

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 378

Panamá, 9 de abril de 2019

Proceso de Inconstitucionalidad.

**Concepto de la Procuraduría
de la Administración.**

La Firma **Forense Rivera, Bolívar & Castañeda**, actuando en su propio nombre y representación, interpone demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 43 de la Ley 61 de 29 de septiembre de 2017, mediante la cual se modifica el artículo 60 la Ley 22 de 2006, de Contrataciones Públicas.

Honorable Magistrado Presidente de la Corte Suprema de Justicia, Pleno.

Acudo ante el Pleno de nuestra más alta instancia jurisdiccional, al tenor de lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 206 de la Constitución Política de la República de Panamá, en concordancia con el artículo 2563 del Código Judicial, con el propósito de emitir el concepto de la Procuraduría de la Administración respecto a la acción de inconstitucionalidad descrita en el margen superior.

I. Norma acusa de inconstitucional.

La firma Forense Bolívar, Rivera & Castañeda, actuando en su propio nombre y representación, interpuso la demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 43 de la Ley 61 de 29 de septiembre de 2017, mediante la cual se modifica el artículo 60 la Ley 22 de 2006, de Contrataciones Públicas, cuyo contenido es el siguiente:

“Artículo 43. El artículo 60 de la Ley 22 de 2006 queda así:

Artículo 60. Avalúo. Los bienes muebles o inmuebles que el Estado vaya a disponer deberán ser avaluados por dos peritos, uno designado por el Ministerio de Economía y Finanzas y otro por la Contraloría General de la República, los cuales en promedio determinaran su valor de mercado.

Cuando se trate de bienes inmuebles que el Estado pretenda adquirir, el valor del bien se determinará de la forma siguiente:

1. Se establecerá en primer lugar el valor promedio de los avalúos realizados por el Ministerio de Economía y Finanzas y la Contraloría General de la República.

2. Se establecerá el promedio entre el resultado obtenido en el numeral anterior y el valor del bien registrado ante la Autoridad Nacional de Administración de Tierras.

En caso de permuta, se avaluarán en la misma forma el bien que se entrega y el que se recibe por razón de la permuta. No se podrán pagar por los bienes sumas mayores que el avalúo de los bienes y, en caso de discrepancia entre ellos, del promedio de dichos avalúos.

En los casos de bienes ubicados en sedes diplomáticas o consulares o en residencias del Estado para alojar servidores públicos, se podrá, por intermedio del ministro de Relaciones Exteriores, solicitar avalúos, en el país de origen, a una firma reconocida y calificada en dicha materia. Estos avalúos finales deberán ser ratificados por Contraloría General de la República y por el Ministerio de Economía y Finanzas.

En caso de los semovientes y bienes consumibles, el reglamento determinará el método para fijar su valor de mercado." (El resaltado es nuestro).

Debemos precisar que en la Gaceta Oficial Digital 28483-B de 14 de marzo de 2018, se publicó el Texto Único (De jueves 01 de marzo de 2018) de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la Contratación Pública, ordenado por la Ley 61 de 2017, y, en tal sentido, la norma acusada de **inconstitucional corresponde en el referido Texto Único al artículo 70.**

De igual manera, es importante advertir que de los cargos de infracción aducidos por la firma forense accionante, se desprende, tal como se verá posteriormente, que su disconformidad se **centra en el procedimiento para determinar el valor de los bienes inmuebles que el Estado "pretenda" adquirir**

En consecuencia, nuestro análisis se centrará de manera especial en dicho aspecto.

II. Disposiciones constitucionales que se aducen infringidas.

La accionante aduce que el artículo 43 de la Ley 61 de 29 de septiembre de 2017, mediante la cual se modifica la Ley 22 de 2006 de Contrataciones Públicas (hoy artículo

70 del Texto Único), infringe los 47 y 48 de la Constitución Política de la República de Panamá, que señalan lo siguiente:

“Artículo 47. Se garantiza la propiedad privada adquirida con arreglo a la Ley por personas jurídicas o naturales.”

“Artículo 48. La propiedad privada implica obligaciones para su dueño por razón de la función social que debe llenar. Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos en la Ley, puede haber expropiación mediante juicio especial e indemnización.”

III. Cargos de inconstitucionalidad y concepto de la Procuraduría de la Administración.

Antes de iniciar el análisis de los cargos de infracción constitucional señalados por la demandante, consideramos oportuno indicar que en nuestro país el control de constitucionalidad puede ser de **carácter subjetivo** en el caso que quien accione busque la tutela constitucional de un derecho subjetivo; y el **control objetivo**, en el cual se busca la salvaguarda del orden constitucional de manera objetiva y general.

En la situación en estudio nos encontramos ante una demanda de inconstitucionalidad, la cual es una acción de tipo objetiva; es decir, de carácter general, en la que se acusa de inconstitucional de un artículo de una ley aprobada por el Órgano Legislativo y refrendada y promulgada por el Órgano Ejecutivo.

