

Panamá, 9 de mayo de 2003.

Ingeniero
Laurencio Guardia
Director Ejecutivo del Instituto de Acueductos y
Alcantarillados Nacionales (IDAAN)
E. S. D.

Señor Director Ejecutivo:

Conforme a nuestras atribuciones constitucionales y legales como consejera jurídica de los servidores públicos administrativos que nos consulten sobre la interpretación de la ley o procedimiento a seguir en un caso concreto; procedo a ofrecer la asesoría solicitada mediante nota No.0834-DE de 3 de abril de los corrientes con la cual requiere nuestro criterio sobre la situación detallada a continuación:

*“El Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales (IDAAN), en nombre del Estado, celebró **Contrato de Concesión Administrativa No.116-97 de 2 de abril de 1998**, con la empresa AGUAS DE PANAMÁ S.A., cuyo objeto es la venta de agua en bloque al IDAAN, para abastecer de agua a los Distritos de Arraiján, La Chorrera y Capira, la cual se obligó a realizar los estudios diseños y construcción del sistema de abastecimiento de agua potable; además, operar el sistema, mantenerlo en buen estado de funcionamiento durante un periodo de treinta (30) años.*

*El contrato de concesión en comento establece en su **cláusula 2** titulada ‘Alcance y finalidad del proyecto’ que el concesionario se encuentra en la obligación de diseñar, construir e instalar dos estaciones de bombeo exclusivamente para el caudal requerido por el tanque de reserva de agua potable de Arraiján y por el tanque de reserva de La Chorrera.*

*Aunado a lo anterior, la **cláusula 18** titulada ‘Operación y mantenimiento’ establece, entre otras consideraciones, que el concesionario se compromete a mantener y conservar en adecuadas condiciones de operación el sistema de producción y conducción de agua potable, incluyendo las instalaciones y la infraestructura de apoyo al sistema para asegurar la regularidad, continuidad y eficiencia en al entrega de agua potable.*

Las obligaciones contractuales establecidas en forma anterior, han sido plenamente cumplidas por parte de la empresa concesionaria, es decir el diseño, construcción e instalación de las mencionadas estaciones de bombeo.

En la actualidad y luego del inicio de la explotación comercial de la concesión, ambas estaciones de bombeo son operadas por personal de la empresa concesionaria, sin embargo, el costo del consumo eléctrico es asumido por el IDAAN.

Consulta elevada

Bajo la cláusula 18 del contrato de concesión administrativa No.116-97, ¿se encuentra obligada la empresa concesionaria al pago del consumo energético de las estaciones de bombeo referidas o será una obligación contractual del IDAAN?

Criterio legal del IDAAN

*Consideramos sin temor a desaciertos que la cláusula 18 del contrato de concesión administrativa No.116-97 titulada 'Operación y mantenimiento' es clara al establecer que el concesionario se compromete a **mantener** y conservar en adecuadas condiciones de operación el sistema de producción y conducción de agua potable, incluyendo las instalaciones y la **infraestructura de apoyo al sistema** para asegurar la regularidad, continuidad y eficiencia en la entrega de agua potable.*

Para llegar a dicha interpretación tenemos que analizar el objeto del contrato de concesión, el cual no es otro que la venta de agua en bloque al IDAAN para abastecer de agua a los Distritos de Arraiján, La Chorrera y Capira.

Luego entonces, para dar cumplimiento a la finalidad de la contratación se requiere no solamente velar por el buen funcionamiento del sistema de producción y conducción de agua potable que le permita la entrega efectiva de agua en bloque al IDAAN (15 millones de galones diarios según lo pactado), sino velar por la operación y mantenimiento de la infraestructura de apoyo al sistema, como es el caso de las estaciones de bombeo, las cuales permiten alcanzar los niveles de producción necesarios para dar cumplimiento al objeto del contrato.

De manera contraria, si el IDAAN en su calidad de empresa estatal concedente asume el compromiso del pago de la energía eléctrica, estaríamos bajo nuestros propios costos coadyuvando a que la empresa concesionaria cumpla con los volúmenes diarios de venta de agua establecidos en el contrato.”

