

La Contraloría General de la República y el ejercicio de la función fiscalizadora

The Comptroller General in the Republic of Panama and the execution of the supervisory role

Antonio Euribiadis Moreno Correa

Contraloría General de la República. Panamá

antoniom@contraloria.gob.pa

ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-6804-7766>

Recibido: 10/09/2023

Aprobado: 16/11/2023

Resumen

La existencia de un eficaz sistema de balances y contrapesos, tendiente a hacer efectivo el principio de separación de poderes y a reducir la arbitrariedad de los órganos públicos, se erige como uno de los pilares fundamentales del Estado de Derecho.

Dentro de ese andamiaje de frenos y contrapesos que caracterizan al Estado de Derecho, ocupa un sitio de singular valía la Contraloría General de la República, institución que nace con el loable propósito de fiscalizar los actos de afectación de fondos y bienes públicos (véase entre otros, los artículos 6 - numeral 6 -, 17, 18, 19 y 20 de la Ley 84 de 1930), a efecto de asegurar que estos se realicen cumpliendo con los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico panameño, de suerte que se realice el fin para el cual fueron emitidos y se haga un uso correcto y racional del patrimonio público.

Este artículo trata sobre la Contraloría General de la República, su origen, características y funciones. Respecto a estas últimas, me refiero en particular a la función fiscalizadora sobre los actos de afectación patrimonial, que se escinde en dos grandes ramas: Control previo y el control posterior, anverso y reverso de una misma función, destacando tanto sus notas características como sus principales diferencias.

Palabras clave: Contraloría General de la República, refrendo, actos de manejo de fondos y otros bienes públicos, control previo y control posterior.

Abstract

The existence of an effective system of balances and counterweights, aimed towards making effective the principle of separation of powers and reducing the arbitrariness of public bodies, stands as one of the fundamental pillars of the Rule of Law.

Within this framework of checks and balances that characterize the rule of law, Office of The Comptroller General in the Republic of Panama occupies a place of singular value, being an institution that was created with the laudable purpose of supervising acts that affect public funds and assets, in order to ensure that they are managed in compliance with the requirements established by the Panamanian legal system, so that the purpose for which they were issued is fulfilled and a correct and rational use of public assets is made.

This article is about Office of The Comptroller General in the Republic of Panama, its origin, characteristics and functions. Regarding the latter, I am referring in particular to the supervisory function over acts of patrimonial damage, which is divided into two large branches: prior control and subsequent control, front and back of the same function, highlighting both its characteristic notes and main differences.

Keywords: Office of The Comptroller General in the Republic of Panama, endorsement, acts of management of funds and other public assets, prior control and subsequent control

Introducción

A nadie escapa la consustancial complejidad que caracteriza a la Administración Pública en nuestros días. Este intrincamiento, hoy más que nunca, exige un grado superlativo de especialización y tecnificación para el ejercicio de la función administrativa, inimaginable hace pocas décadas atrás.

El vertiginoso desarrollo de la actividad legislativa, con la consiguiente proliferación de leyes sobre materias cada vez más técnicas y de difícil inteligencia para el ciudadano en general y para el servidor público en particular, aunado al sin igual crecimiento del aparato estatal y de la actividad económica nacional, de la trepidante escalada de los casos de corrupción, así como del aumento exponencial de los bienes y servicios que demanda la población panameña para la satisfacción de sus necesidades, son solo algunos de los fenómenos que delinear el contorno en que debe actuar la Contraloría General de la República, en el Panamá del siglo XXI, que lucha por salir del asfixiante tercermundismo.

Es en este contexto histórico, en que se pone a prueba el engranaje del Estado de Derecho y, en especial, de la Contraloría General de la República. Hoy, como nunca antes, adquiere relevancia el ejercicio eficaz de la función fiscalizadora de los actos de manejo de fondos y otros bienes públicos, a fin de verificar que estos se realicen con corrección y observando cabalmente los requisitos exigidos en la ley, presupuesto *sine qua non* para que tales actos cumplan su finalidad, acorde con el ordenamiento jurídico, y se garantice de este modo la convivencia pacífica y democrática en nuestra sociedad.

Urge, pues, que la ciudadanía conozca y comprenda el papel protagónico que desempeña la Contraloría General de la República en la fiscalización de los actos que afectan patrimonios públicos, así como la forma en que se ejerce dicha función y sus modalidades.

En el presente artículo, me propongo tratar estos temas para lo cual, en primer lugar, me refiero a la creación de la Contraloría General de la República, sus características y funciones.

En cuanto a estas, se destaca especialmente a la función fiscalizadora de los actos de manejo de fondos y otros bienes públicos, su concepto, las dos grandes ramas en que se bifurca, así como las notas características y modos en que se ejerce el control previo y el control posterior y las diferencias que a la luz del ordenamiento jurídico panameño existen entre ambos. Por último, se consignan las conclusiones a las que arribo en el trabajo que ahora presento a los amables lectores que me honran con su lectura.

I. La Contraloría General de la República

1. Aspectos generales

El antecedente más remoto de la Contraloría General de la República es la figura del Agente Fiscal, creada por la Ley 30 de 1918, cuyo artículo 7 se refería a las facultades que tenía dicho agente para rechazar cualquiera cuenta o reclamo contra el Tesoro, “siempre que el gasto no haya sido debidamente autorizado por ley o que los precios de los artículos a que se refiera la cuenta o reclamo no estén de acuerdo con los precios corrientes o por cualesquiera otras razones apoyadas en la ley o en los reglamentos.”

