

21

noviembre

2001

Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.

Contestación de
la Demanda.

La firma Galindo, Arias y López, en representación de **Empresa de Distribución Eléctrica Metro-Oeste S.A.**, para que se declare nula, por ilegal, la Resolución N°JD-2700 de 2 de abril del 2001 y la N°JD-2800 de 11 de junio del 2001, dictada por el **Ente Regulador de los Servicios Públicos** y para que se hagan otras declaraciones.

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

Con el respeto acostumbrado acudimos ante Vuestro Honorable Tribunal, con la finalidad de responder a la Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción que se enuncia en el margen superior del presente escrito.

Como es de su conocimiento, en estos tipos de procesos actuamos en defensa del acto atacado y por ende de la Administración, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5, numeral 2, de la Ley N°38 de 31 de julio de 2000, que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración.

I. En cuanto a la pretensión.

Este Despacho respetuosamente solicita se denieguen todas las peticiones formuladas por la parte demandante, ya que, como demostraremos a lo largo de este proceso, no le asiste razón y carecen sus pretensiones de sustento jurídico.

II. Los hechos y omisiones en que se fundamenta la parte actora, los contestamos de la siguiente manera:

1. Esto no constituye un hecho; por tanto, lo rechazamos.
2. Este hecho es cierto; por tanto, lo aceptamos.
3. Este hecho es cierto; por tanto, lo aceptamos.
4. Este hecho es cierto; por tanto, lo aceptamos.
5. Lo expuesto constituye una referencia del artículo 21 de la Ley N°26 de 1996 y como tal, la tenemos.
6. Es un hecho cierto y consta en el expediente que el recurso de reconsideración fue resuelto dentro del término que concede la ley.
7. No es cierto, tal y como lo expone la demandante, por tanto, lo rechazamos. Es importante destacar que a foja 11, del expediente que contiene la demanda, consta el Informe de Notificación, con la explicación detallada de lo acontecido. En cuanto a la declaración jurada, carece de validez como prueba.
8. La declarante se subsume en la categoría de testigo sospechoso, por consiguiente rechazamos lo expuesto en el hecho octavo.
9. Lo expuesto, constituye parte del informe visible a foja 11 del expediente y como tal, lo tenemos.
10. Esta declaración no cumple con los requisitos legales exigidos; por tanto, rechazamos lo expuesto.
11. Esta es una afirmación temeraria de la parte demandante, la cual rechazamos.
12. Esto no constituye un hecho; por tanto, lo rechazamos. Es importante destacar que el recurso fue resuelto dentro del término que concede la ley.

13. Sólo aceptamos como cierto, que se hicieron nuevamente las diligencias pertinentes para notificar a la Licenciada de Lara, constando a foja 134 del expediente, el informe de la diligencia de notificación, que indica que la Licenciada en mención se negó a notificarse.
14. Este hecho es cierto; por tanto, lo aceptamos.
15. No es cierto; por tanto, lo rechazamos.
16. Lo expuesto constituye un alegato de la parte demandante, el cual rechazamos.
17. Lo expuesto constituye una referencia parcial de la Resolución N°JD-2800, y sólo ese valor le damos.
18. No es cierto; por tanto, lo rechazamos.
19. Esto no constituye un hecho; por tanto, lo rechazamos.
20. Lo contestamos igual que el punto anterior, identificado como 19.
21. Lo contestamos igual que los dos anteriores.
22. Sólo aceptamos como cierto, que mediante la Resolución N°JD-917 de 1998, se aprobó el pliego tarifario correspondiente a las tarifas para los clientes regulados que podrá cobrar la Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A., ya que el mismo se ajustaba al contenido de la Resolución N°JD-219 de 31 de marzo de 1997.
23. Lo expuesto constituye una transcripción del literal d, del numeral 1 del Pliego Tarifario modificado mediante Resolución N°JD-1074 de 22 de octubre de 1998.
24. No nos consta; por tanto, lo rechazamos.

25. Lo expuesto constituye una transcripción parcial de la Resolución 2700 de 2 de abril de 2001, y como tal, la tenemos.
26. Este, constituye una transcripción parcial de la Resolución N°JD-2800 de 11 de junio de 2001 y sólo ese valor le damos.
27. Así consta en autos; por tanto, lo aceptamos.
28. No es cierto; por tanto, lo rechazamos.
29. Lo expuesto constituye un alegato del demandante, el cual rechazamos.
30. Es cierto y lo aceptamos.
31. Éste, constituye la interpretación del demandante, que rechazamos.
32. Esto no constituye un hecho; por tanto, lo rechazamos
33. Lo contestamos igual que el punto anterior.
34. Esto no constituye un hecho; por tanto, lo rechazamos.
35. Lo contestamos igual que el punto anterior.
36. Lo contestamos igual que el hecho identificado 34.
37. Lo expuesto no constituye un hecho; por tanto lo rechazamos.
38. No es cierto tal y como lo afirma el demandante; por tanto, lo rechazamos.
39. Lo expuesto constituye un alegato, el cual rechazamos.
40. No nos consta; por tanto, lo rechazamos.
41. No es cierto como lo expone el demandante; por tanto, lo rechazamos.
42. Lo contestamos igual que el anterior.
43. No nos consta; por tanto, lo rechazamos.

