

Señor Gerente General:

En cumplimiento de nuestras atribuciones Constitucionales y Legales y en especial como asesores jurídicos de los servidores públicos administrativos; acusamos recibo de su Nota N°.98 (123-01)99, calendada 6 de marzo de 1998, por medio de la cual solicita nuestra opinión jurídica en torno a "la posibilidad de que la Junta Directiva reglamente el literal j) del artículo 25 de la Ley 87 de 23 de noviembre de 1960, el cual establece que la Caja de Ahorros podrá realizar entre otras operaciones, la de adquirir bienes muebles o inmuebles para su propio uso"

Según señala Usted, la Caja de Ahorros realiza dentro de un mercado competitivo como el bancario, una serie de operaciones diversas de carácter financiero conforme lo autorizado por la Ley 87 de 23 de noviembre de 1960 (Orgánica de la Caja de Ahorros), para lo cual la misma debe adquirir constantemente bienes muebles e inmuebles de naturaleza diversa para la prestación de sus servicios de forma tan eficiente como lo hacen los Bancos del sector privado. Para ello debe imprimirle a sus procesos de adquisición de bienes, ya sea por compra u otros medios, la agilidad necesaria para que las mencionadas operaciones bancarias puedan realizarse en la forma en la que la Ley, nuestros clientes y las condiciones del mercado nos lo exigen.

Por otra parte, añade que si bien, existe la Ley de Contratación Pública, Ley N°. 56 de 27 de diciembre de 1995, es un hecho cierto que la misma fue expedida para regular los procesos de compras, ventas u otros contratos que realizan la generalidad de las instituciones públicas, las cuales constituyen por lo común, organismos que prestan servicios públicos dentro de una realidad que excluye cualquier competencia y por lo tanto admiten que la rigurosidad de los procesos de adquisición de bienes se imponga frente a la necesidad de que los mismos se realicen de la forma rápida que se requiere en otros ámbitos como en el que se activan las entidades de naturaleza bancaria que son de naturaleza estrictamente comercial.

Luego de conocer las inquietudes que se generan en su Despacho pasaremos a abordar algunos aspectos de interés que consideramos necesario destacar, para posteriormente externar nuestro criterio respecto al tema objeto de Consulta.

Compartimos la idea de que el progreso implica cambios substanciales, de fondo y de forma, especialmente hoy día cuando las redes de información exigen cambios en las estructuras bancarias y de las cuales años atrás eran desconocidas por nuestros gobernantes. Reconocemos similares inquietudes y necesidades en comunidades vecinas e intentamos implementar aquellas soluciones más ventajosas a nuestro medio laboral. En el caso de un banco estatal como lo es la Caja de Ahorros, la adecuación de tecnologías y programas de vanguardia para sobrellevar la competitividad de un Centro Bancario como el nuestro, se torna muchas veces dilatada y compleja en comparación con los procedimientos de la banca privada para renovarse según las demandas en el mercado. (Cfr.C-21 de 31 de enero de 1997)

Para el autor Sergio Rodríguez Azuero en su libro de Contratos Bancarios, el Derecho Público Bancario también se conceptúa dentro de dos extremos del proceso, podría decirse que la actividad bancaria ha pasado de ser una simple actividad privada, sometida a la libre iniciativa de los particulares, a convertirse en una función propia del Estado, o en todo caso, celosamente intervenida y regulada por ella. Sin embargo rige el

principio de que la Banca es una actividad puramente mercantil, sólo que su ejercicio se encuentra sometido a las más estrictas normas, tanto para el nacimiento de las personas jurídicas que tienen por objeto el desarrollo de las actividades bancarias, como para la realización de estas mismas, en la medida en que deben someterse a los parámetros, instrucciones y restricciones que suelen imponer, bien el legislador común, ya un organismo especializado, con facultades que le permiten dictar leyes en sentido material y a veces, incluso, uno y otro.

Esta tendencia o concreción en casi todos los países obedece, en general a la concurrencia de dos causas conceptuales, teniendo en cuenta la importancia de los servicios bancarios, la prestación masiva de los mismos y la necesidad evidente con que son demandados por los particulares, muchas legislaciones y aun las Cartas fundamentales y especialmente la nuestra ha considerado que el servicio bancario es un servicio público, que obedece a la necesidad general que debe ser satisfecha forzosamente y de cuya utilización no puede prescindirse. (Cfr.RODRIGUEZ AZUERO, Sergio p. 94)

Lo anterior nos conduce a sostener que el Derecho Público Bancario, si bien efectúa actividades de carácter mercantil, estas operaciones que son comunes a todos los Bancos y que la pone casi a nivel de la banca privada, no puede soslayar los principios constitucionales y legales de un banco oficial y como tal, tiene una función social que debe cumplir a beneficio de la comunidad en general y esto es prestar un servicio del cual se debe como banca nacional, y cuyas acciones son respaldadas por la Nación panameña de forma subsidiaria.

