

GACETA OFICIAL

ORGANO DEL ESTADO

AÑO LXXXIX

PANAMA, R. DE P., LUNES 7 DE SEPTIEMBRE DE 1992

Nº 22.116

CONTENIDO

ORGANO JUDICIAL
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
Fallo del 17 de agosto de 1992

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
Fallo del 21 de julio de 1992

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
Fallo del 27 de julio de 1992

REPÚBLICA DE PANAMA
ASAMBLEA LEGISLATIVA
SECRETARÍA GENERAL
SECCIÓN DE ADMINISTRACIÓN

ORGANO JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
Fallo del 17 de agosto de 1992

VISTOS:

La Procuradora de la Administración, en atención a solicitud formulada por el Consejo de Gabinete mediante la Resolución No.40 de 14 de agosto de 1990 (visible a fojas 60 y 61 del expediente), ha promovido proceso contencioso administrativo de nulidad contra la Administración pública, representada por el Director General de la Lotería Nacional de Beneficencia.

I. La pretensión y sus fundamentos.

En la demanda se formula pretensión consistente en una petición dirigida a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia para que declare que son nulos los contratos de Suministro de Billetes, Chances y Boletos de lotería distinguidos con los números 87 (123) 157 de 27 de enero de 1988 y 88 (123) 100 de 30 de enero de 1989 celebrados entre la Lotería Nacional de Beneficencia y los señores Jorge y Tomás Gabriel Altamirano Mantovani.

GACETA OFICIAL**ORGANO DEL ESTADO**

Fundada por el Decreto de Gabinete Nº 10 de 11 de noviembre de 1903

REINALDO GUTIERREZ VALDES
DIRECTOR**MARGARITA CEDENO B.**
SUBDIRECTORA**OFICINA**Avenida Norte (Eloy Alfaro) y Calle 3a. Casa No. 3-12,
Edificio Casa Amarilla, San Felipe, Ciudad de Panamá
Teléfono 28-8631, Apartado Postal 2189
Panamá 1, República de Panamá**LEVES, AVISOS, EDICTOS Y OTRAS**
PUBLICACIONES**NUMERO SUELTO: B/. 0.75****Dirección General de Ingresos****IMPORTE DE LAS SUSCRIPCIONES**

Mínimo 6 meses en la República: B/.16.00

Un año en la República B/.36.00

En el exterior 6 meses B/.18.00, más porte aéreo

Un año en el exterior B/.36.00, más porte aéreo

Todo pago adelantado

La entonces Procuradora fundamenta su pretensión en lo siguiente:

Primero: El 10. de febrero de 1965 sin que mediase licitación pública, ni concurso de precios, la Gerente de la Lotería Nacional de Beneficencia, señora Leticia Alvarado de González Barrientos, celebró el Contrato No.1 con el señor Tomás Gabriel Duque.

Segundo: En la cláusula décima de dicho contrato se dispuso que los derechos y obligaciones dimanantes del mismo se hacían extensivos al señor Tomás Gabriel Altamirano Duque "en caso de fallecimiento de Tomás Gabriel Duque... y sin necesidad de un nuevo documento". Por esta razón, el señor Tomás Gabriel Altamirano Duque también firmó ese contrato, el cual aparece aprobado por el Licdo. Rodrigo Moreno en su calidad de Ministro de Trabajo, Bienestar Social y Salud Pública y por el entonces Presidente de la República Marco A. Robles. Este contrato fue suscrito el 10. de febrero de 1965 y tenía una duración de 4 años a partir de esta fecha (cláusula sexta).

Tercero: Al vencimiento de dicho contrato no se suscribió otro contrato formal entre la Lotería y el señor Tomás Gabriel Altamirano Duque durante 18 años. Sin embargo, el Consejo de Gabinete, la Junta Directiva de la Lotería Nacional de Beneficencia y el Ministro de Hacienda

y Tesoro, mediante diferentes actos administrativos exceptuaron en 1987 y 1988 a la Lotería Nacional de Beneficencia del requisito de licitación pública y de concurso de precios por existir urgencia notoria en la celebración de los contratos cuya declaratoria de nulidad se pide.

Cuarto: Como ambos contratos fueron celebrados mediante contratación directa, sin estar precedidos de licitación pública, concurso de precios o solicitud de precios, porque se alegó que existía urgencia notoria para celebrarlos, los contratos son nulos puesto que infringen los artículos 75, 29 y 58 numeral 5 del Código Fiscal y los artículos 31 y 42 del Decreto Ejecutivo No. 33 de 3 de mayo de 1985.

Estima entonces la Procuradora que "los citados contratos consagran un monopolio (de una familia) con la institución contratante y sin término de vencimiento real" (a foja 94).

La citada funcionaria alega en la demanda que algunas de estas normas han sido infringidas en forma directa y otras por desviación de poder. El argumento central, sin embargo, es que no existió realmente urgencia notoria para la celebración de estos contratos sino que con los mismos se perseguía otorgarle un beneficio a los miembros de la familia Duque - Altamirano Duque - Altamirano Mantovani. Enfatiza en ese sentido la Procuradora que no podía existir urgencia notoria cuando los miembros de esta familia imprimieron los billetes para la Lotería por 18 años, sin contrato formal (desde 1969 hasta 1987) y, además, los nuevos contratos se celebraron por un número elevado de años (10 años el contrato celebrado en 1988).

