

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 207

Panamá, 23 de febrero de 2018

**Proceso Contencioso
Administrativo de Plena
Jurisdicción.**

La firma forense Galindo, Arias & López, actuando en representación de la **Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A. (EDEMET)**, solicita se declare nula, por ilegal, la Resolución AN-10187-Elec de 11 de julio de 2016, emitida por el **Administrador General de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos**, el acto confirmatorio y que se hagan otras declaraciones.

Alegato de conclusión.

**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 artículo 61 de la Ley 135 de 1943, modificado por el artículo 39 de la Ley 33 de 1946, para presentar el alegato de conclusión de la Procuraduría de la Administración, quien representa los intereses de la Administración Pública, dentro del proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción descrito en el margen superior; oportunidad procesal que nos permite reiterar lo expresado en nuestro escrito de contestación de la demanda, al afirmar que no le asiste la razón a la empresa demandante **Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A. (EDMET)**, en lo que respecta a su pretensión dirigida fundamentalmente a lograr que la Sala Tercera declare que es nula, por ilegal, la Resolución AN-10187-Elec de 11 de julio de 2016, emitida por el **Administrador General de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos** así como el acto confirmatorio contenido en la Resolución AN-103-Elec de 23 de agosto de 2016, proferida por la misma autoridad, y que se hagan otras declaraciones.

I. Antecedentes.

La **Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A. (EDMET)**, utilizando los mecanismos establecidos en la legislación eléctrica nacional, presentó a la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos** las solicitudes de eximencia de responsabilidad, por causal de fuerza mayor o caso fortuito, por razón de las interrupciones en el servicio público de energía eléctrica ocurridas para el mes de agosto de 2014.

En tal sentido, de la lectura del expediente judicial se observa que mediante la Resolución AN-10187-Elec de 11 de julio de 2016, emitida por el **Administrador General de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos**, la entidad reguladora procedió a calificar las mismas, desestimando una cantidad plural de solicitudes de eximencias de responsabilidad, en razón de la falta de sustento probatorio de estas. Dentro de la vía gubernativa correspondiente, la demandante presentó recurso de reconsideración contra el acto administrativo primario, el cual fue confirmado mediante AN-103-Elec de 23 de agosto de 2016, agotándose la misma.

II. Reiteración de descargos de la Procuraduría de la Administración, en representación de la entidad demandada.

En esta oportunidad, reiteramos los conceptos vertidos en la Vista 1456 de 29 de diciembre de 2016, cuando contestamos la demanda contenciosa administrativa arriba señalada.

En tal sentido, la apoderada judicial de la empresa recurrente alegó la supuesta infracción de los artículos 1, 8, 10 y 11 del Anexo A de la Resolución AN-3712-Elec de 28 de julio de 2010, modificada por la Resolución AN-4196-Elec de 25 enero de 2011; los artículos 34, 38, 146, 155 y 201 (numeral 1) de la Ley 38 de 31 de julio de 2000; y el artículo 13 del Código Civil, por considerar que al rechazar estas solicitudes de eximencia de responsabilidad la Autoridad

reguladora, lo hizo sin motivación alguna y sin realizar un análisis adecuado del material probatorio aportado en su momento por la empresa, lo que, a su juicio, va en detrimento de los principios de legalidad y de buena fe.

Al efectuar el análisis de las disposiciones que la parte actora estima como infringidas, esta Procuraduría de la Administración reitera que no le asiste la razón; ya que de acuerdo con las constancias procesales, previo a la emisión de la resolución administrativa mediante la cual se procedió a calificar y rechazar las solicitudes de eximencia, por causales de fuerza mayor o caso fortuito, que presentó la recurrente como consecuencia de las interrupciones en el servicio público de energía eléctrica ocurridas para el mes de agosto de 2014, **la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos cumplió con el procedimiento aprobado mediante la Resolución AN-3712 Elec de 2010 para la calificación de este tipo de solicitudes**, pues, expidió los actos administrativos objeto de impugnación luego de haber llevado a cabo el examen de los hechos alegados y considerado todas las pruebas documentales que fueron acompañadas junto a su petición por la empresa distribuidora; circunstancia que claramente se desprende del contenido del Anexo A de la Resolución AN-10187-Elec de 11 de julio de 2016, dictada por el Administrador General de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos.

Al respecto, debe tomarse en cuenta que el artículo 2 del Anexo A de la Resolución AN-3712-Elec de 28 de julio de 2010, señala que los eventos de fuerza mayor o caso fortuito deben ser analizados en cada caso y ponderados por la Autoridad reguladora para poder determinar si constituyen o no sucesos eximentes de responsabilidad (Cfr. página 19 de la Gaceta Oficial 26600-A de 17 de agosto de 2010 que reproduce el texto de la norma en referencia).

En concordancia con lo anterior, el acápite 1.5.1 del Anexo B de la Resolución JD-764 de 8 de junio de 1998, adicionado por la Resolución JD-4466

de 23 de diciembre de 2003, **enumera las pruebas que deben ser aportadas por las empresas distribuidoras para sustentar sus solicitudes de eximencia, algunas de las cuales no fueron suficientes para acreditar los acontecimientos descritos por la demandante en sus peticiones y en su recurso de reconsideración.**

A los efectos de lo indicado en el párrafo anterior, resulta pertinente remitirnos a la parte motiva de la Resolución en estudio y su acto confirmatorio, que nos permiten apreciar las deficiencias probatorias en las que incurrió la demandante y que motivaron el rechazo de las mencionadas solicitudes. Veamos:

“7.1 En cumplimiento de lo establecido en el artículo 1 del Anexo A de la Resolución AN No. 3712-Elec de 28 de julio de 2010, esta Autoridad Reguladora considera que de las **DOS MIL TREINTA Y SEIS (2036)** solicitudes presentadas por causales de Caso Fortuito y Fuerza Mayor, debe aceptarse **DOS (2)** solicitudes de eximencia y deben rechazarse **DOS MIL TREINTA Y CUATRO (2034)**.”

