



*República de Panamá*  
*Procuraduría de la Administración*

Panamá, 8 de noviembre de 2017  
C-096-17

Señor  
**Carlos Sánchez Fábrega**  
Presidente de la Junta Directiva  
Transporte Masivo de Panamá, S.A.

Señor Sánchez Fábrega:

Por este medio damos respuesta a su Nota TMP-LEGAL-279-2017 de 8 de mayo de 2017, recibida en esta Procuraduría el 12 de mayo del mismo año, por medio de la cual nos consulta si TRANSPORTE MASIVO DE PANAMÁ, S.A. (en adelante, TMP o EL CONCESIONARIO) puede suscribir acuerdos extrajudiciales para transigir litigios en curso con afectados y/o familiares de las víctimas involucradas en accidentes de tránsito y/o hechos ocurridos en el transcurso de la operación del servicio de los buses propiedad de la empresa; brindar una reparación económica de manera directa a cada uno de los afectados y/o familiares de las personas que se consideren afectados por algún hecho ocurrido en los buses propiedad de TMP, en el transcurso de la operación del servicio y que no han sido de conocimiento de autoridad competente; o bien, que habiendo sido de conocimiento de autoridad competente, se ha dictado sobreseimiento.

En cuanto a las dos primeras interrogantes, sobre si TMP puede suscribir acuerdos extrajudiciales para transigir litigios en curso en los que la empresa sea parte y si la empresa puede brindar una reparación económica de manera directa a los afectados o familiares de personas que hayan resultado víctimas como consecuencia de las actividades que desarrolla la empresa, consideramos que, cuando se trate de accidentes de tránsito, la empresa debe utilizar los mecanismos previstos en la Cláusula Vigésima Séptima del Contrato de Concesión 21-10, relativos a los seguros obligatorios que debe mantener la misma para hacer frente a eventuales daños y perjuicios; es decir, que debe activarse el protocolo preestablecido para que sea la empresa aseguradora contratada por TMP la que haga frente a las obligaciones que se generen producto del accidente y la consecuente condena. En el caso de litigios que tengan como fundamento los denominados *incidentes* o hechos distintos a accidentes de tránsito, consideramos que podría ser jurídicamente viable que la empresa suscriba acuerdos extrajudiciales para transigir dichos litigios, siempre y cuando se cuente con la anuencia del Consejo de Gabinete y el concepto favorable del Procurador General de la Nación, para cada caso.

En el caso de incidencias en donde no se ha interpuesto proceso alguno, EL CONCESIONARIO, es decir, TMP, tiene la responsabilidad y la carga de acreditar que las mismas no han ocurrido por causas imputables a ésta.

De lo contrario, tendría que hacer frente a esta obligación, según se desprende de lo dispuesto en la Cláusula Vigésima Cuarta del Contrato de Concesión.

En relación con aquellos casos en los que existe una resolución en firme, por medio de la cual una autoridad competente ha exonerado de responsabilidad a quien debía prestar el servicio por parte de TMP o a la propia empresa, consideramos que, en términos generales, no es viable firmar un acuerdo.

## **A. Antecedentes**

Es necesario destacar que, tal como se reconoce en el párrafo inmediatamente siguiente a las tres interrogantes planteadas, la consulta que hoy nos ocupa, aunque viene formulada en términos generales, tiene su génesis en situaciones particulares que son de conocimiento del Órgano Ejecutivo, la Autoridad del Tránsito y Transporte Terrestre (ATTT), TRANSPORTE MASIVO DE PANAMÁ, S.A., METRO DE PANAMÁ, S.A. y la Defensoría del Pueblo, situaciones que quedaron patentes tras las reuniones y entrevistas realizadas con la finalidad de sustentar adecuadamente nuestra respuesta, así como del análisis de la documentación proporcionada, a solicitud nuestra, por las empresas estatales mencionadas y la Defensoría del Pueblo.

También es importante señalar que, con excepción de uno, todos los casos de afectados por la prestación del servicio por parte de TMP, observados tanto en la documentación proporcionada por las empresas estatales como por la Defensoría del Pueblo, lo son por eventos que ocurrieron antes de la compraventa de las acciones de la empresa por parte de METRO DE PANAMÁ, S.A. y estaban en conocimiento de quienes negociaron dicha compraventa por parte del Estado, según se desprende de la documentación mencionada.

### **a. Contrato de Compraventa de Acciones**

El 5 de agosto de 2010, el Estado panameño, por intermedio de la ATTT suscribió el Contrato de Concesión No. 21-10 con el CONSORCIO DE TRANSPORTE MASIVO DE PANAMÁ, conformado por las empresas FÁBRICA NACIONAL DE AUTOPARTES, S.A. – FANALCA, S.A. y FELGATE ENTERPRISES, S.A., para el diseño, suministro y operación del nuevo sistema de movilización masivo de pasajeros en el área metropolitana de Panamá (METRO BUS), específicamente en los distritos de Panamá y San Miguelito.