Por último, la Procuradora de la Administración efectúa una comparación entre los contratos suscritos en 1965 y 1988 destacando que el último se celebró en términos

mucho más desventajosos para la Administración pública ya que el costo de impresión por fracción de billete aumentó de B/. 0.007 a B/. 0.0091, el costo de impresión directa de los chances aumentó de B/. 4 a B/. 5.52, el plazo del contrato aumentó de 4 a 10 años, las medidas de seguridad y control, de calidad previstas en el contrato de 1965 no se consagran en el contrato de 1988, la fianza fue proporcionalmente menor y por último en el contrato de 1988 se concedieron a los señores Altamirano exoneraciones de impuestos (sobre introducción del papel y de la tinta e ITBM en las cuentas presentadas) que no se pactaron en el contrato de 1965. El contrato celebrado en 1988 es el número 87 (123) 157.

Los dos contratos administrativos impugnados fueron firmados por la Directora General de la Lotería Nacional, Licda. Ana Villa de Flores, y fueron aprobados, uno por el Sr. Eric Arturo Delvalle como Presidente de la República y el otro por el señor Manuel Solís Palma, Ministro Encargado de la Presidencia.

II. La postura de los señores Altamirano Mantovani.

Los dos contratos cuya nulidad se pide en este proceso fueron suscritos entre la Lotería Nacional de Beneficencia y los señores Jorge W. y Tomás Gabriel Altamirano Mantovani, quienes otorgaron poder al Licdo. Alberto Martínez García (a foja 102).

El apoderado judicial especial de los señores Altamirano Mantovani no dió contestación a la demanda presentada por la Procuraduría de la Administración. No obstante, si actuó en el proceso.

La actuación del Licdo. Alberto Martínez García en este proceso estuvo dirigida en su mayor parte a dilatar el mismo.

Dicho abogado presentó los siguientes escritos: 1.

Recurso de apelación contra la providencia que acoge la demanda (2 de enero de 1991). 2. Incidente de Nulidad de lo actuado (4 de enero de 1991). 3. Advertencia de inconstitucionalidad, dentro del recurso de apelación contra la providencia que admitió la demanda (3 de febrero de 1991). No se tramitó por extemporánea, pues ya se había dictado la decisión. 4. Advertencia de inconstitucionalidad dentro del incidente de nulidad de todo lo actuado (13 de septiembre de 1991). Se declaró no viable el 28 de octubre de 1991. 5. Reconsideración contra el auto de 28 de enero de 1991 que decidió el incidente de nulidad. 6. Solicitud de aclaración de aspectos oscuros de la decisión que resolvió la advertencia de inconstitucionalidad de 28 de octubre de 1991. 7. Advertencia de inconstitucionalidad dentro de la solicitud de aclaración de puntos oscuros de la decisión de 28 de octubre de 1991, que resolvió una advertencia de inconstitucionalidad. Fue multado con B/.200.00 por abuso de gestión. 8. Reconsideración contra decisión del Pleno que no admitió la advertencia hecha en una aclaración de puntos oscuros que se pronunció dentro de otra advertencia de inconstitucionalidad presentada por el licenciado Alberto Martínez. 9. Incidente de Nulidad dentro de la advertencia de inconstitucionalidad que resolvió el incidente de nulidad dentro del proceso contencioso administrativo en el cual a su vez dentro del incidente de nulidad en lo contencioso había presentado una advertencia de inconstitucionalidad. Como se ve presentó incidente de nulidad dentro de una advertencia de inconstitucionalidad dentro de un incidente de nulidad del proceso contencioso administrativo. 10. Y por último presentó una cuarta advertencia de inconstitucionalidad dentro de un recurso de apelación contra el auto que acoge unas pruebas y deniega otras.

Esta conducta procesal debe ser tomada por la Sala como un indicio en contra de las alegaciones de los señores Altamirano, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 971 del Código Judicial.

En su alegato (visible de fojas 267 a 282) el Licdo. Martínez sostiene que los contratos impugnados no violaron en este proceso son contratos administrativos, como lo señaló la Sala al resolver, en auto de 28 de enero de 1992, incidente de nulidad de lo actuado propuesto por el apoderado judicial de los señores Altamirano Mantovani.

El artículo 75 del Código Fiscal dispone que son "absolutamente nulos los contratos en que tenga interés la Nación y que se hayan celebrado contraviniendo las disposiciones de este Código".

En realidad la validez de los contratos administrativos se encuentra amenazada, como ha señalado el tratadista francés Prosper Weil, profesor emérito de la Universidad de París, por irregularidades externas, que afectan la expresión o la realidad del consentimiento de las partes, y por irregularidades internas, que afectan el objeto o la causa del contrato o bien su contenido mismo en cuanto sea contrario al orden público. De esta forma, afirma Weil, el contrato administrativo puede carecer de validez por dos vías convergentes: la nulidad de los actos separables del contrato, de una parte; y la nulidad del contrato en sí mismo pronunciada por el juez del contrato, por otra parte (Prefacio a la obra de Dominique Pouyaud. La nullité des contrats administratifs. París, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1991, pág. 11).

La administrativista francesa Dominique Pouyaud clasifica las irregularidades que pueden producir la nulidad del contrato administrativo en dos categorías, a saber: las irregularidades externas y las irregularidades

internas. Pouyaud sostiene, en planteamientos que la Sala comparte, que las irregularidades externas son aquellas que inciden sobre la expresión del consentimiento de las partes, tales como la incompetencia de una autoridad pública para celebrar el contrato o para elaborarlo, la falta de aprobación previa del contrato, vicios de forma (ausencia de forma escrita) vicios de procedimiento, irregularidades en el procedimiento de selección del contratista privado o en el modo de aprobación del contrato; y una segunda clase de irregularidades externas son las referentes a la realidad del consentimiento que puede estar viciado por error, dolo, fuerza o lesión enorme (op. cit. pág. 31 a 135).

