

Panamá, 2 de septiembre de 2015
DIR-SJ-194-15

Señores
Edificio Office Park
Vía España y Fernández de Córdoba
Planta Baja,
Dirección Nacional de Atención al Usuario de la
Autoridad Nacional de los Servicios Públicos

Ref. Resolución AN No. Resolución AN No. 8836-Elec de 24 de julio de 2015

Comentarios a la Consulta Pública No.004-15, para considerar la modificación de la Resolución No AN No. 3712-Elec de 28 de julio de 2010, que aprobó el nuevo 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.

Tenemos a bien presentarle para consideración, nuestras observaciones a la Consulta Pública propuesta para modificar la Resolución AN No. 3712-Elec de 28 de julio de 2010 (modificada).

Consideraciones Preliminares:

Tal y como fuera expuesto en reiteradas oportunidades a la anterior administración de ASEP por EDEMET y EDECHI durante el proceso de **Consulta Pública No.020-12** para la propuesta de adición del Título IX al Reglamento de Distribución y Comercialización de Energía Eléctrica, el cual estableció las Normas de Calidad del Servicio Técnico que dió lugar a la aprobación de la Resolución AN No.6001 Elec. de 13 de marzo de 2013 así como también en los Comentarios presentados durante la **Consulta Pública No.021-12** para la propuesta de adición del Título X al Reglamento de Distribución y Comercialización de Energía Eléctrica, el cual establecerá las Normas de Calidad del Servicio Comercial, para las distribuidoras era preciso contar con una norma en la que quedara claramente establecido que la determinación o calificación, caso por caso, de las eximentes de Fuera Mayor y Caso Fortuito, no puede estar sujeta a criterios discrecionales de la Autoridad que en muchos casos no se ajustaban a derecho y para los que no se aplicaba el principio de la sana crítica .

A tal efecto consta en las Consultas Públicas citas ut-supra y en consecuencia reposan dichos originales en los archivos del regulador, que se expresaron los siguientes comentarios: "...las empresas de servicio eléctrico mundialmente, solo son responsables de la calidad de servicio que pueden dar a través de sus infraestructuras, cumpliendo las prácticas prudentes de operación y mantenimiento. No se le puede calificar de incumplimientos las causas producidas por terceros, clima, animales, en general eventos causados por la naturaleza..." (cfr. Consulta Pública- Comentarios)

Si bien es cierto, la ASEP no aceptó nuestros comentarios, lo cierto es que, a los efectos de nuestros comentarios, **expresó, para ambas Consultas, lo siguiente:**

"...Los comentarios recibidos no son aplicables ya que no tratan sobre la Norma de Calidad del Servicio Técnico, sino sobre el procedimiento para que se les exceptúe del pago de las compensaciones por el incumplimiento de la norma. ***Sin embargo, las propuestas recibidas serán tomadas en consideración para efectos del referido procedimiento.*** (el resaltado es nuestro)."

Lo citado fue un ostensible reconocimiento del regulador que era y, hoy día, es necesaria una modificación a los procedimientos de reconocimiento o calificación de las eximentes de fuerza mayor y caso fortuito contenidos en la Resolución AN. No. 3712 modificada por la Resolución AN No. 4196 y, por ello, estimamos que en el presente proceso de consulta de la propuesta de modificación a la Resolución An. No. 3712 resulta, por demás oportuno, el tomar en cuenta, no solo los comentarios que a razón de dichas consultas públicas fueron elevados a la ASEP tanto por EDEMET - EDECHI como por ENSA y por la Universidad Tecnológica, sino también además se tomen en consideración las propuestas que presentamos a continuación que tienen como finalidad y justificación el contar con una regulación que, al tenor del debido proceso legal, desarrolle de forma adecuada y transparente el procedimiento de excepción del pago de compensaciones.