En tal sentido, tal como hemos advertido previamente, al observar el contenido de los cargos de infracción aducidos por la activadora constitucional observamos que sus cuestionamientos, **no se dirigen en contra de la totalidad** del artículo 43 de la Ley 61 de 29 de septiembre de 2017, mediante la cual se modifica la Ley 22 de 2006, de Contrataciones Públicas (hoy artículo 70 del Texto Único), **sino a la parte inherente a la determinación del valor de los bienes inmuebles que el Estado “pretenda” adquirir**; cuya parte pertinente en el texto en la norma en comento es del tenor siguiente:

“Artículo 60. Avalúo....

Quando se trate de bienes inmuebles que el Estado pretenda adquirir, el valor del bien se determinará de la forma siguiente:

1. Se establecerá en primer lugar el valor promedio de los avalúos realizados por el Ministerio de Economía y Finanzas y la Contraloría General de la República.

2. Se establecerá el promedio entre el resultado obtenido en el numeral anterior y el valor del bien registrado ante la Autoridad Nacional de Administración de Tierras.

...”

En efecto, la activadora constitucional considera que la norma impugnada infringe el artículo 47 de la Carta Política, pues a través de la misma: *“...se está desconociendo una garantía claramente consagrada en la Constitución y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como la protección que el Estado debe brindar a la misma, máxime que el Derecho de Propiedad es una de las piedras angulares de nuestro ordenamiento Constitucional y de Derecho Civil, así como una pieza fundamental del desarrollo socioeconómico de nuestra nación.”* (Cfr. foja 4 del expediente judicial).

La accionante, en sustento de su pretensión hace referencia a los artículos 334, 337 y 338 del Código Civil, relativos, en su orden, a los bienes de propiedad privada; a los derechos que le asisten al propietario, entre ellos el de gozar y disponer de una cosa; y al hecho que nadie podrá ser privado de la misma sino por autoridad competente y por graves motivos de utilidad pública (Cfr. fojas 4 y 5 del expediente judicial).

Al respecto, aduce la actora que: *“... tradicionalmente, en los casos de adquisición o disposición mediante compra o arrendamiento de bienes inmuebles del Estado, el valor de los mismos se determinara mediante avalúo practicado respectivamente por el MEF y la Contraloría, todo ello para determinar su valor de mercado, ello así a fin de respetar el principio de equilibrio contractual que rige las contrataciones públicas.”* (Cfr. foja 8 del expediente judicial).

De igual manera, se indica que el elemento valor del mercado es importante pues *“atiende al precio que dicho bien se negociaría en un mercado abierto especulativo, corriente que sigue una multiplicidad de países en la región... debido a que todo*

propietario tiene derecho a que se indemnice y pague lo que a justicia vale comercialmente su propiedad.” (Cfr. foja 8 del expediente judicial).

En este contexto, la firma forense que promueve la acción en estudio expresa que antes de la reforma a la Ley 22 de 2006, introducida por la Ley 61 de 2017, sí se hacía referencia al “valor del mercado “a efectos de determinar el valor del bien; lo que varió luego de la implementación de dicha normativa al hacer referencia al “valor del bien”, lo que, en su opinión va en detrimento de los propietarios.

Lo anterior es así, pues al decir de la demandante, la fórmula para sacar el valor del bien resulta perjudicial a los mismos; pues, el valor registrado en la Autoridad Nacional de Administración de Tierras, es un valor catastral y no un valor comercial lo que conlleva “una grave afectación económica para el vendedor...” (Cfr. fojas 9 y 10 del expediente judicial).

Igualmente expresa que:

“En este sentido, la reciente Ley 66 de 17 de octubre de 2017 señala que el valor catastral corresponde al valor del sesenta por ciento (60%) del valor comercial de la propiedad, lo que indica un reconocimiento fehaciente por parte del legislador de que el valor catastral de un inmueble es inferior al valor comercial, por lo que utilizar el mismo para realizar un promedio con los avalúos realizados por el Ministerio de Economía y Finanzas y la Contraloría, evidentemente significaría una grave disminución del valor comercial del bien, incidiendo negativamente en los derechos de la parte vendedora.

En resumidas cuentas, el artículo demandado crea un procedimiento leonino por medio del cual si el Estado quiere vender sus propiedades tendría que seguir un procedimiento que buscaría el valor de mercado, mientras que cuando se trata de un bien inmueble que el Estado pretende adquirir de un tercero se deben realizar dos cálculos a saber: el primero un avalúo ante el MEF y la Contraloría y luego hacer un promedio con el valor registrado ante la ANATI, a fin de determinar el valor del bien.

...se trata de un procedimiento establecido en el artículo 43 de la Ley 61 de veintinueve (29) de septiembre de dos mil dieciocho (2018) se trata de un procedimiento rotundamente desfavorable para quien pretenda venderle al Estado, apartado a todas luces de la protección y reconocimiento de la propiedad privada y que mal podría considerarse como equitativo y justo” (Cfr. fojas 10 y 11 del expediente judicial).

