



República de Panamá
Procuraduría de la Administración

Panamá, 06 de octubre de 2023
Nota C-143-23

Licenciado
Ranth K. Berard M.
Gerente General
Mercados Nacionales de la Cadena de Frio, S.A
Ciudad.-

Ref.: Facultad de la Junta Directiva, el Gerente General o cualquier otro empleado de una empresa pública a exonerar tarifas, cánones de arrendamientos o cualquier otro cobro.

Señor Gerente General:

Me dirijo a usted en ocasión de su nota número MNCF/No.1055-2023 de 18 de septiembre de 2020, recibida el 20 del mismo mes, mediante la cual eleva a este Despacho un número plural de interrogantes, relacionadas con exoneración de tarifas, cánones de arrendamientos o cualquier otro cobro considerado como parte de las recaudaciones al fondo general, en los siguientes términos:

- “1- ¿Puede la junta directiva o el gerente/director/administrador general o cualquier otro funcionario/empleado de una empresa pública exonerar tarifas, cánones de arrendamientos o cualquier otro cobro considerado como parte de las recaudaciones al fondo general, sin que esa facultad se encuentre expresamente mencionada en una ley?*
- 2- ¿Puede un concepto favorable o visto bueno (escrito) otorgado por el Ministerio de Economía servir de sustento para otorgar exoneraciones de tarifas, cánones de arrendamientos o cualquier otro cobro considerado como parte de las recaudación al fondo general, ¿ en el evento de que no exista una disposición expresa en la ley para ello?*
- 3- Los planteamientos de los párrafos 1 y 2 son opcionales (cualquiera de los 2) u obligatorio ambos.*
- 4- De haberse otorgado una exoneración fuera de los límites permitidos por la ley, ¿correspondería, a la administración actual*

dejar sin efecto la resolución controvertida y comunicarle a las partes beneficiadas indebidamente, el deber de reintegrar al Tesoro Nacional, los montos que debieron ser pagados?”

Con respecto a su **primera, segunda y tercera interrogantes**, esta Procuraduría es de la opinión que las facultades de la Junta Directiva, el Gerente General u otro empleado de una empresa pública para exonerar tarifas, cánones de arrendamientos o cualquier otro cobro considerado como parte de las recaudaciones al fondo general, depende de su ley de creación, el pacto social o los reglamentos de esa empresa pública; no obstante, en lo que concierne a los Mercados Nacionales de la Cadena de Frio, S.A., ninguna de estas instancias tiene facultad para declarar tales exoneraciones, así como tampoco el Ministerio de Economía y Finanzas, ya que las mismas no se encuentran expresamente establecidas en la Ley No.90 de 7 de noviembre de 2013, el pacto social ni en ningún reglamento de esta empresa pública.

En lo que concierne a su **cuarta interrogante**, somos del criterio que de haberse otorgado una exoneración fuera de los límites permitidos por la ley, la actuación de la Administración de los Mercados Nacionales de la Cadena de Frio, S.A., dependerá de si el acto administrativo se enmarca dentro de los supuestos que establece el artículo 62 de la Ley No.38 de 2000: *a) falta de competencia; b) declaraciones falsas o se hayan aportado pruebas falsas; c) si el afectado consiente en la revocatoria; y d) cuando así lo disponga una norma especial*. Dependiendo del caso que se trate, deberá la Administración determinar si lo que procede es la revocatoria del acto administrativo con base al referido artículo 62, o la anulación de pleno derecho con base al numeral 2 del artículo 52 *ibidem*.

Es importante en primera instancia indicarle, que la respuesta brindada a través de la presente consulta, no constituye un pronunciamiento de fondo, o un criterio concluyente que determine una posición vinculante, en cuanto a lo consultado.

I. **Sobre el Principio de Legalidad.**

Un aspecto de esencial importancia que debemos considerar, es el que hace referencia a los principios cardinales, que todo servidor público debe observar en el ejercicio de sus funciones dentro de nuestro derecho interno. A saber:

A. Marco Constitucional:

“Artículo 18. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infracción de la Constitución o de la Ley.