Las irregularidades internas de los contratos administrativos, afirma Pouyaud, consisten en vicios que afectan el objeto de los mismos, la causa y la no conformidad del contenido del contrato con el orden público que es específicamente relevante en materia de contratos administrativos (op. cit. págs. 141 a 277).

Por supuesto que se deben examinar estos vicios en cada caso concreto a fin de determinar la gravedad de los mismos ya que, a juicio de la Sala, sólo los vicios que revistan gravedad pueden dar lugar a la nulidad total del contrato. Nada impide que en caso de violaciones que se refieren a ciertos aspectos del contrato administrativo la Sala pueda decretar una nulidad parcial del mismo.

IV. La potestad del Consejo de Gabinete de exceptuar del trámite de licitación pública un contrato, por existir urgencia evidente en su celebración, es de carácter discrecional, pero no puede ejercerse en forma arbitraria.

La potestad que tanto el Consejo de Gabinete como el Ministerio de Hacienda y Tesoro ejercieron en 1987 y 1989 para exceptuar del acto de licitación pública o de concurso

de precios a los contratos cuya nulidad pide la Procuradora de la Administración, por considerar que existía urgencia evidente en la celebración de los mismos, es de carácter discrecional. Las potestades discrecionales se oponen a las potestades regladas y facultan a la autoridad, como dice André De Laubadère, para que, en presencia de circunstancias de hecho dadas, pueda elegir libremente tal o cual decisión sin que su elección esté determinada previamente por una regla jurídica (André De Laubadère, Jean-Claude Venezia e Ives Gaudemet, Traité de Droit Administratif, Tomo I, Undécima Edición, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, París, 1990. pág. 538).

No obstante, los actos de la Administración expedidos en ejercicio de una potestad discrecional están sujetos al control de esta Sala, sobre todo en lo que se refiere al examen de la competencia de la autoridad que los expidió, la finalidad perseguida por ellos (a fin de determinar si existió desviación de poder), la forma (a fin de examinar si existieron vicios de forma) y la existencia de los motivos alegados (con el objeto de comprobar si existió error de hecho o de derecho al confrontar los motivos con la realidad o con la calificación jurídica de la misma).

En el presente caso cobra especial importancia el examen de las finalidades perseguidas tanto por el Consejo de Gabinete como por el Ministro de Hacienda y Tesoro en 1987 y 1988 al declarar que existía urgencia evidente para celebrar estos dos contratos. Ello es así porque entre los motivos de ilegalidad de los actos de la Administración Pública se encuentra la desviación de poder, prevista en el artículo 26 de la Ley 135 de 1943 reformado por el artículo 16 de la Ley 33 de 1946.

La desviación de poder es un vicio de los actos administrativos que se genera, como señalan los tratadistas

De Laubadère, Venezia y Gaudemet, cuando la autoridad administrativa ejecuta o expide un acto de su competencia pero en desarrollo de una finalidad distinta de aquélla por la cual el acto podía ser legalmente expedido (obra citada, pág. 444). En este sentido, debe tenerse presente que tanto el Consejo de Gabinete como la Junta Directiva de la Lotería Nacional y el Ministerio de Hacienda y Tesoro debían actuar única y exclusivamente con una finalidad de interés general en la expedición de las citadas resoluciones y la desviación de ese interés hacia finalidades distintas puede producir el vicio a que aludimos.

La Sala considera que las autoridades administrativas actúan con una finalidad ilegítima al expedir actos de su competencia, en concordancia con lo señalado por André De Laubadère (obra citada, pág. 445), al menos en los siguientes casos:

1. Cuando el acto se expida obedeciendo a un móvil de tipo personal, como un interés privado o el espíritu de venganza.
2. Cuando el acto se expide por un móvil político ilegítimo como cuando se toma la decisión con el único objeto de perjudicar a un adversario político y,
3. Cuando el móvil del acto es el interés de un tercero, lo cual se produce cuando la decisión está dirigida a favorecer a un particular en detrimento de otro.

No hay que perder de vista que, como señala Carmen Chinchilla, profesora de Derecho Administrativo en la Universidad de Madrid, el vicio de los actos administrativos denominado desviación de poder " surgió como una elaboración de la jurisprudencia para fiscalizar esa manifestación de la potestad administrativa- denominada discrecional- que venía escapando del control

jurisdiccional" (La desviación de poder, Editorial Civitas, Madrid, 1989, pág. 58).

Por otra parte, existe una clara línea divisoria entre la discrecionalidad y la arbitrariedad. La discrecionalidad debe venir respaldada y justificada, como señala Tomás-Ramón Fernández, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Madrid, por los datos objetivos sobre los cuales opera "para no quedar en simple arbitrariedad" y, por ello, cuando conste de manera cierta la incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad a que se aplica, la jurisdicción contenciosa ha de sustituir la solución por la que resulte más adecuada a esa realidad o hechos determinantes. Por ello, la revisión jurisdiccional de la actividad discrecional debe extenderse, en primer lugar, a la verificación de la realidad de los hechos y, en segundo término, a la valoración de si la decisión discrecional guarda coherencia lógica con aquéllos (Arbitrariedad y discrecionalidad, Editorial Civitas, Madrid, 1991, págs. 115 y 116).

