

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 426

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 26 de abril de 2019

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción
(Especial).**

La Licenciada Angélica Bertoli, actuando en representación de la sociedad **Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A.**, solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución AN 11948-Elec de 19 de diciembre de 2017, emitida por la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos**, su acto confirmatorio, y para que se hagan otras declaraciones.

**Concepto de la Procuraduría
de la Administración.**

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

Acudo ante el Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 5 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, para intervenir en interés de la Ley, en el proceso descrito en el margen superior, tal como se consignó el Oficio 1016 de 7 de mayo de 2018, visible a foja 26; ya que, nos encontramos ante un proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción en el cual se impugna una resolución que en la vía gubernativa resolvió una controversia entre particulares, es decir, entre las sociedades **Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A.(ETESA); Empresa de Distribución Eléctrica Metro-Oeste(EDOMET); y la Empresa Elektra Noreste, S.A.(ENSA).**

I. Antecedentes.

El Centro Nacional de Despacho, mediante la Nota ETE-DCND-002-2017 de 19 de marzo de 2017, informó a la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos**, que había declarado un *Estado de Alerta de Racionamiento de Potencia (EARP)* basándose en las siguientes consideraciones:

“6.1 Que el 17 de marzo de 2017, ocurrió una falla en la Subestación Panamá afectando equipos de transmisión y reduciendo la capacidad de potencia de atender la demanda del área capital;

6.2 Que luego de los análisis de la demanda puede ser atendida con los equipos de transmisión que habían sido recuperados por ETESA, se observó que la demanda no puede ser atendida en el área capital;" (Cfr. foja 19 del expediente judicial).

En razón de lo antes expuesto, se emitió el acto objeto de reparo, a saber, la Resolución AN 11948-Elec de 19 de diciembre de 2017, a través del cual, entre otras cosas, se dispuso que "la Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A. (ETESA) debe a la Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A., (EDEMET), la suma de Ochocientos Sesenta y Siete Mil Cuatrocientos Setenta y Un Balboas con Sesenta y Dos Centésimos (B/.867,471.62), y a la empresa Elektra Noreste, S.A., (ENSA), la suma de Setecientos Treinta y Cuatro Mil Trescientos Treinta y Cuatro Balboas con Dieciséis Centésimos (B/.734,334.16), respectivamente, por la compensación otorgada a los clientes que hicieron uso de las plantas de emergencia por la aplicación del Reglamento de Autoabastecimiento para clientes del Servicio Público de Electricidad conforme a lo establecido en la Resolución AN 11040-Elec de 20 de marzo de 2017" (Cfr. foja 20 del expediente judicial).

Dicha decisión encontró sustento, entre otras consideraciones, en que los clientes tuvieron que hacer uso de las plantas de emergencia como parte de las medidas adoptadas para compensar el déficit de generación que se había causado por fallas en los sistemas de transmisión, por lo que la compensación otorgada a los clientes deber ser cubierta por **ETESA**, ya que fue la responsable del Estado de Alerta de Racionamiento por Potencia (EARP) declarado por el CND (Cfr. foja 20 del expediente judicial)

Producto de su disconformidad con lo ahí adoptado, tanto la **Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A. (ETESA)**, como la empresa Elektra Noreste, S.A. (ENSA); interpusieron sendos recursos de apelación contra la actuación arriba descrita, a los cuales se les dio respuesta mediante la Resolución AN 12106-Elec de 8 de febrero de 2018; la cual dispuso, mantener en todas sus partes el acto originario, quedando así agotada la vía gubernativa (Cfr. fojas 21 – 23 del expediente judicial).

En atención a lo anterior, el 20 de abril de 2018, la hoy actora interpuso la acción que nos ocupa, fundamentándola, entre otras consideraciones, en lo siguiente:

“Es decir, la ASEP declara que ETESA debe realizar estos pagos por Autoabastecimiento a las precitadas empresas distribuidoras sin que aun haya sido determinada la responsabilidad de ETESA en los procesos que se encuentran pendientes.” (Cfr. fojas 5 – 14 del expediente judicial).