7.2 Con respecto a las **MIL TRECENTAS CUARENTA Y NUEVE (1349)** incidencias rechazadas identificadas en el Anexo A de la presente Resolución como “caso 1”, debemos indicar que las pruebas aportadas por la **EMPRESA DE DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA METRO OESTE, S.A. (EDEMET)**, son inconducentes ya que no guardan relación con los acontecimientos.

7.3 En cuanto a las **CIENTO CUARENTA Y UN (141)** incidencias rechazadas identificadas en el Anexo A de la presente Resolución como “caso 2”, las pruebas aportadas no son suficientes ya que la **EMPRESA DE DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA METRO OESTE, S.A. (EDEMET)** solo presentó como evidencia Declaraciones Juradas del personal que labora en dicha empresa distribuidora, referentes a cada evento.

7.4 En referencia a las **DOSCIENTOS OCHO (208)** eventos rechazados identificados en el Anexo A de la presente Resolución, como “caso 3”, las pruebas aportadas por la **EMPRESA DE DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA METRO OESTE, S.A. (EDEMET)** indican que el evento fue ocasionado por falta de poda.

7.5 En cuanto a los **CINCUENTA Y SIETE (57)** eventos rechazados identificados en el Anexo A de la

presente Resolución, como "caso 4", las pruebas presentadas por la **EMPRESA DE DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA METRO OESTE, S.A. (EDEMET)** demuestran que los cables eléctricos no se encontraban a la altura necesaria para evitar los acontecimientos, por lo que quedó comprobado que la distribuidora no adoptó las medidas previsoras necesarias para evitar las incidencias o al menos minimizarlas.

7.6 Respecto a las **CINCUENTA Y CUATRO (54)** incidencias rechazadas identificadas en el Anexo A de la presente Resolución, como "caso 5", las pruebas presentadas por la **EMPRESA DE DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA METRO OESTE, S.A. (EDEMET)** no evidencian que adoptó las medidas previsoras necesarias para evitar las incidencias o al menos minimizarlas, ya que demuestran contaminación acumulada en la superficie de los aisladores.

7.7 En referencia a **CUARENTA Y SEIS (46)** incidencias rechazada en el Anexo A de la presente Resolución como "caso 6" las pruebas aportadas por la **EMPRESA DE DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA METRO OESTE, S.A. (EDEMET)** no demuestran que el distribuidor utilizó todas las medidas necesarias para minimizar la ocurrencia del hecho.

7.8 En cuanto a las **CATORCE (14)** incidencias identificadas en el Anexo A de la presente resolución como "caso 7", las pruebas aportadas no son suficientes ya que la **EMPRESA DE DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA METRO OESTE, S.A. (EDEMET)**, solo presentó como evidencia Declaraciones Juradas del personal que labora en dicha empresa distribuidora referente a cada evento y/o fotos; por consiguiente, no quedó evidenciado plenamente que los acontecimientos fueron irresistibles y producidos por terceros.

7.9 En referencia a las **DIECINUEVE (19)** incidencias rechazadas identificadas en el Anexo A de la presente Resolución como "caso 9", las pruebas aportadas por la **EMPRESA DE DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA METRO OESTE, S.A. (EDEMET)**, no demuestran plenamente que los acontecimientos fueron imprevisibles, irresistibles, extraordinarios y además, externos a la empresa y a la propia red.

7.10. En cuanto a las **SESENTA Y SEIS (66)** incidencias rechazadas en el Anexo A de la presente Resolución como "caso 10", las pruebas aportadas por **EMPRESA DE DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA METRO OESTE, S.A. (EDEMET)**, no evidencian que adoptó

todas las medidas previsoras necesarias para evitar las incidencias o al menos minimizarlas. La empresa distribuidora debe establecer procedimientos que permitan programar actividades de mantenimiento y prevención sin afectar al resto de los clientes.

7.11 Cabe advertir que el caudal probatorio aportado por la empresa no demostró plenamente que las incidencias que se rechazan por esta Autoridad Reguladora, fueron imprevisibles, irresistibles, extraordinarios y además externas a la empresa y a la propia red.

7.12 También debemos indicar que la empresa no evidenció la relación de causa y efecto entre las incidencias que se rechazan y el cumplimiento de la obligación de distribuir energía eléctrica, de conformidad con las normas de calidad del servicio técnico y del servicio comercial.

7.13 Se debe resaltar que es obligación de la **EMPRESA DE DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA METRO OESTE, S.A. (EDEMET)**, adoptar las medidas necesarias para mantener los niveles de confiabilidad y calidad del servicio de energía que corresponde a su concesión, como programas permanentes de poda en sectores de la línea, limpieza cuando la contaminación la amerite, etc." (Cfr. fojas 24 a 26 del expediente judicial).

Lo indicado en los párrafos transcritos permite establecer sin mayor dificultad que la resolución emitida por el Administrador General de la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos**, al igual que su acto confirmatorio, sí fueron debidamente motivadas. También permiten concluir, que la Autoridad reguladora analizó prolijamente dentro de la vía gubernativa las pruebas que la **Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A. (EDMET)**, presentó junto con las solicitudes de eximencia de responsabilidad y con su recurso de reconsideración, siendo que la distribuidora logró demostrar en algunas de las incidencias, el nexo causal entre el evento y la prueba aportada; sin embargo, en la gran mayoría de las incidencias, no se logró variar la decisión de rechazar tales peticiones, pues, según se ha observado, ello obedeció a causas atribuibles a la recurrente al no acreditar de manera eficiente los hechos planteados en sus escritos, al tenor de lo

que establece la Resolución JD-764 de 8 de junio de 1998, modificada por las Resoluciones JD-1236 de 1999 y JD-4466 de 2003.

