

C-351-02

20 de Noviembre de 2002.

Licenciada

ANA LORENA BROCE

Superintendente de Seguros

y Reaseguros de Panamá

Ministerio de Comercio e Industrias

E. S. D.

Licenciada Broce:

Al tenor literal del artículo 6, numeral 1 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, que nos atribuye la facultad de servir de consejera jurídica a los servidores públicos administrativos, procedo a responder su nota DSR-0988-02 de 2 de octubre de 2002, por medio de la cual nos solicita opinión sobre la adecuada interpretación del "derecho a consultar" que tienen los particulares.

Hechos en que se fundamenta la consulta jurídica

Primero: Que la empresa denominada Central de Fianzas, S.A. es una entidad aseguradora, autorizada por la Superintendencia de Seguros y Reaseguros de Panamá, para explotar la actividad de seguros, en todos sus ramos, conforme lo establecido en la Resolución N°.425 del 22 de septiembre de 1994.

Segundo: Desde el segundo trimestre de 2001 y por tres trimestres consecutivos, la precitada empresa ha reflejado cifras de insuficiencia en sus resultados en el ejercicio denominado Margen de Solvencia y Liquidez Mínima Requerida (MSLMR), el cual constituye un indicador de solvencia y liquidez que debe medir periódicamente esta dependencia, conforme lo que se establece en los artículos 10, numeral 9 y 44 de la Ley 59 de 29 de julio de 1996 "por la cual se reglamentan las entidades aseguradoras, administradoras de empresas y corredores o

ajustadores de seguros; y la profesión de corredor o productor de seguros".

Tercero: La Superintendencia en virtud del cumplimiento de los preceptos legales vigentes ha consentido en la imposición de multas, el requerimiento de planes de capitalización y reestructuración de inversiones admitidas por ley y en general, procesos de auditoria con el propósito de velar por el acatamiento de las disposiciones legales antes aludidas toda vez que no se han acatado los procedimientos legales dispuesto en las leyes vigentes y en consecuencia la referida aseguradora ha respondido implantando una campaña de acciones encaminadas a perseguir al personal de esa institución, incluyendo las acciones penales y administrativas de manera personal contra la Directora y otros funcionarios que laboran en la misma, con la finalidad de confundir a la opinión pública y desacreditar a los funcionarios de esa agencia del Estado. De igual manera, han presentado un sinnúmero de consultas cuyos temas de fondo no tienen por objeto aclarar aspectos medulares de su actividad.

Cuarto: Que las acciones legales interpuestas en contra del personal que laboran en esa institución están siendo ventiladas ante las autoridades correspondientes. Sin embargo constituye una inquietud de ese Despacho conocer si están obligados a responder a todas y cada una de las interrogantes planteadas por la citada empresa, habida cuenta que la mayoría de temas han sido absueltos por la Superintendencia u otras instituciones públicas, pues por la naturaleza del tema corresponden a los asesores particulares.

Quinto: La preocupación principal, radica en que existen sendas quejas, solicitudes y consultas presentadas por otros usuarios, con legítimas pretensiones, que deben ser tramitadas por la dependencia y que por restricciones que sufre el sector público, en cuanto a la limitación de recursos económicos y humanos se causan retardos en las respuestas que deben brindarse a los particulares.

Sexto: Los temas consultados por la referida empresa versan sobre lo mismo e incluso en un mismo día se presentan los mismos

cuestionamientos, lo que denota un rotundo desconocimiento e ignorancia inexcusable de las leyes propias de la actividad que ejercen y de los conocimientos básicos y elementales del negocio. Se infiere de esta acumulación de interrogantes que el objetivo no es conocer la opinión del despacho sino de aumentar desmesurada e injustificadamente el volumen de documentos incumpliendo con los requerimientos taxativamente señalados en la ley 38 de 2000.

