



Vol 1. N°1. Enero - Junio 2024 ISSN L: 2992-6629

# Vanguardia

**Jurídica**

CONTRALORIA GENERAL



ISSN L: 2992-6629

Vanguardia Jurídica

Vol. I, No. 1,  
enero-junio, 2024

---

**REPÚBLICA DE PANAMÁ**

**UNIVERSIDAD DE PANAMÁ**

Entidad Editora

**CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**

**Gerardo Solís**

Contralor General

**Dagoberto Cortéz Castro**

Subcontralor General

**Zenia Vásquez de Palacios**

Secretaria General

**Kathia Rojas de Román**

Directora Nacional de Asesoría Jurídica

**VANGUARDIA JURÍDICA**

Contraloría General de la República. Dirección Nacional de Asesoría Jurídica

PUBLICACIÓN SEMESTRAL,

Enero - Junio 2024

**ISSN L: 2992-6629**

---

## EQUIPO EDITORIAL

### Directora de la Revista:

Dra. Kathia Rojas de Román, Contraloría General de la República. Panamá

Correo: [krojas@contraloria.gob.pa](mailto:krojas@contraloria.gob.pa), ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-4008-724X>

### Editora jefe:

Mgter. Franchiska Kamani Avila, Contraloría General de la República. Panamá

Correo: [fkamani@contraloria.gob.pa](mailto:fkamani@contraloria.gob.pa), ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-6793-6158>

### Editores Temáticos:

- Dr. Eduardo Mitre, Contraloría General de la República. Panamá  
Correo: [emitre@contraloria.gob.pa](mailto:emitre@contraloria.gob.pa), ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-8595-9702>
- Mgter. Anabelle Padilla Lozano, Contraloría General de la República. Panamá  
Correo: [apadilla@contraloria.gob.pa](mailto:apadilla@contraloria.gob.pa), ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-1629-2905>
- Mgter. Iris Díaz, Contraloría General de la República. Panamá  
Correo: [irdiaz@contraloria.gob.pa](mailto:irdiaz@contraloria.gob.pa), ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-0966-8270>
- Maestranda Luz Jimenez, Contraloría General de la República. Panamá  
Correo: [luzjimenez@contraloria.gob.pa](mailto:luzjimenez@contraloria.gob.pa), ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-4168-7294>

### Editores científicos:

- Dr. Luis Alberto Palacios Aparicio, Universidad de Panamá. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Panamá, correo: [luis.palacios@up.ac.pa](mailto:luis.palacios@up.ac.pa)
- Dr. Alejandro Román Sánchez, Universidad de Panamá. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Panamá, correo: [alejandro.roman@up.ac.pa](mailto:alejandro.roman@up.ac.pa)
- Dr. Alexander Valencia Moreno, Universidad de Panamá. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Panamá, correo: [alexander.valencia@up.ac.pa](mailto:alexander.valencia@up.ac.pa)
- Lic. Álvaro L. Visuetti Zevallos, Tribunal de Cuenta. Panamá  
Correo: [avisuetti@tribunaldecuentas.gob.pa](mailto:avisuetti@tribunaldecuentas.gob.pa)

### Equipo Técnico:

- Licda. Katia Vega, Contraloría General de la República. Panamá  
Correo: [katvega@contraloria.gob.pa](mailto:katvega@contraloria.gob.pa)
- Mgter. Yakelin De Carbone, Contraloría General de la República. Panamá  
Correo: [ycarbone@contraloria.gob.pa](mailto:ycarbone@contraloria.gob.pa)

### Diseño y Diagramación:

- Licda. Alejandra Calderón, Contraloría General de la República. Panamá  
Correo: [alcalderon@contraloria.gob.pa](mailto:alcalderon@contraloria.gob.pa)
- Mgtr. Neydee Pinzón, Contraloría General de la República. Panamá  
Correo: [neydeep@contraloria.gob.pa](mailto:neydeep@contraloria.gob.pa)

## PRÓLOGO

Cuando asumí el cargo de Contralor General de la República, como creyente del Estado de Derecho, la institucionalidad, los derechos humanos y la corrección en el servicio público, propuse como uno de los objetivos de esta administración, liderar un proceso de modernización de la Contraloría General de la República, para adaptarla a la evolución normativa nacional e internacional.

De inmediato supe que, para alcanzar ese objetivo, la dirección jurídica de la entidad debía estar a cargo de una persona con un elevado perfil académico y probada experiencia profesional que, acompañada de un equipo de primera línea, promoviera esa transformación normativa impulsada por la Dirección de Fiscalización General que culminó con la aprobación de la Ley 351 de 2022, que adicionó y modificó la Ley 32 de 1984, Orgánica de la Contraloría General de la República y la Ley 67 de 2008, que crea el Tribunal de Cuentas.

En esa misma línea de pensamiento, impulsamos una política institucional de sujeción al debido proceso administrativo, materializada en el respeto a las garantías aplicables a la administración de nuestro más valioso activo institucional, el recurso humano. En ese contexto, hemos potenciado la protección de las personas con discapacidad y con enfermedades crónicas, involutivas y degenerativas; el reconocimiento de los derechos sindicales y de asociación a los servidores de la entidad; el incentivo a la formación académica de los colaboradores de la Contraloría, mediante la creación de la Academia de Control Gubernamental y la implementación de programas de maestría y perfeccionamiento profesional, con el apoyo de la Universidad de Panamá y Senacyt.

Por otro lado, aplicamos una política de transparencia y de incremento de la participación ciudadana, al tiempo que se ha propiciado la creación de las unidades administrativas y la actualización de las reglamentaciones y manuales para el adecuado ejercicio del control previo y posterior; la creación de la Subdirección de Rendición de Cuentas, postergada por más de 38 años, en las administraciones que nos precedieron, por mencionar solo algunos de los proyectos concretizados, en los cuales la contribución de la Dirección Nacional de Asesoría Jurídica ha sido determinante.

Sin embargo, nuestra visión no se ha limitado a las paredes de la institución, sino que incentivamos a todas las direcciones que componen esta gran entidad, impulsando a todos los servidores a desarrollar iniciativas que aporten valor a la Contraloría General de la República, a la sociedad y a la construcción del Estado de Derecho, del cual todas las autoridades, en el marco de nuestras competencias, somos responsables y garantes.



Bajo esa visión, la Dirección Nacional de Asesoría Jurídica comenzó a gestar el proyecto que hoy se consuma y que nos ha correspondido el privilegio de prologar, la presentación, a la comunidad jurídica, del primer volumen de la revista que se ha denominado Vanguardia Jurídica.

El pilar sobre el cual cimentamos el actuar de la Entidad, ha sido la cultura de corrección que hemos implementado en palabras sencillas: “Corregir lo incorrecto y hacer lo correcto”, subsanando las imperfecciones o defectos en los trámites administrativos que se someten a refrendo.

Quiero agradecer a todos aquellos que han colaborado en la elaboración de esta revista, especialmente, a los autores y a la directora nacional de Asesoría Jurídica, Kathia Rojas de Román, por este invaluable aporte a la institución y a la generación de literatura científica especializada en nuestro país. Les exhorto a darle continuidad para seguir contribuyendo, desde este baluarte académico, al engrandecimiento de la Contraloría General de la República y de nuestra patria.



**Gerardo Solís**  
Contralor General

## MENSAJE DE LA DIRECTORA

“Vanguardia Jurídica” es una iniciativa de la Dirección Nacional de Asesoría Jurídica de la Contraloría General de la República, que contó con el decidido respaldo del señor Contralor de la República, sin el cual no hubiera sido posible. Esta iniciativa tiene el propósito de contar con un espacio digital para la publicación de artículos de Derecho, que contribuyan a divulgar, a efecto de mayor transparencia, los criterios jurídicos adoptados por la institución, en el fiel y eficaz cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y legales.

En este sentido, la revista es un medio de información y conocimiento para los funcionarios y ciudadanos en general, sobre los trámites que se llevan a cabo y las normativas que se aplican en la Dirección Nacional de Asesoría Jurídica, destacando los rigores de sus procedimientos y los criterios de interpretación que prevalecen.

La revista también tiene la finalidad de publicar artículos jurídicos de interés nacional e internacional, elaborados por prestigiosos profesionales del foro, que en su sapiencia ayudan a analizar, comprender y dar soluciones a hechos y fenómenos jurídicos, en beneficio del país.

En este primer número, la revista contiene colaboraciones de miembros de la Dirección, en temas de relevancia relacionados con trámites que presentan ciertos grados de complejidad y dificultad, debido a la poca información sobre la materia. Igualmente, contiene artículos de interés para el devenir de la sociedad y el sistema democrático, con la participación ciudadana prescrita en el ordenamiento legal.

La Dirección Nacional de Asesoría Jurídica de la Contraloría General de la República es un unidad administrativa que coadyuva activamente a desarrollar las funciones de la institución, respecto a la fiscalización de los actos de manejo de fondos y otros bienes públicos, el examen, intervención y fenecimiento de las cuentas de los empleados y agentes de manejo, llevar las cuentas nacionales y la estadística nacional, entre otras.

El carácter técnico y complejo de las funciones que ejerce la Contraloría General de la República demanda, consecuentemente, una asesoría permanente en temas jurídicos, a cargo de profesionales del Derecho, íntegros, especializados y con vasta experiencia, pero sobretodo comprometidos con la misión y la visión institucional.



La creciente complejidad de la Administración Pública ha impuesto a la Dirección nuevos desafíos, con el fin de adecuar su estructura y funcionamiento a los cambios producidos por una sociedad globalizada y a los nuevos retos del siglo XXI. Por tal motivo, la Dirección ha hecho ajustes para cumplir eficazmente sus responsabilidades, que en pocas ocasiones han significado deconstruir antiguos paradigmas, para dar paso a nuevos modelos, acordes con los tiempos, caracterizados por una prolífica actividad legislativa, figuras contractuales atípicas, el surgimiento de nuevas clases de auditorías y una ciudadanía más informada y atenta de los asuntos públicos.

En razón de lo anterior, la Dirección ha impulsado un proceso de modernización, incorporando nuevas herramientas tecnológicas. Creando nuevas oficinas provinciales y departamentos, especializados en temas que abarcan desde las fianzas y pólizas de seguro del Estado, hasta el control previo y posterior sobre los actos de manejo de fondos y otros bienes públicos, consultas institucionales y externas, y procesos judiciales.

Esperamos que la iniciativa se mantenga en el tiempo, enriqueciéndose con el apoyo del personal de la Dirección, así como de ilustres estudiosos del derecho. Todo comienzo conlleva un reto, que solo es posible superarlo con el concurso de voluntades y esfuerzo.

Agradecemos una vez más al Señor Contralor de la República y a cada uno de los funcionarios que desinteresadamente hicieron suya la iniciativa.



**Kathia Rojas de Román**

Directora Nacional de Asesoría Jurídica 2020-2023

Directora de la Revista Vanguardia Jurídica

## EDITORIAL

Con una visión estratégica de transformación e innovación centrada en la permanencia en el tiempo y en lograr la excelencia, surge la revista Vanguardia Jurídica, adaptada a las necesidades y retos de la Dirección Nacional de Asesoría Jurídica de la Contraloría General de la República, con la finalidad de sintetizar opiniones jurídicas, organizar y compartir conocimiento, así como ofrecer material de calidad y utilidad que brinde respuestas a las preguntas básicas que pueden presentar las entidades del sector público, contratistas del Estado y público en general, respecto a las normativas, competencias, funciones y tramitación de procedimientos concernientes al control previo y control posterior que ejerce la institución.

Esta revista de derecho se proyecta como una ventana para la divulgación del conocimiento, publicando trabajos académicos e investigaciones que cumplan con altos estándares de excelencia, a fin de promover el análisis de la normativa vigente, según determinada materia, así como originar el debate entre los miembros del foro y la academia sobre aspectos importantes de nuestro ordenamiento jurídico.

En esta primera edición, Vanguardia Jurídica nos presenta una selección de interesantes artículos sobre temas propios de la Contraloría General de la República y otros de actualidad, relacionados a la realidad que vive el país.

La revista alude a *La Contraloría General de la República y el ejercicio de la función fiscalizadora*, concerniente a 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.

También, hace referencia a la *Modernidad y democracia, una mirada a la participación ciudadana en Panamá*. Trabajo que intenta ofrecer una explicación a la relación entre la racionalidad moderna que discurre en sus variadas acepciones y a la participación ciudadana en Panamá, en el contexto del entrecruzamiento de los conceptos modernidad y democracia.

Otro tema abordado es el relativo a la Seguridad y confianza contractual: Una mirada a las garantías de la contratación pública, en el cual se explora el origen histórico de la confusión terminológica entre fianzas y garantías, analiza las formas de constituir garantías, profundiza en el concepto, características de las fianzas de contratación pública y examina la aplicabilidad del beneficio de excusión. Además, aborda los tipos de garantías más relevantes en la contratación pública.

Igualmente incluye un tema de actualidad, como lo es la *Indemnización por la formación en el fútbol profesional en Panamá*. Finalmente, *La Exclusión de los servidores de la Contraloría como empleados de manejo en la Ley 352 de 2022, con funciones de control*.

Les alentamos a participar activamente en la conversación. Sus opiniones, investigaciones y experiencias enriquecen nuestra comunidad y contribuyen a la construcción de un cuerpo de conocimiento jurídico más robusto.

Esperamos que disfruten de esta edición y que encuentren en sus páginas inspiración para seguir contribuyendo al desarrollo y la evolución del derecho.



**Franchiska Kamani Avila**

Editora Jefe de la Revista Vanguardia Jurídica





## ÍNDICE

- 10** *La Contraloría General de la República y el ejercicio de la función fiscalizadora*  
**Antonio Euribiadis Moreno Correa**
- 41** *Modernidad y democracia, una mirada a la participación ciudadana en Panamá*  
**María Isabel Morán Velásquez**
- 60** *Seguridad y confianza contractual: Una mirada a las garantías de la contratación pública*  
**Marcos Olmedo Almanza Barrios**
- 85** *Indemnización por la formación en el fútbol profesional en Panamá*  
**Amílcar David Alvarado Stapf**
- 105** *La Exclusión de los servidores de la Contraloría como empleados de manejo en la Ley 352 de 2022, con funciones de control.*  
**Itzela Judith Soto Ojo**

## 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](mailto: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.

## Modernidad y democracia, una mirada a la participación ciudadana en Panamá

Modernity and democracy, a look at citizen participation in Panama

**María Isabel Morán Velásquez**

Contraloría General de la República.  
Panamámmoran@contraloria.gob.pa

ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-1539-9759>

*Recibido: 11/10/2023*

*Aprobado: 21/11/2023*

### **Resumen**

El concepto modernidad, tradicionalmente, se asocia con regularidad a la idea de progreso social.

Este trabajo intenta ofrecer una explicación y análisis de la manifestación moderna en torno a la participación ciudadana como un mecanismo democrático fundamental en Panamá.

A partir de la revisión de algunos autores que abordan esta problemática, se construye una propuesta para reflexionar diferentes connotaciones de la participación ciudadana, relacionando los conceptos modernidad y democracia, en el contexto de desarrollo de la democracia.

**Palabras clave:** Democracia, derecho, modernidad, migración y participación.

**Abstract:** This article attempts to offer an explanation and analysis of the modern manifestation around citizen participation as a fundamental democratic mechanism in Panama. Based on the review of some authors who address this problem, a proposal is



constructed to reflect on the relationship between citizen participation and the concept of modernity, in the context of the development of democracy.

**Keywords:** Democracy, law, modernity, migration, and participation.

## **Introducción**

El concepto modernidad, tradicionalmente, se aproxima a la idea de progreso social. De esta manera, la democracia puede ser entendida como una forma de salto cualitativo en el desarrollo de las instituciones del país y en la participación de la ciudadanía.

En este trabajo se explora una interpretación en torno al concepto de modernidad, la evolución histórica del sistema democrático y su relación con el proceso de transición democrática en Panamá, principalmente, en la primera década del siglo XXI, conocido como período histórico de la postreversión, y, finalmente, se abordan diferentes aspectos sobre la participación ciudadana en Panamá.

La reflexión crítica sobre el concepto de modernidad y su conexión con varios aspectos de la sociedad actual, incluyendo la democracia, ha sido un tema central de interés para diversos pensadores. Estos estudiosos, provenientes de disciplinas como la sociología política, antropología, teoría política, ciencias y filosofía políticas, han formulado distintas propuestas con el objetivo de definir este concepto y comprender su importancia en el progreso de la sociedad.

La participación ciudadana, hoy en día, carece en la práctica social del diálogo y fuerza que le corresponde proclamarse; algunos actores interesados que discuten y conciben las políticas públicas intervienen suplantando sus roles, aun con oposición de organizaciones civiles y el

público. La participación de la ciudadanía pone en evidencia las relaciones interpartidarias e institucionales del Estado.

### **Construcción social del concepto modernidad**

La amplitud del concepto modernidad y su relación con diferentes aspectos de la sociedad tiene un proceso real y complejo; se basa en sus cambios económicos, estructuras sociales, mundos culturales, conocimientos científicos, procesos tecnológicos y, especialmente, organizaciones políticas que ha sido el motivo de reflexión en diferentes campos de investigaciones.

