

y confirmada por el Tribunal Superior del Segundo Distrito Judicial, fue absuelto de los cargos en su contra. Dicha solicitud le fue presentada al Ministro de Gobierno y Justicia, mediante nota, el 11 de diciembre de 1995. (v. f.8 del expediente).

El agotamiento de la vía gubernativa, es evidente al cotejar la fecha de presentación de la solicitud (11 de diciembre de 1995) que contenía la Orden de Reintegro del Sr. **BERNAL** y la fecha en que se presentó la Demanda Contenciosa de Plena Jurisdicción (11 de abril de 1996).

El artículo 36 de la Ley 135 de 1943, modificado por el artículo 22 de la Ley 33 de 1946, numeral 3 establece:

"Artículo 36: Se considerará agotada la vía gubernativa:

3. Cuando transcurra el plazo de **2 meses cualquier solicitud** que se dirija a un funcionario de una entidad pública autónoma, siempre que dicha solicitud sea de las que originan actos recurribles ante la jurisdicción Contencioso Administrativa. (énfasis nuestro)".

Como se observa, la cuestión fundamental de este negocio está centrada en el cumplimiento, por parte del Ministro de Gobierno y Justicia, de una orden proferida por un tribunal de justicia, por lo que al no pronunciarse dentro del término establecido en la ley con respecto a la solicitud de 11 de diciembre de 1995, presentada por el recurrente, incurrió en una decisión presunta por silencio administrativo con lo que se dio por agotada la vía gubernativa. Es oportuno mencionar que el contenido de la solicitud dirigida al Ministro en mención, está fundamentado en el artículo 71 de la Ley 20 de 1983, que establece lo siguiente:

"Artículo 71: Cuando un miembro de la Fuerza se le impute alguna falta o delito cometido en cumplimiento del deber y tenga que ser separado del Servicio por orden de una autoridad administrativa o judicial y quede detenido y luego fuere absuelto de los cargos que se le imputan, tendrá derecho a que el Tesoro Nacional, le pague el sueldo que hubiere devengado **desde el día en que fuere dado de baja hasta el día en que quede en libertad o sea dado de alta nuevamente**". (énfasis nuestro).

Por lo expuesto, el resto de los Magistrados de la Sala Tercera de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMAN en todas sus partes la providencia de 19 de abril de 1996, que ADMITIÓ la demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción interpuesta por el Lic. Aurelio Alí Bonilla en representación de LUIS BERNAL.

Notifíquese.

(fdo.) EDGARDO MOLINO MOLA
(fdo.) MIRTZA ANGÉLICA FRANCESCHI DE AGUILERA
(fdo.) JANINA SMALL
Secretaria

==xx==xx==xx==xx==xx==xx==xx==xx==xx=

DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE PLENA JURISDICCIÓN, INTERPUESTA POR LA FIRMA ESCOBAR BETHANCOURT, PEREIRA Y TABOADA, EN REPRESENTACIÓN DE MOTORES COLPAN, S. A., PARA QUE SE DECLARE NULA POR ILEGAL, LA NOTA N° D. C. 624-94 DE 3 DE OCTUBRE DE 1994, EMITIDA POR EL CONTRALOR GENERAL DE LA REPÚBLICA, Y PARA QUE SE HAGAN OTRAS DECLARACIONES. MAGISTRADO PONENTE: ARTURO HOYOS. PANAMÁ, DIECIOCHO (18) DE SEPTIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SEIS (1996).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

VISTOS:

La firma Escobar Bethancourt, Pereira & Taboada, actuando en representación de Motores Colpan, S. A., ha presentado ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción con el objeto de que se declare nula, por ilegal, la nota N° D. C. 624-94 de 3 de octubre de 1994, dictada por el entonces Contralor General de la República Lic. José Chen Barría, y para que se hagan otras declaraciones.

En la nota impugnada, el entonces Contralor General de la República solicitó le fuesen respondidas una serie de interrogantes para contar con mayores elementos de juicio con el objeto de refrendar el Contrato N° DG-308-94 otorgado mediante Licitación Pública N° 063-93 a la empresa demandante.

Por su parte, el apoderado judicial de la empresa demandada solicita que se declare ilegal la nota impugnada en este proceso y, en consecuencia, se declare que la demandante tiene derecho a que se refrende el contrato en cuestión y de esta manera hacer entrega al Instituto de Recursos Hidráulicos y Electrificación (IRHE) de los vehículos objeto de la licitación.

