

C-183

, 16 de julio de 1996,

Ingeniero
Agustín Concepción Guerra
Alcalde del Distrito de Boquerón,
Boquerón-Provincia de Chiriquí

Señor Alcalde:

A continuación me permito absolver la Consulta que tuvo a bien someter a la consideración de este Despacho a través de su atenta Nota No. 300-96 AMB, fechada 7 de junio del año en curso y recibida en esta Procuraduría de la Administración el 10 del mismo mes.

En su misiva, nos expresa su inquietud en relación a la interpretación y alcance del artículo 77 de la Ley No. 32 de 1984, también en lo referente a donaciones hechas por los Honorables Representantes de Corregimiento y saber en qué fundamento legal se basa la Contraloría General de la República, para negarse a aprobar donativos hechos por funcionarios como al que nos referimos en líneas que anteceden.

PRIMERA INTERROGANTE.

"Interpretación, del artículo 77 de la Ley No. 32 de 8 de noviembre de 1984, específicamente en su primer párrafo".

El artículo 77 de la Ley No. 32 de 8 de noviembre de 1984, "Por la cual se adopta la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República", expresa literalmente lo siguiente:

"ARTÍCULO 77: La Contraloría improbará toda orden de pago contra un tesoro público y los actos administrativos que afecten un patrimonio público, siempre que se funde en razones de orden legal o económico que ameriten tal medida. En caso de que el funcionario u organismo que emitió la orden de pago o el acto administrativo insista en el cumplimiento de aquella o de éste, la Contraloría deberá cumplirlos o, en caso contrario, pedir a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia que se pronuncie sobre la viabilidad jurídica

del pago o del cumplimiento del acto.

No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, el funcionario u organismo encargado de emitir el acto, una vez improbadó éste por la Contraloría, puede someter la situación planteada al conocimiento del Consejo de Gabinete, de la Junta Directiva, Comité Directivo, Consejo Ejecutivo, Patronato o cualquiera otra corporación administrativa que, según el caso, ejerza la máxima autoridad administrativa en la institución, a efecto de que ésta decida si se debe insistir o no en la emisión del acto o en el cumplimiento de la orden. En caso de que dicha corporación decida que el acto debe emitirse o que la orden debe cumplirse, la Contraloría deberá refrendarlo, pero cualquier responsabilidad de que del mismo se derive recaerá, de manera conjunta y solidaria, sobre los miembros de ella que votaron afirmativamente. En caso de que la decisión sea negativa, el funcionario u organismo que emitió el acto o libró la orden se abstendrá de insistir en el refrendo".

Esta Procuraduría, es del criterio que la Contraloría General de la República tiene entre una de sus atribuciones fundamentales dentro de la Administración Pública, la de cerciorarse que se manejen con corrección y eficacia todas las actuaciones de los funcionarios públicos.

Es preciso advertir que el precepto legal que rige específicamente la cuestión bajo examen, establece de manera indubitable que la Contraloría General de la República, en estos casos, lo que puede hacer es pedir a la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, que se pronuncie sobre la Viabilidad del Pago o del cumplimiento del acto. Por tanto, dichas disposiciones no autorizan a la Contraloría para interponer una demanda contencioso administrativa de nulidad.

La Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 8 de abril de 1992, al referirse al control fiscal que ejerce la Contraloría General de la República, manifestó:

"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. (El Subrayado es nuestro).

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". (Registro Judicial de abril de 1992, Publicación del órgano Judicial de la República de Panamá, págs 50 y 51).

No obstante, el ejercicio de esta labor fiscalizadora debe ser congruente con el Principio de Legalidad inmerso en nuestro Derecho Positivo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 de la Constitución Política, relativo a la responsabilidad de los particulares y de los servidores públicos.

Esa disposición constitucional, señala lo siguiente:

"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".

Siguiendo el orden de ideas, no sólo los particulares pueden ser responsables por violación de la Carta Magna y las leyes, sino que además, los servidores públicos, a quienes también, se le impide el cometer abusos dentro del ejercicio de sus atribuciones y funciones. Tal como dice GARCÍA DE ENTERRÍA Y RAMÓN FERNÁNDEZ "el principio de legalidad de la Administración opera, pues, en la forma de una cobertura legal de toda actuación administrativa: solo cuando la Administración cuente con esa cobertura legal previa, su actuación es legítima". (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial CIVITAS, S.A., Madrid, 1990, pág 440).

SEGUNDA INTERROGANTE.

"¿Es legal que los Honorables Representantes hagan donaciones a personas de escasos recursos económicos, que sean familiares o parientes de los mismos".

Para una mayor comprensión del punto en referencia, citamos al jurista Guillermo Cabanellas, quien sobre donación en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual al respecto dice:

"DONACIÓN: En general, regalo, don, obsequio, dádiva, liberalidad. Acto por el que se da o entrega algo sin contraprestación, cual liberalidad o como recompensa inexigible. Contrato por el que alguien enajena graciosamente algo a favor de otro, que lo acepta de manera expresa o tácita.

