

19 de junio de 1997.

Licenciada

KENIA JAÉN RIVERADirectora Ejecutiva del Instituto
Panameño de Comercio Exterior

E. S. D.

Señora Directora Ejecutiva:

A continuación me permito absolver la Consulta que tuvo a bien plantearme en su Nota No.DIPROMEX-N-112, mediante la cual nos solicita nuevamente, que este Despacho se pronuncie con respecto a la temática del agotamiento de la vía gubernativa, en el caso de la empresa **TENERÍA TAURO, S.A.**

- Antes de dar respuesta a su Consulta, consideramos necesario plantear las siguientes consideraciones.

Debemos señalar en primera instancia, que esta Procuraduría mantiene el criterio jurídico expresado en su Consulta anterior (C-62 de 13 de marzo de 1997), toda vez que a raíz de la Resolución que dictó el Ministerio de Hacienda y Tesoro, la empresa Tenería Tauro, S.A., le solicitó a la Comisión Técnica de Exportaciones, la REACREDITACION, de B/225,270.00, que le fueron descontados. Ante esta nueva solicitud de la empresa Tenería Tauro, S.A., el I.P.C.E. está en la obligación de pronunciarse sobre la misma; por medio de una Resolución. No obstante lo indicado, en esta ocasión haremos ciertos señalamientos jurídicos, que no fueron expuestos en el criterio anterior.

Resulta de importancia señalar que, en las dos Notas enviadas a este Despacho por el I.P.C.E., se nos ha consultado el mismo tema, o sea que, no se ha reformulado en ningún momento la interrogante planteada. En ambas Consultas se nos ha preguntado expresamente lo siguiente: "Quedó agotada la vía gubernativa para conocer del fondo de este negocio?".

Precisa entonces, analizar con mayor detenimiento la figura conocida como agotamiento de la vía gubernativa, observando paralelamente algunos aspectos de carácter doctrinal, que se encuentran intrínsecamente relacionados al caso subjúdice. Veamos:

I. ADMINISTRACIÓN ACTIVA Y SITUACIONES CONTENCIOSAS.

LINARES, JUAN FRANCISCO considera, que la administración activa puede originar ante la resistencia o pretensión de los administrados, situaciones contenciosas. Mientras eso no ocurra, la administración activa se desliza por un cauce pacífico, con el asentimiento de los administrados, quienes cumplen espontáneamente las obligaciones de derecho público y privado a su cargo.

Las endonormas administrativas que fijan prestaciones a cargo de particulares o agentes administrativos, se satisfacen espontáneamente.

Pero es posible que en un proceso pacífico de administración activa, se convierta en jurisdiccional ante una pretensión jurídica o resistencia del administrado, bajo forma de reclamos, recursos o peticiones de otra índole, formulados en sede de la Administración; y que si la decisión administrativa que recaiga sobre la pretensión o resistencia es consentida, el proceso siga su trámite como administración activa.

También es posible que la situación contenciosa en sede administrativa sea elevada por el particular a sede judicial, mediante demanda o recurso. En este caso sólo al finalizar el pleito podría restablecerse el proceso de administración activa.

II. ADMINISTRACIÓN CONSULTIVA.

Es la actividad preparatoria de la administración activa y de la jurisdiccional-administrativa, que consiste en el asesoramiento jurídico, y técnico no jurídico por órganos especializados -como lo es la Procuraduría de la Administración-, para casos concretos, a través de actos de administración.

Puede ocurrir que la Consulta preceda a un acto administrativo o de administración, o que siga a un acto de esas especies para detalles de su operación administrativa. En ambos casos se trata de una actividad preparatoria de algo.

Los órganos consultivos pueden ser colegiados e individuales. Pueden ser permanentes, transitorios e incluso ad hoc.

El dictamen es siempre, o debe ser, para un caso concreto, si bien puede referirse a una situación en la que actúan varios sujetos. Si la opinión se refiere a una situación general, constituye un informe. El dictamen de un órgano consultivo no libera de responsabilidad al órgano que emite el acto jurídico respectivo. Ni en caso de ser erróneo el dictamen, hace responsable al emittente. (LINARES, Juan Francisco. Derecho Administrativo, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1986).

