señalando en ese sentido que aunque la norma invocada no distingue si las resoluciones impugnadas son índole general o particular, la misma fue violada por la entidad demandada para sustentar la resolución mediante la cual se rechazó de plano el

recurso de reconsideración presentado en contra de la resolución J.D.-5863 de 17 de febrero de 2006.

Este Despacho se pronunció respecto a esta alegada infracción en la Vista 199 de 18 de abril de 2007, visible de foja 193 a 198 del expediente judicial, y a dicho criterio nos remitimos.

Como corolario de lo anteriormente expresado, debemos indicar en opinión de este Despacho, que el antiguo Ente Regulador de los Servicios Públicos, actual Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, al emitir el acto administrativo demandado actuó de conformidad con lo dispuesto en los artículos 24 y 25 de la ley 6 de 2002, incorporando la participación ciudadana en el proceso de actualización del régimen tarifario para el período 1 de julio de 2006 al 30 de junio de 2010, lo que permitió a la institución escuchar, recibir y analizar todas y cada una de las propuestas orales presentadas en la audiencia pública, lo mismo que aquéllas que se recibieron de forma escrita, de manera que el texto reglamentario contenido en el anexo A de la resolución J.D.-5863 de 2006 acatara todo lo dispuesto en la Ley y no vulnerara los intereses de las empresas concesionarias, de los clientes ni de los usuarios en general.

Por lo expuesto, esta Procuraduría solicita respetuosamente a ese Tribunal se sirvan declarar que NO ES ILEGAL la resolución J.D.-5863 de 17 de febrero de 2006, dictada por el antiguo Ente Regulador de los Servicios Públicos, actual Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, su acto confirmatorio y, en consecuencia, se desestimen las pretensiones de la sociedad demandante.

Pruebas:

Se aducen, como pruebas los siguientes documentos:

1. La ley 26 de 1996 publicada en la gaceta oficial 22,962 de 30 de enero de 1996, que constituye un documento público. (Cfr. artículo 786 del Código Judicial).

2. La ley 6 de 1997 publicada en la gaceta oficial 23,220 del miércoles 5 de febrero de 1997, que constituye un documento público. (Cfr. artículo 786 del Código Judicial).

3. La copia autenticada de la resolución J.D.-5863 de 1996 que ya reposa en el expediente judicial a fojas 7 a 46 del expediente judicial.

4. La copia autenticada del expediente que contiene la actuación del antiguo Ente Regulador de los Servicios Públicos, actual Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, a la que se refiere la demanda bajo análisis, cuyo original reposa en los archivos de la institución demandada.

En el evento en que sea admitida la prueba pericial propuesta por la parte actora, se designan como peritos a Marlon Rivera, con cédula de identidad personal número 8-654-923, idoneidad 3321 y a Gloria Atencio, con cédula de identidad personal número 2-782-986, idoneidad 5491.

Derecho: Se niega el invocado en la demanda.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Nelson Rojas Avila
Procurador de la Administración, Encargado

Alina Vergara de Chérigo
Secretaria General, Encargada

NRA/5/iv.