1. Caracterización institucional. Dentro del Derecho Civil, transmisión gratuita y voluntaria, en cuanto al ánimo, y absoluta y definitiva, en cuanto a los efectos patrimoniales, que una persona hace de una cosa, que le pertenece, a favor de otro, que lo acepta.

2. Naturaleza jurídica. Ha sido muy discutida en la doctrina y ha originado actitudes contrapuestas en los legisladores. Para unos constituye un contrato, y por este criterio se inclinan casi todos los textos legales; para otros se trata de un acto jurídico, sin bilateralidad consensual; y no falta quien lo considere tan sólo como un modo de adquirir.

3. Elementos personales. Los de este contrato se denominan donante o donador. El primero es el que hace la liberalidad; y el segundo, quien la acepta.

4. Ámbito. Respecto a las cosas que pueden ser donadas, son todas aquellas que pueden ser vendidas". (CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo III D-E, Editorial Eliaista, 16a Edición, Buenos Aires Argentina, págs 323 y 324).

Siguiendo el orden de ideas, nuestro Código Civil en su artículo 939, define el concepto de donación de la siguiente manera:

"ARTÍCULO 939: La donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuita e irrevocablemente de una cosa en favor de otra que la acepta, salvo lo

dispuesto en el Capítulo IV de este Título".

Debemos tener en cuenta, tal como dispone el mismo texto codificado, que las donaciones se perfeccionan una vez que el donante tiene conocimiento de la aceptación por parte del donatario. (Veáse el artículo 944 del Código Civil).

Sobre si es legal o no, que un Honorable Representante haga donaciones a familiares de escasos recursos, podemos precisar que en la Ley No. 105 de 8 de octubre de 1973, "Por la cual se desarrollan los artículos 224 y 225 de la Constitución Política de la República y se organizan las Juntas Comunales y señalan sus funciones", en su artículo 7 que establece taxativamente las funciones y las atribuciones de los Representantes de Corregimientos no existe, o no se contempla como atribución o función de los Honorables Representantes, hacer donaciones a familiares, aunque estos sean de escasos recursos económicos.

Al respecto, de la documentación que se adjunta a la Consulta, específicamente la Nota 74-96 DINACOFI MB., con fecha de 17 de mayo del presente, dirigida a su persona y firmada por la Licenciada Otilia Hurtado, Jefa de Control Fiscal de los Municipios de Boquerón y Alanje, de la Contraloría General de la República, se colige claramente, que la donación hecha por el Ex-Honorable Representante Moisés Elizondro a su hermano Sigfrido Elizondo es lo que se conoce como una donación simulada, ya que citando textualmente parte de la Nota en mención, podemos darnos cuenta de lo siguiente:

"Después de realizar inspección a la vivienda del señor SIGFRIDO ELIZONDRO, en el Corregimiento de Guayabal, en relación a la existencia de la máquina de Soldar Lincoln, suministrada por la Empresa Franklin Jurado, mediante orden de compra No. 261-94AMB, fechada 25 de mayo de 1994, por B/. 290.00., en calidad de Donativo otorgado por el Ex-H.R. Moisés Elizondro.

En esta inspección logramos observar que la máquina en mención se localizaba en la vivienda del señor SIGFRIDO ELIZONDRO; más sin embargo, la señora DONATILA VILLAREAL, madre de los señores SIGFRIDO ELIZONDRO y MOISÉS ELIZONDRO, Ex-Honorable Representante, nos informó que la máquina de soldar es utilizada por los hermanos ELIZONDRO". (Sic).

En ese sentido, tal como lo corrobora el fragmento de la Nota transcrita, somos del criterio que este donativo no fue perfeccionado en forma correcta ni adecuada a la luz de la ley ni la moral dado que como ya expresamos anteriormente, lo que se dió

fue una donación simulada, que no es más que la que se esconde tras otro acto aparente.

Esta opinión es reforzada aún más, con el contenido de la Nota No. 13-95, fechada en Boquerón el 8 de junio de 1995, dirigida al Licenciado Carlos Guerra, Auditor de la Contraloría General de la República en el Municipio de Boquerón y Alanje, firmada por el H.R. del Corregimiento de Guayabal, el Señor Iván Bejerano Quiel, y de la cual citamos textualmente un segmento de la misma:

"El motivo de esta misiva es para comunicarle que en inventario de la Junta Comunal no se recibió una máquina de soldar marca Lincon, y en inspección realizada en la comunidad de Bocalatún en el día de hoy 8 de junio de 1995, se nos comunicó que dicha máquina la tiene el Ex-Representante Señor Moisés Elizondro".

Por todo lo anteriormente vertido, somos del mismo criterio de la Contraloría General de la República, en el sentido de que no se debe refrendar el cheque No. 3857 de 8 de junio de 1994, por la suma de B/.290.00, a nombre de la empresa Franklin Jurado S.A., por lo que recomendamos lo siguiente:

1ero. La devolución de la máquina de soldar marca Lincon, para que sea usada, ya sea por el Municipio o la Junta Comunal respectiva.