44. Lo expuesto constituye una interpretación que hace el demandante, la cual rechazamos.
45. Este aspecto ha sido ampliamente explicado en las Resoluciones impugnadas; por tanto, lo rechazamos.
46. Esto no constituye un hecho y lo rechazamos.
47. No nos consta; por ende, lo rechazamos.
48. Lo rechazamos al acreditarse que la empresa en este concepto percibe un ingreso no autorizado.
49. No es cierto; por tanto, lo rechazamos.
50. El demandante plantea su interpretación de la norma, la cual rechazamos.
51. Es cierto, por ser lo que en derecho corresponde.
52. Lo expuesto es una referencia parcial de la Resolución in comento y como tal, la tenemos.
53. No nos consta.
54. No es cierto; por tanto, lo rechazamos.
55. Es cierto y lo aceptamos
56. No es cierto; por tanto, lo rechazamos.

III. Las disposiciones legales que se estiman infringidas y el concepto de la violación:

A. Se considera violado de forma directa, por omisión, el artículo 21 de la Ley 26 de 1996:

"Artículo 21: Las resoluciones del Ente Regulador podrán ser impugnadas por cualquier persona natural o jurídica, o por los órganos competentes del Estado, cuando demuestren razonablemente que han sido perjudicados en sus intereses legítimos o en sus derechos, interponiendo recurso de reconsideración ante el propio Ente Regulador, con lo cual se agotará la vía gubernativa.

El Ente Regulador tendrá un plazo de dos meses para decidir el recurso de reconsideración respectivo. Si en tal plazo no lo ha decidido, la decisión se considerará favorable al recurrente."

Al explicar el concepto de la violación, los apoderados judiciales de la sociedad demandante en lo medular señalan lo siguiente:

"De ahí que sea a todas luces ilegal y, además extemporánea, la notificación hecha mediante edicto en puerta, a través del Edicto N° DNE-03, por el cual se hace de conocimiento de GALINDO, ARIAS & LÓPEZ que el Ente Regulador 'ha emitido la Resolución N° JD-2800 de 11 de junio de 2001, por la cual se resuelve el recurso de Reconsideración interpuesto por la Empresa de distribución Eléctrica Metro-Oeste, S.A. contra la Resolución No. JD-2700 de 2 de abril de 2001, transcribiendo su parte Resolutiva, amén de que fue hecha en fecha posterior al vencimiento del término que concede el artículo 21 de la Ley 26 de 1996, para resolver el recurso. Es decir, se efectuó luego de que el silencio administrativo positivo surtiera sus efectos." (Cf. f. 262 - 263)

B. El artículo 89 de la Ley N°38 de 2000.

"Artículo 89: Las resoluciones que se emitan en un proceso en que individualmente haya intervenido o deba quedar obligado un particular, deberán ser notificadas a éste.

Las resoluciones de mero trámite o de impulso procesal deberán ser notificadas dentro de los días siguientes a la fecha en que fueron proferidas; y las que ponen término a una instancia del proceso o que deciden un recurso, dentro de los cinco días siguientes a la fecha de su expedición.

Cuando se trate de resoluciones que ponen término a una instancia o que

decidan un recurso, las diligencias tendientes a la notificación deben iniciarse a más tardar, dentro de los cinco días siguientes a la fecha de su emisión."

Según el demandante la notificación realizada es ilegal y extemporánea, por no cumplir con lo que establece la Ley N°38 de 2000.

C. El numeral 5 del artículo 91 de la Ley N°38 de 2001, que es del tenor literal siguiente:

"Artículo 91: Sólo se notificarán personalmente:

...

5. La que decida una instancia."

Los abogados de la Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, indican que el Ente Regulador, debió tomar todas las precauciones del caso para notificar personalmente, dentro de los dos meses que le concede la Ley 26 de 1996.

D. El artículo 94 de la Ley N°38 de 2000, que reza así:

"Artículo 94: Si la parte que hubiere de ser notificada personalmente no fuere hallada en horas hábiles en la oficina, habitación o lugar designado por ella, en dos días distintos, será notificada por edicto que se fijará en la puerta de dicha oficina o habitación y se dejará constancia en el expediente de dicha fijación, firmado por el Secretario o la Secretaria y el notificador o quien haga sus veces. Una vez cumplidos estos trámites, quedará hecha la notificación y ella surte efectos como si hubiere sido efectuada personalmente.

Los documentos que fuere preciso entregar en el acto de la notificación, serán puestos en el correo el mismo día de la fijación del edicto, circunstancia que se hará constar con recibo de la respectiva administración de correo."

La supuesta violación de la norma viene expuesta de la siguiente manera:

"Como hemos visto al explicar la violación de las normas anteriores, si el 11 de abril de 2001, GALINDO ARIAS & LÓPEZ, en su condición de apoderada general para pleitos de EDEMET, interpuso recurso de reconsideración contra la RESOLUCIÓN 2700, el ENTE REGULADOR tenía hasta el 11 de junio de 2001 para resolverlo, de lo contrario el recurso se entiende resuelto en forma favorable al recurrente y, en consecuencia, se tiene por revocada la resolución recurrida." (Cf. f. 265)

E. El artículo 95 de la Ley N°38 de 2000, que a la letra establece:

"Artículo 95: Las notificaciones hechas en forma distinta a las expresadas en esta ley son nulas."

Se alega que la notificación que hizo el Ente Regulador, es nula y sin valor legal, al realizarse extemporáneamente, es decir, fuera del término de los dos meses que le concede la ley.

F. El artículo 157 de la Ley N°38 de 200, que es del tenor literal siguiente:

"Artículo 157: El silencio se entenderá positivo, sin denuncia de mora, cuando así se establezca por disposición expresa. Si las disposiciones no establecen un plazo especial, éste será de dos meses, contado desde la fecha en que se presentó la petición o el recurso."

