

Título:

COMPETENCIA DEL SERVICIO MARÍTIMO NACIONAL PARA ENTRAR A LOS PUERTOS DADOS EN CONCESIÓN CON EL PROPÓSITO DE CUMPLIR SUS ATRIBUCIONES LEGALES.

Panamá, 5 de abril de 1999.

Su Excelencia
Arquitecta MARIELA SAGEL
Ministra de Gobierno y Justicia.
E. S. D.

Señora Ministra:

Es grato dirigirme a su persona, en ocasión de darle respuesta a su solicitud de consulta dirigida a este Despacho mediante Nota # 348 D.L., de 19 de febrero de 1999, que pide nuestra asesoría jurídica respecto a un tema sensitivo debido a ciertos incidentes que se han estado produciendo entre agentes vigilantes de empresas de seguridad privada contratados por la compañía Panama Ports Company, S.A., y agentes del Servicio Marítimo Nacional, ya que los primeros en más de una ocasión han impedido el acceso a las instalaciones de los puertos otorgados en concesión a la citada empresa de los miembros del Servicio Marítimo Nacional, a pesar que estos últimos actúan en legítimo ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales.

Debo expresarle que ya esta inquietud fundada ha sido presentada a este despacho por el señor Director del Servicio Marítimo Nacional, licenciado José Izasa Ros, mediante Nota # SMN/DIGE/091/99, fechada el 18 de febrero de los corrientes, la que ha merecido nuestro dictamen, cuyo texto por ser idénticas las partes, la causa y los hechos que motivan la consulta, nos permitimos reproducir en sus extractos fundamentales, no sin antes expresar que estamos de acuerdo con el criterio vertido sobre el tema por la Dirección de Asesoría Legal adscrita a su despacho, que sustenta el criterio de que el contrato de concesión, -entre el Estado nacional y la empresa Panama Ports Company, S.A.- no afecta los derechos de la Nación en materia fiscal, de policía, de sanidad o de régimen administrativo. Es decir, que la concesión otorgada no puede afectar ni limitar los derechos del gobierno en materia tributaria, de policía, de sanidad y de régimen administrativo. (Destaca el consultante).

Igualmente, estamos de acuerdo con la afirmación que el contrato de concesión habido entre el Estado panameño y la empresa Panama Ports Company, S.A. no constituye una enajenación del dominio ni la concesionaria puede fundar en él un derecho a prescribir.

Con respecto al grado de competencia del Servicio Marítimo Nacional opinamos que esta dependencia del Ministerio de Gobierno y Justicia debe coordinar con la Autoridad Marítima Nacional lo concerniente a la aplicación de la legislación nacional en los diversos espacios marítimos y en las aguas interiores panameñas, en función que por imperio de la Ley se atribuye a la Autoridad Marítima Nacional ser el ente supremo para la ejecución de la Estrategia Marítima Nacional.

Aquí debo precisar que la Asesoría Legal del Servicio Marítimo Nacional, en la nota consultiva antes indicada, expresó un criterio similar al del Ministerio de Gobierno y Justicia, tras analizar la naturaleza del contrato de concesión, esbozó algunos argumentos válidos, para arribar a la conclusión de que si bien los derechos de la empresa concesionaria de los puertos, que son bienes de dominio público, deben respetarse, lo que significa que el Estado panameño ha de garantizarle el uso pacífico en los términos del contrato Ley, la empresa también debe cumplir con sus obligaciones, sin desconocer las demás atribuciones que tiene el Estado.

NUESTRO DICTAMEN JURÍDICO

Es importante no perder de vista que el problema planteado surge a raíz de ciertos incidentes acaecidos entre miembros del Servicio Marítimo Nacional y unidades de la empresa o empresas de Seguridad Privada que custodian los bienes de la compañía concesionaria de los Puertos de Balboa y Cristóbal, unidades éstas que en más de una oportunidad han impedido o restringido el acceso de servidores en funciones del Servicio Marítimo Nacional, cuando éstos realizan las actividades propias del servicio público que desempeñan.