La parte actora estima que la nota impugnada infringe el inciso primero del Artículo 1 de la Ley 32 de 8 de noviembre de 1984, el primer párrafo del artículo 69 del Código Fiscal y el inciso primero del artículo 48 de la Ley 32 de 8 de noviembre de 1984.

Básicamente el apoderado del demandante sustenta su pretensión en base a que, en su opinión, "so pretexto de ejercer su misión fiscalizadora, el Contralor no puede ni **a priori** ni **a posteriori**, sustituir a las entidades licitantes, encargadas de elaborar, conforme claras disposiciones del Código Fiscal, por medio del Ministerio de Hacienda y Tesoro, el pliego de cargos y especificaciones, es decir, la cantidad y calidad, destino, aplicación, sistemas de mantenimiento correctivo y preventivo de bienes y servicios". (f. 153)

Posteriormente el Magistrado Sustanciador procedió a solicitar al señor Contralor General de la República de Panamá un informe de conducta en relación al caso que nos atañe, el cual es del tenor siguiente:

"PRIMERO: La Nota impugnada sólo persigue, como se extrae de su contenido, que el IRHE aclarara algunos puntos para luego tomar la decisión, desde el punto legal y económico, de aprobación o rechazo final al proyecto de contrato N° 308-94, a celebrarse entre el IRHE y MOTORES COLPAN, S. A., sobre adquisición de equipo rodante de 645 unidades y monto de B/.27,425,755.00.

SEGUNDO: Los documentos inherentes a esta operación demuestran que la Contraloría General, con la nota impugnada no decidió finalmente este asunto y, además, que el rechazo final del contrato no es unilateral de la Contraloría, sino que se trata de una medida conjunta Interinstitucional-IRHE- Contraloría y que el IRHE, a la fecha de hoy, jamás ha remitido para refrendo desde el 3 de octubre de 1994 el citado contrato a la Contraloría; por el contrario, a requerimiento de la propia Contraloría del envío del citado contrato mediante Nota N° D. C.766-94 de 16 de diciembre de 1994, el IRHE respondió con las Notas Nos. DEAR- 039-94 y D. C.-094-94 fechadas 17 y 19 de diciembre de 1994, respectivamente, y sin remitir el original del contrato en mención, oponiéndose al refrendo del mismo.

TERCERO: Por otro lado, ante queja presentada por MOTORES COLPAN, S. A., ante la Procuraduría de la Administración, la Contraloría dio respuesta con la Nota N° 522-Leg. de 1 de febrero de 1995, originalmente y, finalmente, con la Nota N° 1008-Leg. de 6 de marzo de 1995, del contralor General, expediente de Queja Archivado al presente en dicha Procuraduría.

CUARTO: En ésta última Nota N° 1008-Leg. es cuando la Contraloría General, sin originar ningún Silencio Administrativo dada la acción permanente en la búsqueda conjunta de la verdad legal y económica

atribuida por mandato Constitucional y legal a la Contraloría (arts. 276 Constitucional y 77 de la Ley 32 de 1984, entre otros) entre esta Institución y su comunicación administrativa permanente con el IRHE, llega a decidir finalmente sobre la objeción o no refrendo al citado contrato, como resultado del Informe General de la Comisión revisora de Compra de Equipo Rodante de la Licitación Pública N° 063-93 del IRHE y el N° CIC-001-95 de 22 de febrero de 1995 de la Comisión IRHE- Contraloría General para el análisis de la Licitación Pública N° 063*-93 y del Proyecto de Contrato 308-94 a suscribirse entre el IRHE y MOTORES COLPAN, S. A.

QUINTO: De acuerdo a los resultados de los informes en referencia, de refrendarse el citado contrato a celebrarse con MOTORES COLPAN, S. A., el IRHE y, por ende el Estado, se verá afectado en su patrimonio por un promedio entre B/.10,000,000.00 y B/.15,000,000.00.

SEXTO: La entrega del equipo rodante está condicionada a una operación de financiamiento que tampoco ha sido refrendada por la Contraloría y nunca ha sido presentada a esta institución para refrendo; cuando dicha entrega del objeto del contrato debe quedar sujeta al perfeccionamiento de este contrato, momento que se da con el refrendo del Contralor General, tratándose de un ente descentralizado como el IRHE.

SÉPTIMO: Los mismos usuarios del IRHE han manifestado que el equipo que se pretende adquirir es excesivo, no es el solicitado y además excesivamente oneroso." (fs. 71 y 72)

La demanda interpuesta se corrió en traslado a la señora Procuradora de la Administración quien, mediante su Vista Fiscal N° 171 de 27 de abril de 1995, solicitó a la Sala que deniegue las pretensiones de la empresa demandante.

