

República de Panamá

Procuraduría de la Administración

Panamá, 11 de Noviembre de 2005.
C-Nº212

Ingeniero
JUAN JOSE AMADO III
Director Ejecutivo
Instituto de Acueductos y Alcantarillados
Nacionales (IDAAN)

Distinguido Señor Director:

Tengo el agrado de dirigirme a Usted en ocasión de responder a su memorial de 30 de septiembre de 2005, mediante el cual somete una consulta a la Procuraduría de la Administración con referencia a un contrato de concesión exclusiva de venta de agua en bloque al IDAAN otorgado a la empresa denominada Aguas de Panamá, S.A.

Al respecto nos consulta específicamente lo siguiente: **“¿Puede el IDAAN, durante el término de la vigencia de la concesión exclusiva, contratar una nueva concesión de producción de agua potable para hacerle frente al incremento de la demanda en el área, con un prestador distinto de Aguas de Panamá, S.A.?”**

En primer lugar, es preciso señalar que el marco regulatorio que rige las concesiones administrativas en nuestro país es especial y se encuentra contenido en la Ley 5 de 15 de abril de 1988, reglamentada a través del Decreto No.17 de 29 de noviembre de 1989, corregido por el Decreto 272 de 30 de noviembre de 1994. En el caso que nos ocupa, específicamente, se encuentra igualmente contenido dentro de este marco regulatorio el Contrato No. 116-97 por el cual se otorga a la empresa Aguas de Panamá, S.A. una concesión administrativa exclusiva que lo autoriza a suministrar agua en bloque al IDAAN, para abastecer a los distritos de Arraiján, Chorrera y Capira.

Para determinar la existencia o no de la posibilidad del IDAAN de contratar con otra empresa, durante la vigencia del contrato de exclusividad con Aguas de Panamá, S.A., el suministro de agua en bloque para esta área se requiere verificar la legalidad de la exclusividad otorgada y el alcance de la misma.

El carácter de exclusividad de la concesión administrativa no es un elemento característico ni esencial de este instrumento jurídico, tal y como se colige del texto de la definición que nos brinda el artículo 2 de la Ley 5 de 1988, el cual establece que *“mediante el sistema de concesión administrativa, una persona jurídica o entidad se*

obliga, por su cuenta y riesgo, a realizar cualquiera de las actividades susceptibles de concesión a que se refiere esta Ley, bajo el control y fiscalización de la entidad concedente,...".

No obstante, la exclusividad puede ser convenida en los términos y condiciones del contrato de concesión pues no existe ninguna restricción legal al respecto, lo cual obedece al control que el Estado siempre mantiene sobre este tipo de contratación, reafirmado por su potestad de rescisión unilateral (rescate administrativo) por razones de interés público.

Además, la Ley 5 de 1988 contempla el otorgamiento de derechos especiales para los concesionarios sujetos al convenio de concesión, siempre que no se opongan a la referida norma y demás situaciones contenidas en su artículo 15; todo lo cual nos permite establecer la legalidad de la exclusividad de la concesión administrativa otorgada a Aguas de Panamá, S.A.

En cuanto al alcance de dicha exclusividad, el texto del Contrato 116-97 no expresa de manera concreta el alcance de la exclusividad de la concesión otorgada, sin embargo del análisis integral del contenido del documento se infiere que de acuerdo con su objeto la concesión es para la "venta de agua en bloque a EL IDAAN para abastecer de agua a los Distritos de La Chorrera, Arraiján y Capira" (cláusula 1 del Contrato). De igual forma, dentro de los derechos del concesionario consignados en la cláusula 7 se establece que "el IDAAN otorga una concesión exclusiva a EL CONCESIONARIO que lo autorice a suministrar agua en bloque". (El subrayado es nuestro)

A este respecto, el contrato define en su cláusula 4 el concepto de agua en bloque como el "volumen de agua potable que EL CONCESIONARIO entregará en uno o más puntos convenidos con EL IDAAN, por medio del presente Contrato". (El subrayado es nuestro)

En este sentido, estamos en posición de establecer que el alcance de la exclusividad de la concesión otorgada a Aguas de Panamá, S.A. comprende un elemento geográfico y un elemento de volumen o cantidad.

