

Panamá, 11 de octubre de 2001.

Señora

ANA TERESA LÓPEZ S

Administradora de la Dirección
Regional Contra la Corrupción de
Chiriquí y Bocas del Toro
Ministerio de Economía y Finanzas
E. S. D.

Señora Administradora:

En cumplimiento de nuestras funciones como Asesora y Consejera de los funcionarios de la Administración Pública, nos permitimos ofrecer contestación a la Consulta que tuvo a bien elevar a esta Procuraduría de la Administración, relacionada con ciertos aspectos relacionados a la aplicación de la Ley N°.30 de 8 de noviembre de 1984, por la cual se dictan medidas sobre el Contrabando y la Defraudación Aduanera y se adoptan otras disposiciones.

Del contenido de su primer párrafo expuesto en la Consulta, se deduce con meridiana claridad, que el fondo de este asunto, gira en torno a la interpretación y aplicación del artículo 55 de la Ley 30 de 8 de noviembre, modificado a través del Decreto de Gabinete N° 25 de 5 de febrero de 1990, publicado en Gaceta Oficial N° 21477 de 16 de febrero de 1990; motivo por el cual hemos realizado un profundo análisis del mismo, para llegar a lógicas y jurídicas reflexiones sobre el particular.

Primeramente, examinemos el contenido del mencionado artículo 55, cuyo texto modificado reza de la siguiente manera:

"ARTICULO 55. Los denunciantes y aprehensores de mercancía objeto de un delito aduanero tendrán derecho como recompensa al 50% de la multa interpuesta por el juzgador. Del 50% quedará a beneficio del Tesorero nacional y el otro 50% formará parte de un fondo de compensación de Aduanas para la compra de material y elementos para estímulo de funcionarios sobresalientes del Servicio Aduanero. Será considerado denunciante aquél que por escrito y bajo firma pública o secreta entregue información que conduzca al descubrimiento y aprehensión de un delito aduanero.

Será considerado aprehensor el o los que incauten las mercancías y las pongan a disposición del Tribunal o las autoridades aduaneras. En todo caso, de la parte que corresponda a denunciantes y aprehensores la mitad se asignará a los primeros y la otra mitad a los segundos por partes iguales.

La gratificaciones establecidas en este artículo serán satisfechas una vez el sindicato cubra el importe de la multa que se le haya impuesto, o efectúe a satisfacción de la Aduana el pago de las sumas de que trata el artículo 49 de esta

Ley.

Sin embargo, el Administrador queda facultado para disponer que dichas gratificaciones se entreguen directamente a quienes tengan derecho de recibirlas, sin que sea necesario que las mismas ingresen previamente al erario público".

A nuestro juicio la norma reproducida a pesar de ser una norma adjetiva, positiva y permisiva no es específica sino por lo contrario muy general, ya que se refiere a la recompensa que debe pagarse a los denunciantes y aprehensores de un delito aduanero, pero no precisa la calidad de las personas que puedan ser considerados como tales, aunque al decidir como se reparte la recompensa para los denunciantes, destina 50% para la formación de "un fondo de compensación de aduanas, entre otras cosas para estimular la buena labor de algunos funcionarios, considerados sobresalientes.

Un análisis de dicho precepto nos permite afirmar que la recompensa a los funcionarios no procede por las siguientes razones:

1. Es obligación de todo funcionario público cumplir debidamente con los deberes que le asignen. (Cfr. Artículo 771 del Código Administrativo).
2. Es deber de todo funcionario de la Aduana denunciar los delitos aduaneros que conozcan de lo contrario serán considerados cómplices y se les aplicarán las penas principales y accesorias que correspondan por tal calidad. (Cfr. Artículos 10, 19 numeral 2, 30 y 33 de la Ley 30 de 8 de noviembre de 1984).
3. En este orden de ideas, es importante resaltar que los empleados aduaneros tienen el deber de realizar con dedicación y eficacia las funciones

que corresponde a la unidad administrativa donde estén asignados. (Cfr. Artículo 20 del Decreto Ejecutivo N° 42 de 24 de noviembre de 1983).