Con esto, queremos indicar que este Despacho por imperio de la Ley sirve de colaborador, asesor e intérprete de las normas que atañen a la Administración Pública, y en

ese rol asesor precisa siempre, coadyuvar de manera objetiva para el buen desenvolvimiento de cada una de las actividades que se desarrollan dentro de la Administración Pública. Para ello, las situaciones objeto de Consultas presentadas ante esta Procuraduría, aunque no son vinculantes, procuran el mejor beneficio para la institución consultante, siempre y cuando, ésta haya procedido de acuerdo a lo permitido y establecido por la ley.

En este sentido, el proceso administrativo, en cuanto conducta compartida que se va desarrollando en estados que se suceden unos a otros, regidos por procedimientos legales, tiene como una de sus formas de impulsión los recursos administrativos.

Se da así, en nuestro sistema de procedimientos administrativos, la posibilidad de que, en procesos administrativos, se obtenga la alteración del orden jurídico-administrativo, con silencios o actos administrativos, por definición individuales. El paradigma del Estado de derecho impone que el Estado, en su administración, esté sometido también a reglas de procedimiento. Tanto los internos como los externos. Pero las normas de procedimientos sobre recursos apuntan, principalmente, a los procesos externos, en la medida en que los administrados o empleados públicos, como titulares de los derechos e intereses legítimos del empleo sean parte en tales procesos.

En el Estado de Derecho sano, los procedimientos administrativos deben ser casi tan específicos y correctos como los de la Justicia.

Luego de haber esbozado sucintamente algunos aspectos que considerábamos necesarios observar, procedemos a ofrecer nuestro criterio jurídico en torno a la problemática planteada, en los siguientes términos:

Refiriéndonos concretamente a la situación surgida entre la empresa TENERÍA TAURO, S.A., y el LP.C.E., en cuanto al procedimiento a seguir para, el agotamiento de la vía gubernativa, expresamos lo siguiente:

A.- TENERÍA TAURO, S.A., vs MINISTERIO DE HACIENDA Y TESORO.

En lo que respecta a la relación existente entre Tenería Tauro, S.A., y el Ministerio de Hacienda y Tesoro, debemos señalar que la misma finalizó desde el momento en que la Administración Regional de Ingresos dictó la Resolución No.213-2768 de 16 de agosto de 1991, mediante la cual, se resuelve REVOCAR en todas sus parte la Resolución No.213-1058 de 19 de marzo de 1991, por medio de la cual, se exigía a la empresa Tenería Tauro, S.A., el pago de la suma de DOSCIENTOS VEINTICINCO MIL DOSCIENTOS SETENTA BALBOAS (B/ 225.270.00), que supuestamente se había otorgado en exceso, y se ORDENA el archivo del presente negocio.

Es en éste y único caso, en que podemos hablar que se dio el agotamiento de la vía gubernativa, por las siguientes razones:

1.- Mediante Resolución No.213-1058 de 19 de marzo de 1991, Administración Regional de Ingresos de la Provincia de Panamá, resolvió EXIGIR a la empresa Teneria Tauro, S.A., el pago de DOSCIENTOS VEINTICINCO MIL DOSCIENTOS SETENTA BALBOAS SOLAMENTE (B/225,270.00), que era la diferencia establecida sobre el valor otorgado en exceso en los Certificados de Abonos Tributarios (CAT) y, ADVIERTE que contra dicha Resolución se podía interponer el Recurso de Reconsideración y el de Apelación, como en efecto y en tiempo oportuno se interpuso, según consta a foja 14 del Expediente Administrativo, fechado 25 de marzo de 1991.