Igualmente, resulta importante destacar lo manifestado en su informe de conducta por el Administrador General de la Autoridad, con respecto a la deficiencia probatoria en la que incurrió la demandante, cuando expresó lo siguiente, cito:

“Básicamente, el argumento de la **EMPRESA DE DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA METRO OESTE, S.A. (EDEMET. S.A.)**, se encuentra relacionada con el principio dispositivo de la carga de la prueba, el cual corresponde a la empresa prestadora del servicio. En el caso que nos atañe, éstas no demostraron por sí mismas el nexo causal con el hecho invocado. Tampoco aportaron documentación que sustentara que utilizaron todas las medidas para minimizar la ocurrencia de los hechos.

Resulta conveniente citar el reciente fallo emitido por la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, el cual se refiere a las Demandas Contencioso Administrativas de Plena Jurisdicción interpuestas por dos empresas distribuidoras en contra de resoluciones que calificaban solicitudes de eximencias por causales de Fuerza Mayor y Caso Fortuito correspondientes a informes de interrupción del servicio eléctrico:

‘La Sala observa, que en el expediente administrativo no existen elementos de juicio suficientes, para que la Autoridad Reguladora emitiera una decisión favorable a la **EMPRESA DE DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA CHIRIQUÍ, S.A.** y en consecuencia, no la sancionase. Por el contrario, las piezas de autos constan en lugar de corroborar la falta de precaución de la **EMPRESA DE DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA CHIRIQUÍ, S.A.**, con la ocurrencia de eventos que no la exoneran de responsabilidad. En tal sentido, la Sala aprecia que los llamados eventos de caso fortuito y fuerza mayor, desarrollados por la demandante en apego a sus argumentos, a su vez ocasionaron daños a las diversas líneas de transmisión, y por el contrario, no se percibe que la **EMPRESA DE DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA CHIRIQUÍ, S.A.** haya adoptado los procedimientos de

emergencia para evitar la interrupción total del servicio de energía eléctrica.

En relación a los eventos alegados por la demandante, en contraposición a las pruebas allegadas al proceso, contrastan con su propia conducta procesal, pues, la EMPRESA DE DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA CHIRIQUÍ, S.A., debe demostrar la relación causa y efecto entre los eventos aducidos y el cumplimiento de la obligación de prestar un servicio de suministro de energía eléctrica, de conformidad con las normas de calidad del servicio técnico y del servicio comercial.

Los elementos fáctico-jurídicos expuestos, son suficientes para que la Sala considere infundados los cargos de ilegalidad aducidos en el libelo de la demanda, pues es obligatorio para la EMPRESA DE DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA CHIRIQUÍ, S.A., adoptar las medidas necesarias para mantener los niveles de confiabilidad y calidad del servicio de energía, correspondiente a su concesión.”

En consecuencia, la Sala concuerda con la Autoridad Reguladora en que los referidos eventos son atribuibles a la EMPRESA DE DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA CHIRIQUÍ, S.A., generando una responsabilidad en su contra, al no haberse comprobado los hechos constitutivos de fuerza mayor y caso fortuito, dispuestos en la Resolución AN No. 3712-Elec de 28 de julio de 2010, misma que establece la entrega de la documentación correspondiente, que sustente que fueron utilizados todos los medios para minimizar la ocurrencia de los hechos que constituyen fuerza mayor y caso fortuito.

...

Vistas las consideraciones anteriores, podemos concluir, que los elementos fácticos-jurídicos expuestos, son suficientes para que la Sala Tercera considere infundados los cargos de ilegalidad aducidos en el libelo de la demanda, pues es obligatorio para la **EMPRESA DE DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA METRO OESTE, S.A. (EDEMET. S.A.)**, adoptar las medidas

necesarias para mantener los niveles de confiabilidad y calidad del servicio de energía, correspondientes a su concesión, de ahí que la actuación de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos al emitir la **Resolución AN N° 10187-Elec de 11 de julio de 2016**, y su acto modificatorio, en nada infringió las disposiciones legales y reglamentarias a las que hace referencia la actora en su demanda; así como tampoco se vulneraron los principios de legalidad y debido proceso.

...” (Cfr. fs. 128 y 129 del expediente judicial).

De lo expresado en los párrafos anteriores, se infiere que a través de las pruebas aportadas por la **Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A. (EDMET)**, no se logró demostrar la existencia de una relación de causa y efecto entre los eventos aducidos como de fuerza mayor o caso fortuito, y el supuesto incumplimiento, por parte de esa empresa distribuidora, en cuanto a su obligación de prestar un suministro de energía eléctrica de conformidad con las normas de calidad del servicio técnico y del servicio comercial, según lo estipula el artículo 3 del Anexo A de la Resolución AN-3712-Elec de 28 de julio de 2010; ya que la Autoridad reguladora no pudo corroborar que dichas pruebas, constituidas en su mayoría por una breve descripción del acto, los datos relatados por un testigo y algunas fotos, correspondieran a las incidencias ocurridas. Tampoco quedó evidenciado que las causales invocadas como sustento de las solicitudes de eximencia obedecieran a hechos que escapaban del control de esas concesionarias o que fueron ocasionadas por un tercero, tal como fue alegado por la recurrente.

Lo anteriormente indicado, permite a esta Procuraduría señalar que en el proceso bajo análisis no se han infringido los artículos 1, 8, 10 y 11 del Procedimiento para Determinar la Calificación de Fuerza Mayor o Caso Fortuito, contenido en el Anexo A de la Resolución AN-3712 de 28 de julio de 2010; los artículos 34, 38, 146, 155 y 201 (numeral 1), de la Ley 38 de 2000, ni el artículo

13 del Código Civil, por lo que las afirmaciones hechas en este sentido por la parte actora en su demanda deben ser desestimadas.