El elemento geográfico está claramente definido dentro del objeto del contrato, toda vez que se trata de una concesión para abastecer los Distritos de La Chorrera, Arraiján y Capira.

En cuanto al elemento de volumen o de cantidad, cabe destacar que el derecho de concesión exclusiva se da en función de una autorización que otorga el IDAAN al Concesionario para que le suministre agua en bloque.

La cláusula 23 del Contrato 116-97 establece la compra mínima garantizada de agua potable durante la vigencia de la concesión. El IDAAN a través de esta cláusula determina el volumen de agua que autoriza al concesionario a suministrar, y que éste está obligado a poner a disposición de la entidad estatal durante todo el período de vigencia del contrato, que se extiende por un período de 30 años. Es decir, que la exclusividad en cuanto al volumen se determinará de acuerdo con lo establecido dentro de esta cláusula, que contiene una tabla detallada con la relación del año de vigencia del contrato y el volumen de compra mínimo correspondiente.

Pero, cuál es la situación que se produce cuando en razón del incremento de la demanda en el área de servicio, se requiere mayores volúmenes de agua potable, como es el caso que nos ocupa? En este sentido, debemos señalar que el literal d) de la cláusula 23 prevé que "si EL IDAAN llegase a necesitar un volumen de agua superior al volumen de la compra mínima garantizada, le consultará a EL CONCESIONARIO si tiene capacidad ociosa instalada por efecto de la modulación de las obras, para poder ampliar la entrega de agua." (El subrayado es nuestro)

De lo anterior, se colige que en caso de requerir el IDAAN más volumen de agua potable para suplir la demanda debe, en primer lugar, consultar al concesionario, en este caso a Aguas de Panamá, S.A., si tiene dentro de su infraestructura instalada capacidad que no esté utilizando o que se encuentre desocupada, que permita el aumento de la producción de agua potable, para satisfacer el nuevo volumen requerido por el IDAAN.

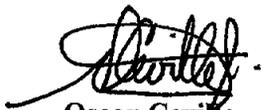
La misma cláusula 23 dentro de sus literales e) y f) señala el procedimiento y las condiciones en que se produciría la compra de agua por más del volumen de la compra mínima garantizada, en caso de que el Concesionario acepte dicha entrega.

Sin embargo, no existe ni en esta cláusula ni a lo largo de todo el contrato ninguna disposición que contemple la situación contraria, es decir, que el Concesionario no tenga la capacidad de producir el volumen adicional de agua potable requerido por el IDAAN o que no acepte hacer dicha entrega. A juicio de la Procuraduría, en estos casos al no existir dentro del Contrato otras alternativas, el IDAAN tendría la posibilidad de contratar con otra empresa la producción del volumen excedente de agua potable requerido para abastecer las áreas de prestación del servicio a las que refiere el contrato, a saber: La Chorrera, Arraiján y Capira.

De todo lo expuesto anteriormente, la Procuraduría de Administración considera que, una vez determinada la imposibilidad de Aguas de Panamá, S.A. de cumplir con el nuevo requerimiento de volumen de agua potable requerido, ya sea por no tener capacidad ociosa instalada o por no dar su aceptación, el IDAAN puede contratar con otra empresa distinta el volumen adicional que se requiere para suplir la demanda en el área de servicio, sin embargo, esta situación no afecta la subsistencia del Contrato 116-97 otorgado a Aguas de Panamá, S.A., el cual debe ser cumplido por el IDAAN en todas sus partes, manteniendo la exclusividad concedida a Aguas de Panamá, S.A. en cuanto a la autorización de producir los volúmenes establecidos en la compra mínima garantizada (cláusula 23) para los Distritos de Arraiján, La Chorrera y Capira.

Hago propicia la oportunidad para reiterarle los sentimientos de mi consideración y aprecio.

Atentamente,



Oscar Ceville
Procurador de la Administración



OC/ec/iv.