Por otra parte, también se aduce la infracción del artículo 48 de la Constitución Política, puesto que, según indica: “... a través del nuevo procedimiento establecido en la norma demandada se desconoce una (sic) un derecho instaurado en nuestra Carta Magna como lo es la justa indemnización.” (Cfr. foja 11 del expediente judicial).

Finalmente, se hace referencia al artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, referente al Derecho a la Propiedad Privada, que en su numeral 2 indica que ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de una indemnización justa (Cfr. foja 11 del expediente judicial).

Una vez expuestos los principales cargos de infracción que sustentan la pretensión de la activadora constitucional, debemos hacer las siguientes consideraciones.

En primer lugar debemos poner sobre relieve que el artículo impugnado es una norma inserta en la **Ley de Contrataciones Públicas** que, de manera particular, establece la forma en que se harán los avalúos en los casos de: 1) **bienes muebles o inmuebles que el Estado vaya a disponer**; 2) **bienes inmuebles que el Estado pretenda adquirir**; 3) en los casos de permuta y; 4) en los casos de los bienes ubicados en sedes diplomáticas o consulares o residencias del Estado para alojar servidores públicos.

En tal sentido, tal como hemos indicado, la disconformidad de la actora obedece a la forma en que se materializa el avalúo en los casos de los bienes inmuebles que el Estado “pretenda” adquirir.

Dicho lo anterior, nos permitimos hacer las siguientes consideraciones:

1. Sustento constitucional y legal de la existencia de un régimen especial de contratación pública.

Sobre el particular, resulta de importancia advertir, a efectos de poner en contexto nuestro análisis, **que la existencia de un régimen especial de contratación pública tiene sustento constitucional en el artículo 266 de la Carta Fundamental, el cual establece lo siguiente:**

“Artículo 266. 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.”

Como se observa de conformidad con el mandato constitucional, la regla general en materia de contratación pública es la “licitación pública”, no obstante, el Texto Fundamental establece que ello será “*salvo las excepciones que determine la Ley*”; **es decir, se establece una cláusula de reserva legal que permite al legislador establecer la regulación pertinente que haga sustancial y tangible el mandato constitucional.**

En desarrollo de lo anterior, en la actualidad las contrataciones públicas están regidas, en términos generales, por una Ley especial, en este caso la Ley 22 de 2006, con sus respectivas modificaciones; sin perjuicios de otras normativas que regulan la materia como lo son la Ley 1 de 2001, sobre medicamentos; o las que rigen las contrataciones públicas de la Autoridad del Canal de Panamá.

De manera puntual, debemos indicar que el artículo 1 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, establece lo siguiente:

“Artículo 1. Ámbito de aplicación. Esta Ley establece las normas, las reglas y los principios básicos de obligatoria observancia que regirán los contratos públicos que realicen el Gobierno Central, las entidades autónomas y semiautónomas, los municipios, las juntas comunales, los intermediarios financieros y las sociedades anónimas en las que el Estado sea propietario del cincuenta y uno por ciento (51%) o más de sus acciones o patrimonio, así como los que se efectúen con fondos públicos o bienes nacionales para:

6. La adquisición o arrendamiento de bienes por parte del Estado.
6. La ejecución de obras públicas.
6. La disposición de bienes del Estado, incluyendo su arrendamiento.
6. La prestación de servicios.
5. La operación o administración de bienes.

6. Las concesiones o cualquier otro contrato no regulado por ley especial.

La adquisición de medicamentos, insumos y equipos médicos por parte de la Caja de Seguro Social se regirá por lo establecido en la Ley 1 de 2001, sobre medicamentos y otros productos para la salud humana, y demás disposiciones legales vigentes en la materia.

Las instituciones públicas de carácter educativo y de investigación científica que autorice el Órgano Ejecutivo podrán realizar proyectos, programas y actividades a través de asociaciones de interés público a que se refiere el numeral 4 del artículo 64 del Código Civil. Las contrataciones que realicen las asociaciones de interés público y las fundaciones constituidas por entidades públicas, cuyo patrimonio esté integrado con fondos públicos, donaciones o préstamos al Estado, se someterán a los procedimientos de esta Ley." (La negrita es nuestra).

