

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 439

Panamá, 8 de septiembre de 2014.

**Advertencia de
ilegalidad.**

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

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 del procedimiento 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, aprobado mediante 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 respecto a la advertencia de ilegalidad descrita en el margen superior.

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 (Cfr. fojas 31 a 38 del expediente judicial y las Gacetas Oficiales 26,600-A de 17 de agosto de 2010 y 26,717-A de 7 de febrero de 2011).

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 la nota CM-360-2014 de 15 de abril de 2014 le 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 durante el mes de marzo de 2014 (Cfr. foja 40 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...”, la cual forma parte del inciso segundo del artículo 1 del anexo A del procedimiento 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, aprobado mediante la Resolución AN-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.” (Este Despacho resalta la frase advertida de ilegal).

Según lo argumentado por las actoras, esta norma será aplicada en el procedimiento 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 empresas concesionarias para el período correspondiente al mes de marzo de 2014 (Cfr. foja 40 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, aprobado mediante la Ley 2 de 1916, subrogado por la Ley 7 de 1961, que dispone 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 4 a 7 del expediente judicial); y

B. El artículo 35 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, sobre procedimiento administrativo general, 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. foja 8 del expediente judicial).

A juicio de la apoderada judicial de las recurrentes, 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 4 a 7 del expediente judicial).

Las advirtientes 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 la mencionada Resolución AN-3712-Elec de 28 de julio de 2010 (Cfr. foja 8 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 9 del Texto Único 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”, 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 (Cfr. páginas 7 y 8 de la Gaceta Oficial 26,871-C de 14 de septiembre de 2011).

En concordancia con lo anterior, la cláusula 20 de los contratos de concesión vigentes al momento que se presentó la solicitud, suscritos entre el Estado panameño y la Empresa de Distribución Eléctrica Chiriquí, S.A. (EDECHI) y la Empresa de Distribución Eléctrica 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 (Cfr. página 17 de la Gaceta Oficial 23,632 de 17 de septiembre de 1998).

En 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.”*** (Cfr. página 13 de la Gaceta Oficial 23,632 de 17 de septiembre de 1998).

Por su parte, los artículos 12, numeral 10, y 79, numeral 3, del ya mencionado Texto Único de la Ley 6 de 3 de febrero de 1997 señalan lo siguiente en relación con las obligaciones de las empresas distribuidoras:

"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:

...

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, la seguridad pública y la preservación del ambiente y los recursos naturales.

..." (Cfr. páginas 10 y 11 de la Gaceta Oficial 26,871-C de 14 de septiembre de 2011).

"Artículo 79. 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.

..." (Cfr. página 29 de la Gaceta Oficial 26,871-C de 14 de septiembre de 2011).

En desarrollo de las disposiciones legales y contractuales citadas en los párrafos precedentes, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos emitió el

Anexo A del procedimiento 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, aprobado mediante la Resolución AN-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 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 (Cfr. las Gacetas Oficiales 24,463 de 3 de enero de 2002 y 26,600-A de 17 de agosto de 2010).

Según se puede observar, el texto del artículo 1 del anexo A del procedimiento aprobado por la Resolución AN-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 y no desconoce el contenido del artículo 34(d) del Código Civil, sino que lo adecúa a las regulaciones propias del marco regulatorio e institucional que son 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 sirva

declarar que NO ES ILEGAL, la frase “...y que ocurran dentro del área donde opera un beneficiario de una concesión o licencia...”, que forma parte del 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.

V. Pruebas: Se objeta la prueba identificada en la acción en estudio con el número 3, ya que la misma incumple con el requisito de autenticidad que establece el artículo 833 del Código Judicial, por haber sido presentada en fotocopia simple.

VI. Derecho: Se niega el derecho invocado.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Doctor Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Licenciado Nelson Rojas Avila
Secretario General