Por otro lado, TRANSPORTE MASIVO DE PANAMÁ, S.A., es una sociedad anónima constituida el 30 de julio de 2010 por los señores Oriel Francisco Kennion y Berta Acoca de Patton, con fundamento en las leyes de la República de Panamá, específicamente en la Ley 32 de 1927 y el Decreto Ley 5 de 2 de julio de 1997 sobre sociedades anónimas. Todos sus directores, dignatarios y accionistas fueron particulares (no servidores públicos) hasta la compra por parte del Estado panameño de las acciones de la empresa. Dicha compañía, celebró una Junta de Accionistas el 1 de abril de 2011, y el acta de esta reunión se protocolizó e inscribió en el Registro Público de Panamá el 8 de abril de 2011, por medio de la Escritura Pública 6,698, de igual fecha.

En esa reunión, los accionistas de la sociedad decidieron por unanimidad: “Autorizar a TMP, a recibir en cesión el Contrato de Concesión No.21-10 de 5 de agosto de 2010 (el “Contrato de Concesión”) suscrito con la Autoridad del Tránsito y Transporte Terrestre de Panamá en representación del Estado Panameño.” Igualmente se designó un apoderado especial para suscribir el convenio de cesión del Contrato de Concesión con TMP como cesionario y FÁBRICA NACIONAL DE AUTOPARTES, S.A.- FANALCA, S.A. y FELGATE ENTERPRISES, S.A., como cedentes. También, se autorizó a TMP para gestionar ante la ATTT o cualquier otra entidad, los trámites necesarios para que se aprobara la cesión mencionada.

No consta en la documentación que hemos analizado, registros que sustenten el trámite efectuado para la aprobación de la mencionada cesión por parte del Estado panameño, sin embargo, puede observarse en la Adenda 3 al contrato de concesión, que la misma fue suscrita el 5 de octubre de 2011, entre la ATTT por parte del ESTADO y la sociedad anónima TRANSPORTE MASIVO DE PANAMÁ, S.A. como CONCESIONARIO, por lo que, tomando en cuenta la fecha de la Adenda y la de inscripción del Acta de Accionistas de la empresa en el Registro Público, es factible suponer que dicho trámite debió realizarse entre el 8 de abril de 2011 y la fecha de suscripción de la mencionada adenda al Contrato de Concesión 21-10. Cabe señalar que la cláusula VIGÉSIMA NOVENA del contrato de concesión permite la cesión del mismo, previa autorización de la ATTT.

El 6 de junio del año 2014, TMP presentó una demanda arbitral contra el Estado panameño y la ATTT presentó una demanda de reconvenición el 21 de julio del mismo año. Posteriormente, para poner fin a las diferencias entre la empresa y el Estado, se acordó la firma de un Contrato de Transacción y Finiquito y un Contrato de Compraventa de Acciones, a fin de que el Estado adquiriera la totalidad de las acciones de la empresa.

Así las cosas, el Consejo de Gabinete emitió la Resolución de Gabinete No. 115 de 13 de octubre de 2015 anunciando el alcance de un acuerdo preliminar y un borrador de Finiquito y un Contrato de Compraventa de Acciones, y que, **con fundamento en que el Estado tenía la pretensión de transformar el servicio público de transporte que estaba brindando la empresa, por uno donde se diera mayor importancia a la calidad recibida por el usuario, en cumplimiento de lo establecido en el Artículo 259 de la Constitución Política de la República, que señala que las concesiones de medios de comunicación o transporte y de otras empresas de servicio público, se inspirarán en el bienestar social y el interés público, se consideró conveniente que fuera METRO DE PANAMÁ, S.A. la que comprara las acciones de TMP por parte del Estado y se resolvió realizar los trámites necesarios para ello.**

Por otro lado, en la mencionada Resolución de Gabinete 115, al mencionarse los términos principales del contrato de Finiquito y Compraventa de Acciones se señaló lo siguiente:

“4. La parte de los préstamos que no va a ser devuelta por Transporte Masivo de Panamá, S.A. a sus actuales accionistas según lo descrito en el párrafo 3 anterior, es decir, el monto de doce millones cuatrocientos diecinueve mil seiscientos sesenta y dos dólares con cincuenta centésimos (US\$12,419,662.50), se convertirá al momento de la compraventa en una reserva para pagar ciertos tipos de contingencias, y cualquier saldo de dicha reserva que exista dos años después de la compraventa será condonado;”

Esta *Reserva-Contingencias*, quedó estipulada en el literal “v” de la Cláusula 7.02 del Contrato de Compraventa de Acciones y existe una Certificación, suscrita el 29 de enero de 2016 por el Contador Público Autorizado ROGELIO A. BOUCHE C., sobre la creación de un fondo de reserva por la suma de DOCE MILLONES CUATROCIENTOS DIECINUEVE MIL SEISCIENTOS SESENTA Y DOS BALBOAS CON CUARENTA Y DOS CENTÉSIMOS (B/.12,419,662.42), no quedó claro de forma expresa, cuáles eran estas “contingencias”.