De lo expuesto se infiere que los contratos públicos que realicen el Gobierno Central, las entidades autónomas y semiautónomas, los municipios, las juntas comunales, los intermediarios financieros y las sociedades anónimas en las que el Estado sea propietario del cincuenta y uno por ciento (51%) o más de sus acciones o patrimonio, **se regularán en primer lugar por la Ley 22 de 2006, sobre Contrataciones Públicas; es decir, por un regimen normativo general que difiere de las normas de contratación civil y mercantil.**

En este contexto, la especialidad en el régimen de las contrataciones públicas tiene como una de sus razones **el uso de los fondos del Estado** que las mismas conllevan, **tal como lo prevé el artículo 266 de la Constitución Política.**

Lo anterior explica la razón de la utilización de manera general, salvo las excepciones establecidas por Ley, de una norma especial de contratación pública, la cual tiene principios e intereses rectores distintos a las que regulan la **contratación entre personas naturales y jurídicas en la esfera privada, como lo son el interés público y el bienestar social.**

En ese orden de ideas, consideramos que la Constitución Política de un país, como lo es en el caso panameño, debe reflejar no sólo las realidades jurídicas de una colectividad, **sino también el impacto de las relaciones socio-económicas que confluyen**

en la misma, por lo que la interpretación de la norma jurídica tiene que ser acorde con las realidades del país, y no sólo la norma jurídica en abstracto. En tal sentido, el constitucionalista panameño, Doctor César Quintero manifestó:

“Las Constituciones, en nuestro concepto, sólo deben registrar realidades políticas, sociales y económicas.” (César Quintero, ‘Constitución y Salud en Panamá’, artículo publicado en la obra **Estudios de Derecho Constitucional Panameño**, obra compilada por Jorge Fábrega Ponce, Editorial Jurídica Panameña, Panamá, 1987, p.599).

2. La Propiedad Privada dentro del Derecho Constitucional panameño.

De acuerdo al Diccionario del Español Jurídico, editado por la Real Academia Española de la Lengua y el Consejo General del Poder Judicial (primera edición, Barcelona, 2016, página 1360), considera la expresión “propiedad privada” como:

“**propiedad privada.** *Adm., Civ. y Const.* Derecho subjetivo consagrado como tal por el artículo 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que establecía que <<la propiedad privada es un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella sino cuando la necesidad pública legalmente constatada, lo exija evidentemente y bajo la condición de una justa y previa indemnización>>.”.

Por su parte, el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, del autor Guillermo Cabanellas, el concepto de “propiedad privada” es:

“Aquella que individualmente corresponde a una persona o pro indiviso a varias, con la exclusión de los demás y aprovechamiento y disposición privativos. Se contraponen a la propiedad colectiva; jurídicamente integra la propiedad por antonomasia o dominio.” (Guillermo Cabanellas, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual – Tomo VI, Editorial Heliasta S.R.L., 16ª edición, Buenos Aires, p.475).

El Derecho Romano entendía el ejercicio del dominio, elemento fundamental de la propiedad, como *“Dominus est ius utendi abutendi re sua quatenus iuris ratio patitur”* (Dominio es el derecho de usar y abusar de la cosa propia hasta donde la razón del derecho lo soporta).

Históricamente, la protección de la propiedad privada fue una de las conquistas propias de las revoluciones democráticas y liberales surgidas a raíz de los movimientos del Enciclopedismo y la Ilustración, desde el siglo XVIII, contra el constante abuso que

el gobernante de turno cometía contra los ciudadanos propietarios de los predios urbanos o rurales, especialmente en el cobro excesivo de los tributos o como medida de presión o sanción política. El punto culminante de este movimiento se produce en Francia, cuando la *Assemblée Nationale Constituante* (Asamblea Nacional Constituyente), aprobó el 26 de agosto de 1789, la “**Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano**”, en la cual el artículo 17 elevó la propiedad privada a la categoría de “derecho inviolable y sagrado”, tal como lo hemos consignado en la definición que aparece en el Diccionario del Español Jurídico de la Real Academia Española y el Consejo General del Poder Judicial.

Uno de los más inmediatos efectos de este concepto, fue la concepción que sobre el tema adoptó el Código Civil francés, promulgado el “*30 ventôse An XII*”, según el calendario de la Revolución Francesa, es decir el 21 de marzo de 1804, conocido como “Código Napoleónico”, producto del influjo de las concepciones demo-liberales de la época, el cual declaró que: *“la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa del modo más absoluto sin otras limitaciones que las legales, y que nadie puede ser privado de su propiedad más que por su expropiación, fundada en causa justificada de utilidad pública y previa la correspondiente indemnización.”*

En este orden de ideas, Robert-Joseph Pothier, representante de la escuela civilista francesa, y uno de los principales redactores del Código Civil de esa nación, define este derecho como: *“Se da pleno dominio aquel en que la facultad de disponer de la cosa, y de vindicarla, habiendo sido dejada, se junta con la facultad de percibir toda utilidad de la cosa”*. Por su parte, el autor **Jean-Charles Florent Demolombe**, comentador del Código Civil francés, lo define como *“...el poder soberano y absoluto que pertenece a una persona sobre un bien cualquiera, corporal o incorporal, haciéndolo propio.”*

Al producirse las luchas independentistas en el continente americano a inicios del siglo XIX, este Derecho pasó a ser protegido en las constituciones de las nacientes

repúblicas del continente americano, entre ellas, Colombia, a la que el Istmo de Panamá se unió de manera voluntaria el 28 de noviembre de 1821.

