

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 1092

Panamá, 5 de octubre de 2010

**Proceso contencioso
administrativo de
nulidad.**

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

La licenciada Katia Rosas, actuando en nombre y representación de la empresa **Telecarrier, Inc.**, solicita que se declaren nulas, por ilegales, algunas frases contenidas en los artículos 3 (numerales 4 y 7) y 4 del decreto ejecutivo 37 de 26 de junio de 2009, mediante el cual se reglamenta la ley 59 de 11 de agosto de 2008, dictado por conducto del **Ministerio de Desarrollo Social**.

Honorable Magistrado Presidente de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia.

Acudimos ante Usted de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 5 de la ley 38 de 2000, con la finalidad de intervenir en interés de la Ley dentro del proceso contencioso administrativo nulidad descrito en el margen superior.

I. Antecedentes.

La ley 59 de 11 de agosto de 2008 promueve el servicio y acceso universal a las tecnologías de la información y de las telecomunicaciones para el desarrollo.

El decreto ejecutivo 37 de 26 de junio de 2009 tiene por objeto desarrollar los mecanismos de financiamiento, asignación, administración y fiscalización de los recursos de

los fondos para los proyectos de servicio y acceso universal, de conformidad con los principios definidos en la citada ley.

II. Pretensión.

La licenciada Katia Rosas, actuando en nombre y representación de la empresa Telecarrier, Inc., solicita que se declaren nulas, por ilegales, algunas frases contenidas en los artículos 3 (numerales 4 y 7) y 4 del decreto ejecutivo 37 de 2009, dictado por conducto del Ministerio de Desarrollo Social.

III. Las normas que se aducen infringidas, los conceptos de las supuestas infracciones, la opinión de la demandada y el concepto de la Procuraduría de la Administración.

La parte actora manifiesta que las frases "mediante declaración jurada ante la Junta Asesora, a más tardar 30 días contados a partir de la finalización del mes calendario", "o no entregue la declaración jurada dentro del plazo establecido" y "en un período no mayor de treinta días calendarios (sic) siguientes al vencimiento del mes respectivo", contenidas en los artículos 3 (numerales 4 y 7) y 4 del decreto ejecutivo 37 de 2009 infringen los artículos 4 (numeral 2), 8 y 9 de la ley 59 de 2008 que, respectivamente, se refieren a la creación de los fondos para el desarrollo de proyectos de servicio y acceso universal; a los informes que deben presentar las empresas dedicadas a esas actividades; y el destino especial de los citados fondos. (Cfr. fojas 22 a 26 del expediente judicial).

Al expresar el concepto de la violación, la demandante indica que las disposiciones legales invocadas establecen una

obligación trimestral para que las empresas de telecomunicaciones y tecnologías de la información rindan declaración jurada sobre los aportes al fondo de servicio y acceso universal. Sin embargo, las frases acusadas del decreto ejecutivo 37 de 2009 establecen que dichas empresas deben efectuar un reporte mensual, a más tardar treinta días a partir de la finalización del mes calendario. (Cfr. fojas 23 a 26 del expediente judicial).

Este Despacho considera oportuno explicar brevemente los aspectos puntuales que se someten a nuestra consideración y que están regulados tanto en la ley 59 de 11 de agosto de 2008, como en el decreto reglamentario 37 de 26 de junio de 2009.

El artículo 1 de la ley 59 de 2008 señala que la misma tiene por objeto mantener, promover y garantizar el acceso universal a los servicios originados con la tecnología de la información y de las telecomunicaciones en todo el territorio de la República de Panamá, con el fin de aumentar la calidad y la cobertura de dichos servicios para los ciudadanos que, por sus limitaciones de tipo geográfico y/o económico, no tienen acceso a éstos.

Esa es la razón por la cual en el artículo 4 de dicha ley se crean los fondos para el desarrollo de proyectos de servicio y acceso universal, los cuales servirán para financiar los planes que aseguren la extensión, la cobertura y la calidad de los servicios originados con las tecnologías de la información y telecomunicaciones, para quienes no

tienen la posibilidad de alcanzarlos por las limitaciones de su ubicación geográfica y/o sus condiciones económicas.