Como parte del objeto del Contrato Ley que otorga la Concesión Administrativa, la Compañía Panama Ports Company, S.A. es titular de los derechos de desarrollo, construcción, operación y administración y dirección de las terminales de contenedores ro-ro de pasajeros, cargas a granel, carga general y sus respectivas infraestructuras, instalaciones, facilidades y áreas físicas de los referidos puertos.

La respuesta integral que le prodiguemos a esta interesante consulta depende no sólo del análisis jurídico abstracto que le demos a las normas legales aplicables, sino que deben considerarse aspectos fácticos y prácticos, además de posibles medios alternos para solucionar el diferendo planteado. Veamos:

I. DEL CONTRATO DE CONCESIÓN SUSCRITO ENTRE LA NACIÓN Y LA EMPRESA PANAMA PORTS COMPANY, S.A.

A. Límites del referido contrato en cuanto al servicio público de seguridad y protección a la sociedad en cabeza del Estado.

El contrato de concesión que es la figura que media y sirve de soporte a la relación jurídica existente entre el Estado panameño y la empresa Panama Ports Company, S.A., ha sido descrito en forma sencilla por los teóricos del Derecho Administrativo como aquel ¿...que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concecionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio, por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden¿. (YOUNES

MORENO, Diego. Curso de Derecho Administrativo, 5ª edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Santafé de Bogotá, 1995, p. 195. El énfasis es del autor).

Esta Procuraduría, por su parte, ha tenido la oportunidad de recoger criterios de la doctrina en relación a esta figura jurídico-administrativa, por ello citando al reputado DROMI, en la Vista # 33, de 15 de enero de 1996, apunta que ¿La característica esencial del acto administrativo de concesión radica en la circunstancia de ser un acto eminentemente creador de derechos, pero sin que la administración transmita o transfiera nada; es un acto potestativo, sin que limite sus atribuciones, ni su patrimonio...¿

Empero, sin contradecir lo anterior, de acuerdo a este autor juspublicista, al hablar de concesión traslativa, caso de la concesión de un servicio público, el derecho del concesionario nace a consecuencia directa e inmediata del traspaso de poderes propios del concedente (ente público) y escapan del ámbito del acto administrativo aplicándose por tanto el régimen de los contratos administrativos.

Este Despacho con apoyo en las posturas doctrinales y la propia naturaleza del contrato de concesión concertado entre Panama Ports Company, S.A. y el Estado, es de la opinión que se entiende que la empresa es titular de los derechos que emanan de esa relación contractual administrativa y tiene potestad para explotar el servicio público concedido conforme a las estipulaciones y cláusulas convenidas y por el término pactado; pero asimismo existen limitaciones para la empresa concesionaria aunque éstas no consten expresamente en el Contrato, ya que ellas emanan de una fuente superior como lo es la Constitución. Estamos hablando del caso específico de no impedir el ejercicio de las funciones que constitucional y legalmente tienen las autoridades de la República en su respectiva esfera de competencia atendiendo al ante público que se trate y requiera a la empresa para fines enteramente lícitos. Normas jurídicas de carácter coercitivo y coactivo que no necesitan estar pactadas para que en virtud de razones de orden público, que encierra el interés general, se impongan a la voluntad o querer de los asociados.

Basado en esto, la empresa no puede obstruir sin contravenir la Ley, el despliegue y vigilancia normal de la autoridad (Servicio Marítimo Nacional), para efectuar sus labores rutinarias que el giro normal de todo cuerpo de seguridad del Estado no sólo tiene la atribución del cumplir sino el deber de ejecutar.

B. Presencia de la noción de orden público.

A juicio de esta Procuraduría, el orden público concepto muy amplio a nivel de la ciencia del Derecho por la vastedad de sus acepciones que dependen del área o disciplina jurídica que lo emplee en su momento, tiene presencia en el caso bajo examen. Sobre esta figura la Constitución de la República y el vetusto Código Administrativo poseen disposiciones que son de lugar reproducir y constituyen el fundamento jurídico que legitiman las actividades que dentro del marco de la legalidad efectúan las autoridades nacionales.

