

C-19

Panamá, 26 de enero de 1998.

Licenciado

Gustavo A. Pérez A.

Subcontralor General de la República

E. S. D.

Señor Subcontralor General:

Procedo a responder su Nota No.4031-Leg, de fecha 18 de diciembre de 1997, por medio de la cual solicita a esta Procuraduría la opinión jurídica sobre, "si es o no viable a la luz de lo que establece el Artículo 304 de la Constitución, el otorgamiento de Préstamos Agropecuarios (Comerciales o Industriales) a favor de los funcionarios del Banco de Desarrollo Agropecuario"; cuyas siglas son B.D.A. y que utilizaremos para referirnos a él en lo sucesivo.

Fundamento Jurídico de la Consulta

El razonamiento jurídico de la Consulta formulada, viene a ser el Artículo 304 de la Constitución Nacional, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 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."

Nuestro Examen

La norma constitucional citada, representa en principio una prohibición que recae sobre quienes ejercen una función pública, con respecto a la celebración de contratos con la institución donde prestan servicio. Esa disposición, tiene dos aspectos, el primero de ellos, de orden formal, determinado por el carácter lucrativo que se persiga con la celebración del contrato, y la vinculación funcional que mantenga el servidor respectivo, con la materia del contrato a realizar. El segundo aspecto, constituido por una consideración de orden ético y moral. Pasemos a ver cada uno de estos aspectos.

En cuanto al primero, es decir, el de orden formal, podemos iniciar diciendo que, el artículo 304 de la Constitución es claro al señalar que, la intención de percibir lucro, determina la imposibilidad de que un servidor público celebre un contrato con la entidad u organismo para el cual labora; y en este sentido, cabe revisar el concepto de lucro contenido en primer lugar, en el Diccionario de la Lengua Española, y luego, el contenido en el Diccionario Jurídico de Derecho Usual, del Doctor Guillermo Cabanellas; veamos:

Lucro:

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

Lucro:

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

Como podemos observar el lucro es, la ganancia o utilidad que se percibe; ello nos hace concluir por tanto, que la respuesta a la interrogante planteada en su Consulta, estará sujeta preliminarmente, a la existencia o no del provecho o de la utilidad que pueda generar el contrato a celebrar; o bien, de la ventaja o facilidad que pueda tener el servidor público en razón de la proximidad o vinculación por su función, para lograr contratar con la entidad en la que presta servicio.

Dentro del orden de las ideas comentadas, corresponde ver, el marco en que se produce la actividad del Banco de Desarrollo Agropecuario. Esa entidad estatal fue creada con la finalidad "de proporcionar financiamiento a los programas de desarrollo agropecuario y proyectos agro-industriales" (Ley 13 de 1973, Artículo 1). En ese sentido esta Institución Bancaria, organiza la asistencia crediticia a los productores del

sector agropecuario de escasos recursos y sus grupos organizados, dando atención al pequeño y mediano productor.

La política de crédito del Banco, como dice su Ley Orgánica (Ley 13 de 1973), dirige su acción hacia organizaciones campesinas y cooperativas, pequeños y medianos productores del sector agropecuario, proyectos agroindustriales promovidos por el Ministerio de Desarrollo Agropecuario, Municipios y Juntas Comunales que desarrollen actividades agropecuarias agroindustriales y pesqueras, así como cualesquiera otras personas naturales o jurídicas que desarrollen actividades compatibles con la Política económica del Ministerio de Desarrollo Agropecuario.

De lo expresado se desprende que la filosofía de esa Institución, a diferencia de otros Bancos, no es promover o apoyar actividades lucrativas, sino por el contrario, otorgar financiamiento, en términos estrictos, a prestatarios de escasos recursos de manera individual o bien a grupos o entes comprendidos en las categorías descritas.

Existe entonces, un objetivo de carácter eminentemente social en la política crediticia que desarrolla el B.D.A.; que pretende en otros términos, lograr la gestión de proyectos agropecuarios y agro-industriales, para quienes carezcan de recursos económicos, y no para aquellos que cuenten con dichos recursos para llevarlos a cabo. Lo expresado, se traduce en la consecuente afirmación de que el funcionariado del B.D.A. debido al normal curso de las actividades de esa entidad, se dedica, precisamente a atender las solicitudes de financiamiento que se formulen al Banco, y a darle seguimiento al mismo.

Para concluir, con respecto a este aspecto, señalamos que, está vedado para todo servidor público ser parte contratante con la entidad para la que labore, cuando el contrato a celebrar sea de naturaleza lucrativa; así como para celebrar contratos en los que dicho servidor público intervenga por su función, en nombre de la institución.

En cuanto al segundo aspecto, debemos comentar que, el artículo 304 de la Constitución, se fundamenta en un sentido ético y moral, con el que se protege la moralidad y la transparencia de la contratación en la que la Administración Pública sea parte. Por esa razón en nuestro ordenamiento jurídico existen otras disposiciones a nivel legal como son el artículo 1229 del Código Judicial y el artículo 66 del Código Fiscal, que desarrollan el querer de esa norma constitucional.

Para evitar el fraude que pudiera tener lugar si un funcionario que tiene a su cargo la administración o custodia de un bien, o si de quien depende su disposición, favoreciera su propio interés o el de un tercero; se encuentran reguladas en el ordenamiento positivo patrio, como hemos visto, tanto a nivel constitucional, como legal, disposiciones legales que garantizan la integridad, rectitud y en esencia, la moralidad de la actuación no sólo de la Administración Pública, sino de quienes para ella sirven.

Mantener al margen de los convenios contractuales que celebren las instituciones estatales en calidad de parte contratante, a sus propios funcionarios, no viene únicamente a asegurar la imparcialidad de esos actos en sí mismos, sino que demuestra el claro objetivo de permitir la participación y consecuente selección de quien califique como mejor contratante, y lo que es más, confirma con absoluta certeza la ponderación del interés público frente a cualquier otro interés.

Es la decencia estatal la que en conclusión, orienta la incompatibilidad que sufrimos los servidores del Estado, de realizar una función pública y ser parte contratante al mismo tiempo, de nuestra institución; por tanto considero, que el artículo 304 de la Constitución Política nos alcanza a todos los que desempeñamos algún cargo dentro del engranaje gubernamental.

Atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/7/hf.