

, 19 de septiembre de 1991,

Licenciado  
Julio C. Harris  
Ministro de la Presidencia  
E. S. D.

Señor Ministro:

Tengo el agrado de darle contestación a las interrogantes que se sirvió plantearnos, mediante nota Nº 143-LEG fechada 4 de septiembre de 1991, en torno a la factibilidad de que el señor Presidente de la República conozca en grado de apelación, de decisiones que toman los Ministros de Estado o Titulares de las instituciones públicas.

Concretamente desea saber, en primer lugar, cual es la recta interpretación del artículo 32 del Decreto Nº 33 de 3 de mayo de 1985, que reglamenta el Capítulo IV del Título I del Libro I del Código Fiscal, sobre Licitación Pública, Concurso de Precios y los respectivos contratos con el Estado.

Dicha norma es del siguiente tenor literal:

"Artículo 32: Las personas que se consideren agraviadas con la decisión final podrán interponer recurso de reconsideración ante el funcionario o corporación administrativa que expidió la resolución o el de apelación para ante el Superior, o ambos entendiéndose que los mismos serán en efecto devolutivo. De uno u otro recurso, o de ambos, podrá hacerse uso dentro del término de cinco (5) días hábiles a partir de la fecha de notificación de la expresada resolución. Cuando se hubiere agotado la vía gubernamental, si así lo considera agraviado, podrá hacer uso de la acción de nulidad ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

Los recursos señalados en el presente artículo son aplicables al Concurso de Precios, con excepción del de reconsideración."

Como vemos, esta disposición de carácter reglamentario, señala cuales son los recursos ordinarios y extraordinarios que pueden interponer las personas que se consideren agraviadas por una "decisión final", que adopte en materia de licitaciones públicas y concursos de precios.

Ahora bien, por decisión final debe entenderse la adjudicación definitiva, que generalmente hace el Ministro o Titular de Institución Pública respectiva, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 28 (ibidem), o aquella adjudicación que hace el Gobierno, haciendo uso de la prerrogativa que le confiere el artículo 49 del Código Fiscal y el Artículo 29 del Decreto Nº 33.

Siendo ello así, es menester distinguir entre las autoridades que hacen la adjudicación de la Licitación Pública o concurso de precios, para efectos de determinar que recursos son procedentes en cada caso en particular, así: a) si la adjudicación definitiva la hace el representante legal de una entidad autónoma o titular de una Institución Pública, es dable interponer los recursos de reconsideración ante ese funcionario y de apelación para ante el superior, si se trata de una Licitación Pública; y el de apelación solamente, tratándose de un concurso de precios; b) si la adjudicación definitiva de una licitación pública la hace la Corporación administrativa, sea ésta la Junta Directiva, Comité Ejecutivo, Comisión Financiera Nacional, Consejo de Gabinete o cualquier otro cuerpo colegiado que represente la voluntad del Gobierno a su más alto nivel, solo será viable la interposición del recurso de reconsideración, puesto que tales organismos no se encuentran sujetos a subordinación de tipo funcional respecto de una entidad superior, que permita el conocimiento de la materia en grado de apelación. Pero si se trata de la adjudicación de un concurso de precios, efectuada por una corporación administrativa, no cabría recurso alguno en vía administrativa, porque el recurso de reconsideración en este último supuesto lo prohíbe expresamente la norma en comento; c) en los casos de adjudicaciones de licitaciones públicas que realizan los Ministros, es dable interponer recursos de reconsideración ante estos mismos funcionarios y/o recurso de apelación para ante el señor Presidente de la República.

Este último criterio lo fundamentamos en las razones siguientes:

1.- El Presidente de la República con arreglo a lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 178 de la Constitución Nacional, está facultado entre otras cosas, para: "Invalidar las órdenes o disposiciones que dicte un Ministro de Estado, en virtud del artículo 181, de la Constitución Nacional.

2.- Por su parte, el artículo 181 de la Constitución Política de la República, en su segundo inciso, establece lo siguiente:

"Artículo 181: .....  
.....

Las ordenes y disposiciones que un Ministro de Estado expida por instrucciones del Presidente de la República son obligatorias y sólo podrán ser invalidadas por éste por ser contrarias a la Constitución o la ley, sin perjuicio de los recursos a que haya lugar."  
(las subrayas son nuestras).

De acuerdo con esta disposición constitucional, los actos expedidos por los Ministros de Estado pueden ser dejados sin efectos; oficiosamente por el Presidente de la República, en el evento de que sean contrarios a la Constitución o a la Ley; y también podrán ser invalidados por éste o por el poder judicial en virtud de la interposición de recursos legales.

Resulta ilustrativo a este respecto, transcribir algunas de las discusiones de los miembros de la Comisión Revisora de la Constitución Política de la República de Panamá, que dieron lugar a la modificación que sufrió el texto constitucional en el año de 1983.

"Acta Nº 6:

DR. ROBERTO AROSEMENA: Yo quiero reflexionar sobre tres artículos; Uno es el 174, en donde yo considero que valdría la pena reflexionar si queremos un Presidente fuerte o un Presidente débil. Si queremos Ministros que conviertan sus Ministerios en ciertos feudos, o por el contrario queremos un presidente que de directrices directamente a los Ministros, como responsable el presidente ante la Nación que lo elige.

