REPÚBLICA DE PANAMÁ

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN

Vista Número 032

Panamá, 13 de enero de 2011

Advertencia de inconstitucionalidad.

Concepto de la Procuraduría de la Administración.

El licenciado Rogelio Cruz Ríos, actuando en representación de **Bolívar Pariente Castillero,** advierte la inconstitucionalidad del **primer párrafo del artículo 2 del decreto de gabinete 36 de 10 de febrero de 1990,** por el cual se crea, dentro de la Contraloría General de la República, la Dirección de Responsabilidad Patrimonial y se adopta su procedimiento.

Honorable Magistrado Presidente del Pleno de la Corte Suprema de Justicia.

Acudo ante usted de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 206 de la Constitución Política de la República, en concordancia con el artículo 2563 del Código Judicial, con el propósito de emitir el concepto de la Procuraduría de la Administración respecto de la advertencia de inconstitucionalidad descrita en el margen superior.

I. La norma advertida de inconstitucional.

La parte actora advierte la inconstitucionalidad del primer párrafo del artículo 2 del decreto de gabinete 36 de 10 de febrero de 1990, que dispone lo siguiente:

> "**Artículo 2.** Corresponde a los Magistrados de la Dirección de Responsabilidad Patrimonial, decidir mediante Resolución, previo el cumplimiento del procedimiento establecido en este Decreto de Gabinete y en el reglamento que en su

> desarrollo dicte el Contralor General de la República, sobre la responsabilidad patrimonial que frente al Estado le pueda corresponder a los agentes y empleados encargados de manejo de bienes y fondos públicos por razón de su gestión; a los agentes y empleados encargados de su fiscalización; a 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; a las personas que hayan figurado como empleados públicos y en esta condición hayan recibido salarios o emolumentos pagados con fondos públicos, sin haber prestado los servicios al Estado, cuya retribución se pretendía con los salarios o emolumentos recibidos; a las personas que por sí o por medio de personas jurídicas, hayan sido beneficiarias de pagos hechos con fondos públicos, sin haberle prestado servicios ni brindado contraprestaciones al Estado o que el valor reconocido a las mismas guarde una desproporción notoria respecto del servicio efectivamente prestado y a las personas que hubiesen adquirido títulos valores del Estado de cualquier clase de un modo indebido y a los funcionarios que voluntariamente lo hubiesen propiciado.
>
> ...” (Cfr. gaceta oficial número 21,479 de 20 de febrero de 1990, páginas 2 y 3).

II. Disposición constitucional que se aduce infringida y el concepto de la Procuraduría de la Administración.

El apoderado judicial del advirtiente manifiesta que el primer párrafo del artículo 2 del decreto de gabinete 36 de 1990 infringe el artículo 281 de la Constitución Política de la República que establece la Jurisdicción de Cuentas, ya que, en su opinión, es al Tribunal de Cuentas y no a la Dirección de Responsabilidad Patrimonial de la Contraloría General de la República a la que le corresponde juzgar a su representado, en atención a la reforma introducida al Texto Fundamental en el 2004. (Cfr. 8 del expediente judicial).

Con el objeto de sustentar esta tesis, el recurrente señala en el hecho noveno de su escrito que a pesar de que la disposición objeto de su advertencia ya fue demandada como inconstitucional, al resolver la acción presentada por los licenciados Aníbal Vallarino Velarde, Sixto Ábrego, Xenia de Zaldívar y Francisco Zaldívar en contra del decreto de gabinete 36 de 10 de febrero de 1990, ese alto Tribunal de Justicia en sentencia de 7 de febrero de 1992 se abstuvo de pronunciarse sobre la inconstitucionalidad del artículo 2, y sólo declaró inconstitucional la frase "O SIN ÉL" contenida en dicha disposición. (Cfr. fojas 6 y 7 del expediente judicial).