Desde el surgimiento de la República de Panamá en noviembre de 1903 y la posterior aprobación de la Constitución Política de 1904 por parte de la Convención Nacional, los constituyentes panameños han salvaguardado el respeto a la institución de la propiedad privada, incluyéndola invariablemente como uno de los derechos fundamentales.

La Constitución de 1904 de corte eminentemente liberal, estableció al respecto:

“Artículo 42. Nadie podrá ser privado de su propiedad ni en todo ni en parte, sino en virtud de pena o de contribución general con arreglo a las leyes.

Por graves motivos de utilidad pública definidos por el legislador, podrá haber lugar a enajenación forzosa de bienes o derechos mediante mandamiento judicial, pero el pago de su valor declarado se hará antes de desposeer de ellos al dueño.”

Durante el desarrollo de la Segunda Guerra Mundial, van consolidándose los movimientos sociales, que en materia constitucional, van surgiendo en las primeras décadas del siglo XX con la aprobación de la Constitución de México, adoptada en Querétaro en 1917, y en Europa con la Constitución de la República de Weimar de 1919. Así las cosas, en Panamá, la primera Carta que consagró los primeros derechos sociales fue la aprobada en 1941, introduciendo el concepto de “función social” que desconocía el Estatuto Constitucional de 1904, la cual estableció a propósito del tema:

“Artículo 47. Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no podrán ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores.

Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad privada implica obligaciones por razón de la función social que debe llenar.”

La Constitución Política de 1946, reguló la institución de la siguiente manera:

“Artículo 45. Se garantiza la propiedad privada adquirida con arreglo a la ley por personas jurídicas o naturales, la cual no podrá ser desconocida ni vulnerada por leyes posteriores.

La propiedad privada implica obligaciones para su dueño por razón de la función social que debe llenar.”

El Doctor César Quintero, en su obra Derecho Constitucional – Tomo I (Panamá, 1967, p.187), al analizar la norma constitucional en referencia, señaló al estudiar la primera parte de esta norma, que la misma *“...sienta la base jurídica de un sistema capitalista, toda vez que garantiza plenamente la propiedad privada, sin excluir ninguno de sus modos o formas.”*

La Constitución Política aprobada el 11 de octubre de 1972, actualmente vigente, reguló la materia en los artículos 43 y 44 (hoy artículos 47 y 48 respectivamente), manteniéndose invariable luego de las reformas introducidas en 1978, 1983, 1994 y 2004:

“Artículo 47. Se garantiza la propiedad privada adquirida con arreglo a la Ley por personas jurídicas o naturales.”

“Artículo 48. La propiedad privada implica obligaciones para su dueño por razón de la función social que debe llenar. Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos en la Ley, puede haber expropiación mediante juicio especial e indemnización.”

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia de 29 de agosto de 2014, señaló al respecto:

“ ...

La naturaleza de la objeción constitucional, obliga al Pleno de esta Corporación de Justicia a iniciar este razonamiento sobre la base del concepto de propiedad privada en el Estatuto Básico, así como su alcance, desarrollo y protección.

No cabe duda que al constituyente panameño le ha preocupado el respeto a la propiedad privada, a tal punto que se ha ocupado de ella dentro del listado de derechos denominados fundamentales, en el respectivo título de la Constitución. Su regulación constitucional conlleva el reconocimiento de su importancia en las sociedades liberales y como reacción a los abusos a que eran sometidos los propietarios cuando el gobernante, como sanción o simplemente para aumentar la hacienda pública, se hacía con los bienes y hacienda del ciudadano.

El filósofo inglés John Locke, en su obra 'Segundo Ensayo sobre el Gobierno Civil', señaló que: 'la razón misma del Estado descansaba en la preservación de la propiedad, a tal punto que manifestaba sin ambages que la propiedad constituía' el grande y principal fin para que los hombres se unan en Estados y se sometan a gobiernos" (LOCKE, John, 'Segundo Ensayo sobre el Gobierno Civil', Editorial Losada, Buenos Aires, 2003, Pág. 92).

Es de indicar que la posición preeminente de la propiedad privada en los primeros años del constitucionalismo alcanzó su cenit, tras la caída del Antiguo Régimen, cuando la propiedad privada fue declarada como inviolable y sagrada por la Asamblea Nacional francesa, en la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789.

Como antecedentes históricos debemos mencionar que el Código Napoleónico declara que: 'la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa del modo más absoluto sin otras limitaciones que las legales, y que nadie puede ser privado de su propiedad más que por su expropiación, fundada en causa justificada de utilidad pública y previa la correspondiente indemnización, en realidad lo que hace es consagrar uno de los resultados de la Revolución Francesa de 1789: la propiedad libre de las cargas feudales del Antiguo Régimen'. (Sentencia de 29 de agosto de 2014)

Dicha excepción se encuentra prevista en el artículo 48 de nuestra Constitución Política que consigna lo siguiente:

'Artículo 48. La propiedad privada implica obligaciones para su dueño por razón de la función social que debe llenar.

Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos en la Ley, puede haber expropiación mediante juicio especial e indemnización.'

El artículo 337 del Código Civil define la propiedad como 'es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas por la ley.'

El Pleno de la Corte Suprema de Justicia al analizar el contenido de la norma descrita en el párrafo que antecede, en Sentencia de 29 de febrero de 1996, bajo la ponencia del ex Magistrado Arturo Hoyos, señaló lo siguiente:

'Vemos dos elementos en la norma, el primero es en cuanto a la facultad de goce, la doctrina tradicional entiende que 'el poder de goce se resuelve en la utilización directa del bien' por el propietario (Francesco Messineo, Manual de Derecho Civil y Comercial, Traducción de Santiago Sentis Meléndez, Tomo III, Editorial Jurídica Europa-América, Buenos Aires, 1979, pág. 257). Sin embargo, el goce comprende la utilización indirecta del bien a través de contratos que den una

cierta medida de goce a otras personas, así como el arrendamiento, según lo enfatiza la doctrina moderna (Vicente L. Montés, La Propiedad Privada en el Sistema del Derecho Civil Contemporáneo, Editorial Civitas, Madrid, Primera edición, 1980, pág. 246).

El segundo elemento que integra el derecho de propiedad en nuestro ordenamiento es la facultad de disposición que tiene el titular, facultad que se entiende como la posibilidad de transferir o transmitir este derecho sobre las cosas. Es evidente que la facultad de goce comprende la recolección de frutos del bien y que la facultad de disposición entraña la posibilidad de enajenarlos, consideración que es importante en el presente caso ya que nuestro Código Civil prevé la regulación sobre la hipoteca, lo que incide en el presente caso.

En conclusión, la propiedad privada se entiende como el poder jurídico pleno o completo a un individuo sobre una cosa, para usar, gozar y disponer de ella, siempre que no sea contrario a la ley o contra derecho ajeno.”

Así se determina la protección constitucional que el Estado debe brindar a la propiedad privada que se encuentra dentro de su territorio o jurisdicción, de acuerdo a la normativa constitucional que tradicionalmente se ha esbozado en la República de Panamá.

De lo anterior se colige, que el Estado panameño **garantiza, por mandato del constituyente, la propiedad privada, siempre que esta haya sido adquirida con arreglo a la Ley por personas jurídicas o naturales; sin embargo, el concepto dista de ser absoluto, toda vez que el artículo 48 de la Carta Constitucional, expresamente consigna que la misma implica obligaciones para su dueño por razón de la función social que debe llenar.**

Tampoco podemos perder de vista que de conformidad con el artículo antes indicado, “Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos en la Ley, puede haber expropiación mediante juicio especial e indemnización.”

Visto lo anterior, basta recordar que **en el plano convencional** la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocido como el Pacto de San José, y ratificado

por la República de Panamá mediante la Ley 15 de 28 de octubre de 1977, en su artículo 21 señala lo siguiente:

“Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada

1. **Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes.** La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.” (Lo resaltado es nuestro).

Se observa entonces que a nivel constitucional y convencional se protege la propiedad privada; la cual sólo puede ser perturbada por razones de orden público e interés social definidos en la Ley, a través del procedimiento de expropiación mediante juicio especial e indemnización

En tal sentido, debemos destacar que el artículo 43 de la Ley 61 de 29 de septiembre de 2017, mediante la cual se modifica el artículo 60 la Ley 22 de 2006, de Contrataciones Públicas, el cual hoy día corresponde al artículo 70 del Texto Único del referido régimen especial establece la forma en que se harán los **avalúos** en los casos de: 1) **bienes muebles o inmuebles que el Estado vaya a disponer**; 2) **bienes inmuebles que el Estado pretenda adquirir**; 3) en los casos de permuta y; 4) en los casos de los bienes ubicados en sedes diplomáticas o consulares o residencias del Estado para alojar servidores públicos.

Al respecto, debemos advertir que en cualquiera de los supuestos descritos la contratación del Estado con un particular, por regla general se materializará a través de un Contrato Público, es decir, de naturaleza administrativa, regido por la Ley 22 de 2006, de Contrataciones Públicas.

Sobre el particular, no debemos perder de vista que entre los principios que integran la referida Ley se encuentra el “Principio de Equilibrio Contractual”, el cual se

encuentra recogido en el artículo 29 del Texto Único de La Ley 22 de 2006, en los siguientes términos:

“Artículo 29. Equilibrio económico del contrato. En los contratos públicos se mantendrá la igualdad o equivalencia **entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas debidamente sustentadas y probadas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.**

Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos que sean necesarios para reestablecer el equilibrio económico, incluyendo montos, condiciones, forma de pago de gastos adicionales y reconocimiento de costos financieros, si a ello hubiera lugar, en la forma prevista en la modificación del contrato, cuyo pago adicional si lo hubiera, se realizará de la manera que se establezca en el contrato modificado y de acuerdo con las disposiciones sobre erogaciones previstas en el Presupuesto General del estdo.

