

21 de marzo de 2000.

Licenciado

Carlos Sánchez

Director Ejecutivo del

Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales

E. S. D.

Licenciado Carlos Sánchez:

A continuación le brindo las respuestas a su interesante interrogante contenida en la nota N°551-DE, de 23 de febrero del 2000, referente a la responsabilidad del Estado frente a los compromisos pactados por el IDAAN, en el evento que este organismo descentralizado sea privatizado y deje de ser un organismo de derecho público.

Interrogante.

Su pregunta específica es:

"Con el propósito de contar con su atinado criterio, es que elevamos esta consulta a objeto de determinar si en efecto el IDAAN solidariamente con el Estado es responsable ante la empresa AGUAS DE PANAMÁ S.A., de la compra mínima garantizada, pactada en el Contrato N° 116-97 de 2 de abril de 1997, independientemente de cuál sea el futuro de la institución".

Antecedentes de Hecho.

La cuestión consultada se sustenta en los hechos siguientes:

1. La Nación por conducto del Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales (en lo sucesivo el IDAAN) contrató con la empresa Aguas de Panamá S.A. (la contratante), la producción y venta de agua potable para los distritos de Arraiján, La Chorrera y Capira.

2. Este contrato de Concesión identificado con el número 116-97 de 2 de abril de 1997, obliga a la Nación a comprar a la concesionaria, en exclusiva, y por treinta años, agua en bloque para las comunidades del área de Panamá Oeste.
3. La obligación de compra en exclusiva fue una medida para garantizarle a la empresa el retorno de la inversión, ya que luego del período de la concesión, los bienes y patrimonio ganado en y para la obra, debe revertir en propiedad a la Nación.
4. La compra estaba fijada desde el mismo contrato de la concesión en mil novecientos noventa y siete (1997), y luego a inicio del mes de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999), el precio fue variado por mutuo acuerdo entre las partes, haciéndose más gravoso para la Nación.
5. Se hace necesario saber si la obligación contractual de comprar el agua producida por Aguas de Panamá S.A., por razones de interés público y como medida exorbitante de la responsabilidad convencional del Estado, quedaría sin efecto o sin eficacia legal.

Cuestión de Derecho.

La situación de interés jurídico se centra en saber si a pesar de la desaparición del IDAAN, como parte contratante en una concesión administrativa de servicio de suministro de agua potable, el Estado tendría que asumir directamente el cumplimiento de las obligaciones que en su momento suscribiera el IDAAN.

Así las cosas el estudio o examen de esta consulta administrativa se debe referir al papel del Estado como garante de las obligaciones contraídas por una de sus agencias operativas.

La forma de asunción de la responsabilidad contractual del Estado, en el caso concreto consultado.

Generalidades.

A falta de estipulación de una cláusula general de definición de responsabilidades estatales, en el contrato número 116-97, se puede válidamente plantear la duda de si es la propia Nación la que le debe salir al frente a los compromisos de un organismo que será corporatizado o privatizado.

Primera solución específica: La subrogación contractual, como potencial remedio a la cuestión planteada.

A pesar de la legitimidad en la cuestión, creo que la cláusula cuarenta y cuatro del propio contrato, da la respuesta directa a este cuestionamiento, veamos:

"CLÁUSULA 44: SUBROGACIÓN.

En caso de que el IDAAN ceda, traspase o enajene sus derechos de acuerdo al presente Contrato a cualquier otra persona natural o jurídica, o ente público o privado, dicha persona o ente se subrogará en todas las obligaciones y derechos que adquiriera el IDAAN mediante el Contrato. No obstante lo anterior, El IDAAN se compromete a garantizar el cumplimiento de las obligaciones subrogadas mediante ese Contrato. Igualmente opera la subrogación para cualquier sucesor del IDAAN por cualquier motivo, y en todo caso El IDAAN deberá comunicar por escrito al concesionario el nombre de su sucesor, cesionario, comprador o otro receptor de sus intereses".

Se entiende la preceptiva contractual, previo el supuesto de la sustitución personal del Ente Público responsable de la concesión: el IDAAN. En este sentido se dijo que una tercera persona jurídica podría reemplazar al IDAAN en sus derechos y obligaciones, siempre y cuando se le informe previamente y por escrito a la empresa Aguas de Panamá S.A., sobre el nombre de la nueva empresa sucesora o cesionaria.