Séptimo: En el transcurso del presente año, Central de Fianzas S.A. ha presentado setenta y cinco (75) consultas de igual contenido y naturaleza, lo cual coincide de forma simultánea con la interposición de denuncias en el Ministerio Público. Es imperante resaltar que la empresa comentada por tres períodos consecutivos ha reflejado insuficiencias de solvencia y/o liquidez, despreocupadamente hace un despliegue de gastos, como por ejemplo la aplicación de timbres fiscales en documentos cuya entrada en la institución son del mismo día y que en la práctica sólo en consultas de este tipo podemos mencionar una erogación de trescientos (B/.300.00) balboas, lo cual hace dudar si la administración que dirige esta empresa, actúa con diligencia debida.

Criterio Legal de la Superintendencia de Seguros y Reaseguros

Se coincide con la Corte Suprema de Justicia, en cuanto a que el derecho de consulta o petición no es un derecho ilimitado. A nivel de la doctrina referente a los límites del derecho subjetivo, en donde se contempla que si el derecho es una situación de poder que el ordenamiento jurídico atribuye o concede a la persona, es evidente que ese poder tiene que estar de algún modo limitado, pues sin límites sería justificada la absoluta arbitrariedad".¹

Con motivo de lo anteriormente expuesto, se debe reconocer que esta institución no tiene por intención interferir y mucho menos obstaculizar el derecho que pueda tener Central de Fianzas, S.A. de elevar consultas a su ente regulador así como de presentar peticiones y quejas, conforme está consagrado en nuestra Carta Política, en el precepto contenido en el artículo 41. De igual manera, se considera

¹ "Enciclopedia Básica". Editorial Civitas. Vol. 1, España, 1995, p.43.

que debe existir un parámetro que de forma diáfana permita orientar al usuario sobre qué es viable y qué es improcedente, a fin de no atrasar la labor que está llamada a cumplir la Superintendencia con ese y todos los demás entes regulados y usuarios que diariamente acuden a este Despacho en busca de un pronunciamiento.

Dictamen de la Procuraduría de la Administración

Antes de examinar el punto central de la consulta jurídica adjunta, describiremos algunos aspectos doctrinales del derecho de petición, con la finalidad de aclarar algunos elementos introductorios al tema que nos ocupa.

En la doctrina se considera el derecho de petición como aquel que puede presentar toda persona de forma respetuosa a las autoridades, ya sea por motivo de interés general o particular y de tener una pronta respuesta a lo petitionado.

De lo anterior podemos definir, entonces, que el derecho de petición es el medio constitucional que se le concede al ciudadano para presentar peticiones, quejas y consultas respetuosas a la administración pública en razón de sus funciones específicas en la ley.

El artículo 41 de la Ley 38 de 2000, dispone que toda petición, consulta o queja debe dirigirse a la autoridad por motivos de interés social o particular, deberá presentarse de manera respetuosa, y no se podrá usar, en los escritos respectivos, expresiones indecorosas, ofensivas o irrespetuosas.

La norma reproducida plantea dos aspectos puntuales, el primero es que la petición, consulta o queja puede ser por motivos de interés general o colectivo o de interés particular, es decir individual y segundo, ésta debe presentarse de manera respetuosa y no podrá contener palabras o expresiones indecorosas o irrespetuosas.

Asimismo conviene recordar que el artículo 40 de la ley 38 de 2000 establece pasos o reglas que debe encaminarse toda petición con fundamento en el artículo 41 de la Constitución Política a saber:

1. La autoridad ante quien se dirige la petición deberá proferir la resolución correspondiente, dentro de los treinta días siguientes a su presentación, salvo los supuestos de excepción dispuestos en la ley;
2. Cuando se reciba una petición, consulta o queja que deba ser objeto de determinado procedimiento administrativo o jurisdiccional especial, se comunicará así al peticionario dentro del término de ocho días, contados a partir de la recepción de la petición, con expresa indicación del procedimiento que corresponda según la ley, medida que se adoptará mediante resolución motivada.
3. Si la autoridad ante la cual se formula la petición, estimare o carece de competencia para resolver, la remitirá a la que considere competente, y comunicará tal circunstancia al peticionario, previa resolución inhibitoria, en la que expresará la norma o normas legales en que se funda la declinatoria de competencia y la entidad administrativa o jurisdiccional que, a su juicio, es la competente.

