

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 786

Panamá, 30 de julio de 2009

**Proceso contencioso
administrativo de
nulidad.**

Demandas contencioso
administrativa de nulidad
(acumuladas), promovidas por
Eduardo Antonio Quirós B., en
su propio nombre y
representación, y por la firma
forense Cochez-Martínez &
Asociados, en representación de
**Secundina Vda. De Gálvez,
Sergio Molina, Jennifer Mac
Rae, Yariel Sánchez, Elizabeth
Arcia e Israel Batista Herrera,**
para que se declare nula, por
ilegal, la resolución JD-048 de
4 de diciembre de 2008, emitida
por la **Autoridad del Tránsito y
Transporte Terrestre.**

Concepto

**Honorable Magistrado Presidente de la Sala Tercera, de
lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de
Justicia:**

Acudo ante ese Tribunal de conformidad con lo dispuesto
en el numeral 3 del artículo 5 de la ley 38 de 31 de julio de
2000, para intervenir en interés de la ley en el proceso
descrito en el margen superior.

**I. Las disposiciones que se aducen infringidas y los
conceptos de las supuestas violaciones.**

El licenciado Eduardo Antonio Quirós B., actuando en su
propio nombre y representación, interpuso demanda contencioso
administrativa de nulidad, para que se declare nula, por
ilegal, la omisión incurrida por la Autoridad del Tránsito y

Transporte Terrestre (ATTT) al no publicar en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamáCompra" la resolución por la cual se declaró estado de urgencia para la ejecución del programa de modernización del transporte y movilidad urbana en la ciudad de Panamá, a través de la licitación pública, por mejor valor, de número 2008-1-03-0-08-LV-000818 y, en consecuencia, se ordene iniciar nuevamente los trámites para tal propósito. (Cfr. fojas 5 a 19 del expediente judicial)

Por su parte, la firma forense Cochez-Martínez & Asociados, en nombre y representación de varios ciudadanos que dicen ser afectados por la mala prestación del servicio público de transporte, también presentó demanda contencioso administrativa de nulidad en contra de la Junta Directiva de la Autoridad de del Tránsito y Transporte Terrestre, para que se declare nula, por ilegal, la resolución JD-048 de 4 de diciembre de 2008, mediante la cual dicho organismo directivo declaró estado de emergencia para la ejecución del programa de transporte y movilidad urbana en la ciudad de Panamá. (Cfr. fojas 58 a 75 del expediente judicial)

Debido a que las demandas presentadas por los accionantes tienen la misma causa de pedir, por economía procesal, el Magistrado Sustanciador ordenó su acumulación mediante la resolución de 27 de abril de 2009, por lo que el concepto que se emite va dirigido a las demandas acumuladas.

Los accionantes consideran infringidos el numeral 2, literal c) del artículo 31 de la ley 22 de 27 de junio de 2006, modificado por el artículo 4 de la ley 41 de 10 de

julio de 2008; el numeral 2 del artículo 17 de la misma excerta; el artículo 9 de la ley 34 de 1999, modificada por la ley 42 de 22 de octubre de 2007; el artículo 43 del decreto ejecutivo 366 de 28 de diciembre de 2006; los artículos 4, 5 y 37 de la ley 10 de 24 de enero de 1989, de la manera expuesta en fojas 13 a 17 y 82 a 90, del expediente judicial.

II. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Según los demandantes, la Autoridad del Tránsito y Transporte Terrestre (ATTT) violó las disposiciones legales y reglamentarias antes mencionadas, debido a que omitió publicar en el sistema electrónico de contrataciones públicas "PanamaCompra" (Internet), la resolución emitida por su junta directiva, identificada como JD-048 de 4 de diciembre de 2008, que dio origen a la licitación pública, por mejor valor, 2008-1-03-0-08-LV-000818. Señalan además, que dicha junta directiva carece de facultad para declarar "estado de emergencia", pues no está dentro de sus atribuciones legales; que lo que debió declararse fue un "estado de urgencia" y no de emergencia, como lo señala la ley; de igual manera, que no tomó en consideración las disposiciones legales vigentes en materia de pesos y dimensiones; y, finalmente, que no adoptó las medidas necesarias para exigir que los buses que se iban a adquirir cumplieran con las condiciones de uso adecuado a las necesidades de las personas con discapacidad, como lo prevé la legislación vigente en esta materia.

