

Panamá, 8 de enero de 1998.

Licenciado
Eustacio Fábrega L.
Director General
Dirección de Aeronáutica Civil
E. S. D.

Señor Director General:

De acuerdo a las facultades que nos confiere la Ley, artículo 348, numeral 4° del Código Judicial, como asesores jurídicos de los funcionarios públicos, pasamos a dar respuesta a su interesante Nota N°1164-AJ-DG-DAC de 15 de diciembre de 1997, recibida en nuestro Despacho el 23 de diciembre de los corrientes, relacionada con el otorgamiento en concesión de la administración del Aeropuerto Internacional de Tocumen.

Concretamente nos pregunta lo siguiente:

1. ¿Dada la situación planteada, es procedente que la Dirección de Aeronáutica Civil otorgue en concesión la Administración del Aeropuerto Internacional de Tocumen, con fundamento en su Ley Orgánica? Y en caso contrario, ¿cuál sería la alternativa que tiene la Dirección de Aeronáutica Civil al otorgar en concesión la Administrativa del mencionado Aeropuerto con fundamento a la Ley N° 16 de 14 de julio de 1992, ante la realidad de que el Legislador no contempló la afectación económica de la institución, la cual dando en concesión la Administración del Aeropuerto Internacional de Tocumen y del Aeropuerto Internacional Enrique A. Jiménez (France Field), continúa con la responsabilidad de brindar y mantener la seguridad aérea en todos sus aspectos a nivel nacional e internacional, así como el cuidado, mantenimiento, Administración de la Infraestructura Aeroportuaria Nacional en las condiciones que antes hemos señalado y de qué forma se puede salvar esta actuación en los Contratos que se suscriban?

El fenómeno de privatización se inició en Europa a fines de la década del 70 en Inglaterra, desarrollándose durante los años 80 lentamente y aprendiendo de las experiencias que se iban dando según el tipo de actividad y la forma más adecuada de realizarla. El auge de la privatización en Europa se dio con la caída del muro de Berlín, que implicó la privatización de miles de empresas de los países del ex-bloque socialista.

A nuestro continente llegó más tarde la privatización iniciándose en Estados Unidos, luego pasa a los países Latinoamericanos por sugerencia de los Organismos Internacionales de Crédito, por la influencia del proceso de globalización, y por el surgimiento paulatino del nuevo papel del Estado, que deja de ser un Estado interventor en la Economía, paternalista, para ser un Estado regulador, fiscalizador, orientador de la actividades económicas en manos privadas.

Países como Argentina, Chile, México, Brasil dan los primeros pasos en materia de privatización, más recientemente Venezuela, Colombia, Perú, Ecuador, entre otros,

donde algunos de ellos experimentando graves reveses al privatizar por la falta de experiencia, asesoramiento internacional y por la prisa con que se ejecutaba el proceso.

Panamá por motivos coyunturales (Invasión de los Estados Unidos, falta de decisión del Gobierno de 1990-94) entró tarde al proceso de privatización, lo cual nos permitió aprender de los fracasos e inconvenientes que sufrieron otros países como Argentina, reflejándose esto en la legislación que rige la materia, es decir, la Ley N°16 de 14 de julio de 1992 ¿por la cual se establece y regula el proceso de privatización de empresas, bienes y servicios estatales¿ (G.O. N° 22.079 de 16 de julio de 1992) y las otras leyes que permiten específicamente privatizar al INTEL (Ley N°5 de 9 de febrero de 1995), IRHE y al IDAAN.

También se da el hecho que en menos de dos (2) años Panamá pasa de la etapa inicial de privatización a la última con la creación del Ente Regulador de los servicios públicos (Ley N°26 de 29 de enero de 1996) y con la Comisión de Defensa de la Libre Competencia y Asuntos del Consumidor (CLICAC) (Ley N°29 de 1° febrero de 1996), mientras que otros países demoraron varios años.

El objetivo general del proceso de privatización consiste en que los servicios públicos y actividades económicas desarrollados por el Estado pasen al sector privado a fin de que sean brindados eficiente y efectivamente porque entre comilla la empresa privada es más eficiente que el sector público, que se abaraten sus costos y que se modernicen con la mejor tecnología (tecnología de punta), aparte de que en la mayoría de los casos dejan de ser una carga económica para el Estado.

Los primeros años del proceso de privatización no se conocía cual era la forma más conveniente de realizarlo, si era conveniente por medio de la venta, o constituyendo una sociedad mixta entre el Estado y el sector privado, etc. Por ello, nuestra Ley N°16 de 1992 no sujeta la privatización concreta de un bien, empresa o un servicio público del Estado a una determinada forma de privatización de maneras que se ajuste a la naturaleza de la actividad o servicio, a los intereses de nacionales, y a la conveniencia de mercado de un momento dado que aconseje tal o cual forma de privatización.

