

su propia representación a fin de legitimar su representación en la presente controversia." (Actuación que va de fojas 1 a 51 inclusive).

La orden anteriormente transcrita es la impartida por la Junta de Conciliación y Decisión N°2 demandada en este recurso de Amparo propuesto por el trabajador Antonio Torres Aparicio; y aunque el amparista en las razones de hecho y derecho de la demanda omite indicar expresamente las normas constitucionales que consagran los derechos y garantías que dicha orden infringe o viola, sin embargo, si sostiene que ella atenta contra el principio de la libertad sindical remitiéndose al "Artículo 391 y siguientes", supuestamente del Código de Trabajo, y al "Convenio 87 relativo a la libertad sindical y el Convenio 98 del principio de Derecho Sindical". (Fs. 5 a 7 de la demanda de Amparo).

En ese orden de ideas, la Corte considera que la Junta de Conciliación y Decisión N°2 en este caso concreto actuó justamente conforme a la Ley y su conducta no puede señalarse como atentatoria de ningún derecho o garantía del trabajador demandante, ni siquiera violatoria del principio de la libertad sindical; porque, aunque se trate de una orden dictada en un proceso, dicho Junta (SIC) hizo lo que el Artículo 579 del Código de Trabajo establece, y, en ese sentido, el Amparo no puede en modo alguno prosperar para enervar una orden que no es violatoria de los derechos y garantías constitucionales.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Pleno, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DENIEGA el Amparo de Garantías Constitucionales propuesto contra la Junta de Conciliación y Decisión N°2.

COPIESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASe la actuación al Lugar de Origen,

(FDO.) RODRIGO MOLINA A., (FDO.) ENRIQUE BERNABE PEREZ, (FDO.) JUAN S. ALVARADO S., (FDO.) LUIS CARLOS REYES, (FDO.) RAFAEL A. DOMINGUEZ, (FDO.) AMERICO RIVERA L., (FDO.) JORGE CHEN FERNANDEZ, (FDO.) MARISOL M. REYES DE VASQUEZ, (FDO.) CAMILO O. PEREZ, (FDO.) SANTANDER CASIS S., SECRETARIO GENERAL.

LA SALA 3a. DE LA CORTE SUPREMA consulta la INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTICULO 49 DEL CODIGO FISCAL. (MAGISTRADO PONENTE: MARISOL M. R. DE VASQUEZ).

CONTENIDO JURIDICO

Inconstitucionalidad.
Art. 49 del C. Fisal. Intereses del

Estado. Licitaciones. Discrecionalidad de la Administración.

No encuentra el Pleno pugna alguna entre el art. 49 del C. Fiscal y el art. 263 de la Carta Magna, porque la norma atacada como inconstitucional concede al Estado, como titular y defensor del patrimonio nacional, un poder discrecional en función del cual salvaguarda los intereses de la Administración, el que opera, en el caso de la adjudicación de licitaciones, en protección de los intereses de la comunidad nacional, cuando adquiere bienes destinados para uso público.

El Pleno DECLARA QUE NO ES INCONSTITUCIONAL el art. 49 del Código Fiscal.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. PLENO. PANAMA, veintidos de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro.

V I S T O S:

La Sala Tercera de la Corte remite a petición hecha por el Lic. Octavio Alvarado, dentro de la DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE PLENA JURISDICCION, interpuesta por el Lic. Octavio M. Alvarado en representación (SIC) de la Sociedad PRODUCTOS DE INTEGRACION, S.A. (PROINSA), para que se declaren nulas por ilegales, las resoluciones No. C.E. 154-83 del 25 de abril de 1983; Resolución No. 160-83 del 26 de mayo de 1983, ambas dictadas por el Comité Ejecutivo de la Autoridad Portuaria Nacional, apoderado de la sociedad Productos de Integración, S.A. (PROINSA), advertencia de Inconstitucionalidad en contra del Artículo 49 del Código Fiscal señalando que dicha disposición viola el Art. 263 de la Carta Política.

Dice así el advirtente:

"...el licenciado Octavio Alvarado, apoderado de la Sociedad Productos de Integración, S.A. (PROINSA), ha formulado advertencia de Inconstitucionalidad en contra del artículo 49 del Código Fiscal señalando que dicha disposición veda el artículo 263 de la Constitución Nacional.

La mencionada advertencia de inconstitucionalidad está planteada en los siguientes términos:

"Es cierto que la Licitación Pública se ha establecido para la protección de los fondos y bienes del Estado, previsto en el primer (sic) aparte del artículo 263 de la Constitución vigente.