Resulta oportuno mencionar la situación jurídica que ocupa nuestra atención, ya ha sido dilucidada por la Sala Tercera a través de tres (3) pronunciamientos, a saber: las **Sentencia de 14 de julio de 2015**, la **Sentencia de 30 de noviembre de 2015**, y recientemente la **Sentencia de 12 de julio de 2017**, por medio de ellas, el ese Tribunal declaró que las resoluciones dictadas por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, por cuyo conducto, rechazó solicitudes de eximencia de responsabilidad por caso fortuito y/o fuerza mayor presentadas por las empresas distribuidoras, no son ilegales. A continuación, reproduciremos un pequeño extracto de los citados pronunciamientos judiciales:

“Sentencia de 14 de julio de 2015:

...En ese orden, se colige del examen del respectivo expediente administrativo, que la sociedad denominada EMPRESA DE DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA CHIRIQUÍ, S.A., tuvo una clara oportunidad para oponerse a las pretensiones de la Autoridad demandada, objetando sus consideraciones para tratar de revertir dicha actuación en primera instancia; y tanto es así, que la Autoridad censurada modifica los puntos primero y segundo de las resoluciones demandadas.

...
...En ese sentido, la Sala aprecia que los llamados eventos de caso fortuito y fuerza mayor, desarrollados por la demandante en apego a sus argumentos, a su vez ocasionaron daños a las diversas líneas de transmisión...

Los elementos fácticos-jurídicos expuestos, son suficientes para que la Sala considere infundados los cargos de ilegalidad aducidos en el libelo de demanda, pues es obligatorio para la EMPRESA DE DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA CHIRIQUÍ, S.A., adoptar las medidas necesarias para mantener los niveles de confiabilidad y calidad del servicio de energía, correspondiente a su concesión.

...”

“Sentencia de 30 de noviembre de 2015:

...Es decir, al momento de remitirnos a la parte motiva de la resolución en estudio y su acto confirmatorio, es posible apreciar que existieron deficiencias probatorias en las que incurrió la demandante que dieron lugar al rechazo de las mencionadas solicitudes; y es que la simple presentación de pruebas sin comprobar un nexo causal entre los hechos y las deficiencias en el servicio, no resulta fehaciente del derecho reclamado.

Tal y como se aprecia, no es posible corroborar con el material probatorio la eximencia de responsabilidad por parte de la empresa distribuidora, ya que en su mayoría la prueba sólo presenta de forma somera descripción de la supuesta causa, los datos relatados por un testigo y algunas fotos, que presuntamente corresponderían a las incidencias ocurridas, por lo que, dada esta escasez de en la prueba, no es posible rebatir con ello la fuerza legal del acto acusado, dado que la empresa concesionaria debió comprobar que cada evento señalado como causa del incumplimiento de la obligación que debe satisfacer las normas de calidad pactadas, fueron consecuencia de eventos que resultaran irresistibles y producidos por terceros tal y como exige el concepto de eventos de fuerza mayor y/o caso fortuito como eximentes de responsabilidad.

...”

“Sentencia de 12 de julio de 2017

...De conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 12 del texto único de la Ley 6/1997, relativo a los deberes y obligaciones de las empresas prestatarias del servicio de electricidad, **es necesario que tales compañías garanticen que el servicio que ellas brindan se efectúen manera continua y eficiente. La prenombrada disposición señala lo siguiente:**

‘Artículo 12. 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:

1. **Asegurar que el servicio de (se) preste en forma continua y eficiente** y sin abuso de la posición dominante que la entidad pueda tener frente al cliente frente a terceros.

(...).'

Lo anterior es ciertamente importante, toda vez que garantiza que los usuarios puedan gozar de la prestación de un servicio de suministro de energía eléctrica de conformidad con las normas de calidad del servicio técnico y comercial. Con estas obligaciones mínimas, los clientes no se deberían ver afectados por falta de mantenimiento del sistema de distribución de la red de electricidad, y de esta manera estar seguros que metas de calidad en la prestación del servicio de electricidad cumplen.

De conformidad con lo antes indicado, **las empresas prestadoras del servicio de electricidad (salvo que justifiquen con pruebas idóneas las solicitudes de eximencias por causas fortuitas o de fuerza mayor); no le es dable perjudicar o afectar a los clientes que requieren de un servicio de conexión continua, eficiente y de calidad de la prestación del servicio de electricidad y de esta forma garantizarse el cumplimiento de las normas de calidad del servicio técnico y comercial.**

Ligado a lo antes expuesto, es pertinente indicar que la Resolución JD 765 del 8 de junio 1998 (por medio de la cual se dictan normas de calidad del servicio comercial para las empresas que prestan el servicio público de distribución de electricidad) en su Anexo -A, estableció dentro de sus generalidades que las empresas de Distribución Eléctrica deberán proveer además del suministro de energía eléctrica, un conjunto de servicios comerciales necesarios para mantener un nivel adecuado de satisfacción a sus clientes, y que dicho incumplimiento conllevará la compensación de sus clientes. **Sólo se exceptúan de las compensaciones indicadas, los casos debidamente comprobados de fuerza mayor y caso fortuito, de conformidad con lo establecido en la Ley 6/1997; y como quiera que las prestarías no logran presentar las pruebas idóneas, para acreditar dichos sucesos, la ASEP no accedió a las solicitudes de eximencias solicitadas por las empresas EDEMET y EDECHI.**

Por todas las razones previamente motivadas a través de la presente decisión, esta Corporación de Justicia finalmente arriba a la conclusión que no queda otra alternativa que

proceder a desestimar los argumentos planteados por la firma GALINDO, ARIAS & LÓPEZ, en representación de la empresa de Distribución Metro Oeste, S.A. (EDEMET); y la empresa de Distribución Eléctrica Chiriquí, S.A...

...

III. Consideraciones sobre los servicios públicos concesionados por el Estado.

En esta oportunidad procesal debemos señalar que en atención a lo dispuesto por el constituyente patrio, las concesiones que otorgue el Estado panameño a las empresas prestatarias de los diversos servicios públicos, deben inspirarse en el bienestar social y el interés público.