Ahora bien, es importante indicar que el artículo 2, de la Ley número 87 de 1960, dispone que la Caja de Ahorros es una Institución Autónoma del Estado; y por tal razón, la Nación responde subsidiariamente de los actos que ejecuta la misma (Cfr. artículo 3 de la citada ley 87). Luego entonces, debe tener presente que de acuerdo a la Constitución Política, los facultados para reglamentar una norma legal de una Ley, es el Presidente de la República y el Ministro respectivo, veamos lo que dispone nuestra Carta Fundamental en su artículo 179 respecto a la Potestad Reglamentaria que posee el Órgano Ejecutivo, fundamentado en el artículo 179, numeral 14 de la Constitución Política, que dice:

"Artículo 179: Son atribuciones que ejerce el Presidente de la República con la participación del Ministro respectivo: ...

14. Reglamentar las Leyes que lo requieran para su mejor cumplimiento, sin apartarse en ningún caso de su texto ni de su espíritu..."

- o - o -

Sobre ese particular, el ilustre maestro Dr. José Dolores Moscote, en su obra titulada El Derecho Constitucional Panameño, indica:

"El ejercicio de la potestad reglamentaria es piedra de toque de la lealtad del Ejecutivo a la intención de la Ley. Reglamentar, desenvolver, las pautas que ésta ha señalado requiere un cuidadoso estudio de las circunstancias y necesidades que determinaron su expedición; requiere ante todo, que el presidente esté constantemente dispuesto a

pagarle a la ley el tributo que ella merece dentro de las posibilidades de un régimen de escrupulosa legalidad. El decreto reglamentario no puede ser fácil válvula de escape de la arbitrariedad, que es todo acto pensamiento, por razonable que parezca, que contraría la letra o la mente, de la Ley. El presidente, dentro de la potestad reglamentaria, goza, indudablemente, de cierta facultad discrecional enderezada, desde luego, a extraer de la voluntad legislativa todas las virtualidades de bien que generalmente ella contiene, pero debe guardarse mucho, a este respecto, de no extralimitarse en sus funciones, asumiendo conscientemente el papel del legislador.

'La reglamentación debe ceñirse al pensamiento, sin desvirtuarlo; debe dirigirse a respaldar su autoridad, no a menguarla, debe concretarse a lo indispensable, y nada más, como que su fin ha de ser buscar la verdadera efectividad en orden a la ejecución de las leyes. Casos ya reglamentados por el mismo legislador en todo su amplitud y con claridad, que no ofrezcan dudas ni dificultades para su amplificación en la práctica, no pueden ser objeto de la facultad reglamentaria ejecutiva. Llenar los vacíos, facultar el cumplimiento de la voluntad legislativa, dictando las reglas convenientes para que sea realizada en toda su extensión, esa y no otra, es la esfera que al Ejecutivo se indica en esta materia de suyo delicada, pues lleva fácilmente a una peligrosa extralimitación de funciones, que anula o varía la obra del cuerpo legislativo nacional.' (5) Francisco de Paula Pérez. Derecho Constitucional Colombiano, pág. 313.

Lo anteriormente transcrito resume con nítida claridad la mejor doctrina del derecho público en cuanto a la potestad reglamentaria del Ejecutivo. El jefe de éste puede tener una política administrativa tan personal como quiera; puntos de vista acerca de la conducción de los negocios públicos del Estado, radicalmente opuestos o contrarios a los principios. Lo más que puede hacer es usar de sus atribuciones de colaborar en la formación de las leyes para que el cuerpo legislativo vote las que se conformen con su política y sus particulares principios. Es el camino que siguen los presidentes respetuosos de la ley, sabedores de que la ciudadanía tiene derechos administrativos que hacer valer ante los tribunales de la jurisdicción contenciosa." (Panamá, 1960, pág. 416 - 417).

Visto el marco Constitucional y Doctrinal los facultados para reglamentar una ley es el Órgano Ejecutivo y el Ministro respectivo, para evitar a toda costa que esto quede a discrecionalidad del ente público y por ende se extralimite en el ejercicio de sus funciones.

En ese orden de ideas, debe tenerse presente el principio constitucional contenido en el artículo 18 de la Constitución Política, que prohíbe a los funcionarios hacer más allá de lo que la ley les ordena; nos referimos al principio de legalidad, que también es regulado en la Ley 33 de 8 de noviembre de 1984 "Por el cual se toman medidas sobre actuaciones administrativas y se dictan otras disposiciones".