El 4 de diciembre de 2015, el Consejo de Gabinete emitió la Resolución de Gabinete No. 130, con fundamento en que:

“el Estado, en el marco de la política de movilidad urbana, se ha propuesto consolidar el Sistema Integrado de Transporte Público para el Área Metropolitana de Panamá, lo que incluye que se traspase a propiedad del Metro de Panamá, S.A. las acciones de la empresa Transporte Masivo de Panamá, S.A.;

**Que con esta decisión se persigue transformar la filosofía de servicio público de transporte que se brinda actualmente, dándole mayor importancia a la calidad recibida por el usuario;**

(...)

Que el Estado, como único accionista de Metro de Panamá, S.A. en asamblea extraordinaria de accionistas celebrada el 14 de octubre de 2015, aprobó que Metro de Panamá, S.A., procediera con la compra del 100% de las acciones emitidas y en circulación de Transporte Masivo de Panamá, S.A.;

**Que los términos y condiciones del mencionado Finiquito y Contrato de Compraventa de Acciones, incluyendo el precio de compra de las acciones y los términos de pago de la deuda de accionistas, fueron negociados por el Estado bajo la dirección del Ministerio de la Presidencia con la participación de la Comisión Presidencial de Transporte, ad hoc, y otras entidades del Estado, con la asesoría y el apoyo de un equipo de asesores financieros, contables, legales y técnicos.”**

(Subrayamos y resaltamos nosotros)

Estos motivos, conjuntamente con otros planteados en la resolución descrita, sirvieron como base para establecer los parámetros generales para la compraventa de acciones y la firma de un convenio de transacción y finiquito entre el Estado y los accionistas de TRANSPORTE MASIVO DE PANAMÁ, S.A.

De manera complementaria, se emitió la Resolución de Gabinete No. 1 de 5 de enero de 2016 con la finalidad de autorizar el pago adelantado de las deudas de la empresa y firmar todos los instrumentos financieros correspondientes y realizar las operaciones comerciales que fueran necesarias para ello.

Con base en los documentos antes mencionados, el 15 de diciembre de 2016 se firmó el FINIQUITO Y CONTRATO DE COMPRAVENTA DE ACCIONES No. MPSA-028-2015, y el 28 de enero de 2016, el CONTRATO DE TRANSACCION Y FINIQUITO entre el ESTADO panameño y los accionistas de TMP.

En el contrato MPSA-028-2015 se estableció que antes o en la fecha de cierre de la compra de las acciones, se firmaría el **Contrato de Transacción y Finiquito** con la finalidad de que los vendedores y el Estado se liberasen mutuamente de toda responsabilidad y obligación, renunciando a todo posible reclamo en relación con la Concesión, con excepción de las reclamaciones que se derivasen del propio contrato de compraventa de acciones y los demás documentos relacionados con la transacción.<sup>1</sup>

En este mismo contrato MPSA-028-2015, el segundo párrafo del literal “f”, denominado “Litigios”, de la Cláusula 5.01, señala:

“A la Fecha de Suscripción no existe juicio, demanda, proceso, secuestro, embargo, medida cautelar, investigación de derecho administrativo, o Reclamo Formal alguno, ya sea judicial, administrativo o arbitral de cualquier índole o naturaleza (ya sea civil, mercantil, fiscal, laboral, penal o de cualquier otra índole o naturaleza), en contra de TMP o de sus bienes, (i) que haya sido iniciado y sea del conocimiento de TMP por razón de haber recibido una comunicación escrita al respecto o (ii) con que TMP haya sido amenazado por escrito, **salvo por aquellos divulgados en el Anexo 5.01(f).**”

(Resaltamos nosotros)

El anexo 5.01 (f), contiene listados sobre procesos o asuntos litigiosos en los cuales TMP era parte y la situación, en el momento de la compraventa de acciones, de cada proceso. Dichos listados se refieren a conflictos colectivos laborales, procesos administrativos laborales, demandas laborales, procesos civiles, procesos penales, procesos administrativos de tránsito, procesos de tránsito por colisión y fuga, reclamaciones por hechos *dentro de móviles* o bien quejas vía call center. A pesar de que los reclamos son numerosos y de diversa índole y génesis, pudimos identificar en dichos listados casi todos los reclamos que originan esta consulta, **los cuales eran conocidos por la empresa y por todos los que tuvieron acceso a esta documentación en la etapa de negociación y firma de la misma por parte del Estado.**

Cabe señalar que **la Autoridad de Tránsito y Transporte Terrestre estaba en conocimiento de esta situación desde mucho antes** de la firma del Contrato de Compraventa de Acciones, según consta en un documento denominado *GUÍA SISTEMÁTICA DE LAS ACTUACIONES DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO SOBRE VÍCTIMAS DE MI BUS*, visible a foja 17 del expediente de Queja 070-17 adelantado por dicha Defensoría, en el que también puede observarse que **desde febrero de 2015 se vienen adelantando gestiones conjuntamente con el Ministerio de Gobierno** para brindar alguna solución a, por lo menos, 34 de estas personas.