Encontrándose el proceso en este estado los Magistrados de la Sala Tercera, entran a resolver la presente controversia.

A juicio de la parte actora, el Contralor General de la República al condicionar el refrendo del contrato N°DG- 398-94 a una serie de interrogantes violó "por interpretación errónea el inciso primero del artículo 1 de la Ley 32 del 8 de noviembre de 1984 que le da a su cargo un carácter estrictamente técnico, fiscalizador, y no la administración sobre bienes y servicios del estado y sus instituciones." El artículo 1 de la Ley 32 del 8 de noviembre de 1984, que la parte actora cita como violado, establece lo siguiente:

"Artículo 1. La Contraloría General de la República es un organismo estatal independiente, de carácter técnico, cuya misión es fiscalizar, regular y controlar los movimientos de los fondos públicos y bienes públicos, y examinar, intervenir, fenecer y juzgar las cuentas relativas a los mismos." (lo subrayado es nuestro)

Pues bien, el artículo citado señala la misión de la Contraloría General de fiscalizar, regular y controlar los movimientos de los fondos públicos y bienes públicos, y además, examinar, intervenir, fenecer y juzgar las cuentas relativas a los mismos, y para el efectivo cumplimiento de esta misión, se debe observar lo que dispone el artículo 11 de la misma excerta legal, cuyo texto es el siguiente:

"ARTÍCULO 11: Para el cumplimiento de su misión, la Contraloría General ejercerá las siguientes atribuciones:

1. Llevará las cuentas nacionales que sean necesarios para reflejar las operaciones financieras del Estado, entre las que figurarán las de ingreso, las de egreso, las de la deuda pública, interna y externa, y las patrimoniales.

2. Fiscalizará, regulará y controlará todos los actos de manejo y otros bienes públicos, a fin de que tales actos se realicen con corrección y según lo establecido en las normas jurídicas respectivas.

La Contraloría determinará los casos en que ejercerá tanto el control previo como el posterior sobre los actos de manejo, al igual que aquellos en que solo ejercerá este último. Esta determinación se hará mediante resolución escrita que expedirá el Contralor General.
3...

4. Realizará inspecciones e investigaciones tendientes a determinar la corrección o incorrección de las operaciones que afecten patrimonios públicos, y en su caso, presentará las denuncias. Estas investigaciones pueden iniciarse por denuncia o de oficio, cuando la Contraloría lo juzgue oportuno.

Al instruir una investigación, la Contraloría practicará las diligencias tendientes a reunir los elementos de juicio que esclarezcan los hechos, pudiendo recibir testimonios, designar peritos, realizar inspecciones y practicar cualquiera otras pruebas instituidas por la Ley ..."

La Sala considera que la Contraloría General de la República para llevar a cabo su misión de fiscalización, regulación y control de los movimientos de los fondos y bienes públicos de la Nación, posee una serie de facultades otorgadas en los numerales 1, 2 y 4 del artículo citado. El numeral 2 le permite a la Contraloría determinar los casos en que ejercerá el control previo y posterior de los fondos públicos, en el acto impugnado. Por lo tanto, el hecho de solicitar la contestación a una serie de interrogantes, no es otra cosa que ejercer este control posterior al acto, el cual fue después de la licitación, con el fin de obtener un mejor criterio para el refrendo del contrato, y de esta manera reunir los elementos de juicio necesarios que le ayudaran con su misión.

Cabe señalar que esta Sala se ha pronunciado anteriormente respecto a las funciones fiscalizadoras de la Contraloría General de la República mediante petición de interpretación que le hiciera la Contraloría General de la Nación para que se pronunciara prejudicialmente, lo cual hizo mediante sentencia del 8 de abril de 1992 de la siguiente manera:

"III. Los fundamentos constitucionales y legales del control fiscal que ejerce la Contraloría General de la República.

En nuestro país el control fiscal que ejerce la Contraloría General de la República es de carácter externo y puede ser previo o posterior. Es externo ya que el mismo se asigna a una entidad estatal ajena al órgano controlado. Según lo previsto en la Constitución el control puede ser previo, es decir que puede efectuarse durante el proceso de formación del acto o, en todo caso, antes de que produzca sus efectos, o puede ser posterior al acto de gestión fiscal.

