

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 911

Panamá, 6 de octubre de 2015

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Nulidad.**

El Doctor Jaime Franco Pérez, actuando en representación de **Federico A. Humbert, en su condición de Contralor General de la República**, solicita que se declare nulo, por ilegal, el literal e) del artículo 6 del Decreto Ejecutivo 64 de 30 de noviembre de 2007, emitido por el **Órgano Ejecutivo**, por conducto del **Ministerio de Desarrollo Agropecuario**.

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

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

Acudo ante usted de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 5 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, con la finalidad de intervenir en interés de la ley dentro del proceso contencioso administrativo de nulidad descrito en el margen superior.

I. Norma acusada de ilegal.

El recurrente **Federico A. Humbert, en su condición de Contralor General de la República**, por medio de su apoderado judicial, demanda la nulidad del literal e) del artículo 6 del Decreto Ejecutivo 64 de 30 de noviembre de 2007, por medio del cual se aprueba el Reglamento del Programa para la Solidaridad Alimentaria, expedido por el Órgano Ejecutivo, por conducto del Ministerio de |Desarrollo Agropecuario, cuyo texto expresa lo siguiente:

“Artículo 6: En caso de que la Entidad Ejecutora no adquiera el producto a través del

mecanismo de la Bolsa, se procederá a la compra en la forma siguiente:

...
 e) La orden de compra o el contrato **será refrendado por el Representante Legal de la Entidad Ejecutora o a quien éste delegue.**
 ...” (El destacado es de esta Procuraduría)(Cfr. f. 15 del expediente judicial).

II. Normas que se aducen infringidas.

El actor considera que la disposición acusada de ilegal infringe las siguientes disposiciones legales:

A. Los artículos 11 (numeral 2) y 48 de la Ley 32 de 8 de noviembre de 1984, Orgánica de la Contraloría General de la República, los que establecen, de manera respectiva, la atribución de esa entidad fiscalizadora, entre otras, de ejercer el control previo y posterior sobre los actos de manejo; y de refrendar todos los contratos que celebren las entidades públicas, que impliquen erogación de fondos o afectación de sus patrimonios (Cfr. fs. 7 a 9 del expediente judicial); y

B. El artículo segundo de la Ley 22 de 9 de abril de 1976, por el cual se regula el Control Previo que ejerce la Contraloría General de la República sobre los actos de manejo, en el que se define el concepto de control previo (Cfr. fs. 10-11 del expediente judicial).

III. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Según observa este Despacho la acción contencioso administrativa de nulidad que ocupa nuestra atención, tiene por objeto que la Sala Tercera declare que es nulo, por ilegal, el literal e) del artículo 6 del Decreto Ejecutivo 64 de 30 de noviembre de 2007, que aprueba el Reglamento del Programa para la Solidaridad Alimentaria, emitido por el Órgano Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Desarrollo Agropecuario, por medio del cual le otorga al representante legal del Instituto de Mercadeo Agropecuario, en su condición de entidad ejecutora de conformidad con lo establecido en el artículo 3 de ese mismo cuerpo reglamentario, o, en su defecto, en quien éste delegue, la facultad de **refrendar** la

orden de compra o el contrato al proveedor que resultó favorecido en el procedimiento de selección de contratista, cuando la unidad ejecutora no adquiera los productos utilizando la metodología legalmente constituida, denominada Bolsa de Productos Agropecuarios (Cfr. fs. 3-5 del expediente judicial).

El actor manifiesta en sustento de su pretensión que por mandato constitucional y legal la Contraloría General de la República tiene por función fiscalizar, regular y controlar los movimientos de los fondos y bienes públicos; así como examinar, intervenir y fenecer las cuentas relativas a éstos, conforme lo establece el artículo 1 de la Ley 32 de 1984; por lo que, estima que, al no establecer la ley ninguna excepción a esa función es claro que la norma acusada de ilegal no puede otorgarle a dicho representante legal, que en este caso es el Director General del Instituto de Mercadeo Agropecuario, o a quien éste delegue, la facultad de refrendar las órdenes de compra o los contratos, excluyendo implícitamente a la Contraloría General de la República del procedimiento de supervisión previo a la contratación, máxime si el refrendo es una atribución que únicamente puede ejercerla la entidad fiscalizadora de todas las erogaciones de los fondos públicos (Cfr. fs. 7-9 del expediente judicial).