Contrario a lo afirmado por el advirtiente, lo cierto es que el Pleno de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 18 de febrero de 1992, por medio de la cual se corrigió el fallo de 7 de febrero de ese mismo año, sí se pronunció de manera específica en torno a la constitucionalidad del artículo 2 del decreto de gabinete 36 de 1990. Para una mayor claridad de lo señalado, es pertinente traer a colación la parte resolutiva de la referida resolución judicial:

> "Como quiera que la parte resolutiva de la sentencia de 7 de febrero de 1992 que recayó en la demanda de inconstitucionalidad presentada por los licenciados ANÍBAL VALLARINO VELARDE, SIXTO ÁBREGO, XENIA DE ZALDÍVAR Y FRANCISCO ZALDÍVAR, contra el Decreto de Gabinete No. 36 de 10 de febrero de 1990, se incurrió en un error al citar la frase del artículo 4° de dicho Decreto que se declaró inconstitucional, al tenor de la facultad aclaratoria de oficio que confiere el artículo 986 del Código Judicial, procede hacer la enmienda o corrección de la parte resolutiva sustituyendo la palabra crea por la de estime que es la que aparece en la

> Gaceta Oficial en la que se promulgó el Decreto de Gabinete No. 36 de 1990, impugnado. (Subraya la Corte)
>
> En consecuencia, la CORTE SUPREMA, PLENO, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CORRIGE la parte resolutiva del fallo de 7 de febrero de 1992 que debe leerse así:
>
> > PRIMERO: QUE NO ES INCONSTITUCIONAL LA TOTALIDAD DEL DECRETO DE GABINETE NO. 36 DE 10 DE DE FEBRERO DE 1990
> >
> > SEGUNDO: **QUE NO SON INCONSTITUCIONALES los artículos** 1, **2**, 3, 5, 10, 15 y 17 **del Decreto de Gabinete No. 36 del 10 de febrero de 1990;**
>
> …" (Lo subrayado es nuestro)(Cfr. registro judicial de febrero de 1992).

Producto de tal decisión, es válido concluir que en relación con la norma que se advierte como inconstitucional en este proceso, ya ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, cuya finalidad es evitar que se produzcan sentencias contradictorias que afecten la seguridad del ordenamiento jurídico, lo que implica la imposibilidad que esa Superioridad se pronuncie nuevamente sobre la materia previamente resuelta. (Cfr. fallo del Pleno de 1 de septiembre de 2009).

A pesar que el Pleno de la Corte Suprema de Justicia ya se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de la norma bajo examen, el recurrente hace caso omiso de tal hecho y afirma que la reforma constitucional introducida mediante el Acto Legislativo número 1 de 2004, que establece la Jurisdicción de Cuentas y crea el Tribunal de Cuentas, con competencia y jurisdicción nacional para juzgar las cuentas

de agentes de manejo cuando surjan reparos por razón de supuestas irregularidades, hace jurídicamente viable acudir a esa alta Corporación de Justicia para advertir la inconstitucionalidad del primer párrafo del artículo 2 del decreto de gabinete 36 de 10 de febrero de 1990.

Frente a los criterios expuestos, para completar el análisis sobre la constitucionalidad de la norma cuya inconstitucionalidad se advierte, este Despacho debe tomar en cuenta el criterio sentado por la Corte en el sentido de que aunque la regla de la cosa juzgada constitucional tiene efectos finales, definitivos y obligatorios, ella no es inamovible, puesto que la misma admite excepciones que encuentran sustento en los llamados supuestos de relatividad o inestabilidad, a los que se refiere la sentencia del Pleno de 16 de diciembre de 1996, que en su parte medular señala lo siguiente:

> "Esta regla tiene su excepción en los llamados supuestos de relatividad o inestabilidad de la cosa juzgada, a saber: 1) Inconstitucionalidad sobreviniente como consecuencia de cambios o reformas constitucionales; 2) Demandas planteadas por vicios de forma de una ley o acto cuyo contenido material haya sido confrontado y declarado conforme al texto de la Carta Política por el tribunal constitucional, y 3) Casos en que plantean vicios de fondo completamente distintos a los previamente examinados." (Lo subrayado es nuestro).