Criterio de la Procuraduría de la Administración

Como quiera que la presente consulta se centra básicamente en las obligaciones del concesionario concernientes a la operación y mantenimiento de las obras requeridas para la producción y venta de agua en bloque al IDAAN¹, no basta con analizar la cláusula 18 especificada.

¹ Numeral 3, cláusula 2 del contrato de concesión administrativa No.116-97.

La **cláusula 19** '*Manuales de operación y mantenimiento*' es una pieza clave para dilucidar el alcance de las referidas obligaciones del concesionario sobre el tema, en cuanto la misma indica lo siguiente:

“Todas las acciones de operación y mantenimiento estarán descritas en manuales en idioma español, que servirán de instructivos al personal del concesionario y al personal del IDAAN al momento de la transferencia de las instalaciones.

Las actividades ejecutadas sobre cada uno de los elementos y partes constituyentes del sistema, quedarán registradas en una bitácora que será entregada al IDAAN al momento de la transferencia.

Los manuales servirán de referencia para el desarrollo e inspección de las actividades operativas y de mantenimiento que garanticen la buena conservación de las instalaciones.”

En este orden de ideas, también el último párrafo de la **cláusula 21** '*Verificación y supervisión del IDAAN*' es vital en el análisis solicitado pues indica como sigue:

“Salvo en los casos que expresamente se contemplen otros términos en este contrato de concesión, siempre que el IDAAN deba dar su aprobación, autorizar, dar instrucciones, órdenes, pronunciarse, comentar o de cualquier otra manera revisar, permitir cualquier actividad, plan, diseño, reporte o documento elaborado por el concesionario o cualquier otra obligación (dicha actuación para efectos de esta cláusula en adelante se denominará ‘aprobación’), el IDAAN otorgará su aprobación o la negará o condicionará la misma con base en las disposiciones del Pliego de Cargos y Especificaciones Técnicas de este contrato o la Ley.

Para tal aprobación contará con el plazo indicado en el acápite 24 del capítulo III de las Condiciones Especiales del Pliego de Cargos y Especificaciones Técnicas.”

En cuanto a los **Manuales de Operación y Mantenimiento**, la **cláusula 4** '*Definiciones*' indica que los mismos parten de la premisa del '*Plan de mantenimiento de la obra*', el cual es definido como sigue:

“Presentación escrita y gráfica del listado de actividades que será necesario para desarrollar la operación y el mantenimiento preventivo y correctivo de las instalaciones que incluya el ritmo de ejecución, plazos, fecha de inicio y término, acciones requeridas para la puesta en marcha y detención de las obras, equipamiento, prueba de quipos y obras, fechas y periodos de reemplazo de equipos de acuerdo a su vida útil, acorde con los plazos y requerimientos de entrega de agua.”

Con referencia a lo que debemos entender como **Pliego de Cargos**, podemos tomar como referencia la Ley 56 de 27 de diciembre de 1995², la cual señala en su artículo 3 'Definiciones' como sigue:

17. Pliego de cargos. *Conjunto de requisitos exigidos unilateralmente por la entidad licitante, que especifican el suministro de bienes, la construcción de obras públicas o la contratación de servicios, incluyendo los términos y condiciones del contrato a celebrarse, los derechos y obligaciones de los oferentes y el contratista, y el mecanismo procedimental a seguir en la formalización y ejecución del contrato.*

El pliego de cargos constituye la fuente principal de derechos y obligaciones entre proponentes y la entidad licitante, en todas las etapas de selección de contratista y ejecución del contrato y, en consecuencia, incluirá reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la participación de los interesados en igualdad de condiciones.

En adición a lo anterior, el Capítulo V 'DEL PLIEGO DE CARGOS' señala en su artículo 26 como apuntamos a continuación:

***“Artículo 26. Especificaciones técnicas.* Las especificaciones técnicas **serán elaboradas por la entidad estatal contratante** y constituyen el conjunto de especificaciones técnicas generales y particulares, que **regirán** los actos de contratación pública y **la etapa de ejecución del contrato.**”**

Este despacho considera procedente y oportuno que se revisen, no sólo los requisitos exigidos relativos al mecanismo procedimental a seguir en la formalización y ejecución del contrato y que se encuentran en el Pliego de Cargos y Especificaciones Técnicas de este contrato, más también el Plan de Mantenimiento de la Obra.