Cuando se produzca un conflicto de competencia positivo o negativo, entre autoridades que pertenezcan a un mismo ministerio, entidad descentralizada o local, lo resolverá el superior jerárquico de ambas autoridades; si estas pertenecieran a ministerios, entidades descentralizadas o entidades locales diferentes, el conflicto lo decidirá la Ministra o el Ministro de la Presidencia, quien para ello deberá consultar con la Procuraduría de la Administración.

Evidentemente, toda petición, consulta, queja o denuncia que se presente ante la administración pública tiene que seguir determinados parámetros definidos en la ley, para estos efectos, el funcionario debe responder la petición en general dentro de un término de treinta días; sin embargo, debe hacerlo en términos definidos, esto es, concediendo o negando lo que se pide, pues se deberá evaluar la norma, es decir el funcionario debe resolver dentro de los términos que la norma le impone pues no toda situación podrá ser resuelta por la entidad, de allí la necesidad de hacer un estudio o análisis oportuno para responder o no a la solicitud; en segundo lugar, debe evaluar si

la petición, consulta o queja trata de un procedimiento administrativo o especial, de ser así, debe comunicar al peticionario dentro de un término de ocho días, a partir de la recepción de su solicitud, para que el mismo enderece su pretensión ante la jurisdicción respectiva, y finalmente debe verificar si es la autoridad competente o no de lo contrario, debe declararse impedido justificando las razones mediante una resolución motivada.

Vale anotar que puede existir controversia en la resolución de una petición entre dos autoridades de un mismo ministerio, ésta la resolverá el superior jerárquico de ambas autoridades; no obstante si estas pertenecen a ministerios o entidades descentralizadas o entidades locales diferentes, el conflicto lo decidirá la Ministra o el Ministro de la Presidencia, quien para ello, deberá consultar con la Procuraduría de la Administración.

Como podemos apreciar, la consulta, queja o denuncia son modalidades del derecho de petición, y como tales a nivel general, se rigen por una serie de pasos que las autoridades públicas deberán evaluar en su contexto toda vez que no todas las peticiones son de su conocimiento, pues estas pueden variar de acuerdo a las reglas precedentes.

De acuerdo a la Ley 38 de 2000, la consulta al igual que la petición o queja administrativa forma parte del derecho constitucional de petición y esta hace referencia a una serie de cuestionamientos que dirige un particular a la autoridad competente para que esta emita su criterio u opinión sobre un asunto que guarda relación directa con sus tareas y que interesa al consultante o a varias personas.

Sobre el particular la doctrina ha sido enfática, en señalar que la Administración debe evaluar con mucha prudencia lo que se pide, solicita o consulta, pues la norma no le está otorgando una capacidad de disposición en contra de la ley o de los intereses de la Administración, sino fundamentalmente la satisfacción de un derecho ciudadano, que es el decirle cómo está su situación y si se puede

resolver.² En otras palabras, el funcionario público debe limitarse a responder dentro de los términos que señala la ley, ya sea de forma favorable o no, pues se debe recordar que este derecho público de queja, petición o consulta no inicia proceso alguno y tampoco puede asimilarse a las medidas de impugnación judicial, que definitivamente, persiguen otros propósitos, por los que las resoluciones que se emiten al evacuar una petición o consulta no son de carácter jurisdiccional.³

Cabe destacar, que la Administración Pública, en lo que al tema de "consulta" se refiere, es necesario, que determine los casos que pueden ser objeto de consulta y si en efecto éstos guardan directa relación con las tareas o materias propias de la institución, pero en esencia el tema de la consulta debe de igual manera, cumplir con una serie de requisitos para que esta sea acogida. Veamos lo que dispone el artículo 74 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000.

"Artículo 74. Toda petición que se formule a la Administración Pública para que ésta reconozca o conceda un derecho subjetivo, debe hacerse por escrito y contendrá los siguientes elementos:

1. *Funcionario u organismo al que se dirige;*
2. *Nombres y señas particulares de la persona que presenta el escrito, que deben incluir su residencia, oficina o local en que puede ser localizada y, de ser posible, el número del teléfono y de fax respectivo;*
3. *Lo que se solicita o pretende;*
4. *Relación de los hechos fundamentales en que se basa la petición;*
5. *Fundamento de derecho, de ser posible;*
6. *Pruebas que se acompañan y las que se aduzcan para ser practicadas; y*
7. *Lugar, fecha y firma de la persona interesada.*

² GONZÁLEZ CHÁRRY, Guillermo. Fundamentos Constitucionales de nuestro Derecho Administrativo. 2da ed., Colombia, 1987, p. 387.