ANTECEDENTES

Debemos señalar, de manera respetuosa, que la Ley 6 de 1997(modificada) en ninguno de sus artículos desarrolla un marco legal especial que desarrolle normas nuevas distintas al Código Civil sobre las eximentes de fuerza mayor y caso fortuito , siendo que

la una norma que define dichos conceptos es un Reglamento no una Ley (Decreto Ejecutivo No. 22 de 1998) por una parte, y por otra, las únicas normas que definen los procedimientos de evaluación son la Resolución An No. 3712 y la Resolución AN No. 4196, no así la Ley .

Estrictamente desde el punto de vista legal, no existe en la República de Panamá una norma en la Ley 6 de 1997 que, de conformidad con el principio de especialidad " disponga conceptos y contenidos "especiales" para temas de fuerza mayor y caso fortuito para el sector eléctrico y por ello, a nuestro juicio, resulta aplicable a tal efecto, el Código Civil de la República de Panamá. Sobre la base de esta consideración es que afirmamos que las Empresas de Distribución y Comercialización deben cumplir con sus obligaciones de acuerdo con lo establecido en la Ley vigente, aplicable, así como el Contrato de Concesión. En este contexto, el artículo 990 del Código Civil, consagra el principio de que nadie responde por sucesos imprevistos o, aunque previsibles sean inevitables, por lo que se entiende que nadie está obligado a cumplir una obligación, si se lo impiden acontecimientos catalogados como caso fortuito o fuerza mayor

Tanto los Contratos de Concesión vigentes hasta octubre de 2013 como los actuales (en adelante los contratos de concesión y, la propia Ley 6, en su artículo 4, numeral 3 y el artículo 23, eximen de responsabilidad a las empresas de distribución siempre y cuando se trate de razones de caso fortuito o fuerza mayor, y que además establecen que el cumplimiento de sus obligaciones se llevará de acuerdo a la Norma de Calidad de Servicio Técnico y Comercial.

La ASEP, ha calificado desde el año 2010, las solicitudes de eximencias presentadas por las empresas de distribución sobre la base de criterios dispersos en algunos casos y disímiles en otros, pero luego de una revisión detallada de muchos de ellos, es posible concluir que la ASEP no ha tomado en cuenta los presupuestos legales y reglamentarios aplicables, por lo que resulta oportuno homologar dichos criterios para darle transparencia al proceso.

DE LA NORMATIVA REGULATORIA VIGENTE:

- a. La Resolución AN No. 3712-Elec de 28 de julio de 2010, que derogó la Resolución JD-3110 de 19 de diciembre de 2001 y fue modificada posteriormente

por la Resolución An No. 4196 reitera los conceptos establecidos en el Decreto Ejecutivo No. 22 de 1998, dispone lo siguiente:

Artículo 1: En el concepto y alcance de lo que, para los efectos del presente procedimiento, debe entenderse 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 y 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. **Caso Fortuito**: El que proviene de acontecimientos de la naturaleza que no hayan podido ser previstos. Se considerará como caso fortuito, entre otros, los siguientes eventos: epidemias, terremotos, deslizamientos de tierra o desplazamientos de otros materiales, tormentas, inundaciones, o cualquier otro evento o acto, ya sea o no del tipo antes señalado, siempre y cuando ocasione de manera directa y principal que éste no pueda cumplir oportunamente con las obligaciones contenidas en su concesión o licencia.

Una revisión de las normas y textos vigentes, nos permite señalar que todo evento que tenga las características de imprevisibilidad o irresistibilidad, arriba mencionadas, calificará como causa de fuerza Mayor o Caso Fortuito sin importar que su origen sea un fenómeno de la naturaleza, un acto de gobierno o el hecho de un tercero. En ese sentido, resulta necesario detenernos a hacer una breve descripción de tales características.

Hecho imprevisible: Es todo aquél frente al que no existen motivos atendibles para presumir que vaya a suceder por causa del distribuidor.