Creada mediante la Ley 84 de 1930, la Contraloría General de la República no tardó en adquirir rango constitucional, en razón de su calidad de organismo técnico encargado de fiscalizar el manejo correcto y conforme a la ley de los patrimonios públicos, y de la imperiosa necesidad de que dicha fiscalización y control se realizara sin injerencia de otras

instituciones, a fin de asegurar que la Contraloría General coadyuvara efectivamente en la consecución de los objetivos de desarrollo nacional y en la atención de las apremiantes necesidades económicas y sociales existentes en la incipiente y débil democracia imperante en el Estado panameño, durante la primera mitad del siglo XX.

En efecto, con el Estatuto Fundamental de 1941, la Contraloría General de la República adquiere por primera vez rango constitucional, siendo considerada por el artículo 155 de la citada Constitución como un Departamento del Poder Ejecutivo, independiente de los Ministros de Estado, con la misión de fiscalizar y controlar los movimientos de los Tesoros Públicos.

Durante la vigencia de la Constitución de 1941, se dictó la Ley 6 de 1941, por la cual se organiza la Contraloría General de la República, cuyo artículo 1 reproducía el texto del artículo 155 de la Constitución Política de 1941 y, además, establecía los requisitos para ser Contralor General de la República y de las causales para removerlo del cargo.

De forma parecida, el artículo 223 de la Constitución Política de 1946 concibió a la Contraloría General de la República como un departamento independiente del Órgano Ejecutivo, con la misión de fiscalizar, regular, vigilar y controlar los movimientos de los Tesoros Públicos y la de examinar, comprobar, revisar e intervenir las cuentas de estos.

En la actualidad, la Constitución Política de 1972, reformada por los Actos Reformatorios de 1978, por el Acto Constitucional de 1983, por los Actos Legislativos 1 de 1993 y 2 de 1994 y por el Acto Legislativo número 1 de 2004, se refiere a la Contraloría General de la República en su artículo 279, que en su parte medular dice así:

Habrá un organismo estatal independiente denominado Contraloría General de la República, cuya dirección estará a cargo de un funcionario público que se denominará Contralor General, secundado por un Subcontralor, quienes serán nombrados por un período igual al del Presidente de la República, dentro del cual no podrán ser suspendidos ni removidos sino por la Corte Suprema de Justicia, en virtud de causas definidas por la Ley. Ambos serán nombrados para que entren en funciones a partir del primero de enero después de iniciado cada período presidencial ordinario.

En el mismo sentido, el artículo 1 de la Ley 32 de 1984, modificado por el artículo 88 de la Ley 67 de 2008 y por el artículo 1 de la Ley 351 de 2022, señala que la Contraloría General de la República es un organismo estatal independiente, de carácter técnico, que actúa con plena autonomía funcional, administrativa, operativa y presupuestaria, sin recibir instrucción de ninguna autoridad, órgano del Estado o persona, cuya misión es fiscalizar, regular y controlar los movimientos de los fondos y bienes públicos, así como examinar, intervenir y fenecer las cuentas relativas a éstos.

2. Características de la Contraloría General de la República

Del ordenamiento jurídico panameño, se infieren las características de la Contraloría General de la República. Seguidamente las examinó brevemente.

a. Es una institución de rango constitucional

Los artículos 279 y 280 de la Constitución Política vigente se ocupan de regular la dirección y funciones de la Contraloría General de la República, así como el nombramiento, período, causales de suspensión y remoción del Contralor y Subcontralor, además de los requisitos para desempeñar estos cargos.

b. Carácter técnico

El carácter técnico, reconocido por el artículo 1 de la Ley 32 de 1984, modificado por el artículo 1 de la Ley 351 de 2022, presenta dos facetas. Una, que dice relación con el acervo de conocimientos especiales y de carácter científico sobre tópicos relacionados con la fiscalización de los actos de manejo de fondos y otros bienes públicos y las demás funciones de la Contraloría General de la República; caudal de saberes institucionales cuyo depositario es una fuerza de servidores públicos de acendrado profesionalismo, seleccionados por sus méritos personales y profesionales, que constituyen el recurso más valioso de la Institución.

El otro aspecto del carácter técnico se refiere, precisamente, a que el actuar de la Contraloría General de la República se distingue por ser objetivo, apegado a las reglas, principios y conocimientos propios del área del saber que emplea para el ejercicio de sus funciones, así como respetuoso del principio de estricta legalidad.

Ambas facetas, como puede verse, se encuentran inextricablemente relacionadas, de tal suerte que la ausencia o la merma de una de ellas daría al traste con el carácter técnico de la Contraloría General de la República.

c. Independencia

Reconocida primero en el plano legal y más tarde a nivel constitucional, la independencia consiste en que en el ejercicio de sus funciones, la Contraloría General de la República no depende de ningún poder o institución.

Desde su creación, en las primeras décadas del siglo pasado, uno de los atributos característicos de la Contraloría General de la República ha sido su independencia. Ello es a penas natural, si se considera que tal cualidad es consustancial e inmanente a su carácter

técnico y al ejercicio de las funciones que históricamente se le han otorgado, especialmente, la de fiscalizar de los actos que afectan fondos y otros bienes públicos, cuyo cumplimiento cabal evidentemente presupone la no sujeción a otros poderes del Estado, así como la ausencia de intromisiones o injerencias externas.

d. Autonomía funcional, administrativa, operativa y presupuestaria

Existen discrepancias respecto al tratamiento y conceptualización de las voces autonomía e independencia. Con prescindencia de sus afinidades semánticas, considero que desde el punto de vista jurídico pueden establecerse diferencias conceptuales entre ambas.

El artículo 1 de la Ley 351 de 2022, que modifica el artículo 1 de la Ley 32 de 1984, le confiere a la Contraloría General de la República no solo independencia, sino también plena autonomía funcional, administrativa, operativa y presupuestaria en su actuar. A partir de allí, puede inferirse que mientras la primera de estas características se refiere al aspecto externo –la no injerencia ni dependencia de otro poder, ente o persona en el ejercicio de sus funciones- la segunda guarda relación con el ámbito interno, orgánico de la entidad, a saber: la potestad de autorregularse, de establecer y cumplir sus propias políticas y objetivos sin intervención de entes externos, de disponer libremente de su patrimonio, de establecer su organización, de contar con los recursos necesarios para realizar eficazmente sus funciones, entre otros aspectos.