En tal sentido, el artículo 259 de la Constitución Política de la República de Panamá, señala al respecto:

“Artículo 259. Las concesiones para la explotación del suelo, del subsuelo, de los bosques y para la utilización de agua, de medios de comunicación o transporte y de otras empresas de servicio público, se inspirarán en el bienestar social y el interés público.” (Lo resaltado es nuestro).

Para analizar en la esfera jurisdiccional el presente proceso, es necesario iniciar considerando la noción de **“bienestar social”** y de **“interés público”** que por mandato constitucional, deben inspirar las concesiones que el Estado otorga a las empresas de servicio público.

La noción de **interés público o general**, es definido por el Diccionario del Español Jurídico, editado por la Real Academia Española de la Lengua y el Consejo General del Poder Judicial (primera edición, Barcelona, 2016) como:

“Concepto que resume las funciones que se encomienda constitucionalmente a los poderes públicos y que concierne a valores y objetivos que trascienden los intereses concretos de ciudadanos o grupos. La Administración sirve con objetividad los intereses generales.” (Lo resaltado es nuestro).

En el Diccionario Jurídico Elemental del autor Guillermo Cabanellas, se define el concepto de “interés público”, en los siguientes términos:

“La utilidad, conveniencia o bien de lo más ante los menos, de la sociedad ante los particulares, del Estado sobre los súbditos”. (Lo resaltado es nuestro) (CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta S.R.L., 3ra. ed., 1980, Buenos Aires, p.165).

En tal sentido, de acuerdo a los postulados de la Ley 6 de 3 de febrero de 1997, por la cual se dicta el Marco Regulatorio e Institucional para la Prestación del Servicio Público de Electricidad, la misma en su artículo 1 concibe la prestación de la electricidad como un servicio público. Señala la norma:

“Artículo 1. Objeto de la Ley. La presente Ley establece el régimen a que se sujetarán las actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica, destinadas a **la prestación del servicio público de electricidad**, así como las actividades normativas y de coordinación consistentes en la planificación de la expansión, operación integrada del sistema interconectado nacional, regulación económica y fiscalización.”

De acuerdo a lo establecido por el autor panameño, Jorge Rivera Staff en su obra Fundamentos de Derecho Eléctrico, se expresa lo siguiente:

“Si bien todas las actividades del sector eléctrico, tienen la consideración de servicio público cuando son destinadas a la satisfacción de necesidades colectivas primordiales permanentes, es la distribución eléctrica la que tiene la vinculación física directa con el cliente que permite que el flujo de electricidad pueda ser recibido por el cliente para su utilización.

Este suministro o prestación del servicio eléctrico tiene dos elementos principales, con características diferentes, pero que le dan contenido concreto.

El primero es el derecho de todo nuevo solicitante del servicio a conectar físicamente sus instalaciones a la red de distribución, en base a condiciones fijadas previamente por la legislación y la regulación, que no sean onerosas para el cliente; y el segundo elemento del suministro, es que **una vez materializada dicha conexión, el cliente tiene el derecho a que el distribuidor le suministre electricidad con las características mínimas exigidas por la Ley y la regulación**, sujeto al pago correspondiente por la electricidad suministrada.

Estos dos elementos están presentes en el numeral 1 del artículo 2 de la LSE, el cual al fijar la finalidad del régimen de la Ley, indica como su primera prioridad el propiciar el abastecimiento de la demanda de los servicios eléctricos y el acceso a la comunidad a los mismos.

También están presentes estos dos elementos de la obligación de suministro o de prestación del servicio eléctrico, en el artículo 110 de la LSE es a la vez **un derecho de los clientes finales, que señala que todas las personas naturales o jurídicas de cualquier naturaleza pueden tener acceso al servicio de energía eléctrica y a exigir la prestación eficiente de los servicios.**

...

Con relación al suministro de electricidad, cuando ya se tiene la conexión con las instalaciones del distribuidor, tema fundamental de la nación de servicio público, el numeral 3 del artículo 79 de la LSE establece **que el servicio debe ser prestado en forma regular y continua manteniendo los niveles de calidad exigidos.** (Jorge Rivera Staff, Fundamentos de Derecho Eléctrico, Librería & Editorial Barrios & Barrios, Panamá, 2017, p. 426 y siguientes) (Lo resaltado es nuestro).

IV. Etapa probatoria.

La etapa probatoria dentro del presente proceso se circunscribió a la recepción de pruebas informe y testimoniales, las cuales fueron admitidas mediante Auto de Pruebas 251 de 31 de julio de 2017.

En cuanto a las pruebas documentales consistente en las copias autenticadas de la Gaceta Oficial 28272-B de 5 de mayo de 2017 donde apareció publicada la Resolución AN 11199-Elec de 27 de abril de 2017 y su anexo dictado por la ASEP; y de la Gaceta Oficial 28181-A de 20 de diciembre de 2016 donde apareció publicada la Resolución 10750-Elec de 12 de Diciembre de 2016 y su anexo dictada por la ASEP, debemos señalar que las mismas son **ineficaces**, toda vez que **el acto acusado en el proceso *sub-iudice* (en estudio) lo es la Resolución AN-9729-Elec de 29 de marzo de 2016**, emitida por la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos**, *“Por la cual se califican las solicitudes de*

*eximencia invocadas por la **Empresa de Distribución Eléctrica Chiriquí, S.A. (EDECHI)**, por causales de Fuerza Mayor y Caso Fortuito correspondientes al informe de interrupciones del servicio eléctrico del mes de septiembre de 2011”, cuya fecha es anterior a las resoluciones aportadas.*

Es importante destacar que la Resolución AN-10187-Elec de 11 de julio de 2016, objeto de impugnación en sede jurisdiccional fue adoptada por la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos** al aplicar **la Resolución AN 3712-Elec de 28 de julio de 2010**, modificada por la Resolución AN 4196-Elec de 25 de enero de 2011, que contenía “*el procedimiento para determinar la calificación de fuerza mayor o caso fortuito, como eximentes de responsabilidad para las empresas prestadoras del servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica*”, la cual **se mantuvo vigente hasta el 30 de junio de 2017** (Cfr. páginas 3-4 de la Gaceta Oficial 28272-B de 5 de mayo de 2017).