Volviendo al Contrato de Compraventa de Acciones MPSA-028-2015, se observa la cláusula 5.02, cuyo acápite (c) denominado Validez y Exigibilidad señala:

“Este Contrato constituye, y dichos Documentos de la Transacción y dichos Documentos Accesorios una vez suscritos y otorgados por Metro de Panamá constituirán, una obligación válida del Comprador, exigible de conformidad con sus términos y condiciones, salvo, en lo

---

<sup>1</sup> Ver CLÁUSULA 2.01 del Finiquito y Contrato de Compraventa de Acciones No. MPSA-028-2015, Página 12.

que a su exigibilidad respecta, por los efectos de Leyes de quiebra, concurso de acreedores y otras normas similares que afectan los derechos de acreedores en general. Sin perjuicio de lo anterior, es la intención de las partes del Contrato de Transacción y Finiquito que la transacción de todos los Procesos Legales (según se define en el Contrato de Transacción y Finiquito), pasados, presentes y futuros, amparados por el Contrato de Transacción y Finiquito tenga, entre las Partes, eficacia y autoridad de cosa juzgada de conformidad con el artículo 1506 del Código Civil y el artículo 1086 del Código Judicial de la República de Panamá y que por lo tanto las partes del Contrato de Transacción y Finiquito puedan invocar las excepciones de cosa juzgada y de transacción ante cualquier proceso legal en cualquier tribunal o corte de la República de Panamá, así como en cualquier tribunal judicial o corte de arbitraje internacional, de conformidad con los artículos 690 y siguientes del Código Judicial de la República de Panamá.

Este Contrato constituye, y dichos Documentos de la Transacción y dichos Documentos Accesorios una vez suscritos y otorgados por Entidades Gubernamentales que sean parte de los mismos, exigible de conformidad con sus términos y condiciones, salvo, en lo que a su exigibilidad respecta, por los efectos de Leyes de moratoria, inmunidades y otras normas de orden público. Sin perjuicio de lo anterior, es la intención de las partes del Contrato de Transacción y Finiquito que la transacción de todos los Procesos Legales (según se define en el Contrato de Transacción y Finiquito), pasados, presentes y futuros, amparados por el Contrato de Transacción y Finiquito tenga, entre las Partes, eficacia y autoridad de cosa juzgada de conformidad con el artículo 1506 del Código Civil y el artículo 1086 del Código Judicial de la República de Panamá y que por lo tanto las partes del Contrato de Transacción y Finiquito puedan invocar las excepciones de cosa juzgada y de transacción ante cualquier proceso legal en cualquier tribunal o corte de la República de Panamá, así como en cualquier tribunal judicial o corte de arbitraje internacional, de conformidad con los artículos 690 y siguientes del Código Judicial de la República de Panamá.” (SIC)

Por otro lado, en el ARTÍCULO X del contrato de compraventa de acciones, que trata sobre INDEMNIZACIONES, podemos observar las condiciones para que el Estado pueda hacer reclamos a los vendedores, producto de *Indemnizaciones Especiales*, indemnizaciones que se encuentran relacionadas con los procesos detallados mediante el Anexo 5.01 (f), al que ya nos hemos referido. Dentro del mencionado ARTÍCULO X encontramos la CLÁUSULA 10.04, la cual establece lo siguiente:

“CLAUSULA 10.04 Fuentes de Pago.

(a) ...

(b) Todo reclamo que tenga el Comprador contra los Vendedores por las Indemnizaciones Especiales será pagado en efectivo por los Vendedores al Comprador (independientemente de que exista o no un saldo en la Reserva-Contingencias) dentro de un plazo que no excederá treinta (30) días luego de que dicho pago sea requerido por el Comprador, en el entendido de que, en caso de que en la fecha de vencimiento de cualquier abono de capital bajo los Pagarés/CxP Accionistas 2 existan uno o más reclamos por Indemnizaciones Especiales que hayan surgido antes del primer aniversario de la Fecha de Cierre de la Compra y no hayan sido pagados por los Vendedores a dicha fecha de vencimiento, (...)”

