

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 084

Panamá, 11 de febrero de 2008

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

La firma forense Galindo, Arias & López, en representación de la **EMPRESA DE DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA METRO OESTE, S.A.**, solicita que se declare nula, por ilegal, la resolución JD-5863 de 17 de febrero de 2006, emitida por el antiguo **Ente Regulador de los Servicios Públicos** y para que se hagan otras declaraciones

**Contestación
de la demanda.**

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 2 del artículo 5 de la ley 38 de 31 de julio de 2000, con la finalidad de contestar la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción descrita en el margen superior.

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

Primero: Es cierto; por tanto, se acepta. (Cfr. f. 84 del cuaderno judicial).

Segundo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Tercero: No es un hecho; por tanto, se niega.

Cuarto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Quinto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Sexto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Séptimo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Octavo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Noveno: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo Primero: No es cierto como viene expuesto; por tanto, se niega.

Décimo Segundo: Es cierto; por tanto, se acepta. (Cfr. f. 1 del cuaderno judicial).

Décimo Tercero: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo Cuarto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo Quinto: No es un hecho; por tanto, se niega.

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

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

Décimo Octavo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo Noveno: No es un hecho; por tanto, se niega.

Vigésimo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Vigésimo Primero: No es un hecho; por tanto, se niega.

Vigésimo Segundo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Vigésimo Tercero: No es un hecho; por tanto, se niega.

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

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

II. Normas que se aducen infringidas y conceptos de las supuestas infracciones.

A. La apoderada judicial de la demandante estima que los literales a) y b) del artículo 16; el artículo 19; el acápite iv) del literal c) del artículo 24; el acápite vi) del literal c) del artículo 24; el acápite iv) del literal b del artículo 26; el acápite vi) del literal b del artículo 26 y el artículo 34, todos del anexo A de la resolución JD-5863 de 17 de febrero de 2006, infringe el artículo 103 de la ley 6 de 1997. (Cfr. concepto de violación de fojas 145 a 158 del cuaderno).

B. De igual manera, la parte demandante aduce la infracción del numeral 1 del artículo 96 de la citada ley 6 de 1997. (Cfr. concepto de violación de fojas 158 a 159 del cuaderno).

C. Asimismo manifiesta la parte demandante, que los artículos 13, 15, 18, 22; el acápite v) del literal c) del artículo 24; el acápite v) del literal b) del artículo 26 y el artículo 90, todos del anexo A de la resolución JD-5863 de 17 de febrero de 2006, vulneran los incisos primero, segundo y tercero del artículo 97 de la ley 6 de 1997. (Cfr. concepto de violación de fojas 159 a 173 del cuaderno judicial).

D. También se alega que el artículo 120 del anexo A de la resolución JD-5863 de 17 de 2006, infringe el artículo 99 de la mencionada ley 6 de 1997. (Cfr. concepto de violación en las fojas 173 y 174 del cuaderno judicial).

E. Por otra parte, la demandante plantea que el acto impugnado vulnera, el artículo 98 de la ley 6 de 1997. (Cfr. concepto de violación en las fojas 175 y 176 del cuaderno judicial).

F. También alega que los artículos 52 y 94 del anexo A de la resolución JD-5863 de 17 de febrero de 2006, viola el artículo 113 de la ley 6 de 1997. (Cfr. concepto de violación de fojas 176 a 180 del cuaderno judicial).

G. La demandante indica que los literales a) y b) del artículo 70 y el primer párrafo del artículo 72, ambos del anexo A de la resolución JD-5863 de 17 de febrero de 2006, infringen el artículo 104 de la ley 6 de 1997. (Cfr. concepto de violación de fojas 181 a 183 del cuaderno judicial).

H. De acuerdo con lo que alega la apoderada judicial de la parte demandante, el artículo 22 del anexo A de la resolución JD-5863 de 17 de febrero de 2006 infringe, el artículo 100 de la ley 6 de 1997. (Cfr. concepto de violación de fojas 183 a 185 del cuaderno judicial).

