

Panamá, 08 de junio de 2000.

Su Excelencia

RICARDO QUIJANO JIMÉNEZ

Viceministro de Economía

Ministerio de Economía y Finanzas

E. S. D.

Señor Viceministro:

Acusamos recibo de su Nota S/N, fechada 25 de abril de 2000 y recibida en este Despacho el 27 del mismo mes y año, mediante la cual nos consulta la interpretación del artículo 62 del Decreto Ley N°2 de 7 de enero de 1997, **"POR EL CUAL SE DICTA EL MARCO REGULATORIO E INSTITUCIONAL PARA LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO SANITARIO"**.

Específicamente nos consulta si, de acuerdo a lo normado en dicho artículo, puede considerarse o no al Instituto de Acueductos y Alcantarillados como un tercero.

Antes de entrar al fondo de su Consulta, consideramos de suma importancia el hacer mención de algunos aspectos que contempla el Decreto Ley N°2 de 7 de enero de 1997, cuyas lecturas nos ayudarán a precisar el punto consultado.

Veamos:

El artículo 1° del Decreto Ley mencionado contempla como finalidad promover la prestación de los servicios públicos de abastecimiento de

agua potable y alcantarillado sanitario a toda la población panameña en forma ininterrumpida, bajo condiciones de calidad y precios económicos, utilizando de forma sostenible los recursos naturales y protegiendo el medio ambiente.

Este Decreto Ley define en el artículo 3 el concepto de servicio público de agua potable y alcantarillado sanitario. Así pues, el servicio público de abastecimiento de agua potable se entiende bajo dos (2) modalidades: la producción de agua potable y su distribución, cuyas definiciones citamos a continuación:

"Artículo 3. Concepto de los servicios...

...

1. Se entiende por servicio público de abastecimiento de agua potable:

- a) **La producción de agua potable**, que comprende la captación de aguas subterráneas; la potabilización o el tratamiento del agua cruda, incluyendo los barros producidos durante el tratamiento; y la conducción principal de agua cruda o tratada, inclusive su bombeo desde la fuente de agua hasta los límites de las áreas de consumo; y,
- b) **La distribución de agua potable**, que comprende la conducción del agua dentro de las áreas de consumo, hasta la entrega en el inmueble del cliente, inclusive el bombeo y almacenamiento del agua dentro de la ciudad; y la comercialización del agua a los clientes. También se entiende como tal los métodos no convencionales de distribución de agua potable a través de cisternas y otros.

...."

agua potable y alcantarillado sanitario a toda la población panameña en forma ininterrumpida, bajo condiciones de calidad y precios económicos, utilizando de forma sostenible los recursos naturales y protegiendo el medio ambiente.

Este Decreto Ley define en el artículo 3 el concepto de servicio público de agua potable y alcantarillado sanitario. Así pues, el servicio público de abastecimiento de agua potable se entiende bajo dos (2) modalidades: la producción de agua potable y su distribución, cuyas definiciones citamos a continuación:

"Artículo 3. Concepto de los servicios...

...

1. Se entiende por servicio público de abastecimiento de agua potable:

- a) **La producción de agua potable**, que comprende la captación de aguas subterráneas; la potabilización o el tratamiento del agua cruda, incluyendo los barros producidos durante el tratamiento; y la conducción principal de agua cruda o tratada, inclusive su bombeo desde la fuente de agua hasta los límites de las áreas de consumo; y,
- b) **La distribución de agua potable**, que comprende la conducción del agua dentro de las áreas de consumo, hasta la entrega en el inmueble del cliente, inclusive el bombeo y almacenamiento del agua dentro de la ciudad; y la comercialización del agua a los clientes. También se entiende como tal los métodos no convencionales de distribución de agua potable a través de cisternas y otros.

...."

El Decreto Ley en mención tiene como objetivo fundamental separar las funciones propias de los servicios públicos de abastecimiento de agua potable y alcantarillado sanitario.

Corresponde al Ministerio de Salud, en representación del Organismo Ejecutivo, formular y coordinar las políticas del subsector y la planificación a largo plazo.

En tanto que corresponde al Ente Regulador de los Servicios Públicos la función de regular, controlar, supervisar y fiscalizar la prestación de los servicios de abastecimiento de agua potable y alcantarillado sanitario.

La prestación del servicio público aquí señalado estará a cargo de entes públicos, privados o mixtos, según lo normado en el artículo 15 del Decreto Ley N°2 de 1997.