(Subrayamos y resaltamos nosotros)

Observamos en el citado contrato todas las previsiones en cuanto a cuentas por pagar a los accionistas, acreedores, proveedores, personal administrativo y personal en general de la empresa, sin embargo, no se hizo referencia, al menos de manera expresa, a cómo se resolvería la situación de los afectados relacionados con el anexo 5.01(f).

#### **b. Contrato de Transacción y Finiquito**

Por su parte, el CONTRATO DE TRANSACCIÓN Y FINIQUITO celebrado el 28 de enero de 2016, plantea como uno de los considerandos para la celebración de dicho contrato, que “las partes tienen como objetivo, mediante este Contrato, celebrar la transacción más amplia posible para (i) poner término y transar (judicialmente) en todos sus puntos, todos los Procesos Legales pasados y/o existentes y a la vez (ii) renunciar y transar (extrajudicialmente) a todo Reclamo y acción que las Partes puedan tener entre sí y evitar la provocación de Procesos Legales futuros entre las Partes, según lo contempla el Código Civil en sus artículos 1500 y siguientes y el Código Judicial en sus artículos 1082 y siguientes, todo ello según se contempla en este Contrato”.

Mediante la Cláusula 4.02 sobre Renuncia a Reclamos y Procesos Legales Futuros, la ATTT y el Estado panameño se comprometieron a no iniciar procesos contra los vendedores, Fanalca y/o Felgate, sus afiliadas, directores, dignatarios, y empleados y renuncian a cualquier reclamo o proceso contra estos. Esto incluye, según el acápite “c” de la citada cláusula, “Los Procesos Legales y Reclamos basados en hechos, actos y circunstancias ocurridos antes de la fecha de este Contrato, aun cuando dichos hechos, actos o circunstancias (i) no surtan efecto y/o (ii) no se conozcan hasta después de la fecha de este Contrato”.

La Cláusula 4.04 repite la fórmula utilizada en el Contrato de Compraventa de Acciones, sobre el efecto de cosa juzgada de esta transacción.

#### **B. Efectos de la compraventa de acciones sobre el Contrato de Concesión**

Con la compra de las acciones de TRANSPORTE MASIVO DE PANAMÁ, S.A., por parte de METRO DE PANAMÁ, S.A., una empresa 100% estatal, TMP se convierte de hecho (no fue creada por ley) en una empresa estatal, pues brinda un servicio público; el Estado es el propietario del total del capital accionario; y su presupuesto está sujeto al control y fiscalización de la Contraloría General de la República. Por ende, el Estado panameño se convierte también en EL CONCESIONARIO y el titular de los derechos y obligaciones de todas las partes dentro del contrato.

Luego, el Contrato de Concesión Administrativa No. 21-10, aún vigente, ya no es entre un particular y el Estado panameño sino entre el Estado y el Estado, o un contrato interinstitucional. De hecho, habría dejado de ser un contrato de Concesión Administrativa por carecer de uno de los elementos esenciales para ese tipo de contratos, cual es, que una parte es el Estado y la otra un particular.

Visto lo anterior, es el Estado panameño, bajo la responsabilidad de METRO DE PANAMÁ, S.A. y TRANSPORTE MASIVO DE PANAMÁ, S.A., el que tiene la obligación, de acuerdo con lo que señala el contrato, de realizar *el diseño, suministro y operación por su cuenta y riesgo del Sistema Integrado de transporte colectivo público de Pasajeros en los Distritos de Panamá y San Miguelito, incluyendo el suministro de la flota y obras menores que permitan la prestación del servicio con una cobertura del 100% del área dada en concesión, bajo el control y fiscalización de la ATTT o quien actúe como el ente fiscalizador de la ejecución del contrato por 15 años contados a partir del 5 de agosto de 2010, es decir, hasta el 5 de agosto de 2025, cuando todos los derechos y privilegios vinculados a la operación de los servicios concedidos e implementados durante la vigencia del contrato revertirán a la ATTT.*

### **C. Análisis del Contrato de Concesión**

#### **a. Obligaciones del CONCESIONARIO de acuerdo con el Contrato de Concesión**

Según el Contrato de Concesión 21-10, entre las obligaciones del CONCESIONARIO descritas en la cláusula VIGÉSIMA CUARTA, se encuentran:

#### **“VIGÉSIMA CUARTA: OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO**

EL CONCESIONARIO tendrá, sin perjuicio de las demás obligaciones que surjan de la legislación nacional vigente, las siguientes obligaciones emanadas del pliego de cargos que sirvió de base para la concesión, sus adendas, este contrato y sus anexos, la Propuesta de EL CONCESIONARIO, así como de las directrices legítimamente impartidas por la ATTT y se obliga a cumplir con las siguientes estipulaciones:

(...)