El equilibrio económico al que se refiere este artículo no comprenderá, en ningún caso, la modificación de las cláusulas del contrato celebrado con el Estado para conseguir la equiparación de las condiciones y los términos de la contratación. En consecuencia, queda eliminada toda forma de equiparación para garantizar la competitividad y el desarrollo de obras y actividades, así como la prestación de servicios a través de normas uniformes, claras y transparentes en concordancia con este principio.”

Lo anterior revela que aún existiendo una regulación especial en materia de contrataciones públicas que establece reglas y principios diferentes a las contrataciones civiles y mercantiles **la misma busca mantener el equilibrio económico entre la entidad pública contratante y los contratistas.**

En tal sentido, se advierte que en el segundo párrafo del artículo impugnado, establece una forma de avalúo distinta para cuando el Estado busque vender bienes muebles e inmuebles y cuando pretenda adquirir bienes inmuebles:

Valor del bien cuando el Estado pretenda vender:	Valor del bien inmueble cuando el Estado pretenda adquirir
Los bienes muebles o inmuebles que el Estado vaya a disponer deberán ser avaluados por dos peritos, uno designado por el Ministerio de Economía y Finanzas y otro por la Contraloría General de la República, los cuales en promedio determinaran su valor de mercado.	<ol style="list-style-type: none"> <li data-bbox="813 2018 1383 2179">1. Se establecerá en primer lugar el valor promedio de los avalúos realizados por el Ministerio de Economía y Finanzas y la Contraloría General de la República. <li data-bbox="813 2179 1383 2274">2. Se establecerá el promedio entre el resultado obtenido en el numeral anterior

	y el valor del bien registrado ante la Autoridad Nacional de Administración de Tierras.
--	---

Como se puede observar el **valor de mercado del bien en el caso que el Estado pretenda vender** se determina por medio del **promedio de las evaluaciones que efectúen un perito designado por el Ministerio de Economía y Finanzas y otro por la Contraloría General de la República.**

Sin embargo, cuando **el Estado pretenda adquirir bienes inmuebles el avalúo se determinará con el promedio: a) del resultado obtenido con la formula anterior y; b) el valor del bien registrado ante la Autoridad Nacional de Administración de Tierras; es decir, su valor catastral.**

De lo anterior se desprende una desventaja para quienes tengan que vender bienes inmuebles al Estado, pues en la fórmula de cálculo del valor se utiliza como uno de los elementos para establecer el valor del bien el “valor catastral.”

En tal sentido, tal como lo indicada la activadora constitucional la firma forense Rivera, Bolivar & Castañeda, la Ley 66 de 17 de 2017, modificó el Código Fiscal en lo concerniente a la determinación del valor catastral, de la siguiente manera:

“Artículo 6. Se adicionan loa Parágrafos 1, 2, 3 y Transitorio al artículo 768 del Código Fiscal, así:

“Artículo 768...

PARÁGRAFO 1. El valor catastral de un bien inmueble será la estimación de la base imponible para la determinación del impuesto de inmuebles, el cual será establecido por la Dirección de Información Catastral y Avalúos de la Autoridad Nacional de Administración de Tierras mediante avalúos de oficio.

El procedimiento para estimar el valor catastral de un inmueble será la multiplicación del valor del mercado de la finca evaluada por el 60%. Para estimar el valor de mercado al momento de realizar el avalúo, se tomarán en cuenta factores como:

- 1.Oferta.
- 2.Localización.

3. Uso de suelo, ya sea comercial, residencial, industrial, agropecuario o institucional.
4. Topografía.
5. Frente.
6. Fondo.
7. Forma.
8. Drenaje.
9. Elementos ambientales.
10. Elementos sociales.

PARAGRÁFO 2. Cuando se consideren las mejoras, estas serán basadas en el método de costo, menos la depreciación por condición física y por edad, cuya vida útil sería de setenta y cinco años y el porcentaje de depreciación a razón de 1.33 % por año, más el porcentaje, según la condición física encontrada.

PARAGRÁFO 3. Una vez determinado el valor catastral, se le aplicará la tarifa que está establecida en el artículo 766-A.

PARAGRÁFO TRANSITORIO: No obstante lo dispuesto en este artículo, el Gobierno Nacional no realizará avalúos generales, parciales o específicos hasta el 30 de junio de 2024.”

Como se observa al incluir el valor registrado ante la Autoridad Nacional de Administración de Tierras, es decir, el “valor catastral” en la fórmula para establecer el valor del bien inmueble que el estado “pretenda” adquirir, se infringe el derecho de propiedad de quien venda al Estado, pues el **procedimiento para estimar el valor catastral de un inmueble sería la multiplicación del valor del mercado de la finca avaluada por el sesenta por ciento (60%)**.