Por su parte, el 21 de septiembre de 2018, la Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A., en su calidad de tercera interesada, presentó su contestación a la demanda, indicando, entre otras cosas, lo siguiente:

“5 El argumento central argüido por ETESA en la demanda, actualmente está desfasado, en primer lugar, porque la ASEP **expidió la Resolución AN 12591-CS de 2 de agosto de 2018, que, entre cosas, sancionó a ETESA, por la suma de B/.2,953,578,07, como consecuencia de los eventos ocurridos los días 17 y 21 de marzo de 2017 (En adelante Evento 132 y 135, respectivamente); decisión que luego confirmó mediante la Resolución AN 12708-CS de 4 de septiembre de 2018** y, en segundo lugar, porque EDEMET ya cumplió con la compensación de sus clientes, según lo dispuesto en el Reglamento de Autoabastecimiento ut supra citado, resultando que esta demanda es inviable.” (El resaltado es nuestro) (Cfr. foja 68 del expediente judicial).

Cabe mencionar en este punto que la representación judicial de la **Empresa Elektra Noreste, S.A. (ENSA)**, se ejerció a través de un Defensor de Ausente, el cual se opuso a todos los hechos en los que la actora sustentó su accionar (Cfr. fojas 77 – 78 del expediente judicial)

II. Normas que se aducen infringidas.

La apoderada judicial de la actora alega que el acto objeto de reparo infringe las siguientes disposiciones:

A. Los artículos 34 y 52 (numeral 4) de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, los cuales guardan relación con los principios que informan al procedimiento administrativo general; y a las causas de nulidad de un acto administrativo (Cfr. fojas 8 – 11 y 12 - 14 del expediente judicial); y

B. El artículo 974 del Código Civil, que establece que las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasicontratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia (Cfr. fojas 11 – 12 del expediente judicial).

III. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

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).

Para los efectos de lograr una evaluación objetiva sobre los cuestionamientos que hace la accionante en relación con la presunta ilegalidad del acto objeto de reparo, consideramos importante remitirnos a la parte resolutive de la misma, a saber:

“PRIMERO: DECLARAR que la Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A. (ETESA) debe a la Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A. (EDEMET), la suma de **Ochocientos Sesenta y Siete Mil Cuatrocientos Setenta y Un Balboas con Sesenta y Dos Centésimos (B/.867,471.62)**, y a la empresa Elektra Noreste, S.A. (ENSA), la suma de **Setecientos Treinta y Cuatro Mil Trescientos Treinta y Cuatro Balboas con Dieciséis Centésimos (B/.734,334.16)**, respectivamente, **por la compensación** otorgada a los clientes que hicieron uso de las plantas de emergencia por la aplicación del Reglamento del Autoabastecimiento para clientes del Servicio Público de Electricidad conforme a lo establecido en la Resolución AN 11040-Elec de 20 de marzo de 2017” (Cfr. foja 20 del expediente judicial).

El fragmento arriba transcrito resulta de medular importancia en el caso que nos encontramos analizando; ya que, de su lectura se desprende que **no nos encontramos ante un proceso sancionatorio**; sino, solamente, ante una compensación, derivada de la necesidad de la utilización de plantas de emergencia, producto de un déficit, en cuanto a la generación de electricidad, provocado por fallas en el sistema de transmisión de **ETESA**.

Aclarado lo anterior, si analizamos el concepto de violación de las normas acusadas de ilegal, observaremos que la actora alega una supuesta infracción del debido proceso, fundamentándose en que, la **ASEP** le sancionó, sin que previamente existiese una determinación de responsabilidad de **ETESA**, en cuanto al *Estado de Alerta de Racionamiento por Potencia (EARP)* declarado por el *Centro Nacional de Despacho*; a lo que debemos advertir en que, una cosa es la responsabilidad que pueda derivar de violaciones a la Ley 6 de 3 de febrero de 1997; y otra cosa es la obligación de compensar el gasto adicional en el que hayan tenido que incurrir los clientes finales, como consecuencia

de las fallas en los sistemas de transmisión, independientemente que estos hayan sido ocasionados, o no, por casos fortuitos o fuerza mayor.