· **Hecho irresistible:** Es todo aquél que al distribuidor le resulte imposible de evitar aplicando la atención, cuidados y esfuerzos normales con relación al hecho de que se trata, considerando las circunstancias concretas de lugar, tiempo y personas.

Es posible concluir, que todo evento que reúna, según su naturaleza, una las condiciones antes expuestas es una eximente el tenor de la legislación, pero de ninguna manera se puede señalar que deba reunir las todas. Esto es así pues el propio Código Civil distingue que, entre la fuerza mayor y el caso fortuito las eximentes se diferencian puesto que, en la fuerza mayor aún cuando el distribuidor tenga la voluntad de resistir el evento por hechos de terceros no es posible hacerlo (ya sea por coacción, por orden de autoridad o porque una norma así lo disponga, por ejemplo) y en el caso fortuito, aún cuando el distribuidor cuente con una planificación, no sea posible prevenir un hecho generado por la naturaleza.

- b. Si bien la Resolución AN No. 3712-Elec de 28 de julio de 2010, que a su vez derogó la Resolución JD-3110 de 19 de diciembre de 2001 y que fue modificada posteriormente por la Resolución An No. 4196, establece un 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 una revisión detenida de las mismas nos avoca a la conclusión que su contenido solo hace referencia a los requisitos de presentación de solicitudes no así a los que hemos denominado "criterios de calificación". Esto ha dado lugar a una amplitud de interpretaciones regulatorias que podrían llegar a dejar en indefensión a los Concesionarios del Servicio al no tener claridad en los criterios y supuestos que el regulador analiza a la hora de aceptar o no una solicitud de eximencia. De hecho y aún cuando no sea parte de esta consulta resulta válido señalar que consta en los archivos de la ASEP que por años, se han denegado sistemáticamente hechos de terceros que,

por ejemplo, en el caso de las colisiones claramente no son responsabilidad del distribuidor.

NUESTRA PROPUESTA:

En virtud de lo antes expuesto solicitamos las siguientes adiciones y modificaciones a la Resolución AN No. 3712 modificada por la Resolución An No. 4196. La presente propuesta toma en cuenta que, el Marco Regulatorio del sector eléctrico tiene el propósito, entre otras cosas, de propiciar el abastecimiento de la demanda eléctrica bajo criterios de eficiencia económica y viabilidad financiera.

No es un principio válido para el sistema el exigir un suministro eléctrico ininterrumpido en el que se desconozcan los eventos de caso fortuito y fuerza mayor; imponiendo requisitos para calificarlos (contralegem), a sabiendas que las exigencias son imposibles de cumplir y que podrían atentar contra la eficiencia económica y la viabilidad financiera. De hecho los sistemas eléctricos de potencia están diseñados para disminuir la ocurrencia de ciertos eventos; pero no, para resistir y evitar todos; más bien están preparados para mitigar sus efectos y lo hacen por medio de la interrupción y que intentar resistir toda clase de eventos, aparte de ser extraordinariamente costoso para los clientes, sería imposible de lograr.

Por ello, las solicitudes deben ser analizadas en consecuencia y no podrán ser rechazadas sin una revisión de las condiciones previstas en la presente norma para garantizar, no solo el debido proceso sino el derecho de defensa de las empresas concesionarias.

A continuación nuestra propuesta:

Artículo 1. Proponemos adicionar un párrafo final al artículo 1 que desarrolle la naturaleza extraordinaria de ciertos hechos y eventos que ya ha sido reconocida por el regulador en el numeral 2 y por el Código Civil de la República de Panamá.

Hablamos de un hecho extraordinario cuando, tal como la misma palabra lo indica, sucede algo fuera de lo ordinario, es decir, fuera de lo común y de lo que en forma normal o natural se espera que ocurra.

A tal efecto, se solicita se incluya el siguiente párrafo al final del artículo 1:

"...Hecho extraordinario.- Es todo aquel que sale de lo común, que no es usual. La rareza, el carácter anormal del evento, las remotas posibilidades de realización, configuran Fuerza Mayor...".

