



República de Panamá
Procuraduría de la Administración

Panamá, 15 de marzo de 2016
C-22-16.

Licenciado
Federico A. Humbert
Contralor General de la República de Panamá
E. S. D.

Señor Contralor:

Con fundamento en nuestra atribución constitucional y legal, de servir como consejeros jurídicos de los servidores públicos administrativos, nos permitimos ofrecer contestación a su Nota Núm. 104-16/DIAF, mediante de la cual consulta a esta Procuraduría: (1) Si la Contraloría General de la República es competente para solicitar y/o requerir a una entidad bancaria información personal de sus cuentahabientes, dentro de una investigación por presunto enriquecimiento injustificado de un servidor o ex servidor público; y (2) Si dicha entidad puede dar seguimiento a la adquisición de bienes y gastos realizados por una Fundación de Interés Privado, en el marco de una auditoría iniciada por presunto enriquecimiento injustificado.

En relación a su primera interrogante, relacionada con la viabilidad jurídica de que la Contraloría General de la República solicite y/o requiera a una entidad bancaria información personal contenida en documentos privados de sus cuentahabientes, amparada por la inviolabilidad del secreto bancario, dentro de una investigación por presunto enriquecimiento injustificado de un servidor o ex servidor público, este Despacho opina que dicha institución es competente para inspeccionar o recabar dicha información.

A continuación, nos permitimos abordar los fundamentos jurídicos que sustentan nuestra opinión:

El artículo 304 de la Constitución Política de la República establece el deber de algunos servidores públicos que ejercen funciones elevadas, así como los empleados o funcionarios públicos de manejo conforme al Código Fiscal, de rendir declaración jurada de su estado patrimonial; precepto constitucional que denota la importancia que en su momento se quiso otorgar a este instrumento de la lucha contra la corrupción. No obstante, la mencionada norma constitucional no regula lo concerniente a la función fiscalizadora que le corresponde ejercer a la Contraloría General de la República en esta materia.

La competencia de la Contraloría General de la República para realizar investigaciones, a efectos de determinar la corrección o incorrección de las operaciones que afecten fondos o bienes públicos, y en su caso establecer si se produjeron irregularidades en el manejo de los mismos, se fundamenta en el numeral 4 del Artículo 280 de la Constitución Política, y en el

La Procuraduría de la Administración sirve a Panamá, lo sirve a ti.

numeral 4 del artículo 11 de la Ley 32 de 8 de noviembre de 1984, orgánica de dicha entidad, que disponen lo siguiente:

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

...

4. **Realizar inspecciones e investigaciones** tendientes a determinar la corrección o incorrección de las operaciones que afecten patrimonios públicos y, en su caso, presentar las denuncias respectivas.” (negrilla del Despacho)

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

...

4. Realizará inspecciones e investigaciones tendientes a determinar la corrección o incorrección de las operaciones que afecten patrimonios públicos y, en su caso, presentará las denuncias respectivas. Estas investigaciones pueden iniciarse por denuncia o de oficio, cuando la Contraloría lo juzgue oportuno.

Al instruir una investigación, la Contraloría practicará las diligencias tendientes a reunir los elementos que esclarezcan los hechos, pudiendo recibir testimonios, designar peritos, **realizar inspecciones y practicar cualesquiera otras pruebas instituidas por la Ley.**

...”. (negrilla del Despacho)

Si bien es cierto que la competencia general para realizar investigaciones administrativas, atribuida a la Contraloría General de la República por las citadas normas, en un inicio se entendió referida únicamente al examen de las cuentas de los funcionarios y agentes de manejo (es decir, al escrutinio de las actuaciones de éstos, relacionadas con los fondos y bienes recibidos, manejados, custodiados o administrados, dentro de un período determinado); este Despacho coincide con el criterio de la entidad consultante, en el sentido que, al dictarse la Ley 59 de 29 de diciembre de 1999, que desarrolla el artículo 299 de la Constitución Política (actual artículo 304) y dicta otras disposiciones contra la corrupción administrativa, dichas atribuciones se hicieron extensivas a las investigaciones preliminares que en materia de enriquecimiento injustificado debe realizar dicha entidad, pues también podría conllevar el examen de operaciones que afectan fondos y/o bienes públicos.

En concordancia con las normas citadas, el alcance de la competencia de la Contraloría, para realizar investigaciones administrativas preliminares, por presunto enriquecimiento injustificado de un servidor o ex servidor público, se infiere del contenido de los artículos 6, 7, 8 y 9 de la Ley 59 de 1999, cuyo tenor es el siguiente:

“**Artículo 6.** Para determinar el enriquecimiento injustificado, se tomará en cuenta:

1. **La situación patrimonial del investigado.**
2. **La cuantía de los bienes objeto del enriquecimiento injustificado, en relación con sus ingresos y gastos ordinarios.**
3. La ejecución de actos que revelen falta de probidad en el ejercicio del cargo y que guarden relación causal con el enriquecimiento injustificado.
4. Las ventajas económicas derivadas de la celebración o ejecución de contratos u otros actos de manejo, con entidades públicas.” (negrilla del Despacho).

