

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO  
PROCURADURÍA DE LA  
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 605

Panamá, 24 de noviembre de 2014

**Proceso Contencioso  
Administrativo  
de Nulidad.**

La firma forense Rivera, Bolívar y Castañedas, actuando en nombre y representación de **Asociación Nacional de Arrendadores de Vehículos (ANAV)**, solicita que se declare nulo, por ilegal, el Contrato de Concesión número 40-2011, suscrito entre la **Autoridad del Tránsito y Transporte Terrestre y la empresa Traffic Safety de Panamá, S.A.**

**Concepto.**

**Señor Magistrado Presidente de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia.**

Acudo ante usted 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 contencioso administrativo de nulidad descrito en el margen superior.

**I. Acto acusado de ilegal.**

La firma forense Rivera, Bolívar y Castañedas, actuando en nombre y representación de la Asociación Nacional de Arrendadores de Vehículos (ANAV), demanda la nulidad del Contrato de Concesión número 40-11, suscrito entre la Autoridad del Tránsito y Transporte Terrestre y la empresa Traffic Safety de Panamá, S.A., para la *“concesión del servicio de cámaras de vigilancia para la seguridad vial en la República de Panamá, que incluye control de velocidad, emisión de infracciones por exceso de velocidad, y otros servicios conexos”*, a nivel nacional, según la Licitación Abreviada por Mejor Valor número 2011-1-03-08-AV-001120, el cual fue refrendado por la Contraloría General de la República el 24 de noviembre de 2011 (Cfr. 56 a 74 del expediente judicial)

## **II. Disposiciones que se estiman infringidas.**

La actora considera infringidas las siguientes disposiciones legales:

**A.** El artículo 24 de la Ley 6 de 22 de enero de 2002 que dicta normas para la transparencia en la gestión pública, el cual guarda relación con la obligación que tienen las instituciones del Estado, en el ámbito nacional y local, de permitir la participación de los ciudadanos en todos los actos de la administración pública que puedan afectar sus derechos e intereses, mediante las modalidades de participación ciudadana que al efecto establece ese cuerpo normativo (Cfr. fojas 31 a 35 del expediente judicial);

**B.** Los artículos 1, 2 y 6 de la Ley 5 de 15 de abril de 1988, por medio de la cual se establece y se regula el sistema de ejecución de obras públicas mediante la figura de la Concesión Administrativa, según fueron modificados por las Leyes 31 de 1994 y 76 de 2010, los que, en su orden, se refieren a la finalidad y al objetivo del sistema de concesión administrativa para la ejecución de obras públicas; las actividades u obras susceptibles de este tipo de concesión y las condiciones a las que estará sujeta la ejecución de la misma; y a la obligación que recae sobre la entidad concedente en el sentido de contar con la aprobación del Consejo de Gabinete para el inicio del proceso de selección de concesionarios (Cfr. fojas 35 a 39 del expediente judicial);

**C.** Los artículos 13 (numeral 2) y 74 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, mediante la cual se regula la Contratación Pública que, de manera respectiva, establecen que las entidades contratantes tienen entre sus obligaciones la de obtener el mayor beneficio para el Estado y el interés público, cumpliendo con las disposiciones de esa ley, su reglamento y el pliego de cargos; a qué funcionarios corresponde el ejercicio de la facultad de contratación en las entidades públicas; y que todos los contratos, independientemente de su cuantía,

deberán publicarse en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamaCompra” (Cfr. fojas 42 a 46 del expediente judicial); y

**D.** Los artículos 46 y 162 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000 que, en su orden, guardan relación con el requisito de publicidad de los actos administrativos individuales y generales; y con la definición de la desviación de poder y la manera en que ésta se configura (Cfr. fojas 47 a 52 del expediente judicial).