Los servidores públicos lo son por esas mismas causas y también por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas.”

B. Marco legal (Ley No.38 de 31 de julio de 2000):

“Artículo 34. Las actuaciones administrativas en todas las entidades públicas se efectuarán con arreglo a normas de informalidad, imparcialidad, uniformidad, economía, celeridad y eficacia, garantizando la realización oportuna de la función administrativa, sin menoscabo del debido proceso legal, con objetividad y con apego al principio de estricta legalidad ...” (Lo subrayado es nuestro)

Estos principios fundamentales de derecho recogidos en nuestro ordenamiento jurídico, proponen que los mismos, constituyen el fundamento en virtud del cual todos los actos administrativos deben estar sometidos a las leyes; conforme al cual todo ejercicio de un poder público debe realizarse acorde a la ley vigente y su jurisprudencia. Dicho en otras palabras, el servidor público sólo puede hacer lo que la ley le permita.

II. Respeto de las tres (3) primeras interrogantes.

Como ya se ha explicado, la facultad para exonerar tarifas, cánones de arrendamiento o cualquier otro cobro de una empresa pública, depende de su ley de creación, el pacto social o los reglamentos, y en este sentido, los Mercados Nacionales de la Cadena de Frio, S.A., (en adelante denominada Cadena de Frio), como empresa pública, se rige por:

- El Pacto Social, que se dictó de conformidad a la Ley No.32 de 26 de febrero de 1927, “Sobre Sociedades Anónimas”;
- Las limitaciones y excepciones establecidas en el marco regulatorio de la Ley No.90 de 2013;
- Los reglamentos que se dicten en su desarrollo; y
- Las normas del Código de Comercio aplicables a las sociedades anónimas.

El artículo 3 de la Ley No.90 de 2013, dispone que los Mercados Nacionales de la Cadena de Frio, S.A., cuenta con una estructura administrativa que establece de forma clara la separación de responsabilidades en varias funciones, entre ellas, una **Junta Directiva** capaz de realizar una vigilancia independiente sobre la administración de la Cadena de Frío.

Las funciones de esta Junta Directiva -compuesta por 9 miembros- están descritas en el artículo 9 de la referida Ley No.90 de 2013 y las del gerente general están contempladas en su artículo 12; no obstante, en ninguno de ellos, el pacto social o reglamento, se señala de manera expresa, que la junta directiva, el gerente general o cualquier otro empleado de esta entidad, tenga la facultad de poder *exonerar* tarifas, cánones de arrendamientos o cualquier otro cobro considerado como parte de las recaudaciones al fondo general.

El pacto social de esta sociedad -que se encuentra protocolizado en la Escritura Pública No.3648 de 09 de febrero de 2015, otorgada en la Notaría Duodécima del Circuito de Panamá- en su cláusula segunda contiene los fines de la sociedad, entre las cuales están la del punto 2.1., literales h y m, que son la de *“Custodiar, conservar y administrar los bienes, activos y propiedades que forman parte de la Cadena de Frio”* y *“Recomendar al Órgano Ejecutivo el régimen tarifario por los servicios brindados a (sic) naturales o jurídicas en la instalaciones de la Cadena de Frio y recaudarlo directo o indirectamente...”*, misma facultad que le compete a la junta directiva, de conformidad con lo establecido en la cláusula décima segunda, numeral 28, del citado pacto social.

Analizando detenidamente lo establecido en el pacto social y también las normas de la Ley No.90 de 2013, observamos que ninguna de estas regulaciones le da facultad a la junta directiva, al gerente general ni a ningún otro empleado de los Mercados Nacionales de la Cadena de Frio, S.A., para *exonerar* las tarifas, cánones de arrendamientos o cualquier otro crédito que se hayan adquirido con dicha empresa, ya que para que se pueda exonerar es necesario que estos compromisos u obligaciones estén previamente contraídos.