“**Artículo 7.** Cualquier persona puede denunciar un posible enriquecimiento injustificado, ante la Contraloría General de la República. Para tal fin, deberá acompañar la denuncia con prueba sumaria sobre la posesión de los bienes que se estiman sobrepasan los declarados, o los que probablemente superen las posibilidades económicas del denunciado.” (subraya y negrilla del Despacho).

“**Artículo 8.** La Contraloría General de la República, de oficio o ante denuncia, a través de la Dirección de Responsabilidad Patrimonial, deberá iniciar el proceso para determinar si los hechos denunciados constituyen, efectivamente, enriquecimiento injustificado. Al efecto, la persona denunciada deberá presentar las pruebas pertinentes que justifiquen el origen y procedencia de los bienes que posea, sea por sí o por interpuesta persona, natural o jurídica, y que sobrepasen los declarados o los que probadamente superen sus posibilidades económicas. (subraya y negrilla del Despacho).

“**Artículo 9.** Si la Contraloría General de la República determina que existe enriquecimiento injustificado, deberá remitir copia auténtica de lo actuado a la Procuraduría General de la Nación, para que realice las investigaciones que correspondan sobre la responsabilidad penal a que haya lugar.” (subraya y negrilla del Despacho).

En lo que atañe de modo específico a la posibilidad de examinar documentos privados, protegidos por la inviolabilidad del secreto, el artículo 29 de la Constitución Política de la República, en su parte medular, señala:

“**Artículo 29.** La correspondencia y demás documentos privados son inviolables y no pueden ser examinados ni retenidos, sino por mandato de autoridad competente y para fines específicos, de acuerdo con las formalidades legales.

...

El incumplimiento de esta disposición impedirá la utilización de sus resultados como pruebas, sin perjuicio de las responsabilidades penales en que incurran los autores.” (negrilla del Despacho).

Por su parte, el numeral 1 del artículo 111 del Texto Único del Decreto Ley 9 de 26 de febrero de 1998, modificado por el Decreto Ley 2 de 22 de febrero de 2008, regula el deber de confidencialidad de los bancos de la plaza, respecto a la información personal de sus clientes, en los siguientes términos:

“**Artículo 111. CONFIDENCIALIDAD BANCARIA.** Los bancos sólo divulgarán información acerca de sus clientes o de sus operaciones con el consentimiento de éstos. Los bancos no requerirán el consentimiento de los clientes en los siguientes casos:

1. Cuando la información les fuere requerida por **autoridad competente de conformidad con la ley.**

...” (Resaltado del Despacho).

De las normas citadas, se infiere lo siguiente:

1. La determinación del enriquecimiento injustificado por parte de la Contraloría General de la República es, conforme al artículo 9 de la Ley 59 de 1999, presupuesto indispensable para el inicio de la investigación penal correspondiente y para el eventual

juzgamiento de la presunta comisión del delito de enriquecimiento injustificado, tipificado en el artículo 351 del Código Penal. Coartar la posibilidad de que dicho ente fiscalizador acceda a las pruebas necesarias para sustentar dicha determinación, sólo degeneraría en la impunidad de los presuntos responsables.