Esta Procuraduría observa que para el 4 de diciembre de 2008, fecha en la que la Junta Directiva de la Autoridad del

Tránsito y Transporte Terrestre emitió la resolución impugnada, se encontraba vigente la ley 41 de 10 de julio de 2008, que empezó a regir a partir del 11 de julio de 2008, fecha en que fue publicada en la gaceta oficial 26081, la cual introdujo modificaciones a la ley 22 de 2006, sobre contratación pública.

Uno de los artículos modificados fue el 31, referente a la publicación de la convocatoria a un acto de selección de contratistas. Dicho artículo, como quedó reformado, dispone que una vez producido un "estado de urgencia" debidamente acreditado, que haga impráctico o no viable cumplir con el plazo de publicación de la convocatoria a un acto público, la entidad contratante emitirá una resolución al respecto, la cual deberá ser publicada en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra", dejando al reglamento el desarrollo de esta materia.

El decreto ejecutivo 366 de 28 de diciembre de 2006, que reglamenta la ley 22 de 2006, sobre contrataciones públicas, dispone en su artículo 43, que una vez decretado mediante resolución el "estado de emergencia", la entidad contratante publicará la convocatoria en el sistema electrónico "PanamaCompra", con una antelación no menor a diez (10) días hábiles de la fecha en que se celebrará el acto, pero sin establecer que, además, se deberá publicar en dicho sistema la resolución que, a su vez, decretó el "estado de emergencia".

En consecuencia, lo que procede es determinar si la entidad contratante, en este caso la Autoridad del Tránsito y

Transporte Terrestre, debía publicar en el sistema electrónico "PanamaCompra" la resolución que decretó dicho estado para la ejecución del programa de transporte y movilidad urbana de la ciudad de Panamá, o si para ello bastaba con la publicación de la convocatoria al acto de selección de contratista, lo cual se realizó mediante resolución 1021 de 18 de diciembre de 2008, que si aparece publicada en el mencionado sistema.

Al efectuarse un análisis del contenido de las normas legales y reglamentarias antes citadas, pareciera que entre ellas existen ciertas contradicciones. Ello es así, debido a que, una parte, el literal c) del artículo 31 de la ley de contrataciones públicas, como quedó modificado por la ley 41 de 2008, dispone que cuando se produzca un "estado de urgencia" no que permita cumplir con el plazo para la publicación de la convocatoria del acto de selección de contratista, la entidad contratante podrá establecer un plazo menor al establecido en dicha norma, que en ningún caso será menor de diez días calendario, para lo cual emitirá una resolución al respecto, que deberá ser publicada en el sistema electrónico "PanamaCompra"; mientras que, por la otra, el literal c) del artículo 43 del decreto reglamentario 366 de 2006, establece que cuando se produzca un "estado de emergencia", la entidad contratante publicará la convocatoria en el mencionado sistema electrónico, con una antelación de diez días hábiles a la fecha en la que se celebrará el acto.

El motivo de estas contradicciones obedece, a juicio de esta Procuraduría, a la terminología utilizada tanto por el

decreto ejecutivo 366 de 28 de diciembre de 2006 y la ley 41 de 10 de julio de 2008 que modificó el artículo 31 de la ley 22 de 2006, ya que mientras el instrumento reglamentario utiliza el término "emergencia", el texto legal se refiere al "estado de urgencia". Igual disimilitud se da entre la obligación de la entidad contratante de publicar en el sistema electrónico de contrataciones públicas "PanamaCompra", la resolución que decreta el "estado de urgencia", conforme lo exige el artículo 41 de la ley 41 de 2008, y la publicación en dicho sistema de la convocatoria al acto con una antelación no menor de diez (10) días calendario y no hábiles, de la fecha de su celebración, que para el mismo propósito prevé el decreto 366 de 28 de diciembre de 2006.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3 de la ley 22 de 2006, las normas reguladoras del procedimiento de selección de contratistas y de las contrataciones públicas, en general, son, en su orden, las normas constitucionales, las contenidas en dicha ley y las leyes complementarias, las reglamentarias que se dicten al efecto y las estipulaciones contenidas en los contratos y en los pliegos de cargo.