Al referirse a la presunta violación de la norma, el demandante destaca lo siguiente:

"Como se aprecia, esta norma consagra el silencio administrativo positivo, señalando que el mismo se da cuando lo establezca una disposición

expresa y sin denuncia de mora." (Cf. f. 270)

1. Consideraciones preliminares y antecedentes de la actuación del Ente Regulador.

La Ley N°26 de 29 de enero de 1996, modificada por la Ley N°24 de 30 de junio de 1999, creó el Ente Regulador de los Servicios Públicos como un organismo autónomo del Estado, con personería jurídica y patrimonio propio, el cual tiene a su cargo el control y fiscalización de los servicios públicos de abastecimiento de agua potable, alcantarillado sanitario, telecomunicaciones y electricidad, así como los de transmisión y distribución de gas natural.

Mediante Ley N°6 de 1997, modificada por el Decreto Ley N°10 de 26 de febrero de 1998, "Por la cual se dicta el Marco Regulatorio e Institucional para la Prestación del Servicio Público de Electricidad", se establece el régimen al que se sujetarán las actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica, destinadas a la prestación del servicio público de electricidad.

El numeral 4 del artículo 20 de la Ley N°6 de 1997, preceptúa que le corresponde al Ente Regulador, establecer los criterios, metodología y fórmulas para la fijación de las tarifas de los servicios públicos de electricidad, en los casos que no haya libre competencia.

Por su parte, el numeral 6 del artículo 20 in comento, señala que el Ente Regulador tiene la función de supervisar y verificar la aplicación del régimen tarifario, de los valores

tarifarios fijados y revisarlos de acuerdo a los mecanismos que se prevean.

El Ente Regulador dicta la Resolución N°JD-219 de 31 de marzo de 1998, mediante la cual se aprueba el Régimen Tarifario para el servicio público de distribución y comercialización de electricidad, el cual establece las reglas relativas a los procedimientos, metodologías, fórmulas, estructuras, opciones, valores y en general todos los aspectos que determinan las tarifas sujetas a regulación.

Mediante Resolución N°917 de 24 de julio de 1998, el Ente Regulador aprueba el pliego tarifario correspondiente a las tarifas para los clientes regulados que podrá cobrar la Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A., por ajustarse al contenido de la Resolución N°JD-219 de 31 de marzo de 1997.

A través de la Resolución N°JD-2700 de 2 de abril de 2001, el Ente Regulador ordena a la empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, que en un plazo no mayor de quince (15) días calendarios contados a partir de la fecha de la notificación, cumpla con lo establecido en el pliego tarifario aprobado por la Resolución N°JD-917 de 24 de julio de 1998, el cual contempla la aplicación del recargo por factor de potencia sobre los consumos de energía de aquellos clientes cuya medición registre permanentemente el factor de potencia.

De igual forma la Resolución ordena a la empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste S.A., que en un plazo no mayor de cuarenta y cinco (45) días calendarios, contados a

partir de la notificación de la presente resolución, realice las correcciones en todas las facturas emitidas por la empresa distribuidora en las cuales haya aplicado el recargo por factor de potencia de forma incorrecta y devuelva las sumas de dinero cobradas en exceso por dicha aplicación incorrecta del recargo por el factor de potencia. Estas correcciones y devoluciones deberán cubrir todas las facturas emitidas incorrectamente desde la entrada en vigencia de la tarifa actual, señalando además que las devoluciones de dinero, se realicen mediante crédito a cada cliente y la devolución de los intereses por mora del recargo, generado por la aplicación incorrecta.

La Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A., presentó al Ente Regulador el día 11 de abril de 2001, Recurso de Reconsideración contra la Resolución N°JD-2700 del 2 de abril de 2001.

Consta en el expediente que mediante Resolución N°2800 de 11 de junio de 2001, el Ente Regulador resuelve el recurso de reconsideración presentado, modificando la parte resolutive.

Al conocer de la solicitud de suspensión provisional de la Resolución N°JD-2700 de 2 de abril de 2001, formulada por la sociedad demandante, la Sala de lo Contencioso Administrativo, mediante auto de 13 de junio de 2000, accede a la misma y decreta la suspensión temporal de sus efectos.

En cuanto a la supuesta violación de los artículos arriba transcritos que aduce la firma demandante, somos de opinión, que los cargos de ilegalidad merecen ser

desestimados, al encontrarse debidamente acreditado en el expediente las razones de iure que justifican la actuación de la entidad demandada.

Es importante destacar que el Ente Regulador de los Servicios Públicos emitió la Resolución N°JD-2800 dentro del plazo de los dos meses a que se refiere el artículo 21 de la Ley N°26 de 1996.

En efecto, consta en el expediente que el recurso de reconsideración contra la Resolución N°JD-2700 de 2 de abril de 2001, fue presentado el día 11 de abril de 2001, siendo resuelto mediante Resolución JD-2800 de 11 de junio de 2001, es decir dentro del período de los dos meses, por consiguiente carecen de sustento jurídico los argumentos de la parte actora.

Acerca de la supuesta violación del Artículo 89 de la Ley N°38 de 2000, disentimos de la tesis esgrimida por la apoderada legal de la empresa demandante, ya que contrario a lo expuesto por ésta, la disposición legal in comento lo que establece es que las resoluciones que ponen término a una instancia del proceso o que deciden un recurso, deberán ser notificadas dentro de los cinco días siguientes a la fecha de su expedición, estableciendo el mismo término para iniciar las diligencias tendientes a la notificación, lo cual fue cumplido por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, tal y como se infiere del expediente administrativo.