En ese sentido, debemos recordar que existen disposiciones que regulan estas situaciones **de manera particular, las cuales resultan distintas y por tanto independientes de la responsabilidad que le pueda o no ser imputada a una u otra distribuidora por los hechos ya mencionados.**

Así tenemos que, mediante la Resolución AN 6934-Elec de 20 de diciembre de 2013; modificada mediante las Resoluciones AN 7224-Elec de 1 de abril de 2014 y AN 8171-Elec de 18 de diciembre de 2014; se aprobó el *Reglamento de Autoabastecimiento Para Clientes de Sector Eléctrico*, cuerpo normativo que establece, entre otras cosas, lo siguiente:

“I. Generales

1.1 El presente Reglamento establece:

...

b) El procedimiento **para cuantificar las compensaciones** que se aplicarán en casos de autoabastecimiento en períodos de Alerta por Racionamiento por falta de oferta de generación eléctrica.”

Del fragmento transcrito se desprende, tal y como lo indicáramos en párrafos que anteceden, **que nos encontramos ante un procedimiento independiente**, y por tanto, distinto a aquel encaminado a calificar las solicitudes de eximencia de responsabilidad, por causa de fuerza mayor o caso fortuito, que puedan ser presentadas por las distribuidoras; así como de aquellos casos en donde la **ASEP**, actuando en su condición de Ente Regular, inicie procesos sancionatorios por infracciones a la ley vigente; razón por la que, resulta jurídicamente improcedente indicar, que como no se ha determinado la responsabilidad de **ETESA** en lo que respecta a las fallas en sus sistemas de transmisión; la misma no se encuentra en la obligación de compensar a las distribuidoras que tuvieron que incurrir en un gasto adicional a fin de mantener la prestación del servicio público de electricidad de manera ininterrumpida, tal y como lo dispone la Ley 6 de 1997.

Lo anterior se sustenta aún más, si analizamos el punto cuatro (4) del Anexo I de la Resolución AN 6934-Elec de 20 de diciembre de 2013; modificada mediante las Resoluciones AN 7224-Elec de 1 de abril de 2014 y AN 8171-Elec de 18 de diciembre de 2014, el cual indica lo siguiente:

4. COMPENSACIÓN POR LA ENERGÍA AUTOABASTECIDA EN PERIODOS DE ALERTA POR RACIONAMIENTO.

- 4.1 El precio o compensación económica por la utilización de las Plantas de Emergencia, será establecido por la ASEP, mediante Resolución en base a la siguiente fórmula:

$$\text{Compensación económica} = \text{kWh} * (\text{Costo Combustible} + \text{O\&M} + \text{Incentivo ASEP})$$

kWh = Energía generada por la planta de emergencia dentro del periodo de aplicación del presente Reglamento, en kWh

$$\text{Costo Combustible} = \text{Precio del Diesel B/.} * \frac{1 \text{ litro}}{3.5 \text{ kWh}}$$

O&M = 0.05 B./kWh de operación y mantenimiento

$$\text{Incentivo ASEP} = 0.15 \text{ B./kWh}$$

- 4.2 El valor de la compensación económica será oportunamente publicado por la ASEP, al momento que inicia la aplicación de este Reglamento, considerando los precios de referencia de los combustibles que informa la Secretaría Nacional de Energía.
- 4.3 En el caso de plantas de emergencia que generen en base a tipos de energía distintos al combustible (eólicas, biomasa, etc.) la compensación económica sólo reconocerá el valor O&M y el Incentivo ASEP.
- 4.4 La compensación económica se realizará considerando lo siguiente:
- 4.4.1 La energía generada por la planta de emergencia deberá compensarse a los clientes, como un crédito en su factura, o como un pago directo a solicitud expresa del cliente.
- 4.4.2 Los montos a compensar deberán pagarse como sigue:
- a) Para las plantas de emergencia que cuenten con medición: el pago deberá efectuarse en el siguiente ciclo de facturación del cliente, contado a partir del aviso de la ASEP, en el que se indique que se ha iniciado el periodo de aplicación del presente Reglamento.