### **III. Concepto de la Procuraduría de la Administración.**

Como cuestión previa, debemos señalar en relación con los argumentos planteados por la accionante en torno a la supuesta infracción de los artículos 1, 2 y 6 de la Ley 5 de 15 de abril de 1988, modificados por las Leyes 31 de 1994 y 76 de 2010, que dicha normativa no es aplicable al caso bajo examen, puesto que el artículo 1 de la citada ley delimita el objeto de la misma, el cual gira en torno a la ejecución de obras públicas de interés público; y al efectuar una revisión de las cláusulas que integran el contrato acusado de ilegal, resulta claro que la Autoridad del Tránsito y Transporte Terrestre concesionó a la empresa Traffic Safety de Panamá, S.A., un servicio de cámaras de vigilancia para la seguridad vial en la República de Panamá, cuyo objeto no guarda relación alguna con la materia regulada por la ya mencionada Ley 5 de 1988 (Cfr. Gaceta Oficial 21030 de 18 de abril de 1988).

La apoderada judicial de la accionante también aduce que el acto acusado vulnera los artículos 13 (numeral 2) y 74 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, particularmente por razón de que la Autoridad del Tránsito y Transporte Terrestre se comprometió a cederle a Traffic Safety de Panamá, S.A., el 65% del monto de las infracciones que se impongan mediante el sistema de cámaras y dispuso que el 35% restante sería para la entidad, por lo que dicho contrato resulta desfavorable a los intereses del Estado. Igualmente sostiene, que nos encontramos frente a un contrato de concesión regulado por la Ley de

Contrataciones Públicas, por lo que debió ser publicado obligatoriamente en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra", situación por la que considera que se infringió el principio de publicidad que debe prevalecer en toda contratación con el Estado (Cfr. fojas 31 a 36, y 42 a 46 del expediente judicial).

Según se señala en las constancias procesales, la Autoridad del Tránsito y Transporte Terrestre sostiene que como institución autónoma de Derecho Público es consciente de la necesidad de utilizar métodos tecnológicos modernos para la prevención de accidentes de tránsito por exceso de velocidad, razón por la que mediante la Resolución JD-17 de 23 de junio de 2011, dictada por su Junta Directiva, consideró necesaria la contratación de un proveedor para la instalación de cámaras de vigilancia que permitan medir la velocidad de los vehículos que transitan en los puntos donde hay mayor índice de accidentes, debido a que los conductores no respetan las señalizaciones de límites de velocidad (Cfr. fojas 263 a 266 del expediente judicial).

Igualmente consta en autos, que luego de verificar la normativa legal que la rige y la que regula la contratación pública, la Autoridad convocó en el año 2011 a una licitación abreviada por mejor valor, la cual cumplió con las formalidades contempladas en el Texto Único de la Ley 22 de 2006, y dio como resultado que se adjudicara dicho acto público a la empresa Traffic Safety de Panamá, S.A., ya que su propuesta se adecuaba a lo que establecía el pliego de cargos (Cfr. fojas 263 a 266 del expediente judicial).

Luego de efectuar un juicio valorativo de las cláusulas que forman parte del contrato suscrito entre la Autoridad del Tránsito y Transporte Terrestre y la empresa Traffic Safety de Panamá, S.A., cuyo objeto es la emisión y el cobro de todas aquellas multas por exceso de velocidad que sean impuestas a través del sistema de cámara de vigilancia a infractores del Reglamento de Tránsito, este

Despacho concuerda con el criterio planteado por la asociación demandante, en el sentido de que ese instrumento contractual adolece de vicios de nulidad, al dejarse en manos de un particular una función que corresponde ejercer en forma privativa a la Administración Pública.

De acuerdo con la doctrina, el Estado ejerce su poder punitivo a través de dos grandes figuras, del Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador, el cual es una manifestación de poder jurídico necesaria para la regulación de la vida en sociedad y para que la administración pueda cumplir adecuadamente sus funciones y realizar sus fines (FARRANDO, Ismael. El Debido Proceso en el Ámbito Sancionador Administrativo. Memoria del Congreso Internacional de Derecho Administrativo. Santo Domingo, República Dominicana, 12 a 14 de septiembre de 2012).

Por ello, esta potestad sancionadora es la atribución que le compete a la Administración para interponer correcciones a los ciudadanos o administrados, por acciones de éstos que sean contrarias a lo ordenado por ésta (MARIENHOFF, Miguel. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I. Quinta Edición, Buenos Aires).