El artículo 4 de la citada ley también señala que existirá un fondo por cada empresa operadora, los que serán depositados y puestos bajo la gestión de una institución financiera de primer orden en la República de Panamá; quedando ésta obligada a entregar los informes que exige el artículo 8 de ese mismo cuerpo normativo, en la forma allí indicada, es decir, que rendirá declaración jurada ante la junta asesora en razón de cada trimestre calendario, indicando, entre otras cosas, los aportes al fondo y el detalle de los servicios que los originaron.

En ese orden de ideas, también importa señalar que el artículo 9 de la ley 59 de 2008 indica que el 10% del total aportado en cada fondo será destinado para financiar las actividades de investigación y desarrollo, el cual será transferido al fondo de la Secretaría Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, en un período no mayor a treinta días posteriores al cierre del trimestre reportado.

Por otra parte, el numeral 4 del artículo 3 del decreto ejecutivo 37 de 26 de junio de 2009, reglamentario de la citada ley 59 de 2008, señala que las empresas a las que les corresponde efectuar los mencionados aportes al fondo depositarán el monto descrito por la ley y reportarán mensualmente sus aportaciones, mediante declaración jurada ante la junta asesora, a más tardar 30 días contados a partir de la finalización del mes calendario; y el numeral 7 de la citada disposición normativa indica que la mencionada junta

asesora coordinará con la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos los procedimientos y las sanciones correspondientes, en caso de que alguna empresa operadora de los servicios originados con las tecnologías de información y de las comunicaciones no deposite el aporte que le corresponda a su fondo o no entregue la declaración jurada dentro del plazo establecido.

En relación con lo anterior, el artículo 4 del propio decreto reglamentario señala que las empresas operadoras de los servicios originados con las tecnologías de la información y de las telecomunicaciones deberán depositar en la cuenta bancaria del fondo, en un período no mayor a treinta días calendario siguientes al vencimiento del mes respectivo, los montos que le correspondan en concepto de la destinación especial al fondo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 de la ley.

Luego de analizar el contenido normativo antes descrito y confrontarlo con la posición de la parte actora, esta Procuraduría es del criterio que le asiste el derecho a la apoderada judicial de la empresa demandante, debido a que, en efecto, los artículos 3 (numerales 4 y 7) y 4 del decreto ejecutivo 37 de 2009 han rebasado la potestad reglamentaria, al obligar a las empresas operadoras a presentar mensualmente a la junta asesora, una declaración jurada que debe contener los aportes al fondo y el detalle de los servicios que los originaron, a pesar de que los artículos 4 (numeral 2), 8 y 9 de la ley 59 de 2008 exigen que tal declaración sólo sea presentada trimestralmente; circunstancia que permite

advertir que lo actuado por el Órgano Ejecutivo al emitir este acto reglamentario va más allá de lo que prevé el numeral 14 del artículo 184 de la Constitución Política, que sólo faculta al Presidente de la República, con la participación del ministro del ramo correspondiente, para reglamentar las leyes que lo requieran para su mejor cumplimiento; pero sin apartarse en ningún caso de su texto ni de su espíritu.

En este apartado resulta pertinente citar lo que el doctor José Dolores Moscote ha descrito como potestad reglamentaria:

“... El presidente, dentro de la potestad reglamentaria, goza, indudablemente, de cierta facultad discrecional enderezada, desde luego, a extraer de la voluntad legislativa todas las virtualidades de bien que generalmente ella contiene, pero debe guardarse mucho, a este respecto, de no extralimitarse en sus funciones, asumiendo conscientemente el papel del legislador.

‘La reglamentación debe ceñirse al pensamiento, sin desvirtuarlo; debe dirigirse a respaldar su autoridad, no a menguarla, debe concretarse a lo indispensable, y nada más, como que su fin ha de ser buscar la verdadera efectividad en orden a la ejecución de las leyes. Casos ya reglamentados por el mismo legislador en toda su amplitud y con claridad, que no ofrezcan dudas ni dificultades para su amplificación en la práctica, no pueden ser objeto de la facultad reglamentaria ejecutiva. Llenar los vacíos, facultar el cumplimiento de la voluntad legislativa, dictando las reglas convenientes para que sea realizada en toda su extensión,

esa y no otra, es la esfera que al ejecutivo se indica en esta materia de suyo delicada, pues lleva fácilmente a una peligrosa extralimitación de funciones, que anula o varia la obra del cuerpo legislativo nacional.' (5) Francisco de Paula Pérez. Derecho Constitucional Colombiano, pág. 313.

