

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 265

Panamá, 20 de junio de 2013

**Advertencia de
ilegalidad.**

**Concepto de la
Procuraduría de
la Administración.
(Acumulación)**

La firma forense Galindo, Arias & López, actuando en representación de la **Empresa de Distribución Eléctrica Chiriquí, S.A., (EDECHI)** y de la **Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A., (EDEMET)**, solicita que se declare nula, por ilegal, la frase ***“y que ocurran dentro del área donde opera un beneficiario de una concesión o licencia”***, contenida en el inciso segundo del artículo 1 del anexo A, de la Resolución AN-3712 de 28 de julio de 2010, dictada por la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos**.

Señor Magistrado Presidente de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia.

Acudo ante usted de conformidad con lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 5 de la Ley 38 de 2000, con la finalidad de emitir el concepto de la Procuraduría con respecto de las (16) advertencias de ilegalidad interpuestas por la firma forense Galindo, Arias & López, actuando en representación de la Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A., (EDEMET) y de la Empresa de Distribución Eléctrica Chiriquí, S.A., (EDECHI); las cuales fueron acumuladas mediante la Providencia de 5 de febrero de 2013, adicionada posteriormente por la Providencia de 3 de abril de 2013, puesto que dichas acciones se fundamentan sobre los mismos hechos y contienen las mismas causas de pedir (Cfr. fojas 41 y 192 del expediente judicial).

I. Antecedentes.

Mediante la Resolución AN-3712-Elec de 28 de julio de 2010, modificada por la Resolución AN-4196-Elec de 25 de enero de 2011, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos aprobó el procedimiento administrativo para 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.

En atención a lo dispuesto en la citada resolución, la Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A. (EDEMET) y la Empresa de Distribución Eléctrica Chiriquí, S.A.(EDECHI), por medio de las notas RM-282-11 de 13 de abril de 2011; RM-389-11 de 16 de mayo de 2011; RM-462-11 de 8 de junio de 2011; RM-598-11 de 11 de julio de 2011; RM-737-11 de 10 de agosto de 2011; RM-896-11 de 12 de septiembre de 2011; RM-1013-11 de 14 de octubre de 2011; RM-1081-11 de 15 de noviembre de 2011; RM-2083-11 de 12 de diciembre de 2011; RM-38-12 de 12 de enero de 2012; RM-132-12 de 14 de febrero de 2012; RM-230-12 de 13 de marzo de 2012; CM-163-12 de 8 de noviembre de 2012; CM-264-12 de 14 de diciembre de 2012; CM-036-13 de 11 de enero de 2013 y CM-139-13 de 15 de febrero de 2013; remitieron a la Autoridad reguladora los documentos justificativos de las interrupciones del servicio de energía eléctrica ocurridas por caso fortuito o fuerza mayor dentro de sus respectivas zonas de concesión, correspondientes los meses de marzo a diciembre de 2011; enero, febrero, octubre, noviembre y diciembre de 2012; y enero de 2013 (Cfr. fojas 24, 71, 129, 162, 209, 252, 277, 340, 385, 430, 475, 520, 566, 611, 682 y 727 del expediente judicial).

II. Frase acusada de ilegalidad.

La apoderada judicial de la Empresa de Distribución Eléctrica Chiriquí, S.A., (EDECHI) y de la Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A. (EDEMET), advierte la ilegalidad de la frase *"...y que ocurran dentro del área donde opera un beneficiario de una concesión o licencia..."*, contenida en el inciso segundo del artículo 1 del anexo A de la Resolución 3712-Elec de 28 de julio de 2010, dictada

por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, cuyo texto completo indica lo siguiente:

“Artículo 1: En el concepto y alcance de lo que, para los efectos del presente procedimiento, debe entender como:

Fuerza Mayor: La situación producida por hechos del hombre, a los cuales no haya sido posible resistir. Se considerará caso de fuerza mayor, entre otros, los siguientes eventos: guerras, revoluciones, insurrecciones, disturbios civiles, bloqueos, embargos, huelgas, actos de autoridad ejercidos por funcionarios públicos, restricciones o limitaciones de materiales o servicios necesarios para la prestación de los servicios objeto de una concesión, así como cierres y cualesquiera otras causas, que sean o no del tipo antes señalado ***que ocurran dentro del área donde opera un beneficiario de una concesión o licencia***, siempre y cuando, ocasionen de manera directa y principal que éste no pueda cumplir oportunamente con las obligaciones contenidas en su concesión o licencia.” (Lo resaltado es nuestro).

Según lo argumentado por la parte actora, esta norma será aplicada en el proceso administrativo que la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos ha iniciado con motivo de las solicitudes de eximencias por causales de fuerza mayor y caso fortuito presentadas por ambas por los períodos correspondientes a los meses de marzo a diciembre de 2011; enero, febrero, octubre, noviembre y diciembre de 2012; y enero de 2013 (Cfr. fojas 24, 71, 129, 162, 209, 252, 277, 340, 385, 430, 475, 520, 566, 611, 682 y 727 del expediente judicial).

III. Disposiciones que se aducen infringidas.

Las empresas advirtientes aducen la infracción de las siguientes disposiciones legales:

A. El artículo 34(d) del Código Civil que dispone, entre otras cosas, que es fuerza mayor la situación producida por hechos del hombre, a los cuales no haya sido posible resistir, tales como los actos de autoridad ejercidos por funcionarios públicos, el apresamiento por parte de enemigos y otros semejantes (Cfr. fojas 10 a 13 del expediente judicial); y

B. El artículo 35 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, el cual establece el orden jerárquico de las disposiciones que deben ser aplicadas en las decisiones y demás actos que profieran, celebren o adopten las entidades públicas (Cfr. fojas 13 y 14 del expediente judicial).