En general en la América Latina los tratadistas han entendido que el Órgano Judicial puede controlar los actos administrativos mediante los cuales se declare la urgencia notoria para celebrar un contrato administrativo. Así el administrativista argentino José Roberto Dromi ha escrito lo siguiente: "¿ puede el Órgano Judicial controlar la existencia de los requisitos de la urgencia como causal de contratación directa?. Entendemos que sí. Las circunstancias de que la emergencia sea concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva, resultan de la normativa jurídica, y de no interpretarse que es un proceder reglado, es al menos discrecional con límites jurídicos, siendo factible la fiscalización judicial de éstos" (La licitación pública, Editorial Astrea, Buenos

Aires, 1989, pág.168).

V. Los contratos No. 87 (123) 157 de 27 de enero de 1988 y No.88 (123) 100 de 30 de enero de 1989 son nulos por irregularidades externas en el procedimiento de selección del contratista.

La Junta Directiva de la Lotería Nacional de Beneficencia por medio de la Resolución No. 87-6 del 29 de noviembre de 1987, el Consejo de Gabinete por medio de la Resolución No. 152 de 3 de diciembre de 1987 y el Ministro de Hacienda y Tesoro, mediante la Resolución No. 454 de 21 de diciembre de 1987 autorizaron a la Lotería Nacional de Beneficencia y la exceptuaron de los trámites de licitación pública y de concurso de precios para celebrar un contrato administrativo cuya nulidad se pide. El Consejo de Gabinete mediante la Resolución No. 167 de 30 de diciembre de 1987 emitió concepto favorable al contrato que después sería celebrado con el No.87 (123) 157. Este contrato tenía una duración de 10 años contados a partir del 27 de enero de 1988 y su valor anual es de 4 millones setecientos mil balboas (B/.4,700.000.00) según la cláusula cuarta.

El contrato No.88 (100) de 30 de enero de 1989 para suministrar boletos de la Lotería instantánea fue celebrado directamente en atención a que el Consejo de Gabinete mediante la Resolución 58 de 8 de septiembre de 1988 lo exceptuó del procedimiento de licitación pública por considerar que existía urgencia notoria. Este contrato recibió concepto favorable del Consejo de Gabinete mediante la Resolución No. 101 de 21 de diciembre de 1988. Su plazo es de 5 años contados a partir del 30 de enero de 1989.

Considera la Sala que no podía existir urgencia notoria en la celebración de estos contratos cuando la familia Duque - Altamirano Duque había suministrado los billetes de lotería y otros elementos previstos en dicho

contrato por 18 años, sin la existencia de un contrato escrito, ya que el contrato anterior celebrado en 1965 había expirado en 1969.

Resulta palmario que tanto el Consejo de Gabinete como el Ministro de Hacienda y Tesoro y la Junta Directiva de la Lotería Nacional de Beneficencia actuaron, en 1987 y 1988, con desviación de poder al declarar que existía urgencia notoria en la celebración de ambos contratos, con lo cual se permitió que ambos se celebraran directamente, obviando los procedimientos legales para seleccionar a un contratista mediante licitación pública o concurso de precios. No obraron estas personas y entidades en pos del interés público al efectuar esas excepciones sino que el móvil de esos actos fue el interés de un tercero pues la decisión estuvo dirigida a favorecer a unos particulares en detrimento de otros. Ello es así porque al exceptuarse estos contratos del procedimiento de licitación pública o concurso de precios, se buscaba favorecer los intereses del señor Licdo. Tomás Gabriel Altamirano Duque y sus hijos, personas íntimamente vinculadas al gobierno de ese entonces.

Además, ha quedado demostrado en las explicaciones presentadas en la demanda por la entonces Procuradora, Dra. Aura Feraud, que el contrato celebrado en 1988 fue suscrito en condiciones más desventajosas para la Administración pública que el contrato de 1965 que aquél reemplazó. Por ello se acentúa lo señalado en el párrafo anterior en cuanto a que con la celebración de ese contrato no se tomó en cuenta en forma principal y determinante el interés público, sino que fue motivada para conceder ventajas a un tercero. Con esto se hace aún más palmaria la desviación de poder.

Si los actos separables del contrato administrativo

(en este caso las resoluciones que hicieron posible la contratación directa por supuesta urgencia notoria) infringen la ley por desviación de poder debe entenderse que el contrato administrativo ipso facto es también nulo. La Sala mantiene esta tesis pues ella tiene claro sustento normativo en lo dispuesto en los artículos 84 y 75 del Código Fiscal. Así lo ha entendido también la doctrina y el Consejo de Estado de Francia en sentencia de 10. de marzo de 1946 (Cfr. Dominique Pouyaud, op. cit. pág. 331). La desviación de poder en este caso se concreta como una desviación del procedimiento para seleccionar al contratista, de una licitación pública y de un concurso de precios, hacia la contratación directa con una finalidad distinta a la del interés general, que es la única que deben perseguir las autoridades administrativas al autorizar y celebrar contratos como los que nos ocupan.

Tampoco puede aceptar la Sala el argumento del apoderado judicial especial de los señores Altamirano Mantovani de que la nulidad fue subsanada porque estamos en presencia de una nulidad absoluta de estos contratos, según lo señalado en el artículo 75 del Código Fiscal, y la misma, entiende la Sala, que no es subsanable por actos posteriores de la Lotería Nacional de Beneficencia como los invocados por dicho abogado. Hay que tener presente que en materia de derecho administrativo, en que el interés tutelado es, como regla general, el interés público en materia contractual, la norma general es la nulidad absoluta (artículo 75 del Código Fiscal) y la excepción es la nulidad relativa del contrato.