Yo sugiero que la subcomisión, en vez de la palabra "cooperar con el presidente", en el artículo 174, se

fije por las conveniencias o inconveniencias de que los Ministros de Estado deberán seguir las directrices del Jefe del organo Ejecutivo. En este caso sería el Presidente de la República en el ejercicio de sus funciones. Yo diría que uno de los problemas que se percibe en la Constitución de 1972, era que el Consejo de Gabinete, en un momento dado, tenía tanto poder como el Presidente de la República. En este caso la Constitución debería normar no solamente la cooperación de los Ministros con el Presidente o el Vicepresidente sino más bien que como cargo de designación o de nombramiento deberán seguir las directrices de quien los nombra."

LIC. ALVARO AROSEMENA: En relación al Artículo 174, a nosotros, nos parece que el hecho de que allí se mencione en el sentido que los Ministros de Estado son los Jefes Superiores de sus respectivos ramos, no significa que el Presidente de la República, no es el Jefe Superior de todo el engranaje del país y que por lo tanto no puede el Presidente tomar las medidas que considere indispensables dentro de cualquiera de las instituciones del Estado. Pudiera ser que en ese Artículo el aspecto que mencionaba el Dr. Roberto Arosemena de incluir algo relacionado con directrices del Presidente de la República mejorará la posición, pero nosotros no creemos que existe la menor duda con este artículo de que el Presidente de la República, es el Jefe Supremo de todo el Organismo Ejecutivo y de todas las Instituciones."

"Acta Nº 14:

DR. MARIO GALINDO: No voy a proponer nada concretamente por escrito, pero sí me preocupa el tenor del segundo párrafo del artículo, que dice: "las órdenes y disposiciones que un Ministro de Estado expida por instrucciones del Presidente de la República son

obligatorias y sólo podrán ser invalidadas por éste, por ser contrarias a la Constitución o a la Ley". Me consta que en la práctica forense este artículo ha planteado problemas. Normalmente los actos administrativos, incluso los que dicta un Ministro por recomendaciones o por instrucciones del Presidente, son susceptibles de ser atacados o impugnados a través de los recursos gubernativos, que son normalmente el de reconsideración y el de apelación. La redacción de esta norma de la Constitución ha creado problemas prácticos, porque en varias ocasiones en que se ataca una resolución dictada por un Ministro, procedida de la coletilla de que lo hace por instrucciones del Presidente, se ha dicho que no puede ser, entonces, atacada por la vía de los recursos gubernativos. Hay fallos que dicen que, en estos casos, no cabe el recurso gubernativo porque el único que puede invalidar el acto, de acuerdo con el artículo tal de la Constitución, es el propio Presidente si considera que la misma es contraria a la Constitución o a la Ley. Yo no sé si a ustedes les parece conveniente tratar de enfren-  
tar ese problema o dejarlo tal como está."

LICDO. GUILLERMO ENDARA: Yo le pregunto a usted o al Dr. Mario Galindo. Si se eliminara en ese párrafo las palabras "por instrucciones del Presidente de la República" y quedará "las órdenes y disposiciones de un Ministro de Estado son obligatorias", es decir, el hecho de que se diga que son por instrucciones del Presidente de la República o no, de todas maneras las órdenes del Ministro son obligatorias. No es así?

DR. JORGE FABREGA: A mí me parece que esta es una consagración de nuestro famoso resuelto; este es el Resuelto nuestro que no existe en otra parte del mundo y que sí es muy conveniente. Hay que establecer una distinción entre el acto que hace el Ministro y otro el que hace el Ministro por instrucciones

del Presidente de la República, pero no necesita firmarlo el presidente de la República. Entonces, el Resuelto, y la resolución, es decir, el Pasuelto no lo firma obviamente el Presidente y en cambio el otro es Resolución que hay de las dos clases, hay resolución Ejecutiva y hay Resolución Ministerial, Pero los Resueltos los firman el Ministro y el Viceministro, pero ellos no tienen competencia originaria, la tiene el Presidente de la República. Ellos lo hacen en virtud de una especie de delegación, que en virtud de esta norma se les da, pero no es ni delegación, sino instrucciones verbales. Entonces, Dr. Galindo, si se elimina la palabra "solo", ustedes piensan que es mejor agregar "sin perjuicio de los recursos legales".

Dr. MARIO GALINDO: Yo propondría que se elimine "solo" y se agregue luego de la palabra "Ley" la frase "sin perjuicio de los recursos gubernativos a que haya lugar."

DR. JORCE FABREGA: Que no se ponga la palabra "gubernativos" porque pueden ser recursos judiciales.

DR. MARIO GALINDO: Estoy de acuerdo que se elimine."