En relación con lo anterior, conviene citar, a modo de ejemplo, la jurisprudencia colombiana, particularmente, la de la Sala Plena de la Corte Constitucional, la cual al referirse en Sentencia de 9 de agosto de 2005 a la potestad sancionatoria del Estado, destacó lo siguiente:

**"Esta Corporación ha sostenido de manera reiterada que el derecho sancionador del Estado en ejercicio del *ius puniendi*, es una disciplina compleja que envuelve, como género, al menos cuatro especies[2], a saber: el derecho penal delictivo[3], el derecho contravencional[4], el derecho disciplinario[5] y el derecho correccional[6]. Salvo la primera de ellas, las demás especies del derecho punitivo del Estado, corresponden al denominado derecho administrativo sancionador [7].**

El derecho administrativo sancionador, en términos de la doctrina y la jurisprudencia

constitucional, supone una ruptura del principio clásico de la tridivisión de poderes, en la medida en que la represión de los ilícitos ya no corresponde de manera exclusiva al poder judicial, y más concretamente a la justicia penal[8]. En efecto, el modelo absoluto de separación de funciones del poder público[9], se reveló como insuficiente ante el incremento de deberes y obligaciones de los particulares, como de funciones públicas de los servidores del Estado, que ante su incumplimiento merecían la imposición de una sanción. Sin embargo, no todas las infracciones eran susceptibles del mismo tratamiento, pues en atención a los intereses que se pretendían proteger con cada una de las disciplinas del derecho punitivo del Estado, se distinguieron aquellas que serían objeto de sanción directa por la Administración, y aquellas otras que se reservarían para la justicia penal". ([http://akane.udenar.edu.co/derechopublico/Juris\\_Disciplin.htm](http://akane.udenar.edu.co/derechopublico/Juris_Disciplin.htm)) (El destacado es nuestro).

En el presente caso, el ejercicio de esta facultad punitiva del Estado en el ámbito administrativo, adquiere una particular relevancia, puesto que, en general, la investigación y la sanción de las infracciones de tránsito son atribuidas a las autoridades administrativas, entre éstas, la Autoridad del Tránsito y Transporte Terrestre, de conformidad con lo estipulado en los artículos 2, 195, 196, 197 y 201 del Decreto Ejecutivo 640 de 27 de diciembre de 2006, por el cual se expide el Reglamento de Tránsito Vehicular de la República de Panamá; de allí que no sea factible que mediante el Contrato de Concesión número 40-2011, la entidad demandada le delegue a un particular el ejercicio de la potestad punitiva que, como ya hemos visto, es competencia privativa del Estado.

En ese sentido, también es importante advertir que de acuerdo con el criterio expuesto por el Pleno de esa Alta Corporación de Justicia en Sentencia de 18 de abril de 1997, el Reglamento de Tránsito ostenta la categoría de autónomo e independiente, derivado de la potestad que es ejercida por el Órgano Ejecutivo en atención al contenido del artículo 27 de la Constitución Política de la República, que señala expresamente que la libertad de tránsito debe estar sujeta a los

reglamentos que se expidan; razón por la que las sanciones que se contemplan en el mismo guardan relación con la potestad punitiva administrativa que detenta la Administración como garante del orden público y de la seguridad ciudadana.

Por considerarlo de interés citamos un extracto de la Sentencia de 18 de abril de 1997 de la Máxima Corporación de Justicia, en Pleno. Veamos:

“La Sala Tercera ha sido reiterativa al señalar que los reglamentos, por su relación con las leyes, pueden ser de tres clases en nuestro sistema jurídico, a saber: los de ejecución de las leyes, los independientes o autónomos y los de necesidad o de urgencia. Así pues, en sentencia de 29 de octubre de 1991 se señalaba que los reglamentos de ejecución de las leyes a los que se refiere el numeral 14 del artículo 79 de la Constitución, son aquellos dictados por el Presidente de la República y el Ministro respectivo para asegurar o facilitar el cumplimiento o aplicación de las leyes.