Si bien el artículo 1 de la Ley 32 de 1984, modificado por el artículo 1 de la Ley 351 de 2022 reconoce expresamente la autonomía funcional, administrativa, operativa y presupuestaria de la Contraloría General de la República, lo cierto es que dicha autonomía también encuentra sustento en la Constitución Política y en otras disposiciones legales. Veamos algunos supuestos:

d.1 La potestad reglamentaria

El artículo 280 (numeral 2) de la Constitución Política, desarrollado por los artículos 11 (numeral 2) y 36 de la Ley 32 de 1984, modificada y adicionada por la Ley 351 de 2022, confiere a la Contraloría General de la República la facultad de regular, mediante el control previo o posterior, todos los actos de manejo de fondos y otros bienes públicos, a fin de que tales actos se realicen con corrección y según lo establecido en las normas jurídicas respectivas.

La potestad reglamentaria es inherente a la autonomía administrativa y funcional de la Contraloría General de la República. En la práctica, se materializa en la dictación por parte del Contralor General de la República, de reglamentos de ejecución de leyes y reglamentos independientes, mediante los cuales se regula el ejercicio del control previo o el control posterior sobre los actos de manejo de fondos y otros bienes públicos.

d.2 Gastos por los servicios de fiscalización

El artículo 5 de la Ley 32 de 1984, modificado por el artículo 5 de la Ley 351 de 2022, con arreglo al cual los gastos por los servicios de fiscalización y control de los actos de manejo que se realizan en las entidades descentralizadas serán sufragados por la respectiva entidad en la proporción que corresponda, conforme a la determinación que haga la Contraloría General de la República.

d.3 Presupuesto de la Contraloría General de la República

El artículo 10 de la Ley 32 de 1984, modificado por el artículo 13 de la Ley 351 de 2022, establece que en el Presupuesto General del Estado se incluirán las partidas adecuadas para cubrir los gastos e inversiones de la Contraloría General de la República, los cuales no serán inferiores al presupuesto aprobado en el año anterior.

Asimismo, el artículo 10 de la Ley 32 de 1984, modificado por el artículo 13 de la Ley 351 de 2022 y el artículo 46 de la Ley 10 de 2009, que moderniza el Sistema Estadístico Nacional y crea el Instituto Nacional de Estadística y Censo, disponen que en los años de levantamiento de los censos nacionales, deberán incluirse las partidas que sean necesarias para cubrir la erogación que dichos censos demanden.

d.4 Facultad de contratar la adquisición de bienes y servicios necesarios para el cumplimiento de su misión.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 32 de 1984, modificado por el artículo 13 de la Ley 351 de 2022, la Contraloría General de la República está facultada para contratar la adquisición de bienes y servicios necesarios para el cumplimiento de su misión, de conformidad con los procedimientos legales y las autorizaciones presupuestarias correspondientes.

3. Funciones

El artículo 280 de la Constitución Política establece las funciones de la Contraloría General de la República. Dicha disposición constitucional ha sido desarrollada por los artículos 1, 2, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 25, 26, 29, 39, 40, 45, 46, 47, 48, 55, 74, 77 y 83 de la Ley 32 de 1984, modificada y adicionada por la Ley 351 de 2022, así como por el artículo 350 de la Ley 336 de 2022, por la cual se dicta el Presupuesto General del Estado para la Vigencia Fiscal 2023, entre otras disposiciones de carácter legal.

Examinar cada una de las funciones que la Constitución y la Ley le otorgan a la Contraloría General de la República excedería el objeto del presente trabajo. Baste ahora con señalar que dichas funciones no se reducen a las mencionadas expresamente en el artículo 280 de la

Constitución, habida cuenta que el primer párrafo de esta disposición establece una reserva legal que instituye un *numerus apertus*, al indicar que son funciones de la Contraloría General de la República, no solo las señaladas en la precitada norma constitucional, sino además “las que señale la Ley”.

Por la razón antes indicada aquí, me refiero exclusivamente a la función fiscalizadora que ejerce la Contraloría General de la República sobre los actos de manejo de fondos y otros bienes públicos.

II. La función fiscalizadora

1. Naturaleza jurídica

El administrativista argentino Roberto Dromi (2015), define la función administrativa de la forma siguiente:

(...)es una de las vías de actuación jurídico-formal junto con la gubernativa, la legislativa y la judicial, para el ejercicio del poder como medio de la comunidad para alcanzar sus fines. Concretamente, **es la actividad que en forma directiva y directa tiene por objeto la gestión y el servicio en función del interés público, para la ejecución concreta y práctica de los cometidos estatales, mediante la realización de actos de administración.** (p.329) (Lo destacado y subrayado es nuestro).

Ciertamente, la fiscalización que ejerce la Contraloría General de la República sobre los actos de manejo de fondos y otros bienes públicos, es una función administrativa, en tanto importa un servicio y gestión –control previo y posterior- tendiente a lograr la satisfacción de un interés público, consistente en que los actos de afectación patrimonial se realicen con

corrección y según lo establecido en la ley, a fin de conseguir un uso adecuado y eficiente de los recursos estatales.

2. Concepto

De acuerdo con el artículo 280 (numerales 2 y 4) de la Constitución Política, desarrollado por los artículos 11 (numerales 2 y 4) y 55 (literales “c”, “ch” y “f”) de la Ley 32 de 1984, modificada y adicionada por la Ley 351 de 2022, se puede definir la función fiscalizadora como el deber que tiene la Contraloría General de la República, de analizar las actuaciones administrativas que comportan o pueden comportar una afectación de fondos o bienes públicos, antes o después de que tal afectación se produzca, con el fin de que estas se realicen con corrección, según lo establecido en la ley.