Sobre el particular, el Director Presidente del Ente Regulador de los Servicios Públicos, en su Informe de

Conducta rendido al Magistrado Sustanciador, destaca lo siguiente:

"El Ente Regulador de los Servicios Públicos, de conformidad con la excerta legal citada, durante los días 11 y 12 de junio de 2001, realizó todas las gestiones administrativas tendientes a notificar a Galindo, Arias & López, por medio de la Lcda. Inés María Fernández de Lara que como abogada de la Firma Galindo Arias & López, fue la que firmó el recurso de reconsideración en contra de la Resolución No. JD-2800 de 11 de junio de 2001. En virtud de que resultaron infructuosas las diligencias para la notificación personal correspondiente, el Ente Regulador procedió a realizar la notificación de que trata el artículo 94 de la Ley No. 38 de 2000.

Cabe mencionar que todas las diligencias de notificación realizadas, constan en los informes elaborados por el funcionario notificador (que son documentos públicos) y en las actas notariales levantadas para los efectos de la fe y constancia de la actuación realizada." (Cf. f. 311)

Consta en autos, tal y como lo indica el Ingeniero Arroyo, que el Ente Regulador, cumplió con procurar hacer efectiva la notificación personal de la Licenciada Fernández de Lara, siendo infructuosa la diligencia, por lo que se procedió conforme lo dispone el artículo 94 de la ley N°38 de 2000, que permite la notificación por edicto. Es evidente que tampoco prospera el cargo de violación contra el artículo 95 de la ley in comento.

En otro orden, yerra la demandante al considerar violado el artículo 157 de la Ley N°38 de 2000, cuando se encuentra plenamente acreditado en el proceso, que el Ente Regulador resolvió el recurso de reconsideración dentro del plazo de

los dos meses que le concede la ley, por consiguiente, cualquier argumentación en contra queda descartada con las constancias procesales recabadas.

G. El artículo 11 del Código Civil, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 11: Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte, a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso."

Afirma el demandante que el cobro del recargo por el bajo factor de potencia sobre el cargo por energía únicamente, tampoco le permite a EDEMET, recuperar los sobrecostos en que incurre por el sobredimensionamiento de sus redes, es decir por la ampliación de la capacidad de sus líneas y transformadores, ni los costos por la disminución de la vida útil de sus equipos a causa del bajo factor de potencia, lo que es contrario al principio de suficiencia financiera contemplado en la Ley 6 y a lo dispuesto en la cláusula 36 del CONTRATO DE CONCESIÓN, respecto a la facturación de todos los cargos correspondiente a la venta de energía."

H. El inciso primero del artículo 97 de la Ley N°6, que es del tenor literal siguiente:

"Artículo 97: Criterios para definir el régimen tarifario. El régimen tarifario estará orientado, en el siguiente orden de prioridad, por los criterios de suficiencia financiera, eficiencia económica, equidad, simplicidad y transparencia.

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."

Explica el demandante que la interpretación literal del Ente Regulador de que la frase "Consumos de energía", mencionada en el pliego tarifario" respecto al recargo por bajo factor de potencia, sólo se refiere a la energía y no a la potencia o demanda.

I. Según el demandante se ha vulnerado el inciso primero del artículo 103 de la Ley N°6 de 1997, que expresa lo siguiente:

"Artículo 103: Valor agregado de distribución. El valor agregado de distribución esta 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."

La firma demandante aduce al referirse a la presunta violación de la norma, que de no permitirle a la

distribuidora que aplique el recargo de por bajo factor de potencia sobre demanda, la misma no puede recuperar los costos de operación y mantenimiento de la red.

J. El artículo 111 de la Ley N°6, que reza así:

"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 bloques, 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 en base a 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."

Concepto de la violación.

"Siguiendo lo establecido en el CONTRATO DE CONCESIÓN no cae más que concluir que la expresión 'facturación por consumo de energía', contenida en el PLIEGO TARIFARIO debe entenderse que incluye la facturación por energía y la facturación por potencia o demanda, pues lo contrario, como pretende hacerlo el ENTE REGULADOR, en la RESOLUCIÓN 2700 y la Resolución JD-2800 de 11 de junio de 2001, es violatoria en forma directa por omisión de la norma transcrita." (Cf. f. 287)

K. El artículo 88 de la Ley N°6 de 1997, que a la letra establece:

"Artículo 88: Alcance. El servicio de distribución comprende las actividades de compra de energía en bloque, transporte de la energía por las redes de distribución, la entrega de la energía a los clientes finales y la comercialización a los clientes."

El demandante aduce que la distribuidora tiene derecho a cobrar el recargo por bajo factor de potencia sobre la energía y la potencia o demanda.

L. De acuerdo con el demandante, se ha infringido de manera directa por omisión, el numeral 10 del artículo 23 de la Ley 6, que dice así:

"Artículo 23: Deberes y obligaciones. Los prestadores del servicio público de electricidad tendrán los siguientes deberes y obligaciones, sin perjuicio de los que establezcan otras disposiciones legales:

...

10. Prestar los servicios con carácter obligatorio y en condiciones que aseguren su continuidad, regularidad, igualdad y generalidad de manera que se garantice su eficiente provisión a los clientes, la seguridad pública y la preservación del ambiente y los recursos naturales."