La **participación del sector privado** en la prestación de los servicios públicos mencionados es desarrollada en el Capítulo IV del Decreto Ley N°2, en el cual se hace énfasis en que la misma **se dará a través de los procesos de libre competencia**; es decir, mediante el Proceso de Licitación Pública.

Específicamente, el artículo 46 establece las modalidades de participación de dicho sector, las cuales son:

“ Artículo 46. Modalidades. Se podrán adoptar las siguientes modalidades de participación del sector privado:

- 1) Contratos de servicio de corto plazo y para ciertas funciones definidas relacionadas con los servicios entre la empresa o entidad estatal y empresas privadas;

- 2) Contratos de gestión o administración por tiempo limitado para todas o parte de las funciones de la empresa o entidad estatal;
- 3) Contratos de arrendamiento de mediano plazo para todas o gran parte de las funciones de la empresa o entidad estatal;
- 4) Contratos de concesión de largo plazo para todas las funciones de la empresa o entidad estatal;
- 5) Contratos de concesión, arrendamiento, gestión o servicio por tiempo definido para la provisión de servicios no ofrecidos por la empresa o entidad estatal;
- 6) Contratos BOO (construye-opera-es propietario) en el cual la propiedad se mantiene en el sector privado;
- 7) Contratos BOT (construye-opera-transfiere) o BOOT (construye-opera-es propietario-transfiere), en el cual la propiedad se transfiere del sector privado al público;
- 8) Contratos BOT inversa, en el cual la propiedad se transfiere del sector público al privado;
- 9) Venta pública de las acciones de la empresa o entidad estatal o municipal, o parte de ella, transformada en una sociedad anónima; y,
- 10) Cualquier otra modalidad que sea considerada conveniente, como**

resultado de los estudios que se realicen.

..." (negritas nuestras)

De igual forma se establece en este Decreto Ley, que "...El Organo Ejecutivo, a través de una Resolución del Consejo de Gabinete, y previo análisis técnico y económico-financiero, formulará mediante una declaratoria la modalidad de participación del sector privado."

La **única excepción** del proceso de Licitación Pública para la prestación de los servicios de agua potable y alcantarillado sanitario lo contempla el propio Decreto Ley N°2 y lo constituye la "**Concesión de Laguna Alta**", que fue dada por el Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales a la empresa Aguas de Panamá, S.A., para la construcción, financiamiento, operación y administración del sistema de agua potable que abastecerá el área de La Chorrera, Arraiján y Capira (cf.art.82).

En nuestra opinión, la única fórmula legal que establece el Decreto Ley N°2 de 7 de enero de 1997 para el ingreso del sector privado en la prestación del servicio público de abastecimiento de agua potable y alcantarillado sanitario es mediante el proceso de selección de contratista, específicamente a través de Licitación Pública, lo cual dará como resultado la suscripción del respectivo contrato.

En cuanto al punto por Usted consultado, respecto a si puede considerarse al Instituto de Acueductos y Alcantarillados como un tercero, de acuerdo a lo normado en el artículo 62 del Decreto Ley N°2 de 1997, consideramos necesario, para un análisis más detenido, reproducir el contenido de dicho artículo.

Veamos:

"Artículo 62. Licencias. El prestador del servicio de provisión de agua potable y alcantarillado sanitario tendrá plena jurisdicción sobre el área geográfica otorgada en el respectivo contrato.

Un cliente o terceros podrán solicitar al Ente Regulador una licencia para **desarrollar y operar los servicios para consumo propio y venta a terceros** en una zona delimitada dentro del área geográfica bajo jurisdicción del prestador en los siguientes casos:

- 1) Cuando el prestador está en mora en el cumplimiento del plan de operación y expansión establecido en el contrato. El prestador se constituirá en mora cuando no cumpla con el apremio a ejecutar el plan de operación y expansión establecido en el contrato; o,
- 2) Cuando el prestador manifieste expresamente su no objeción a la solicitud de licencia presentada."(negritas nuestras)

Debemos partir que la solicitud de licencia según lo dispuesto en este artículo sólo es viable cuando exista un prestador del servicio público escogido previamente mediante Licitación Pública, el cual haya suscrito Contrato con el Estado y que se encuentre en mora en el cumplimiento del plan de operación y expansión establecido en dicho contrato o sin estar en mora no presente objeción a la solicitud de licencia presentada.

Debemos entender que lo anterior estaba dispuesto así, ya que el Decreto Ley N°2 de 1997 fue emitido con miras a la privatización del Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales. No obstante, a la fecha no existe ningún prestador que mantenga contrato con el Estado, por lo que mal puede el Ente Regulador conceder licencias para la prestación de los servicios de agua potable y alcantarillado sanitario con fundamento en el artículo 62, antes citado.