Cabe resaltar, que la definición técnica del vocablo *exonerar* según el Diccionario Económico (Economipedia), es la de *“dispensar a una persona física o jurídica de una carga u obligación que había contraído a través de contrato por mandato de una norma”*¹, es decir, que la tarifa, el canon de arrendamiento o el crédito, deben estar previamente contraído en un contrato o en una norma, para que sean exonerado.

Por otra parte, el Reglamento Interno para arrendatarios de los mercados propiedad de la empresa Mercados Nacionales de la Cadena de Frio, S.A., aprobado por la Junta Directiva de esa entidad el 18 de febrero de 2021², tampoco contiene la facultad de la junta directiva, el gerente general o cualquier otro director o empleado de esta entidad, para hacer tales exoneraciones; sino más bien el numeral 7 de su artículo 20, dispone que la condición de arrendatario y/o concesionario se pierde por la falta de pago de dos (2) meses del canon de arrendamiento establecido o de las cantidades adeudadas en cualquier concepto, sin perjuicio que esas cantidades puedan ser exigidas por vía de apremio o en su defecto, por la vía judicial antes las autoridades competentes.

Así mismo, el artículo 106 del mencionado reglamento, que guarda relación con el pago de tarifas, señala que: *“Los distintos arrendatarios o concesionarios del mercado, propiedad de CADENA DE FRIO, pagarán los derechos que se fijan en las tarifas vigentes. El pago se efectuará del modo, tiempo y condiciones que sean fijadas por el arrendador en las disposiciones que, en desarrollo de este Reglamento, se dicten por cada servicio o bien arrendado.”*

¹ Ver <https://economipedia.com/definiciones/exonerar.html>

² Ver Gaceta Oficial No. 29264 de 16 de abril de 2021

Igualmente debemos señalar, que los Mercados Nacionales de la Cadena de Frio, S.A., cuenta con otro reglamento que establece el procedimiento para otorgar concesiones, aprobado por la Junta Directiva de los Mercados Nacionales de la Cadena de Frio, S.A., mediante Resolución Nº MNCF-JD-003-2022 de 8 de agosto de 2022³, el cual define de manera detallada en su artículo 3, numeral 5, lo que es *concesión* y los derechos para los cuales se otorga; y en el numeral 2 del artículo 6 señala entre otras cosas que: “El canon por el alquiler y/o el porcentaje sobre las ventas que un concesionario deba pagar, se establecerá en cada contrato, según las tarifas previamente aprobadas por la Junta Directiva del MNCF...”.

Como se puede apreciar, la Junta Directiva de los Mercados Nacionales de la Cadena de Frio, S.A., fija las tarifas, pero nada dice de exonerarlas una vez que el arrendatario o concesionario se haya obligado a pagarlas, ya que estas tarifas o cánones de arrendamientos deberá constar en un contrato que es refrendado por la Contraloría General de la República y deberá contener, entre otras menciones, las *“Tarifas aplicables, sus incrementos, impuestos o cargos que el concesionario deba pagar, así como los plazos para realizar dichos pagos”*, según lo indica el numeral 10 del artículo 28 del referido reglamento, y nadie puede exonerarlas, ni siquiera el Ministro de Economía y Finanzas, ya que ninguno de ellos tiene la facultad expresa para hacerlo; y tratándose de una empresa pública aplica el principio de legalidad, conforme al cual todo ejercicio de potestades debe sustentarse en normas jurídicas que determinen un órgano competente y un conjunto de materias que caen bajo su jurisdicción.

La única forma que se pueda exonerar estas tarifas o cánones de arrendamientos es a través de un Decreto Ejecutivo dictado por el Órgano Ejecutivo, siempre que existan motivos de fuerza mayor o caso fortuito, o a través de una ley.