3. Función privativa

En nuestro medio, la función fiscalizadora ha sido atribuida, con carácter privativo, a la Contraloría General de la República, de conformidad con lo normado en el artículo 280 (numerales 2 y 4) de la Constitución Política vigente, en relación con lo preceptuado en los artículos 11 (numerales 2 y 4), 45, 47, 48, 55 (literales “c”, “ch” y “f”), 74 y 77 de la Ley 32 de 1984, modificado y adicionada por la Ley 351 de 2022; el artículo 75 de Ley 10 de 2009; el artículo 350 de la Ley 336 de 2022 y, el artículo 93 del Texto Único de la Ley 22 de 2006.

Así lo ha señalado la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de 8 de abril de 1992, que en su parte pertinente dice así:

En nuestro país **el control fiscal que ejerce la Contraloría General de la República es de carácter externo** y puede ser previo o posterior. Es externo ya que el mismo se asigna a una entidad estatal ajena al órgano controlado. Según lo previsto en la

Constitución el control puede ser previo, es decir que puede efectuarse durante el proceso de formación del acto o, en todo caso, antes de que produzca sus efectos, o puede ser posterior al acto de gestión fiscal.

El control fiscal que ejerce la Contraloría General de la República tiene como finalidad la protección del patrimonio del Estado y también persigue la correcta y legal utilización de los recursos públicos. Este control se ha venido a ejercer acuciosamente con la restauración del Estado de Derecho en Panamá.

Vale la pena señalar que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 276 de la Constitución **el control fiscal que ejerce la Contraloría General de la República se extiende a todos los actos de manejo de fondos y otros bienes públicos.** (Lo destacado y subrayado es nuestro).

Esta función, como se verá, se concreta en el examen que realiza la Contraloría General de la República sobre los actos de manejo de fondos y otros bienes públicos, a fin de determinar si se han emitido con corrección, cumpliendo con los requisitos exigidos en nuestro ordenamiento jurídico, antes y después de que estos se perfeccionen y surtan sus efectos.

4. Control previo y control posterior

La función fiscalizadora se bifurca en dos grandes ramas: Control previo y el control posterior. Seguidamente, me refiero a cada uno de ellos.

4.1 Control previo

A él se refiere el artículo 280 (numeral 2) de la Constitución Política y los artículos 11 (numeral 2), 45, 47, 48, 55 (literales “c” y “ch”), 74, 76-A y 77 de la Ley 32 de 1984, modificada y adicionada por la Ley 351 de 2022, así como el artículo 75 de la Ley 10 de 2009 y el artículo 350 de la Ley 336 de 2022.

En su parte pertinente, la última de las disposiciones citadas, dispone lo siguiente:

Para los efectos de esta Ley, **se entiende por Control Previo la fiscalización y el análisis de las actuaciones administrativas que afectan o puedan afectar un patrimonio público, antes de que tal afectación se produzca, a fin de lograr que se realicen con corrección y dentro de los marcos legales...** (Lo destacado y subrayado es nuestro).

En el mismo sentido, el artículo 76-A de la Ley 32 de 1984, adicionado por el artículo 39 de la Ley 351 de 2022, define control previo en los términos siguientes:

(...) Para efectos de esta Ley, se entiende por control previo la fiscalización y análisis de las actuaciones administrativas que afectan o pueden afectar un patrimonio público, antes de que tal afectación se produzca, a fin de lograr que se realicen con corrección, dentro de los marcos legales, y no podrá interpretarse como parte del proceso administrativo de dichas entidades responsables de administrar y disponer de sus recursos o una decisión para determinar la conveniencia o no del acto administrativo. A tal fin la Contraloría General, a través del funcionario que la represente, consignará su conformidad con el acto de manejo mediante el refrendo de este, una vez se estime que cumple con los requisitos necesarios según el criterio instituido por el Contralor General.

A partir de las disposiciones antes citadas y de lo preceptuado en el artículo 280 (numeral 2) de la Constitución Política, podemos definir el control previo como la fiscalización y análisis de carácter externo, de las actuaciones administrativas que afectan o pueden afectar fondos o bienes públicos, que realiza la Contraloría General de la República, antes de que tal

afectación se produzca, a fin de lograr que tales actuaciones se realicen con corrección y de acuerdo con lo establecido en la ley.

De esta forma, si el acto de manejo cumple con los requisitos exigidos en el ordenamiento jurídico, el Contralor General de la República o el funcionario de la Contraloría General de la República en quien él haya delegado esta función, consigna su conformidad con dicho acto mediante el refrendo de este. En caso de que aquel no cumpla con los requisitos exigidos por la ley, el nombrado servidor deberá improbarlo por escrito, indicando las razones en las que se funda tal negativa.