Sostiene que la mencionada infracción se verifica porque "no toma en cuenta que las obligaciones que la ley le impone a la distribuidora, deben ser compensadas bajo el criterio de suficiencia financiera, según el cual la misma debe recuperar todos los costos en que incurre por la operación y mantenimiento de la red."

M. El numeral 3 del artículo 90 de la Ley 6, que reza así:

"Artículo 90: Obligaciones. Las empresas distribuidoras tendrán las siguientes obligaciones:

...

3. Realizar sus actividades conforme a las disposiciones del respectivo contrato de concesión, prestando el servicio de distribución de forma regular y continua con los niveles de calidad que se determinen y manteniendo las redes de distribución en condiciones adecuadas de conservación e idoneidad técnica."

Como concepto de infracción a la norma arriba transcrita, se señala en lo medular que debe respetarse lo pactado en la cláusula 36 del CONTRATO DE CONCESIÓN.

N. El artículo 976 del Código Civil, que es del tenor literal siguiente:

"Artículo 976: Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos."

Concepto de la violación.

"En ese sentido es menester tener presente que el CONTRATO DE CONCESIÓN forma parte de los documentos del proceso de reestructuración del IRHE y, en consecuencia es uno de los documentos tomados en cuenta por lo(sic) compradores de las empresas de

distribución privatizadas para llevar a cabo su inversión, razón por la cual el PLIEGO TARIFARIO debe ser interpretado en concordancia con el mismo..." (Cf. f. 290)

Ñ. El artículo 1109 del Código Civil, que es del tenor literal siguiente.

"Artículo 1109: Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conforme a la buena fe, al uso y a la ley".

Alega el demandante que el Ente Regulador debe respetar lo acordado, razón por la cual el recargo por bajo factor de potencia debe efectuarse no sólo sobre el cargo por energía, sino también por el cargo por potencia o demanda"

O. El artículo 120 de la Ley N°6 de 1997, que reza así:

"Artículo 120: Obligaciones de pago. Ninguna persona natural o jurídica, pública o privada, estará exenta del pago correspondiente por los servicios de electricidad que reciba."

Según el demandante, esta norma impide que pueda exponerse al cliente con bajo factor de potencia del recargo sobre el cargo por potencia o demanda.

P. El numeral 4 del artículo 20 de la Ley N°6 que dice así:

"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."

Según el demandante, el Ente Regulador, ha rebasado las atribuciones que le confiere la ley.

Q. El numeral 1 del artículo 1651 del Código de Comercio, que reza así:

"Prescribirán en un año.

a. La acción procedente de ventas al por menor aceptadas liquidadas o que se tengan por tales, salvo el caso de cuenta corriente entre los interesados."

Según el demandante, el hecho de que la ley 6 no contenga disposiciones sobre prescripción no permite concluir que las obligaciones cliente distribuidora surgidas del contrato de distribución son imprescriptibles.

R. La demandante también señala como violado el artículo 25 de la ley N°6 de 1997, aduciendo que las empresas creadas por el Estado para brindar el servicio de electricidad, se rigen por la ley N°32 de 1927, sobre Sociedades Anónimas.

Sobre las disposiciones supuestamente infringidas.

Disentimos de la tesis esgrimida por la apoderada legal de la sociedad demandante, ya que se encuentra plenamente comprobado que mediante la inspección que realizó el Ente Regulador de los Servicios Públicos a la Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste S.A., se detectó que la mencionada empresa aplica el recargo por factor de potencia al resultado de la suma del cargo por consumo de energía y el cargo por demanda, lo cual incumple el numeral 1 del literal d del Anexo A de la Resolución N°JD-917 del 24 de julio de

1998, que aprobó el pliego tarifario de la citada Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste S.A.

El numeral 1 del literal d del Anexo A, de la Resolución JD-917, aprobó el pliego tarifario, estableciendo el recargo por factor de potencia, así:

d) RECARGO POR FACTOR DE POTENCIA

La facturación por consumos de energía a aquellos clientes cuya medición registre permanentemente el factor de potencia, efectuados en instalaciones cuyo factor de potencia mensual sea inferior a 0.90(-) en atraso, se recargará en un 1% por cada 0.01 en que dicho factor baje de 0.90(-) en atraso. El factor de potencia se calculará según los consumos de KVARh y kWh del período facturado, mediante la siguiente fórmula:

$$F.P. = \text{Coseno (arco tangente (kVARh/kWh))}$$

Donde,

F.P.= factor de potencia mensual

KVARh= energía reactiva del período

kWh= energía real del período.

El recargo por factor de potencia se aplicará a los clientes a partir del séptimo mes de la entrada en vigencia de este pliego tarifario.

El referido recargo por factor de potencia autorizó a la Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste S.A., a recargar en uno por ciento la facturación por consumo de energía en aquellos clientes que permanentemente registren un factor de potencia mensual inferior a 0.90.

Este recargo se autorizó para compensar a las empresas distribuidoras las afectaciones que en sus redes de distribución provocasen clientes que registrasen factores de potencia menores de 0.90, ya que se consideraba que los consumos de energía por debajo de ese índice establecían un nivel de perturbación a esa empresa que era necesario que recuperasen a través de dicho recargo. Este mismo recargo fue autorizado en los pliegos tarifarios de las otras dos empresas de distribución eléctrica que existen en la República de Panamá.