III. En relación a su cuarta (4) interrogante.

En lo que se refiere esta interrogante, esto es, si correspondería a la administración actual de la Cadena de Frio, dejar sin efecto una resolución que hubiese otorgado una exoneración fuera de los límites permitidos por la ley y comunicarle a las partes beneficiadas indebidamente, el deber de reintegrar al Tesoro Nacional, los montos que debieron ser pagados, es preciso resaltar que por regla general los actos de la administración, al presumirse legales, deben ser mantenidos y respetados en todas sus partes; salvo que sean denunciados ilegales o que la propia administración los revoque o los anule con fundamento en una causal establecida por la ley.

En cuanto a la revocatoria del acto administrativo, tal como señaláramos en consultas anteriores⁴, se encuentra establecida en Título III del Libro Segundo, sobre Procedimiento Administrativo General de la Ley No.38 de 31 de julio de 2000, y está sustentado bajo el principio que establece que cuando un acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreta, o reconocido un derecho de igual

³ Ver Gaceta Oficial No. 29618 de 08 de septiembre de 2022

⁴ Notas C-054-21 de 27 de abril de 2021, C-106-23 de 12 de julio de 2023 y C-109-23 de 26 de julio de 2023

categoría, no podrá ser revocado sin que se enmarque específicamente en una de las causales legales especiales para la revocatoria.

Por su parte, el artículo 62 de la citada Ley No.38 de 2000, modificado por el artículo 3 de la Ley No.62 de 23 de octubre de 2009, prescribe que los actos que hayan creado una situación jurídica particular, o reconocido un derecho de igual categoría, no podrán ser revocados sin que operen en forma especial unas de las causales o elementos de revocación. Veamos:

“Artículo 62. Las entidades públicas solamente podrán revocar o anular de oficio una resolución en firme en la que reconozcan o declaren derechos a favor de terceros, en los siguientes supuestos:

1. *Si fuese emitida sin competencia para ello;*
2. *Cuando el beneficiario de ella haya incurrido en declaraciones o haya aportado pruebas falsas para obtenerla;*
3. *Si el afectado consiente en la revocatoria; y*
4. *Cuando así lo disponga una norma especial*

En contra de la decisión de revocatoria o anulación, el interesado puede interponer, dentro de los términos correspondientes, los recursos que le reconoce la ley.

La facultad de revocar o anular de oficio un acto administrativo no impide que cualquier tercero interesado pueda solicitarla, fundado en causa legal, cuando el organismo o funcionario administrativo no lo haya hecho.” (Lo resaltado es nuestro)

Del artículo transcrito se desprende que, entre las causales o elementos que se establecen para que se dé la revocatoria del acto de manera oficiosa están:

- a) La falta de competencia de la Autoridad que emitió dicho acto, es decir que no estaba por mandato constitucional y/o legal para tal fin.
- b) Cuando el beneficiado con dicho acto administrativo, haya incurrido en declaraciones o aportado pruebas falsas para obtener ese beneficio.
- c) Se observa la exigencia del consentimiento del respectivo afectado, lo que conlleva que la administración no pueda revocar un acto del cual se derivan derechos subjetivos y personales a favor de un sujeto de derecho a menos que exista consentimiento de la persona afectada. A su vez, se desprende de este artículo, una regla y principio general del derecho administrativo panameño sobre la intangibilidad de los actos de carácter particular y concreto que reconozca un derecho o que creen o modifiquen una situación jurídica de la misma categoría.
- d) Cuando una norma especial disponga alguna otra causal, distinta a las anteriormente expuestas.

De las observaciones anteriores se desprende que la revocación procura un estudio de viabilidad del acto, desde su conveniencia y oportunidad; aunado a ello si bien es cierto que se puede revocar del mismo modo por razones de incumplimiento de los elementos jurídicos del acto, esta materia es más propia de la anulación.

En este orden de ideas resulta oportuno señalar las diferencias entre la Anulación y Revocación del Acto Administrativo.

- En cuanto a la figura de la anulación del acto.