De igual manera, el recurrente argumenta que la principal característica que tiene el control previo, es que se ejerce antes que se lleve a cabo el acto que involucra disposición de bienes y fondos públicos. No obstante, la forma como ha sido redactado el literal e) del artículo 6 del Decreto Ejecutivo 64 de 30 de noviembre de 2007, que se acusa de ilegal, deja en evidencia que la Contraloría General de la República, como ente fiscalizador, quedó excluida; ya que esa responsabilidad le fue trasladada al Representante Legal del Instituto de Mercadeo Agropecuario o, en su defecto, a quien éste delegue; lo cual, a su juicio, no es procedente pues dicha disposición reglamentaria ha sobrepasado el derecho y el deber otorgado por la Constitución Política de la República y la ley, a la Contraloría General de la República de dar su refrendo en todos los actos que

impliquen disposición de bienes y fondos públicos (Cfr. f. 10 del expediente judicial).

Antes de adentrarnos al análisis de la norma reglamentaria que el demandante aduce como violatoria del ordenamiento legal, es necesario hacer un estudio integral del Decreto Ejecutivo 64 de 30 de noviembre de 2007, debido a la naturaleza contractual del acto impugnado (Cfr. fs. 14-16 del expediente judicial).

De acuerdo con lo señalado en la parte Considerativa del citado Decreto Ejecutivo 64 de 2007, advertimos en primer lugar, que dicho cuerpo reglamentario surgió como producto de la emisión de la Resolución de Gabinete 124 de 22 de octubre de 2007, a través de la cual el Consejo de Gabinete aprobó la creación del Programa para la Solidaridad Alimentaria, el cual tiene como propósito garantizar que la población tenga acceso a los productos alimenticios de primera necesidad a un precio razonable (Cfr. f. 14 del expediente judicial).

Al examinar el artículo segundo de la mencionada Resolución de Gabinete 124 de 2007, observamos que esa norma dispuso expresamente que el Ministerio de Desarrollo Agropecuario es la entidad encargada de expedir la reglamentación correspondiente (Cfr. f. 17 del expediente judicial).

Por otra parte, apreciamos que por medio del artículo tercero de esa resolución, el Consejo de Gabinete autorizó al Ministerio de Desarrollo Agropecuario para que gestionara los fondos necesarios para financiar el Programa para la Solidaridad Alimentaria, el cual sería manejado a través de un fideicomiso constituido entre dicha entidad ministerial, en su condición de fideicomitente, y el Banco Nacional de Panamá, como fiduciario. En adición, estableció que el Instituto de Mercadeo Agropecuario sería la unidad ejecutora del programa (Cfr. f. 17 del expediente judicial).

Consta igualmente en el expediente judicial que, en cumplimiento de la misión encomendada por la Resolución de Gabinete 124 de 2007, el Órgano Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Desarrollo Agropecuario, emitió el

Decreto Ejecutivo 64 de 30 de noviembre de 2007, mediante el cual se reglamenta el Programa para la Solidaridad Alimentaria (Cfr. fs. 14-16 del expediente judicial).

El artículo 2 de ese cuerpo reglamentario establece que los desembolsos de los recursos del Fideicomiso del Programa para la Solidaridad Alimentaria se tramitarán de conformidad con lo establecido en la Ley 1 de 5 de enero de 1984, que regula el Fideicomiso en Panamá; el Contrato de Fideicomiso y el reglamento, **bajo la fiscalización de la Contraloría General de la República** (Cfr. f. 14 del expediente judicial).