2do. De no darse lo recomendado en el punto anterior, notificar del hecho a la Dirección de Responsabilidad Patrimonial de la Contraloría General de la República, para que estudie el caso, ya que a nuestro juicio se han violentado los siguientes artículos del Decreto No. 65 de 23 de marzo de 1990, "Por el cual se dicta el Reglamento de determinación de Responsabilidades".

"ARTÍCULO 1: Conforme lo dispone la Ley No. 32 de 8 de noviembre de 1984, por la cual se adopta la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, son sujetos de responsabilidad:

.....

7. Las personas que a cualquier título o sin él, al haber tenido acceso a fondos o bienes públicos, se hubiesen aprovechado indebidamente de los mismos, en su beneficio o en beneficio de un tercero;

.....

La responsabilidad de que trata el presente Decreto será determinada por las acciones u omisiones en que incurran los sujetos de manera voluntaria o culposa, en forma directa o indirecta".

"ARTÍCULO 4: La responsabilidad que la Ley establece puede ser:

.....
b) Patrimonial, derivada de la inobservancia de las disposiciones legales, del incumplimiento de las funciones del cargo, del exceso de poder o de la abrogación de funciones, aunque no se haya causado perjuicio económica, del daño o deterioro de bienes o del aprovechamiento de ellos en detrimento del Estado, representado por todas sus dependencias públicas, así como a los Municipios, Juntas Comunales, entidades autónomas, empresas estatales, y en general a todas las dependencias que reciben, manejan y administran bienes públicos, aunque estos provengan de colectas públicas recibidas para fines específicos.

La responsabilidad patrimonial puede dar lugar a una orden de reintegro o de devolución de lo percibido indebidamente, o al inicio del trámite de determinación, según el perjuicio causado sea evidente o requiera de un trámite de juzgamiento, respectivamente.

.....
e) Solidaria, cuando los actos ejecutados o las omisiones incurridas determinan obligaciones in-sólidum sobre dos o más personas.

.....
g) Subsidiaria, cuando una persona quede obligada en caso de que el responsable principal no cumpla lo suyo.

La responsabilidad solidaria, en el caso de que se establezca mediante orden de reintegro o de devolución de lo percibido, cabe entre los obligados principales o entre los obligados principales, no podrán tener otra

calidad que la de subsidiarios".

TERCERA INTERROGANTE.

"¿En qué aspecto legal se basa la Contraloría para negarse a aprobar donativos y en especial, en el caso que hacemos referencia; según se desprende de la Nota No. 74-96 DINACOFI, MB, del 27 de mayo de 1996, firmada por la Licenciada Otilia Hurtado, Jefa de Control Fiscal de los Municipios de Alanje y Boquerón".

El fundamento legal en que se basa la Contraloría General de la República, para no refrendar donativos como el caso que nos ocupa, son los artículos 2 y 76 de la Ley Orgánica de la Contraloría, además del artículo 14 de la Ley No. 105 de 8 de octubre de 1973. Veamos sus textos normativos.

"ARTÍCULO 2: La acción de la Contraloría General se ejerce sobre todas las personas y organismos que tengan a su cargo la custodia o el manejo de fondos o bienes del Estado, de los Municipios, Juntas Comunales, empresas estatales, entidades autónomas y semi-autónomas, en el país o en el extranjero. También se ejerce esta acción sobre aquellas personas u organismos en los que tenga participación económica el Estado o las entidades públicas y sobre las personas que reciban subsidio o ayuda económica de dichas entidades y sobre aquellas que realicen colectas públicas, para fines públicos, pero tal acción será proporcional al grado de participación de dichos entes públicos.

Se excluye de la acción de la Contraloría las organizaciones sindicales, las sociedades cooperativas y demás entidades cuya fiscalización, vigilancia y control sean de competencia, de acuerdo con disposiciones legales especiales, de otros organismos oficiales". (El Subrayado es nuestro).

"ARTÍCULO 76: La Contraloría General de la República está facultada para examinar, fiscalizar y controlar las operaciones financieras de las empresas mixtas y de aquellas en que tome participación económica el Estado, un municipio, una Junta Comunal, una empresa estatal o una institución autónoma o semi-autónoma. Al ejercer esta atribución,

la Contraloría tomará en consideración la naturaleza de la actividad respectiva y el grado de participación económica de las entidades públicas en tal actividad". (El Subrayado es nuestro).

"ARTÍCULO 14: La contraloría General de la República o los Auditores Municipales podrán fiscalizar e intervenir las cuentas de estas Juntas Locales. Las Juntas Comunales informarán a los Consejos Municipales respectivos de la actuación de las Juntas Locales". (El Subrayado es nuestro).

De esta forma absolvemos su interesante consulta, con la seguridad de nuestro aprecio y consideración.

Atentamente,

Licda. Linette Landau.
Procuradora de la Administración.
(Suplente)

9/LL/cav