2.- Cinco (5) meses después, la Administración Regional de Ingresos de la República de Panamá, RESUELVE el Recurso de Reconsideración interpuesto por la empresa Teneria Tauro, S.A., mediante el cual sostiene "que la empresa no era responsable del error cometido al momento de efectuarse el cálculo del respectivo CAT"

En consecuencia, REVOCA en todas sus partes la Resolución No.213-1058 de 19 de marzo de 1991, y se ordena el archivo del expediente.

3.- Que de esta última Resolución No.213-2768 de 19 de agosto de 1991, la empresa Teneria Tauro, S.A., se notificó personalmente a través de su apoderado legal, la firma forense ENDARA & MARRE, según consta a foja 23 ibídem, el 23 de agosto de 1991.

4.- Precisa señalar, que esta última Resolución No.213-1058 nunca fue atacada por el recurrente (Teneria Tauro, S.A.) bajo la interposición de ningún recurso, por lo que se debe entender la conformidad de la empresa, con la aludida Resolución.

Todas las circunstancias arriba indicadas, dan por conclusión que en este caso específico, se dio por agotada la vía gubernativa, entre la Empresa Teneria Tauro, S.A., y el Ministerio de Hacienda y Tesoro, pues esta última Resolución quedó en firme y ejecutoriada.

B.- TENERIA TAURO, S.A. vs I.P.C.E.

Por su parte, la relación existente entre la empresa Teneria Tauro, S.A., y el I.P.C.E., es totalmente diferente con respecto a la del Ministerio de Hacienda y Tesoro, por cuanto que en este caso, no se ha dado el agotamiento de la vía gubernativa, por las siguientes razones:

1.- El Instituto Panameño de Comercio Exterior, mediante Nota s/n de 24 de julio de 1990, notificó a la empresa Teneria Tauro, S.A., que se había procedido a llevar a cabo una investigación respecto a los Certificados de Abono Tributario otorgados a la empresa. La investigación, según el I.P.C.E., se debió a irregularidades ocurridas en el otorgamiento de los CAT, otorgándose Certificados de Abono Tributarios de mayor valor que los que correspondía.

En consecuencia, el I.P.C.E., determinó y notificó a la empresa Tenería Tauro, S.A., que debería devolver al Fisco las sumas otorgadas de más, suma esta, que ascendía a un monto total de B/.225,270.00.

Cabe destacar, que estos dineros no fueron cobrados en ningún momento por el Ministerio de Hacienda y Tesoro, por consiguiente jamás entraron al Fisco Nacional.

2.- Fue el I.P.C.E., quien procedió a realizar los descuentos antes referidos, sin tener capacidad legal para efectuar dichos descuentos; en todo caso, debió notificar al Ministerio de Hacienda y Tesoro para que éste, procediera al cobro de los mismos, por ser esta última institución, la recaudadora por ley del Fisco Nacional.

3.- La empresa Tenería Tauro, S.A., notificó al I.P.C.E mediante Nota, que había sido indebidamente deducida la suma anteriormente señalada (B/.225,270.00), adjunciendo como pruebas las Resoluciones y Certificaciones otorgadas a la empresa, por el I.P.C.E.

El I.P.C.E., y la Comisión Técnica de Incentivos a las Exportaciones, ignoran y no toman en cuenta la notificación hecha por la Empresa.

4.- Por último, dos (2) hechos de suma importancia que confirman el vínculo obligante entre el I.P.C.E y la empresa Tenería Tauro, S.A., son los siguientes:

a.- Mediante providencia de la Administración Regional de Panamá, se efectúa un auditó e investigación correspondiente a los CAT de la empresa para determinar si los mismos fueron adquiridos en cumplimiento de todos los requisitos y reglamentos que rigen la materia.

b.- El 30 de noviembre de 1990, el Departamento de Auditoría Integral presenta un informe pormenorizado en donde hacen constar que a través del Departamento de Consular Comercial de la Contraloría General de República, se pudo determinar que si existían los documentos necesarios para la exportación, los cuales guardan relación con los CAT solicitados.