³ Sentencia de 4 de enero de 1995, Pleno de la Corte Suprema de Justicia.

No requieren el cumplimiento de las formalidades de este artículo, las peticiones para la extensión de copias de documentos, suministro de información sobre asuntos oficiales no reservados, extensión de boletines de citación y otras que no justifiquen o den inicio a un proceso administrativo.

El texto copiado expresa con evidente claridad los requisitos para toda clase de petición, incluyendo la "**consulta**" ahora bien, el funcionario correspondiente deberá evaluar la misma, y depende de la naturaleza del tema o de la petición que se presente para que de esa forma se adecuen los requisitos exigidos.

El artículo 81 de la Ley 38 de 2000, es prístino al establecer que la autoridad administrativa ante quien se presente una consulta, deberá determinar si es o no competente para absolverla, y si la consulta cumple con lo dispuesto en el artículo 74 de esta ley; en caso contrario, deberá comunicarle al consultante que carece de facultad para absolverla y le indicará la autoridad competente para ello. Si la consulta no cumple con los requisitos señalados en el artículo 74 de esta Ley, deberá comunicarle al consultante de esa situación para que éste corrija la deficiencia.

Toda consulta formulada ante la autoridad competente, que cumpla con los requisitos establecidos en esta ley, deberá ser absuelta por la autoridad dentro de un término de treinta días hábiles siguientes a su presentación, mediante nota, oficio, o resolución, en la que se expondrán los fundamentos del dictamen u opinión respectiva, es importante señalar que esta consulta al igual que la petición no es un acto condición, es decir no causa estado por lo tanto es susceptible de ser atacada por los recursos administrativos, ya que es un dictamen general es una opinión de la entidad pública, recuérdese que este no es un medio de impugnación.

La autoridad deberá hacer de conocimiento del consultante el acto mediante el cual absuelve la consulta, bien mediante entrega personal del respectivo documento, o bien mediante correo, fax, telegrama u otro medio idóneo.

Conviene indicar que la autoridad o funcionario debe examinar si la consulta reúne los requisitos para acceder a lo pedido o no y de no cumplirse con los requerimientos se debe indicar al consultante para que en un término de ocho días corrija dicha deficiencia, al igual que si no es competente o no corresponde a esa jurisdicción debe ser comunicado al consultante. Asimismo, al recibirse la consulta, el servidor público debe certificar en la copia del respectivo memorial, la fecha de presentación o recibo de éste, en caso de no haber vencido el término para resolverla, lo certificará también en el documento respectivo (Cfr. Art. 32)

Sin embargo, es imprescindible que la administración pública, conteste o ponga en conocimiento al consultante del porque, no ha sido resuelta su consulta, y esto debe hacerse para evitar el retraso injustificado de la respuesta de la solicitud o la consulta, este mecanismo es una forma de verificar que el servidor público esta cumpliendo dentro de los términos establecidos en la ley.

Por último es importante destacar, que las instituciones públicas para los efectos prácticos deben regular los mecanismos correspondientes para absolver las consultas que se le presenten, toda vez que existen materias que no son de competencia o que corresponden a otras entidades del Estado; en fin, la Administración debe evaluar con mucho cuidado esta figura y tomar en cuenta las reglas antes descritas por la ley 38 de 2000, recuérdese que la ley 38 in situ se aplica de forma supletoria, es decir, si la institución correspondiente tiene leyes especiales que regulan la materia esta privaría, no obstante si éstas contienen alguna laguna sobre aspectos básicos o trámites legales, tales vacíos deberán superarse mediante la aplicación de las normas de la Ley 38 de 2000.⁴