Con el propósito de contestar su interrogante analizaremos el contenido del artículo 62.

¿Quién puede solicitar la licencia para desarrollar y operar los servicios de abastecimiento de agua potable y alcantarillado sanitario?

La norma es clara al especificar que puede ser un cliente o tercero, entendiéndose por cliente, según la definición que ofrece el Decreto Ley en estudio, "...las personas naturales o jurídicas que reciban o estén en condiciones de recibir del prestador, los servicios de abastecimiento de agua potable y alcantarillado sanitario...", y tercero, puede ser cualquier interesado o incluso otro prestador del mismo servicio.

En el caso que nos ocupa, no puede considerarse al Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales como un tercero, toda vez que el mismo es el prestador oficial del servicio público de abastecimiento de agua potable en el área donde se pretende urbanizar, por lo que no puede, amparado en el artículo 62, comprarle el agua en bloque a la empresa potabilizadora.

Otro aspecto que también hay que tomar en consideración es que las Licencias que conceda el Ente Regulador para la prestación del servicio de provisión de agua potable y alcantarillado sanitario, fundamentado en el artículo 62 del Decreto Ley N°2 de 1997, tendrán como propósito **"...desarrollar y operar los servicios para consumo propio y venta a terceros..."**, es decir, que el nuevo prestador debe operar directamente el servicio público.

Las Licencias que se otorguen con fundamento en el artículo 62, constituyen una excepción en la prestación del servicio público de abastecimiento de agua potable y alcantarillado sanitario por parte del sector privado, la cual sólo puede darse, como ya lo hemos señalado, cuando el prestador del servicio del área donde se otorgue la Licencia haya concursado por dicha prestación mediante el Proceso de Licitación Pública que se establece en el Capítulo IV del Decreto Ley

Nº2, que regula el marco legal e institucional bajo el cual se prestará este servicio público.

En nuestro criterio, el Instituto de Alcantarillados Nacionales no puede celebrar contratos que tengan por objeto la compra de agua potable en bloque sin antes cumplir con el procedimiento establecido en el Decreto Ley Nº2 de 1997; es decir, la concurrencia de oferentes mediante el proceso de Licitación Pública.

También es importante anotar, que desde la emisión del Decreto Ley Nº2 de 7 de enero de 1997, al Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales se le suprimen las funciones y atribuciones de planificación, regulación o de cualquier otra índole que no estuviese relacionada con la prestación del servicio (cfr.art 16), constituyéndose el Ministerio de Salud, en nombre del Organo Ejecutivo, en el responsable de la formulación y coordinación de las políticas del subsector, así como la planificación a largo plazo. En consecuencia, corresponderá al Organo Ejecutivo, a través del Consejo de Gabinete, la responsabilidad de aprobar los Contratos que se suscriban con el sector privado para el suministro de agua potable y alcantarillado sanitario.

Como ya lo hemos señalado previamente, el Decreto Ley Nº2 de 7 de enero de 1997 se dictó con la finalidad que regulara la prestación de los servicios públicos de abastecimiento de agua y alcantarillado sanitario luego que se privatizara el Instituto Nacional de Acueductos y Alcantarillados Nacionales, previendo las diversas modalidades en que se podía dar la participación del sector privado; es más, se establece que el Organo Ejecutivo a través de una Resolución del Consejo de Gabinete deberá "Declarar la Modalidad de participación del sector privado", luego de haber realizado un análisis técnico y económico-financiero.

Un análisis profundo del Decreto Ley Nº2 de 7 de enero de 1997, nos conduce a señalar lo siguiente:

- A. Este Decreto Ley debe ser sometido a una reforma urgente, ya que muchas de sus disposiciones no se compadecen con los motivos por el cual fue dictado, cual era "la privatización del I.D.A.A.N."
- B. Como es de todos conocidos, la decisión del Gobierno ha sido la de no privatizar el I.D.A.A.N; sin embargo, ha señalado que dicha Institución no puede hacerle frente al costo de las nuevas plantas potabilizadoras, por lo que deberá, mediante Resolución del Consejo de Gabinete, establecer el marco o las modalidades bajo las cuales se dará la participación del sector privado.
- C. Para mantener la transparencia en las contrataciones que celebre el Estado con el sector privado, dichos Contratos o Concesiones deberán darse mediante el Proceso de Licitación Pública.

Esperando que nuestra opinión sirva a los propósitos que motivó tan interesante consulta,

Atentamente,

original } Lida. Alma Montenegro de Fletcher
firmado } Procuradora de la Administración

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/12/hf.