¿Cuál sería la situación que confrontáramos sin la existencia de esa disposición constitucional?

Pero la disposición constitucional en cita no ha reservado al Estado o Gobierno, el derecho de rechazar una o todas las propuestas o de aceptar la que más convenga a sus intereses.

Este derecho deviene de la Ley (artículo 49 del Código Fiscal). Lo que la Constitución consagra en el siguiente principio:

"La Ley establecerá las medidas que aseguren en toda licitación el mayor beneficio para el Estado y plena justicia en la adjudicación." (Segundo aparte del artículo 263 de la Constitución Vigente).

Cualquier norma jurídica anterior a la Constitución vigente que sea contraria a ella, se tiene como no existente en virtud de lo que dispone el artículo 311 de la Constitución que nos rige. Darle vigencia al artículo 49 del Código Fiscal, es no entender el principio constitucional citado.

De no considerar los Honorables Miembros de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la no vigencia del artículo 49 del Código Fiscal, solicitado a la Sala la consulta respectiva al Pleno de la Honorable Corte Suprema de Justicia sobre la inconstitucionalidad advertida." (fs. 2-3)

Al dársele el trámite de Ley a la advertencia, se dió traslado de la misma al señor Procurador General de la Nación y dicho funcionario estimó en la Vista N°44 de 25 de mayo de 1984 que dicha norma no es inconstitucional.

Estima el advirtente que a su juicio el art. 49 del Código Fiscal viola el art. 263 de la Constitución Nacional. Dicen así dichas normas:

"Art. 49: El Gobierno se reserva el derecho de rechazar una o todas las propuestas o de aceptar la que más convenga a sus intereses." (Código Fiscal)

"Art. 263: La ejecución o reparación de obras nacionales, las compras que se efectúen con fondos del Estado, de sus entidades autónomas o semiautónomas o de los Municipios y la venta o arrendamiento de bienes pertenecientes a los mismos se harán, salvo las excepciones que determine la Ley, mediante licitación pública.

La Ley establecerá las medidas que aseguren en toda licitación el mayor beneficio para el Estado y plena justicia en la adjudicación." (Constitución Nacional)

Sobre la advertencia, el Sr. Procurador General de la Nación emitió los siguientes conceptos:

"En la demanda Contencioso-Administrativa de Plena Jurisdicción, interpuesta por la Sociedad Productos de Integración, S. A. (PROINSA) contra actos emitidos por el Comité Ejecutivo de la Autoridad Portuaria Nacional, que tramita la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, el Licenciado Octavio M. Alvarado, apoderado judicial de esta empresa, ha formulado advertencia de inconstitucionalidad/contra del Artículo 49 del Código Fiscal.

En hábil término contesto el traslado que se me ha corrido de la consulta antes descrita, y al efecto expongo:

El artículo 49 del Código Fiscal expresa lo siguiente:

"ARTICULO 49: El Gobierno se reserva el derecho de rechazar una o todas las propuestas o de aceptar la que más convenga a sus intereses."

A juicio del advertidor, el artículo 263 de la Constitución Nacional "no ha reservado al Estado o Gobierno, el derecho de rechazar una o todas las propuestas o de aceptar la que más convenga a sus intereses".

De aquí el deseo de que el Pleno de nuestra Corporación, en ejercicio de la facultad jurisdiccional en materia de constitucionalidad, confronte con el artículo 49 del Código Fiscal, con las disposiciones constitucionales relativas a la materia.

En el ánimo de definir un marco referencial, diremos que la disposición consultada forma parte del Capítulo IV, Sección Primera del Código Fiscal. Este capítulo se refiere a las Licitaciones Públicas y el mismo consta de treinta artículos.

La licitación pública se encuentra regulada, en la Constitución Nacional, en el Art. 263, norma esta que expresa:

"ARTICULO 263: La ejecución o reparación de obras nacionales, las compras que se efectúen con fondos del Estado, de sus entidades autónomas o semiautónomas o de los Municipios y la venta o arrendamiento de bienes pertenecientes a los mismos se harán, salvo las excepciones que determine la Ley, mediante licitación pública.

La Ley establecerá las medidas que aseguren en toda licitación el mayor beneficio para el Estado y plena justicia en la adjudicación."