Una de las propuestas en torno al concepto modernidad es del sociólogo Anthony Giddens, quien ha contribuido al concepto de "modernidad reflexiva". Argumenta que la modernidad contemporánea se caracteriza por la reflexividad, la globalización y la transformación de la experiencia cotidiana. Propone la idea de que la modernidad es un proceso continuo y en constante cambio (Giddens, 1994).

El académico mexicano Bolívar Echeverría señala que la modernidad no es una simple adopción de valores y patrones europeos, sino un proceso en el que las sociedades latinoamericanas reinterpretan y adaptan elementos de la cultura occidental a sus propias realidades. Echeverría sostiene que la modernidad en América Latina se caracteriza por una tensión entre tradición y cambio, y que este proceso modernizador no es uniforme ni lineal. (Echeverría, 2009).

La historiadora panameña Patricia Pizzurno en su libro titulado *El miedo a la modernidad en Panamá (1904-1930)*, explora algunos de los miedos y resistencias entre los grupos humanos en el Istmo durante principios del XX, frente a las políticas y dinámicas propias de la

modernización de la nueva república, en esta investigación Pizzurno aborda los miedos de la población frente a los primeros acercamientos entre la población de diferentes partes del Istmo, de la clase política frente a las reformas y transformaciones institucionales en el Estado en su proceso de consolidación (Pizzurno Gelós, 2016).

Respecto a lo que dice Pizzurno, encontramos en López Morlanes (2023), quien realiza una lectura de la obra de Pasolini desde la perspectiva de la práctica y la crisis del concepto de modernidad. Por un lado, presenta un diagnóstico del neo-capitalista como una crítica del progreso y la pérdida de alineación histórica. Mientras que, por otro lado, desarrolla una propuesta estético-política que se erige como un intento de disponer de imágenes de la subalternidad que se configuran como espacios de resistencia al desarrollo técnico.

Habermas (2011) propuso que la modernidad debiese caracterizarse por una esfera pública donde los ciudadanos pueden participar en un discurso racional y democrático. Abogó por una democracia deliberativa como ideal, capaz de cerciorar una convivencia razonable y pacífica entre las personas o las colectividades. Es una tarea que insistentemente se plantea en los debates de las sociedades democráticas y está interrelacionada entre lo teórico y lo práctico, que en algunos produce cuestionamientos y, a la vez, en ocasiones, es ignorado por otros.

En el discurso filosófico de la modernidad de 1985, conecta la teoría con la práctica, se refiere al compromiso de los ciudadanos como componentes importantes en la formación de una democracia justa; la dimensión normativa que debe guiar la acción humana, afirma que los valores libertad, igualdad y fraternidad no están obsoletos, sino que ha permitido la evolución de las sociedades modernas. Todos los criterios están en permanentes transformación, ya que

están expuestos a críticas; la modernización es un proceso acumulativo que se refuerza en la formación de capital y movilización de recursos, incremento de la productividad del trabajo, difusión de los derechos de participación política, de las formas de vida, educación formal, valores y normas.

Reacciona planteando un nuevo fundamento: La acción comunicativa que apuesta a la participación ciudadana para fortalecer la gobernabilidad, entendiendo que los interesados o afectados se involucren en las políticas públicas, desde el inicio, esta va a enfrentar menos conflictos o menos enfrentamientos, porque ya se recogió la voz de aquellos representantes, únicamente van a estar atentos a esta política pública.

La participación ciudadana, tanto en lo privado y, especialmente, en lo público, consolida las ideas de libertad y autodeterminación; asegurar la convivencia razonable pacífica entre las sociedades democráticas modernas actuales, es una tarea que se asume en los debates modernos, se intenta elaborar una concepción dialogal de las políticas públicas, exigencias de democratización frente a la economía, los aparatos burocráticos del poder estatal, la construcción de un proyecto de convivencia que garantice la libertad sobre bases justas de integración de una acción comunicativa.

En este sentido, la acción comunicativa plantea que el ser humano es un ser social por naturaleza, que busca comunicarse para poder interactuar con el modo de vida y sistema, generando consenso comunicativamente entre las partes; y así aportar a la discusión en favor de las ideas generales que se tiene sobre justicia y legitimidad en relación con la ética discursiva, basándonos también a la problemática y debate del refugio, la inmigración y el multiculturalismo, que tienen impactos diversos en la democracia.

Habermas (2022), insta a la necesidad de crear unas políticas orientadas a las normativas de migración y asilo, en situaciones que provocaron una relativa inestabilidad política, esto explica su lento interés por estos temas a través de sus actividades públicas y sus creaciones teóricas. Durante los años de maduración de las ideas, la cuestión del asilo y la integración de los inmigrantes no fue un conflicto político recurrente, como lo había sido desde entonces o como había pasado antes de la pandemia, por tanto, habrá que esperar hasta entonces para descubrir en sus reflexiones en torno a la inclusión del “Otro” como problema y el desafío político para una sociedad liberal.

La teoría discursiva de la ética, también se le conoce como ética dialógica o responsabilidad solidaria. Esto quiere decir que: Se provoca una discusión consciente y coherente, tiene que existir una integración comunicativa que constituye una comprensión entre las personas y que puede llevar a resolver problemas de tipo ético, que no pueden quedar en lo privado porque son comunes a toda la sociedad.

Según Kant: Todos tenemos estructuras mentales comunes, porque necesitamos algo en común y un lenguaje común para comunicarnos y para defender la ética discursiva:

1. Obra solo de manera que tu máxima se convierta en ley universal.
2. No puedes considerar al hombre nunca como un medio sino siempre como un fin.

Habermas enuncia que la ética debe ser universal, que el ser humano tiene una dignidad por sí mismo, que nace con unas estructuras naturales que le permiten analizar y le hacen discutir la validez de las normas, para así alcanzar una ética del consenso racional con bases de igualdad; por lo que todos tenemos las mismas estructuras lingüísticas comunes, que permiten comunicar esos principios; esto forma parte de la discusión en la corriente de la

filosofía del lenguaje. Las normas éticas serán universales e implicarán una autonomía, una responsabilidad colectiva y una voluntad común.

La ética discursiva exige un relacionamiento consciente entre las partes o los participantes, constituyendo un criterio esencial de evaluación moral. Exige un acuerdo consensuado efectivo en torno a los intereses y las necesidades individuales. La necesidad principal del Derecho es evolucionar y desarrollarse permitiendo adecuarse a las necesidades de las sociedades que regula. Las innovaciones de cada nueva generación abren el compás para nuevas teorías jurídicas que se integren en normas positivas.

Constante López (2017) explora la idea de Bauman en torno al fenómeno de la modernidad que actualmente enfrenta diversos cambios, fragmentando la identidad y las culturas de los pueblos que reciben a grupos de refugiados, que por diferentes fenómenos “dramáticos” buscan asilo sobre la base de idea de progreso cultural, económico y político. Este fenómeno lo bautiza como aquello que es menospreciado, desvalorizado hasta deshumanizado, convirtiéndolo en desechos humanos. Durante la transición y en búsqueda de establecer órdenes dentro de una sociedad, se establecen grandes cambios que superan al orden de hoy, produciendo un excedente constante de personas. Actualmente, los conflictos de guerra y persecuciones, situaciones económicas deprimente han contribuido al auge de desplazamiento humano.

Constante López (2017) reflexiona sobre la modernidad, la globalización y los fenómenos desencadenantes de esta y se cuestiona: ¿Quiénes son? “¿Contribuyen los refugiados, desplazados, migrantes al futuro y a la modernidad?”, a esto responde:

Pertenecen a una categoría de desplazamiento, lo que sobra, lo que nadie quiere y se tiene que desechar; sabemos quiénes son, pero los ignoramos porque los conflictos de guerras, las persecuciones, la pobreza, la violencia y otros factores los han desplazado y cientos de personas solo son ya un número que asombra la acumulación de humanos.

Filippo Grandi, declara: “En el mar, un número escalofriante de refugiados e inmigrantes están muriendo cada año; en tierra, las personas que huyen de la guerra están encontrando su camino bloqueado por fronteras cerradas. Cerrar las fronteras no resuelve el problema” (ACNUR, 2016b).

No se resuelve, pero se cierran. Todos ellos, vengan de donde vengan o formen parte del entorno ignominioso de una sociedad que no se ha propiciado a sí misma la revaluación de su propia pobreza, constituyen eso que se llama “residuo”, son vidas residuales. Porque, “[e]l residuo es el secreto oscuro y bochornoso de toda producción. Preferimos que siguiese siendo un secreto [...] Los basureros son los héroes olvidados de la modernidad” (Bauman, 2005: 43).

La supervivencia de la forma de vida moderna tiene que actuar como un ritual que conjure el retorno de lo reprimido y por ello se tiene que fomentar la industria de la eliminación de residuos (Bauman, 2005: 43).

Las migraciones y los refugiados pueden tener impactos diversos en la democracia, dependiendo de cómo se gestionen y de las políticas implementadas.

Las migraciones pueden plantear desafíos para la integración de nuevos grupos en la sociedad anfitriona. La falta de integración exitosa puede dar lugar a tensiones y divisiones dentro de

la sociedad, lo que podría afectar la cohesión social y la democracia. En algunos casos, la llegada de migrantes y refugiados puede dar lugar a tensiones políticas. Partidos o líderes políticos pueden explotar la cuestión de la inmigración para ganar apoyo político, lo que a veces conduce a la polarización y al debilitamiento de las instituciones democráticas.

### **La democracia vista en contexto sociohistórico**

La noción habitual del panameño en torno a la democracia se basa en la idea de la participación electoral por la vía del sufragio, sin embargo, se obvian, otras formas de participación como es la democracia participativa, o como plantea Guillermo O'Donnell democracia delegativa.

El principal y único indicador de una legítima experiencia de gobierno democrático es determinar si los gobernantes son seleccionados mediante elecciones libres y competitivas, estableciendo los principios de organización social, solidaridad, respecto a la diversidad, igualdad, equidad entre otros.

Según (Huntington, 1991), la teoría de la democracia llegó a nuestros países por olas de forma históricas, iniciando desde 1828 con la primera elección de los Estados Unidos, la Segunda Guerra Mundial y en los inicios de 1974 con la Revolución de los Claveles en Portugal.

Muchas de las democracias en América Latina han surgido a raíz de la transición desde regímenes dictatoriales que predominaron en las décadas de los años 80 y 90. Estos cambios condujeron al establecimiento de democracias que se han moldeado, según un sistema de partidos relativamente sólido. En el caso de los países centroamericanos que se encontraban en conflictos armados, esta transición se logró a través de acuerdos y concertaciones.



Simultáneamente, durante este mismo período histórico, los sistemas políticos en la región adoptaron medidas de reajuste estructural.

La noción habitual del panameño en torno a la democracia se basa en la idea de la participación electoral por la vía del sufragio, sin embargo, se obvian otras formas de participación como es la democracia participativa, o como plantea Guillermo O'Donnell democracia delegativa.

En Panamá, el sistema democrático ha pasado por un proceso de evolución histórica en donde es posible destacar por lo menos cuatro etapas:

- a) elecciones y ejercicio del voto a través de los colegios electorales;
- b) ejercicio del voto directo;
- c) democracia representativa (delegativa) y delegación en el poder popular y
- d) reinstalación del voto directo y la democracia representativa

(Ver Tabla 1).

**Tabla 1.**

*Evolución histórica del sistema democrático panameño*

<b>Período</b>	<b>Descripción</b>
1904, 1908, 1912 y 1916	Las elecciones se realizaban a través de colegios electorales.
1920-1968	Las elecciones se realizaron por votación directa.
1972- 1978	La Asamblea de Corregimiento escogía al Presidente de la República. La Facultad de legislar la ejercía la Comisión o Consejo Nacional de Legislación.

1984 – Hasta la fecha	Se reinstaura el sistema de votación popular y directa, con la variante de que en 1989 la invasión sirve para imponer un gobierno.
-----------------------	--

Fuente. (Gandásegui, 1998, p. 173 citado en Bracho Mosquera, 2023).

A lo largo de cada una de estas etapas, la participación activa de los ciudadanos y la sociedad civil ha ejercido presión en distintos ámbitos, utilizando diversos métodos de lucha y, en particular, a través de la movilización social. Esto ha impulsado el avance hacia la democratización del sistema y ha marcado el fin de la dictadura, dando paso a la instauración de la democracia representativa. Es importante señalar que, este proceso no es exclusivo de Panamá. Según algunas investigaciones, es un fenómeno que se observa en toda la región latinoamericana, que experimentó regímenes militares durante las décadas de los años 70 y 80 (Acosta, 2008).

En la actualidad, el sistema democrático en Panamá tiene como principal característica ser una democracia representativa en la que los ciudadanos eligen a sus representantes a través de elecciones periódicas. El presidente, diputados, alcaldes y representantes de corregimiento son elegidos mediante sufragio universal cada 5 años.

La democracia en Panamá pasa por un proceso en desarrollo y ha enfrentado desafíos, como la corrupción y la desigualdad. Las elecciones y la participación ciudadana son fundamentales para fortalecer y consolidar la democracia en el país.

Panamá cuenta con un sistema multipartidista en el que varios partidos políticos compiten en las elecciones. Los partidos tradicionales incluyen el Partido Revolucionario Democrático (PRD) y el Partido Panameñista. Aunque en la última década ha aparecido el partido Cambio

Democrático que irrumpió con fuerza, no obstante, su paso como fuerza hegemónica fue fugaz y partió de la figura del expresidente Ricardo Martinelli.

La sociedad civil en Panamá es activa y desempeña un papel en la promoción de la transparencia, la rendición de cuentas y la participación ciudadana.

### **Participación ciudadana en Panamá**

La participación ciudadana debe entenderse como el producto de un proceso histórico, O'Donnell explica los procesos de participación ciudadana como un producto de la transición desde gobiernos autoritarios.

Sartori (2022) diferencia entre la noción de democracia basada en elecciones y la que se fundamenta en la participación ciudadana, donde el ciudadano desempeña un rol activo, voluntario y personal en la toma de decisiones relacionadas con sus asuntos. Sin embargo, Sartori plantea interrogantes sobre la viabilidad y el alcance de esta idea. ¿Es factible implementarla? ¿Hasta qué punto es viable en la práctica?

En otros países de América Latina, la participación ciudadana se denomina comúnmente "participación anticipada". Según la experta en participación ciudadana de Chile, (Andrea Sanhueza, 2010, como se citó en CEPAL, 2018) este concepto se refiere a un proceso organizado en el cual las autoridades de una entidad o servicio público involucran a actores sociales que tienen interés o se ven afectados por políticas o proyectos de diversa naturaleza que les conciernen.

Bracho Mosquera (2023) señala que la participación ciudadana puede ser entendida a lo largo del tiempo y en el marco del sistema mundial, según lo planteado por Wallerstein en 1995.

Esto implica la suma de una serie de procesos destinados a construir y perfeccionar nuestros sistemas democráticos. Estos sistemas están inmersos en un conjunto de procesos diversos que se desarrollan en la región latinoamericana y otras partes del mundo, con el objetivo de lograr la democratización en la toma de decisiones, promoviendo la inclusión de mujeres, grupos étnicos minoritarios, como afrodescendientes e indígenas, y otros sectores considerados subordinados.

En Panamá, el proceso de '*transición democrática*' ha adoptado desde el quinquenio 2004-2009, el modelo concertacionista, sobre todo después de la coyuntura nacional de la reformas a la Ley Orgánica de la Caja del Seguro Social y del proyecto de ampliación del Canal.

Bracho Mosquera (2023) indica que la participación ciudadana en el Órgano Legislativo de Panamá está constituida por varios componentes:

La participación ciudadana en el Órgano Legislativo de Panamá se basa en diferentes componentes que dan paso a un ejercicio activo de la ciudadanía entre ellas:

- a) Fiscalización de la gestión en el proceso de producción de leyes;
- b) Generación de iniciativas de ley desde la ciudadanía y sociedad civil;
- c) Participación en las consultas durante la discusión de proyectos de Ley en las reuniones de trabajo de las comisiones;
- d) La vigilancia en la asignación y ejecución presupuestaria de la Asamblea Nacional de Diputados y

e) Fiscalizar el cumplimiento de las funciones que le son señaladas en la Constitución Política y demás leyes de la República de Panamá que regulen este espacio y consignen la participación ciudadana (p.169).

Esta propuesta entiende la participación ciudadana como el ejercicio de fiscalización de los diversos procesos que acontecen en ese órgano del Estado panameño, la posibilidad de que la ciudadanía pueda disponer de la posibilidad de presentar iniciativas de ley, auditorio del presupuesto del estado y de la Asamblea Nacional.

Pinto presenta varios argumentos acerca de los mecanismos de participación ciudadana, que pueden considerarse como la forma en que las demandas individuales se concretan en la sociedad. Además, propone una visión más compleja de la participación ciudadana, donde la estructura social de una sociedad influye en las posiciones sociales y las expectativas de vida, y estas, a su vez, son configuradas por factores políticos y económico-sociales.