Lo anteriormente transcrito resume con nítida claridad la mejor doctrina del derecho público en cuanto a la potestad reglamentaria del ejecutivo. El jefe de éste puede tener una política administrativa tan personal como quiera; puntos de vista acerca de la conducción de los negocios públicos del estado, radicalmente opuestos o contrarios a los principios. Lo más que puede hacer es usar de sus atribuciones de colaborar en la formación de las leyes para que el cuerpo legislativo vote las que se conformen con su política y sus particulares principios. Es el camino que siguen los presidentes respetuosos de la ley, sabedores de que la ciudadanía tiene derechos administrativos que hacer valer ante los tribunales de la jurisdicción contenciosa." (MOSCOTE, José Dolores. El Derecho Constitucional Panameño. Panamá, 1960, págs. 416 - 417)

En un proceso similar al que ocupa nuestra atención, ese Tribunal se pronunció mediante sentencia de 11 de julio de 1997, cuya parte medula indica lo siguiente:

"El interés social y público que los problemas de deforestación representan para la comunidad, exige que el Estado como ente encargado de velar por el bienestar nacional, apruebe normas tendentes a disminuir sus efectos e incentivar las actividades conservacionistas de los recursos naturales renovables y no renovables y por consiguiente, no es lógico que una legislación que busca fomentar la inversión nacional y extranjera en actividades de

reforestación en beneficio del país, establezca mayores requisitos que los establecidos por una ley de migración, la cual es de mayor rango que el Decreto Ejecutivo N° 89 de 1993, y no exige tantos años como requisito para la obtención de una visa de inmigrante como lo hace el artículo 18 del Decreto Ejecutivo N° 89 de 1993. Con esta reglamentación los inversionistas extranjeros que deseen adquirir visa de inmigrante en nuestro país, preferirían invertir en otras actividades y se desvirtúa el querer de la Ley que establece incentivos y regula la reforestación.

Lo antes expuesto hace evidente la contradicción entre lo que la ley establece y lo que exige el artículo 18 del Decreto Ejecutivo N° 89 de 1993 al extranjero para solicitar visa de inmigrante inversionista, ya que según éste es necesario esperar hasta el corte de la plantación o diez años después de la inversión, para obtener la visa de inmigrante que da derecho a la permanencia definitiva en territorio nacional. No es éste el sentido del último párrafo del artículo 11 de la Ley N° 24 de 1992, el cual dice que: 'El inversionista deberá mantener su inversión forestal hasta el corte final de la plantación forestal y en el caso de inversión forestal indirecta deberá mantenerla por un período mínimo de diez (10) años', ya que éste es un compromiso que adquiere el inversionista que se dedica a la actividad forestal, más no una condición de previo cumplimiento para obtener la visa.

La potestad reglamentaria es conferida al Ejecutivo para desarrollar las leyes a fin de facilitar su ejecución, en beneficio del interés público y debe ejercerla sin abuso o desviación de poder, so pena de nulidad.

El artículo 15 del Código Civil preceptúa que las órdenes y demás actos ejecutivos de gobierno, expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria no (sic) tienen fuerza obligatoria y no deben aplicarse cuando sean contrarias a la Constitución o a las leyes, y por

su parte el artículo 757 del Código Administrativo establece que en caso de disposiciones contradictorias, prevalece la ley sobre el reglamento.

...

De consiguiente, la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA QUE ES ILEGAL el artículo 18 del Decreto Ejecutivo N° 89 de 8 de junio de 1993, dictado por el Presidente de la República y el Ministro de Hacienda y Tesoro, por el cual se reglamenta la Ley N° 24 de 23 de noviembre de 1992, mediante la cual se establecen incentivos y reglamenta la actividad de reforestación en la República de Panamá, y NIEGA las demás declaraciones pedidas por la parte actora."

En atención a lo antes indicado, este Despacho es de la opinión que SON ILEGALES los artículos 3 (numerales 4 y 7) y 4 del decreto ejecutivo 37 de 26 de junio de 2009, por infringir los artículos 4 (numeral 2), 8 y 9 de la ley 59 de 2008, y así solicita respetuosamente al Tribunal sea declarado.

IV. Pruebas. Se aceptan las presentadas junto con la demanda.

V. Derecho. Se acepta el invocado por la empresa demandante.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Nelson Rojas Avila
Secretario General