4.2 Características del control previo

Del examen de las disposiciones constitucionales y legales previamente citadas, pueden señalarse las siguientes características del control previo:

a. Recae sobre actos de manejo de fondos y otros bienes públicos

Así lo establece el artículo 280 (numerales 2 y 4) de la Constitución Política y los artículos 11 (numerales 2 y 4), 45, 47, 48, 55 (literales “c”, “ch” y “f”), 74 y 77 de la Ley 32 de 1984, modificada y adicionada por la Ley 351 de 2022.

b. Se ejerce antes de que se realice la afectación del fondo o bien público

Una de las principales diferencias entre el control previo y el control posterior, es que el primero se ejerce antes de que se perfeccione y surta sus efectos el acto de manejo de fondos y otros bienes públicos, en tanto, el segundo se realiza una vez que tal acto se ha ejecutado parcial o totalmente.

c. Tiene como fin que el acto de manejo se realice con corrección y de acuerdo con lo establecido en la ley

Si el acto no cumple con los requisitos exigidos en la Ley, el Contralor General de la República o el servidor en quien él haya delegado el ejercicio de la función fiscalizadora, con arreglo a lo previsto en el Parágrafo del artículo 55 de la Ley 32 de 1984, deben improbar el acto de manejo, exponiendo las razones por las cuales se niega su refrendo.

d. Puede no ejercerse en determinados casos

En efecto, de acuerdo con el artículo 280 (numeral 2) de la Constitución Política, con relación a lo dispuesto en el artículo 11 (numeral 2) de la Ley 32 de 1984, modificada y adicionada por la Ley 351 de 2022, el Contralor General de la República tiene la potestad discrecional privativa para determinar los casos en que ejercerá, tanto el control previo como el posterior, sobre los actos de manejo de fondos y otros bienes públicos, así como aquellos en que solo ejercerá este último.

Dicha determinación, de acuerdo con el artículo 11 (numeral 2) de la Ley 32 de 1984 y el artículo 201 (numeral 90) de la Ley 38 de 2000, se hará mediante resolución escrita, debidamente motivada, que expedirá el Contralor General de la República.

Lo antes expuesto, es sin perjuicio de los casos en que la Constitución expresamente exceptúa un acto de manejo de fondos y otros bienes públicos del control previo que ejerce la Contraloría General de la República.

Así acontece, por ejemplo, durante el año inmediatamente anterior a las elecciones generales y hasta el cierre del período electoral, período durante el cual, de acuerdo con lo previsto en el artículo 143 (numeral 9) de la Constitución Política, el Tribunal Electoral será fiscalizado por la Contraloría General de la República solamente mediante el control posterior.

Asimismo, el artículo 320 de la Constitución Política dispone que la ejecución del presupuesto de la Autoridad del Canal de Panamá será fiscalizada por la Junta Directiva de dicha entidad o quien esta designe, y solamente mediante el control posterior, por la Contraloría General de la República.

e. Lo ejerce el Contralor General de la República o el o los servidores de la Contraloría General de la República, en quien aquel haya delegado el ejercicio del control previo

Ello, de acuerdo con lo normado en el párrafo del artículo 55 de la Ley 32 de 1984, modificada y adicionada por la Ley 351 de 2022.

f. El acto de afectación de fondos y otros bienes públicos puede improbarse por razones de orden legal o económico

Así lo dispone el artículo 77 de la Ley 32 de 1984, modificada y adicionada por la Ley 351 de 2022.

g. Se efectúa con sujeción a los principios de legalidad, sana crítica y de buena fe

De acuerdo con lo normado en el artículo 11 (numeral 2) de la Ley 32 de 1984, modificada y adicionada por la Ley 351 de 2022, las atribuciones de la Contraloría General de la República en el ejercicio del control previo y del control posterior se efectúan con sujeción a los principios de legalidad, sana crítica y de buena fe.

La disposición antes citada señala estos principios con carácter enunciativo, pues no son los únicos que informan la actuación de la Contraloría General de la República. Al respecto, conviene recordar que, conforme a lo previsto en los artículos 300 y 302 de la Constitución Política, desarrollados por el artículo 34 de la Ley 38 de 2000, el actuar de la Administración

Pública en general y de los servidores públicos en particular, se rige por los principios de moralidad en el servicio, competencia, lealtad al Estado, eficiencia y obligación de desempeñar personalmente sus funciones y a dedicarles el máximo de sus capacidades.

h. Es de carácter externo

El artículo 11 (numeral 2) de la Ley 32 1984, modificada y adicionada por la Ley 351 de 2022, establece que el control previo y el control posterior constituyen una actuación externa al acto controlado, razón por la cual los servidores públicos que participan de ella no pueden ser considerados como empleados de manejo.

4.3 El refrendo

El refrendo es la conformidad que, en forma autógrafa, mecánica o electrónica, consigna el servidor de la Contraloría General de la República, a quien corresponde el ejercicio del control previo, con el acto de manejo de fondos y otros bienes públicos, por haber comprobado que se ha realizado con corrección y según lo establecido en las normas jurídicas respectivas.

Dicho sea en otro giro, el refrendo es la autorización necesaria para que el acto de manejo de fondos y otros bienes públicos pueda perfeccionarse y surtir los efectos que le son propios, otorgada por el funcionario de la Contraloría General de la República –ya sea el Contralor General de la República o el servidor de la institución en quien se haya delegado el ejercicio del control previo-, una vez comprobado que dicho acto se realizó con corrección y que cumple con los requisitos exigidos por la ley.

Así, el refrendo es un requisito esencial para que el acto de manejo de fondos y otros bienes públicos pueda perfeccionarse, es decir, para que surja a la vida jurídica y pueda desplegar los efectos que le son propios.

Este es, precisamente, el criterio que ha sostenido la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en reiteradas ocasiones, verbigracia, en las sentencias de 24 de julio de 2008 y de 31 de agosto de 2017.

Los actos de manejo de fondos y otros bienes públicos, sujetos al control previo, son actos administrativos complejos, tal como lo ha indicado la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, toda vez que para su perfeccionamiento, precisan de la intervención de dos o más entes públicos que concurren en la formación de la voluntad del Estado.

En este sentido, el jurista Gustavo Penagos (1992) define los actos administrativos complejos en la forma siguiente:

Son aquéllos que en su conformación **intervienen dos o más órganos para integrar la voluntad del Estado, en tal forma que la expresión del querer jurídico de un solo órgano, no puede existir sin conjugarse con la del otro, por ser interdependientes para su existencia.** (p.504) (Lo destacado y subrayado es nuestro)

De lo antes indicado se sigue, que el refrendo importa una aprobación otorgada por la Contraloría General de la República, esto es, de un ente externo con respecto a la institución pública emisora del acto objeto de control previo. Por tal razón, en el caso del acto de afectación patrimonial nos encontramos frente a un supuesto de complejidad externa, habida

cuenta que precisa la concurrencia de voluntades de órganos o entes externos uno del otro (Penagos, 1992, p.508).