También introduce el concepto de justicia, que se refiere a cómo se distribuyen los derechos y obligaciones de los ciudadanos. En esta perspectiva, algunos investigadores argumentan que la participación ciudadana se basa en aspectos relacionados con la justicia. Esta perspectiva se encuadra en un contrato social expresado en sistemas de representación, donde las instituciones y regulaciones deben asegurar que una amplia gama de derechos sea otorgada a la población, de manera equitativa y justa. De esta forma, la participación ciudadana se concibe como parte integral del proceso de construcción de la ciudadanía, que se logra mediante la inclusión y el reconocimiento de los derechos de los grupos subordinados (Pinto, 2012).

Serrano Rodríguez analiza los diversos elementos que permiten la participación de la ciudadanía. Este estudio identifica cuatro condiciones fundamentales para facilitar esta participación: a) El respeto de los derechos y libertades individuales; b) La existencia de canales institucionales y marcos legales adecuados; c) El acceso a información relevante; y d) La confianza que los ciudadanos tienen en las instituciones democráticas (Serrano Rodríguez, 2015).

Serrano Rodríguez (2015) afirma que la participación ciudadana desempeña un papel crucial ya que actúa como un regulador y supervisor del poder de los líderes políticos, además de permitir que la sociedad influya en la toma de decisiones. Asimismo, identifica cuatro formas de participación, a saber: la social, la comunitaria, la política y la ciudadana. Este estudio arroja luz sobre cómo se configuran y se interrelacionan diversos espacios de participación ciudadana, incluida la participación de los ciudadanos, y examina las motivaciones subyacentes a esta dinámica.

La relación entre modernidad y el avance tecnológico han impactado en la participación ciudadana, abriendo nuevas oportunidades, a través de la tecnología y las redes sociales, pero también presentando desafíos en términos de privacidad y seguridad.

Los estados tienen la obligación de garantizar la intervención de un ambiente sano y adecuado; y los ciudadanos, independientemente de su naturaleza y designación tienen derecho en materia ambiental en formar parte de este acto de participación.

Despertar una conciencia ambiental desde temprana edad que incluya enseñanza al interior de la estructura familiar, guía a los individuos a pensar de manera crítica, mejorando las habilidades para resolver problemas en la tomas de decisiones.

Los estados y, en la medida de sus posibilidades, las demás autoridades públicas, las organizaciones internacionales, los particulares, las asociaciones y las empresas deberán:

- a). Realizar actividades en conjuntos y otras medidas pertinentes, incluso el intercambio de información y las consultas.
- b). Proponer normas relativas a los productos y a los procedimientos de fabricación que puedan tener efectos perjudiciales sobre la naturaleza.
- c) Disposiciones jurídicas internacionales pertinentes que propendan a la conservación de la naturaleza o a la protección del medio ambiente.
- d) Las actividades realizadas dentro de los límites de su jurisdicción o bajo su control no causen daño a los sistemas naturales situados en otros estados ni en los espacios ubicados fuera de los límites de la jurisdicción nacional.

### **Conclusiones**

La democracia en Panamá pasa por un proceso en desarrollo y ha enfrentado desafíos, como la corrupción y la desigualdad. Las elecciones y la participación ciudadana son fundamentales para fortalecer y consolidar la democracia en el país.

La importancia de la participación ciudadana activa de la sociedad civil en un sistema democrático reside en su contribución al fortalecimiento de la gobernabilidad y la toma de decisiones políticas.

Aunque la democracia no alcanza la perfección, es susceptible de mejora constante. La participación activa de la ciudadanía en la formulación de leyes, la renovación de la curul por

los electores, la supervisión de la administración de los recursos públicos, son las únicas áreas en que la participación ciudadana puede seguir avanzando en el sistema democrático panameño, estos mecanismos aseguran la gobernabilidad y el cumplimiento del Estado de derecho. Estos procesos son esenciales para abordar, de manera eficiente y sostenible, los asuntos de importancia para la comunidad, la zona o el distrito correspondiente.

Los obstáculos y desafíos que existen en el contexto panameño para una participación ciudadana efectiva, como la falta de educación cívica, la desconfianza en las instituciones o las barreras socioeconómicas. Los gobiernos se ven en la necesidad de organizar acciones tempranas con voluntad de involucrar la voz de otros actores que pueden estar interesados o afectados, que comienza a diseñar políticas públicas adecuadas.

¿Por qué es importante la participación temprana en materia de gobernabilidad, fortalecimiento de la democracia y el estado de derecho de una nación?

Porque fortalece la gobernabilidad: Entendiendo que los participantes interesados o afectados se involucran en las políticas públicas, van a estar participando desde el inicio, así enfrentará menos conflictos y menos enfrentamientos, porque ya se recogió la voz.

Cuando exista un cambio de autoridad en el diseño de una política con participación va a tener menos complicaciones para la nueva autoridad, ya que la idea es luchar por políticas de estado y no por políticas que vayan variando de gobierno, por eso que fortalece la gobernabilidad y el estado de derecho.

Da legitimidad a las políticas públicas: Los presupuestos, acciones, técnicas, estrategias en donde han participado otros actores, lo más probable es que esa política pública va contar



con el apoyo de grupos y la ciudadanía; en este sentido, va a obtener participación en el proceso, legítimo y transparente.

Los actores que participaron en el diseño de esta política se conviertan en voceros y defensores de política pública, ya que estuvieron presentes desde la discusión de sus complejidades, los análisis y las alternativas. Y por último, permite anticipar posibles conflictos que sin duda se van a presentar.

### Referencias bibliográficas

- Acosta, Y. (2008). Ciudadanía y democracia postransicional en América Latina. *Revista de Ciencias Sociales*, (24), 35-46. Recuperado de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=453644786004>
- Bracho Mosquera, A. S. (2023). Aproximación a los mecanismos de participación en el Órgano Legislativo: Panamá. *Revista Conjeturas Sociológicas*, 168-189. Recuperado de <https://revistas.ues.edu.sv/index.php/conjsociologicas/article/view/2723>
- CEPAL (Director). (2018). *Andrea Sanhueza, experta en participación ciudadana, Investigadora Alianza para el Gobierno Abierto*. Santiago, Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Recuperado de [https://www.youtube.com/watch?time\\_continue=144&v=c-87EggaTfA&feature=emb\\_logo](https://www.youtube.com/watch?time_continue=144&v=c-87EggaTfA&feature=emb_logo)
- Constante López, A. (2017). De refugiados a parias, en la modernidad líquida. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, 62(230), 383-392. [https://doi.org/10.1016/S0185-1918\(17\)30032-6](https://doi.org/10.1016/S0185-1918(17)30032-6)
- Echeverría, B. (2009). *¿Qué es la modernidad?* Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Gandásegui, M. A. (1998). *La Democracia en Panamá* (2da ed.). Panamá: Centro de Estudios Latinoamericanos «Justo Arosemena».
- Giddens, A. (1994). *Consecuencias de la Modernidad* (A. Lizón Ramón, Trad.). Madrid: Alianza Editorial.
- Habermas, J. (2022). *Refugiados, migrantes e integración. Una breve antología* (J. C. Velasco, Trad.). Madrid: Tecnos.
- Habermas, J. (2011). *Facticidad y validez (6ta ed.) Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*.

- López Morlanes, G. (2023). Pasolini and the Construction of the Margins of Modernity. Post-history, Crisis of Experience and Spaces of Resistance. *Res Publica. Revista de Historia de las Ideas Políticas*, 26(2), 269-279. Scopus. <https://doi.org/10.5209/rpub.86870>
- Pinto, S. (2012). *Los mecanismos y espacios de participación ciudadana desde la municipalidad: Casos de los municipios de Arraiján (Panamá), y de montes de oca (Costa Rica)*. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), Costa Rica.
- Pizzurno Gelós, P. (2016). *El miedo a la modernidad en Panamá (1904-1930)*. Ciudad de Panamá: Editorial Cultural Portobelo.
- Sartori, G. (2022). *La Democracia en 30 Lecciones* (L. Foschini, Ed.; A. Pradera, Trad.). Madrid: Editorial Taurus.
- Serrano Rodríguez, A. (2015). La participación ciudadana en México. *Estudios Políticos*, 34, 93-116. <https://doi.org/10.1016/j.espol.2015.05.001>

## Seguridad y confianza contractual: Una mirada a las garantías de la contratación pública

### Contractual Security and Trust: An Examination of Public Procurement Bonds

**Marcos Olmedo Almanza Barrios**

Contraloría General de la República.

Panamámaalmanza@contraloria.gob.pa

ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-7497-8166>

*Recibido: 10/09/2023*

*Aprobado: 10/11/2023*

#### Resumen

Este artículo explora el origen histórico de la confusión terminológica entre fianza y garantía, destacando sus diferencias fundamentales. Examina las formas de constituir garantías según la Ley de Contrataciones Públicas y profundiza en el concepto de fianza, sus características y la aplicabilidad del beneficio de excusión. Además, aborda los tipos de fianzas de contratación pública clasificadas según el objeto de la obligación garantizada, a saber, las fianzas de propuesta, cumplimiento y pago anticipado.

**Palabras Clave:** Contratación pública, contrato, fianza, garantía, Estado, fiador, contratista, beneficio de excusión, fianza de propuesta, fianza de cumplimiento y fianza de pago anticipado.

#### Abstract

This article explores the historical origin of terminological confusion between bond and guarantee, emphasizing their fundamental differences. It examines the ways to establish

guarantees according to the Public Procurement Law, delving into the concept of a bond, its characteristics, and the applicability of the benefit of excussion. Furthermore, it addresses the types of public procurement bonds classified based on the object of the guaranteed obligation, namely, bid bonds, performance bonds, and advance payment bonds.

**Keywords:** Public procurement, contract, bond, guarantee, State, guarantor, contractor, benefit of excussion, bid bond, performance bond and advance payment bond.

## **Introducción**

Las fianzas desempeñan un papel destacado en la contratación pública, asegurando que los acuerdos se cumplan a cabalidad y que los fondos públicos se utilicen de manera eficiente y responsable. Este artículo se adentra en este tema, abordándolo desde cuatro aspectos fundamentales.

En Panamá, es escasa la literatura sobre las fianzas de contratación pública, razón por la cual presentamos este trabajo con el propósito de sentar las bases de este instrumento jurídico, explorando las diversas formas en que se pueden constituir las garantías en la contratación pública, desde el efectivo hasta las garantías bancarias, puesto que entenderlo es esencial para la toma de decisiones, por parte el Estado y sus contratistas.

Asimismo, analizaremos en profundidad qué implica un contrato de fianza en el contexto de la contratación pública, lo cual nos ayudará a comprender cómo funciona este acuerdo para administrar eficazmente las garantías en proyectos gubernamentales.

Por último, exploraremos los diferentes tipos de garantías utilizados en este contexto, desde garantías de cumplimiento hasta garantías de pago anticipado. Cada una de ellas tiene un propósito específico y brinda un nivel único de seguridad.

## **1. Generalidades**

Un elemento fundamental en la contratación pública, sin duda, es la fianza, instrumento contractual y jurídico que respalda las responsabilidades y obligaciones a cargo de los contratistas del Estado, otorgando mayor poder y confianza (Hinestrosa, 2007), dado que al presentarse un incumplimiento en la ejecución de los contratos, el Estado tiene el poder de reclamar por el incumplimiento de la obligación y tener la confianza de que será indemnizado, ya sea mediante el pago o el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato garantizado.

En Panamá, el primer párrafo del artículo 120 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la (Ley 153, 2020), en adelante Ley de Contrataciones Públicas, establece la forma en que se pueden constituir las garantías en las contrataciones públicas al disponer lo siguiente: “Las fianzas habrán de constituirse en efectivo, en títulos de crédito del Estado, en fianzas emitidas por compañías de seguros, o mediante garantías bancarias o en cheque certificado o de gerencia”.

Del artículo citado, es necesario precisar que a lo largo de la historia ha existido una confusión entre los términos fianza y garantía, ya que ambos conceptos jurídicos se encuentran relacionados con la responsabilidad y el cumplimiento de las obligaciones; sin embargo, existen diferencias entre sí.

De esta confusión, no escapó el legislador patrio al referirse a las fianzas de contratación pública, incurriendo en un error terminológico al enmarcar otros tipos de garantías bajo esta figura jurídica, lo que representa uno de los principales problemas de interpretación y aplicación de la ley.

La confusión en torno a los términos “fianza” y “garantía” tiene sus raíces en un sentido histórico y legal que es esencial comprender. Desde una perspectiva doctrinal, la garantía personal más antigua, que se remonta al Derecho Romano, es la “fianza”, mediante la cual un tercero se comprometía con el acreedor a pagar en nombre del deudor si este último no cumplía con su obligación. Además, en esos tiempos, las consecuencias por incumplimiento podían ser extremadamente severas, incluso la pena de muerte (Sánchez Flores, 2001). Por tanto, la fianza estaba estrechamente relacionada con la confianza que un tercero depositaba en la relación jurídica.

Por otro lado, la noción más amplia de garantía abarca cualquier medio que asegure o compense a un individuo (acreedor) por el incumplimiento o daño causado por otro (deudor), sin necesidad de la intervención de un tercero para garantizar el cumplimiento de la obligación. Por lo que no es lo mismo hablar de “garantía” que de “contrato de garantía”. Mientras que la definición que hemos proporcionado para “garantía” tiene un alcance general, el “contrato de garantía” es un tipo específico de garantía que implica un acuerdo de voluntades, generalmente escrito, que vincula a una persona o a un determinado bien, como respaldo de una obligación en caso de incumplimiento. Dentro de la categoría de contratos de garantía, encontramos la fianza (garantía personal), la prenda y la hipoteca (garantías reales).

De allí que, en artículo 120 de la Ley de Contrataciones Públicas, se contemplan varias formas de constituir garantías, que fueron equívocamente arropadas bajo la figura de la fianza.

## **2. Formas de constituir garantías en la contratación pública**

### **2.1. Efectivo**

Las garantías constituidas en efectivo son una forma de garantía financiera que se utiliza regularmente en los negocios y transacciones comerciales, y se refiere al uso de dinero en efectivo como respaldo para asegurar el cumplimiento de una obligación. Sin embargo, comúnmente, la forma en que el efectivo se constituye en garantía es a través de su depósito en una cuenta bancaria que, por lo general, pertenece a un tercero designado quien custodia estas sumas de dinero hasta el cumplimiento de la obligación.

Es importante mencionar que, este modo de garantizar las obligaciones es muy poco utilizado, ya que representa un gran costo por parte del garante, porque afecta directamente su patrimonio, pues son dineros que no podrá utilizar en el futuro.

### **2.2. Títulos de créditos del Estado**

Los títulos de crédito son documentos de contenido crediticio que representan una deuda y confieren a su tenedor el derecho a recibir las prestaciones o pagos especificados en ellos. Estos instrumentos financieros desempeñan un papel fundamental en la economía y en la gestión de las finanzas estatales. En el contexto del Estado, la emisión de títulos de deuda pública cumple un propósito crucial: Financiamiento del presupuesto gubernamental.

Entre los diversos tipos de títulos de deuda pública o títulos de crédito que el Estado emite, destacan las letras, notas y bonos del tesoro. Estos instrumentos financieros pueden variar en

plazos de vencimiento, tasas de interés y condiciones. Sin embargo, a pesar de su importancia en el ámbito financiero, es interesante notar que su utilización como garantía en la contratación pública es relativamente escasa, debido a que estos títulos de deuda pública generalmente se consideran activos financieros destinados a inversiones y no como mecanismos adecuados para respaldar obligaciones contractuales, por lo que los contratistas del Estado tienden a recurrir a otras-formas de garantía más apropiadas.

### **2.3.Cheque certificado o de gerencia**

Nuestro Código de Comercio patrio no nos ofrece una definición de cheque, pero podemos definirlo como aquel título de valor en el que el titular de una cuenta bancaria ordena a su banco que pague una determinada cantidad de dinero a otra persona, ya sea natural o jurídica, considerándose una promesa de pago por parte del titular de la cuenta.

Al respecto, Débora Basurto (s.f.) señala lo siguiente:

Podemos definir el cheque, como aquella orden de pago pura y simple, emitida (librada) contra un banco en el cual el emisor (librador) tiene fondos depositados a su orden, en cuenta corriente bancaria. También se define como aquel documento que permite al librador retirar en su provecho o en el de un tercero la totalidad o parte de los fondos disponibles. La doctrina ha coincidido en sostener que el cheque es un típico instrumento o medio de pago. Un producto del desarrollo bancario, cuyo uso es universal.

Esta forma de constituir garantía opera de la misma forma que el efectivo, con la diferencia de que el instrumento de pago es distinto. Si bien, la emisión de un cheque no representa dinero líquido inmediato a disposición del beneficiario en caso de incumplimiento de las obligaciones garantizadas, este debe estar respaldado con una cuenta bancaria con fondos



disponibles, por ello es considerado una promesa de pago por parte su titular que, al ser depositado correctamente, las sumas de dinero consignadas en el documento pasarán a estar en posesión del beneficiario, quien los mantendrá en custodia hasta cumplida la obligación.

Ahora bien, la Ley de Contrataciones Públicas señala que estos cheques deben ser certificados o de gerencia. Tanto los cheques certificados como los de gerencia son tipos especiales de cheques, y se utilizan generalmente en transacciones o negocios que requieren de mayor respaldo o garantía de pago, tal es el caso de la Contratación Pública; no obstante, presentan diferencias entre ellos.