La Resolución AN 11199-Elec de 27 de abril de 2017, fue objeto de impugnación por medio de un recurso de reconsideración, lo que dio lugar a que la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos emitiera **la Resolución AN 11311-Elec de 12 de junio de 2017**, que **estableció el 1 de enero de 2018, como nueva fecha para la entrada en vigencia “del nuevo procedimiento para la presentación, tramitación, evaluación y decisión de la calificación de caso fortuito y fuerza mayor como eximentes de responsabilidad...”** (Cfr. página 28 de la Gaceta Oficial 28304 de 20 de junio de 2017).

Lo explicado en los párrafos precedentes, refleja que las resoluciones aportadas por la empresa distribuidora como pruebas documentales **fueron emitidas con posterioridad a la Resolución AN-10187-Elec de 11 de julio de 2016**, objeto de reparo, por lo que **no existían ni estaban vigentes a la fecha en que la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos emitió el acto acusado.**

Ello muestra que carecen de sustento los argumentos de la demandante para que las pruebas documentales aportadas por ella sean admitidas, puesto que **es imposible que la Autoridad reguladora solicitara a la empresa distribuidora requisitos inexistentes al mes de septiembre de 2011**, que corresponde al período evaluado en la resolución acusada de ilegal.

En razón de la sana crítica que distingue nuestro sistema procesal de valoración de la prueba, consideramos que las pruebas documentales antes señaladas, resultan ineficaces, al tratarse de regulaciones propias del mercado eléctrico dictadas después de la emisión del acto administrativo demandado, y por tanto, no tienen relevancia para el actual proceso.

Observamos que la actora no realizó mayor esfuerzo en demostrar fácticamente, a través de los diversos medios de prueba que la ley le concede, los presupuestos que sustenta las pretensiones contenidas en el libelo de la demanda correspondiente.

En tal sentido, la **demandante no ha logrado acreditar en el proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción *sub iudice* (bajo estudio) en qué consiste la presunta ilegalidad del acto administrativo objeto de la presente censura.**

Así pues, de las constancias procesales, se desprende que **las pruebas admitidas y aportadas al expediente, no logran acreditar de manera adecuada ni científica lo señalado por la Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A. (EDMET), en sustento de su pretensión**, de ahí que esta Procuraduría estima que **la actora no asumió en forma adecuada la carga procesal a la que se refiere el artículo 784 del Código Judicial que obliga a quien demanda a acreditar los hechos que dan sustento a su pretensión**; deber al que se refirió esa alta Corporación de Justicia en su Sentencia de 30 de diciembre de 2011, señalando en torno al mismo, lo siguiente:

“La Corte advierte que, al adentrarse en el análisis del proceso, **la parte actora no ha llevado a cabo los esfuerzos suficientes para demostrar los hechos plasmados en sus argumentos...** Adicional a ello, consta en el expediente, **que la actora no ha demostrado interés real de suministrar y/o practicar las pruebas por ellos solicitadas, que pudieran reflejar resultados a su favor, contrario a lo expresado en el artículo 784 del Código Judicial.**

‘Artículo 784. Incumbe a las partes probar los hechos o datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que le son favorables...’ (El subrayado corresponde a esta Sala).

Al respecto del artículo transcrito, **es la parte actora quien debe probar que la actuación surtida por la Entidad emisora de la Resolución recurrida, así como sus actos confirmatorios, carecen de validez jurídica.**

Es oportuno en esta ocasión hacer alusión al jurista colombiano Gustavo Penagos, quien dice en relación a la carga de la prueba que: *‘en las actuaciones administrativas se debe observar los principios de la carga de la prueba, la cual corresponde a los acusadores’.* (PENAGOS, Gustavo. Vía Gubernativa. Segunda Edición. Ediciones Ciencia y Derecho. Bogotá, Colombia, 1995. Pág. 14).

En este mismo sentido, Jairo Enrique Solano Sierra, dice que *‘la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la acción corresponden al actor’.* (SOLANO SIERRA, Jairo Enrique. Derecho Procesal Administrativo y Contencioso. Vía Administrativa- Vía Jurisdiccional- Jurisprudencia-Doctrina. Primera Edición. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Santa Fé, Bogotá, D. C. Colombia, 1997. Pág. 399)...” (Lo resaltado es nuestro).

De manera general debemos precisar que si bien es cierto las partes tienen la carga de la prueba y pueden utilizar los medios de convicción que estimen pertinentes, **no se puede perder de vista que dicho ejercicio no es ilimitado, puesto que está sujeto al control de admisibilidad que ejerce el Tribunal con la finalidad que los mismos resulten eficaces y conducentes al proceso**, tal como lo establece el artículo 783 del Código Judicial el cual es del tenor siguiente:

“Artículo 783: Las pruebas deben ceñirse a la materia del proceso y son inadmisibles las que no se refieren a los hechos discutidos, así como las legalmente ineficaces. El juez puede rechazar de plano aquellos medios de prueba prohibidos por la ley, notoriamente dilatorios o propuestos con el objeto de entorpecer la marcha del proceso; también puede rechazar la práctica de pruebas obviamente inconducentes o ineficaces.

El Juez puede rechazar de plano aquellos medios de prueba prohibidos por la Ley, notoriamente dilatorios o propuestos con el objeto de entorpecer la marcha del proceso, también puede rechazar la práctica de pruebas obviamente inconducentes o ineficaces.” (La negrita es nuestra).