**b.** Ser responsable ante el Estado, los Municipios y las autoridades en general, por todas las obligaciones, compromisos, o deudas que adquiera durante la vigencia de este contrato, así como frente a los pagos de impuestos, salarios, liquidaciones y prestaciones laborales y sociales de sus empleados e **indemnizaciones a terceros** y cualquier otra suma o cargo que se genere durante la ejecución del presente contrato y que sea de responsabilidad de EL CONCESIONARIO; liberando al Estado de toda **responsabilidad por daños y perjuicios a terceros**, deudas, obligaciones, compromisos y pagos en concepto de prestaciones laborales y salarios que se originen como consecuencia del presente contrato.

(...)

**h.** **Contratar los seguros obligatorios de ley y aquellos que establece el pliego de cargos.**

(...)

**m.** **Velar por la seguridad del servicio, de los pasajeros, terceros y personal involucrado en las prestación de los mismos, dando cumplimiento a las disposiciones de revisión técnica de los vehículos y a las normas vigentes en materia de tránsito, debiendo adoptar las medidas que resulten necesarias para la consecución de tales fines.**



(...)

r. Registrar y atender diligentemente las quejas de los usuarios o terceros afectados.

(...)

u. Informar y/o entregar periódicamente, la siguiente información, a no ser que se produzca un cambio sustancial en alguno de los ítems:

(...)

- El informe del Libro de Reclamos que EL CONCESIONARIO, deberá llevar para cada ruta y servicio, conforme lo requerido reglamentariamente.
- El informe de accidentes con generales, descripción, causa y efecto (por qué se produjo y qué medidas se va a tomar, lesionados, etc.), conforme lo requerido reglamentariamente.

(...)"

(Resaltamos nosotros)

En concordancia, la CLÁUSULA VIGÉSIMA SÉPTIMA señala la obligación del CONCESIONARIO de mantener, durante la vigencia de la concesión, pólizas de seguro de la siguiente manera:

**“VIGÉSIMA SÉPTIMA: PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD DE DAÑOS Y PERJUICIOS.**

EL CONCESIONARIO deberá mantener durante la vigencia de la concesión, las pólizas de seguros de responsabilidad civil extracontractual que cubran las lesiones, daños y perjuicios que puedan ocasionarse a los usuarios del servicio y a terceros, así como a sus propiedades, liberando a la ATTT y a EL ESTADO de cualquier responsabilidad civil, penal o administrativa.

EL CONCESIONARIO contratará con todos los seguros obligatorios previstos por la legislación y reglamentos vigentes, y mantendrá suficiente seguro para responder por las siguientes eventualidades:

- a. Por lesiones personales, incluyendo muerte accidental, hasta B/.10,000.00 por persona.
- b. Por responsabilidad civil y daños contra la propiedad por una suma no menor de B/.250,000.00

EL CONCESIONARIO presentará a la Autoridad del Tránsito y Transporte Terrestre las pólizas que garanticen esta obligación en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles a partir de la entrega de la Orden de Proceder.

**Esta cláusula no limita en nada la responsabilidad de EL CONCESIONARIO o de sus subcontratistas que emane de la legislación vigente o de cualquier otra cláusula del Pliego de Cargos y este contrato, en caso de daños o destrucción de la propiedad o de lesiones a las personas.”** (Resaltamos nosotros)

Según se infiere de las cláusulas del Contrato de Concesión citadas, TMP tiene la obligación de, como mínimo, cumplir las disposiciones de revisión técnica de los vehículos y las normas vigentes en materia de tránsito, pero también de ***adoptar las medidas que resulten necesarias a fin de que se garantice la seguridad del servicio, de los pasajeros, terceros y personal involucrado en las prestación de los mismos.*** Es decir, que además de cumplir con el mínimo estipulado en el contrato y la ley, debe adoptar todas las medidas que resulten oportunas y necesarias para los fines descritos. Como consecuencia de esta responsabilidad, a juicio de este despacho, según se desprende de las cláusulas contractuales citadas, es deber de la empresa hacer frente a las incidencias menores ocurridas durante la prestación del servicio de transporte, que por su reducida cuantía no puedan ser objeto de reclamación judicial o administrativa de manera formal.

En cuanto a las eventuales obligaciones derivadas de accidentes de tránsito, TMP se encuentra obligada a contratar y mantener vigentes, además de las pólizas de seguro obligatorias por ley, las que establece el pliego de cargos, así como pólizas de responsabilidad civil extracontractual que cubran las lesiones, daños y perjuicios que puedan ocasionarse a los usuarios del servicio y a terceros y sus propiedades, que sean suficientes para permitirle a la empresa encarar cualquier responsabilidad civil, penal o administrativa.