Ahora bien, la licitación pública se comprende como el mecanismo a través del cual "la Administración Pública escoge al contratante que mejores ventajas le ofrezca." (VIDAL Perdomo, Jaime. Derecho Administrativo, Editorial Temis, Bogotá 1972, pág. 344). Tiene como finalidad, a juicio de Acosta Botello, "la protección de los fondos y bienes del Estado y la selección de un particular contratante entre varios postores, por haber hecho la propuesta más ventajosa a la Administración Pública, fundada la elección básicamente, en el menor precio de la oferta y el cabal cumplimiento del pliego de condiciones." (Juan B. Acosta Botello, La Licitación Pública en la Doctrina y en el Derecho Positivo Panameño. Panamá, Universidad, 1977 pág. 26).

De los conceptos citados se desprende con

claridad que el Estado, como expresión organizada del conglomerado social, posee en la licitación pública un mecanismo para salvaguardar sus intereses frente a la contratación de bienes y servicios con particulares.

Así vemos que luego de establecer la Constitución Nacional, la obligatoriedad de la celebración de licitación pública para ciertos actos, dispone la facultad que el legislador posee, para adoptar los mecanismos que aseguren en toda licitación el mayor beneficio para el Estado y plena Justicia en la adjudicación.

Surge en lo anterior, el fundamento jurídico práctico de la disposición consultada, disposición ésta que a no dudar encierra la facultad discrecional que el Estado posee, para rechazar una o todas las propuestas atendiendo al beneficio propio.

Este criterio es sustentado por el Licenciado Víctor L. Benavides P. cuando expresa:

"Como vemos, pues, entre los factores en declarar desierta una licitación pública se encuentra la facultad discrecional que tiene el Gobierno para rechazar una o todas las propuestas. El artículo 49 del Código Fiscal prácticamente encierra un poder discrecional, ya que se encuentra ajustado a la apreciación de los intereses de la Administración y, por ende, a la defensa de los mismos, por lo que es difícil que los particulares, en resguardo de sus intereses, se opongan a una estimación de esa especie. La disposición comentada le otorga a la Administración latitud en el obrar y una facultad decisoria para resolver una necesidad administrativa y a la vez constituye una defensa que tiene el Estado para no verse perjudicado en sus intereses."

Esa atribución que otorga a la Administración el artículo comentado, se reafirma en el artículo 43 del Decreto N°170 de 1960, el cual, en su parte final, señala que "el Consejo de Gabinete podrá rechazar una o todas las propuestas o aceptar la que más convenga a sus intereses, de

conformidad con el artículo 49 del Código Fiscal."

En relación a la forma verbal podrá, señalada (SIC) en el artículo 43 ya mencionado, tenemos que la misma conlleva el poder discrecional que tiene la Administración. En efecto, MARIENHOFF, nos enseña:

"No en todos los casos surge con claridad si se trata de un supuesto de actividad reglada o discrecional de la Administración Pública. De ahí, que en los casos en que ello ocurra, para aclarar este punto sea necesario recurrir a la 'interpretación' de la norma pertinente. Qué criterios han de tenerse en cuenta al respecto?

Deben tenerse presente las siguientes reglas:

.....
.....

4. A falta de otros elementos de juicio la redacción literal de la norma puede dar la clave para resolver si se está en presencia de actividad reglada o discrecional.

El empleo de ciertas expresiones, como 'facúltase' 'permítase', 'autorízase' 'podrá', y otras equivalentes, puede decidir la cuestión en favor de la discrecionalidad.

(20) MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1966, págs. 417-418.

Ese poder discrecional que tiene la Administración de rechazar una o todas las propuestas con base en el artículo 49 del Código Fiscal se atiende a los casos en que se ha hecho la adjudicación provisional o la adjudicación definitiva, tal como lo corrobora el

artículo 43 del Decreto tantas veces mencionado."
(BENAVIDEZ P. Víctor L. Algunas consideraciones sobre la Licitación Pública en Panamá, Monografía inédita, citada con consentimiento de su autor).

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en diversos fallos ha expuesto igual criterio. Así vemos que en sentencia de 16 de octubre de 1964 expresó:

"Cuanto queda dicho debe entenderse en su recto sentido doctrinal. De un lado se parte de un hecho innegable: que quien sólo obtuvo la adjudicación provisional de una subasta, no adquirió ningún derecho. De otro lado: que la acción de plena jurisdicción sólo está al alcance del que aspira a la reparación del perjuicio ocasionado a un derecho, en el sentido de bien protegido por el ordenamiento jurídico. El licitante que no consiguió la adjudicación definitiva, aunque sí la provisional, puede atacar los actos previos, los que fueron presupuesto de la licitación a que acudió. Pero no tiene derecho protegido por la Ley panameña para atacar el acto en que la administración declaró desierta la subasta, (V. art. 48 del Código Fiscal) porque existe en nuestra legislación una disposición, como la del artículo 49 del Código Fiscal, que confiere a las licitaciones o subastas públicas panameñas un carácter híbrido, al hacerlas participar de los caracteres propios tanto de las que la doctrina tiene como tales, como de las que ésta clasifica como "concursos". En estos, por regla general, sí cabe una disposición como la del artículo 49, porque el CONCURSO es un acto de la Administración en el que pueden participar los gobernados, reservándose aquella la facultad de desechar todas las proposiciones, aunque reúnan los requisitos señalados en los pliegos de cargo, o de escoger la que más le convenga, según las condiciones de la persona o del

servicio. El concurso, como se ve, es una forma intermedia entre la subasta y la contratación libre.