Es decir, cuando el Estado pretenda vender el valor del mercado lo determina el promedio de los avalúos efectuado por perito **designado por el Ministerio de Economía y Finanzas y otro por la Contraloría General de la República**; sin embargo, cuando el Estado pretenda comprar, en la fórmula para determinar el promedio para obtener el valor se encuentra el “valor catastral” el cual, como hemos indicado, representa el 60% del valor del mercado.

En consecuencia, **existe un desequilibrio en perjuicio de los propietarios particulares quienes no obtendrían un precio adecuado y justo por sus bienes inmuebles**

cuando el Estado sea el comprador, lo que, sin duda lesionaría su derecho a la propiedad consagrado en los artículos 47 y 48 de de la Constitución Política de la República.

Sobre la necesidad de que exista una equivalencia en las condiciones entre el Estado y los contratistas, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de 23 de diciembre de 2008, estableció lo siguiente, en su parte medular:

“Conoce el Pleno de la Corte Suprema de Justicia de la acción de inconstitucionalidad promovida por la firma forense Arias, Fábrega & Fábrega, contra el artículo 129 de la Ley No.22 de 27 de junio de 2006.

Procede de inmediato esta Corporación de Justicia a conocer el fondo de la pretensión constitucional formulada mediante esta demanda.

...

Que exista una disposición legal que exima de responsabilidad al Estado de pagar una indemnización que excluya el lucro cesante y el daño emergente, **produce una infracción a nuestro ordenamiento constitucional al desproteger bienes y derechos de los asociados, toda vez que tienen que ampararse los derechos de las partes que sean contratantes con el Estado, resguardando todas aquellas acciones y omisiones en las que incurra el Estado, como sujeto de derechos y obligaciones.**

Y es que se le estaría igualmente eliminando atribuciones propias de la Sala Tercera de la Corte que, como vimos, conoce de este tipo de reclamaciones de indemnizaciones en las que una de las partes involucradas en la relación contractual lo es el Estado, **pues se estaría incurriendo en el grave error de crear un tipo de privilegio para no hacerle frente a actuaciones o exonerar al Estado por las responsabilidades en que pueda incurrir.**

Debe tenerse en cuenta que todo tipo de incumplimiento de naturaleza contractual que genere obligaciones recíprocas, conlleva implícito la necesidad de poder exigir que se cumpla con una contraprestación previamente pactada, o bien, la resolución del contrato lo que implica necesariamente con el pago de una indemnización por el perjuicio ocasionado y las ganancias dejadas de percibir.

Siendo así las cosas, esta Corporación de Justicia debe compartir el criterio expuesto por la activadora constitucional, como con la opinión vertida por la Procuraduría General de la Nación, en tanto que el artículo 129 de la Ley No.22 de 27 de junio de 2006, vulnera nuestro ordenamiento constitucional.

En virtud de lo anteriormente expuesto, EL PLENO DE LA CORTE SUPREMA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECLARA QUE ES INCONSTITUCIONAL el artículo 129 de la Ley No.22 de 27 de junio de 2006, que regula la

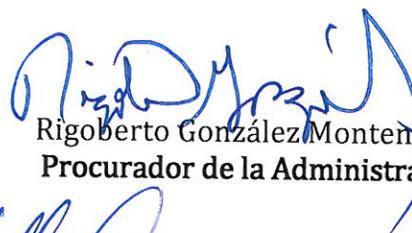
contratación pública y dicta otras disposiciones.” (La negrita es nuestra).

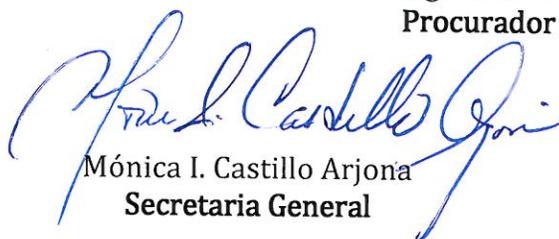
Como se advierte, aun cuando el régimen de contratación pública revista un carácter especial, el mismo no puede desconocer condiciones mínimas de reciprocidad.

Adicionamos que, en ese régimen de prestaciones y contraprestaciones, tampoco se deben afectar derechos fundamentales; en este caso, el respeto a la propiedad privada, el cual, en la situación en estudio, se lesionaría al no obtener el propietario de un bien inmueble que el Estado pretenda adquirir un precio adecuado y justo por el mismo.

Por las consideraciones anteriores, le solicitamos a los miembros de esa Alta Corporación de Justicia se sirva declarar que **ES INCONSTITUCIONAL** únicamente el párrafo segundo del artículo 43 de la Ley 61 de 29 de septiembre de 2017, mediante la cual se modifica el artículo 60 la Ley 22 de 2006 de Contrataciones Públicas (hoy artículo 70 del Texto Único), toda vez que infringe los artículos 47 y 48 de la Constitución Política de la República de Panamá.

Del Honorable Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Exp. 1346-18-I