I. En otro orden de ideas, la actora sostiene que la resolución JD-5863 de 17 de febrero de 2006, viola los artículos 976 y 1109 del Código Civil, lo mismo que el artículo 21 de la ley 26 de 1996. (Cfr. concepto de violación de fojas 186 a 192 del cuaderno judicial).

III. Descargos legales de la Procuraduría de la Administración, en representación de los intereses del antiguo Ente Regulador de los Servicios Públicos.

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, denominado Régimen Tarifario para el servicio público de distribución y comercialización para regir del 1 de julio de 2006 al 30 de junio de 2010, así como el conjunto de reglas relativas a la determinación de las tarifas que se cobran por la prestación de dicho servicio público; cuya propuesta fue sometida por el antiguo

Ente Regulador de los Servicios Públicos a la consideración previa de la ciudadanía mediante audiencia pública.

Según puede determinarse en autos, 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 en 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, de tal suerte que resulta innegable que la resolución J.D.-5863 de 2006 fue emitida luego del análisis efectuado por el antiguo Ente Regulador de los Servicios Públicos 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.

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.

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, según considera, 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).

Esta Procuraduría 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, por lo que 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, ya que de acuerdo con lo que alega se deben reconocer los activos en operación al inicio del período tarifario.

Sobre este particular, el antiguo Ente Regulador de los Servicios Públicos en distintas ocasiones ha señalado 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.

Igualmente cabe advertir en relación con lo anterior, que 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.

Tales criterios, en opinión de esta Procuraduría descartan la sugerencia de la demandante en el sentido 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, dejando de esta forma abierta la posibilidad para que las propias concesionarias efectúen dicha labor.

Conforme indica además la entidad reguladora, 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.

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 estima, 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**, 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.

Conforme el criterio expuesto por 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.

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 emisión 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.

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, atribuible al 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 este recargo 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.

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, dispone 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 la fecha de su aplicación; por lo menos 2 veces en 2 diarios de circulación nacional.

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.

Este Despacho igualmente se opone a estos cargos de infracción, 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., las cuales 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 tales costos deben ser incluidos en el componente de costo comercial fijo.

Esta Procuraduría también debe expresar su oposición a este cargo de infracción, 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 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.
...”

Por otra parte, la demandante indica que el artículo 94 del anexo A de la resolución acusada infringe el artículo 113 de la ley 6 de 1997, ya que estima que la norma reglamentaria no considera la actualización completa de los cargos de conexión y reconexión.

Esta Procuraduría se manifiesta opuesta a 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.
 ...”

Al referirse a 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).

En otro orden de ideas, 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 concerniente a la vigencia de las fórmulas tarifarias, alegando en tal sentido 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.

No obstante las afirmaciones hechas por la apoderada judicial de la sociedad demandante, 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.’
...”

Finalmente la actora señala que la resolución J.D.-5863 de 2006, emitida por la Junta Directiva del antiguo Ente Regulador de los Servicios Públicos así mismo viola el artículo 21 de la ley 26 de 1996, señalando en relación con esta supuesta infracción, que aunque la norma invocada no distingue si las resoluciones impugnadas son de índole general o particular, la misma fue infringida 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 851 de 27 de noviembre de 2006, visible de foja 200 a 203 del expediente judicial, y a dicho criterio nos remitimos.

Por todo lo expuesto, esta Procuraduría solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que NO ES ILEGAL la resolución JD-5863 de 17 de febrero de 2006, emitida por el antiguo Ente Regulador de los Servicios Públicos y, en consecuencia, se denieguen las pretensiones de la demandante.

IV. Pruebas: Se aduce como prueba de la Procuraduría de la Administración, el expediente administrativo que guarda relación con este caso y que 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 e idoneidad 3321 y a Gloria Atencio, con cédula de identidad personal número 2-782-986 e idoneidad 5491.

V. Derecho: No se acepta el invocado por la demandante.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Nelson Rojas Avila
Secretario General

OC/1061/iv