Luego de haber observado detenidamente cada una de las actuaciones anteriormente enunciadas, esta Procuraduría sostiene que en el caso subjuídice, no se ha agotado la vía gubernativa. Veamos:

AGOTAMIENTO DE LA VÍA GUBERNATIVA:

El objetivo de agotar la vía gubernativa consiste en que el administrado debe utilizar todos los medios de impugnación a su alcance y sólo cuando utilizados los mismos y, no

obtiene la satisfacción de su pretensión, puede iniciar su actuación ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

Siendo esto así, podemos observar que mediante Memorial fechado 28 de julio de 1996 (de foja 29 a 35 de Expediente), la Empresa Teneria Tauro, S.A., debidamente representada, solicita a la Secretaría de la Comisión de Incentivos a la Exportación, del Instituto Panameño de Comercio Exterior, se sirva proceder a la REACREDITACION, de los Doscientos Veinticinco Mil Doscientos Setenta Balboas (B/225,270.00) que le fueron descontados a la empresa en concepto de CAT. No obstante, mediante Nota de Asesoría Legal del I.P.C.E., la Subdirección Ejecutiva de la Institución, contesta a la empresa Teneria Tauro, S.A., señalando que la Comisión Técnica de Incentivo a las Exportaciones considera que dicha solicitud es improcedente e inadmisibile, en virtud de que los actos relacionados con este negocio quedaron ejecutados en la vía gubernativa.

Como quiera que, la referida Nota ASELEG-No.193 no es la vía idónea para decidir si se agotó o no la vía gubernativa, por cuanto que la misma no está siendo sustentada en derecho, como tampoco está resolviendo la situación jurídica suscitada, ni otorga al recurrente los posibles Recursos a que pudiera tener derecho contra la misma, en consecuencia no estamos en presencia de la figura conocida como AGOTAMIENTO DE LA VÍA GUBERNATIVA.

Ahora bien, debemos precisar si realmente nos encontramos frente a un acto susceptible de impugnación (Nota ASELEG-No.193) o, un mero acto de trámite, preparatorio o de carácter general; observados estos aspectos, podremos saber si, se ha dado inicio o no a la vía gubernativa. Veamos:

COMO SE INICIA LA VÍA GUBERNATIVA:

El reconocido tratadista colombiano GUSTAVO PENAGOS, en su obra "Vía Gubernativa Acciones Administrativas" señala lo siguiente:

" La Vía Gubernativa, se inicia con la interposición de los recursos contra los actos administrativos, con los cuales estén en desacuerdo los administrados.

El Decreto 01 de 1984, al respecto establece en los artículos 49 y siguientes, la improcedencia de los recursos contra los actos administrativos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios, o de ejecución excepto en los casos previstos en norma expresa.

Desde luego que fue una imprecisión del Decreto 01 de 1984, al decir en su artículo 49, que no habrá recurso contra los actos de trámite, ni preparatorios, pues, si admite la acción de nulidad contra dichos actos, según el antepenúltimo

inciso del artículo 84, por las mismas razones se deberán aceptar en la Vía Gubernativa.

Los artículos siguientes (50 a 55) regulan las clases de recursos, oportunidad para interponerlos, requisitos, rechazo, desistimiento y el efecto suspensivo en que se conceden.

Las normas citadas preceptúan lo siguiente:

Artículo 49. *Improcedencia.* No habrá recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios, o de ejecución excepto en los casos previstos en norma expresa.

Artículo 50. *Recurso en la vía gubernativa.* Por regla general, contra los actos que pongan fin a las actuaciones administrativas procederán los siguientes recursos:

1.- El de reposición, ante el mismo funcionario que tomó la decisión, para que aclare, modifique o revoque;

2.- El de apelación, para que ante el inmediato superior administrativo, con el mismo propósito;

No habrá apelación de las decisiones de los ministros, jefes de departamentos administrativo, superintendentes y representantes legales de las entidades DESCENTRALIZADAS o de las unidades especiales que tengan personería jurídica.

3.- El de queja, cuando se rechace el de apelación.

El recurso de queja es facultativo y podrá interponerse directamente ante superior el superior del funcionario que dictó la decisión, mediante escrito al que deberá acompañarse copia de la providencia que haya negado el recurso.