El Plan de Mantenimiento de la Obra contiene el listado de actividades que será necesario para desarrollar la operación y el mantenimiento preventivo y correctivo de las instalaciones y demás acciones requeridas para la puesta en marcha y detención de las obras.

Vale recordar que el IDAAN, en su papel de entidad estatal contratante, tuvo la responsabilidad y obligación de elaborar las especificaciones técnicas que regirán la etapa de ejecución del contrato de concesión administrativa No.116-97 y que estos requisitos son exigidos unilateralmente por la entidad contratante.

Por tanto, la obligación concerniente al pago del consumo energético de las estaciones de bombeo para el caudal requerido por el tanque de reserva de agua potable de Arraiján y por el tanque de reserva de La Chorrera, deberá estar seguramente consagrada en el Pliego de Cargos y Especificaciones Técnicas como también en el Plan de Mantenimiento de la Obra.

² Por la cual se regula la Contratación Pública y se dictan otras disposiciones.

Como bien destaca la Ley 56 de 27 de diciembre de 1995, el pliego de cargos constituye la fuente principal de derechos y obligaciones entre el concesionario y la entidad contratante.

Si por el contrario, la obligación bajo análisis no ha sido contemplada en su momento, la **cláusula 21** antes citada es clara en subrayar la potestad del IDAAN para otorgar, negar o condicionar su aprobación referente al pago del consumo energético de las estaciones de bombeo, con base en las disposiciones del Pliego de Cargos y Especificaciones Técnicas de este contrato o la Ley.

Así mismo destaca la cláusula comentada que para tal aprobación, el IDAAN contará con el plazo indicado en el acápite 24 del Capítulo III de las Condiciones Especiales del Pliego de Cargos y Especificaciones Técnicas.

No obstante lo indicado, la diferencia de criterios pudiera persistir entre la entidad contratante y el concesionario, por lo que la **cláusula 39** del contrato de concesión administrativa No.116-97 señala los documentos a ser tomados como referencia para dilucidar cualquier interrogante al respecto. Veamos:

“Forman parte y quedan incorporadas a este contrato, todas y cada una de las disposiciones contenidas en el Pliego de Cargos y Especificaciones Técnicas que sirvieron de base a la Licitación Pública No.3-97 y la propuesta presentada por el Concesionario ajustada al Pliego de Cargos y Especificaciones Técnicas que se adjunten como anexo.

En caso de discrepancias, se procederá conforme a lo dispuesto en el Contrato, la propuesta del Concesionario y el Pliego de Cargos y Especificaciones Técnicas y los Anexos, en ese orden respectivamente.”

Para concluir, este despacho hace la salvedad que nos comunicamos en diversas ocasiones con vuestros Asesores Legales para obtener una copia tanto del Pliego de Cargos y Especificaciones Técnicas como del Plan de Mantenimiento de la Obra del contrato de concesión administrativa No.116-97.

Nuestro interés radicaba en constatar, de primera mano, si efectivamente en los mencionados documentos se encontraban plasmados los detalles relativos a la obligación concerniente al pago del consumo energético de las estaciones de bombeo para el caudal requerido por el tanque de reserva de agua potable de Arraiján y por el tanque de reserva de La Chorrera.

Sin embargo, a la fecha no hemos obtenido los documentos solicitados y el término para dar respuesta a vuestra consulta no puede ser ulteriormente prolongado.

Por esta razón debemos limitarnos a señalar los pasos a seguir para resolver el conflicto planteado, esperando que los elementos de juicio necesarios consten realmente en los instrumentos jurídicos en posesión del IDAAN como entidad estatal contratante en este caso.

Con la pretensión de haber orientado y aclarado su solicitud, me suscribo de usted.

Atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/111/hf.