Para concluir, la Sala con todo énfasis, declara que su posición frente a la acción de plena jurisdicción promovida por el Dr. Jorge Ramón Valdés Ch., como apoderado de la empresa "PESCADERA, S.A." no es en manera alguna de asentimiento a los actos realizados por la Caja de Seguro Social, cuya culminación fue la venta del buque "ANITA". Entiéndese bien que la Sala sólo ha examinado este litigio en su aspecto formal; que se ha detenido en el umbral, en lo externo de la controversia".

(Repertorio Jurídico, Octubre-Diciembre 1964, pág. 264).

Teniendo presente que la norma atacada consagra un principio de discrecionalidad por parte del Estado para contratar, que se equipara al consentimiento como elemento esencial para la validez de cualquiera forma de contratación entre particulares, permitiéndole declarar desierta una licitación cuando estime que ninguna de las propuestas le conviene, y observando que el artículo 263 de la Constitución no contiene ninguna regulación en favor de los intereses de los particulares que aspiran, en una licitación pública, a contratar con el Estado, y que obligue a éste adjudicarla en un solo acto, lo cual sería peligroso, puesto que obligaría al Estado a tomar una propuesta aunque no le convenga. La norma consultada brinda una protección en favor de los bienes estatales, lo cual es concordante con el Artículo constitucional citado, cuando indica que la Ley establecerá las medidas que aseguren en toda licitación el mayor beneficio para el Estado.

Como ya hemos expresado, este criterio tiene una razón eminentemente lógica, pues siendo el Estado la expresión política de la organización de la sociedad, es en última instancia la protección de los bienes públicos la intención del artículo 49 del Código Fiscal.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVAZ,

(FDO.) AMERICO RIVERA L., (FDO.) MARISOL M. REYES DE VASQUEZ,
(FDO.) JUAN S. ALVARADO, (FDO.) JORGE CHEN FERNANDEZ, (FDO.)
RAFAEL A. DOMINGUEZ, (FDO.) RODRIGO MOLINA A., (FDO.) CAMILO
O. PEREZ, (FDO.) ENRIQUE BERNABE PEREZ, (FDO.) LUIS CARLOS
REYES, (FDO.) SANTANDER CASIS S., SECRETARIO GENERAL.

|||||

IMPEDIMENTO DEL MAGISTRADO LUIS CARLOS REYES en el AMPARO DE GARANTIAS CONSTITUCIONALES propuesto por CLUB SPA, S.A., contra el JUEZ PRIMERO DEL CIRCUITO DE PANAMA, CIVIL. (MAGISTRADO PONENTE: AMERICO RIVERA L.).

— IMPEDIMENTO LEGAL.—

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. PLENO. PANAMA, veinticuatro de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro.

V I S T O S:

El Magistrado LUIS CARLOS REYES, en su calidad de ponente en el Amparo Constitucional propuesto por CLUB SPA, S.A., contra el Juez Primero del Circuito de Panamá, Remo Civil, ha manifestado impedimento para atender en el caso.

Señala el Magistrado manifestante, como razón factual de su impedimento, el hecho de ser padre del DR. JORGE LUIS REYES C., quien como defensor de ausente ha tenido participación en el proceso dentro del cual se dictó la orden impugnada.

Como razón de derecho, invoca el numeral 3 del artículo 978 del Código Judicial en relación con el artículo 56 de la Ley 46 de 1956.

Y, efectivamente, a folio 46 del expediente, que contiene el proceso ordinario propuesto por CONSTRUCTORA DARIEN, S.A., contra CLUB SPA, S.A. aparece la designación del DR. REYES C. como apoderado judicial de la parte demandada, ahora demandante en este Amparo Constitucional.

Por esos motivos, la Corte Suprema -PLENO- administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA que es legal el impedimento manifestado por el Magistrado LUIS CARLOS REYES y, en consecuencia, le separa del conocimiento de este caso.

Como el Magistrado impedido tiene el carácter de sus-