Este criterio, que tiene por propósito completar el ordenamiento constitucional, a juicio de la Procuraduría, tampoco sirve de marco para que prosperen los cargos que formula el advirtiente, ya que los hechos que dieron origen al proceso patrimonial que se inició en contra de Bolívar

Pariente Castillero, son anteriores a la ley 67 de 14 de noviembre de 2008, que desarrolla la Jurisdicción de Cuentas, motivo por el cual la norma aplicable a este caso es el decreto de gabinete 36 de 1990. (Cfr. gaceta oficial número 26169 de 20 de noviembre de 2008).

De acuerdo con las constancias procesales, el Contralor General de la República, en uso de sus facultades legales, emitió las resoluciones 859-2004-DAG de 11 de noviembre de 2004 y 2004-DAG de 22 de noviembre de 2004, por medio de las cuales le ordenó a la Dirección General de Auditoría que verificara las transacciones efectuadas por el Banco Nacional de Panamá en relación con el préstamo que le fue otorgado a la empresa Promotora Nacional de Viviendas, S.A. (PRONAVI), para la ejecución del proyecto habitacional Prados del Este, y los préstamos hipotecarios otorgados por ese banco oficial para la adquisición de viviendas en ese proyecto, con el propósito de determinar si hubo o no responsabilidad, por acción u omisión dolosa, así como perjuicio económico al patrimonio de la entidad bancaria. (Cfr. fojas 1 y 2 del expediente judicial).

Con posterioridad a estas actuaciones, el Contralor General de la República, a través del memorando 3838-2004-DAG de 20 de diciembre de 2004, le remitió a la Dirección de Responsabilidad Patrimonial el informe preliminar número 294-345-2004-DAG-DAFP, en el que se determinó que la citada transacción comercial se perfeccionó al margen de lo dispuesto en la ley 20 de 22 de abril de 1975, en ese entonces orgánica del Banco Nacional de Panamá, lo que dio

lugar a que la citada institución le aprobara a la empresa Promotora Nacional de Viviendas, S.A. (PRONAVI), facilidades financieras para el cien por ciento del proyecto Prados del Este, sin que contara con las garantías que respaldaran dicha operación. (Cfr. foja 2 del expediente judicial).

Con fundamento en el citado informe, la Dirección de Responsabilidad Patrimonial determinó que existían méritos suficientes para dictar una resolución de reparos en contra de los directivos y dignatarios de la empresa Promotora Nacional de Vivienda, S.A., y funcionarios del Banco Nacional de Panamá por la lesión patrimonial que afectó fondos del Estado panameño, lo que motivó que esa Dirección emitiera la resolución 316-04 de 30 de diciembre de 2004, modificada por la resolución 298-2005 de 6 de octubre de 2005, por medio de la cual decretó medidas cautelares en contra Bolívar Pariente Castillero, entre otros. (Cfr. foja 2 del expediente judicial).

Esta Procuraduría considera necesario señalar que al sustentar su advertencia, el recurrente sólo se ha referido al artículo 281 constitucional, introducido por la reforma del acto legislativo número 1 de 2004, omitiendo toda alusión al artículo 327 del Texto Fundamental, que igualmente cobra vida jurídica a raíz de la entrada en vigencia de dicho acto legislativo. El texto de ambas normas lee, así:

> "**Artículo 281.** Se establece la Jurisdicción de Cuentas, con competencia y jurisdicción nacional, para juzgar las cuentas de los agentes y empleados de manejo, cuando surjan reparos de éstas por razón de supuestas irregularidades.
>
> …