Por último, debe tenerse presente, como se ha dicho, que la actitud de dilatar el proceso, asumida por el apoderado judicial de los señores Altamirano Mantovani, es tomada por la Sala, de conformidad con lo dispuesto en el

artículo 971 del Código Judicial, como un indicio en contra de los argumentos esbozados por dichos señores. Cuando se trata de obstruir el proceso en la forma en que lo hizo el representante de los mencionados señores debe entenderse que ello es un indicio de que ellos deseaban posponer a toda costa la resolución de la pretensión porque sus argumentos tienen poco fundamento jurídico.

De todo lo anterior la Sala concluye que los contratos No. 87 (123) 157 de 27 de enero de 1988 y 88 (123) 100 de 30 de enero de 1989 al ser celebrados en violación de lo dispuesto en los artículos 29 y 58 numeral 5 del Código Fiscal son absolutamente nulos, sanción ésta prevista en el artículo 75 del mismo Código.

En consecuencia, la Sala Tercera (Contencioso Administrativa) de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **DECLARA** que son absolutamente nulos los contratos administrativos No. 87 (123) 157 de 27 de enero de 1988 y 88 (123) 100 de 30 de enero de 1989 celebrados entre la Lotería Nacional de Beneficencia, por una parte, y los señores Jorge y Tomás Gabriel Altamirano Mantovani por la otra.

NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y PUBLIQUESE EN LA GACETA OFICIAL,

MGDO. ARTURO HOYOS

MGDO. EDGARDO MOLINO MOLA

MGDA. MIRTZA ANGELICA FRANCESCHI DE AGUILERA

ANAIS BOYD DE GERNADO
Secretaria Encargada

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
Fallo del 21 de julio de 1992

Entrada No. 897-91
RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD PROPUESTA POR EL LIC. RICARDO SEMPERO CONTRA LA RESOLUCION N°5 DEL 31 DE JULIO DE 1990, EMITIDA POR EL DEPARTAMENTO DE ORGANIZACIONES SOCIALES DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL.

MAGISTRADO PONENTE: EDGARDO MOLINO MOLA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.-PLENO.-Panamá, veintiuno (21) de julio de mil novecientos noventa y dos (1992).-

V I S I O S:

El licenciado RICARDO SEMPERO ha presentado Recurso de Inconstitucionalidad contra la Resolución N95 de 31 de julio de 1990 emitida por el Departamento de Organizaciones Sociales del Ministerio de Trabajo y Bienestar Social.

Acogida la demanda y surtidos todos los trámites procesales que establece la ley, pasa la Corte a desatar la controversia constitucional planteada.

El licenciado SEMPERO basa su acción en las siguientes razones:

"La Ley regulará lo concerniente al reconocimiento por el ejecutivo de los Sindicatos, cuya Personería Jurídica, quedará determinada por la inscripción, así se expresa el párrafo tercero del artículo 64 de la Constitución Nacional.

El artículo 344 del Código de Trabajo, nos dice: Para constituir un Sindicato de Trabajadores o de profesionales, se necesitan por lo menos cincuenta miembros.

El artículo 342 del Código de Trabajo, nos dice: Los sindicatos de trabajadores son:

ORDINAL 2: De empresa, cuando están formados por personas de varias profesiones, oficios o especialidades, que prestan servicios en una empresa.

La resolución 5 del 31 de julio de 1990, que admite el Sindicato de Trabajadores del Transporte Colectivo Panamá-Colón: SI.TRA.T.CO.PA.CO. no establece si es gremial o de empresa, ya que de ser de empresa Unión de Transportistas Colon-Panamá, S.A., que es la piquera que se dedica a realizar éste transporte y la forma en que fue emitida la resolución, no cumple con el artículo 342, 344 del Código de Trabajo y pasamos a explicar.

PRIMERO: El artículo VIGESIMO TERCERO del Pacto Social, de la sociedad UNION DE TRANSPORTISTAS COLON-PANAMA (UTRA-COLPA, S.A.), se establece que la misma se crea con la finalidad de administrar la piquera de buses y distribución del transporte y que nada tiene que ver con la administración de los autobuses, ni con las personas que

lo conducen, ya que el propietario del autobús se responsabiliza por el mismo.

Se sobre entiende que al no ser propietario de ningún transporte y dedicarse solo a la administración de la piquera en relación a las zarpes y encomienda, nada tiene que ver con la relación laboral de los conductores y los propietarios de cada autobús, los cuales mantienen su relación laboral independiente a ésta administración, ya que es el propietario del autobús el que responde por las prestaciones laborales, con el conductor del transporte.

SEGUNDO: Por otra parte, si la empresa UNION DE TRANSPORTISTAS (UITRACOLPA, S.A.), no es propietaria de autobús alguno, tampoco puede tener 50 (CINCUENTA) miembros como exige el artículo 344 de trabajo.

Consideramos que la resolución N25 del 31 de Julio de 1990, que admite el Sindicato de Trabajadores del Transporte Colectivo Panamá-Colón (SI.TRA.T.CO.PA.CO.), debió establecer que era un Sindicato Gremial y al no aclarar los trabajadores, consideran que es de empresa, sin que exista relación laboral alguna con la empresa Unión de Transportistas Colón-Panamá (UITRACOLPA, S.A.) y pretenden que se les reconozca como sindicato de la empresa, cuando es improcedente, ya que la empresa no mantiene laborando conductores, ni es propietaria de transporte alguno, solo administra la piquera. El artículo 352 Código de Trabajo, en su ordinal 3 señala que para constituir un sindicato, se requiere expresar la clase de sindicato que será.