2. Al dictarse la Ley 59 de 29 de diciembre de 1999, la competencia general atribuida a la Contraloría General de la República, para realizar investigaciones administrativas, establecida en el numeral 4 del artículo 280 de la Constitución Política y el numeral 4 del artículo 11 de la Ley 84 de 1982, se hizo extensiva a las investigaciones preliminares que en materia de enriquecimiento injustificado le corresponde realizar; por lo que es claro que, en estos casos, dicha entidad está investida de competencia para realizar inspecciones y practicar cualesquiera otras pruebas instituidas por la Ley.
3. Para poder investigar preliminarmente y, de encontrar méritos, determinar en sede administrativa el enriquecimiento injustificado de un servidor o ex servidor público, dicha entidad fiscalizadora deberá constatar en cada caso, las circunstancias de hecho que conforme al artículo 6 de la Ley 59 de 1999, anteriormente citado, permiten determinar si un servidor o ex servidor público ha incurrido en enriquecimiento injustificado. Entre los elementos de convicción a corroborar figuran “la situación patrimonial del investigado”, y “la cuantía de los bienes objeto del enriquecimiento injustificado, en relación con sus ingresos y gastos ordinarios”; aspectos cuya constatación exige que la Contraloría General de la República pueda recabar las pruebas idóneas que acrediten el origen, procedencia y cuantía de los bienes que posea el sujeto investigado.
4. En virtud de lo indicado, debe entenderse que la atribución de la Contraloría General de la República, para realizar investigaciones preliminares en materia de enriquecimiento injustificado de servidores o ex servidores públicos, no se limita al examen del caudal probatorio al cual accede de manera regular, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales (v.g., declaraciones patrimoniales, planillas estatales, órdenes de descuento directo, informes de rendición de cuentas, informes sobre la gestión fiscal de las entidades del Estado, refrendos de contratos públicos, entre otros) y su confrontación con la prueba sumaria aportada por el denunciante, cuando la investigación iniciare en virtud de denuncia; o con las pruebas aportadas por la persona denunciada para justificar la procedencia y origen de los bienes que posea; sino que también alcanza la obtención y valoración de los elementos de convicción que precise para establecer la verdad material de los hechos, cuando actúe de oficio.
5. Por mandato constitucional y legal, los documentos privados (categoría que comprende los que contengan información personal sobre clientes de entidades bancarias) son inviolables y no pueden ser examinados ni retenidos, sino por mandato de autoridad competente; categoría en la que se enmarca la Contraloría General de la República.

En conclusión, en virtud de las normas citadas, esta Procuraduría opina, en respuesta a su primera interrogante, que la Contraloría General de la República, tiene competencia para solicitar y/o requerir a los bancos de la plaza, información personal de sus cuentahabientes

sujeta a confidencialidad bancaria, dentro de una investigación por posible enriquecimiento injustificado de un servidor o ex servidor público.

En lo que toca a su segunda interrogante, referente a si la Contraloría General de la República puede dar seguimiento a la adquisición de bienes y gastos realizados por parte de una fundación de interés privado, cuyo fundador fue servidor público, y está siendo objeto de una auditoría por presunto enriquecimiento injustificado; en adición a lo dispuesto por el artículo 29 de la Constitución Política y por el artículo 111 del Texto único del Decreto Ley 9 de 1998, anteriormente citados, que regulan la inviolabilidad de los documentos privados y la confidencialidad bancaria, resulta preciso traer a colación el texto del artículo 35 de la Ley 25 de 2 de junio de 1995, “Por la cual se regulan las fundaciones de interés privado”, que dispone lo siguiente:

“**Artículo 35.** Los miembros del Consejo de Fundación y de los órganos de fiscalización, si los hubiere, así como los servidores públicos o privados que tuviesen conocimiento de las actividades, transacciones u operaciones de las fundaciones, deberán mantener reserva y confidencialidad al respecto, en todo momento. Las infracciones a este deber serán sancionadas con prisión de 6 meses y multa de cincuenta mil balboas (B/.50,000.00), sin perjuicio de la responsabilidad civil correspondiente.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará sin perjuicio de las informaciones que deban revelarse a las autoridades oficiales y de las inspecciones que éstas deban efectuar en la forma establecida por la Ley” (negrilla del Despacho).

Del mismo modo, es pertinente citar el contenido del artículo 5 de la Ley 59 de 1991, cuyo tenor literal expresa lo siguiente:

“**Artículo 5.** El enriquecimiento injustificado tiene lugar cuando el servidor público o ex servidor público, durante el desempeño de su cargo o dentro del año siguiente al término de sus funciones, se encuentre en posesión de bienes, sea por sí o por interpuesta persona, natural o jurídica, que sobrepasen los declarados o los que probadamente superen sus posibilidades económicas, y no pueda justificar su origen.

También se considera enriquecimiento injustificado, cuando no pueda justificar la extinción de obligaciones.” (subrayado y negrilla del Despacho).

Como se aprecia, al tenor del artículo 5 de la Ley 59 de 1999, el enriquecimiento injustificado también puede producirse, “por interpuesta persona, natural o jurídica”, por lo que a juicio de este Despacho, de ser ese el caso, la competencia de la Contraloría para recabar pruebas de oficio, se extenderá a las personas o entidades que actúen como testafierros.

Por lo tanto, este Despacho opina, en respuesta a su segunda interrogante, que la Contraloría General de la República podrá monitorear los movimientos de los bienes y fondos que integran el activo de estas personas jurídicas, valiéndose para ello de los elementos probatorios que obtenga o recabe en el marco de la investigaciones preliminares por presunto enriquecimiento injustificado que realice, aun cuando éstos consten en documentos privados, por ser autoridad competente, de acuerdo con la Constitución y la Ley.

Aprovecho la oportunidad, para expresarle mis sentimientos de aprecio y consideración.

Atentamente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración

RGM/