El cheque certificado, también denominado “cheque conformado”, tuvo su origen en la costumbre bancaria del Estado New York, quien firmó el 19 de mayo de 1897 la *Negotiable Instruments Law*, texto normativo que reconoce formalmente esta clase de cheques (Peña Nossa, 2019). Podríamos definirlo como aquel donde el banco emisor certifica que los fondos bancarios del librador son suficientes para pagar la suma descrita en este, es decir, el banco emisor reserva estos fondos garantizando que el beneficiario reciba el pago al momento de la presentación del cheque.

Por otro lado, a diferencia del cheque certificado, donde el emisor únicamente valida y certifica la existencia de los fondos del cuentahabiente y los reserva, el cheque de gerencia es expedido por el banco con cargo a sus propias dependencias, por lo que el emisor cumple una doble función, ya que actúa como girador y girado.

## **2.4.Fianzas emitidas por compañías de seguros**

En primer lugar, es importante señalar que, en la contratación pública, la fianza es el tipo de garantía más utilizada, debido a que esta no castiga la capacidad financiera del contratista, permitiéndole invertir eficientemente su dinero en la ejecución del contrato.

Queremos destacar que, la Ley de Contrataciones Públicas al señalar que las fianzas que se podrán constituir como garantía de los contratos públicos son aquellas emitidas por compañías de seguros, pareciera que estaría excluyendo la posibilidad de que otras entidades financieras pudieran emitir este tipo de garantía; empero, queda abierta la posibilidad de que la fianza también puedan ser emitidas por bancos, ya que dentro de los tipos de “fianza” de contratación pública se contemplan las garantías bancarias.

Sobre este tipo de garantía volveremos a profundizar más adelante.

## **2.5.Garantías bancarias**

Las garantías bancarias, en general, pueden definirse como compromisos escritos por parte de un banco para respaldar las obligaciones de un cliente, por lo que dentro de este concepto se enmarcan varios tipos de garantías que son emitidas por los bancos dentro de su giro normal de operaciones.

Sobre las garantías bancarias, nos parece interesante la definición que nos ofrece la Superintendencia Financiera de Colombia (2004), al señalar:

Así las cosas, las garantías bancarias son aquellas expedidas por uno cualquiera de los establecimientos de crédito para asegurar el cumplimiento de una o varias obligaciones de manera total o parcial, contraídas por un cliente suyo a favor de terceros, tales como los avales, las aceptaciones, la carta orden de crédito, etc. En general puede decirse que en todos los supuestos en donde un cliente de un

establecimiento de crédito se vea constreñido a respaldar la seriedad de una oferta, el cumplimiento de requisitos, etc., cabe la posibilidad de otorgar una garantía bancaria por parte de éste.

En Panamá, las garantías bancarias más utilizadas en la contratación pública son las cartas de crédito y las fianzas, las cuales, a nuestro parecer brindan mayor respaldo en el cumplimiento de las obligaciones.

### **3. El contrato de fianza**

#### **3.1. Aspectos Fundamentales**

El (Código Civil) panameño, en su artículo 1512, establece que "por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero en el caso de no hacerlo éste". Este artículo, que es un reflejo del artículo 1822 del Código Civil español, sienta las bases de la definición de este tipo de garantía, ya que si bien no se refiere propiamente al contrato de fianza, se enfoca en la función que desempeña, coincidiendo con Casanueva (1999), quien al abordar el artículo 1936 del Código Civil italiano, que define el contrato de fianza como aquel en el cual el fiador, al comprometerse personalmente frente al acreedor, garantiza el cumplimiento de una obligación ajena, señala que "no parece que con tal disposición se esté refiriendo específicamente al contrato (o incluso al negocio) de fianza; parece que a lo que se refiere es a la función que realiza este en la esfera jurídica".

Por su parte, la (Resolución No.2259-2023-LEG/FySE ) emitida por la Contraloría General de la República, en el ámbito de la contratación pública, en su artículo 3, dispone lo siguiente:

La fianza es un contrato contenido en un documento de texto breve y general, que vincula al fiador, que puede estar constituido por una o más compañías aseguradoras o entidades bancarias, quien es garante del cumplimiento de una obligación de una

persona natural o jurídica, llamada FIADO, para con un tercero, constituido por la entidad estatal correspondiente y la Contraloría General de la República, llamadas ENTIDAD ESTATAL BENEFICIARIA. Para los efectos de la presente reglamentación igualmente se entiende a la Contraloría General de la República como LA ENTIDAD ESTATAL BENEFICIARIA.

Este artículo, además de describir la relación entre el fiador y el beneficiario de la garantía, clasifica la fianza como un contrato. Es relevante destacar que, este artículo introduce el concepto de lo que podríamos denominar "Fianza de Contratación Pública". Esta forma particular de fianza se encuentra dentro de la categoría más amplia de las fianzas legales, según lo señalado en el artículo 1513 del Código Civil panameño.

Para Sánchez Flores (2001), “la fianza es un contrato accesorio por el cual una persona se compromete con el acreedor, a pagar por el deudor, la misma prestación o una equivalente o inferior, en igual o distinta especie, si este no lo hace”.

De esta definición de fianza resalta su naturaleza de contrato secundario y accesorio, donde una persona denominada “fiador” se compromete con el acreedor a cumplir con la obligación del deudor principal en caso de que este último no lo haga. Resulta interesante que, según lo señalado, la fianza permite flexibilidad en cuanto a la naturaleza de la prestación que el fiador podría tener que cumplir; podría ser la misma que la del deudor, una equivalente o incluso de menor valor, siendo concordante con el artículo 1516 de nuestro (Código Civil), que establece que “el fiador puede obligarse a menos, pero no a más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones”.

Adicionalmente, expresa el autor que el cumplimiento de fiador puede ser en la misma categoría o en una diferente, posibilidad que ofrece la Ley de Contratación Pública al fiador, al disponer en su artículo 129 que, en caso de incumplimiento por parte del contratista, la fiadora tendrá la opción de pagar el importe de la fianza o de sustituir al contratista en todos los derechos y obligaciones del contrato.

Es preciso destacar que, la relación triangular entre el fiador, el deudor y el acreedor es un aspecto fundamental de este tipo de contrato, donde la confianza en la capacidad y solvencia del fiador juega un papel esencial. En consecuencia, el artículo 1518 del (Código Civil) ordena que el obligado a dar fianza debe presentar una persona que tenga capacidad para obligarse y bienes suficientes para responder de la obligación que garantiza.

De allí que, el artículo 120 de la Ley de Contratación Pública establece la obligación de la Superintendencia de Seguros y Reaseguros de Panamá y de la Superintendencia de Bancos, de remitir como mínimo semestralmente, para consideración de la Contraloría General de la República, el listado de las compañías de seguros y bancos que gocen de solvencia, indicando en cada caso el monto de las obligaciones que pueden garantizar estos, con el propósito de contar con información actualizada sobre estas instituciones financieras y facilitar la toma de decisiones por parte de las entidades públicas, contribuyendo a que cuenten con garantías sólidas al celebrar sus contratos, protegiendo así los intereses del Estado y de la ciudadanía en general.

Sobre este particular Sánchez Flores (2001), ha mencionado lo siguiente:

Por supuesto, que también en la fianza la garantía resulta en definitiva de la solvencia patrimonial del fiador, en virtud del principio de que el deudor responde del

cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes; pero, hay aquí una responsabilidad difusa, sobre todo el patrimonio, y no sobre partes concretas del mismo.

La responsabilidad difusa a la que se refiere el autor, representa uno de los problemas más relevantes en materia de las fianzas en la contratación pública, ya que la emisión de fianzas por parte de las compañías aseguradora y los bancos se encuentra dentro del giro regular de sus operaciones, es decir, una misma entidad financiera podría encontrarse garantizando más de una contratación, por lo que al existir una responsabilidad difusa, sobre todo el patrimonio del fiador, esta característica se repite en cada obligación garantizada. Por tanto, aun cuando en la contratación pública los entes supervisores de las aseguradoras y los bancos certifiquen la solvencia y el monto de las obligaciones que pueden garantizar sus supervisados, esto no elimina la posibilidad de que el fiador multiplique sus obligaciones de garantía, lo que representa una situación de desconfianza, dado que de existir incumplimiento de más de una de estas obligaciones, la fianza “no otorga ningún beneficio” (Sánchez Flores, 2001) al Estado en caso de que el conjunto de obligaciones garantizadas supere la capacidad financiera del fiador, escenario que se ha presentado recientemente en nuestro país, en atención a la insolvencia de la compañía Aseguradora Nacional de Seguros de Panamá y Centroamérica, que la condujo a un proceso de liquidación forzosa.

### **3.2. Características de las fianzas de contratación pública**

En primer lugar, es importante resaltar que, tal como mencionamos anteriormente, esta es una fianza de tipo legal, debidamente contemplada en la Ley de Contrataciones Públicas, y que presenta características propias. Veamos cada una de ellas:

### **3.2.1. Aleatoria**

Sobre los contratos aleatorios, el artículo 1482 del (Código Civil) patrio señala:

Por el contrato aleatorio, una de las partes, o ambas recíprocamente, se obligan a dar o hacer alguna cosa en equivalencia de lo que la otra parte ha de dar o hacer para el caso de un acontecimiento incierto, o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado.

Con relación al tipo de contratos, Cervantes Altamirano señala que “es aleatorio, cuando las partes tienen en cuenta un riesgo de provecho o de pérdida, del cual hacen depender esencialmente la existencia o cuantía de sus obligaciones” (1950).

Por tanto, un contrato aleatorio implica que el obligado en la relación jurídica se comprometa al cumplimiento de la obligación en respuesta a un evento incierto o un acontecimiento que ocurrirá en un momento indeterminado.

Este elemento de incertidumbre es particularmente relevante en el contrato de fianza, puesto que el fiador se compromete a asumir la obligación principal del contratista en caso de incumplimiento, que depende de que el deudor no cumpla con su deber original, lo que puede considerarse un evento incierto, aun cuando se conozca el alcance de su responsabilidad, en virtud de que el fiador acepte el riesgo de pérdida en función del comportamiento futuro del deudor.

### **3.2.2. Accesorio**

Una de las características más distintivas de los contratos fianza es su naturaleza accesorio, la cual se encuentra definida en el artículo 1514 del (Código Civil), en atención al cual la fianza solo puede existir si está respaldando una obligación válida y previamente establecida,

es decir, la existencia de la fianza depende de una obligación legítima y primitiva que requiere garantía.

En este sentido, el artículo 3 de la (Resolución No.2259-2023-LEG/FySE ) de 10 de agosto de 2023 señala que, “para los efectos técnicos y legales se harán extensivas y propias las cláusulas del contrato principal dentro del contrato de fianza, en lo relativo a la ejecución del contrato.”

### **3.2.3. Autónoma**

En virtud del carácter autónomo de la fianza, podemos señalar que, este contrato contempla términos y condiciones propias, por lo que el fiador tiene el derecho de ejercer las excepciones que se deriven de lo pactado en el contrato de fianza.

Al respecto, Hinestrosa (2007) ha mencionado que “el fiador, de suyo, al otorgar la fianza se entiende responsabilizarse por toda la extensión de la obligación principal, pero bien puede restringir su responsabilidad en la cuantía, el tiempo, el modo, la condición”, en atención a lo contemplado en el contrato de fianza.

Tal es el caso de la exoneración de la fiadora por el incumplimiento de notificación, consagrado en el artículo 39 de la (Resolución No.2259-2023-LEG/FySE ) de 10 de agosto de 2023.

### **3.2.4. De adhesión**

La Ley de Contratación Pública, en su artículo 121, estipula que las fianzas que emitan para garantizar las obligaciones del Estado serán reglamentadas por la Contraloría General de la República, en la que incluirá los modelos de las fianzas correspondientes.



Fundamentado en lo anterior, podemos indicar que, las fianzas de contratación pública se configuran dentro de la categoría de los contratos de adhesión, ya que el contrato debe cumplir con el modelo establecido por la Contraloría y, además, debe cumplirse con la (Resolución No.2259-2023-LEG/FySE ) de 10 de agosto de 2023, en lo relativo a su vigencia, cuantía y condiciones.

### **3.2.5. Formal**

La fianza de contratación pública es un contrato formal dado que, en cumplimiento de los modelos establecidos por la Contraloría General de la República, deberá constar por escrito y cumplir con formalidades que establece el artículo 7 de la (Resolución No.2259-2023-LEG/FySE ) de 10 de agosto de 2023.

### **3.2.6. Oneroso**

La onerosidad es una característica típica de los contratos de fianza mercantil y es determinada por la retribución económica del fiador por la responsabilidad asumida, en otras palabras, por el servicio prestado por el fiador de otorgar garantía, este cobra una contraprestación.

El artículo 1513 del (Código Civil) reconoce esta característica al establecer que la fianza puede ser gratuita o título oneroso, mientras que el Código de Comercio señala que podrá ser retribuida si en ello convinieren el fiador y el deudor principal.

### **3.2.7. Bilateral**

Es común encontrar en la doctrina autores que cataloguen la fianza como un contrato unilateral, debido a que en la relación jurídica es uno el obligado, puesto que el fiador que se obliga otorgar respaldo y garantía en caso del incumplimiento del deudor, noción aplicable a

la concepción civilista de la fianza. No obstante, en la fianza mercantil y en la fianza de contratación pública, esta unilateralidad no es del todo cierta, puesto que el fiador se compromete a garantizar siempre y cuando el otro contratante, en este caso el contratista, cumpla con el pago de la prima, por lo que la fianza es considerada no solo como un contrato bilateral sino, además, un contrato de prestaciones correlativas.

### **3.3. El beneficio de excusión**

Otro tema, cuyo tratamiento consideramos relevante, es el beneficio de excusión en el caso de la fianza de contratación pública, entendiendo que este es un principio que permite al fiador solicitar al acreedor que primero agote los recursos y activos del deudor principal previo a exigir al fiador que cumpla la obligación garantizada.

La Corte Suprema de Justicia, mediante Fallo de 3 de junio de (1996), de la Sala de lo Civil, sobre el beneficio de excusión en la fianza mercantil, ha sostenido lo siguiente:

El beneficio de excusión tiene como finalidad que los fiadores de una obligación a cargo de un tercero, en caso de incumplimiento por éste se requiera de pago por el acreedor, en primer término al deudor, es decir, requiere que, antes de hacer efectiva, la fianza haya requerido de pago al deudor principal, o, en caso de ser ejecutado antes, el fiador puede denunciar bienes del deudor para los efectos del cumplimiento de la obligación por el deudor principal.

Ahora bien, a diferencia de lo dispuesto en los artículos 809 y 811 del (Código de Comercio), la Ley de Contrataciones Públicas al referirse al incumplimiento del contratista y a la ejecución de la fianza, establece en su artículo 138 un procedimiento muy distinto. A saber:

El incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista dará lugar a la resolución administrativa del contrato, la cual se efectuará por medio de acto administrativo debidamente motivado. La entidad contratante notificará a la fiadora el incumplimiento del contratista, decretado mediante resolución motivada, la que dispondrá de un término de veinte días hábiles, siguientes a la notificación de incumplimiento, para ejercer la opción de pagar el importe de la fianza o de sustituir al contratista en todos sus derechos y obligaciones, siempre que quien vaya a continuarlo, por cuenta de la fiadora y a cuenta y riesgo de esta, tenga la capacidad técnica y financiera, a juicio de la entidad contratante.

De allí que, una vez se haya decretado el incumplimiento mediante resolución motivada, es inmediatamente exigible el cumplimiento de la obligación garantizada por parte del Estado, para lo cual el fiador tendrá un término de veinte días hábiles, siguientes a la notificación de incumplimiento, para pagar o sustituir al contratista, concluyéndose que, en materia de contratación pública, el fiador no goza del beneficio de excusión.

Este mismo concepto fue plasmado en el Capítulo IV de la (Resolución No.2259-2023-LEG/FySE ) de 10 de agosto de 2023, al tratar la ejecución de la fianza de cumplimiento en la fase de vicios y defectos, donde además denota la solidaridad en las fianzas de contratación pública, ya que también de lo expuesto, señala en el primer párrafo de su artículo 41, que cuando se presenten vicios redhibitorios o cualquier otro vicio o defecto en el objeto del contrato, así como defectos de reconstrucción o de construcción de la obra o bien inmueble, la entidad contratante deberá notificar por escrito al contratista y a la fiadora la existencia de los mismos, para que respondan por ellos.

#### **4. Tipos de fianza en la contratación pública**

El Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenada por la (Ley 153, 2020), establece cuáles son los tipos de fianza en la contratación pública, atendiendo al objeto de la obligación a garantizar. Es preciso anotar que, la Ley se refiere a ellas como fianzas; sin embargo, tal como hemos señalado existe una mala aplicación del término utilizado por el legislador, ya que todos estos tipos de fianzas son en realidad tipos de garantía, clasificados según el objeto de la obligación que se garantiza; sin embargo, procurando un mejor entendimiento de los tratado en este punto, seguiremos refiriéndonos a ellas como fianza. A continuación, analizaremos las fianzas de propuesta, cumplimiento y pago anticipado.