4. Igualmente, el personal de la Dirección General de Aduanas en ejercicio de las funciones fiscalizadoras a su cargo, tendrá facultades y poderes que aseguren el cumplimiento de las disposiciones aduaneras. (Cfr. Ley N° 16 de 29 de Agosto de 1979).
5. Como dijimos anteriormente, todos los funcionarios de la Aduana están en la obligación de denunciar los delitos aduaneros que conozcan, pero es atribución especial de los funcionarios del Departamento de Investigaciones Técnicas, ahora Departamento de Fiscalización Aduanera (Decreto N° 155 de 3 de agosto de 1995, Gaceta Oficial N° 22.842 de 7 de agosto de 1995), prevenir, impedir, combatir e investigar los delitos aduaneros que se cometan en el país. (Cfr. Artículo 10 ibídem). Luego entonces, mal puede recompensárseles a los funcionarios aduaneros, por realizar una labor que ya es pagada por el Estado.
6. Asimismo, el antecedente anterior del artículo 55 de la Ley 30, esto es, el artículo 681 del Código Fiscal, disponía literalmente, que: "cuando los aprehensores de mercaderías o artículos de cualquier clase que se hayan introducido o se hayan tratado de introducir de contrabando o con defraudación fiscal... sean funcionarios aduaneros o de policía, su derecho será únicamente del veinte por ciento que se dividirá entre ellos, por partes iguales, si fueron varios". En tanto, que el artículo 55 en comento, no alude a esta posibilidad, pero establece que - de la recompensa que debe pagarse a los denunciantes y aprehensores de mercancías objeto de un delito aduanero- un porcentaje será destinado a "formar parte de un fondo de compensación de Aduanas para la compra de material y elementos que sirvan para prevenir

y combatir el contrabando y para estímulo de funcionarios sobresalientes del servicio aduanero". (Lo remarcado y subrayado es de la Procuraduría de la Administración).

Es importante observar, que de acuerdo a la disposición in examine no era el objetivo del Legislador favorecer con esta recompensa a un funcionario de Aduanas, ya que de haber sido esta la intención no hubiera dispuesto la formación de un Fondo de Compensación de Aduanas para...estímulo de funcionarios sobresalientes del Servicio Aduanero. De haber sido así lo hubiese consagrado expresamente tal como lo hacía el artículo 681 del Código Fiscal, derogado expresamente por la Ley N°.30 de 8 de noviembre de 1984.

En ese orden de ideas, vale destacar que el artículo 10 de la mencionada Ley N°.30, que se refiere a las faltas graves de los funcionarios aduaneros en su inciso b), señala como falta grave "La aceptación de obsequios o préstamos de usuarios habituales del servicio aduanero, tales como los Agentes Corredores de Aduanas, Abogados que tramitan normalmente en ella importadores reconocidos".

Cabe advertir que al no existir normas aplicables ante una situación como la analizada, los funcionarios de la administración pública deben regirse por la Ley de Carrera Administrativa, Ley N°.9 de 20 de junio de 1994, la cual establece como prohibición en sus artículos 138, numeral 7 y 152 numeral 7, "Recibir pago o favores de particulares, como contribuciones, recompensas por la ejecución de acciones inherentes a su cargo". Obviamente, esta redacción denota que los funcionarios públicos no pueden recibir recompensas por la ejecución de acciones pertenecientes a las labores que desempeñan, debido a que la Ley se los prohíbe de manera expresa.

En conclusión, creemos que es bueno y conveniente estimular a aquellos funcionarios que en el desarrollo de sus funciones rinden el máximo de sus capacidades, no obstante, permitir que se den recompensas y gratificaciones por cumplir, puede ser perjudicial, toda vez que puede estimarse la comisión de actos de corrupción. Reconozcamos la buena labor que se realiza, pero a través de estímulos materiales como a la que se refiere el artículo 55.

Por lo, expuesto, nos permitimos recomendar que se efectúe una reglamentación urgente del artículo 55 de la Ley N°.30, para decidir en qué términos se debe administrar el 50% a que se refiere el fondo para estímulo de funcionarios sobresalientes del servicio aduanero.

Veamos ahora, específicamente cada una de sus interrogantes.