De este recurso se podrá hacer uso de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la decisión.

Recibido el escrito, el superior ordenará inmediatamente la remisión del expediente, y decidirá lo que sea del caso.

Son actos definitivos, que ponen fin a una actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo de un asunto; los actos de trámite podrán fin a una actuación cuando hagan imposible continuarla. ...”
(PENAGOS, Gustavo. Vía Gubernativa Acciones Administrativas. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá - Colombia, 1988. Pág. 116-117).

Somos del criterio jurídico, que la vía gubernativa tiene como finalidad esencial la de darle oportunidad a la administración de corregir o enmendar los posibles errores, de ahí, la imperiosa necesidad de exigir legalmente su agotamiento previo.

Existen corrientes doctrinales, que sostienen la tesis que la necesidad de agotamiento previo de la vía gubernativa para acudir al contencioso es un requisito establecido por el legislador con el ánimo de que la autoridad analice los reparos que tenga el particular contra sus actos, antes de que ellos le hagan conocer a quien compete juzgarlos, para que así los funcionarios oficiales tengan la oportunidad de enmendar por sí mismos los quebrantos del orden jurídico en que hubieren podido incurrir.

Sobre este tema, sostiene PENAGOS que: “la observancia del requisito anterior, no puede llevarse hasta el extremo de exigirle al quejoso contra la administración que obtenga de ella un pronunciamiento a fondo sobre sus pretensiones, para entender solamente así que tiene expedita la vía contenciosa, porque ello equivaldría a que el empleo de este remedio supremo que la ley les otorga a los particulares cuando se crean perjudicados por actos oficiales, quedará al arbitrio de los funcionarios públicos, pues les bastaría desechar el reclamo directo por motivos meramente formales, subsanables luego con facilidad y a veces del todo infundados, para cerrarle así al particular en forma rotunda el ejercicio de aquella valiosa prerrogativa, esencial para mantener una tutela permanente del orden jurídico que es el fundamento de Estado de Derecho. Tan rigurosa tesis no puede aceptarse porque rebasa los propósitos del legislador con detrimento de los derechos substanciales de las personas.”
(PENAGOS, Gustavo, op. cit. pág. 127).

Por su parte, nuestro más Alto Tribunal de Justicia ha sido constante al exigir que los procesos se instauren en contra de los actos principales y no de los actos identificados como mero trámite, como lo es el caso de la Nota ASELEG - No.193, de 22 de octubre de 1996.

En consecuencia nos permitimos citar unos extractos de los Fallos, de la Corte Suprema de Justicia:

Auto de 15 de diciembre de 1988.

“Igualmente se advierte en la demanda instaurada que, varios de los actos atacados no son susceptibles de serlo en vía contencioso-administrativa; ya que los mismos son actos

preparatorios o de mero trámite y ... ninguno de los dos decidió o puso término a la situación de la Sociedad VARIG, S.A., respecto de las sumas adeudadas a la Caja de Seguro Social..." (Sala Tercera de la Corte).

Auto de 11 de abril de 1990.

"Sostiene la apelante que el acto acusado es un acto preparatorio o de mero trámite, que la suspensión del cargo decretado a la funcionaria demandante no constituye un acto de carácter definitivo o que cause estado por ser una medida administrativa de carácter preventivo o temporal adoptada por la Directora Provincial de Educación de Veraguas, hasta tanto el Jefe de ese Ministerio emita una decisión final. La Sala Comparte este razonamiento y agrega, que efectivamente el acto impugnado tiene carácter de trámite o preliminar tendiente a configurar la existencia de un acto definitivo el cual aún no ha nacido a la vida jurídica.

La Jurisprudencia de este Máximo Tribunal de Justicia ha sido la de no admitir las demandas contenciosos administrativas de plena jurisdicción que se enderecen contra actos de trámite o preparatorios. Lo anotado es suficiente para estimar que le asiste la razón a la apelante..." (Sala Tercera de la Corte).