##### **4.1. Fianza de propuesta**

Esta garantía, llamada también de concurso, es aquella que garantiza la oferta presentada por el proponente en un acto de selección de contratista y, además, garantiza que una vez realizada la adjudicación, el adjudicatario firme el contrato y presente la fianza de cumplimiento dentro del término establecido en el artículo 89 de la Ley de Contratación Pública, es decir, 5 días hábiles contados a partir de la notificación de la resolución de adjudicación.

Ahora bien, existen excepciones en cuanto a la exigibilidad de esta garantía, la cuales han sido recogidas por la Contraloría General de la República, en el artículo 13 de la Resolución No.2259-2023-LEG/FySE de 10 de agosto de 2023, el cual señala:

ARTICULO 13. No se exigirá fianza de propuesta en los siguientes casos:

1. En los actos de contratación pública cuyo precio de referencia no supere los quinientos mil balboas (B/.500,000.00);

2. En la contratación menor, esto es en el procedimiento de selección de contratista para la adquisición de bienes, servicios u obras que no excedan de cincuenta mil balboas (B/.50,000.00);
3. En las licitaciones por convenio marco;
4. En la licitación de subasta en reversa y de subasta de bienes públicos que se realicen de manera electrónica;
5. En los procedimientos excepcionales de contratación;
6. En los procedimientos especiales de contratación y,
7. En los casos en que la Ley 22 de 2006 así lo disponga.

Además de los supuestos señalados en el citado artículo, la Ley de Contrataciones Públicas en su artículo 87, prescribe que en las contrataciones por mérito tampoco se solicitará fianza de propuesta.

En cuanto a la cuantía y vigencia por la que debe ser emitida esta garantía, la ley establece que será por el 10% del valor de la propuesta, y su vigencia será por un término no mayor de ciento veinte días hábiles de vigencia, según lo establecido en el pliego de cargos, salvo los contratos que en atención a su monto o complejidad, ameriten otorgar un término diferente, que constará en el pliego de cargos y que no excederá de ciento ochenta días hábiles.

Asimismo, la fianza de propuesta será el equivalente al 10% del avalúo del bien, en los casos de disposición o adquisición de bienes mediante licitación de subasta en reversa o subasta de bienes públicos y en los casos de arrendamiento de bienes del Estado, será equivalente a dos meses de canon de arrendamiento del bien de que se trate.

#### **4.2. Fianza de cumplimiento**

La fianza de cumplimiento, en concordancia con el artículo 123 de la Ley de Contrataciones Públicas, cubre dos tipos de obligaciones. En primer lugar, asegura el fiel cumplimiento del objeto contractual, y en segundo lugar, respalda la calidad de los servicios, trabajos y materiales utilizados o bienes suministrados, por lo tanto, una vez el contratista cumpla el objeto del contrato, garantiza la corrección de posibles defectos.

La vigencia de esta garantía corresponderá al período de ejecución del contrato principal y al término de la liquidación. Vencido el término anterior, la garantía deberá mantenerse vigente por un período adicional de un año si trata de bienes muebles para responder por vicios redhibitorios, salvo lo bienes muebles consumibles que no tengan regulación especial, cuya cobertura se limita a seis meses, y por el término de tres años, para responder por defectos de reconstrucción o construcción de la obra o bien inmueble.

Es fundamental destacar que, la (Resolución No.2259-2023-LEG/FySE ) de 10 de agosto de 2023, introdujo un cambio importante en la interpretación de la vigencia de la fianza de cumplimiento. Previamente, existía cierta ambigüedad en la interpretación, tanto del artículo 18 del (Decreto No.33-Leg) de 8 de septiembre de 2020, como del modelo de la fianza de cumplimiento contemplado en el mismo. Esta ambigüedad llevó a interpretaciones diversas, incluso por parte del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, donde se consideraba que mientras el contrato principal no se liquidara, la fianza de cumplimiento permanecía vigente, dado que el contrato de fianza es accesorio al principal, lo cual generaba incertidumbre por parte de los afianzadores.

Atendiendo esta situación, la (Resolución No.2259-2023-LEG/FySE ) de 10 de agosto de 2023, establece en su artículo 18 que, si el pliego de cargos o los términos de referencia no especifican un término de liquidación y no se ha acordado en el contrato principal, ni mediante acuerdo adicional, la fianza de cumplimiento permanecerá vigente hasta dos (2) meses después del vencimiento del plazo para la ejecución del contrato. Período después del cual la fianza se considerará vencida para responder por la ejecución del contrato, independientemente de si este ha sido liquidado o no. Sin embargo, esta seguirá vigente por el período establecido en la Ley de Contrataciones Públicas para responder por vicios o defectos en el objeto del contrato.

Esta disposición brinda un panorama concreto sobre la duración de la fianza en el contexto de la contratación pública, contribuyendo a la certeza y seguridad contractual para todas las partes involucradas.

Finalmente, sobre la cuantía de esta garantía, el artículo 20 de la (Resolución No.2259-2023-LEG/FySE ) de 10 de agosto de 2023, señala que es responsabilidad de la entidad contratante determinar su cuantía; sin embargo, en ningún caso será inferior al 50% del valor total del contrato cuando este sea de obra, ni menor al 10% del valor total del contrato en todos los demás.

#### **4.3. Fianza de pago anticipado**

La fianza de pago anticipado fue diseñada para salvaguardar los recursos públicos y garantizar que los adelantos de dinero entregados al contratista se utilicen exclusivamente para la ejecución adecuada del contrato. De acuerdo con el artículo 124 de la Ley de Contrataciones Públicas, esta garantía debe ser igual o superior al 100% de la suma

adelantada, asegurando así que, en caso de incumplimiento, los fondos sean reintegrados en su totalidad.

La vigencia de esta garantía es otro elemento importante, ya que debe extenderse durante todo el período principal del contrato, incluyendo la liquidación, y continuar por un plazo adicional de treinta días calendario después de su vencimiento. Esta extensión asegura que cualquier falta de cumplimiento posterior al período principal aún esté cubierto.

### **Conclusión**

Este artículo ha arrojado luz sobre la importancia de las fianzas de contratación pública en Panamá y su papel fundamental en la seguridad contractual. Hemos explorado las generalidades de estos contratos, los modos de constituir garantías, el contrato de fianza y sus características específicas en el contexto de la contratación pública. También hemos analizado el beneficio de excusión como una protección clave para los fiadores.

Es evidente que las fianzas o garantías de contratación pública desempeñan un papel crucial en la promoción de la confianza y la protección de los intereses del Estado y los contratistas. Sin embargo, es esencial que se sigan evaluando y mejorando los procesos en la administración de los contratos y las fianzas en la contratación pública para garantizar su eficiencia.

### **Referencias Bibliográficas**

Basurto, D. (s.f.). (Superintendencia de Bancos de Panamá, Ed.). *Todo lo que debemos*

*saber sobre los cheques*. Obtenido de

[https://superbancos.gob.pa/documentos/articulo\\_interes/2016/Cheques\\_final.pdf](https://superbancos.gob.pa/documentos/articulo_interes/2016/Cheques_final.pdf)



Casanueva Sanchez, I. (1999). El contrato de fianza en los ordenamientos jurídicos italiano y español. (U. d. Extremadura, Ed.) *Anuario de la Facultad de Derecho*, 17, 616.

Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/119418.pdf>

Cervantes Altamirano, E. (1950). *Fianza de Empresa. Antecedentes Históricos y Naturaleza Jurídica*. México: Publicaciones del Seminario de Derecho Mercantil y Bancario. Universidad Autónoma de México.

*Código Civil*. (1916). Panamá: Ley 2 de 22 de agosto de 1916. D.O. No.2404 de 22 de agosto de 1916 (Panamá)

*Código de Comercio*. (1916). Panamá: Ley 2 de 22 de agosto de 1916. D.O. No.2418 de 4 de septiembre de 1916 (Panamá).

Contraloría General de la República. (8 de septiembre de 2020). *Decreto No.33-Leg*.

Obtenido de

[https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/29115/GacetaNo\\_29115\\_20200917.pdf](https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/29115/GacetaNo_29115_20200917.pdf)

Contraloría General de la República de Panamá. (10 de agosto de 2023). Resolución

No.2259-2023-LEG/FySE . Panamá: D.O. No.29873-A de 21 de septiembre de 2023.

Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Civil. (3 de junio de 1996). Obtenido de

<https://www.organojudicial.gob.pa/uploads/blogs.dir/1/2019/07/406/registro-judicial-junio-1996.pdf> (Panamá).

Decreto No.33-Leg. (8 de septiembre de 2020). Contraloría General de la República.

Obtenido de

[https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/29115/GacetaNo\\_29115\\_20200917.pdf](https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/29115/GacetaNo_29115_20200917.pdf)

D.O. No. No. 29115 (Panamá).

Hinestrosa, F. (2007). *Tratado de las Obligaciones* . Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Ley 153. (2020). Que reforma la Ley 22 de 27 de junio de 2006, de Contrataciones Públicas y dicta otras disposiciones. D.O. No.29020-A (Panamá).

Peña Nossa, L. (2019). *De los Títulos Valores* . Bogotá: Ecoe Ediciones.

Resolución No.2259-2023-LEG/FySE. Contraloría General de la República de Panamá. (10 de agosto de 2023). D.O. No.29873-A de 21 de septiembre de 2023 (Panamá).

Sánchez Flores, O. G. (2001). *El Contrato de Fianza* (Primera Edición ed.). México: Editorial Porrúa.

Superintendencia Financiera de Colombia. (2004). *Concepto No.2004001530-1*.

Recuperado el 19 de febrero de 2004, de

[https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/info/SFCant/Normativa/doctrinas2004/gtias\\_gbancarias052.htm](https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/info/SFCant/Normativa/doctrinas2004/gtias_gbancarias052.htm)

*Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública, ordenado por la Ley 153 de 2020. Gaceta Oficial. No.29107-A.*

## Indemnización por la formación en el fútbol profesional en panamá

### Compensation for professional football training in Panama

**Amílcar David Alvarado Stapf**

Contraloría General de la República. Panamá

[amalvarado@contraloria.gob.pa](mailto:amalvarado@contraloria.gob.pa)

ORCID: <https://orcid.org/0009-0001-4956-6537>

*Recibido: 11/10/2023*

*Aprobado: 15/11/023*

#### Resumen

El presente trabajo tiene como objeto servir como preludeo a la inserción, en materia de políticas públicas, a una de las figuras jurídicas que ha poseído una fuerza de expansión inconmensurable en la retribución y justicia económica, para quienes dedicaron su vida a la educación, adiestramiento y formación de deportistas que van a incorporarse a la masa laboral de la creciente industria del entrenamiento.

Con este instituto de la indemnización por formación demostraremos la gran oportunidad en que se ha constituido para los clubes, academias y escuelas, contar con la coyuntura de recibir cuantiosos ingresos dentro del fútbol profesional, que en otras épocas resultaría impensado que estos derechos económicos podrían estar protegidos, a través de un sistema que regulara esta actividad al respecto.

Por último, no podemos soslayar el valor que cobra en lo jurídico el significado de futbolista profesional, sentando los principios básicos que no debe ser considerado como un mero calificativo, por sus efectos que subyacen en lo laboral y las indemnizaciones que pudieran surgir, cuando un jugador se inscribe por primera vez como profesional.

**Palabras clave:** Registro, transferencia, pasaporte del jugador, salario mínimo y contrato escrito.

### **Abstract**

The purpose of this work is to serve as a prelude to the introduction of public policy in one of the legal concepts that has had an immeasurable impact on the compensation and economic justice for those who dedicated their lives to the education, training, and development of athletes who will join the workforce of the growing training industry.

With this institution of training compensation, we will demonstrate the significant opportunity it has become for clubs, academies, and schools to have the opportunity to receive substantial income within professional football, which in other times would have been unthinkable that these economic rights could be protected through an institution that regulates this activity.

Finally, we cannot overlook the legal significance of the term 'professional footballer,' establishing the basic principles that it should not be considered a mere qualifier due to the implications it has in the labor sphere and the potential indemnities that may arise when a player registers as a professional for the first time.

**Keywords:** Registration, transfer, player's passport, minimum wage and written contract.

## **Introducción**

La indemnización por los derechos de formación es un novedoso instituto que ha cobrado mucha fuerza y vigencia en los últimos 20 años dentro del marco jurídico, que regula el mercado laboral de los futbolistas profesionales en el mundo, a través del Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores de la Federación Internacional de Fútbol Asociado (en adelante FIFA). Esta reglamentación se ha extendido al ámbito nacional de cada Federación Nacional afiliada a la FIFA, conforme al desarrollo del fútbol profesional de cada país, resguardando la dinámica, reglas del mercado, características y el orden normativo que emana de la FIFA.

Esta figura de la indemnización por los derechos de formación fue introducida al fútbol profesional en Panamá por conducto de la Federación Panameña de Fútbol (en adelante Fepafut), como organización vertebrada y afiliada de la FIFA, de acuerdo con las características, dinámica económica y desarrollo de nuestro fútbol nacional, con base en la tabla de indemnización que ha promulgado la FIFA, a través de sus comunicados, conforme a cada confederación.

En el presente trabajo cavilaremos, jurídicamente, sobre la introducción de esta figura en el Reglamento de Fútbol Profesional en Panamá, desentrañaremos su origen, desarrollo y evolución normativa, determinando su objetivo y el bien jurídico que se tutela, su aplicación en el ámbito federativo panameño y el control de legalidad que le da seguridad jurídica para hacer efectivo el reclamo de este derecho entre clubes, academias y escuelas.

No obstante, es preciso advertir que este instituto no propugna garantías inalienables a favor de trabajadores, ni es un ensayo de derecho laboral propiamente como tal, puesto que la

titularidad de derechos que aquí se generan por razón de esta indemnización, consustancialmente corren a favor de los clubes formadores, cuando el futbolista firma su primer contrato por escrito como profesional.

### **1. Breves comentarios de la Sentencia Bossman**

Así como la pirámide Kelseniana representa gráficamente la idea de un sistema jurídico escalonado, la organización del fútbol mundial, actualmente regentada por la FIFA, también articula un régimen escalonado organizativo de asociaciones afiliadas, que entre su primordial objetivo se encuentre el de regular el fútbol profesional, las ligas profesionales y los relaciones laborales que se suscriben entre un club deportivo y un futbolista profesional.

El primer reglamento que profirió la FIFA y que ha regulado de manera muy precisa en lo concerniente a la indemnización por formación, fue sobre el Estatuto y Transferencia de jugadores de la FIFA, edición de septiembre del 2001. Este reglamento, que en su esencia se mantiene vigente y se va actualizando anualmente, es revisado y modernizado por medio de la Comisión del Futbolista Profesional de la FIFA.

Ahora bien, ¿cómo surge o dónde se origina esta figura *sui generis* que refiere a la indemnización por la formación?, ¿constituye parte del derecho público?, ¿cuál es su utilidad y quiénes son los obligados a abonar en una virtual indemnización? y ¿por qué la tarea de formación genera obligaciones pecuniarias para quienes se hacen de los servicios de un futbolista profesional?

Algunos convenios colectivos y legislaciones nacionales han labrado la construcción jurídica de la figura de la formación del futbolista profesional, pero sin dudas la Sentencia “Bosman”

del 15 de diciembre de 1995 proferida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, citada en el libro Derecho Deportivo Nacional e Internacional (Navía, 2007), marca no solamente el refrendo de un valioso aporte jurisprudencial y doctrinal en materia del deporte profesional y los derechos de formación, sino que diseccionó en todas sus formas el principio de primacía del derecho a la libre circulación de trabajadores para los comunitarios, piedra basamental en la evolución doctrinal de las materias de la nacionalidad como elemento discriminatorio en el derecho internacional público.

Antes de la Sentencia Bosman, algunos Estados miembros de la Unión Europea a través de sus federaciones deportivas constituidas, que tenían en vigor reglamentaciones que obligaban al nuevo empleador (nuevo club), luego de finalizado un contrato, a abonar una cantidad indemnizatoria al antiguo empleador en concepto de formación del deportista. Si el nuevo y el antiguo empleador no lograban ponerse de acuerdo, el nuevo contrato no surtiría efectos jurídicos, y en consecuencia no desplegaría efectos entre las partes, impidiendo con esto que el jugador no fuera transferido.

En aquel momento, mal o bien llamado, subrepticamente y no siendo una figura jurídica propiamente constituida, se le otorgaba el nombre de derecho de retención. Esta indigna figura imposibilitaba ejercer el derecho al trabajo a un deportista profesional, quien además de quedar restringida su libertad de elección para celebrar un nuevo contrato con un nuevo empleador, el antiguo empleador (es decir, el club formador) quedaba en la potestad de retener al jugador hasta que se le indemnizara con un monto que dispusiera a su discrecionalidad.

Este sistema ominoso fue uno de los tantos desarticulados por la Sentencia Bosman a través del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, quien se introduce a fondo sobre este sistema de transferencia de jugadores y el devenir de las negociaciones que han derivado en las modificaciones reglamentarias, que han corregido solo al tema tratado en este conflicto de las indemnizaciones por compensación o formación al finalizar un contrato de trabajo o, en su caso, celebrar su primer contrato laboral. (Navía, 2007, pág. 144)

Todos aquellos planteamientos que justificaban el equilibrio financiero y deportivo entre los clubes, la incesante búsqueda de nuevos talentos, la financiación para la formación de jóvenes jugadores y que, de cierta manera, finalizaba con la indemnización para compensar los gastos de los clubes formadores, fueron desestimados por este Tribunal Europeo, concluyendo que la imposición de estos tipos indemnizatorios arbitrarios no es una medida adecuada para garantizar esos objetivos, puesto que no son proporcionales a ellos, y en especial, porque estas transferencias de jugadores viola directamente el derecho fundamental a la libre circulación de trabajadores, decretado en el artículo 48 del Tratado de la Unión Europea. (Navía, 2007, pág. 146).