Por tratarse de un aspecto evidentemente técnico, consideramos oportuno destacar del Informe de Conducta, remitido por el Director Presidente del Ente Regulador al Magistrado Sustanciador, lo siguiente:

6.- La misma Resolución No. JD-917 de 1998, en sus puntos 2,3 y 4 dividió los cargos que componen la tarifa de distribución eléctrica, que podía aplicar la empresa distribuidora a sus clientes, e indicó que la misma se dividiría así: a) cargo fijo mensual, b) cargo por energía y c) cargo por demanda.

7.- La Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A., cometió el error de aplicar el recargo por factor de potencia establecido en el punto 1, literal d, de la Resolución No. JD-917, antes mencionado, ya que aplicaba dicho recargo al resultado de sumar los consumos de energía al cargo por demanda, cuando el referido literal señala expresamente que dicho recargo se aplica **solamente a la facturación por consumos de energía.**

8.- La aplicación errónea que hizo la Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A., produjo un cobro excesivo del recargo por factor de potencia que

causaba y causa graves perjuicios a los clientes de su área de concesión.

9.- La Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A., ha justificado su erróneo proceder ante el Ente Regulador, indicando que el término energía que aparece en la definición del recargo de factor de potencia antes descrito, es genérico, al igual que según dicha empresa dicho término es utilizado en la Ley 6 de 1997, el Reglamento y en múltiples resoluciones dictadas por el Ente Regulador.

10.- Así lo entiende la Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A., en vista de que, según ella, al aplicar el recargo por factor de potencia solamente a los consumos de energía, no le permitiría recuperar los costos en que incurre por el sobredimensionamiento de sus redes de distribución necesario para atender las perturbaciones que le provocan aquellos clientes que tenga un factor de potencia inferior a 0.90, ni los costos por la disminución de la vida útil de sus equipos provocados por la referida causa.

11.- Con respecto a las justificaciones presentadas por la Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A., el Ente Regulador explicó y sustentó en las resoluciones impugnadas que la forma en que venía aplicando el recargo por factor de potencia era equivocado, ya que en forma expresa y específica el punto 1, literal d, de la Resolución No. JD-917 antes mencionada, indicaba que dicho recargo debía aplicarse **únicamente a los consumos de energía**, el cual compensaba adecuadamente a dicha empresa distribuidora los sobrecostos que generan clientes que registren un bajo factor de potencia.

...

13.- Si la forma de aplicar el recargo por factor de potencia establecida en la Resolución No. JD-917 de 1998, no le permitía a la Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A., los

ingresos necesarios para cubrir los sobrecostos que le generaban aquellos clientes que tienen un bajo factor de potencia, dicha situación no le permite aplicar ese recargo en forma diferente a la establecida en dicha resolución." (Cf. f. 306-307)

Es evidente que el Director Presidente del Ente Regulador, ha explicado detalladamente las razones en que se fundamenta esa entidad, para proceder a emitir la Resolución N°JD-2700-01, la cual se encuentra revestida de legalidad, por consiguiente carece de asidero jurídico el argumento planteado por la demandante, al considerar infringido el artículo 11 del Código Civil, pretendiendo que se interprete la frase consumos de energía a conveniencia de la empresa demandante.

Un aspecto censurable lo constituye el hecho de que la empresa aplicó en forma errónea el recargo por factor de potencia, sin que conste que hubiere acudido a las oficinas del Ente Regulador a solicitar una revisión tarifaria, que era lo que procedía.

Sobre el particular, el artículo 100 de la Ley N°6 de 1997, a la letra establece:

"Artículo 100: Vigencia de las fórmulas tarifarias. Las fórmulas tarifarias tendrán una vigencia de cuatro años. Excepcionalmente podrán modificarse de oficio o a petición de parte, antes del plazo indicado, cuando sea evidente que se cometieron graves errores en su cálculo, que lesionan 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.

Vencido su período de vigencia, las fórmulas continuarán rigiendo mientras el Ente Regulador no defina las nuevas."

Por otro lado, el acceder a que la empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste S.A., extienda el cargo de factor de potencia al cargo de demanda, **le proporciona a esa empresa un ingreso no autorizado**, tal y como lo indica el Ingeniero Arroyo, debido a que el ingreso máximo permitido de la empresa demandante, sólo contempló que el cargo por factor de potencia se aplicará únicamente sobre consumos de energía y no sobre el cargo por demanda, que son dos cargos diferentes.

Vale resaltar, que la empresa Electra Noreste, S.A., aplica el recargo por factor de potencia, sobre los consumos de energía medidos en Kilo Watts-hora, cumpliendo con lo establecido en la Resolución N°JD-918 de 1998, similar a la Resolución JD-919 de 1998.

Por lo expuesto, no prosperan ninguno de los cargos de ilegalidad, aducidos por el demandante.

En otro orden, estimamos prudente señalar que la actuación del Ente Regulador al proferir las Resoluciones JD-1700 de 10 de diciembre de 1999 y JD-1929 de 6 de abril de 2000, se encuentra conforme a sus atribuciones señaladas en los numerales 1, 5, 8 y 25 del Artículo 19 de la Ley N°26 del 29 de enero de 1996, por la cual se crea el Ente Regulador:

"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. Para ello, el Ente Regulador realizará eficaz control, vigilancia y verificación del cumplimiento de las leyes y reglamentos por parte de las empresas de servicios públicos de agua potable y alcantarillado sanitario, telecomunicaciones y electricidad;
- ...
5. Promover la competencia y la eficiencia en las actividades de los servicios públicos e investigar posibles conductas monopolísticas, anticompetitivas o discriminatorias, en las empresas y entidades que operen en dichos servicios públicos, cuando considere que pueden ir en contra del interés público;
- ...
8. Reglamentar la aplicación de principios generales, metodologías y fórmulas de cálculo de tarifas para la prestación de los servicios públicos de su competencia, salvo que las leyes sectoriales indiquen que los precios serán fijados mediante régimen de competencia o por acuerdo entre las partes.
- ...
25. En general, realizar los actos necesarios para que se cumplan las funciones y los objetivos de esta Ley y de las leyes sectoriales, así como los contratos, concesiones, licencias y autorizaciones que se generen de estas leyes."