Auto de 15 de abril de 1992.

"El Procurador de la Administración ha presentado recurso de apelación contra el auto de 18 de junio de 1991, emitido por el Magistrado Sustancador, mediante el cual se admitió la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción presentada por LEODEGARIA DE GRACIA DE BASO, contra la Ministra de Educación.

Observa el Procurador, con razón, que el acto impugnado no tiene carácter de definitivo en el sentido de decidir el fondo del asunto, pues, se trata apenas de una solicitud que hace la Ministra de Educación al Órgano Ejecutivo dentro de un proceso disciplinario que se le sigue a la demandante, ese acto no terminó dicho proceso ni impidió su continuación.

Es claro a juicio de esta Sala, que estamos en presencia de un acto que es de mero trámite y que, por lo tanto, no es susceptible de impugnación autónoma ante la jurisdicción

contencioso administrativa, según lo señalado esta Sala en diversas ocasiones, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 42 de la ley 135 de 1943.

En consecuencia, el resto de los Magistrados que integran la SALA TERCERA (CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA) DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, REVOKA, el auto de 18 de junio de 1991 y NO ADMITE la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción presentada por la señora LEODEGARIA DE GRACIA DE BASO contra la Ministra de Educación.”

En efecto, el fundamento jurídico que exige la viabilidad de los recursos, en contra de actos principales, lo es el artículo 42 de la Ley 135 de 1943, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 42. Para ocurrir en demanda ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo es necesario que se haya agotado la vía gubernativa, lo que se entiende cuando los actos o resoluciones respectivas no son susceptibles de ninguno de los recursos establecidos en los artículos 33, 38, 39 y 41, o se han decidido, ya se trate de actos o resoluciones definitivas, o de providencias de trámite, si estas últimas deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, de modo que se pongan término o hagan imposible su continuación. (Art. 25, Ley 33. Las subrayas son nuestras).

NUESTRAS CONCLUSIONES:

- I. El Instituto Panameño de Comercio Exterior, no está facultado legalmente para realizar descuento alguno, en concepto de Certificados de Abono Tributario.
- II. El I.P.C.E., deberá pedir y comprobar, mediante una Certificación emitida por el Ministerio de Hacienda y Tesoro, que los DOSCIENTOS VEINTICINCO MIL DOSCIENTOS SETENTA BALBOAS (B/.225,270.00) fueron devueltos al erario público (el Fisco Nacional); en ese caso, deberá ser el Ministerio de Hacienda y Tesoro quien proceda a devolver o REACREDITAR dicha suma.
- III. La Nota ASELEG - No.193, calendada 22 de octubre de 1996, no constituye en ningún momento un acto principal, susceptible de ser recurrido.
- IV. El I.P.C.E., está en la obligación de pronunciarse y contestar a la empresa Tenería Tauro, S.A., sobre la solicitud de REACREDITAMIENTO. Esta contestación deberá ser por medio de una Resolución motivada, la cual deberá contener un Considerando

a través del cual explique los motivos que sustentan dicho acto administrativo. Al final de la parte resolutive se deberá expresar el fundamento de derecho y los Recursos Gubernativos a que tiene derecho la parte afectada con esa Resolución.

V. La Resolución que se dicte, deberá ser notificada en la forma prevista en la Ley 135 de 1943, reformada por la Ley 33 de 1946.

VI. Por todo lo anteriormente expuesto, esta Procuraduría mantiene su criterio jurídico expresado en la Consulta anterior, y sostiene que en el caso que nos ocupa, no se ha dado el **AGOTAMIENTO DE LA VÍA GUBERNATIVA**. Recordemos que cuando se emita la primera Resolución, por parte del I.P.C.E., se da inicio y abre la Vía Gubernativa, agotándose luego entonces con la interposición de los recursos pertinentes, previamente anunciados en la misma Resolución.

En estos términos esperamos haber atendido debidamente su solicitud.

Atentamente,

ALMA MONTENEGRO DE FLETCHER
Procuradora de la Administración

AMdaF/14/jabs/hf