Este acucioso trabajo de control de legalidad y de interpretación de la normativa comunitaria no solo se constituyó en un derrotero jurídico y doctrinal para libre circulación de trabajadores en Europa y el Derecho Internacional Público, sino que concitó profundas modificaciones a los reglamentos federativos de los Estados Comunitarios como, por ejemplo, a la poderosa Unión Europea de Fútbol Asociado (UEFA), influyendo con su fuerza expansiva a los sujetos deportivos que se encuentran fuera del marco comunitario europeo.



Con el fin del derecho de retención entre comunitarios europeos, pocos años después sucedió una situación similar al Caso Bosman, pero con la particularidad que se trataba de un jugador extracomunitario, donde el Club Valencia de la Liga Española de Fútbol se negaba a pagar por la indemnización del jugador Goran Vlaovic, de nacionalidad croata, transferido al Club Padova del Calcio italiano. El Caso Goran fue solucionado mediante un acuerdo entre clubes, y el Club Valencia aceptó abonar una suma inferior a la que correspondía mediante los reglamentos FIFA de esa época, lo que provocó serias presiones de la Comunidad Europea a la FIFA, y con esto se crea el Nuevo Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores de la FIFA, cuya edición es de septiembre de 2001. (Mullin, 2010).

Este Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores de la edición 2001, en su esencia se mantiene vigente hasta el día de hoy; no obstante, la FIFA cada año lo actualiza para darle dinamismo jurídico, según los escollos que se van presentando. Esto se estructuró para darle sostenibilidad al Contrato Laboral, dejando de tener importancia la ficha o la inscripción registral, o dicho de otra forma, la titularidad de los derechos federativos o los mal llamados derechos de retención.

Con este parteaguas, los clubes quedan obligados a formalizar un contrato de trabajo con el jugador por un tiempo determinado y cierto, y si este último, si por alguna razón -mientras se encontrare vigente dicho contrato- fuera contratado por otro club, el antiguo club tendría el derecho a exigir y percibir una indemnización por la rescisión del contrato de trabajo, con esto poniéndole fin al derecho de retención.

Con este nuevo régimen normativo de la FIFA, ningún club tiene derecho a negar una transferencia y exigir una indemnización basado exclusivamente en el hecho que es titular de

los derechos federativos del derecho generado por la inscripción registral del jugador en una federación, para ello, es necesario, además, tener un contrato de trabajo vigente con el jugador.

Este nuevo giro estructural de la FIFA por otra parte, refinó el sistema de recompensar a los clubes formadores de jóvenes deportistas creando dos institutos, el Mecanismo de Solidaridad y la Indemnización por formación, dos figuras jurídicas que también le ponen fin al derecho de retención. Ambos tienen como objeto el reconocimiento pecuniario que se realizan a los clubes formadores, precisamente por adiestrar, educar y formar a un jugador en su etapa inicial y, aunque tengan carácter independientes, estos generan efectos jurídicos, posterior a la transferencia del jugador al nuevo club.

## **2. Cuestiones preliminares al Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores**

Como destacamos en algunas líneas anteriores, el Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores (RETJ) es actualizado y revisado cada año por el Comité del Futbolista Profesional de la FIFA y aprobado por el Concejo de la FIFA, siendo el del 2023 aprobado el 14 de marzo y entrando en vigor el 1 de abril del presente, manteniéndose respecto a las ediciones anteriores el punto 20, que dispone lo concerniente a la figura de la Indemnización por formación. (FIFA, 2023).

El ámbito de aplicación del RETJ, según lo señala el apartado número 1, es de carácter mundial y obligatorio, concerniente al estatuto de jugadores y su elegibilidad para participar en el fútbol organizado, así como su transferencia entre clubes de distintas asociaciones. Para ostentar el carácter de Asociación de Fútbol, debe estar debidamente reconocida y afiliada a

la FIFA, representar a un país, cuyo Estado sea independiente y que este, a su vez, haya sido reconocido por la comunidad internacional.

Las transferencias de jugadores que pertenecen a clubes de una misma asociación o país (como destacamos en el párrafo anterior) quedan sujetas a un reglamento específico, como es el caso de Panamá y que diseccionaremos más adelante. Estos reglamentos que se elaboren para sus respectivas asociaciones nacionales, por sus respectivos órganos de gobierno, deben pasar por el tamiz de ser aprobados por la FIFA.

La homologación de los reglamentos suscritos en esta materia por las asociaciones nacionales para sus respectivos países, deben incorporar como mínimo, un régimen de resolución de disputas entre clubes y jugadores. Asimismo, dispondrá de un sistema para recompensar a los clubes afiliados a la asociación correspondiente que invierte en la formación y educación de jóvenes jugadores. Además, será de obligatorio cumplimiento para cada asociación, contar con el uso de un sistema electrónico de transferencias nacionales, tanto para jugadores profesionales como para aficionados (hombres y mujeres) del fútbol once. Cada transferencia que se efectúe sin utilización del sistema electrónico de transferencia nacional se considerará nula.

## **2.1. Objeto**

Ahora bien, luego de conceptualizar algunas disposiciones jurídicas referentes a la aplicación del Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores de la FIFA, nos referiremos a la Indemnización por formación consignada en su artículo 20 del RETJ de la FIFA, en concordancia con lo que prescribe el anexo 4 adjunto al presente reglamento examinado. Dicho despliegue sobre esta materia muy especial cimentará el método a hacer efectivo este

derecho, a través de su objeto, viabilidad del pago o no de indemnización por formación, sujetos responsables por el pago de la indemnización por formación, costos por la formación, cálculo del pago de la indemnización por formación, así como las medidas disciplinarias por el incumplimiento del pago por este derecho.

En atenta lectura de las normas señaladas, observamos con total precisión que la FIFA establece la edad de inicio y finalización en que un futbolista se encuentra en la etapa de formación, indicando, que entre los 12 a los 23 años de edad se encuentran estos límites, pero que por regla general la indemnización por formación se pagará hasta la edad de 23 años por la formación efectuada a los 21 años de edad, a menos que sea evidente que un jugador haya terminado su proceso de formación antes de cumplir los 21 años.

Si bien da la apariencia que existiese alguna incongruencia entre los preceptos del numeral 1 del artículo 1, del anexo 4, y del artículo 20 del reglamento, concerniente a la edad de 23 años en que se considera que ha finalizado la formación de un jugador, y por la otra, que el pago de estos derechos se dará al club formador por cada transferencia hasta el fin del año natural en el que cumple 23 años, hay que subrayar con mucha cautela que no debería haber lugar para tal confusión, en virtud de que la indemnización a la formación genera obligaciones económicas hasta los 21 años, pero la demanda de dicho pago por el club o clubes formadores, debiera prescribir hasta que el jugador haya alcanzado los 23 años, con algunos matices que lo diferencian al caso de Panamá que desarrollaremos más adelante.

No podemos soslayar un segundo elemento que cita, tanto el Reglamento de la FIFA como el de la Fepafut, al referirse al cálculo de la suma a indemnizar que se pagará en los años comprendidos entre los 12 años y la edad en que el jugador ha concluido efectivamente su

formación. Ningún reglamento ha incorporado consideraciones específicas a comprenderse cuando se entiende que ha finalizado la formación de un jugador de manera anticipada.

Ahora veamos qué expresa al respecto el Reglamento de Registro y Transferencia de Jugadores de la Federación Panameña de Fútbol, relativo a los objetivos de la Indemnización por formación: (Fepafut, 2021). Estos objetivos planteados por la Fepafut en lo concerniente a la indemnización por formación no dista mucho en torno al espíritu del RETJ de la FIFA, cuya matriz normativa ha sido reproducida en los respectivos reglamentos suscritos por las asociaciones nacionales con notables diferencias, según la economía de mercado, régimen laboral y sistema asociativo de afiliación de cada país. Por esta razón, concentraremos el análisis jurídico de esta figura, de acuerdo con las características que adoptamos a través del Reglamento de Registro y Transferencia de los Jugadores de la Fepafut (RTJ).

Como advertimos en líneas anteriores, cuando sucedan transferencias de jugadores entre clubes de distintas asociaciones -o países-, aquello marca una nota de internacionalidad que por el principio de primacía se aplica el Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores de la FIFA, pero cuando aquello surja entre clubes afiliados a la Fepafut, o sea, en el ámbito de nacional, se aplicará el RTJ.

Observemos lo que dispone el numeral 1 y 2 del artículo 15.2 del RTJ que estipula los supuestos para constituirse en el titular de una indemnización por formación y en qué casos no aplica. En primera instancia, nos preguntamos ¿quiénes son los sujetos legitimados activamente para ser considerados como titular del derecho a la indemnización por formación? Como premisa indispensable, deben ser los clubes formadores entre sus edades de 12 a 23 años; sin embargo, a contrario sensu de lo que dispone el artículo 15.2.2, en su

numeral 3 y 4, estos clubes deberán contar con aval de la Fepafut y, además, con la personería jurídica de Pandeportes.

Para que un club deportivo afiliado por la Fepafut sea considerado formador de un jugador, primeramente, debe acreditar que es el titular de dicha formación, lo cual debe reflejarse en el contenido del pasaporte del jugador. Este documento es de carácter oficial, con validez nacional e internacional, y su contenido tiene efecto como única referencia para determinar las instituciones futbolistas federadas a quienes pertenecen los "derechos de formación" de los jugadores, de acuerdo con los criterios establecidos por la FIFA y de obligatoriedad a todas las asociaciones nacionales.

Recapitulando lo expresado, para constituirse en el titular de este derecho a la indemnización por formación, es indispensable acreditar que: 1. El club deportivo se encuentre afiliado a la Federación Panameña de Fútbol, 2. Contar con la personería jurídica que otorga Pandeportes, de acuerdo al artículo 50 del (Decreto Ejecutivo 599, 2008) y, 3. Que el club figure como formador en el pasaporte del jugador de futbolista transferido.

En excepcionales casos, conforme a lo prescrito en el artículo 15.3.3. del RTJ, la Fepafut podrá constituirse en el titular de los derechos a la indemnización por formación, cuando se logre aportar pruebas irrefutables de que el club formador (a quien en principio le corresponden la titularidad de ese derecho) del futbolista ya no participa del fútbol organizado y/o ya no existe, por caer en bancarrota, liquidación, disolución o pérdida de afiliación. No obstante, el destino de estos fondos se utilizará para programas de desarrollo del fútbol juvenil.

Ahora veremos la contraparte, es decir, a los sujetos obligados al pago de la indemnización por la formación de un futbolista, de acuerdo con lo que dispone el artículo 15.3 del RTJ.

Este artículo compuesto por tres incisos con sus respectivos numerales, expone con precisión al sujeto obligado al pago de la indemnización por formación, siendo el club que inscribe por primera vez a un futbolista bajo la denominación de profesional. De esta manera, se constituye en el único responsable de indemnizar a todos los clubes que lo formaron durante el período fijado entre los 12 a los 21 años de edad, según lo descrito en el artículo 15.1 del RTJ, contra acreditación del carácter de club formador del jugador que se produce con el pasaporte del jugador expedido por la Fepafut.

Es importante resaltar que, el club nuevo, responsable de indemnizar a los clubes formadores, realizará un único pago de acuerdo con el cálculo de la indemnización de los costos de formación y educación tasado por la Fepafut, según la clasificación de los clubes en un máximo de cuatro categorías, tomando en cuenta sus inversiones financieras en la formación de sus jugadores. Otro elemento a considerar en la responsabilidad de indemnizar a los clubes formadores, es el nacimiento de otra obligación de pago por sucesivas transferencias o nuevos registros de contratos dentro del período formativo del jugador. En los casos de las transferencias subsiguientes, el nuevo club, ahora el nuevo responsable de indemnizar, pero únicamente al club anterior, solo en el tiempo que fue vinculado con este club.

Hemos considerado pertinente fijar un capítulo del futbolista profesional en Panamá, como objeto de análisis para desenredar el nudo gordiano que nos deja el RETJ y las diferencias nada claras entre el futbolista profesional y el aficionado. Sin definir este aspecto jurídico en un apartado especial y de una latitud inconmensurable en el orden legal público, estaría en ciernes concluir el objetivo que nos trae este instituto que protege el sacrificio y trabajo de clubes formadores.

### **3. El futbolista profesional en Panamá**

En este capítulo desentrañaremos las particularidades del deporte profesional y la incursión del recurso humano en dicho ámbito laboral, sus características de conformidad con el código laboral panameño y las expectativas jurídicas que nos dejan la aplicación del RETJ y la línea divisoria que nos dejó el Reglamento de Registro y de Transferencias de Jugadores en la Federación Panameña de Fútbol.

Las federaciones deportivas o asociaciones nacionales, como destacamos anteriormente, son organizaciones de carácter privadas y estructuralmente vertebrada piramidalmente, comenzando (de abajo para arriba) por los deportistas profesionales o amateur, inscritos por sus respectivos clubes y estos, a su vez, agrupados por ligas profesionales o en el caso de Panamá siguiendo como guía la división político administrativa que establece la Constitución Política de Panamá, a través de las Ligas de Corregimiento, Distrital y Provincial, según lo desarrolla el artículo 17 del Texto Único que comprende la (Ley 50, 2007), que reforma la Ley 16 de 1995, que reorganiza el Instituto Nacional de Deportes.

Actualmente, el Deporte Profesional en Panamá está regulado jurídicamente dentro de los artículos 38, 39 y 40 del (Decreto Ejecutivo 599, 2008), a su vez, en cuanto a la remuneración que reciban los atletas o competidores, será reglamentada por la Federación Internacional de cada deporte. Más adelante nos detendremos en los acuerdos que se han suscritos referentes a las remuneraciones de los futbolistas profesionales en Panamá.



Ahora bien, de acuerdo con el criterio de la FIFA, la condición de un futbolista profesional no es un tema inocuo carente de importancia en lo jurídico, que como señalamos en el parteaguas de la Sentencia Bosman, puesto que para la RETJ su mayor interés sería la estabilidad contractual y la posibilidad de rescindir anticipadamente un contrato, siempre y cuando se indemnice a la parte afectada del contrato laboral.

Según prescribe la FIFA solo reconoce dos estatus en el fútbol organizado, cualquier jugador de fútbol que no contenga los elementos para ser considerado un jugador profesional, deberá ser considerado como aficionado. El jugador profesional está sujeto a suscribir un contrato por escrito con un club y, además, deberá percibir un monto superior a los gastos que realmente efectúa por su actividad futbolística.

En la actualidad, cada asociación nacional deberá contar con un sistema de registro de jugadores que asignará a cada jugador un FIFA ID, en el momento en que realice su primera inscripción, muy parecido al número de cédula que nos otorga el Registro Civil del Tribunal Electoral de Panamá a una persona natural. El artículo 5 del RETJ establece que un jugador debe inscribirse en una asociación como profesional o aficionado conforme al artículo del reglamento citado. En el caso que la solicitud de inscripción sea en calidad de profesional, el artículo 6 nos señala que deberá presentarse una copia del contrato como jugador profesional.

Evacuada las premisas sobre la inscripción del contrato en calidad de profesional, toca referirnos a la segunda sujeción en la categorización del futbolista profesional, quien deberá percibir un monto superior a los gastos que realmente efectúa por actividad futbolística. Esta segunda condicionante en la calificación de ser profesional no creemos que pudiera ser idéntica para todos, por lo que habría que inquirir sobre si, ¿el nivel de vida o la expectativa

salarial de cada país son iguales? ¿Debemos suponer que los gastos de ejercer dicha labor de ser futbolista, como: Realizar viajes para entrenar, comprar ropa deportiva óptima para afrontar compromisos o comprar alimentos adecuados para su nutrición están comprendidos dentro de un sistema salarial? (Ricardo Frega Navía y Juan de Dios Pérez, 2015, pág. 26)

Este criterio de la FIFA para zanjar el profesionalismo en aspectos subjetivos que gravitan en la órbita económica, traslada a repensar al futbolista si “podemos vivir de esta profesión” y si “algo nos queda después de los gastos”. Indefectiblemente que debemos ocuparnos al caso de Panamá y cuál es el tratamiento que le ha dado a esta definición de futbolista profesional, según el Reglamento de Registro y de Transferencia en la Fepafut en el artículo 2.

Todo parece indicar que el salario mínimo acordado entre clubes y jugadores sería el linde entre el futbolista aficionado y el profesional en Panamá, como instituto que daría certeza jurídica a la inscripción de un jugador en el sistema electrónico de registro de jugadores en la FIFA. Recordemos que con base en el artículo 1 (numeral 2) del RETJ de la FIFA, los reglamentos de transferencias entre jugadores de una misma asociación nacional deben ser aprobados por la FIFA.