#### **c. El fideicomiso que prevé el Contrato de Concesión**

Al modificarse la CLÁUSULA VIGÉSIMA SEXTA del CONTRATO DE CONCESIÓN 21-10, mediante la CLÁUSULA SEGUNDA de la Adenda No. 9 de 26 de noviembre de 2015, se estableció que el Estado, por medio del Ministerio de Economía y Finanzas, se comprometía a constituir un Fondo de Estabilización Financiera (FEF) el cual consistiría en un fideicomiso. Dicho fideicomiso debería tener un monto máximo de VEINTICINCO MILLONES DE BALBOAS (B/.25,000,000.00) y se estableció que únicamente podría ser utilizado para hacerle frente a los compromisos financieros asumidos por EL CONCESIONARIO con las entidades financieras; para que el Estado hiciera frente a los compromisos asumidos para con EL CONCESIONARIO en cuanto a hacerle aportes para cubrir déficits de caja operativos, financiero (incluyendo deuda adicional aprobada por el Estado) y de inversiones; para que el Estado pagara el precio de compra de las acciones de EL CONCESIONARIO; para que el Estado pagara cualquiera otra obligación contraída en el contrato de compraventa de las acciones de EL CONCESIONARIO, incluyendo el pago de horas extras de los trabajadores de EL CONCESIONARIO; y para regresar cualquier remanente de los bienes fiduciarios al Estado a la fecha de terminación del fideicomiso.

**Es decir, que no podían utilizarse estos dineros para hacer frente a los reclamos de los afectados por el servicio prestado por TMP.**

#### **D. Análisis de la Procuraduría de la Administración sobre lo consultado**

En cuanto a la primera interrogante planteada en la consulta, sobre si TRANSPORTE MASIVO DE PANAMÁ, S.A. puede suscribir acuerdos extrajudiciales para transigir litigios en curso en los que la empresa sea parte, como hemos señalado, la Cláusula Vigésima Séptima del Contrato de Concesión 21-10 regula lo concerniente a los seguros obligatorios que debe mantener la empresa para hacer frente a estas eventualidades, es

decir que, dado que la empresa tiene la obligación de contratar pólizas de seguros y mantenerlas vigentes, precisamente para hacer frente a obligaciones que se generen producto de accidentes, debe utilizar este mecanismo establecido en el Contrato de Concesión para hacer frente a los reclamos que le sean presentados.

En cuanto a si la empresa puede brindar una reparación económica de manera directa a los afectados o familiares de personas que hayan resultado víctimas como consecuencia de las actividades que desarrolla la empresa, el numeral 4 del artículo 200 de la Constitución Política de la República de Panamá establece lo siguiente:

“**Artículo 200.** Son funciones del Consejo de Gabinete:

(...)

4. Acordar con el Presidente de la República que éste pueda transigir o someter a arbitraje los asuntos litigiosos en que el Estado sea parte, para lo cual es necesario el concepto favorable del Procurador General de la Nación.

(...)”

Por su parte el artículo 1083 del Código Judicial señala:

“**Artículo 1083.** Los representantes judiciales del Estado, de los municipios y de cualesquiera otra institución descentralizada, autónoma o semiautónoma, no podrán transigir sin autorización expresa del Consejo de Gabinete, del Consejo Municipal o del organismo o corporación que deba darla según la ley.”

Dado que, tanto la Constitución como la ley, determinan que el Estado puede transigir los asuntos litigiosos en que sea parte, debe entenderse que este tipo de transacciones pueden darse únicamente cuando existan procesos judiciales o arbitrales en curso y en relación con dichos procesos.

De allí que, en el caso que existan litigios por motivo de los denominados *incidentes* o hechos distintos a accidentes de tránsito, o no cubiertos por las pólizas de seguro que debe mantener en vigencia EL CONCESIONARIO, podría ser jurídicamente viable que la empresa suscriba acuerdos extrajudiciales para transigir dichos litigios, siempre y cuando se cuente con la anuencia del Consejo de Gabinete y el concepto favorable del Procurador General de la Nación, para cada caso.

Complementariamente, la empresa deberá establecer, en caso de que no lo haya hecho aún, un mecanismo que permita atender de manera eficiente y eficaz los eventos que por su cuantía no den pie a un reclamo judicial o administrativo, tal como se desprende del análisis realizado al respecto de las obligaciones de la empresa, derivadas del contrato de concesión.

En relación con aquellos casos en los que existe una resolución en firme, por medio de la cual una autoridad competente ha exonerado de responsabilidad a quien debía prestar el servicio por parte de TMP o a la propia empresa, consideramos que no es viable firmar un acuerdo.

### **D.1. Responsabilidad del CONCESIONARIO en caso de incidentes menores.**

En el caso de incidencias menores, entendiéndose por tales, todas las que no son producto de un accidente automovilístico por colisión, incendio o vuelco y que por ende no estarían amparadas por las pólizas que mantiene la empresa, respecto de los cuales no se ha interpuesto proceso alguno, EL CONCESIONARIO, tiene la responsabilidad y la carga de acreditar que las mismas no han ocurrido por causas imputables a ésta. De lo contrario, a juicio de este despacho, sería posible inferir que TMP tendría que hacer frente a esta obligación, a la luz de lo estipulado por el literal “m” de la Cláusula Vigésima Cuarta del Contrato de Concesión.