El control que la propia Administración ejerce, versa sobre la juridicidad de sus actos, impidiendo su subsistencia cuando están afectados de un vicio, que no admite convalidación como lo es el que produce la nulidad absoluta. En tal caso, la Administración se encuentra facultada en cualquier tiempo, de oficio o a instancia de parte para “reconocer” la nulidad aludida, con efectos “*ex tunc*”, es decir desde siempre.

- En cuanto a la figura de la revocación del acto.

La misma estaría constituida por la constatación de un vicio de nulidad relativa en el acto objeto del control administrativo que, por ser convalidable tiene un destino que depende de la Administración o bien por motivo de inoportunidad o inconveniencia respecto al interés tutelado y cuya potestad se ejerce con efectos exclusivamente hacia el futuro “*ex nunc*”.

Por otro lado, si la administración estima que expidió un acto con prescindencia de la debida competencia, y no puede obtener el consentimiento de las personas que se puedan ver afectadas, no le está permitido revocar unilateralmente el acto; sino iniciar el procedimiento administrativo de anulación contemplado en el numeral 2 del artículo 52 de la Ley N°.38 de 2000 (***revocación por incompetencia***). En este tipo de procedimientos se le debe brindar a las personas afectadas todas las garantías del debido proceso administrativo, propiciando con ello, que dichos sujetos demanden su anulación, utilizando la correspondiente acción de ilegalidad ante la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

En este sentido, el artículo 52 de la Ley No. 38 de 2000, dispone lo siguiente:

“Artículo 52. Se incurre en vicio de nulidad absoluta en los actos administrativos dictados en los siguientes casos:

- 1. Cuando así esté expresamente determinado por una norma constitucional o legal;*
- 2. Los dictados por autoridades incompetentes;*
- 3. Aquellos cuyo contenido sea imposible o sea constitutivo de delito;*

4. *Los dictados con prescindencia u omisión absoluta de trámites fundamentales que impliquen violación del debido proceso legal;*
5. *Los que graven, condenen o sancionen por un tributo fiscal, un cargo o causa distintos de aquellos que fueron formulados al interesado.”*

Como bien puede observarse, la anulación de pleno derecho es diferente a la revocatoria, tomando en consideración que, aunque la revocatoria tiende a la invalidez del acto en sede administrativa; la anulación puede ocurrir cuando la actuación administrativa incumple con alguno de los elementos propios y naturales a su emisión.

Sobre este tema (*de la nulidad*), el profesor y jurista francés GASTÓN JEZÉ, especialista en derecho administrativo, señaló en su obra: “Principios Generales del Derecho Administrativo”, que los medios técnicos mediante los cuales se pone en ejecución la sanción jurídica de la nulidad, son dos: la vía administrativa y la jurisdiccional⁵”; siendo esta última la que correspondería de ser el caso, activarla ante la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Agrega el autor en su obra, lo siguiente:

“ ...

II. --- Vía jurisdiccional

I.---Es el procedimiento más eficaz para asegurar la observancia minuciosa de la letra y el espíritu de las prescripciones legales y reglamentarias.

En el derecho público francés, las reglas generales del recurso jurisdiccional derivan de la naturaleza jurídica de la resolución de desinvestidura definitiva (cesantía, destitución, etcétera), acto condición unilateral.

II.---La vía jurisdiccional normal es el recurso de nulidad por exceso de poder ante el Consejo de Estado estatuyendo en lo contencioso, en las condiciones normales de tal recurso.

La vía jurisdiccional es excelente pero demasiado lenta. A menudo, sobre todo para los agentes electivos, esta lentitud transforma el recurso en una censura doctrinal.

Sólo es posible el recurso de nulidad cuando un vicio de procedimiento afecta de nulidad la resolución que dispone la cesantía.

⁵ Cfr. Página 262, de la Obra citada.

Cuando tal resolución, regular en otros aspectos, no ha sido precedida de preaviso y no se ha pagado la indemnización por licenciamiento, no puede anularse, el recurso por abuso de poder deberá rechazarse, pues la acción a deducir es una acción por indemnización.⁶

III.---El recurso de nulidad del decreto de remoción puede deducirlo, exclusivamente, el agente público personalmente afectado, cualquiera que sea. Hay aquí una diferencia con el recurso deducido contra una resolución que nombra o promueve.

