

Panamá, 24 de enero de 2014

Señores
Autoridad Nacional de los Servicios Públicos
Edificio Office Park
Vía España y Fernández de Córdoba
Primer Piso, Dirección Nacional de Electricidad, Agua Potable y Alcantarillado Sanitario
Ciudad

Estimados Señores:

Mediante la presente nota les hacemos llegar nuestros comentarios a la Propuesta de Reglas para la Compraventa de Energía mediante Actos de Concurrencia Exclusivos para Centrales de Generación Solar, según lo dispuesto en la Resolución AN No. 6987-Elec, que hace el llamado a la Consulta Pública No. 001-14.

Comentarios al modelo de contrato incluido en la Propuesta de Reglas para la Compraventa de Energía mediante Actos de Concurrencia Exclusivos para Centrales de Energía Solar (en adelante el “Contrato”).

Sección 5.1.

1. Estimamos que la responsabilidad de cada uno de los miembros de una APCA, según dicho término lo define la Propuesta, debería limitarse a la participación que dicho miembro del APCA tenga en el APCA. Es decir, los miembros de una APCA no deben responder individualmente por la totalidad de las obligaciones de ésta.

2. Estimamos que se debe eliminar la última oración de este punto, que lee “La composición o constitución de la APCA no podrá ser alterada sin el previo consentimiento de EL COMPRADOR” y añadir en su lugar el siguiente texto a la Sección 5.1:

“EL VENDEDOR, sea este una persona o empresa individual o una APCA, podrá modificar su composición accionaria y de control en los siguientes casos:

a. La composición accionaria podrá variar hasta en un cuarenta y nueve punto nueve por ciento (49.9%) sin que esto requiera consentimiento de ASEP ni del COMPRADOR;

b. EL COMPRADOR deberá dar su consentimiento, el cual no será negado sin el debido sustento, en caso que el nuevo propietario de más del cincuenta por ciento (50%) de las acciones de EL VENDEDOR cumpla con todos los requisitos técnicos y financieros necesarios para satisfacer las obligaciones de EL VENDEDOR;

c. EL VENDEDOR podrá gravar o ceder todos sus derechos y obligaciones bajo el CONTRATO (incluyendo los créditos que le corresponden bajo el mismo), a favor de las entidades financieras que otorguen financiamiento para construir, desarrollar y operar su central energética, sin necesidad de obtener el consentimiento de EL COMPRADOR.

d. En el evento que EL VENDEDOR venda sus acciones a una entidad que tenga ingresos netos anuales sobre cien millones de dólares (US\$100,000,000.00) moneda de curso legal de los Estados Unidos de América o que tenga operaciones de energía solar que superen

los veinte mega watts (20 MW) de producción, no será necesario que EL VENDEDOR obtenga el consentimiento de EL VENDEDOR.”

Sección 8.2

En adición a informar a la otra Parte de las intenciones de iniciar un proceso de arbitraje, las Partes deberían tener la obligación de notificar a sus acreedores de dicha intención. Al ser las entidades financieras un componente fundamental para poder desarrollar cualquier proyecto energético en Panamá, consideramos que es importante añadir una obligación de notificación a cada una de estas empresas financieras con créditos que pudiesen verse de alguna forma afectados por el proceso de arbitraje. Lo anterior cobra mayor vigencia en el caso de las plantas de generación solar, toda vez que dicha tecnología aún no ha sido puesta en operación comercial en nuestro país. En ese sentido, sugerimos enmendar la redacción de esta sección a fin de que lea de la siguiente forma:

“Si, después de transcurridos treinta (30) días calendario las partes no han podido resolver la controversia o diferencia mediante dichas consultas mutuas, entonces EL COMPRADOR o EL VENDEDOR podrá informar a la otra parte sobre sus intenciones de iniciar un proceso de arbitraje con respecto al asunto en disputa, conforme a las disposiciones que se indican a continuación: No se podrá iniciar un proceso de arbitraje con respecto a dicho asunto, si no se ha emitido la mencionada notificación. Cualquier controversia o diferencia respecto de la cual se hayan notificado la intención de iniciar un proceso de arbitraje, de conformidad con esta cláusula, se resolverá definitivamente mediante arbitraje. *Las Partes tendrán la obligación, y cada una será responsable, de notificar a sus respectivos acreedores sobre la controversia y sobre el inicio del proceso de arbitraje*” (la última oración, en itálicas, es nuestra).

Sección 16.1

Sugerimos enmendar la redacción de esta sección de manera que la misma lea así:

“**Fianza de Cumplimiento del Contrato.** Con el fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas en el presente Contrato, EL VENDEDOR le entrega a EL COMPRADOR, a la firma del Contrato, una Fianza de Cumplimiento emitida a favor de EL COMPRADOR por una compañía de seguros o entidad bancaria *con una calificación de inversión emitida por una calificador de riesgo de reconocida trayectoria como Standard & Poor, Fitch, A.M. Best y Moody’s* o por una compañía de seguros o entidad bancaria aceptable por EL COMPRADOR por la suma indicada en las CEC, cuya vigencia debe ser por la duración del Contrato con renovaciones anuales. La afianzadora deberá informar con antelación no menor de sesenta (60) días calendario, su intención de no prorrogar la Fianza, lo cual debe estar claramente establecido en la Fianza de Cumplimiento como requisito previo a la firma del Contrato. En caso de que el presente Contrato se dé por terminado por incumplimiento de EL VENDEDOR, la Fianza de Cumplimiento se hará efectiva al requerimiento de EL COMPRADOR, posterior a un periodo de cura de sesenta (60) días, durante el cual la afianzadora establecerá las condiciones para que el contrato sea restablecido a la condición original.” El texto en itálicas es nuestro.