Si bien la FIFA trazaría un norte divisorio para definir a los futbolistas profesionales, nuevamente cabría preguntarnos si: ¿la aprobación del RTJ por la FIFA otorgaría la misma protección para los futbolistas inscritos en el fútbol de Panamá?, es decir, ¿se contaría con las mínimas garantías de naturaleza económica? ¿Cuáles serían los acuerdos entre los clubes y los jugadores para fijar ese salario mínimo?

Ricardo Frega Navía, ante estos casos, ha sostenido en sus comentarios al reglamento FIFA que no existe una situación jurídica (de futbolista profesional) que ha de diferenciar entre quién es un trabajador del fútbol y quién no lo es, porque no quiere o no le pagan lo suficiente para ello, y que la mera calificación de un contrato por las partes no es el referente legal, sino las cosas son lo que son y no lo que desean las partes. (Comentarios al Reglamento FIFA, 2010).

Esta reflexión propone una mirada introspectiva al denominado fútbol profesional en Panamá, si estos acuerdos alcanzados entre los futbolistas y clubes conllevan un estudio actuarial en la retribución económica y que el monto que recibe un jugador sea superior a los gastos por su actividad futbolística de acuerdo con el criterio de la FIFA.

Echemos un vistazo a la Séptima cláusula del Convenio de Cooperación y Apoyo entre la Asociación de Futbolistas Profesionales de Panamá (AFUTPA) y los clubes participantes en la Liga Panameña de Fútbol para el Fortalecimiento y Desarrollo del Fútbol en Panamá, mediante el cual los clubes se comprometen a implementar un aumento del salario mínimo, fijando un tope salarial mínimo en B/.4,400.00 anuales. Esto equivaldría a decir que si lo prorrateamos entre los doce meses del año, arroja una cifra neta de B/.366.66 mensual para cada jugador promedio, sin las respectivas deducciones o retenciones en la seguridad social, impuesto sobre la renta y seguro educativo, que como cuota le corresponde abonar por la prestación de su servicio en este país. (Solís, 2023).

En una contabilidad improvisada que nos conduzca a realizar un balance de los gastos de un futbolista panameño, producto de sus principales necesidades por su actividad, como: Transporte, alimentación y/o compra de materiales deportivos como herramienta de trabajo; con el alto costo de la vida que ha ido experimentando Panamá en los últimos diez años,

resulta muy optimista pensar que el monto que reciben los contratados profesionales se encuentren en un monto superior a los gastos que realmente efectúa por su actividad futbolística de acuerdo con la FIFA.

Es inadmisibles que alguien que cobre una suma ínfima, que no le permita vivir de dicha profesión, pueda ser considerado profesional. La línea divisoria debe contar con indicativos muchos más objetivos al respecto, como preconizaba el libro “El Contrato de Trabajo del Futbolista Profesional en Iberoamérica”, que caviló acerca del salario mínimo en Panamá, como fundamento legal a este hecho necesario controvertido de la dicotomía profesional/aficionado. (Stapf, 2013, pág. 244).

Si bien los indicativos del salario mínimo de Panamá conlleven estudios relativos a un trabajador común que le servirá al país durante muchos años más que un futbolista profesional, este concepto contempla atender las necesidades normales de un hogar, en el orden moral y cultural, y se fijará periódicamente con el propósito de mejorar su nivel de vida y, por último, subraya el artículo 172 del Código de Trabajo, que se fijarán salarios mínimos por profesión u oficio. (Código Laboral de Panamá, 1971).

El Instituto Nacional de Estadística y Censo (INEC), de la Contraloría General de la República, a través de la Sección de Encuestas Sociodemográficas presentó un manual de Clasificación Nacional de Ocupaciones, CNO 2020, en el cual se puede encontrar clasificado al deportista profesional bajo el código 3421005 y el futbolista 3421006 (Instituto Nacional de Estadística y Censo, de la Contraloría General de la República, 2020). También esta institución presentó otro documento que contiene la Clasificación Nacional de Uniforme de todas las Actividades Económicas (CINU), colocando la actividad profesional de los clubes

deportivos, en la que se encuentra el fútbol, bajo el rubro de las Actividades de arte, entretenimiento y creatividad, debidamente codificado 9000. (Instituto Nacional de Estadística y Censo, de la Contraloría General de la República, 2018).

Esta clasificación que presenta el INEC cobra valor jurídico en la fijación de las nuevas tasas del salario mínimo en Panamá, a través del artículo 2 del (Decreto Ejecutivo 74, 2021), sujetándolo al pago de B/.2.88 la hora, dentro de las actividades económicas que se presentan en el rubro “Artes, entretenimiento y creatividad” que como destacamos en el párrafo anterior, se encuentra la actividad del deporte profesional, incluyendo el fútbol.

El Código Laboral panameño no presenta un régimen especial para el futbolista profesional; sin embargo, eso no implica que el servicio que este preste se encuentre desprovisto de los elementos naturales de una relación laboral, contenidos en la dependencia económica y la subordinación jurídica, que encontramos consignado en los contratos de servicios profesionales. Pero, sin lugar a dudas, la actividad que realiza se encuentra muy por debajo de la franja horaria del trabajador convencional, que se somete a un horario de 8 horas diarias y 48 semanales.

Lo planteado arriba impide directamente ceñirse a la fórmula tradicional del cálculo del salario mínimo con respecto a los que laboran 48 horas semanales, los servicios propiamente técnicos que realiza un deportista profesional en sus entrenamientos y/o compromisos, en los partidos de local o de visitante, no se corresponden estrictamente a horarios fijos laborales. En este sentido, si hipotéticamente se reconocieran las 48 horas, como debería de considerarse el pago semanal de un futbolista, se recibiría un ingreso bruto semanal de B/.138.24, que al mes estaría considerado en B/.552.96.

La profesionalidad en el fútbol no es un tema que deba tomarse con ligereza para mostrar un mero calificativo, las repercusiones de su denominación interfieren directamente en la titularidad de derechos y sus obligaciones económicas, y los efectos jurídicos que se deriven de ella al inscribirse, por primera vez y subsiguientemente, los contratos en calidad de profesional. La fijación del salario mínimo anual acordado entre clubes y futbolistas en Panamá, para definir al futbolista profesional, establece un monto de B/.4,400.00, es decir, B/.366.66 mensual; la pregunta que nos haríamos es, si con este monto percibido se alcanzan a superar los gastos que realmente efectúa su actividad futbolística, conforme a las aspiraciones de la FIFA.

### **Conclusiones**

No queda lugar a dudas que la indemnización por formación es una de las figuras más novedosas que se ha aportado a las ciencias jurídicas en este siglo XXI, su marco de aplicación se ha extendido desde Europa hacia todos los ejes que componen el mapa geofutbolístico. Lo que empezó dentro de la dinámica de los reglamentos federativos en el fútbol profesional, en la Unión Europea, emergió con tal fuerza que concitó y fortaleció la doctrina de la libre circulación de trabajadores, en un efecto rebote que cimentó a impulsar, transformar y darle forma al nuevo reglamento que ordenó lo relativo a las transferencias de jugadores entre países.

El fútbol profesional dejó de ser algo más que lúdico desde el momento en que se abrieron las nuevas oportunidades a la industria del entretenimiento, nuevas formas de empleo y nichos importantes para realizar negocios que permean directamente en la implementación de nuevas políticas públicas y el sistema empresarial en cada país. Si algún país no se coloca

a la vanguardia de un nuevo sistema jurídico que exige el orden mundial y económico, el Estado corre el riesgo de dejar en indefensión a sus promitentes empresarios y una rica masa laboral que incide indirectamente en mostrar a sus principales figuras en las máximas citas deportivas.

El instituto de la Indemnización por formación debe considerarse como un acto de justicia social para aquellos clubes, academias o escuelas que dedican su máxima de tiempo en la educación y formación de personas y jugadores, que se van a incorporar en un mercado laboral con características muy propias del espectáculo y el deporte. Estas indemnizaciones para los clubes, academias o escuelas en Panamá pueden representar cuantiosas sumas de ingresos que fomentan: mayor empleo, creación de más empresas e, inversión en reestructurar instalaciones deportivas para la práctica del fútbol, entre tantos otros beneficios.

Pero, si bien es cierto que recientemente en Panamá hemos adoptado el reglamento de registro y de transferencias nacionales de jugadores, a la vez, que se ha instituido la indemnización por formación, aún quedan algunas tareas pendientes en la transformación del fútbol profesional en el país. De las cuatro categorías que presenta la FIFA en su tabla de indemnización por formación, resulta inadmisibles que un país que se encuentra dentro de los más estables económicamente en la región y que además, ostente una posición privilegiada en el ranking FIFA, como el cuarto puesto de la Concacaf, se sitúe en la escala más ínfima de indemnización.

Finalmente, no queremos concluir nuestro trabajo sin dejar de mencionar lo relativo a la primera inscripción en la calidad profesional de un jugador que, como hemos estudiado, constituye un elemento indispensable para que se genere una titularidad de derecho a favor

de los clubes formadores. Si bien es cierto que los acuerdos entre los futbolistas y clubes deban honrarse en aras de proteger el fútbol profesional, no podemos perder de vista que queda mucho por construir para aspirar a la definición que le otorga la FIFA al futbolista profesional.

### **Referencias bibliográficas**

Comentarios al Reglamento FIFA. Laudo del Tribunal de Arbitraje Deportivo. (2010). En

R. F. Pérez, *Comentarios al Reglamento FIFA* (pág. 21). Madrid: Dykinson S.L.

Código Laboral de Panamá. (30 de diciembre de 1971). *Por la cual se aprueba el Código de Trabajo*. Panamá: D.O. No.17040 (Panamá).

Comité Ejecutivo de la Fepafut. (31 de marzo de 2021). *Reglamento de la Cámara*

*Nacional de Resolución de Disputas de la Fepafut*. Panamá, Panamá: Fepafut.

Decreto Ejecutivo 599. (20 de noviembre de 2008). *Reglamento de la Ley 50 de 2007*.

Panamá: D.O. No. 26,177 (Panamá).

Decreto Ejecutivo 74. (31 de diciembre de 2021). *Que fija la nueva tasa de salario mínimo*

*en todo el territorio nacional*. D.O. No.29,446-C (Panamá).

Federación Internacional de Fútbol Asociado FIFA. (29 de julio de 2023). *Circular N°1853*

*Categorización de Clubes (Indemnización por Formación)*. Zurich, Suiza.

Federación Panameña de Fútbol (Fepafut). (s.f.). Estatutos de la Fepafut. *Estatutos de la*

*Federación Panameña de Fútbol*. Panamá, Panamá: Registro Público.



- Fepafut. (2021). *Reglamento de registro y transferencia de jugadores de la Fepafut*.  
Obtenido de <https://fepafut.com/wp-content/uploads/2021/06/reglamento-de-registro-y-transferencia-de-jugadores-marzo-2021.pdf>
- FIFA. (2023). *Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores*. Obtenido de [www.fifa.com/es/legal/documents](http://www.fifa.com/es/legal/documents)
- Instituto Nacional de Estadística y Censo, de la Contraloría General de la República.  
(2018). *Clasificación Industrial Nacional Uniforme de todas las Actividades Económicas*. Panamá: Contraloría General de la República.
- Instituto Nacional de Estadística y Censo de la Contraloría General de la República. (2020).  
*Clasificador Nacional de Ocupaciones*. Panamá: Contraloría General de la República.
- Ley 16. (1995). *Reorganiza el Instituto Nacional de Deportes (INDE)*. D.O. No.22,776 (Panamá).
- Ley 50. (10 de diciembre de 2007). *Que reforma la Ley 16 de 1995, que reorganiza el Instituto Nacional de Deportes*. D.O. No. No 25,937 (Panamá).
- Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral. (31 de diciembre de 2021). Salario Mínimo.  
*Que fija todas tasas del salario mínimo en el territorio nacional*. Panamá: D.O. No.29,446 (Panamá).
- Mullin, H. G. (2010). *Aspectos prácticos de la indemnización por formación*. Foro Jurídico.
- Navía, R. F. (2007). *Derecho Deportivo Nacional e Internacional*. Buenos Aires: ADHOC.

Pérez & Navía. (2015). *Nuevos comentarios al reglamento FIFA*. Editorial DYKINSON, 317.

Ricardo Frega Navía y Juan de Dios Pérez. (2015). *Nuevos Comentarios al Reglamento FIFA*. Madrid: Dykinson, S.L.

Solís, J. R. (4 de Octubre de 2023). *Convenio de Compensación y Apoyo Conjunto entre la AFUTPA y Clubes de la LPF para el fortalecimiento del fútbol en Panamá*. (A. D. Stapf, Entrevistador).

Stapf, A. D. (2013). La Relación Laboral del Futbolista Profesional en Panamá. En J. d. Ricardo Frega Navía, *El Contrato de Trabajo del Futbolista Profesional en Iberoamérica* (pág. 244). Buenos Aires: Ad-Hoc.

## **La Exclusión de los Servidores de la Contraloría como Empleados de Manejo en la Ley 351 de 2022, con funciones de control**

The Exclusion of the Comptroller's Office Servers as Management Employees in Law 351 of 2022, with control functions

**Itzela Judith Soto Ojo**

Contraloría General de la República.

Panamáitsoto@contraloria.gob.pa

ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-3385-3137>

*Recibido: 13/10/2023*

*Aprobado: 17/11/2023*

### **Resumen**

El ensayo Exclusión de los Servidores de la Contraloría como Empleados de Manejo en la Ley 351 de 2022, con funciones de control, tiene como objetivo presentar un análisis jurídico de la figura del empleado de manejo y las razones por las cuales la exclusión de los servidores “con funciones de control” de la Contraloría General de la República de tal categoría efectuada por la Ley 351 de 2022, al modificar el numeral 2 del artículo 11 de la Ley 32 de 1984 y adicionar párrafo al artículo 2 de la Ley 67 de 2008, es constitucional.

La Constitución Política de la República de Panamá siendo esta nuestra norma suprema establece en su artículo 280, las funciones exclusivas asignadas a la Contraloría General de la República, como lo son la función fiscalizadora y la función contralora, sobre los actos de afectación fiscal que emiten las entidades del sector público facultadas para ello.

En efecto, se trata de misiones y funciones separadas y delimitadas, por las entidades públicas que cumplen con una finalidad administrativa, fundada en razones de necesidad y de eficacia del servicio que, por mandato legal les corresponde brindar a la colectividad, y por la otra

parte, tenemos al Organismo Fiscalizador Superior encargado de velar, a través del control externo, de que aquellas actuaciones administrativas efectuadas por empleados de manejo, tendientes a la afectación del patrimonio público, se realicen con corrección y se subordinen a la Constitución y la Ley.

Este estudio con significativa importancia en nuestro medio, permite destacar con serenidad reflexiva que de la norma constitucional, se puede reafirmar que la labor del servidor público de la Contraloría General de la República, en ejercicio de las funciones de fiscalización y control, no es la misma respecto a las labores de quienes si actúan como empleados de manejo dentro del engranaje para el buen funcionamiento, ya sea de otras entidades públicas o de la misma entidad, en funciones eminentemente administrativas, hablamos de recibir, manejar, administrar, invertir, custodiar, cuidar, aprobar, o pagar fondos y bienes públicos.

**Palabras clave:** Servidores públicos, manejo de fondos y bienes públicos, Entidad Fiscalizadora Superior, función fiscalizadora, acto externo.

### **Abstract**

The essay "Exclusion of the Servants of the Office of the Comptrollers as Management Employees in Law 351 of 2022, with control functions" its objective is to present a legal analysis of the figure of the management employee and the reasons why the exclusion of the servants with control functions of the Comptroller General of the Republic from such category made by Law 351 of 2022, by modifying numeral 2 of article 11 of Law 32 of 1984 and adding a paragraph to article 2 of Law 67 of 2008, is constitutional.

The Political Constitution of the Republic of Panama, this being our supreme norm, establishes in its article 280, the exclusive functions assigned to the Comptroller General of

the Republic, such as the supervisory function and the comptroller function, on the acts of fiscal impact that they issue public sector entities empowered to do so.

In effect, these are separate and delimited missions and functions, by public entities that fulfil an administrative purpose, based on reasons of necessity and effectiveness of the service that, by legal mandate, they are responsible for providing to the community, and on the other hand, we have the Superior Supervisory Body in charge of ensuring, through external control, that those administrative actions carried out by management employees, aimed at affecting public assets, are carried out correctly and are subordinated to the Constitution and the law.

This study with significant importance in our environment, allows us to highlight with reflective serenity that of the constitutional norm, it can be reaffirmed that the work of the public servant of the Comptroller General of the Republic, in the exercise of the functions of inspection and control, it is not the same with respect to the tasks of those who do act as management employees within the mechanism for the proper functioning, whether of other public entities or of the same entity, in eminently administrative functions, we talk about receiving, managing, administering, investing, guard, care for, approve, or pay for public funds and goods.

**Keywords:** Public servants, management of public funds and assets, Supreme Audit Institution, audit function, external act.

## **Introducción**

La labor de refrendo es un acto externo que se efectúa sobre una actuación administrativa que conlleva erogación al erario público o disposición de bienes estatales.