A juicio de la apoderada judicial de la parte actora, el texto de la frase que advierte como ilegal agrega un elemento adicional a los que doctrinalmente conforman la noción de fuerza mayor, puesto que introduce una restricción que no está fijada en la Ley y que limita su alcance y efecto de una manera no autorizada por el legislador, ya que circunscribe la ocurrencia de los hechos descritos en dicha norma al área específica de la concesión o licencia donde opera la empresa distribuidora que la invoque, distorsionando, a su entender, la figura, y por consiguiente, menoscabando su naturaleza (Cfr. fojas 10 a 13 del expediente judicial).

Las recurrentes también plantean que la frase acusada infringe el artículo 35 de la Ley 38 de 2000, debido a que al establecer una limitación al sentido y alcance del concepto de fuerza mayor, se está desconociendo el principio de jerarquía normativa, vulnerando con ello los preceptos legales que tienen supremacía sobre ella (Cfr. fojas 13 y 14 del expediente judicial).

IV. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Para los efectos de lograr una mejor aproximación al tema objeto de estudio, resulta pertinente señalar que el numeral 11 del artículo 20 de la Ley 6 de 3 de febrero de 1997, por el cual se dictó el “Marco Regulatorio e Institucional para la prestación del servicio público de electricidad”, faculta a la Autoridad para fijar las normas de calidad a las que deben ceñirse las empresas de transmisión y distribución de energía eléctrica; igualmente le da potestad para verificar su cumplimiento y dictar la reglamentación necesaria para poder implementar su fiscalización.

En concordancia con lo anterior, la cláusula 20 de los contratos de concesión suscritos entre el Estado panameño y las Empresas de Distribución Eléctrica Chiriquí, S.A. (EDECHI) y Metro Oeste, S.A. (EDEMET), establece las obligaciones del concesionario, incluyendo entre éstas el deber de prestar el servicio de electricidad dentro de la zona de concesión, conforme a los niveles de calidad que establezca la Autoridad reguladora.

Dentro de este contexto, la cláusula 3 de dichos contratos de concesión señala que ***“la zona de concesión es el área geográfica en la cual el concesionario está autorizado a instalar, tener en propiedad, administrar y explotar las redes de distribución y comercialización existentes y por construir”***.

Por su parte, el numeral 10 del artículo 23 y el numeral 3 del artículo 90 de la Ley 6 de 3 de febrero de 1997, por la cual se dictó el marco regulatorio e institucional para la prestación del servicio público de electricidad, señalan lo siguiente en relación con las obligaciones de las empresas distribuidoras:

"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 garantice su eficiente provisión a los clientes, a seguridad pública y la preservación del ambiente y los recursos naturales."

“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."

En desarrollo de las disposiciones legales y contractuales citadas en los párrafos precedentes, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos emitió el anexo A de la Resolución 3712-Elec de 28 de julio de 2010 (en la que aparece la frase acusada de ilegal), que modificó la Resolución JD-3110 de 19 de diciembre de 2001, reglamentación que había sido aprobada por el antiguo Ente Regulador con la finalidad de ejercer un adecuado control y supervisión sobre las empresas encargadas de la transmisión y distribución de energía eléctrica, ya que dichas empresas calificaban unilateralmente lo que consideraban como casos de fuerza mayor o caso fortuito, sin dar a conocer a la Autoridad reguladora los detalles de tales eventos como acontecimientos eximentes de responsabilidad.

Según se puede observar, el texto del artículo 1 del anexo A de la Resolución 3712-Elec de 28 de julio de 2010, define el alcance de los casos de fuerza mayor o caso fortuito relacionados con el suministro de energía eléctrica, como eventos eximentes de responsabilidad, pero de ninguna manera desconoce el contenido del artículo 34(d) del Código Civil, sino que lo adecúa a las regulaciones propias del marco regulatorio e institucional necesarias para la prestación del servicio público de electricidad, de manera que resulten cónsonos con las disposiciones a las que hemos hecho referencia, por lo que sólo aquellos acontecimientos que hayan ocurrido dentro de los límites de determinada zona de concesión pueden ser considerados responsabilidad de la empresa de distribución eléctrica encargada del suministro de energía en la misma.

Atendiendo el sentido y alcance de las disposiciones legales y reglamentarias antes citadas, así como las cláusulas contractuales a las que previamente nos hemos referido, esta Procuraduría solicita al Tribunal se sirvan declarar que NO ES ILEGAL, la frase “...y que ocurran dentro del área donde opera un beneficiario de una concesión o licencia...”, contenida en el inciso segundo del artículo 1 del anexo A, de la Resolución AN-3712 de 28 de julio de

2010, modificada por la Resolución AN-4196-Elec de 25 de enero de 2011, dictada por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos.

IV. Pruebas: Se objeta la prueba identificada en la acción en estudio con el número 3, ya que la misma incumple con lo dispuesto en el artículo 833 del Código Judicial por haber sido presentada en fotocopia simple.

V. Derecho: Se niega el derecho invocado.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Doctor Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Licenciado Nelson Rojas Avila
Secretario General

Expediente 751-12