Si se hubiera establecido en la resolución N25 del 31 de Julio de 1990, que el Sindicato es gremial, ya que son personas que se dedican al mismo oficio como conductores, el sindicato tendría validez en relación a los propietarios de autobuses y no en relación a la empresa Unión de Transportistas Colón-Panamá (UITRACOLPA, S.A.), que es ajena a la relación laboral.

TERCERO: En la actualidad el Sindicato de Trabajadores del Transporte Colectivo Panamá-Colón, (SI.TRA.T.CO.PA.CO.), pretende con su Personería Jurídica que se le acredite como sindicato activo de la empresa.

El artículo 342 del Código de Trabajo es claro, para que sea un sindicato de empresa, se necesita ser trabajadores de la misma empresa y este hecho no ocurre en el transporte, cada propietario es dueño de su unidad y responde de la relación laboral independientemente de la sociedad Unión de Transportistas Colón-Panamá (UTRACOLPA, S.A.), que solo atiende el cobro de zarpes y encomienda y administra la piquera.

Esta resolución al no expresar como lo exige el artículo 352 del Código de Trabajo, la clase de Sindicato que es, viola el artículo 64 de la Constitución Nacional, el cual nos dice que la Ley regulará lo concerniente al reconocimiento por el ejecutivo de los sindicatos, ya que al no determinar la clase de sindicato, deja a la libre interpretación que sea de empresa o gremial y consideramos que ésta falta de determinación y especificación, violenta la Ley que la regula y la norma constitucional que la fundamenta por lo que debe ser revocada la resolución 5 del 31 de Julio de 1990. Esta resolución al ser establecida se utilizó el artículo 63 de la Constitución, cuando debió ser el artículo 64 de la Constitución Nacional, que habla de las Organizaciones Sociales y Sindicato, por lo cual, el fundamento legal también la invalida".

El señor Procurador General de la Nación se opone a la declaratoria demandada, con base en los siguientes argumentos:

"De los argumentos vertidos por el recurrente, no se colige ni se precisa, de forma clara, el supuesto vicio de inconstitucionalidad de que se presume adolece el acto impugnado. El demandante, en la exposición del concepto de la intracción del Artículo 64 de la Constitución Nacional, se refiere a las normas del Código de Trabajo, que regulan lo atinente a los tipos de sindicato, al número de miembros, según la clase, para constituir un sindicato, así como lo concerniente a la facultad para admitir o rechazar la inscripción de una Organización Social y los requisitos para la inscripción de esta, aspectos y materia laboral de la cual no se entrevee(sic) ni se determina el vicio de inconstitucionalidad alegado.

Por otra parte, el demandante hace una serie de apreciaciones subjetivas sobre la forma y el contenido de

la Resolución N95 de 31 de julio de 1990, sin que estas constituyan ni tengan nada que ver con la técnica constitucional propia de esta clase de recurso extraordinario.

Dicho de otro modo, la disconformidad que deja sentada el recurrente, con respecto a la inscripción de una Organización Social que tiene que ver con un aspecto laboral, derivado del derecho de sindicalización que reconoce nuestra Constitución, no es asunto que deba dirimir el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, como máximo Tribunal Constitucional. Ello corresponde, al órgano estatal, que por mandato constitucional y legal, tiene que ver con tal procedimiento o trámite administrativo laboral.

Por lo demás, y a mayor abundamiento, aun cuando la problemática planteada por el recurrente no constituye, a nuestro juicio, un caso que deba dirimirse a través del control de la constitucionalidad, cabe señalar que el Artículo 356 del Código Laboral, establece, en cuanto al rechazo u objeción de la solicitud de inscripción de una organización social, que 'pasados dos meses ... sin que se hubiere rechazado u objetado la inscripción' -rechazo u objeción que compete a las autoridades que han de proceder a la inscripción-, se considerará inscrito al sindicato, federación, confederación o central, para todos los efectos legales y desde entonces el Ministerio queda obligado a expedir las constancias y certificaciones respectivas, y a efectuar en los registros de organizaciones sociales la anotación que corresponda'.

Así, pues, lo alegado y solicitado por el demandante, no es procedente, toda vez que no se está ante un negocio que por su naturaleza sea de aquellos que deban solucionarse dentro de la jurisdicción constitucional, por lo que no resulta infringida norma constitucional alguna".

La Corte observa que la discusión principal en este caso, gira en torno a la inquietud del Sindicato ULTRACOLPA, S.A. con respecto a la admisión de la inscripción de la Organización Social denominada SINDICATO DE TRABAJADORES DEL TRANSPORTE COLECTIVO PANAMA-COLON (SITRA.T.CO.PA.CO.), puesto que la

Resolución NQ5 de 31 de julio de 1990 que admitió tal inscripción, no especificó a cuál de las modalidades de sindicato de trabajadores, de los contemplados en el artículo 342 del Código de Trabajo, se ajusta este sindicato.

El demandante ha considerado que la violación constitucional se produce por cuanto el texto del artículo 64 de la Carta Magna en su párrafo tercero establece:

"ARTICULO 64.
.....
La Ley regulará lo concerniente
al reconocimiento por el Ejecutivo de
los sindicatos, cuya personería jurídica
quedará determinada por la inscripción.
.....
....."