El artículo 17 y 305 de la Constitución Nacional establecen lo siguiente:

¿Artículo 17: Las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vida honra y bienes a los nacionales dondequiera se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción; asegurar la efectividad de los derechos individuales y sociales, y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley¿. (El énfasis es nuestro).

¿Artículo 305: ...

Para la conservación del orden público, la protección de la vida, honra y bienes de quienes se encuentran bajo jurisdicción del Estado y para la prevención de hechos delictivos, la Ley organizará los servicios de policía necesarios, con mandos y escalafón separados.

...

El Presidente de la República es el jefe de todos los servicios establecidos en el presente Título; y éstos, como agentes de la autoridad, estarán subordinados al poder civil; por tanto, acatarán las órdenes que emitan las autoridades nacionales, provinciales o municipales en el ejercicio de sus funciones legales.¿ (Destaca este Despacho).

Con similares términos y objetivos que el artículo 17 constitucional está redactado el artículo 752 del Código Administrativo y agrega que las autoridades de la República además de velar por la honra y bienes de los asociados, deben asegurar el respeto recíproco de los derechos naturales, previniendo y castigando los delitos; para fomentar los intereses públicos a fin de que marchen ¿con la apetecida regularidad y contribuyan al progreso y engrandecimiento de la Nación¿; pero en específico, en lo que al orden público se trata, es el artículo 899 de esta excerta que data de la segunda década del siglo el que preceptúa lo que a seguidas se copia:

¿Artículo 899: El orden público consisten (sic) en la general sumisión a la Constitución y a las leyes, y en la obediencia a las autoridades que deben hacerlas cumplir.

Cuando una fuerza mayor impida a una autoridad el libre ejercicio de sus funciones y el cumplimiento de la Constitución y las leyes, se considerará alterado el orden público en el territorio a que se extiende la jurisdicción de tal autoridad o en la parte de él en que ella no pueda hacerse obedecer¿.

Es enteramente expresa y diáfana la norma jurídica copiada y nos permite reparar que el orden público pertenece o dice relación a la Policía Moral, que se encarga de velar por el orden, la paz y seguridad de los asociados (Cfr. Art. 859 del C. Administrativo). Lo propio hace el texto del artículo 308 de la Carta Fundamental ut supra que impele a los agentes de la autoridad a cumplir lo que por destino legal está dentro de sus funciones. Atribuciones legítimas que no pueden ser ejercidas cabalmente si los asociados (personas naturales o jurídicas) establecen trabas indebidas e inaceptables que contrarían por tanto el orden público.

C. El objeto del Contrato en cuestión no puede primar sobre la noción de orden público.

El Objeto del Contrato de Concesión e Inversiones suscrito entre Panama Ports Company, S.A. y el Estado panameño, aprobado mediante Ley 5, de 16 de enero de 1997, (G.O. #23,308, de 21 de enero de 1997), está contenido en la cláusula 2, sobre

condiciones generales, objeto que ya fue reseñado al principio de este documento, que concretamente pero sin circunscribirse a ello, la empresa concesionaria durante el plazo de la concesión y su prórroga, tendrá el derecho exclusivo para desarrollar, construir, operar, administrar y dirigir los puertos, de acuerdo a las disposiciones de dicho Convenio (Ibidem, p. 5, de la G.O. 23,308, de 21 de enero de 1997).

Igualmente, este negocio jurídico faculta a la empresa a utilizar los servicios de los contratistas que estime necesarios para el desarrollo, construcción, operación, administración y dirección de los puertos.