Por otra parte, la ley de contrataciones públicas sujeta la actuación de quienes intervienen en los actos públicos de selección de contratistas, a los principios establecidos en sus artículos 16 a 19. Entre dichos principios, destaca el de transparencia, regulado en el artículo 17, el cual dispone en su numeral 6, que le está prohibido a las autoridades

eludir los procedimientos y demás requisitos previstos en dicha ley, para los procesos de selección de contratista.

De acuerdo con el criterio de esta Procuraduría, la entidad contratante, en este caso la Autoridad del Tránsito y Transporte Terrestre, debió publicar en el sistema electrónico "PanamaCompra" la resolución de la junta directiva que decretó el estado de emergencia para la ejecución del programa de transporte y movilidad urbana de la ciudad de Panamá. Según consta en la certificación expedida por el director general de la Dirección General de Contrataciones Públicas, que corre de fojas 1 a 2 del expediente judicial, en la que detalla los actos referentes al acto público 2008-1-03-0-08-LV-000818, que han sido publicados, no se incluye entre los mismos a la resolución identificada como JD-048 de 4 de diciembre de 2008, por cuyo conducto el organismo directivo de la institución decretó tal estado.

La posibilidad de demandar ante la jurisdicción contencioso-administrativa de la Corte Suprema de Justicia las omisiones en las que incurran los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, encuentra asidero en el numeral 2 del artículo 206 de la Constitución Política de la República y en el artículo 97 del Código Judicial, que atribuye dicha competencia a la Sala Tercera. Sobre el particular, ese Tribunal ha expresado lo siguiente:

"...

De conformidad con el artículo 97 del Código Judicial, la Sala Tercera tiene competencia para conocer de los procesos que se originen por actos u

omisiones de los servidores públicos en ejercicio de sus funciones que se acusen de ser violatorias de las leyes.

Resulta oportuno señalar, que las omisiones que provengan de una inactividad por parte de los servidores públicos pueden tener consecuencias jurídicas no sólo relacionadas con surgimiento del derecho del afectado a pedir una indemnización por daños y perjuicios sino con la vulneración de las disposiciones legales que gobiernan el país.

...

En relación a este aspecto, se advierte que según la certificación legible a foja 26 del expediente contencioso, el Administrador General de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, no ha autorizado ningún acto de autorización a fin de que las empresas publiquen la actualización tarifaria correspondiente al período comprendido entre el 1° de enero al 30 de junio de 2006, pues en su opinión el artículo 99 ibídem no se lo exige.

Ante la omisión a que alude el funcionario demandado, el resto de la Sala estima que estamos en presencia de un acto impugnante ante esta Corporación de Justicia en su calidad de guardiana de la legalidad de los actos u omisiones administrativas, todas vez que producto de la aludida inactividad puede estarse lesionando el ordenamiento jurídico."

(Demanda contencioso administrativa de nulidad, interpuesta por el licenciado Giovanni A. Fletcher, en representación de Pedro Acosta Isturaín, para que se declare nula, por ilegal, la omisión incurrida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, al no emitir la autorización administrativa, que le permitiere publicar a las empresas de distribución eléctrica, las nuevas tarifas presumiblemente aplicables al semestre enero-junio 2006. Ponente: Winston Spadafora F. Panamá, veintitrés (23) de febrero de dos mil siete (2007) (subrayado parcialmente nuestro) (Disponible en Internet)

En la demanda que nos ocupa, la omisión en la que incurrió la Autoridad del Tránsito y Transporte Terrestre, en su condición de entidad contratante del acto público 2008-1-03-0-08-LV-000818, al no publicar en el sistema electrónico de contrataciones públicas "PanamaCompra", la resolución JD-048 de 4 de diciembre de 2008, mediante la cual se decretó el estado de emergencia para la ejecución del programa de transporte y movilidad urbana de la ciudad de Panamá, vulneró las disposiciones legales vigentes en materia de contratación pública, específicamente, lo dispuesto en el principio de transparencia previsto en el artículo 17 de la ley 22 de 2006 y el artículo 31 de dicha ley, como quedó reformado por la ley 41 de 2008.