Por otro lado, la Ley N°6 de 1997, por la cual se dicta el Marco Regulatorio e Institucional para la prestación del servicio público de electricidad, señala en su artículo 2 la finalidad del régimen al que están sujetas las actividades de transmisión, generación y distribución y comercialización de energía eléctrica:

"Artículo 2: Finalidad del régimen.
El régimen establecido en esta Ley,

para la prestación del servicio público de electricidad, tiene por finalidad:

1. Propiciar el abastecimiento de la demanda de los servicios de energía eléctrica y el acceso de la comunidad a éstos, bajo criterios de eficiencia económica, viabilidad financiera, calidad y confiabilidad de servicio, dentro de un marco de uso racional y eficiente de los diversos recursos energéticos del país.
2. Establecer el marco legal que incentive la eficiencia económica en el desarrollo de las actividades de generación, transmisión y distribución, así como en el uso de la energía eléctrica.
3. Promover la competencia y la participación del sector privado, como instrumentos básicos para incrementar la eficiencia en la prestación de los servicios, mediante las modalidades que se consideren más convenientes al efecto."

Los numerales 2 y 25 del artículo 20 de la Ley N°6 de 1997, señalan las funciones del Ente Regulador con relación al sector de energía eléctrica:

"Artículo 20: Funciones. El Ente Regulador tendrá las siguientes funciones en relación al sector de energía eléctrica:

- ...
2. Vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que estén sujetos quienes presten el servicio público de electricidad, y sancionar sus violaciones.
- ...
25. En general, realizar los actos necesarios para el cumplimiento de las funciones que le asigne la Ley."

Así, con fundamento en las normas transcritas, al expedir las Resoluciones JD-2700 y JD-2800, el Ente Regulador ordenó a la empresa Metro Oeste S.A., que cumpliera con lo

establecido en el Pliego Tarifario, aprobado mediante Resolución JD-917 de 24 de julio de 1998.

Las consideraciones anotadas son igualmente válidas para refutar la supuesta infracción del numeral 4, del artículo 20 de la Ley N°6 de 1997, al estar plenamente demostrado que el Ente Regulador, actuó dentro del marco de la ley.

El demandante también alega, que se ha violado en forma directa por omisión, el artículo 111 de la Ley N°6 de 3 de febrero de 1997, que se refiere a las tarifas para los clientes, lo cual carece de sustento jurídico, al acreditarse que la empresa incumplió con el pliego tarifario.

Al respecto, estimamos que es el accionante quien interpreta erróneamente la norma en cuestión, lo cual se evidencia con el cobro excesivo del recargo por factor de potencia, que causa perjuicios a los clientes.

En ese sentido, el Ente Regulador explicó que una de las consecuencias de adoptar la tesis de la empresa Metro Oeste S.A., **le proporciona a la empresa un ingreso no autorizado**, debido a que el Ingreso Máximo permitido, sólo contempló que el cargo por factor de potencia, se aplicará únicamente sobre consumos de energía y no sobre el cargo por demanda que son dos cargos diferentes.

De igual forma se encuentra acreditado en autos, que con motivo de los estudios para establecer el Régimen Tarifario que utilizarán las empresas de distribución eléctrica a partir del 1 de julio del año 2002, el Ente Regulador, contrató a la empresa Internacional Mercados Energéticos, **la cual mediante informe advirtió que dentro del total de los**

ingresos brutos de la Empresa Metro Oeste, S.A., el recargo por bajo factor de potencia, producía aproximadamente el tres por ciento de esos ingresos, mientras que ese recargo en otras empresas distribuidoras nacionales e internacionales, únicamente representaba un medio por ciento o menos del ingreso bruto de esas empresas.

Cabe resaltar que la Ley N°26 de 1996 y la Ley N°6 de 1997, fueron expedidas previamente al proceso de venta de las empresas que resultaron de la reestructuración del IRHE, y que tanto las Reglas del Mercado Mayorista como los Contratos Iniciales de compraventa de energía, se ajustaron al marco establecido en aquéllas normas legales; no es posible pues, que la Empresa Distribuidora Metro Oeste S.A., pretenda desconocer con su errada interpretación los derechos conferidos por esas leyes a las Empresas Distribuidoras y a los Clientes.

3. Conclusiones.

De todo lo anterior, ha quedado claro que el interés del Ente Regulador es que se cumpla correctamente con el numeral 1 del literal d del Anexo A de la Resolución N°JD-917 del 24 de julio de 1998, que aprobó el pliego tarifario de la empresa Metro Oeste, S.A.