DR. HUMBERTO RICORD: Señor Presidente, las modificaciones tienen cierto fondo, las que se han propuesto, desde luego. En primer lugar pareciera que el adverbio "sólo" significa que el Presidente de la República no tiene iniciativa libre y hay actos dictados en estas circunstancias que afectan o benefician a terceras personas, a particulares; los afectan y a veces los benefician; entonces vamos a tener un Presidente con iniciativa más o menos libre para estar modificando actos que aquí se llaman resueltos y que a veces son

hasta importantes. La eliminación de la palabra "sólo" a mí me parece que talvez no le agregue mucho, ni le quite mucho al asunto. Y sería preferible para salvaguarda de los terceros dejarla. En segundo lugar, la modificación que ha prohiado el Dr. Alemán, venida del pliego del Dr. Quintero ya es de fondo, de mayor fondo, porque la invalidación de las decisiones Ministeriales no se sujeta a su inconformidad jurídica, sino que está diciendo inclusive que sean o no contrarias a la Constitución, así que si son constitucionales, libremente el Presidente puede revocarlas y yo creo que esa no es la idea de la disposición. La idea de la disposición es que el Presidente de la República sólo pueda revocar aquellas órdenes o disposiciones de sus Ministros, si son contrarias a las leyes o a la Constitución, y creo que es lo que debe quedar, no esa libertad de que puede modificarlas por encima o por debajo de la Constitución o de la Ley. Así es que yo pienso que en primer lugar talvez sería preferible dejar la palabra "sólo"; en segundo lugar, prefiero la redacción original a la propuesta por el Dr. Quintero, porque le da demasiada amplitud al Presidente de la República en actos que a veces se refieren a terceras personas. Y además, para que no subsista cierta interpretación un poco torcida de esta disposición, yo si convendría en que se le agregara al artículo una frase que dejara a salvo los recursos que las partes pudieran interponer. Porque si el Presidente quiere o no quiere, si considera que es constitucional o no es constitucional o legal una decisión, allá las partes que recurran dentro de las posibilidades que les diere la Ley. Por eso, yo le agregaría al artículo la frase final "sin perjuicio de los recursos que las partes puedan interponer", y aquí no se está diciendo qué es recurso, sino aquéllos que puedan interponer las partes, sean ordinarios o sean extraordinarios. Entonces yo propongo y lo puedo hacer hasta por escrito, sustituyendo la palabra "partes".

LICDO. GUILLERMO ENDARA: Le pregunto Dr. Ricord. Por qué la palabra "partes". Puede haber recursos de ilegalidad, que pueden ser públicos.

DR. JORGE FABREGA: Que se diga "sin perjuicio de los recursos a que haya lugar". Aquí hay algo."

3.- La adjudicación de las licitaciones públicas y concurso de precios en comento, se fundamentan en disposiciones contendidas en un Decreto Ejecutivo (Nº 33 de 1985), de suerte que se dan las circunstancias a que se refiere el artículo 181 de la Constitución Nacional..

Vale la pena destacar el alcance y sentido que el extinto Tribunal Contencioso Administrativo, mediante Resolución de 19 de marzo de 1953, le confirió al artículo 145 de la Constitución Nacional de 1946, que contiene una disposición similar a la del artículo 181 tantas veces citado. Dicha Corporación Judicial en esa oportunidad declaró lo siguiente:

"Es indudable que si se consideraba que la nota que iba dirigida al Ministro de Educación era una orden o disposición que violaba derechos de la actora o de otras personas, debió recurrir de tal orden o disposición ante el Presidente de la República para que la invalidara o confirmara sus efectos. Para este fin no era necesario que en dicha nota se expresara que el Ministro actuaba por instrucciones del Presidente de la República, pues en esencia tal disposición constitucional se refiere a cualquier orden o disposición de los Ministros de Estado dictadas por razón de las funciones que la Constitución y las leyes les atribuyen, y en consecuencia pueden ser revocadas por el Superior Jerárquico." (R. de 19 de marzo de 1953)."

En segundo lugar, nos consulta: ¿Si una acción de personal que conlleva la destitución de un servidor público, puede ser recurrida ante el Presidente de la República?

A nuestro juicio, acciones de esta naturaleza solo admiten recurso de apelación para ante el señor Presidente de la República, en el evento que se trate de decisiones tomadas en primera instancia por un Ministro de Estado, siempre y

cuando ello no contravenga disposiciones especiales, tales como el artículo 3º del Decreto de Gabinete Nº 48 de 1990, según el cual: "sólo cabe el recurso de reconsideración ante la propia autoridad que dictó la decisión", en los casos de destituciones que se produzcan en virtud de la aplicación de los Derechos de Gabinete Nº 1 de 26 de diciembre de 1989 y Nº 20 y 21 de 1º de febrero de 1990.

Por lo demás, resulta evidente que tampoco sería procedente el recurso de apelación si la destitución la ordena el Órgano Ejecutivo, esto es, el Presidente de la República actuando conjuntamente con un Ministro, en cuyo caso solo sería dable interponer el recurso de reconsideración en vía administrativa.

En estos términos, esperamos haber absuelto debidamente su interesante consulta.

Reiteramos al señor Ministro, la seguridad de nuestra consideración y aprecio.

Atentamente,

LIC. DONATILO BALLESTEROS S.  
PROCURADOR DE LA ADMINISTRACION.

RA/DBS:au