**En este mismo orden de ideas, se señaló que una segunda clase de reglamentos lo constituyen los denominados reglamentos independientes o autónomos que son aquellos que no reglamentan ley alguna sino que surgen cuando la Administración Pública en forma directa aplica, interpreta y desarrolla la Constitución. En estos casos, señala la jurisprudencia antes mencionada, el Órgano Ejecutivo adopta reglamentos autónomos o independientes sobre materias no reguladas por la ley, siempre que estemos en presencia de normas reglamentarias que no invadan la zona reservada a la ley. Así pues, como ejemplos de reglamentos independientes se mencionaban los Decretos de Gabinete que reforman el arancel de importaciones, los cuales dicta el Órgano Ejecutivo en virtud de lo dispuesto en el artículo 195, numeral 7 de la Constitución, según lo reconoció la Sala Tercera de esta Corte Suprema en sentencia de 25 de marzo de 1992 y el Decreto Ejecutivo N° 159 de 1941 que regulaba el tránsito en el territorio de la República, el cual se encuentra subrogado por el Decreto N° 160 de 7 de junio de 1993 en estudio. Este tipo de reglamento goza de aceptación en el Derecho Comparado, tal como lo señala la jurisprudencia en comento...” (El destacado es nuestro).**

Por otra parte, señala que el acto cuya declaratoria de nulidad demanda hace parte del derecho escrito que rige la Nación, pero que carece de vigencia por no haber sido publicado en la Gaceta Oficial (Cfr. fojas 47 y 48 del expediente judicial).

También afirma la actora, que el Contrato de Concesión número 40-11 resulta nulo, por ilegal, porque la Autoridad facultó a la empresa Traffic Safety de Panamá, S.A., para imponer sanciones a los conductores que infrinjan el Reglamento de Tránsito, fue suscrito sin haberse agotado el procedimiento de participación ciudadana que para tal efecto establece el artículo 24 establece la Ley 6 de 2002, por lo que, a su juicio, tal situación afectó directamente los derechos de los particulares, lo que conlleva su nulidad, disposición que pasamos a transcribir para mejor referencia: (Cfr. fojas 31 a 35 del expediente judicial).

**“Artículo 24.** Las instituciones del Estado en el ámbito nacional y local, tendrán la obligación de permitir la participación de los ciudadanos en todos los actos de la administración pública que puedan afectar los intereses y derechos de grupos de ciudadanos, mediante las modalidades de participación ciudadana que al efecto establece la presente Ley. **Estos actos son, entre otros, los relativos a construcción de infraestructuras, tasas de valorización, zonificación y fijación de tarifas y tasa por servicios.**” (El destacado es nuestro)

Con respecto a la aplicabilidad de esta norma, el presupuesto de participación ciudadana allí contemplado es necesario en toda actuación de la Administración Pública que suponga una posible afectación a los intereses y derechos de la ciudadanía en general o grupos interesados, que impliquen actos relativos a construcción de infraestructuras, tasas de valorización, zonificación y fijación de tarifas y tasa por servicios, los que no guardan relación con el objeto del Contrato de Concesión 40-2011 en estudio.

Sin perjuicio de lo anterior, las entidades públicas al momento de realizar los procedimientos de selección de contratista, deben tener en consideración que

todas sus actuaciones deberán ser publicadas en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamáCompra” para que surtan sus efectos, tal como lo establece el artículo 141 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, cuando señala, *“...para todo los efectos legales, las actuaciones publicadas en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas ‘PanamáCompra’ por las entidades públicas, en virtud de sus atribuciones, producirán los mismos efectos que las leyes otorgan a los documentos públicos, y, en consecuencia, tendrán vinculante y probatorio.”*, por lo que su aplicación tiene prioridad sobre las disposiciones de la Ley 6 de 2002, debido a su carácter especial en esa materia; razón por la que dicha norma no resulta infringida en los términos que plantea al recurrente.

Finalmente, la actora sostiene que la entidad licitante desconoció los requisitos contenidos en las disposiciones jurídicas que rigen la materia de contratación, lo que constituye un acto de desviación de poder; ya que, de acuerdo con lo que manifiesta, en el referido contrato de concesión se pactaron una serie de condiciones que resultan lesivas a los intereses públicos (Cfr. fojas 49 a 52 del expediente judicial).