Tal como lo establece la disposición señalada, es un deber de EL CONCESIONARIO *velar por la seguridad del servicio, de los pasajeros, terceros y personal involucrado en la prestación de los mismos, dando cumplimiento a las disposiciones de revisión técnica de los vehículos y a las normas vigentes en materia de tránsito, debiendo adoptar las medidas que resulten necesarias para la consecución de tales fines.*

Estas incidencias menores, deben igualmente ser atendidas por la aludida empresa, según se desprende del texto del Contrato de Concesión que como hemos señalado anteriormente establece la obligación de *Informar y/o entregar periódicamente, un informe del Libro de Reclamos que EL CONCESIONARIO, deberá llevar para cada ruta y servicio, así como, un informe de accidentes con generales, descripción, causa y efecto (por qué se produjo y qué medidas se va a tomar, lesionados, etc.).*

### **E. Reflexión Final**

El servicio de transporte es un servicio público, el cual, de acuerdo con el Artículo 259 de la Constitución Política de la República de Panamá debe estar inspirado en el bienestar social y el interés público, es decir, que al brindar el servicio debe ponerse el bienestar y seguridad de las personas por encima de cualquier otra cosa, pues el ciudadano es el sujeto y objeto del servicio público.

Precisamente, con fundamento en ese principio, fue que el Consejo de Gabinete tomó la decisión de entrar en una negociación con los antiguos propietarios de Transporte Masivo de Panamá, S.A., a fin de transformar el servicio público de transporte brindado por la empresa hasta ese momento, por uno en que se dé mayor importancia a la calidad del servicio recibido por la ciudadanía.

Esta deficiente prestación del servicio generó los reclamos que, como hemos señalado, eran conocidos por el Estado y sus representantes antes de la firma del Contrato de Compraventa de Acciones y el Contrato de Transacción y Finiquito pues casi todos constaban en el Anexo 5.01(f).

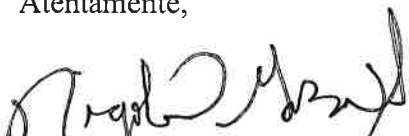
Al respecto debemos dejar constancia de que, en el documento denominado *GUÍA SISTEMÁTICA DE LAS ACTUACIONES DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO SOBRE VÍCTIMAS DE MI BUS*, que se encuentra dentro del expediente de queja que maneja la Defensoría del Pueblo, queda claramente establecido que la *mayoría de los afectados, no*

*interpusieron Procesos Judiciales en el momento oportuno, toda vez que se le había prometido que antes que finalizara el 2016, se les daría una respuesta a sus peticiones.*

Por todo lo anterior, instamos a TRANSPORTE MASIVO DE PANAMÁ, S.A y a la Autoridad del Tránsito de Transporte Terrestre a hacer valer el criterio utilizado por el Consejo de Gabinete cuando se autorizó la compra de las acciones de la empresa a METRO DE PANAMÁ, S.A., para que se hagan las adecuaciones necesarias al Contrato de Concesión y a la operación de la empresa estatal TRANSPORTE MASIVO DE PANAMÁ, S.A., con la finalidad de que realmente el servicio de transporte público de pasajeros en los Distritos de Panamá y San Miguelito esté inspirado en el bienestar social y el interés público, tal como lo establece nuestra Constitución Política, de forma que el ciudadano panameño sea realmente el sujeto y objeto del sistema.

Finalmente, deseamos dejar de manifiesto que llama la atención de esta Procuraduría el hecho de que, al momento en que se negociaba la transacción de compraventa de las acciones de la empresa Transporte Masivo de Panamá, S.A. se tomaron todas las previsiones para hacer frente a los compromisos con accionistas, acreedores, proveedores, personal administrativo y personal en general de la empresa, sin embargo, se obvió estipular, cómo se haría frente a los reclamos de las personas afectadas por la operación de la empresa, a pesar de que, como se ha visto, ello era del conocimiento de quienes se encontraban a cargo de la negociación por parte del Estado, incluyendo servidores públicos y abogados contratados especialmente para tal fin. Lo adecuado hubiese sido establecer de forma clara la responsabilidad de hacer frente a dichos reclamos, por parte de los vendedores de las acciones de la empresa, así como un mecanismo que permitiera que cada uno de estos reclamos fuera atendido de forma apropiada y oportuna, sin embargo, ello no ocurrió así.

Atentamente,

  
**Rigoberto González Montenegro**  
Procurador de la Administración



RGM/skdf