A nivel de la doctrina el tema de la consulta, ha sido analizado y se ha señalado que no todos los casos expuestos por los particulares pueden ser objeto de dictamen, ya que tiene que hacerse un examen exhaustivo de los casos en consulta ante la administración, pues suele ocurrir que la administración, o no tiene competencia, o es una

⁴ Ver artículo 37 de la Ley 38 de 2000. p.12.

situación sujeta a un proceso administrativo o jurisdiccional⁵. En otros países las respuestas a las consultas "no comprometerán la responsabilidad de las autoridades que las atienden" toda vez que puede compartirse el criterio o no y para ello las personas podrán hacer uso de otros mecanismos o recursos que estime conveniente ejercer en otras instancias.

Ahora bien, lo que se busca, con esta figura jurídica es tratar de que la administración resuelva o aclare los puntos dentro de la vía a fin de que las partes no tengan que acudir a los Tribunales, en la medida en que eso ocurra, no puede hablarse de derecho de acción, sino simplemente del derecho de petición, el cual no causa estado ni acción, entre las cuales se encuentra la consulta administrativa simple.

CONCLUSIONES

De los temas objeto de consulta sometido a la Superintendencia de Seguros podemos concluir en lo siguiente:

1. Que los temas objeto de consultas, de acuerdo a lo señalado por la Superintendencia, han sido absueltos en diversas ocasiones.
2. Que los funcionarios o la Administración deben revisar los mecanismos que existen para evaluar las materias que se están consultando, toda vez que si los tópicos no guardan relación con las atribuciones o tareas específicas deberán informarle al consultante para que éste los evacue ante las autoridades correspondientes.
3. De tratarse de un tema objeto de un proceso administrativo o jurisdiccional deberá informársele al consultante dentro de un término de cinco días para que enderece su pretensión en la vía respectiva.
4. Si se trata de copias de documentación habrá que evaluarse y determinar de acuerdo con el artículo 11 de la Ley 6 de 2002, si esta guarda relación con la persona directamente interesada, para dársele la correspondiente copia.
5. Si se trata de documentos o copias o de información sobre asuntos oficiales no reservados, extensión de boletas de citación

⁵ Op cit. 403

y otras que no justifiquen o den inicio a un proceso administrativo se le entregarán sin formalidades de acuerdo al artículo 74 de la Ley 38 de 2000.

6. En cuanto a los timbres fiscales, en la ley 38 de 2000, ni las consultas ni las quejas ni peticiones son objeto de impuestos, ya que se atribuye a que la justicia es gratuita, expedita e ininterrumpida de acuerdo con el artículo 198 de la Constitución Política. Ahora bien esto es a excepción de aquellas instituciones que consagren en sus leyes especiales alguna imposición tributaria. Empero en general, estas no causan ninguna imposición.
7. Por último es importante concluir que la petición, consulta no tienen el mismo trámite que la queja o denuncia y no debe ser objeto de confusión toda vez que estas últimas tienen un procedimiento definido en los artículos 84 y siguientes distinto a la consulta la cual se regula en los artículos 80, 81, 82 y 83 de la Ley 38 de 2000.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda a la administración elaborar un formulario o mecanismo que le permita contestar con mayor celeridad este tipo de peticiones de forma general de manera, que no se le acumulen y se cumpla dentro de los términos que señala la ley 38 de 2000.
2. En aquellas consultas que la Superintendencia ha absuelto, se sugiere que remita copias de dichos dictámenes a los particulares consultantes.
3. Se sugiere analizar cada temática y de ser improcedente remitirlo a la autoridad que corresponda al término de la distancia.
4. De igual manera se sugiere a la administración de seguros y reaseguros crear mecanismos o herramientas jurídicas que le permitan regular los criterios tomando como base la ley 38 de 2000, para responder a las consultas procedentes e improcedentes dentro de los términos indicados en la ley.

Con la pretensión de haber aclarado su interrogante me suscribo de usted con mi consideración y respeto de siempre, atentamente.

Original } Llda. Alma Montenegro de Fletcher
Firmado } Procuradora de la Administración

~~Alma Montenegro de Fletcher~~
Procuradora de la Administración.

AMdeF/20/cch.