PRIMERA INTERROGANTE:

"1. Nuestra interrogante es la Siguiente:

- a. Según Ley 30 de noviembre de 1984, ordena el pago de este fondo.
- b. Si un memorando de carácter Administrativo tiene la fuerza para suspender el uso que tiene este fondo por Ley.
- c. Quien (sic) toma la última decisión (sic) en cuanto a suspender esta medida o no.
- d. Si estos dineros deben ser ingresados o no a la cuenta del Tesoro Nacional

ó a la cuenta del Fondo de
Compensación de Aduanas."

a. Tal y como lo establece el artículo 55 de la Ley N°.30 de 8 de noviembre de 1984, los denunciantes y aprehensores de mercancía objeto de un delito aduanero tendrán derecho como recompensa al 50% de la multa interpuesta por el juzgador, y del 50% quedará a beneficio del Tesoro Nacional y el otro 50% formará parte de un fondo de compensación de Aduanas para la compra de material y elementos para estímulo de funcionarios sobresalientes del Servicio Aduanero.

b. Con respecto al carácter administrativo y la fuerza legal que pueda tener un **Memorando**, en comparación con el nivel en el cual está ubicada una **Ley formal**, y, que el primero, pueda suspender los efectos de la Ley, N°.30 de 1984, debemos indicar lo siguiente:

El problema existente en el caso subjúdice, se centra en dos (2) principios fundamentales de Derecho:

- a. El principio, de Presunción de Legalidad de los Actos y;
- b. El segundo, el ya conocido Principio de la Jerarquía de las Leyes.

En este sentido debemos indicar, que las presunciones jurídicas son producto de razonamientos especulativos con los que se asumen conclusiones y soluciones generales para muchas situaciones. Se definen como un razonamiento que admite como verdadero lo que no es más que probable. Es decir, que convierten en derecho meras suposiciones, con base en lo que generalmente ocurre.

La presunción legal (**iuris tantum**), viene a ser aquella que permite presentar prueba en contra de lo

que se presume; su fundamento lógico reside en que la dificultad de la prueba podría hacer perder muchas veces un derecho, de tal manera que la obligación de demostrar el hecho que desvirtúa la presunción recae sobre quien lo alega y no sobre quien invoca la norma que lo ampara.

Esto quiere decir, que el Memorando N°.701-02-048 de 8 de octubre de 1998, que en un momento dado haya emitido la Administración, se debe presumir su validez mientras no sea declarado su ilegalidad.

Por la importancia que reviste el tema, nos permitimos esbozar algunos conceptos doctrinales sobre la Presunción de Legalidad y de la Buena Fe, que amparan los actos de la Administración Pública. Veamos:

Legitimidad del Acto Administrativo:

Es la calidad de lo que es legítimo, es decir, de lo que es conforme a las leyes, de los que es conforme a la justicia y razón.

El concepto legalidad de un acto es más extenso que el de 'legitimidad', ya que se integra con ésta más al mérito. De aquí que un acto administrativo es legal cuando cumple con las condiciones de legitimidad más la del mérito.

Las condiciones de legitimidad del acto administrativo son competencia, voluntad, objeto y forma en el sentido de que: el acto administrativo dentro de las atribuciones inherentes a su función; tiene que consistir en una acción voluntaria del órgano; debe perseguirse con esta acción un resultado práctico; y por último debe exteriorizarse para que se pueda visualizar su contenido, en una forma determinada (el ordenamiento jurídico señala las formas típicas a través de las que se despliega la actividad administrativa; todo acto

administrativo debe ajustarse a su normatividad)... (FERNANDEZ VASQUEZ, Emilio. Diccionario de Derecho Público. Administrativo, Constitucional, Fiscal. Editorial Astrea, de Alfredo y Ricardo., Depalma., Buenos Aires., Argentina., 1981., Pág. 463 y 464.)

Por su parte el ilustre jurista Gustavo Penagos, en su libro de Derecho Administrativo sostiene sobre el particular, que la Presunción de Legalidad se predica de todos los actos administrativos, así sean expresos, tácitos, verbales o escritos. Se presume que la decisión de la Administración, siempre está de acuerdo con las normas legales.

Los actos que realiza la Administración Pública presentan características diferenciales a los actos, relaciones o actuaciones de Derecho Privado. Ello se desprende de la manera peculiar como actúa la Administración y el fin público que persigue, incluso cuando contrata con particulares.