La Ley invocada, reguladora del Derecho de Asociación Sindical, es el Código de Trabajo.

Observamos que en este negocio, no se produce violación a la norma constitucional considerada como infringida, sino más bien, un conflicto de intereses entre dos Organizaciones Sindicales a saber, SI.IRA.I.CO.PA.CO. y ULTRACOLPA, S.A.

Si existe razón legal para considerar que SI.IRA.I.CO.-PA.CO. se está extralimitando en sus funciones u objetivos y que está afectando a ULTRACOLPA S.A., no es este máximo Tribunal Constitucional el encargado, ni una demanda de inconstitucionalidad, la vía idónea para dirimir conflictos laborales ni sindicales; las acciones de inconstitucionalidad van dirigidas a la protección del orden constitucional y no a la tutela de derechos subjetivos de particulares.

Sin entrar, en virtud de lo anterior, a emitir concepto sobre la pretensión, observamos que los propios argumentos del recurrente se basan en especulaciones o situaciones comentadas, pero NO probadas.

Por otra parte, resulta curioso que el demandante, en su libelo (f.27), ha señalado:

"...violenta la Ley que la regula y la norma constitucional que la fundamenta por lo que debe ser revocada la resolución 5 del 31 de Julio de 1990".

La demanda de inconstitucionalidad sólo podría aspirar a que se declarara nulo un acto o resolución por inconstitucional. Las implicaciones de la declaratoria de la nulidad debe determinarse por los Tribunales que corresponden, y esto a consecuencia de la decisión de la Corte.

Este análisis nos revela un vicio más en la acción instaurada, que pretende la "REVOCACION" de la Resolución N95 de 31 de Julio de 1990, en una acción de inconstitucionalidad.

Debemos indicar finalmente que, la norma constitucional no ha sido vulnerada; que la ley (Código de Trabajo) a la cual hace referencia el artículo 64 de la Constitución Nacional, no establece las exigencias que el demandante aduce debía contener la Resolución en mención, y que por ultimo, se ha determinado que este negocio contiene una pretensión subjetiva de fondo, que no es materia del control constitucional, y que en todo caso es del conocimiento de la Jurisdicción Especial del Trabajo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, PLENO, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **DECLARA QUE NO ES INCONSTITUCIONAL** la Resolución N95 de 31 de Julio de 1990 emitida por el Departamento de Organizaciones Sociales del Ministerio de Trabajo y Bienestar Social.

NOTIFIQUESE, Y PUBLIQUESE

MGDO. EDGARDO MOLINO MOLA

MGDO. RAUL TRUJILLO MIRANDA

MGDO. JOSE MANUEL FAUNDES

**MAGDA. AURA E. GUERRA
DE VILLALAZ**

MAGDO. CARLOS LUCAS LOPEZ

MAGDO. FABIAN A. ECHEVERS

**MAGDA. MIRTA ANGELICA FRANCESCHI DE
AGUILERA**

MAGDO. ARTURO HOYOS

MAGDO. RODRIGO MOLINA A.

DR. CARLOS H. CUESTAS
Secretario General

Lo anterior es fiel copia de su original
Panamá, 20 de agosto de 1992
Secretaría General Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
Fallo del 27 de julio de 1992

MAG. PONENTE: Dr. CARLOS LUCAS LOPEZ T.

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD PROPUESTA POR EL LICENCIADO ULISES MANUEL CALVO E. EN CONTRA DEL ACTO DE NOMBRAMIENTO COMO ALCALDE DEL DISTRITO DE PENONOME DEL SEÑOR SANDINO CAMARGO SANTAMARIA.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.-PLENO.- PANAMA, VEINTISIETE (27) DE JULIO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y DOS (1992).-

V I S T O S:

El Licenciado ULISES MANUEL CALVO E. en representación, del señor ALPINO ZURITA SALCEDO interpuso demanda de inconstitucionalidad, contra el acto de nombramiento, del señor SANDINO CAMARGO SANTAMARIA como Alcalde del Distrito de Penonomé.

Una vez admitida la demanda de inconstitucionalidad, se le corrió traslado del negocio al señor Procurador General de la Nación, quien por medio de Vista No.9 del 13 de febrero de 1992 opinó que se ha producido el fenómeno jurídico de la sutracción de materia, toda vez que la situación jurídica del acto acusado en este caso el nombramiento del Alcalde, ha sido modificado con un nuevo nombramiento (f. 16).

Surtidas las formalidades procesales inherente a estos negocios, se fijó en lista el mismo se publicó por edicto. Habiendose vencido la etapa de alegatos le corresponde al Pleno resolver lo pedido, para lo cual se adelanta lo siguiente.

El acto cuya constitucionalidad se cuestiona en el negocio sub judice es el nombramiento de Sandino Camargo Santamaria, con cédula 2-70-666, como Alcalde del Distrito de Penonomé, a partir del 13 de febrero de 1990 sin embargo, se advierte que el recurrente transcribe el acto de toma de posesión, el cual a la letra expresa:

TOMA DE POSESION

"En la ciudad de Penonomé,
cabecera de la Provincia de Coclé,
República de Panamá, a los trece -13-

días del mes de febrero de mil novecientos noventa -1990- comparece al Despacho del Juzgado Municipal de Penonomé, el señor SANDINO A. CAMARGO SANTAMARIA varón, panameño, mayor de edad, soltero, educador, natural de Cañaveral, Distrito de Penonomé y residente en esta ciudad, cedula No.2-70-666 y Seguro Social No.153-5659; con el fin de tomar posesión del cargo de Alcalde Municipal del Distrito de Penonomé, conforme Decreto No.42 de fecha 26 de enero del presente año, comunicado por el Director Nacional de Gobierno Locales.