Lo anterior, es concordante con el carácter externo que el artículo 11 (numeral 2) de la Ley 32 de 1984 (modificada y adicionada por la Ley 351 de 2022), le atribuye a las actuaciones realizadas por la Contraloría General de la República en ejercicio de la función fiscalizadora (control previo y control posterior).

4.4 Consecuencias de la negativa de refrendo del acto de manejo

En caso de negativa del refrendo del acto de afectación patrimonial objeto de control previo, es decir, de ser improbadado por estimarse que no se ha emitido con corrección y cumpliendo con los requisitos exigidos en el ordenamiento jurídico, dicho acto no se perfecciona. En tal evento, es necesario precisar ¿qué conducta puede asumir la entidad emisora del acto sometido al control previo?

De acuerdo con el artículo 77 de la Ley 32 de 1984, modificada y adicionada por la Ley 351 de 2022, una vez improbadado el acto de manejo de fondos y bienes públicos, el funcionario u organismo que lo emitió puede insistir en su refrendo o someterlo al conocimiento de la Junta Directiva, Comité Ejecutivo, Patronato o cualquiera corporación administrativa que, según el caso, ejerza la máxima autoridad administrativa de la institución, a fin de que esta decida si se debe insistir o no en el refrendo del acto de afectación patrimonial.

Así, la insistencia de refrendo viene a ser la reiteración de la solicitud del refrendo del acto de afectación del patrimonio público, por haber sido improbadado previamente este por la Contraloría General de la República, reiteración que puede ser formulada por el titular de la

entidad que emite el acto objeto de control previo, o bien, autorizada por la corporación administrativa que ejerza la máxima autoridad administrativa de la institución.

4.4.1 Presupuestos de la insistencia del refrendo

Con arreglo a lo preceptuado en el artículo 77 de la Ley 32 de 1984, modificada y adicionada por la Ley 351 de 2022, para que haya insistencia de refrendo deben concurrir los presupuestos siguientes:

- a. Que la Contraloría General de la República haya negado previamente el refrendo del acto de manejo de fondos y otros bienes públicos.
- b. Que la reiteración del refrendo del acto que afecta patrimonios públicos provenga del titular de la entidad que lo emitió o que dicho servidor someta la negativa de refrendo a la corporación administrativa que ejerza la máxima autoridad administrativa en la institución (sea Consejo de Gabinete, Junta Directiva, Comité Directivo, Consejo Ejecutivo, Patronato, etc.), a fin de que decida si se debe insistir o no en el refrendo del acto de afectación patrimonial.

De lo anterior se sigue, que existen dos supuestos de insistencia, a saber: la que proviene del titular de la entidad que emitió el acto de manejo de fondos y otros bienes públicos y la que ha sido decidida por la corporación administrativa, que ejerce la máxima autoridad administrativa de la institución que emitió el acto sometido al control previo. Veamos brevemente cada una de ellas:

4.4.1.1 Insistencia del titular de la entidad De conformidad con lo previsto en el primer párrafo del artículo 77 de la Ley 32 de 1984, frente a la insistencia del refrendo del acto de afectación patrimonial realizada por el titular de la entidad que lo emitió, la Contraloría General de la República, tiene dos opciones:

- a. **Refrendar el acto.** Esta facultad solo puede ejercerse, a mi juicio, si se han subsanado las observaciones invocadas por la Contraloría General de la República como razón para improbar el acto de afectación patrimonial.
- b. **Solicitar a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia que se pronuncie sobre la viabilidad jurídica del refrendo del acto de afectación patrimonial.** La decisión del nombrado Colegiado Jurisdiccional será final, definitiva y obligatoria, de acuerdo con lo expresado en la parte final del artículo 206 de la Constitución Política.

4.4.1.2 Insistencia decidida por la máxima autoridad administrativa de la entidad

Si la corporación administrativa que ejerce la máxima autoridad administrativa de la Institución decide que se insista en el refrendo del acto de afectación patrimonial previamente improbadado, entonces, con arreglo a lo normado en el segundo párrafo del artículo 77 de la Ley 32 de 1984, la Contraloría General de la República deberá refrendarlo. Empero, de acuerdo con la precitada disposición, cualquier responsabilidad que se derive del referido acto recaerá, de manera conjunta y solidaria, sobre los miembros de la máxima autoridad administrativa que votaron afirmativamente por la insistencia del mismo.

4.2 El control posterior

Es la fiscalización, análisis e investigación que realiza la Contraloría General de la República, a fin de determinar si el acto de afectación de fondos y otros bienes públicos que, habiéndose perfeccionado y surtido total o parcialmente sus efectos, se ha realizado con corrección y de acuerdo con los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico.

Salta de bulto que una de las principales diferencias entre el control previo y el control posterior, consiste en que el primero se ejerce antes del perfeccionamiento del acto de afectación de fondos y otros bienes públicos; en cambio, el segundo se realiza cuando dicho acto ha surtido parcial o totalmente sus efectos.

4.2.1 ¿Quién ejerce el control posterior?

De lo normado en el artículo 280 (numerales 2 y 4) de la Constitución Política, desarrollado por los artículos 11 (numerales 2 y 4) de la Ley 32 de 1984, modificada y adicionada por la Ley 351 de 2022, se colige que el control posterior sobre los actos de manejo de fondos y otros bienes públicos lo ejerce privativamente la Contraloría General de la República.

