

Nota N° C-66

8 de Abril de 1994.

Licenciado
NESTOR MORENO
Sub Gerente General Encargado
de la Gerencia General.
Banco Nacional de Panamá. /

E. S. D.

Estimado Licenciado Moreno:

Respetuosamente, tenemos a bien dar respuesta a su consulta formulada mediante nota de fecha 5 de octubre de 1993 y que nos permitimos transcribir a continuación, en su parte medular:

"...consultamos a usted la viabilidad legal de la compra por parte de los empleados del Banco, de bienes muebles e inmueble rematados por nuestra institución y adjudicados a la misma".

Iniciamos nuestro análisis citando el precepto constitucional 304 que ordena:

"ARTICULO 304: Los servidores públicos no podrán celebrar por sí mismos o por interpuestas personas, contratos con la entidad u organismo en que trabajan cuando éstos sean lucrativos y de carácter ajeno al servicio que prestan".

La disposición transcrita contiene una incapacidad relativa que recae sobre quienes ejercen una función pública, con respecto a la contratación que pudiesen realizar con la institución donde se presta el servicio. Esta incapacidad está sujeta al carácter lucrativo que se persiga con la celebración del contrato y a la desvinculación de la función que realiza el servidor con el contrato a celebrar.

Nosotros nos sumamos a la interpretación que exponen los abogados del Banco Nacional, de la disposición constitucional 304. En ese orden de ideas, somos del criterio de que la intención de percibir lucro, viene a determinar la imposibilidad para que un funcionario lleve a cabo relación contractual con su propia entidad estatal. El Diccionario de la Lengua Española -Real Academia Española- define el término lucro, como:

"Ganancia o provecho que se saca de una cosa".

Por su parte el jurista GUILLERMO CABANELLAS en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, expresa que lucro es:

"Ganancia, provecho, utilidad o beneficio que se obtiene de alguna cosa. Más especialmente el rendimiento que se obtiene con el dinero".

La claridad de este concepto, nos lleva a disentir con todo respeto de la respuesta que brindara con anterioridad la Procuraduría de la Administración, mediante nota N° 86 de 4 de abril de 1991, por ustedes citada, toda vez que en su parte final se emplea la frase "contratos remunerados" y ellos se encuentran definidos en nuestro Código Civil en el artículo 1125 que nos permitimos citar.

"ARTICULO 1125: En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor".

Como podemos ver el lucro, es la ganancia o utilidad que se percibe. Nos preguntamos entonces si hay lucro en la adquisición de un vehículo o una residencia que ha sido reposesada por el Banco Nacional, y que van a satisfacer o suplir una necesidad de un funcionario. Lo contrario ocurriría si ese funcionario adquiere por compra una flota de automóviles o un complejo habitacional, pertenecientes al Banco, con el objeto de negociarlos más tarde; sin lugar a dudas, si estaremos frente a una transacción lucrativa. Entendemos por lo tanto que es a ese tipo de

contratos a los que hace referencia el artículo 304 de nuestra Ley Fundamental.

Su consulta es motivada por la interpretación del artículo 1229, ordinal 4 del Código Judicial, que contiene una prohibición para adquirir por compra por sí mismo o por persona intermediaria, bienes de cuya administración estuvieren encargados los servidores públicos.

La norma antes mencionada fue tomada por nuestros codificadores del Código Civil Español, específicamente del artículo 1459 -que doctrinalmente ha sido comentado y citado por su Gerencia Jurídica-. El contenido de esta disposición es claro al exponer que los empleados públicos que estuviesen encargados de la administración de los bienes del Estado, de los municipios y de los establecimientos públicos en general no podrán contratar su adquisición.

Existe otra norma en el Código Fiscal -artículo 66, numeral 4- en el mismo sentido, determinando que no podrán ser postores en las licitaciones, ni en los concursos, ni contratistas con el Estado: "Los funcionarios públicos que intervengan en cualquier forma en la preparación, o ejecución de la licitación o del concurso, y aquellos a quienes la Constitución o leyes especiales les prohiban contratar con el Estado".

Podemos colegir que estas normas de carácter prohibitivo -artículo 304 C. N.; 1229 C.C.; 66 C. F.- intentan proteger la moralidad y transparencia en materia de contratación dentro de la Administración Pública y por consiguiente evitan el fraude que pudiera tener lugar si un funcionario que tenga a su cargo la administración de un bien lo adquiriera, afectando la imagen de la institución, el derecho de los asociados y en general la decencia estatal. Por lógica consecuencia aquellos servidores públicos que nada tienen que ver con la administración, manejo, gestión, custodia, cuidado o disposición de bienes públicos no se encuentran comprendidos dentro de las prohibiciones legales que hemos examinado y pueden adquirirlos mediante compra; pero no deben prestar su mediación para que administradores adquieran a través de ellos esos bienes, por que incurrirían en complicidad frente a las prohibiciones que afectan a los administradores con sus consecuencias legales.

Aplaudimos la sugerencia de la Gerencia Jurídica del Banco Nacional de Panamá, de crear un Reglamento que desarrolle y precise esta materia estableciendo entre otras cosas, el procedimiento a seguir, los funcionarios excluidos de estos contratos y las sanciones por la violación que pudiera surgir.

Sin otro particular, atentamente,

LIC. DONATILO BALLESTEROS S.
Procurador de la Administración.

7
/bbe.