"Artículo 18. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infracción de la Constitución o de la Ley. Los servidores públicos lo son por esas mismas causas y también por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas"

"Artículo 8. Se prohíbe establecer requisitos o trámites que no se encuentren previstos en las disposiciones legales y en los reglamentos a que se refiere el artículo 7, de esta Ley."

Las normas citadas nos llevan a deducir que es prohibido a los funcionarios ejecutar o reglamentar procedimientos que no estén expresamente establecidos en su Ley, en el caso, subjúdice, la ley Orgánica de la Caja de Ahorros, no señala en sus normas la posibilidad de que dicha entidad bancaria, obvie los pasos o mecanismos que regula la Ley de Contratación Pública, para adquirir bienes muebles e inmuebles para su uso interno. Por lo que, existe una delimitación, que en cierta forma, les coarta la oportunidad para hacer flexible el procedimiento de adquisición de bienes muebles e inmuebles para su uso interno.

Para traer un ejemplo, en Consulta No.47 de 22 de marzo de 1995, que se le resolvió al Gerente General del Banco Hipotecario Nacional, Licdo. Wiston R. Welch D., se planteaba un caso en el que la Ley Orgánica del Banco Hipotecario Nacional, Ley 39 de 8 de noviembre de 1994, no existía disposición legal que facultara al Gerente o a la Junta Directiva para obviar el requisito constitucional y legal de la licitación pública, cuando se pretenda la venta, compra, ejecución de obras o arrendamientos de bienes pertenecientes al Banco, aspecto este que difiere con lo normado en el Banco Nacional, Caja de Seguro Social que si contienen disposiciones en sus leyes orgánicas, que le permiten obviar el paso de la licitación pública.

No obstante, las contrataciones que efectúa el Banco Hipotecario Nacional, tales como compra y venta de derechos hipotecarios, financiamiento de proyectos de vivienda, aseguramiento de préstamos hipotecarios corresponden a parte del giro regular de las transacciones como cualquier otro banco, por lo que no se debe confundir dichas actividades bancarias con las disposiciones de bienes inmuebles o muebles que formen parte del patrimonio del banco y que por ende requieren de la licitación pública.

En el caso del Banco Nacional de Panamá, su Ley número 20 del 22 de abril de 1975 "Por la cual se reorganiza el Banco Nacional de Panamá," en su artículo 13, numeral g), expresamente faculta a la Junta Directiva para obviar el paso de la licitación Pública. Veamos:

"Artículo 13. La Junta Directiva tendrá los deberes y facultades siguientes:

a...

...

g) Facultar al Gerente General para que a nombre de la Institución contrate la ejecución o reparación de obras, las compras y las ventas o arrendamiento de bienes pertenecientes al Banco sin licitación pública, cuando a juicio de dicha junta, los intereses del Banco así lo ameritan."

Como podemos observar, la Ley Orgánica del Banco Nacional de Panamá, si dispone o arroga esta facultad en la Junta Directiva y pueden comprar, vender y arrendar bienes pertenecientes al Banco sin licitación Pública, situación que no ocurre con la Caja de Ahorros, pues su Ley Orgánica no les faculta omitir los pasos contenidos en la Ley de Contratación, lamentablemente. Por ende, tendría la Caja de Ahorros que reformar su Ley por otra Ley para que subrogue total o parcialmente la misma. Mientras, tanto la Caja tendrá que ceñirse a las disposiciones que contempla para esta materia, la Ley de Contratación Pública.

Ahora bien, si bien es cierto, la Caja de Ahorros, contempla en su Ley Orgánica, artículo 16, la potestad para dictar un Reglamento Interno; ésta no les faculta para reglamentar una Ley a través de una resolución o resuelto, pues, debe tener presente que está facultad esta dirigida sólo y únicamente a reglamentar lo atinente a las acciones de personal a nivel interno de la Gerencia y no acciones que tengan que ver con la compra de bienes inmuebles o muebles para uso interno del Banco. Esta facultad únicamente descansa en el Ejecutivo y en el Ministro respectivo de conformidad con el artículo 179 de la Constitución Política.

Finalmente este Despacho es del criterio que la Junta Directiva no tiene potestad reglamentaria para reglamentar el literal j) del artículo 25 de la Ley Orgánica; por las razones antes expuestas. Por ello, le sugerimos que se ciñan por las vías de excepción que contempla la Ley de Contratación Pública, de manera de hacer más expedito el trámite de adquisición de tales bienes o bien presentar las reformas pertinentes de su Ley ante la Asamblea Legislativa.

Con la esperanza de haber resuelto su inquietud, me suscribo de Usted, con la seguridad de mi aprecio y respeto.