4.2.2 Ejercicio del control posterior

El control posterior se ejerce cuando el Contralor General de la República ordena que se realice una auditoría, o bien, una investigación tendiente a determinar la corrección o incorrección de las operaciones que afecten patrimonios públicos, de conformidad con lo previsto en las normas constitucionales y legales citadas en el párrafo anterior.

De acuerdo con el Decreto Núm.13-2020-DINAG de 4 de febrero de 2020, dictado por la Contraloría General de la República, publicado en la Gaceta Oficial Digital No.28959-A de 11 de febrero de 2020, por el cual se actualizan las Normas de Auditoría Gubernamental para la República de Panamá (NAGPA), basadas en las Normas Internacionales de Entidades Fiscalizadoras Superiores, emitidas por la Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI), por sus siglas en inglés, las auditorías del sector público pueden ser: Financiera, de desempeño y de cumplimiento.

4.2.3 ¿Cómo pueden iniciarse las auditorías e investigaciones tendientes a determinar la corrección o incorrección de los actos de manejo de fondos y otros bienes públicos?

Con arreglo a lo normado en el artículo 11 (numeral 4) de la Ley 32 de 1984, modificado por el artículo 15 de la Ley 351 de 2022, las auditorías e investigaciones tendientes a determinar la corrección o incorrección de los actos de manejo de fondos y otros bienes públicos pueden iniciarse por denuncia o de oficio, cuando la Contraloría General de la República lo juzgue oportuno.

Por otro lado, las autoridades competentes, entre ellas, el Ministerio Público, las autoridades jurisdiccionales (artículo 220 de la Constitución Política, artículos 68, 276, 277, 346, 349 - numeral 6- y 406 del Código Procesal Penal y el artículo 11 -numeral 5- de la Ley 32 de 1984) y la Fiscalía General de Cuentas, también pueden solicitar auditorías e investigaciones a la Contraloría General de la República para los fines previstos en sus respectivas leyes.

El artículo 26 de la Ley 67 de 2008, modificado por el artículo 7 de la Ley 81 de 2013, le otorga a la Fiscalía General de Cuentas la función de solicitar a la Contraloría General de la República, cuando tenga conocimiento por cualquier medio de la comisión de un hecho irregular que afecte el patrimonio del Estado, el examen correspondiente, con el fin de determinar la corrección o incorrección de las operaciones en el manejo de los fondos o bienes públicos, así como la ampliación o la complementación del informe o de la auditoría que fundamentó los reparos.

4.2.4 Consecuencias de la determinación de incorrección del acto de manejo

Si la investigación ordenada por el Contralor General de la República –llámese informe de auditoría- determina que hubo incorrección en las operaciones que afectan patrimonios

públicos, la Contraloría General de la República deberá remitir copia autenticada del respectivo informe de auditoría a las siguientes entidades:

a. Tribunal de Cuentas

A fin de que se inicie al proceso de cuentas, de conformidad con lo normado en el artículo 67 de la Ley 67 de 2008, siempre que surjan reparos a las cuentas de los empleados y agentes de manejo, en razón del examen, auditoría o investigación realizada por la Contraloría General de la República o que se determine el menoscabo o pérdida por uso indebido o ilegal de fondos o bienes públicos.

b. Ministerio Público

Con el propósito de que se inicie la investigación penal a que haya lugar, en los casos en que se tenga conocimiento, por razón de la investigación o auditoría, de la posible comisión de un hecho delictivo investigable de oficio, por ejemplo: Un delito Contra la Administración Pública o Contra la Fe Pública, con arreglo a lo normado en el artículo 83 del Código Procesal Penal.

c. A la entidad que emitió o realizó las operaciones que afectaron patrimonios públicos

Ello, toda vez que compete a la entidad nominadora iniciar los procedimientos administrativos disciplinarios, a fin de determinar las responsabilidades administrativas y las consiguientes sanciones que les correspondan a los servidores relacionados con las operaciones administrativas en las que se determinó la incorrección.

5. Diferencias entre el control previo y el control posterior

Entre las principales diferencias existentes entre el control previo y el control posterior, se encuentran las siguientes:

- a. Mientras que el control previo es un requisito necesario para que el acto de afectación de fondos y otros bienes públicos se perfeccione y pueda producir efectos jurídicos, el control posterior se ejerce cuando dicho se ha perfeccionado y ha surtido parcial o totalmente sus efectos.
- b. El ejercicio del control previo puede ser delegado por el Contralor General de la República en otros servidores de la Contraloría General de la República, de acuerdo con lo previsto en los artículos 11 (literales “c” y “ch”) y 55 (parágrafo) de la Ley 32 de 1984, modificada y adicionada por la Ley 351 de 2022; en cambio, el control posterior es una facultad indelegable del Contralor General de la República, según lo previsto en el parágrafo del artículo 55 de la Ley 32 de 1984.
- c. De acuerdo con la potestad discrecional otorgada al Contralor General de la República por la constitución y la ley, el control previo puede ser exceptuado, siempre que así lo disponga el nombrado funcionario, mediante resolución motivada; no obstante, la Contraloría General de la República siempre deberá ejercer el control posterior de los actos de manejo de fondos y otros bienes públicos.
- d. Cuando el Contralor General o el servidor de la Contraloría General de la República a quien se haya delegado el ejercicio del control previo considere que el mismo no se ha realizado con corrección y no cumple con los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico, debe negar el refrendo de dicho acto, consignado las razones en que se funda tal negativa; en cambio, cuando en la auditoría o investigación ordenada por el Contralor General de la República, en ejercicio del control posterior,

se determina la incorrección de las operaciones que afectan patrimonios públicos, la Contraloría General de la República debe remitir copia autenticada del respectivo informe de auditoría al Tribunal de Cuentas, Ministerio Público y a la respectiva entidad, según corresponda.