Esta es una estipulación amplia, sin embargo en virtud de ella este Despacho entiende que ella no permite o incluye el supuesto que la empresa concesionaria pueda arrogarse o subrogarse en funciones propias de la autoridad estatal, cual es la preservación del orden público íntimamente relacionado al patrullaje, ejercicio y desempeño normal y sin obstáculos de las actividades propias de los componentes de la Fuerza Pública, entre los que se enumera el Servicio Marítimo Nacional.

Cómo podría cumplir el Servicio Marítimo Nacional u otra dependencia del Estado vinculada al Sector Marítimo, como lo es la recién creada Autoridad Marítima Nacional, las tareas y funciones que la Ley y los Reglamentos de policía les asignan, si se entorpece, obstruye, dificulta o en cualquier otra forma se imponen condiciones ilegítimas por quienes deben permitir el desempeño natural y rutinario de sus atribuciones? Aquí es necesario traer a colación que de acuerdo a la Ley que crea la Autoridad Marítima Nacional, ente supremo para la ejecución de la ¿Estrategia Marítima Nacional¿ (Decreto Ley 7, de 10 de febrero de 1998), este ente regulador tiene entre sus funciones ¿Coordinar con el Servicio Marítimo Nacional el cumplimiento de la legislación nacional en los espacios marítimos y aguas interiores de la República de Panamá¿.

No hay duda de que los puertos administrados directamente por el Estado o aquellos dados en concesión están dentro de los espacios marítimos de que habla esta última Ley reseñada, en los cuales se debe dar cumplimiento a la Legislación Nacional, entendida ésta en términos genéricos, por lo que se incluye disposiciones con rango Constitucional, legal y reglamentario, sin perjuicio, esto es, sin desconocer, que el Contrato de Concesión que ampara los derechos y obligaciones de la empresa Panamá Ports Company, S.A. y del Estado panameño, tiene categoría de un contrato ley.

D. Aspectos penales insertos en la persistencia de una conducta contumaz u hostil por quien debe acatar la Ley.

Por los ribetes que tienen los hechos que su persona narra a la suscrita sobre los incidentes que han confrontado a los agentes de la autoridad y agentes de seguridad privada, quienes han impedido el acceso de los primeros a los recintos portuarios e incluso los han sometido a requisa, el Código Penal tipifica estas conductas como hechos punibles, en el Título X relativo a los Delitos contra la Administración Pública, específicamente en el Capítulo IV, libro II, de dicho Código, que en concreto trata de los ¿Delitos contra la Autoridad Pública¿.

Al efecto los artículos 344 al 346 describen las conductas punibles de la siguiente manera:

¿Artículo 344: El que con violencia o amenazas impida, obstaculice o le imponga a un servidor público o a la persona que le presta asistencia a requerimiento de éste, la ejecución u omisión de un acto propio del legítimo ejercicio de sus funciones, será sancionado con prisión de 6 meses a 1 año.

La sanción se agravará de una tercera parte a la mitad:

1. Si el hecho se comete con armas,
2. Si se hubiese perpetrado por varias personas concertadas para resistir a la autoridad-

Si la resistencia tiene por objeto impedir la prisión del autor de ella o de un pariente cercano, las sanciones se reducirán en una tercera parte.¿

¿Artículo 345: No se aplicarán las sanciones señaladas en los artículos que preceden, si el servidor público excede, por acto arbitrario, los límites de sus funciones.¿

¿Artículo 346: El que fuera de los casos previstos en el artículo 307 ofenda de palabra o por escrito o de cualquier manera falte el respeto a un servidor público a causa o por razón del ejercicio de sus funciones, será sancionado con 10 a 30 días-multa.¿

Como se observa, las normas penales describen conductas delictivas cuyo sujeto activo no es calificado, de allí que cualquier persona puede cometerlas contra una autoridad o agente que auxilia a la misma. El artículo 346 establece una eximente de responsabilidad, en caso de ejercicio abusivo o arbitrario por parte de la autoridad.

Merecen especial énfasis las circunstancias agravantes contempladas en los dos numerales del artículo 344: cuando el sujeto activo del delito utiliza armas y si es ejecutado por varias personas en connivencia para resistir a la autoridad, respectivamente.

