

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 969

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 31 de agosto de 2010

**Proceso contencioso
Administrativo de nulidad.**

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

La licenciada Shaskia Alcedo, actuando en representación de la **Contraloría General de la República**, solicita que se declare nulo, por ilegal, el artículo 44 decreto ejecutivo 28 de 27 de marzo de 2009, emitido por el **Ministerio de Comercio e Industrias**.

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 41 de 24 de agosto de 2007, "que crea el régimen especial para el establecimiento y la operación de sedes de empresas multinacionales y la Comisión de Licencias de Sedes de Empresas Multinacionales, y dicta otras disposiciones", señala en su artículo 33 que el poseedor de una visa de personal permanente de sede de empresa multinacional estará exento, al momento de trasladarse por primera vez a la República de Panamá, del pago de los impuestos, que por

motivo de su importación, pudieran aplicarse a su menaje de casa.

La citada ley fue desarrollada por el decreto ejecutivo 28 de 27 de marzo de 2009, cuyo artículo 44 señala que el personal extranjero amparado con una visa de personal permanente de sede de empresa multinacional podrá solicitar a la Autoridad Nacional de Aduanas una franquicia arancelaria total y por una sola vez, cada dos años, para la importación de un vehículo automotor para uso personal o familiar.

II. Pretensión.

La licenciada Shaskia Alcedo C., actuando en nombre y representación de la Contraloría General de la República, solicita que se declare nulo, por ilegal, el artículo 44 del decreto ejecutivo 28 de 27 de marzo de 2009. (Cfr. foja 16 del expediente judicial).

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.

A. La parte actora manifiesta que el artículo 44 del decreto ejecutivo 28 de 27 de marzo de 2009 infringe el artículo 33 de la ley 41 de 24 de agosto de 2007, debido a que la norma reglamentaria establece una franquicia arancelaria a favor del personal extranjero amparado con una visa de personal permanente de sede de empresa multinacional, que consiste en la exoneración para la importación de un vehículo automotor, para uso familiar o personal, por una vez, cada dos años, desconociendo con ello lo dispuesto en la norma de rango legal, que se limita a otorgar al poseedor de

una visa de esta naturaleza una exención al pago de los impuestos que, por motivo de su importación, puedan aplicarse a su menaje de casa. (Cfr. foja 18 del expediente judicial).

B. En otro orden de ideas, la apoderada judicial de la institución demandante señala que la disposición acusada vulnera el artículo 36 de la ley 38 de 2000, por infringir una norma jurídica vigente y por traspasar el ámbito jurídico de la ley. (Cfr. foja 19 del expediente judicial).

Por otra parte, en el informe de conducta que el ministro de Comercio e Industrias, encargado, remitió al Magistrado Sustanciador, se señala que el artículo 26 de la ley 41 de 2007 establece, en su último párrafo, que la persona poseedora de una visa de personal permanente de sede de empresa multinacional que reciba sus ingresos directamente de la casa matriz en el extranjero, tendrá el mismo régimen y beneficios que los poseedores de visas de visitante temporal especial.

Por tal razón, el funcionario demandado se remite a lo indicado en el decreto de gabinete 363 de 17 de diciembre de 1970, que en el acápite b del artículo 2 otorga a los ejecutivos de compañías internacionales con visa de visitante temporal especial, el beneficio de una franquicia arancelaria total y, por una sola vez, cada dos años, para la importación de un vehículo para su uso personal o familiar.

De acuerdo con su criterio, ambas disposiciones le sirven de sustento para señalar que el artículo 44 del decreto ejecutivo 28 de 26 de marzo de 2009 no infringe el artículo 33 de la ley 41 de 2007.

Luego de analizar la posición de las partes en litigio, esta Procuraduría es del criterio que le asiste el derecho a la apoderada judicial de la entidad demandante, debido a que, en efecto, el artículo 44 del decreto ejecutivo 28 de 2009 ha rebasado la potestad reglamentaria al desarrollar la ley 41 de 2007, pues otorga a favor del personal extranjero, amparado con una visa de personal permanente de sede de empresa multinacional, la facultad para solicitar a la Autoridad Nacional de Aduanas una franquicia arancelaria total y, por una sola vez, cada dos años, para importar un vehículo automotor para uso personal o familiar, a pesar que el artículo 33 de la citada ley únicamente lo exonera, al momento de trasladarse por primera vez a la República de Panamá, del pago de los impuestos que, por motivo de importación, pudieran aplicarse a su menaje de casa.

Dentro del marco de este análisis, resulta importante referirnos al tema de la potestad reglamentaria, que en nuestro ordenamiento jurídico encuentra sustento en el numeral 14 del artículo 184 de la Constitución Política que 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, sin apartarse en ningún caso de su texto ni de su espíritu; y sobre la cual el doctor José Dolores Moscote ha sostenido lo siguiente, veamos:

“ ... 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 ampliación 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 nuestra opinión, la posición del Ministerio de Comercio e Industrias, basada particularmente en el acápite b del artículo 2 del decreto de gabinete 363 de 17 de diciembre de 1970, no justifica lo dispuesto por el Órgano Ejecutivo en el artículo 44 del decreto 28 de 2009, acusado de ilegal, debido al hecho que esta norma fue derogada de manera expresa por el artículo 12 de la ley 9 de 14 de marzo de 1980; por tanto, no podía ser tomada con fundamento legal, por vía de un decreto reglamentario, para otorgarle al personal extranjero, amparado con una visa de personal permanente de sede de empresas multinacional, la facultad de solicitar a la Autoridad Nacional de Aduanas una franquicia arancelaria total y por una sola vez, cada dos años, para la importación de un vehículo automotor para uso personal o familiar. (Cfr. gaceta oficial 19,035 de 25 de marzo de 1980).

En un proceso similar al que ocupa nuestra atención, ese Tribunal se pronunció mediante sentencia de 11 de julio de 1997, cuya parte medular 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 ES ILEGAL el artículo 44 del decreto ejecutivo 28 de 26 de marzo de 2009, por infringir el artículo 33 de la ley 41 de 24 de agosto de 2007, y así solicita respetuosamente al Tribunal sea declarado.

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

VI. Derecho. Se acepta el invocado por la entidad demandante.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Nelson Rojas Avila
Secretario General