*Artículo 2. Proponemos una nueva redacción para el artículo 2 que tome en cuenta que **no se requiere simultaneidad en las condiciones atenuantes del evento para que pueda ser calificado como eximente**, es decir, que se diferencie la imprevisibilidad de la extraordinariedad y de la irresistibilidad. En adición, se propone la eliminación de la frase final del párrafo 1 del precitado artículo pues incluye condiciones que podrían desvirtuar la naturaleza de las eximentes y que por Ley no son oponibles a quien invoca la fuerza mayor o el caso fortuito.*

*En adición, se propone la eliminación del párrafo 2 del artículo 2 pues si los eventos (según lo señala la Ley y el Decreto Ejecutivo No. 22 de 1998 y la propia Resolución AN No. 3712) se analizan **uno por uno de forma individual no es posible aceptar que se puedan DENEGAR eximentes si por causas externas al distribuidor se REPITEN EVENTOS**. Si no acepta nuestra propuesta de eliminación se propone una modificación del párrafo 2 del artículo 2, puesto que, como fuera dicho **los eventos de la naturaleza o de terceros que se repitan no puede ser imputables al distribuidor, sobre todo si son, como se indica, eventos externos al distribuidor.***

Siendo la fuerza mayor y caso fortuito fenómenos extraordinarios que por su naturaleza son: imprevisibles e irresistibles, la redacción propuesta por la ASEP instituye, en detrimento de las empresas distribuidoras, una obligación gravosa e irrazonable que desconoce la regla jurídica de que "nadie puede ser obligado a lo imposible" y, esto es, justamente lo que provoca la redacción, al obligar a las Empresas de Distribución Eléctrica a comprobar que adoptaron las medidas para minimizar la ocurrencia de hechos que por su esencia son irresistible e imprevisibles.

*Si el regulador desea enviar una señal en cuanto a las medidas de prevención, inversión y/o mantenimiento, **debe hacerlo desde el marco de las normas de calidad del servicio** debidamente aprobadas a la fecha, pero siempre tomando en cuenta que **las inversiones en la República de Panamá, son realizadas por el distribuidora previa***

aprobación y autorización de la ASEP, sobre el principio de eficiencia arriba citado.

Proponemos el siguiente texto:

"...Para la evaluación y aceptación, por parte de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (ASEP), de las solicitudes de eximencia por causa de fuerza mayor o caso fortuito, las empresas de distribución y transmisión deben demostrar que el evento fue de naturaleza imprevisible o irresistible o extraordinaria. ~~y además externa a la empresa y a la propia red.~~

PARRAFO QUE SE DEBE ELIMINAR, PERO EN SU DEFECTO, PROPONEMOS LO SIGUIENTE:

~~Así también, al tenor de lo dispuesto en las normas de calidad, se considerará en la evaluación la frecuencia de ocurrencia de dichos eventos y su incidencia en la operación de las instalaciones afectadas para el cálculo de los indicadores y, de proceder, las reducciones tarifarias correspondientes no así para la calificación individual de los eventos.~~

Por lo tanto, los eventos de fuerza mayor o caso fortuito, como acontecimientos que impiden el cumplimiento de una obligación y/o como eventos eximentes de responsabilidad, serán en cada caso, analizados y ponderados por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, para determinar si los mismos constituyen o no eventos eximentes de responsabilidad..."

Artículo 3. Se propone una nueva redacción. Esto es así puesto que la mitigación en las redes de distribución no solo depende de la decisión unilateral de la empresa de distribución sino también de las directrices que el regulador, en base a los criterios de eficiencia establecidos en la Ley, disponga para ello. No es dable exigir criterios de mitigación que impliquen tarifas impagables para los clientes regulados y por ello las normas de calidad del servicio han establecido niveles de calidad y niveles de servicios que son exigibles tanto para el distribuidor como para la propia ASEP.