Por lo tanto, estimamos que prospera el cargo de ilegalidad que acarrea la no publicación de la citada resolución en el sistema electrónico de contrataciones públicas "PanamaCompra"

En lo que concierne a la competencia de la junta directiva de la Autoridad del Tránsito y Transporte Terrestre para decretar el "estado de emergencia" para la ejecución del programa de modernización del transporte en la ciudad de Panamá, debemos manifestar que de conformidad con el artículo 6 de la ley 34 de 1999, la Autoridad del Tránsito y Transporte Terrestre está a cargo de una junta directiva y de un director general, y que según el numeral 2 del artículo 9 de dicha ley, tal como quedó reformado por el artículo 23 de la ley 42 de 2007, la junta directiva tiene, entre otras

atribuciones, la de desarrollar proyectos e iniciativas para el mejoramiento del transporte terrestre.

Por su parte, los artículos 13 y 16 de la mencionada ley, tal como quedaron reformados por los artículos 24 y 25 de la ley 42 de 2007, respectivamente, atribuyen al director general de la autoridad la responsabilidad de ejecutar las políticas y decisiones de la junta directiva, además la de desarrollar y ejecutar los objetivos de la autoridad, así como las decisiones y acuerdos de la junta directiva.

En consecuencia, estimamos que la Junta Directiva de la Autoridad del Tránsito y Transporte Terrestre sí es competente para decretar el "estado de urgencia" en materia de transporte terrestre, pues, sobre la base de esa declaratoria, corresponderá al director general de la autoridad convocar el acto público de selección de contratista correspondiente, que en esta ocasión deberá celebrarse en un plazo menor que el previsto en el artículo 31 de la ley 22 de 2006, aunque en ningún caso podrá ser inferior a diez (10) días calendario, según la modificación introducida a dicho artículo, por la ley 41 de 2008.

En lo que concierne a la violación que se atribuye a la resolución JD-048 de la Junta Directiva de la Autoridad del Tránsito y Transporte Terrestre, por el hecho de haber omitido las normas relativas a la adaptación que deben poseer los vehículos que se importen al país, para ser destinados al transporte público, colectivo y selectivo, para posibilitar su uso por parte de las personas con discapacidad, debemos expresar que no es correcta tal afirmación, por cuanto que

dicha resolución se limitó a decretar un “estado de emergencia”, de acuerdo a lo establecido en el literal c) del artículo 97 del decreto ejecutivo 366 de 2006, sin convocar acto alguno de selección de contratista, ni establecer condiciones técnicas, especiales o generales, para el objeto de acto alguno. (Cfr. foja 44 del expediente judicial), por lo que este cargo de infracción debe ser desestimado.

Las anteriores consideraciones permiten advertir claramente que se ha producido la infracción del ordenamiento jurídico que regula el procedimiento de selección de contratista en el país, en particular de lo dispuesto en el artículo 31 de la ley 22 de 2006, razón por la que esta Procuraduría solicita a la Sala se sirva declarar **QUE ES NULA, POR ILEGAL**, la omisión incurrida por la Autoridad del Tránsito y Transporte Terrestre (ATTT), al no haber hecho efectiva la publicación, en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamaCompra”, de la resolución JD-048 de 4 de diciembre de 2008, mediante la cual su junta directiva decretó “estado de emergencia” para la ejecución del programa de transporte y movilidad urbana en la ciudad de Panamá.

III. Pruebas:

Se aceptan: la certificación expedida por el director general de Contrataciones Públicas, fechada 21 de enero de 2009, identificada como DGCP-DG-134-09, en la que se demuestra la no publicación de la resolución por la cual se declara estado de emergencia para la ejecución de la licitación pública, por mejor valor, para la adquisición de

420 buses convencionales urbanos; la impresión del sistema electrónico de contrataciones públicas "PanamaCompra" (Internet) de los datos del aviso de convocatoria identificado como Acto No. 2008-1-03-0-08-LV-000818, adjuntados a la certificación expedida por el director general de Contrataciones Públicas; y la copia de la resolución JD-048 de 4 de diciembre de 2008, publicada en la gaceta oficial 26179 de 5 de diciembre de 2008

Se objetan, por inconducentes, las demás pruebas aducidas.

IV. Derecho.

Se acepta el aducido por las demandantes.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Nelson Rojas Avila
Secretario General