Así, la Ley N°16 de 1992 dispone lo siguiente:

ARTICULO 4°.- ¿Se podrán adoptar, de acuerdo a ca-da circunstancia, una o varias de las siguientes modalidades de privatización:

1. Transformación de las empresas o entidades estatales en sociedades anónimas, y la posterior venta pública de sus acciones...
2. Transformación de empresas estatales en sociedades de economía mixta donde el Estado puede tener participación minoritaria.
3. Celebración de contrato de administración o concesión de carácter administrativo, con o sin opción de compra en éste.
4. Arrendamiento total o parcial...
5. Contratación de determinadas funciones o actividades de empresas estatales a empresas o individuos del sector privado.
6. Liberación de actividades que actualmente realiza en forma exclusiva el Estado...
7. Expedición de licencias o concesiones para la explotación de servicios.¿ (Subrayado nuestro)

De la anterior disposición legal podemos inferir que existen distintas formas de privatizar, y entre estas se encuentra los contratos de administración o cesión de carácter administrativos. Por tanto, no se tiene que necesariamente recurrir a la venta del Aeropuerto de Tocumen, lo cual seguro afectaría, si se escoge esta opción de venta, los ingresos del canon de las distintas concesiones (Zona Libre, aeronáuticas, conexas, especiales) que sufraguen los gastos de la operación y el mantenimiento de los servicios técnicos y de seguridad (control del tráfico aéreo, etc.) que recibe la Dirección de Aeronáutica Civil (DAC), y la situación laboral de los funcionarios público administrativos de la DAC en dicho aeropuerto.

Por el contrario, la Ley N°16 de 1992 de Privatización contempla la posibilidad de que se efectúe una Concesión Administrativa, pero dentro de los términos, garantías, publicidad y procedimientos de una Ley especial como los es esta Ley de Privatización, concesión que proporcionará a la DAC un ingreso fijo que podrá dedicar al resto de sus funciones vitales para la aviación nacional (planificación, investigación, dirección, supervisión, inspección, control, seguridad, etc.), sin tener que dedicarse a la tarea de administrar un aeropuerto en particular, y ni a celebrar cada cierto tiempo los actos públicos de las distintas concesiones ordinarias antes comentadas o la prórroga de los respectivos contratos, todo esto quedaría a cargo del particular y la DAC recibiría el ingreso por la concesión global del aeropuerto, dejando de lado todo detalle del ornato, mantenimiento del aeropuerto, en general su administración.

En este caso de Concesión Administrativa la Ley de Privatización determina el siguiente procedimiento que recoge en su artículo 6°:

ARTICULO 6°.- ¿En lo casos que el proceso de privatización esté condicionado a contrato de gestión administrativa, asociación, concesión, arrendamiento, operación o cualquiera otra modalidad se establecerá el requisito de precalificación de firmas; que tendrá como propósito seleccionar firmas idóneas que presenten propuestas financieras y técnicas, sus inversiones en activos fijos, sus operaciones de planificación, su organización y financiamiento. Esta precalificación de firmas se realizará a más tardar quince (15) días antes de la reunión pública que señala el Artículo 7 de esta Ley.¿ (Subrayado nuestro)

ARTICULO 7°.- ¿Una vez el Consejo de Gabinete haga declaratoria de privatización, la misma deberá publicarse, a más tardar tres (3) días después de efectuada en la Gaceta Oficial y en dos (2) diarios de circulación nacional.

Posteriormente, la Unidad Coordinadora para el Proceso de Privatización convocará a los interesados que hayan sido seleccionados en el proceso de precalificación a una reunión pública y con derecho a voz, en un plazo no menor de sesenta (60) días calendarios, a fin de explicarles detalle del pliego de cargos pertinente y el mecanismo de evaluación.

Los interesados podrán presentar, en un período no menor de quince (15) días calendario, ni mayor de treinta (30) días calendario, sugerencias que tengan por objeto mejorar técnicas al pliego de cargos.

Una vez finalizado el período de consultas, el Consejo de Gabinete fijará, en el pliego de cargos, las condiciones específicas de la privatización. Este pliego deberá ser publicado en la Gaceta Oficial y en dos (2) diarios de circulación nacional. (Subrayado nuestro)

ARTICULO 8.- ¿El pliego de cargos que apruebe el Consejo de Gabinete para fijar las condiciones especiales en cada privatización particular deberá contener como mínimo, las siguientes condiciones:

1. El señalamiento de los privilegios, ventajas o condiciones especiales de explotación o comercialización, de que gozaba la empresa o el servicio declarado privatizable mientras pertenecía o era prestado por el Estado, con indicación precisa de cuales serán eventualmente mantenidos y cuales eliminados una vez se efectúe la privatización.
2. Las condiciones especiales, si hubiere algunas, en cuanto a propiedad, inversión, explotación o regulación de la empresa o servicio que ésta ha de prestar, una vez efectuada la privatización.
3. La definición de la forma de pago y si deberá fijarse un precio mínimo para la venta o concesión programada. En ningún caso se aceptarán como forma de pago, títulos de la deuda pública nacional.
4. La situación laboral en que quedarán los trabajadores de la empresa.
5. A quién corresponderá la administración interina, durante la preparación para la venta.
6. Cualquier otro señalamiento que se requiere conforme a la Ley o disposiciones del Código Fiscal, según sea el caso. (Subrayado nuestro)

Transcribimos todos estos artículos porque nuestro legislador previó un trámite especial para la privatización en Panamá, distinto del establecido en su momento en el Código Fiscal que aún no contemplaba por ejemplo: la precalificación, como hoy si lo hace el artículo 23 de la Ley N°56 de 27 de diciembre de 1995 ¿por la cual se regula la Contratación Pública y se dictan otras disposiciones¿ (G.O. N°22,939 de 28 de diciembre de 1995) modificada por el Decreto Ley N°7 de 2 de julio de 1997 que crea el CENA (G.O. N°23,327 de 9 de julio de 1997). No obstante, este procedimiento de privatización puede coincidir o no con algún trámite o requisito que exige la Ley N°56 de Contratación Pública o el Código Fiscal.

Este procedimiento de privatización revela una serie de pasos y garantías mínimas para la transferencia de bienes y servicios del Estado al sector privado, que siguen un Plan General de Privatización, que tienen como ente rector o competente a la Unidad Coordinadora para el Proceso de Privatización (ProPrivat) adscrita al Ministerio de Hacienda y Tesoro, que recogen las experiencias en anteriores privatizaciones y dan mayor transparencia al acto público.

Estamos seguros que el marco legal de concesiones que viene utilizando la Dirección de Aeronáutica Civil, Decreto de Gabinete N°13 de 22 de enero de 1969 (G.O. N°16,285 de 24 de enero de 1969) reformado por el Decreto de Gabinete N°379 de 3 de diciembre de 1969 (G.O. N°16,508 de 18 de diciembre de 1969) y por la Ley N°9 de 7 de junio de 1991 (G.O. N°21,805 de 11 de junio de 1991); y la Ley N°56 de 27 diciembre de 1995, contiene las debidas garantías y procedimientos para otorgar en concesión, como su fina nota describe, los locales ubicados dentro y fuera de la Zona

Libre del Aeropuerto de Tocumen, las concesiones aeronáuticas (alquiler de mostradores de las aerolíneas, oficinas, salones VIP, depósitos, etc.) concesiones conexas como: abastecimiento de combustible, correos no oficiales, compañías de alquiler de autos, empresas de abastecimiento de alimentos, etc., y concesiones especiales, constituyen todas concesiones ordinarias dentro del giro normal de la actividad administradora de la DAC en el Aeropuerto Internacional de Tocumen.

En cambio, la concesión del Aeropuerto Internacional de Tocumen es una concesión extraordinaria que implica en primer lugar la realización de un estudio que dé como resultado un Plan de Privatización del o de los Aeropuertos de Panamá, que indique cual es la mejor forma de efectuarlo asegurando los intereses nacionales, que revele los pasos para poner en orden el aspecto legal, financiero, laboral de los aeropuertos, que determine el precio probable para privatizar el o los aeropuertos (realizando un estudio de mercado internacional), etc.

En otros términos, es un proceso delicado que no sólo toma en cuenta uno o dos aeropuertos sino la totalidad, ya que experiencias internacionales (Argentina que aún no se ha concretizado por demanda en la esfera judicial) en la materia apuntan a que no sólo se den en concesión los aeropuertos rentables sino que incluso aquellos menos rentables se llegan a amarrar en el paquete de la privatización a fin de que no tengamos muy buenos aeropuertos y otros en muy mal estado.

Que la Ley N°16 14 de julio de 1992 de privatización es una disposición legal especial sobre este tema, y es una norma posterior al modificado Decreto de Gabinete N°13 de 22 de enero de 1969 que regula a la DAC.

Por todo lo anterior, somos del criterio, a la luz del marco legal vigente, que la privatización del Aeropuerto Internacional de Tocumen requiere un Plan Nacional de Privatización de Aeropuertos efectuado en base a la Ley N°16 14 de julio de 1992 ¿por la cual se establece y regula el proceso de privatización de empresas, bienes y servicios estatales¿, con la anuencia y supervisión de la Unidad Coordinadora para el Proceso de Privatización (ProPrivat) adscrita al Ministerio de Hacienda y Tesoro, la decisión del Consejo de Gabinete y con el apoyo fundamental de la Dirección de Aeronáutica Civil (DAC).

De esta manera esperamos haber resuelto su interrogante y así colaborar con su despacho, quedamos de usted,

Cordialmente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procurador de la Administración

AMdeF/6/cch