Debidamente juramentado por el señor Juez Municipal prometió cumplir y hacer cumplir fielmente la Constitución Nacional y Leyes de la República.

Terminada la presente acta se firma para constancia por todos los que en ella han intervenido.---El Juez (fdo.) Licdo. Ramón A. Laffaurie F.---El posesionado (fdo.) Sandino A. Camargo S. la Secretaria (fdo.) Zoila Aguilar R.

Lo hechos en los cuales se sustenta la demanda son expuestos por el apoderado judicial del señor Alpino Zurita Salcedo, en los términos que a continuación se transcriben:

"PRIMERO: Que el señor SANDINO CAMARGO SANTAMARIA, fue elegido Representante del Corregimiento de Cañaveral Distrito de Penonomé, Provincia de Coclé; en la última contienda electoral a nivel nacional.

SEGUNDO: Que dicho señor tomó posesión de su cargo, ante el Juez Municipal de Penonomé, como Representante de Corregimiento.

TERCERO: En fecha posterior, 13 de febrero de 1990, el precitado señor CAMARGO SANTAMARIA, tomó posesión del cargo de Alcalde de Penonomé y de lo cual fue debidamente juramentado ante el Juez Municipal de dicho Distrito.

CUARTO: El señor CAMARGO SANTAMARIA ha ejercido el cargo de Alcalde de Penonomé desde el día 13 de febrero de 1990, hasta la fecha."

La disposición constitucional que se afirma vulnerada es el artículo 226 de la Carta Magna, según el cual los Representantes de Corregimiento no podrán ser nombrados para cargos públicos remunerados por el respectivo

Municipio, y agrega la citada excerta constitucional que la infracción de la misma conlleva la nulidad del nombramiento.

A juicio del demandante lo establecido en la precitada norma de la Ley Fundamental resulta violado por el acto impugnado en virtud a que el señor Sandino Camargo Santamaría ejerció de manera remunerada el cargo de Alcalde, en el mismo Municipio en el que fue elegido como Representante de Corregimiento.

Lo cierto es que en este caso se incurrió en un error al transcribir el acto de toma de posesión del señor Sandino Camargo Santamaría, como quiera que lo que se demanda es el nombramiento del precitado como Alcalde del Distrito de Penonomé, por lo que salta a la vista que el acto acusado lo constituye el decreto de nombramiento.

Ahora bien, para resolver el Pleno aprecia que a foja 12 del cuaderno en examen, se aportó la copia en la que se acredita el hecho de que el señor Domingo Valdés Perez, con cédula No.2-71-640, fue nombrado por el Presidente de la República como Alcalde del Distrito de Penonomé, Provincia de Coclé, mediante el Decreto de Personal No.463 del 2 de diciembre de 1991.

Dedúcese de lo expresado que con la entrada en vigencia del nombramiento de un nuevo Alcalde del Distrito de Penonomé, Provincia de Coclé, ha dejado de existir el objeto litigioso en este negocio, por cuanto que desapareció la finalidad por la cual se promovió la presente demanda de inconstitucionalidad.

Con respecto al fenómeno jurídico previamente señalado el Dr. Jorge Fábrega P. cita la obra El Proceso Atípico del jurista Jorge Peyrano, que en lo pertinente expone que, la sustracción de la materia es un medio de extinción de la pretensión "constituído por la circunstancia de que la materia justiciable sujeta a

decisión deja de ser tal por razones extrañas a la voluntad de las partes: no pudiendo el Tribunal interviniente emitir un pronunciamiento de mérito (acogiendo o desestimando) sobre la pretensión deducida". FABREGA P., Jorge, Estudios Procesales, Tomo II, Editora Jurídica Panameña, Panamá 1990, pág. 1195.

Resulta entonces, que para que un acto pueda ser objeto de impugnación y control en la vía constitucional, debe producir efectos jurídicos concretos; además de producirlos en el momento en que se promueva la demanda. Puesto que de sucitarse lo contrario, carecería de objeto el decidir el fondo de la controversia, ya que mediante un proceso bajo estas circunstancias no se podría reparar ninguna transgresión del orden constitucional vigente.

Como corolario de los planteamientos que preceden es forzoso concluir que le asiste la razón al representante del Ministerio Público, en vista a que no existe duda alguna de que ha dejado de tener vigencia el acto cuya constitucionalidad es cuestionada en el presente negocio.

En consecuencia, la Corte Suprema, PLENO, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA que se ha producido el fenómeno jurídico de sustracción de materia en el presente negocio.

NOTIFIQUESE

MGDO. CARLOS LUCAS LOPEZ T.

MGDO. RODRIGO MOLINA A.

MAGDO. EDGARDO MOLINO MOLA

MGDO. RAUL TRUJILLO MIRANDA

MAGDO. FABIAN A. ECHEVERS

MAGDO. JOSE MANUEL FAUNDES

MAGDA. MIRTA ANGELICA FRANCESCHI

MAGDA. AURA E. GUERRA DE VILLALAZ

MAGDO. ARTURO HOYO

DR. CARLOS H. CUESTAS
Secretario General

Lo anterior es fiel copia de su original
Panamá, 20 de agosto de 1992
Secretaría General
Corte Suprema de Justicia