Es evidente que el funcionario que actúa dentro de la Administración Pública, debe cumplir estrictamente sus obligaciones, con mayor rigurosidad que con los particulares, ya que se trata de intereses públicos. Por otra parte, también es importante señalar aquí, que al igual que en Derecho Privado, las partes están obligadas a cumplir de buena fe las obligaciones que contraten. Los actos administrativos deben ser ejecutados de buena fe, de allí que la Administración deba responder por el incumplimiento de los mismos.

La regla de que los actos administrativos deben ejecutarse de buena fe es un principio general del derecho administrativo. De ahí deriva que las potestades excepcionales que posee la Administración para adecuar la ejecución de sus actos a los intereses públicos, no pueden significar el desconocimiento de sus procedimientos.

En consecuencia, debemos indicar que el Memorando N°.701-02-048, de 8 de octubre de 1998, debe presumir su legalidad, hasta tanto no sea declarado su ilegalidad, por las instancias jurisdiccionales correspondientes.

SEGUNDA INTERROGANTE:

"2. En cuanto a un servidor público que maneje documentos de valor y el cobro de los mismos y tome ese dinero para sufragar gastos personales (enfermedades de un familiar), al comprobársele mediante una auditoria, la suma real que tomó y luego este acepta los hechos mediante una declaración y solicita se le descuente de su salario y que no se le separe de su cargo.

Cuál es Legal respecto del mismo".

Sobre el particular, debemos señalarle que en el caso que nos ocupa, estamos en presencia de un evidente comportamiento de ética pública, que nos lleva a reflexionar sobre los Principios Éticos de los Servidores Públicos.

El autor ENTRENA CUESTA, se refiere a los deberes de los funcionarios públicos y, distingue dos grupos: deberes de carácter moral, y de carácter profesional.

A) **Deberes de Carácter Moral:** que se refiere básicamente a la conducta del funcionario, o sea, en muchos casos es imposible separar la conducta particular de la actividad pública, por cuanto puede suceder que si es inapropiada la buena imagen de la administración se ve lesionada (deber de decoro). Igualmente, los asuntos que conozca el funcionario en razón de

sus labores no debe trascender a su vida particular o privada (deber de secreto profesional).

B) **Deberes de Carácter Profesional**: los deberes profesionales de los funcionarios pueden compendiarse en la fórmula generalmente empleada por la doctrina española, según la cual están obligados a desempeñar las funciones que tengan encomendadas en el lugar, tiempo y forma establecida por las leyes.

a) En el primer sentido, los funcionarios tienen el deber de residencia en el término municipal donde radique la oficina, dependencia o lugar donde presten sus servicios, salvo que, por causas justificadas, sean dispensados de ello.

b) En cuanto al tiempo se refiere, son de resaltar los dos aspectos siguientes: 1°. Salvo los casos de situaciones distintas a la de servicio activo, los funcionarios no podrán anticipar o prolongar el comienzo o cese de sus funciones, ni abandonar el desempeño de las mismas, a menos de incurrir en las penas previstas en las leyes y reglamentos. 2°. Dichas funciones habrán de desempeñarse, precisamente, durante la jornada de trabajo que reglamentariamente se determine.

c) En cuanto a la forma de desempeñar la función, conviene recordar los siguientes extremos: **1°. Los funcionarios deberán abstenerse de realizar aquellas actividades que pudieran entorpecer su actuación pública.** y, 2°. Tienen el deber de cooperación con sus jefes y compañeros; el deber de respeto con las autoridades y superiores, que únicamente desaparece en el

caso de ilegalidad manifiesta de las órdenes de aquellos.¹

Traspolando todo lo vertido por la doctrina a la situación real nuestra, hemos de indicar que el Decreto Ejecutivo No.13 de 24 de enero de 1991, "Por el cual se adoptan los principios éticos de los servidores públicos" contiene los postulados básicos que rigen las actuaciones de los servidores públicos, los cuales son: Lealtad, Vocación al Servicio, Probidad, Honradez, Responsabilidad, Competencia, Efectividad y Eficiencia, Valor Civil y Transparencia. Entre los cuales podemos destacar para nuestro objeto:

- La Lealtad, que se refiere a que los actos realizados se guían por el amor a la patria, a sus símbolos e instituciones, al respeto, a la Constitución y a las leyes que de ella emanen;
- La Vocación de Servicio, entendiéndose por tal trabajar para el Estado como servidor público privilegiado y comprometido porque los ciudadanos contribuyen a pagar su salario;
- La Competencia, como aptitud de demostrar los conocimientos y actitudes requeridos para el servicio eficiente de las funciones encomendadas; y;
- La Efectividad y Eficiencia, como formas de aplicar los conocimientos y experiencias de la mejor manera posible, para así lograr el cumplimiento de los fines y propósitos del Estado de manera óptima y oportuna.

¹ Ver, ENTRENA CUESTA, Rafael. Curso de Derecho Administrativo. Volumen I/2. Undécima Edición. Editorial Tecnos. Madrid .1995. Pág. 303.

Por su parte, **NAPOLEÓN SANTOS GALARZA**: "En materia de ética y función pública, hay que recordar que el constitucionalismo se basa en una visión antropológica pesimista del ser humano; si los hombres fuesen ángeles, el gobierno no sería necesario. Si los ángeles gobernarán a los hombres, sobrarían tanto los controles internos como externos sobre el gobierno. Al organizar un gobierno que ha de ser administrado por hombres para los hombres, la gran dificultad estriba en esto: primeramente hay que capacitar al gobierno para mandar sobre los gobernados y luego obligarlo a que se regule así mismo. El hecho de depender del pueblo es, sin duda, el freno primordial e indispensable sobre el gobierno, pero la experiencia ha demostrado a la humanidad que se necesitan precauciones auxiliares". (Ética y Corrupción, estudio de casos., páginas 420 y 421).

Ahora bien, para el caso que nos ocupa, todo parece indicar que la persona que usted cita en su Consulta, ejerciendo dicha actividad poco ética de un servidor público, es sin lugar a dudas, un **Agente de Manejo**.

El artículo 1061 del Código Fiscal, define el Agente de Manejo de la siguiente manera:

"ARTÍCULO 1061: Las personas que sin desempeñar un empleo del Estado, recauden o paguen, con autorización legal, dineros del Tesoro Nacional, se conoce con la denominación específica de Agentes de Manejo".

De igual forma el artículo 17 de la Ley N°.32 de 1984, en su párrafo final define lo que es un Agente de Manejo, así:

"ARTÍCULO 17: Toda persona que reciba, maneje, custodie o administre fondos o bienes públicos, está en la obligación de rendir cuentas a la Contraloría General de la República, en la forma y plazo que ésta, mediante reglamento, determine...

Es Agente de Manejo, para los mismos fines, toda persona que sin ser funcionario público recauda y paga dineros de una entidad pública o en general, administra bienes del Estado".

De la disposición transcrita se infiere que un Agente de Manejo es cualquier persona que sin ser empleado público, o sin estar ejerciendo un cargo público, recaude, paga o custodia dineros pertenecientes al Tesoro Nacional. Esta función de recaudar, pagar o custodiar, la encontramos desarrollada en el numeral 3, del artículo 45 de la Ley N°.106 de 1973, sobre el Régimen Municipal.

En consecuencia, esta Procuraduría de la Administración es de la opinión que de ser cierta toda la situación planteada por usted en su Consulta con respecto a este asunto, las autoridades correspondientes deberán iniciar la correspondiente investigación y determinar, de acuerdo a las faltas cometidas, si se produjo un daño o lesión patrimonial al Estado y proceder según lo dispone nuestro ordenamiento jurídico.

Para finalizar, se ha solicitado proporcionarles copia de la Ley N°.42 de 1 de junio de 1998, por la cual se aprueba la Convención Interamericana contra la Corrupción, suscrita en Caracas, Venezuela, el 29 de marzo de 1996; por tal razón, estamos

adjuntándole la misma, para el mejor uso que así lo tengan a bien.

Esperamos de esta manera a haber contribuido de la mejor manera a la absolución de sus interrogantes, atentamente,

ALMA MONTENEGRO DE FLETCHER
Procuradora de la Administración

AMdeF/14/jabs