Lo anterior, cobra relevancia en relación con lo señalado por la Sala Tercera en el Auto de 30 de diciembre de 2011, en el que expresó lo siguiente:

“De acuerdo a lo establecido en el artículo 783 del Código Judicial, el cual citamos seguidamente, y de acuerdo al principio de idoneidad de la prueba, ésta debe ser conducente e idónea y los tribunales **no deben practicar pruebas innecesarias, en detrimento de la economía procesal** (*Fábrega Ponce, Jorge. Teoría General de la Prueba, pág. 186*).

‘Artículo 783. Las pruebas deben ceñirse a la materia del proceso y son inadmisibles las que no se refieren a los hechos discutidos, así como las legalmente ineficaces.

El juez puede rechazar de plano aquellos medios de prueba prohibidos por la ley, **notoriamente dilatorios** o propuestos con el objeto de entorpecer la marcha del proceso; **también puede rechazar la práctica de pruebas** obviamente inconducentes o **ineficaces.**’

En el presente proceso, **no se debate** sobre si la empresa cumple o no actualmente con el Reglamento Técnico DGNTI-COPANIT 39-2000, sino sobre sus infracciones pasadas a la normativa ambiental...” (El resaltado es nuestro).

De igual forma, mediante el Auto de 3 de diciembre de 2013, la Sala Tercera se refirió al ejercicio del control de admisibilidad establecido en el artículo 783 del Código Judicial, el Tribunal se pronunció así:

“De forma previa se debe advertir que el artículo 783 del Código Judicial establece ciertos parámetros que el juzgador debe seguir en el momento de la admisión de una prueba presentada en el proceso. El tenor de la norma es el siguiente:

‘Artículo 783. Las pruebas deben ceñirse a la materia del proceso y son inadmisibles las que no se refieren a los hechos discutidos, así como las legalmente ineficaces.

El juez puede rechazar de plano aquellos medios de prueba prohibidos por la ley, notoriamente dilatorios o propuestos con el objeto de entorpecer la marcha del proceso; también puede rechazar la práctica de pruebas obviamente inconducentes o ineficaces.’

Esto implica que en el auto mediante el cual el Magistrado Sustanciador se pronuncia sobre la admisibilidad de las pruebas presentadas y aducidas por las partes del proceso, debe hacer una valoración preventiva, técnico-jurídica, del material probatorio, **debiendo revisar si las pruebas se ciñen a la materia del proceso y a los hechos discutidos, si son dilatorias, inconducentes e ineficaces. También debe revisarse en esta etapa, la temporalidad de la presentación de la prueba, si reúne los requisitos propios del tipo de prueba, la viabilidad de forma y del medio de la prueba, si fueron aducidas y aportadas con arreglo a los requisitos formales correspondientes, comunes y propios al tipo de prueba, y las objeciones presentadas contra las mismas, entre otros aspectos.”**

V. Tendencia de la demandante en convertir a la Sala Tercera en una instancia de la vía gubernativa.

También debemos manifestar que luego de analizar el objeto de cada uno de los medios de prueba que han sido aportados y/o aducidos por la apoderada judicial de la sociedad demandante, es nuestro criterio que se está tratando de hacer lo que no se hizo en materia probatoria durante el curso de los procedimientos en la vía administrativa, a pesar que la empresa distribuidora por medio de su apoderada legal, tuvo la oportunidad procesal para aportar los elementos de carácter probatorio que respaldaran sus afirmaciones, nos referimos

específicamente a la presentación del recurso de reconsideración que interpusieron contra cada una de las resoluciones que resolvieron las solicitudes de eximencia por caso fortuito o fuerza mayor; tratar de suplir una deficiencia técnica en esta materia ahora en sede judicial, no resulta viable.

VI. Principio de Tutela Judicial Efectiva vs. Ejercicio abusivo de la Carga de la Prueba.

Finalmente, la Procuraduría de la Administración considera que las pruebas propuestas por la recurrente resultan inconducentes e ineficaces al proceso; razón por la cual el Tribunal en el ejercicio del control de admisibilidad establecido en el artículo 783 del Código Judicial procedió a no admitirlas.

A procesalista y catedrático colombiano, Hernando Davis Echandía, afirma en su obra que:

“No toda prueba propuesta por la parte debe ser admitida por el juez, para la admisión concreta de cada prueba es indispensable que se cumplan los requisitos intrínsecos de pertinencia, oportunidad y conducencia” (ECHANDÍA, Hernando Davis. Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo 1, Víctor P. de Zavalía Editor. Buenos Aires. 1970. Pág. 3).

El procesalista y jurista panameño, Jorge Fábrega Ponce, señala sobre este tema en su obra Teoría General de la Prueba, lo siguiente:

“El derecho a la prueba no es absoluto; tiene ciertas limitaciones en atención a otros valores o intereses que merecen tutela – y consigna requisitos: a) Que se relacionen, directa o indirectamente con el objeto del proceso; b) Que sean aportadas oportunamente conforme a las normas comunes y la formalidades legales y las especiales de cada tipo de prueba; c) Que sean lícitas; d) Que no violen derechos humanos o que sean contrarias a la moral o al orden público; e) Que no se encuentren en las prohibiciones o restricciones específicas a cada medio de prueba.” (FÁBREGA PONCE, Jorge, Teoría General de la Prueba, Editora Jurídica Iberoamericana, S.A., 4ta Ed., Panamá, 2012, p.53.

Frente a lo planteado, es una realidad procesal que muchas veces las partes tienen la creencia que la **invocación del principio y el ejercicio de la**

Tutela Judicial Efectiva, es una forma para acceder a la justicia de forma abusiva, situación que la Sala Tercera ha plasmado en su jurisprudencia. En el Auto de 9 de agosto de 2016, manifestó lo siguiente:

“Por otro lado, vale dejar constancia que una cosa es la Tutela Judicial Efectiva y otra cosa es el deber que tiene todo el que concurra ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa en auxilio de sus derechos subjetivos o en defensa de los intereses de la colectividad, esto es, de cumplir con los requisitos básicos mínimos que por Ley se han establecido, así lo ha sostenido esta Corporación de Justicia a través de su jurisprudencia. (Lo subrayado es de la Sala Tercera).