Proponemos el siguiente texto:

Artículo 3: Las empresas prestadoras del servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica, deberán implementar en base a la regulación vigente y las tarifas aprobadas, ~~entregar la documentación que sustente que utilizaron todas las medidas para minimizar la ocurrencia de los hechos que constituyen la fuerza-mayor o el caso fortuito, tomando en cuenta que en la industria eléctrica existen riesgos-comunes y usuales que pueden ser previstos.~~

Además, En este orden y para los efectos de esta norma, deberán demostrar la relación de-causa y efecto entre los eventos aducidos como fuerza mayor o caso fortuito 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 vigentes.

NUEVOS ARTÍCULOS PARA INCLUIR: Se proponen lo siguientes artículos para complementar la normativa existente, siendo éstos del tenor siguiente:

Artículo primero nuevo: Principios del Procedimiento. Si cualquiera de las partes resultara total o parcialmente incapaz de cumplir con sus obligaciones debido a un caso de Fuerza Mayor o Caso Fortuito, esa parte quedará eximida de cualquier obligación afectada por dicha fuerza mayor, siempre y cuando:

1. **La parte afectada,** dé aviso inmediato a la ASEP de conformidad con lo dispuesto en artículo 8 del presente reglamento.
2. **La carga de la prueba, en relación a si ha ocurrido o no un evento de fuerza mayor,** recaerá sobre la Parte que alegue la fuerza mayor o el caso fortuito según los requisitos que para ellos establezca el regulador.

Artículo segundo nuevo: Tipificación de los motivos. Las solicitudes de eximencia de las empresas de distribución podrán ser presentadas por alguno de los siguientes hechos, sin limitación a ello :

1. Actos vandálicos o hechos delictivos en perjuicio de la propiedad de la empresa de distribución.

2. Averías por terceros, tales como:
 - i. Impacto de vehículo contra estructuras de la red aérea de energía eléctrica.
 - ii. Afectación de instalaciones o redes de energía eléctrica debido a la ejecución de obras de construcción por terceros o trabajos programados por entidades o empresas distintas a la distribuidora.
 - iii. Tala y/o poda no autorizada.
 - iv. Afectaciones de instalaciones o redes por actos de terceros, tales como existencia de redes de telecomunicaciones que no cumplen con las normas de seguridad y que afecten la instalación de la distribuidora por acciones directas o indirectas (altura de las líneas de telecomunicación, falta de apoyos, saturación de instalaciones etc.), elementos arrojados a la red por terceros (zapatillas, cometas, globos, ganchos de ropa, alambres, sogas etc.), instalaciones colocadas en la red sin autorización de la distribuidora (propagandas políticas o de publicidad, etc.).
3. Fenómenos naturales
 - i. Inundaciones, crecidas de ríos, derrumbes, etc.
 - ii. Fuertes lluvias, Descargas Atmosféricas, Fuertes vientos, etc.
 - iii. Animales, pájaros, o otras formas de vida que afectan.
4. Accidente de trabajo y accidente de terceros con afectación de la red.
5. Contaminación, según estación del año y/o trabajos de terceros con afectación de la red.
6. Riesgo por incendio aledaño a instalaciones eléctricas.
7. Solicitud de Autoridades competentes de suspensión del servicio.
8. Nuevas solicitudes de suministro que requieran de la suspensión temporal de suministros existentes o solicitudes de clientes regulados que requieran suspensión del servicio.
9. La implementación de esquemas para garantizar la protección de la red por parte de la Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A o la autoridad correspondiente.
10. Afectaciones a líneas o instalaciones subterráneas por hechos de la naturaleza o de terceros.
11. Cualquier otro hecho que pueda ser debidamente comprobado al tenor de lo dispuesto en el procedimiento.

Artículo tercero nuevo: Premisas de Presentación de las solicitudes de calificación de fuerza mayor y caso fortuito.