El control fiscal que ejerce la Contraloría General de la República tiene como finalidad la protección del patrimonio del Estado y también persigue la correcta y legal utilización de los recursos públicos. Este control se ha venido a ejercer acuciosamente con la restauración del Estado de Derecho en Panamá.

Vale la pena señalar que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 276 de la Constitución el control fiscal que ejerce la Contraloría General de la República se extiende a todos los actos de manejo de fondos y otros bienes públicos."

Con relación a la supuesta violación al primer párrafo del artículo 69 del Código Fiscal, la Sala advierte que el demandante incurrió en el error de transcribir un artículo cuyo contenido no estaba vigente al momento de la expedición de la nota impugnada, pues, había sido modificado por el artículo 29

del Decreto de Gabinete N° 45 de 20 de febrero de 1990. En dicha norma vigente a la fecha de emisión del acto impugnado, el Ministro respectivo se limita a firmar y el refrendo es competencia exclusiva del Contralor General de la República. Por lo tanto, el concepto de la violación expuesto por el demandante no es viable.

Por último, el demandante señala que ha sido violado el inciso primero del artículo 48 de la Ley 32 de 1984 por omisión, puesto que "siendo una norma de carácter imperativo, su mandato es de inexcusable cumplimiento".

El inciso primero del artículo 48 de la mencionada Ley, que también se considera infringido dispone lo siguiente:

"Artículo 48. La Contraloría refrendará todos los contratos que celebren las entidades públicas y que impliquen erogación de fondos o afectación de sus patrimonios. Esta función puede no ser ejercida en aquellos casos en que la Contraloría, por razones justificadas, la considere innecesaria, lo cual debe declarar en resolución motivada del Contralor o Sub-Contralor General de la República."

La Sala considera que si bien es cierto, esta norma obliga al Contralor a refrendar los contratos celebrados por las entidades públicas, es igualmente cierto que esta norma es parte de un cuerpo de normas que rigen la Contraloría General de la Nación y, por lo tanto, debe ser analizada en conjunto con las demás normas que componen la Ley 32, como lo es el artículo 11 arriba estudiado.

En mérito de lo anterior, la Sala considera que el entonces Contralor General de la Nación no ha infringido los cargos endilgados en la presente demanda contencioso administrativa.

Vale la pena señalar que la Contraloría General de la República no puede retener o demorar sin justificación el refrendo de un contrato administrativo sin incurrir en arbitrariedad, concepto que difiere sustancialmente de la discrecionalidad; una "es fruto de la mera voluntad o el puro capricho de los administradores" y la otra, por el contrario, "cuenta con el respaldo ... de una fundamentación que lo sostiene" (Tomás Ramón Fernández, Arbitrariedad y Discrecionalidad, Ed. Civitas, Madrid, 1991, págs. 105 y 106).

Tampoco puede la Contraloría frente a la insistencia de la Administración retener indefinidamente el envío a esta Sala Tercera de órdenes de pago o de actos administrativos que afecten un patrimonio público (artículos 1165 del Código Fiscal y 77 de la Ley 32 de 1984). Para ello cuenta con un término máximo de 30 días, según lo previsto en el artículo 41 de la Constitución.

Por todo lo anteriormente expuesto, la Sala Tercera (Contencioso Administrativo) de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECLARA QUE NO ES ILEGAL la NOTA N° D. C. 624-94 de 3 de octubre de 1994 expedida por el Contralor General de la Nación y por lo tanto no accede a las pretensiones del demandante.

Notifíquese y Cúmplase.

(fdo.) EDGARDO MOLINO MOLA (fdo.) ARTURO HOYOS
(fdo.) MIRTZA ANGÉLICA FRANCESCHI DE AGUILERA
(fdo.) JANINA SMALL
Secretaria

==**==**==**==**==**==**==**==**==

DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE PLENA JURISDICCION, INTERPUESTA POR LA FIRMA MELÉNDEZ-CRUZ Y ASOCIADOS, EN REPRESENTACION DE INDUSTRIA Y DESARROLLO, S. A., PARA QUE SE DECLARE NULA POR ILEGAL, LA RESOLUCION N° AR-OR-04-864 DE 21 DE OCTUBRE DE 1994, EMITIDA POR LA ADMINISTRACION REGIONAL DE ADUANAS, ZONA ORIENTAL, Y PARA QUE SE HAGAN OTRAS DECLARACIONES. MAGISTRADO PONENTE: EDGARDO MOLINO MOLA. PANAMÁ, DIECIOCHO (18) DE SEPTIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SEIS (1996).