> La Ley determinará la creación y funcionamiento del Tribunal de Cuentas.” (Las subrayas son nuestras).
>
> -0-0-0-
>
> “**Artículo 327.** Se adoptan las siguientes disposiciones transitorias referentes a las modificaciones introducidas por el Acto Legislativo de 2004:
>
> 1. …
> 2. …
> 3. …
> 4. Hasta tanto no se dicte y entre en vigencia la Ley que regule el Tribunal de Cuentas, continuarán vigentes todas las normas y procedimientos existentes sobre la jurisdicción de cuentas.
>
> Una vez el Tribunal de Cuentas entre en función, todos los procesos que se siguen ante la Dirección de Responsabilidad Patrimonial de la Contraloría General, pasarán a ser de competencia de dicho Tribunal.
>
> 5. …” (Lo subrayado es nuestro).

Como quiera que de las normas constitucionales citadas se desprende con meridiana claridad que todos los procesos que se hayan iniciado antes de la entrada en vigencia de la ley 67 de 14 de noviembre de 2008 que desarrolla la Jurisdicción de Cuentas, continuarían rigiéndose por las normas y procedimientos existentes, el proceso proseguido en contra de Bolívar Pariente Castillero debía surtirse, como en efecto se hizo, bajo el amparo del decreto de gabinete 36 de 1990, cuyas normas tenían plena vigencia al momento de iniciarse dicho proceso patrimonial, de allí que la autoridad competente para adelantar la causa era la Dirección de Responsabilidad Patrimonial de la Contraloría General de la República, lo que resulta cónsono con lo dispuesto en el artículo 32 del Código Civil, disposición a la cual ha

recurrido ese Pleno para dilucidar situaciones en las que se discute la temporalidad de la Ley.

Ejemplo de ello, es la sentencia de 12 de marzo de 1997, en la que ese concluyó en que las reglas de competencia y de prosecución procesal establecidas en una sentencia deben armonizar con el artículo 32 del Código Civil, en cuanto a la eficacia residual o ultraactividad de las normas que originalmente establecían términos, actuaciones y diligencias, siempre que tales términos hubieren empezado a correr y dichas actuaciones o diligencias hubieren sido iniciadas.

Finalmente, este Despacho estima oportuno indicar que el primer párrafo del artículo 2 del decreto de gabinete 36 de 10 de febrero de 1990, advertido de inconstitucional, ya fue aplicado desde el momento en que se inició el proceso patrimonial en contra del advirtiente. En estos casos, la advertencia de inconstitucionalidad no resulta viable o procedente.

Así lo ha interpretado el Pleno de la Corte Suprema de Justicia al decidir, mediante sentencia de 9 de julio de 1993, un proceso similar al que nos ocupa, cuya parte medular indica lo siguiente:

> "En vista de que el presente negocio se encuentra en estado de fallar, el Pleno de la Corte hace los siguientes señalamientos:
>
> 1. …
> 2. …
> 3. Como ha señalado la Corte en fallos anteriores, para que proceda la advertencia de inconstitucionalidad la norma sobre la cual ésta recae, no debe haber sido aplicada al proceso, situación que no se da en este caso, pues para iniciar el proceso o

> juicio de cuentas contra la señora Brugiati, la Dirección de Responsabilidad Patrimonial se basó en el procedimiento establecido, tanto en el Decreto de Gabinete 36 de 1990 como en el Decreto No. 65 del mismo año que es su reglamento, por lo que la Corte considera que en términos generales la norma impugnada ya fue aplicada.
>
> …" (Lo subrayado es nuestro).

En el marco de lo expuesto, la Procuraduría de la Administración respetuosamente solicita a los Honorables Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, se sirvan declarar que NO ES VIABLE la advertencia de inconstitucionalidad bajo examen o, en su defecto, que NO ES INCONSTITUCIONAL el primer párrafo del artículo 2 del decreto de gabinete 36 de 10 de febrero de 1990, advertido dentro del proceso promovido por Rogelio Cruz Ríos, actuando en representación de Bolívar Pariente Castillero.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Nelson Rojas Avila
Secretario General

Expediente 802-08-I