Así las cosas, se podría intentar una definición de esta figura de derecho público-contractual diciendo que: la cesión de la posición jurídica en el contrato administrativo es el negocio jurídico en virtud del cual una parte: La Administración Pública Activa (en el caso el IDAAN)), con el consentimiento de otra (específicamente Aguas de Panamá S.A., .) subroga a un tercero en las relaciones jurídicas derivadas de un contrato de concesión administrativa, con obligaciones y derechos todavía no cumplidos.

En esta cláusula se deja ver el afán de comprometer al IDAAN a garantizar en todo momento el cumplimiento de las obligaciones subrogadas, ello como un compromiso a favor de la inversión privada.

La responsabilidad contractual del Estado.

Se debe dejar claro que el Consejo de Gabinete por medio de la Resolución 168 de veinticuatro de julio de mil novecientos noventa y siete habilitó al IDAAN para que

contratara en nombre del Órgano Ejecutivo con la empresa Aguas de Panamá S.A., el contrato de concesión número 116-97. Con el Contrato 116-97, no sólo quedó comprometido el Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales, sino también el Poder Ejecutivo: la Administración Pública; y aún más, el Estado mismo¹.

Efectivamente, el Estado tiene una única y sola personalidad, con diversas funciones y misiones. Es decir que, la personalidad jurídica del Estado comprende a éste en su integridad y no a cada uno de sus poderes². Por ello mismo los poderes superiores del Estado (Órganos Legislativo, Judicial, y Ejecutivo) pierden su individualidad y sustantividad personal, convirtiéndose en meros órganos del Estado único.

Luego entonces se puede afirmar que la Administración Pública, identificada como Poder Ejecutivo, pasa a ser una función del Estado-Persona, en una cadena de eslabones que la lleva luego a otorgarle personalidad, o por medio de ella a que contrate en nombre del Estado.

Vista así las cosas el IDAAN sería un órgano del Estado, y por ello elemento actuante del mismo cuerpo del Estado. O sea que, el IDAAN sería el elemento constitutivo del querer del Estado en el contrato 116-97.

Respuesta concreta a la interrogante.

Vista la previsión contractual de la subrogación, dispuesta en la cláusula cuarenta y cuatro del contrato 116-97, será la persona jurídica que nazca de la corporatización o privatización, que deba asumir por cesión, los derechos y las obligaciones que hoy tiene el IDAAN. O sea que, se puede sostener que será el tercero que reemplace al IDAAN quien quedará obligada a comprar, en exclusiva, el agua producida por la empresa Aguas de Panamá, S.A.

¹ Ver el primer párrafo del contrato 116-97 publicado en la Gaceta Oficial veintitrés mil quinientos veintitrés de dieciséis de abril de mil novecientos noventa y ocho.

² Solamente por aclarar es válido recordar que el Estado es la persona jurídica política de tipo superior que realiza las funciones de órganos de alto gobierno, como por ejemplo dictar leyes, juzgar y ejecutarlas. Esta persona política Estado, está regida por el derecho constitucional.

Debajo del estado, sometida a la ley que el Estado dicta, está la persona jurídica pública (no política) interna que es la Administración Pública. Ello porque para que exista un verdadero Estado de derecho, debe distinguirse a quien dicta la Ley de quienes están sometidos a ella. Esta Administración Pública, así concebida, es la que realiza los hechos materiales y los actos jurídicos unilaterales o contractuales) como cualquier otra persona jurídica dentro de sus atribuciones, que en derecho Administrativo se llaman competencias.

De la cláusula de subrogación se infiere que, el Estado cuando decida negociar la corporatización del IDAAN, debe aclarar muy bien su posición con respecto de los compromisos adquiridos previamente con la empresa AGUAS DE PANAMÁ S.A., u otra empresa que tenga el derecho en exclusiva de vender agua al IDAAN.

En este sentido, la Nación deberá comprometer a la empresa privada que adelante la gestión de conjunto del servicio de suministro de agua potable, que debe asumir las obligaciones que tenía el IDAAN, en idénticas condiciones.

Con la pretensión de haber colaborado con usted, dentro de nuestro marco de responsabilidades, quedamos de ustedes, muy atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/hf.