En igual sentido, la Sala Tercera en **Resolución de 9 de diciembre de 2016**, que resolvió un recurso de apelación en contra de la no admisión de la demanda, se refirió a la Tutela Judicial efectiva en los siguientes términos.

“Respecto a la Tutela Judicial Efectiva, alegada por el demandante, la Sala considera preciso indicar que el deber que tiene todo el que ocurra ante la Jurisdicción... implica que el actor debe cumplir con los requisitos... **por ello no se debe interpretar que la tutela judicial efectiva, sea un acceso desmedido a la justicia, puesto que, no ha sido esto lo que ha sostenido esta Corporación de Justicia a través de su jurisprudencia.**” (La negrita es nuestra).

Recientemente, la Sala Tercera en **el Auto de 4 de septiembre de 2017**, a propósito del recurso de apelación promovido por la firma forense **Galindo, Arias & López**, en contra el Auto de pruebas 225 de 4 de julio de 2017, dentro del proceso incoado por la empresa de **Distribución Eléctrica Chiriquí, S.A. (EDECHI)**, señaló a propósito de lo anterior:

“De la cita anteriormente efectuada se desprende, que para la doctrina es perfectamente válido tal como indica la Procuraduría de la Administración en su escrito de oposición a la Apelación, que el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo pueda ejercer un control de admisibilidad en torno a la clase de pruebas presentadas dentro del proceso, así como también la cantidad de testigos a ser evacuados que es el objetivo principal sometido a análisis dentro del presente recurso de impugnación, para que **no se incurra en el ejercicio abusivo del derecho a presentar pruebas de forma abusiva y**

desproporcionada dentro del proceso, lo que a su vez se traduciría en extender o alargar el proceso más allá de los límites racionales, provocando que el juzgador deba de invertir más tiempo del correspondiente en su estudio. Las pruebas dentro de un proceso deben de ser puntuales, particulares y contundentes, de manera tal que el juzgador a través de la hermenéutica jurídica pueda apreciar que en efecto los hechos alegados por las partes son ciertos y no recargar al Tribunal de pruebas inconducentes que puedan dar paso o cabida a recargar al Despacho y desviar el objetivo puntual (sic) los hechos a ser probados en la demanda.

...

Respecto de estas alegaciones, el Tribunal de Alzada que conoce del Recurso de Apelación propuesto por la apoderada judicial de la parte actora, debe de indicarle a la recurrente que **el ejercicio de la carga de la prueba no debe de realizarse de forma abusiva o ilimitada, y en el supuesto que ello ocurra, este Despacho puede llevar a cabo un control de admisibilidad de las pruebas que resulten inválidas o inidóneas, y que pueden prolongar el desarrollo normal del proceso.** De hecho, el propio artículo 783 del Código Judicial le otorga dichas facultades o potestades a los Tribunales de Justicia, al señalar lo siguiente:

..." (Lo resaltado es nuestro).

Finalmente hemos notado una situación abusiva en el derecho a litigar que la actora ha incurrido a lo largo del reclamo de sus pretensiones dentro de la jurisdicción contenciosa administrativa.

El autor Gustavo Ordoqui Castilla en su obra Abuso de Derecho, explica el concepto de "abuso de Derecho", en los siguientes términos:

"Se está ante un abuso de derecho cuando el titular usa prerrogativas (derecho subjetivo, libertad, facultad) o ejercita por acción u omisión de tal forma que, en principio, concuerda con la norma legal pero que finalmente resulta una conducta apartada de la buena fe, la moral, las buenas costumbres, los fines para los cuales se concedió esta prerrogativa. Carranza (*Abuso de derecho. La reforma del Código Civil, Buenos Aires, 1970, pág. 28*) lo considera, siguiendo a Demogue, una especie de acto ilícito disimulado bajo la apariencia del ejercicio de un derecho.

III. El abuso existe cuando la actividad, no obstante ejercerse aparentemente y exteriormente como conforme al contenido sustancial o al fin del

mismo. El que ejerce un derecho puede hacerlo en forma lícita o ilícita; regular o irregular, racional o irracionalmente.” (ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, *Abuso de Derecho*, Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L, 2014, Lima, p.187).

Por su parte, este concepto también es definido por el Diccionario del Español Jurídico, editado por la Real Academia Española de la Lengua y el Consejo General del Poder Judicial (primera edición, Barcelona, 2016, p.14) como:

“abuso de derecho. 1. *Gral.* Ejercicio del derecho propio con el propósito de perjudicar a otro. ° <<<La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.>> Esta norma tiene un origen jurisprudencial, que arranca con la sentencia de 14 de febrero de 1944, y se inspira en lo que desde hacía unos años se había postulado por la doctrina científica: <<incurre en responsabilidad el que, obrando al amparo de una legalidad externa y de un aparente ejercicio del su derecho, traspasa, en realidad, los linderos impuestos al mismo por la equidad y la buena fe, con daños para tercero o para la sociedad...”.

VII. Solicitud de la Procuraduría de la Administración.

En razón de los elementos probatorios incorporados en el presente expediente judicial, consideramos que no le asiste razón alguna a la sociedad **Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A. (EDMET)**, en cuanto a las pretensiones solicitadas en el libelo de la presente demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción, toda vez que la actuación de la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (ASEP)**, al emitir la **Resolución AN-10187-Elec de 11 de julio de 2016** estaba plenamente justificada, razonada y sustentada por el acto administrativo demandado.

En razón de las consideraciones expuestas y de acuerdo a las constancias procesales acreditadas en autos, reiteramos la petición formulada en la Vista 1456 de 29 de diciembre de 2016, en donde solicitamos respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL la Resolución AN-10187-Elec de 11 de julio de 2016, emitida por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (ASEP)**, el acto confirmatorio y en consecuencia, se denieguen las pretensiones de la empresa demandante.

Del Señor Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente 729-16