Se explica esta diferencia porque un nombramiento ilegal puede perjudicar a todos los que pertenecen al servicio, suscitándoles un competidor o postergándoles en su ascenso. Pero una cesantía, una destitución, no lesiona directamente a los agentes pertenecientes al servicio, a quienes no afecta.

Es indudable que ellos tienen interés en que se observen los procedimientos prescritos para las cesantías, destituciones, etc., a fin de que no existan precedentes desfavorables. Según el Consejo de Estado, esta circunstancia legitima la intervención de las asociaciones profesionales de funcionarios, pero no un recurso directo.⁷

Vemos que se desprende con meridiana claridad que el autor resalta el hecho que, a través de la vía jurisdiccional, lo que se busca es la anulación de un acto administrativo no porque afecte a alguien en particular, sino porque viola el ordenamiento jurídico.

En consecuencia, lo que se pretende con esta acción, es que la autoridad competente en vía jurisdiccional, declare que el acto administrativo es violatorio de una norma jurídica; es decir, que esta nulidad tendrá por objeto la protección del ordenamiento jurídico y, por ende, de la sociedad en su conjunto cuando se vea alterado por un acto administrativo dictado, por un funcionario o entidad pública, que se aparta de la conducta exigida por la ley

III. Consideraciones Finales.

1. Las facultades de la Junta Directiva, el Gerente General u otro empleado de una empresa pública para exonerar tarifas, cánones de arrendamientos o cualquier otro cobro considerado como parte de las recaudaciones al fondo general, depende de su ley de creación, el pacto social o los reglamentos de esa empresa pública.
2. En lo que concierne a la empresa Mercados Nacionales de la Cadena de Frio, S.A., ninguna de las instancias previamente señaladas (*Junta Directiva, Gerente General, etc.*), tiene la facultad para declarar tales exoneraciones, así como tampoco el Ministerio de Economía y Finanzas, ya que las mismas no se encuentran expresamente

⁶ Página 265 *Ibidem*.

⁷ Página 266 *Ibidem*.

establecidas en la Ley No.90 de 7 de noviembre de 2013, el pacto social, ni en ningún reglamento de esta empresa pública.

3. Este Despacho considera que la empresa Mercados Nacionales de la Cadena de Frio, S.A., podrá actuar en función a lo siguiente:
 - Si el acto administrativo por la cual se exonera las tarifas, cánones de arrendamientos o cualquier otro cobro considerado como parte de las recaudaciones al fondo general, se enmarca dentro de los supuestos que establece el artículo 62 de la Ley No.38 de 2000: a) falta de competencia; b) declaraciones falsas o se hayan aportado pruebas falsas; c) si el afectado consiente en la revocatoria; y d) cuando así lo disponga una norma especial; deberá la Administración determinar si lo que procede es la revocatoria del acto administrativo con base al referido artículo 62, o la anulación de pleno derecho con base al numeral 2 del artículo 52 ibídem.
 - Solicitar la nulidad del acto en vía jurisdiccional, tomando en cuenta que se deben observar los requisitos establecidos en el artículo 43 de la Ley N°.135 de 1943, modificado por el artículo 26 de la Ley N°.33 de 1946, al poder ser considerado el acto administrativo violatorio al ordenamiento jurídico.

En esta forma dejamos expuesta nuestra opinión, reiterándole que la misma no es vinculante para la Procuraduría de la Administración.

Atentamente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración

RGM/gac/mabc
C-140-23



La Procuraduría de la Administración sirve a Panamá, te sirve a ti.

*Apartado 0815-00609, Panamá, República de Panamá *Teléfonos: 500-3350, 500-3370 * Fax: 500-3310*

** E-mail: procadmon@procuraduria-admon.gob.pa Página Web: www.procuraduria-admon.gob.pa**