Lo anteriormente expuesto, demuestra que cualquiera erogación proveniente de los fondos del Fideicomiso suscrito entre el Ministerio de Desarrollo Agropecuario, en su condición de Fideicomitente, y el Banco Nacional de Panamá, como Fiduciario, **debe ser autorizado y refrendado por la Contraloría General de la República**, en virtud de lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 32 de 8 de noviembre de 1984, según el cual la Contraloría **refrendará todos los contratos que celebren las entidades públicas, que impliquen erogación de fondos o afectación de sus patrimonios.**

También se advierte, que **el artículo 6 del mencionado decreto ejecutivo dispone que** en caso que la entidad ejecutora no adquiriera el producto a través del mecanismo de la Bolsa, **se procederá a su compra aplicando el procedimiento de selección, por invitación, establecido en la propia disposición;** de suerte que, **una vez que dicha unidad ejecutora haya escogido al proponente, ésta elaborará la orden de compra o el contrato, el cual será refrendado por el Representante Legal del Instituto de Mercadeo Agropecuario,** o en quien él delegue esa función. Luego, **emitirá una orden de desembolso a favor del Banco Nacional de Panamá, que será enviada previamente a la Contraloría General de la República para su refrendo** (Cfr. artículo 6 [literales a), d), e) y f]) del Decreto Ejecutivo 64 de 30 de noviembre de 2007, publicado en la Gaceta Oficial 25,933 de 5 de diciembre de 2007).

De la lectura íntegra del artículo 6 del Decreto Ejecutivo 64 de 30 de noviembre de 2007, puede observarse que este procedimiento de selección de contratista no contempla lo referente al control previo que debe ejercer la Contraloría General de la República, lo cual es contrario a lo establecido en el numeral 2 del artículo 280 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 1 de la Ley 22 de 1976 y el numeral 2 del artículo 11 de la Ley 32 de 1984, los que en su orden disponen lo siguiente:

“Artículo 280: Son funciones de la Contraloría General de la República, además de las que señale la Ley, las siguientes:

...

2. Fiscalizar y regular, mediante el control previo o posterior, todos los actos de manejo de fondos y otros bienes públicos, a fin de que se realicen con corrección, según lo establecido en la Ley.

...” (El destacado es de esta Procuraduría).

“Artículo Primero: La Contraloría General de la República, a partir de la vigencia de la presente Ley **ejercerá el Control Previo sobre todos los actos de manejo que afecten fondos o bienes públicos,** que sean emitidos por las instituciones autónomas, semiautónomas, municipios y por cualquier otra entidad o institución a cargo de tales fondos o bienes.” (El destacado es de esta Procuraduría).

“Artículo 11: Para el cumplimiento de su misión, **la Contraloría General ejercerá las siguientes atribuciones:**

...

2. Fiscalizará, regulará y controlará todos los actos de manejo de fondos 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 sólo ejercerá este último. Esta determinación se hará mediante resolución escrita que expedirá el Contralor General.

...” (El destacado es de esta Procuraduría).

De igual forma, observamos que el literal e) del artículo 6 del Decreto Ejecutivo 64 de 2007, acusado de ilegal, confiere **al Instituto de Mercadeo Agropecuario, en su condición de unidad ejecutora del Programa para la Solidaridad Alimentaria, la facultad de refrendar la orden de compra o el contrato**. Sin embargo, como esos actos están estrechamente vinculados con el manejo de fondos públicos, es evidente que **dicha entidad ejecutora carece de competencia para conocer lo concerniente al refrendo**; pues, tal como lo señalamos en párrafos precedentes, **ésa es una función que le atañe privativamente a la Contraloría General de la República**, en virtud de lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 32 de 8 de noviembre de 1984, antes descrito.

En virtud de lo anterior, esta Procuraduría solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **ES ILEGAL el literal e) del artículo 6 del Decreto Ejecutivo 64 de 30 de noviembre de 2007, dictado por el Órgano Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Desarrollo Agropecuario**.

IV. Pruebas: Se aceptan los documentos aportados por el recurrente; ya que constituyen copias autenticadas que cumplen con el requisito de autenticidad establecido en el artículo 833 del Código Judicial.

V. Derecho: Se **acepta** el invocado por el demandante.

Del Señor Magistrado Presidente,

Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración

Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General