- e. El control previo presupone que la entidad someta al refrendo de la Contraloría General de la República el acto de afectación de fondos y otros bienes públicos para que este pueda perfeccionarse y surtir sus efectos; en cambio, el control posterior puede ejercerse por denuncia, de oficio o a solicitud de la Fiscalía de Cuentas, del Ministerio Público o de la autoridad jurisdiccional competente.

Conclusiones

- a. La Contraloría General de la República es una institución de rango constitucional, de carácter técnico e independiente, que goza de autonomía funcional, administrativa, operativa y presupuestaria, de conformidad con lo establecido en el artículo 279 de la Constitución Política, desarrollado por los artículos 1 y 3 de la Ley 32 de 1984, modificada y adicionada por la Ley 351 de 2022.
- b. Entre las funciones que la constitución y la ley le otorgan a la Contraloría General de la República, se encuentra la función fiscalizadora, que se ejerce sobre los actos de manejo de fondos y otros bienes públicos, a fin de que tales actos se realicen con corrección y según lo establecido en la ley.
- c. La función fiscalizadora es privativa de la Contraloría General de la República y puede ejercerse mediante el control previo y el control posterior. El Contralor General de la República tiene potestad discrecional para determinar, mediante resolución

motivada, los casos en que la Contraloría General de la República ejercerá tanto el control previo como el control posterior.

- d. El control previo es la fiscalización y análisis que realiza la Contraloría General de la República, de las actuaciones administrativas que afectan o puedan afectar fondos o bienes públicos antes de que tal afectación se produzca, a fin de lograr que tales actuaciones se realicen con corrección y de acuerdo con lo establecido en el ordenamiento jurídico.
- e. El control previo se caracteriza porque: recae sobre actos de manejo de fondos y otros bienes públicos; se ejerce antes de que se realice la afectación del fondo o bien público; tiene como fin que el acto de manejo se realice con corrección y de acuerdo con lo establecido en la ley; puede no ejercerse en determinados casos; lo ejerce el Contralor General de la República o el servidor de la Contraloría General de la República en quien aquel haya delegado el ejercicio del control previo; el acto de afectación de fondos y otros bienes públicos puede improbarse por razones de índole legal o económica; se efectúa con sujeción a los principios de legalidad, sana crítica y buena fe; y es de carácter externo.
- f. El control posterior es la fiscalización, análisis e investigación que realiza la Contraloría General de la República, a fin de determinar si el acto de afectación de fondos y otros bienes públicos que se ha perfeccionado y ha surtido sus efectos total o parcialmente, se ha realizado con corrección y de acuerdo con lo establecido en la Ley.
- g. Las auditorías e investigaciones tendientes a determinar la corrección o incorrección de los actos de manejo de fondos y otros bienes públicos pueden iniciarse por denuncia o de oficio, cuando la Contraloría General de la República lo juzgue

oportuno, de acuerdo con lo normado en el artículo 11 (numeral 4) de la Ley 32 de 1984, modificado por el artículo 15 de la Ley 351 de 2022.

- h. Si la investigación ordenada por el Contralor General de la República –llámese informe de auditoría- determina que hubo incorrección en las operaciones que afectan patrimonios públicos, la Contraloría General de la República deberá remitir copia autenticada del respectivo informe de auditoría al Tribunal de Cuentas, al Ministerio Público y a la entidad que emitió o realizó las operaciones que afectaron patrimonios públicos, según corresponda, a fin de dilucidar las responsabilidades patrimoniales, penales y administrativas, respectivamente.

Referencia Bibliográfica

Decreto 13-2020-DINAG. (4 de febrero de 2020). *Por el cual se actualizan las Normas de Auditoría Gubernamental para la República de Panamá (NAGPA), basadas en las Normas Internacionales de Entidades Fiscalizadoras Superiores, emitidas por la Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI), por sus siglas en inglés.* D.O. No.28,959-A de 11 de febrero de 2020 (Panamá).

Dromi, Roberto. (2015). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Hispania Libros.

Fábrega, Ramón & Boyd Galindo, Mario. (1981). *Constituciones de la República de Panamá 1972, 1946, 1941, 1904*. Panamá: Talleres Gráficos del Centro de Impresión Educativa.

Ley 6. (1 de febrero de 1941). *Por la cual se organiza la Contraloría General de la República*. D.O. No.8,448 de 7 de febrero de 1941 2020 (Panamá).

Ley 32. (8 de noviembre de 1984). *Por la cual se adopta la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República*. D.O. No.20,188 de 20 de noviembre de 1984 2020 (Panamá).

Ley 84. (29 de diciembre de 1930). *Por la cual se crea una oficina de contabilidad y contraloría que se denominará Contraloría General de la República*. D.O. No.5,926 de 6 de febrero de 1931 2020 (Panamá).

Ley 67. (14 de noviembre de 2008). *Que desarrolla la Jurisdicción de Cuentas y reforma la Ley 32 de 1984, Orgánica de la Contraloría General de la República*. D.O. No.26169 de 20 de noviembre de 2008 2020 (Panamá).

Ley 336. (14 de noviembre de 2022). *Por la cual se dicta el Presupuesto General del Estado para la Vigencia Fiscal 2023*. D.O. 29662-A de 14 de noviembre de 2022 2020 (Panamá).

Ley 351. (22 de diciembre de 2022). *Que modifica y adiciona artículos a la Ley 32 de 1984, Orgánica de la Contraloría General de la República, y modifica la Ley 67 de 2008, que desarrolla la Jurisdicción de Cuentas*. D.O. No.29687-C de 22 de diciembre de 2022 2020 (Panamá).

Penagos, Gustavo. (1992). *El Acto Administrativo*. Quinta Edición. Colombia: Ediciones Librería del Profesional.