Sección 16.2

En atención a las mismas consideraciones plasmadas para la sección 16.2, consideramos que esta sección debe leer así:

“El COMPRADOR mantendrá durante el plazo de duración de suministro, una garantía de pago, por un monto indicado en las CEC, el cual estará dedicado a cubrir incumplimientos de pago. Dicha garantía de pago podrá constituirse en efectivo, o en fianzas de compañías de seguros, o mediante garantías bancarias, siempre que la fianza y la garantía bancaria sean otorgadas por una compañía de seguro o entidad bancaria *con una calificación de inversión emitida por una calificadora de riesgo de reconocida trayectoria como Standard & Poor, Fitch, A.M. Best y Moody’s*, a partir del primer mes del suministro, por periodos anuales, y se mantendrá vigente por el periodo indicado en las CEC, después de la finalización del Contrato”. El texto en itálicas es nuestro.

Sección 23.1

Sugerimos enmendar el literal (d), ya que actualmente se podría interpretar el mismo como que si *cualesquiera* bienes del VENDEDOR son secuestrados (así sean pocos y/o en sustento de una demanda temeraria) ello automáticamente crearía una causal de terminación. Por ende, sugerimos que dicho literal lea así:

“d) Si los bienes del VENDEDOR que sean esenciales para que éste cumpla con sus obligaciones bajo el Contrato resultaran secuestrados, embargados o rematados y dicha medida no fuese levantada dentro de los 30 días siguientes a la fecha en la que fue practicada (en la medida que ello sea posible bajo la ley panameña);”

De igual forma sugerimos incluir la posibilidad de que EL VENDEDOR cuente con un período mayor para subsanar incumplimientos, sujeto a acuerdo con EL COMPRADOR, para lo cual pensamos que se podría añadir lo siguiente al final del literal (h):

“...o, hasta 180 días si, dentro del precitado período inicial de 30 días, EL VENDEDOR entrega a EL COMPRADOR un plan razonable para subsanar el incumplimiento y EL COMPRADOR aprueba de dicho plan dentro de los 30 días siguientes a la fecha en la que lo haya recibido.

Sección 23.2

Estimamos que en el punto “(a)” de esta cláusula, debería reemplazarse el término “cuenta mensual” por el término definido “Factura Mensual” y se debería poner en mayúscula el término “Contrato.”

Sección 23.3

Consideramos que, por el interés que tienen las entidades financieras que otorgarían facilidades crediticias a los proyectos energéticos, éstas verán con buenos ojos si se establece una obligación de que las mismas sean notificadas cuando se alega un incumplimiento por parte de su deudor. En ese sentido, consideramos que la sección debe leer así:

“Inmediatamente conocido el incumplimiento, la parte afectada, ya sea EL COMPRADOR o EL VENDEDOR, notificará por escrito a la otra parte, que una violación del Contrato ha ocurrido y que podría resultar en la terminación del Contrato, identificando la violación en cuestión, en detalle razonable y exigiendo el remedio de ello. *La parte notificada tendrá la*

obligación de notificar a sus acreedores de dicha notificación de incumplimiento” (el texto en itálicas es nuestro).

Sección 24.1

La cesión en garantía de los derechos y obligaciones de EL VENDEDOR bajo el Contrato es indispensable para poder obtener financiamiento para el desarrollo de sus centrales energéticas. En ese sentido, consideramos que dichas cesiones no deben quedar sujetas a la autorización del regulador, toda vez que el Contrato ya de por sí contiene salvaguardas suficientes para los intereses de EL VENDEDOR y, en efecto, el SIN. La autorización previa de ASEP para cualquier cesión no era un requisito en la mayoría de los contratos que suscribieron las primeras hidroeléctricas que se desarrollaron en Panamá después de la privatización del IRHE y esta fórmula evidentemente fue exitosa. Siendo que – al igual que esas primeras hidroeléctricas – estos contratos serán pieza fundamental para que se puedan financiar (y, en efecto, desarrollar) proyectos con tecnologías nuevas para Panamá, como lo es la solar, consideramos prudente repetir experiencias que han sido exitosas en el pasado. En ese sentido, consideramos que la sección debe leer así:

“El VENDEDOR tendrá derecho a ceder en garantía sus derechos e interés que surjan de este Contrato a favor de las Instituciones Financieras y/o Fiador(es), previo cumplimiento de las formalidades de Ley o por las condiciones consignadas en este Contrato. El VENDEDOR notificará a EL COMPRADOR de todas las cesiones y garantías efectuadas, quien salvo por razones que afecten en forma negativa sus derechos, deberá dar consentimiento a las mismas”.

Sección 24.2

En seguimiento a lo antes expuesto, sugerimos que se adicione la siguiente oración al final de la Sección 24.2:

“EL COMPRADOR acuerda dar su consentimiento a cualquier cesión de derechos y/u obligaciones bajo el CONTRATO por parte de EL VENDEDOR a favor de entidades financieras que sean acreedores, agentes o fiduciarios bajo la facilidad financiera otorgada para el desarrollo de la central energética, salvo que EL COMPRADOR determine de forma razonable y sustentada que dicha cesión afectaría sus derechos de manera adversa.”

Atentamente,

MORGAN & MORGAN

Ramón Varela - Socio