Para concluir, es de especial interés para este Despacho resaltar las reflexiones que administrativistas como Juan Carlos Cassagne hacen sobre normas como el numeral 25 del artículo 19 de la Ley N°26 de 1996, que establece como una atribución del Ente Regulador: "En general, realizar los actos necesarios para que se cumplan las funciones y los

objetivos de esta Ley y de las leyes sectoriales, así como los contratos, concesiones, licencias y autorizaciones que se generen de estas leyes" y el principio de especialidad, cuando expresan:

"En la doctrina del derecho administrativo suele afirmarse que la competencia se distingue de la capacidad del derecho privado (donde constituye la regla o principio general) por constituir la excepción a la regla, que es la incompetencia. Es lo que se ha denominado el postulado de la permisión expresa.

Pero la comparación no puede realizarse -tratándose de entidades- con la capacidad de las personas físicas sino con la correspondiente a las personas jurídicas y, en tal sentido, existe cierta semejanza entre ambas instituciones, en la medida en que sus criterios rectores se encuentran regulados por el principio de especialidad. La aplicación del principio de la especialidad para la interpretación de los alcances de la competencia de entes y órganos no debe entenderse como un retorno al criterio de la competencia subjetiva. Ello es así, porque la especialidad del órgano de que se trate no va a surgir de su propia voluntad sino de la norma objetiva que establezca las finalidades para las cuales el órgano fue creado, o bien, de su objeto institucional.

De ese modo, el ámbito de libertad del órgano administrativo va a estar acotado por el fin que emana de la norma y no por el que surja de la voluntad del funcionario.

Una vez determinada la especialidad, y dentro de sus límites, la competencia es la regla. Fuera de ello, la competencia es la excepción.

...

En definitiva, el principio de especialidad se vincula con el fin de la competencia de cada órgano o ente,

el cual surge no sólo de las atribuciones expresas o implícitas (que suponen siempre un desarrollo o interpretación . extensiva de las facultades expresas), sino, fundamentalmente, de la enunciación de objetivos, principios de normación (como las atribuciones genéricas) y de las facultades inherentes, que son aquellas que, por su naturaleza, fundamentan la creación y subsistencia del órgano y sin la cuales, carecen de sentido". (Derecho Administrativo. 5ª ed. Buenos Aires, Abeledo-Perrot. 1996, t. I, p. 237). (Véase Idem, t. II, p. 491 y ss).

En cuanto a la prescripción alegada por los demandantes, cabe destacar que la relación existente entre la empresa y clientes, se enmarca en la Ley N°6 de 1997, la cual no contiene norma alguna que justifique la prescripción alegada.

PETICIÓN ESPECIAL.

En cuanto a la supuesta afectación de la suficiencia financiera de la Empresa Metro Oeste, S.A., que aduce la demandante, no es cierto que las resoluciones impugnadas afecten la suficiencia financiera de esta, **al no disminuir el Ingreso Máximo permitido a la empresa distribuidora, que para el período tarifario de 1998 a 2002 es de B/.252,730.00 de conformidad a lo aprobado mediante Resolución N°JD-230 del 31 de marzo de 1998** (ver prueba identificada como 3), por tanto, solicitamos a los señores Magistrados que integran la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, que levanten la suspensión provisional de los efectos de la Resolución JD-2700 de 2 de Abril DE 2001, al estar acreditado que la Resolución in comento, no causa un perjuicio notoriamente grave y de difícil o imposible reparación a la empresa.

A nuestro juicio, la certificación suscrita por los dos contadores públicos autorizados Boris Bazán y Javier Barría, visible a foja 141 del expediente que contiene la demanda, en la que supuestamente se refleja el perjuicio económico que tendría EDEMET, excluye referirse al aspecto de que no se disminuye el Ingreso máximo permitido a la empresa, para el período tarifario de 1998 a 2002, el cual es de B/.252,730.00.

Siendo así, se descarta la tesis del perjuicio notoriamente grave y la prueba presentada no acredita fehacientemente el perjuicio.

Por otro lado, no se puede obviar que en realidad la empresa, ha recibido un ingreso no autorizado, consecuencia del cobro excesivo del recargo por factor de potencia, que le causó y causa graves perjuicios a los clientes de su área de concesión.

Como quiera que la medida cautelar de suspensión del acto administrativo, constituye una discrecionalidad del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, la cual puede ser levantada de oficio, solicitamos respetuosamente que se reconsidere la medida adoptada, con los elementos probatorios aportados.

Por las consideraciones expuestas, no se han producido las violaciones alegadas, y reiteramos nuestra respetuosa solicitud a la Honorable Sala, para que deniegue todas las declaraciones reclamadas por la demandante.

V. Derecho: Negamos el invocado.

VI. Pruebas:

1. De las presentadas, objetamos las identificadas en los números 5, 6, 8, 10, 11 y 12, por no adecuarse a las formalidades que exige el Código Judicial.

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

3. Para que se reconsidere la medida cautelar de suspensión provisional, adjuntamos copia debidamente autenticada de la Resolución N°JD-230 de 31 de marzo de 1998, que refleja que no se disminuye el Ingreso Máximo permitido a la empresa distribuidora, que para el período tarifario de 1998 a 2002, es de B/.252,730.00 de acuerdo a lo aprobado en la Resolución JD-230-98, así como dos (2) tomos del Informe elaborado por la firma consultora Deloitte & Touche, con fundamento en el Contrato PNUD PAN-97-014-F2000-21A relacionados con la facturación del servicio de electricidad, por parte de las diferentes agencias de las empresas distribuidoras.

De la Honorable Magistrada Presidenta,

Original } Licda. Alma Montenegro de Fletcher
Firmado } Procuradora de la Administración

Licda. Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración

AMdeF/4/mcs

Licdo. Víctor L. Benavides P.
Secretario General