A juicio de la suscrita, los vigilantes de seguridad privada que ¿ex proprio voluntate¿ o bien siguiendo instrucciones de un jefe o superior (por ello autor intelectual), pueden incurrir en las conductas descritas. De lo que se sigue que habría que dar parte a las autoridades competentes del Ministerio Público para el inicio formal de las investigaciones y deslindar la responsabilidad que corresponda a los involucrados en hechos que contravienen o impiden el ejercicio de actividades legítimas de los servidores públicos o que constituyan falta de respeto a éstos incurrido a causa o por razón del ejercicio de sus funciones.

E. Las actividades propias de la Agencias de Seguridad Privada no excluyen el desempeño de los componentes de la Fuerza Pública.

El presente caso requiere dejar sentado el hecho que la vigilancia y protección de toda clase de bienes muebles o inmuebles, certámenes, ferias convenciones, etc., cuyo objeto refiere a las empresas de seguridad privada, no es incompatible con las funciones que debe ejercer la Fuerza Pública.

Sobre esta materia, el Decreto Ejecutivo # 21, de 31 de enero de 1992, (G.O. 21,974, de 14 de febrero de 1992), ¿Por el cual se establece el funcionamiento de las Agencias de Seguridad Privada¿, preceptúa en su artículo 1, que la prestación privada

de los servicios y actividades de dichas empresas se da ¿Sin perjuicio de las competencias que tienen atribuidas las instituciones que componen la Fuerza Pública¿, en el entendimiento que la relación entre las tareas de la seguridad privada y las de la policía, son evidentes, y ambas tienen como ¿pretensión última¿ la protección de la vida y bienes de los nacionales y extranjeros en el territorio de la República; empero es menester reparar que si bien los propósitos pueden ser comunes la fuente y legitimidad de su desempeño obligacional son diferentes; el de la autoridad pública emana del imperio de la Constitución y la Ley, el de los segundos en virtud de una relación contractual privada, que no por ello deja de merecer la regulación e intervención del Derecho Administrativo para normar en forma racional una actividad que, aunque prestada por el sector privado, concierne al interés público.

Existe dentro de la regulación a que hacemos referencia prístinas disposiciones sobre el rol de cooperación y coadyuvante con la Fuerza Pública para el cumplimiento de fines comunes. Veamos:

El artículo 17 del Decreto #21 de 1992 emitido por el Ministerio de Gobierno y Justicia expresa:

¿Artículo 17: En el ejercicio de sus actividades normales, las Agencias de Seguridad deberán colaborar con la Fuerza Pública cuando sean requeridas para ello, bajo la supervisión y coordinación de los miembros de ésta, estando obligadas a prestarles el apoyo que les sea solicitado¿.

El artículo 26 de la norma reglamentaria dispone en cuanto a las infracciones en la prestación de servicios por este tipo de empresas, lo siguiente:

¿Artículo 26: Se consideran infracciones de carácter general a las normas que regulan la prestación de servicios por empresas de seguridad, las siguientes:

...

...

...

h) Negarse a prestar la colaboración y el apoyo debidos a las instituciones de la Fuerza Pública u ocultarles las informaciones que deban comunicarse;

...

...

...¿

Concatenado a lo dicho, el artículo 21 del Decreto Ejecutivo #22, de 31 de enero de 1992, dictado por el Ministerio de Gobierno y Justicia, normativo de las condiciones de aptitud, derechos y funciones de los Vigilantes Jurados de Seguridad, popularmente conocidos como ¿Guardias de seguridad¿ o ¿Seguridad¿, contempla a éstos, en ejercicio de su cargo, como ¿agentes de apoyo a la autoridad¿.