b) Para las plantas de emergencia que no cuenten con medición: el primer pago deberá efectuarse en un período máximo de dos (2) meses y dentro del ciclo de facturación del cliente, contado a partir del aviso de la ASEP, en el que se indique que ha iniciado el período de aplicación del presente Reglamento. Los pagos subsiguientes, deberán efectuarse mensualmente, de acuerdo con el ciclo de facturación del cliente.

- 4.4.3 A las plantas de emergencia que no cuenten con medición eléctrica instalada por la empresa distribuidora, se les efectuará una disminución en el monto del Incentivo ASEP de 0.15 B/kWh a 0.07 B/kWh.
- 4.4.4 Los montos a compensar y la cantidad de energía autoabastecida, deberá indicarse de manera clara y visible en la factura de los clientes que utilizaron sus plantas de emergencia.

Como se observa de la norma transcrita, *la compensación por la energía autoabastecida en períodos de racionamiento*, no requiere que se cuente con una declaratoria previa de responsabilidad en cuanto a los hechos que la hayan producido; por lo que, pretender la existencia de la misma, como requisito de procedibilidad para la aplicación de aquella, resulta jurídicamente improcedente.

Lo anterior fue abordado por la ASEP al momento de emitir su informe de conducta, en donde indicó, entre otras cosas, lo siguiente:

“Es cierto que existe un proceso sancionador sustentado en los hechos ocurridos los días 17 y 21 de marzo de 2017, en la subestación de Panamá, cuyas estructuras e instalaciones son responsabilidad de ETESA, el cual se encuentra en etapa de resolver por parte de la Comisión Sustanciadora, no obstante, el proceso sancionador se sustenta en la posible infracción a la normativa de electricidad, en el caso de ETESA, los numerales 3 y 9 del artículo 139 de la Ley 6 de 3 de febrero de 1997, y el artículo 23 del Reglamento de Transmisión y sus modificaciones y las Cláusulas 9 y 16 del Contrato de Concesión para Transmisión de Electricidad de 19 de octubre de 1999. A su vez, este procedimiento es regulado en el artículo 142 de la Ley 6 de 1997 y tramitado en la Comisión Sustanciadora.

Por lo tanto, pretender el recurrente que no se puede establecer un procedimiento para las compensaciones otorgadas a los clientes que usaron las plantas de emergencia dentro del mencionado Programa de Autoabastecimiento, porque existe un proceso sancionador, es inaceptable, toda vez, que lo que se

resuelve en la Resolución recurrida no es una sanción a la empresa de transmisión; sino un compromiso y/o obligación establecida en el Reglamento de Autoabastecimiento aprobado mediante Resolución AN 6934-Elec de 20 de diciembre de 2013 y sus modificaciones.

Es un hecho cierto, que por los eventos de los días 17 y 21 de marzo de 2017, se declaró un Estado de Alerta de Racionamiento de Potencia, por lo tanto los clientes tuvieron que hacer uso de las plantas de emergencia como parte de las medidas adoptadas tendientes a garantizar la prestación eficiente, continua e ininterrumpida del servicio público de electricidad, por lo que independientemente del resultado de las investigaciones que lleva a cabo la Comisión Sustanciadora, la Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A. (ETESA) debe hacer frente al compromiso con las empresas de distribución, y cubrir los montos que las empresas han pagado a los clientes que hicieron uso de sus plantas de emergencia.” (Cfr. foja 32 del expediente judicial).

En el marco de lo expuesto en los párrafos precedentes, este Despacho solicita al Tribunal se sirva declarar que **NO ES ILEGAL Resolución AN 11948-Elec de 19 de diciembre de 2017**, emitida por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos.

Del Señor Magistrado Presidente,



Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración



Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente 568-18