Tal como lo expresa el numeral 37 del artículo 201 de la Ley 38 de 2000, se entiende por desviación de poder la “emisión o celebración de un acto administrativo con apariencia de estar ceñido a derecho, pero que se adoptado por motivos o para fines distintos a los señalados en la ley”.

Nuestra jurisprudencia ha señalado en relación a este tema que *“la determinación de la desviación de poder en la que presuntamente ha incurrido un funcionario público es una tarea que requiere mucho cuidado, pues, en ese proceso valorativo no sólo deben examinarse elementos objetivos o concretos que obran en el proceso, sino también, el elemento subjetivo relativo a la conducta o proceder del funcionario público de que se trate. La valoración conjunta de ambos*

*elementos es lo que puede llevar al juzgador a comprobar si se ha incurrido o no en desviación de poder.”* (Sentencia 11 de noviembre de 1998).

En el caso en estudio la Autoridad del Tránsito y Transporte Terrestre está facultada, por ley, para regular todo lo concerniente al tránsito vehicular, como entidad administrativa especializada y técnica en la materia. Sin embargo, la autorización otorgada a la empresa Traffic Safety de Panamá, S.A., para atender una de sus funciones, es decir, imponer sanciones a los conductores que infrinjan el Reglamento de Tránsito, constituye una clara desviación de las facultades conferidas a dicha entidad por el Decreto Ejecutivo 640 de 27 de diciembre de 2006, por el cual se expide el Reglamento de Tránsito Vehicular de la República de Panamá. La Autoridad ha usado la potestad que le fue otorgada, para delegar en una persona jurídica de Derecho Privado la facultad para aplicar sanciones a los conductores y propietarios de vehículos que infrinjan dicho reglamento, de lo que se tiene que sí se ha producido la violación alegada por desviación de poder y, por consiguiente, la nulidad del contrato que se analiza.

A propósito de la nulidad de los contratos, consideramos pertinente citar el numeral 3 del artículo 140 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de 2006, el cual establece lo siguiente:

**“Artículo 140. Nulidad absoluta de los contratos.** Son causales de nulidad absoluta de los contratos públicos:

...  
3. Que sean violatorios de la Constitución Política o la ley o cuyo contenido sea imposible o constitutivo de delitos, o que se celebren con prescindencia absoluta del procedimiento legalmente establecido...”

De la norma arriba citada, se desprende que una de las causales de nulidad absoluta que se encuentran expresamente consagradas en nuestro régimen de contratación pública, es que los contratos celebrados "... sean violatorios de la Constitución Política o la ley"; condición que claramente se configura en el

presente caso, toda vez que, aunque el objetivo perseguido con la celebración del contrato demandado era la disminución de accidentes de tránsito por exceso de velocidad, éste entra en conflicto con el marco jurídico que regula y establece los requisitos para la circulación terrestre, particularmente, en lo que atañe a la competencia para la aplicación de las sanciones correspondientes, ya que de acuerdo con las disposiciones del Reglamento de Tránsito, ésta es una responsabilidad que compete a la Administración Pública, a través de la Autoridad del Tránsito y Transporte Terrestre, y no a personas jurídicas de Derecho Privado, como es el caso de la empresa Traffic Safety de Panamá, S.A., de lo que deviene la nulidad del referido contrato.

En virtud de las consideraciones antes expuestas, esta Procuraduría solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que ES ILEGAL, el Contrato número 40-2011 ***“concesión del servicio de cámaras de vigilancia para la seguridad vial en la República de Panamá, que incluye control de velocidad, emisión de infracciones por exceso de velocidad, y otros servicios conexos”***, suscrito entre la Autoridad del Tránsito y Transporte Terrestre y la empresa Traffic Safety de Panamá, S.A.

**Del Honorable Magistrado Presidente,**

Doctor Oscar Ceville  
**Procurador de la Administración**

Licenciado Nelson Rojas Avila  
**Secretario General**

Expediente 552-12