Todo este recetario de normas nos conducen a una misma e ineludible conclusión: las empresas dedicadas al servicio de Seguridad Privada y en consecuencia sus agentes Jurados de Seguridad, son colaboradores y auxiliares de la autoridad estatal en el cumplimiento de sus funciones legítimas, por lo que en virtud de Ley material están obligados a cumplir, cuando el caso lo demande, los deberes que les asigna los

reglamentos citados; de no ser así, pueden ser objeto de severas sanciones por el Ministerio de Gobierno y Justicia, a través de la dependencia competente.

Otra precisión importante es que si bien el artículo 14 del Decreto #22 de 1992 mencionado establece que los vigilantes jurados de seguridad dependerán, en cuanto al servicio, del jefe de seguridad de la empresa que contrata la seguridad, y en su defecto, del director, gerente, administrador o jefe de personal, de quienes recibirán con exclusividad las instrucciones para el servicio, lo que en Derecho Laboral se conoce como subordinación jurídica, por la cual el patrono puede girar instrucciones y disponer lo conveniente para el rendimiento de la fuerza de trabajo a su disposición, ello no exime a las empresas de seguridad ni a sus trabajadores de cumplir las normas imperativas de orden público ampliamente comentadas, sin riesgo de sufrir en caso contrario las consecuencias que en la Ley y los Reglamentos tiene previstas ese proceder antijurídico ante una actuación legítima de la autoridad pública o sus agentes debidamente identificados.

II. UNA INVITACION FORMAL:

Sin desconocer los argumentos y diversas alternativas que el ordenamiento jurídico prevé y que han sido comentados, la Procuraduría de la Administración convida dentro de su rol de asesora de la Administración Pública, a que si los hechos que han dado origen a la presente consulta persisten, las partes acudan a esta Institución para limar las diferencias y llegar a puntos de entendimiento favorables para ambas.

De un lado tenemos a una autoridad estatal que procura cumplir con sus funciones legítimas; pero no menos importante es el hecho que la otra parte es concesionaria de un servicio público radicado en la explotación de puertos sensitivos en la economía nacional que implica un interés público y la noción de orden público.

Precisamente el leitmotiv o motivo conductor de la presente propuesta e invitación radica en la importancia que reviste el tema.

El objetivo superior es la buena marcha de la Administración Pública garantizando a la empresa el uso pacífico con la amplitud pactada de los rubros dados en concesión; y también que se observen las competencias públicas que tiene el Servicio Marítimo Nacional, dentro de un marco de contacto, coordinación y respeto recíproco.

La Constitución, la Ley y el bienestar de todos es el objetivo común, llegando a una solución negociada que satisfaga los intereses de los participantes.

III. CONCLUSIÓN

Con base en todo lo expuesto, este Despacho arriba a una conclusión acorde con el criterio vertido por la Asesoría del Servicio Marítimo Nacional y del Ministerio de Gobierno y Justicia, en el sentido de que los agentes de seguridad son auxiliares o colaboradores de los componentes de la Fuerza Pública, por ende deben permitir y no entorpecer la labor de ésta ejercida dentro del marco de los preceptos legales. Es posible exigirle responsabilidad penal a quienes resistan la actividad legítima de la autoridad o sus agentes. Además de que no es excusa ni eximente para dejar de cumplir disposiciones de orden público emanadas de la Constitución y la Ley, haber recibido

instrucciones del Jefe, Gerente, Director, Administrador o quien haga sus veces, para omitir y desconocer la obligación y carácter de colaboradores de la Fuerza Pública, que tienen los vigilantes jurados de seguridad en ejercicio de su ¿cargo¿.

Este Despacho opina que cabe ejercer igualmente la acción penal contra quienes impartan instrucciones que contravengan, impidan u obstaculicen el ejercicio normal (no arbitrario y respetuoso) de las funciones asignadas a la autoridad pública o sus agentes debidamente identificados. Éstos, como tales, no están sujetos a requisa personal ni sus vehículos o naves.

En espera de haber respondido adecuadamente su interesante consulta, queda de usted,

Atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/jest/hf.

¿1999: Año de la Reversión del Canal a Panamá¿