Las solicitudes de eximencia deberán contener como mínimo lo siguiente:

- a. La fecha y hora de inicio de la interrupción o variación transitoria de las condiciones del suministro eléctrico.
- b. Descripción breve de los hechos que motivaron la interrupción o la variación de las condiciones del suministro, con indicación de las instalaciones afectadas.
- c. Indicación de los lugares y sectores afectados por la interrupción o variación transitoria de las condiciones del suministro eléctrico; asimismo, se debe señalar además el distrito y provincia al cual pertenecen.
- d. La tipificación del evento que originó la interrupción o la variación de las condiciones del Suministro al tenor de lo dispuesto en el artículo anterior (ut-supra).

Artículo cuarto nuevo: Criterios de calificación: La calificación de las eximencias podrá ser:

a. Eximencia Declarada improcedente

Se declarará improcedente una solicitud de calificación de fuerza mayor o caso fortuito cuando la solicitud haya sido entregada fuera del plazo previsto en la Rs. 3712 modificada.

b. Eximencia Declarada no aceptada

Se declarará no aceptada una solicitud de calificación de fuerza mayor o caso fortuito cuando la empresa Concesionaria no entregue la documentación probatoria en el plazo establecido para tal fin al tenor de lo dispuesto en el presente procedimiento.

c. Eximencia Aceptada: Se declara aceptada la solicitud de calificación siempre y cuando cumpla con todos los requisitos establecidos en la presente regulación y se haya acompañado de las pruebas previstas en el Anexo A, B y C del presente reglamento según la tipificación dada al evento.

OTRAS CONSIDERACIONES:

1. La ASEP debe tomar en consideración que los testigos externos al distribuidor no cuentan, en todos los casos, con la disponibilidad de firmar un documento. Si no hay testigo externo o si el testigo de haberlo no firma o no desea firmar, se dejará expuesta dicha condición por escrito en el documento y esto no invalidará la prueba.

2. El formulario enviado vía web hace las veces de notificación del evento a la ASEP. En este contexto, el sistema debería dar un valor agregado para que los eventos reportados como fuerza mayor o caso fortuito también fueran de conocimiento de terceros y propios y así cumplir con la función de información y transparencia para la que existe el sistema, pues de lo contrario, no hace sentido que se notifiquen los eventos en términos allí previstos.

3. Las fotografías o registros fotográficos se pueden incluir cuando se cuenta con las mismas. No es posible incluir fotos para eventos de la naturaleza como tormentas, rayos, descargas, etc. salvo aquéllas que se encuentren en los medio impresos. Para ello se deberá aceptar la documentación pública existente y que demuestre la existencia de un hecho de la naturaleza.

2 La ASEP debe modificar la Resolución AN No. 411 de 2006, puesto que la distribuidora no puede ser responsable ante los clientes regulados por hechos causados por otros agentes del mercado que se califiquen como fuerza mayor o caso fortuito y para lo que conceptualmente no debería haber responsabilidad. Esta afirmación contenida en el Régimen de Suministro contradice lo dispuesto en la Ley y el propio Decreto Ejecutivo No. 22 de 1998 pues la distribuidora solo puede ser imputable por sus propios hechos y solo aquéllos que le sean de su responsabilidad.

A tal efecto se debe modificar el artículo 53 de la Resolución AN No. 411 de 2006 a fin de que establezca lo siguiente:

"... Artículo 53: En el caso en que se produzcan daños a las instalaciones y10 artefactos de propiedad del cliente o usuario, provocados por deficiencias en la calidad técnica del suministro imputable a la empresa distribuidora ~~o provocado por otro agente del mercado~~, la empresa distribuidora deberá hacerse cargo de la reparación y reposición

correspondiente, salvo caso fortuito o fuerza mayor. La distribuidora no reconocerá el lucro cesante...".

Sin otro particular queda de Usted,


Cinthya Camargo
Representante Legal