Mediante la (Ley 351, 2022), Que modifica y adiciona artículos a la (Ley 32, 1984), Orgánica de la Contraloría General de la República, y modifica la (Ley 67, 2008), que desarrolla la Jurisdicción de Cuentas, se establece que las atribuciones de la Contraloría General de la República en el ejercicio del control previo y del control posterior, constituyen una actuación externa al acto controlado, por lo que los servidores públicos que participan en ella, no actúan y no podrán ser considerados como empleados de manejo.

Este trabajo tiene como propósito abordar, en forma genérica, aquellos elementos relevantes que giran en torno a la figura del servidor público con funciones de empleado de manejo y del servidor de la Contraloría General de la República, este último, actuando en ejercicio de las potestades fiscalizadora y contralora, que por mandato constitucional y legal se le han otorgado de manera privativa a este organismo de carácter técnico. Lo anterior, se enlaza con la necesidad de diferenciar cuándo estamos frente a un empleado de manejo y un servidor de la Contraloría General de la República, dentro del marco de la labor fiscalizadora. En ese mismo sentido, me propongo explicar el papel que ejerce la Contraloría General de la República, a través de la cultura de corrección en el manejo de los recursos del Estado panameño, de manera que ambos roles sean conocidos por nuestra sociedad y aplicados en su justo contexto.

### **Concepto de empleado de manejo**

#### **- Evolución histórica-jurídica**

El presente artículo contextualiza el concepto de empleado de manejo desde los inicios de nuestra época republicana, pues es en la (Ley 56, 1904), que crea y organiza el Tribunal de Cuentas de las República, donde se atisba las primeras nociones sobre esta figura, al señalar

los obligados frente al Estado por su gestión de manejo y la posible responsabilidad exigible estos, concretamente en su artículo 26, que es del siguiente tenor:

Son responsables del Erario Público: el Tesorero General de la República, los Administradores Provinciales de Hacienda, los Administradores de Salinas, el Agente General de Bienes desamortizados, los Agentes Postales, los Comisarios y Pagadores de Guerra, los Habilitados de los Cuerpos del Ejército y la Policía, los Tesoreros Municipales, los Agentes Diplomáticos y Consulares y **en general, cualesquiera otros empleados o particulares que por cualquier motivo administren, inviertan o manejen intereses o fondos públicos, sea en dinero, en documentos o en cualesquiera otras especies o valores, sin dependencia de otra oficina de manejo** (El resaltado y subrayado es nuestro).

Para 1930, se aprobó la (Ley 84, 1930), que crea la Contraloría General de la República, esta normativa destina una sección titulada “Oficinas de manejo”, compuesta de seis artículos que establecen las obligaciones y responsabilidades de las personas vinculadas al manejo de recursos estatales. De esta sección, se desprende cuáles son las gestiones o actuaciones desempeñadas por los servidores que ostentan la condición de empleado de manejo, al preceptuar en su artículo 11 que:

Todos los funcionarios, empleados o agentes del Gobierno Nacional **que reciban y paguen, o tengan bajo su cuidado, custodia y control** fondos públicos, rendirán cuentas mensuales de conformidad con las reglas que establezca la Contraloría General, con aprobación del Poder Ejecutivo (El resaltado es nuestro).

Transcurridos dieciséis años, se emite la (Ley 6, 1941), que deroga la (Ley 84, 1930), no obstante, en esta excerta legal se mantiene consagrado, en los mismos términos, la sección denominada “Oficinas de manejo”, solo que, ahora incluye como sujetos obligados a los pertenecientes al Gobierno Provincial.

En el Panamá de hoy, el concepto tradicional de empleado de manejo utilizado se encuentra en el artículo 1089 del Código Fiscal, aprobado mediante la (Ley Número 8, 1956), el cual expresa que “los empleados o agentes de manejo que reciban o paguen o tengan bajo su cuidado, custodia o control, fondos del Tesoro Nacional, rendirán cuentas de conformidad con las reglas que establezca la Contraloría General de la República”. Según esta disposición, las actuaciones del servidor público que ostenta la condición de empleado de manejo, consisten en recibir, cuidar, custodiar, controlar o pagar fondos públicos.

Posteriormente, se adopta la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, a través de la (Ley 32, 1984), que en su artículo 17, también se ocupó de definir qué personas tienen la condición de empleados de manejo, en los siguientes términos:

Toda persona que reciba, maneje, custodie o administre fondos o bienes públicos, está en la obligación de rendir cuentas a la Contraloría General, en la forma y plazo que esta, mediante reglamento, determine. Esta obligación alcanza a las personas que administren por orden de una entidad pública, fondos o bienes pertenecientes a terceros y a los representantes de las sociedades o asociaciones que reciban subsidios de dichas entidades públicas.

Para los fines de esta Ley, la condición de empleado de manejo alcanza, además, a todo servidor público o empleado de una empresa estatal facultado por la Ley para



contraer obligaciones económicas, ordenar gastos y extinguir créditos a nombre o en representación de una entidad o dependencia del Estado o empresa estatal.

Luego, la (Ley 67, 2008), que desarrolla la Jurisdicción de Cuentas, mediante su artículo 2, extiende a otras actividades, las funciones llevadas a cabo por los servidores públicos a quienes se les ha confiado bajo su responsabilidad bienes, fondos o recursos estatales, estas son: Recaudar, manejar, administrar, invertir, controlar, aprobar, autorizar y fiscalizar fondos o bienes públicos.

El artículo 90 de esta excerta legal, a su vez, modifica el citado artículo 17 de la (Ley 32, 1984), incluyendo ahora a los verbos rectores “recibir, manejar, custodiar, administrar”, las actividades concernientes a “recaudar, invertir, cuidar, **controlar**, aprobar, autorizar y pagar”.

Relacionado con las anteriores definiciones, precisa destacar, que recientemente se aprobó la (Ley 351, 2022), que modifica y adiciona artículos a la (Ley 32, 1984), la cual en su artículo 23 al determinar la condición de empleado de manejo, excluye la utilización del verbo controlar.

De las disposiciones contenidas en la (Ley 56, 1904), (Ley 84, 1930), (Ley 6, 1941), (Ley Número 8, 1956), (Ley 32, 1984), (Ley 67, 2008) y (Ley 351, 2022) en mención, se observa como dicho concepto ha variado a lo largo del tiempo, asimismo como la definición de empleado de manejo instituida en el Código Fiscal ha quedado reducida al ámbito de la declaración jurada de estado patrimonial, en virtud de lo preceptuado en el artículo 304 de la (Constitución Política de la República de Panamá), desarrollado por la (Ley 59, 1999), por motivo de que la citada norma remite al Código Fiscal en esta materia.

De lo anterior se desprende que, entre el servidor público y el empleado de manejo hay una relación de género a especie, puesto que todos los empleados de manejo son servidores públicos, pero no todos los servidores públicos son empleados de manejo, y ello es así, porque un servidor público categorizado como empleado de manejo debe cumplir con los presupuestos de los artículos previamente señalados.

Por lo expuesto, es menester destacar, la participación del servidor de la Contraloría General de la República de cara a la labor de fiscalización de los actos de manejo de fondos y otros bienes públicos, ya sea mediante el control previo o posterior, cuyo conocimiento ha de ser del interés, tanto de servidores públicos como de particulares.

Asimismo, corresponde precisar que para lo fines del artículo 1 de la (Ley 67, 2008), referente a las materias que puede conocer la jurisdicción de cuentas y efectos de determinar quiénes están obligados a rendir cuentas y consecuentemente pueden ser sujeto de acción patrimonial, el concepto de empleado de manejo que ha de tomarse en cuenta es el contenido en el artículo 17 de la (Ley 32, 1984), modificado por la (Ley 351, 2022). Definición a partir de la cual se desarrolla el tema objeto de este artículo.

### **Contraloría general de la República**

#### **- Naturaleza jurídica**

Con la (Ley 84, 1930), la Contraloría General de la República fue instituida como una oficina de contabilidad y control fiscal, independiente en el ramo administrativo, responsable únicamente ante el Presidente de la República; con jurisdicción en el examen y revisión de las cuentas de agentes, funcionarios y empleados que reciban, desembolsen o tengan a su cuidado fondos u otros bienes que pertenezcan al Gobierno Nacional o por los cuales tenga este que responder.

En 1941, la (Constitución de la República de Panamá ) promulgada ese año, mediante su artículo 155, elevó a rango constitucional la existencia de la Contraloría General de la República, donde se dispuso como un “Departamento del poder ejecutivo independiente de los Ministerios de Estado, con la misión de fiscalizar y controlar los movimientos de los Tesoros Públicos”.

Conforme a dicho precepto constitucional, se expide la (Ley 6, 1941), que reorganizó la Contraloría General de la República y derogó la (Ley 84, 1930).

El artículo 223 de (La Constitución Política de la República de Panamá), consagra la independencia de la Contraloría General de la República como departamento, facultado para fiscalizar, regular, vigilar y controlar los movimientos de los tesoros públicos y la de examinar, comprobar, revisar e intervenir a las cuentas de estos.

La naturaleza de la Contraloría General de la República como organismo estatal independiente y sus atribuciones, encuentran su sustento jurídico en la (Constitución de la República de Panamá 1972), artículos 239-240 (actuales artículos 279-280). En cuanto a las funciones, cabe señalar que, estas siguen el sistema de *numerus apertus*, el cual permite que por medio de la ley se establezcan las facultades que sean necesarias, a fin de realizar los debidos controles a través de la fiscalización de los fondos y bienes públicos, para así garantizar un buen manejo de los recursos públicos.

#### - **Objetivos y campo de aplicación**

Doce años después de dictada la (Constitución de la República de Panamá 1972), se adopta la (Ley 32, 1984), Orgánica de la Contraloría General de la República, organismo estatal independiente de carácter técnico, encargado de fiscalizar, regular y controlar los

movimientos de los fondos y bienes públicos, así como examinar, intervenir y fenecer las cuentas relativas a estos; y cuyo ámbito de aplicación se ejerce sobre todas las personas y organismos que tengan a su cargo la custodia o el manejo de fondos o bienes del Estado, de los municipios, juntas comunales, empresas estatales y entidades autónomas y semiautónomas, en el país o en el extranjero. También se ejerce esta acción sobre aquellas personas u organismos en los que tengan participación económica el Estado o las entidades públicas, de conformidad con los artículos 1 y 2 de la (Ley 32, 1984), modificada y adicionada por la (Ley 351, 2022).

#### - **Funciones**

Conforme al artículo 280 de la (Constitución Política de la República de Panamá), desarrollado por el artículo 11 de la (Ley 32, 1984), modificada y adicionada por la (Ley 351, 2022), son funciones de la Contraloría General de la República, entre otras:

2. Fiscalizar y regular, mediante el control previo o posterior, todos los actos de manejo de fondos y otros bienes públicos, a fin de que se realicen con corrección, según lo establecido en la Ley. La Contraloría determinará los casos en que ejercerá tanto el control previo como el posterior sobre los actos de manejo, al igual que aquellos en que solo ejercerá este último.
3. Examinar, intervenir y fenecer las cuentas de los funcionarios públicos, entidades o personas que administren, manejen o custodien fondos u otros bienes públicos. Lo atinente a la responsabilidad penal corresponde a los tribunales ordinarios.
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.

De las funciones reguladas en la Constitución Política de la República de Panamá y en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, se infiere que el papel desempeñado por esta entidad se enmarca en dos roles, la función fiscalizadora y la función contralora. A nuestro leal entender, la función fiscalizadora se encuentra regulada en los numerales 2 y 4 transcritos.

Para el autor Vásquez De León (1981), “la Contraloría General de la República ejerce dos funciones típicas: la de fiscalización y la de controlar los movimientos de los tesoros públicos” (p.84).

### **¿Es empleado de manejo el servidor de la Contraloría General de la República, en ejercicio de la función fiscalizadora?**

Un aspecto de esencial importancia es que la conducta del servidor público está regida bajo el principio general de la legalidad.

En observancia a este principio, el servidor público de manejo debe orientar su conducta en razón de la norma jurídica que le ampara, de manera que, el acto administrativo que afecte o pueda afectar bienes o fondos públicos, se ciña estrictamente a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico.

A través de la publicación titulada “Necesidad de Mantener el Control Previo en la Contraloría General de la República” (1992), el Doctor Palacios Aparicio en su escrito denominado “Efectos de la eliminación del control previo de la Contraloría General en el supuesto de reformarse la Constitución Política Vigente”, establece que:

Los actos de manejo son aquellos que caen bajo la competencia de los empleados o agentes de manejo. Entre los actos de esta naturaleza pueden mencionarse los siguientes:

- a) Cobrar los dineros que deban ingresar al Tesoro Pública.
- b) Reconocer los créditos a favor del Tesoro Público.
- c) Entregar a los acreedores del Tesoro Público los dineros que se adeuden.
- d) Ordenar o disponer las erogaciones que debe hacer el Tesoro Público.
- e) Recibir, manejar, custodiar o administrar fondos o bienes públicos.
- f) Administrar, por orden de una entidad pública, fondos o bienes pertenecientes a terceros.
- g) Recibir y administrar subsidios otorgados por las instituciones públicas.
- h) Contraer obligaciones económicas, ordenar gastos y extinguir créditos a nombre o en representación de una entidad del Estado o empresa estatal. (pp.11-12).

Por disposición expresa de la actual Carta Magna panameña, corresponde a la Contraloría General de la República ejercer un mecanismo de control horizontal exclusivo sobre las actuaciones administrativas de los entes estatales que afecten o puedan afectar fondos u otros bienes públicos, tendiente a lograr que se realicen con corrección y dentro del marco legal, según la naturaleza del asunto; en caso contrario, impedir su ocurrencia, a fin de evitar graves perjuicios al erario público.

Respecto al servicio público que presta la Contraloría General de la República, el excontralor, Romero Jr. (1995) afirma que:

Nuestro servicio está en la esfera del CONTROL DE LOS FONDOS PÚBLICOS, la Ley desarrolla este concepto con tres acepciones: FISCALIZAR, REGULAR Y CONTROLAR.

Tomemos unos minutos para precisar los conceptos con que se establece la misión de la Contraloría General:

**Fiscalizar** es averiguar o criticar los actos de otra persona en relación a la aplicación de los fondos públicos.

**Regular** es observar si las acciones de gestión de fondos y bienes están **ajustadas y conforme a las reglas y normas establecidas**.

**Controlar** es la comprobación, la intervención o la inspección de la gestión de fondos y de bienes públicos (p.26) (El subrayado es nuestro).

Nótese que estamos frente a dos actuaciones administrativas separadas que persiguen finalidades distintas, la primera, realizada por la institución pública, destinada a la afectación del patrimonio estatal, con un fin de carácter público acorde con las funciones que le ha otorgado la ley, y la segunda, de aprobación (refrendo), realizada dentro del contexto de la labor fiscalizadora atribuida a la Contraloría General de la República, encaminada a lograr que el acto de afectación de fondos y bienes públicos se realice con corrección y cumpliendo con los requisitos establecidos en la ley.

Así, aunque ambas actuaciones tienen en común que se realizan en ejercicio de una función administrativa, también es cierto que cada una de ellas obedece a una función particular y distinta respecto a la otra.

Cabe señalar que, en publicación efectuada por la Contraloría General de la República (1992), se definió como Acto Administrativo “una decisión o declaración unilateral de un Órgano del Estado, en ejercicio de una función administrativa que produce efectos jurídicos individuales en forma inmediata” (p.3).

La Contraloría General de la República actúa en ejercicio de una potestad particular que le es propia, la función fiscalizadora, la cual tiene como finalidad concreta y puntual, el

asegurarse que los actos de afectación de fondos o bienes públicos se realicen con corrección y en apego al ordenamiento jurídico aplicable.

La actuación que realiza un servidor público de la Contraloría General de la República, enmarcada dentro de la labor fiscalizadora sobre actos administrativos (órdenes de compra, gestiones de cobro, contratos, entre otros) emitidos por entes del sector público incluidos en su radio de acción, se constituye en un **control externo** de naturaleza jurídica y técnica, que se ha de diferenciar del acto que involucra fondos o bienes públicos sobre el cual se aplica.

Según el doctor Quijada Vásquez (2014), en su ponencia denominada “Rendición de cuentas y los empleados y agentes de manejo”, recopilada en la Memoria del “Primer Congreso Internacional del Tribunal de Cuentas”, el Control Externo:

Es un derecho, cuya rectoría corresponde a la Contraloría General de la República, derivado del Artículo 280-numeral 2 y 4 de la Constitución Política vigente y, alcanza su básico desarrollo en la carta orgánica de la Contraloría, Ley No.32 de 1984.

El control externo que ejerce la Contraloría General de la República, se presenta en dos modalidades reguladoras uno es el control previo y el otro el control posterior (p.55).

En atención a lo desarrollado, conviene reproducir parcialmente el fallo emitido por la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral de la Corte Suprema de Justicia (8 de abril de 1992), correspondiente a Proceso contencioso administrativo de apreciación de validez jurídica, planteado por la Contraloría General de la República, que expresa lo siguiente:

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 afectación fiscal (El resaltado es nuestro).

De esta manera, interesa destacar que, si bien es cierto, existe un punto de encuentro para que el acto administrativo que afecte fondos o bienes del Estado se perfeccione y, consecuentemente, surta efectos jurídicos, también lo es el hecho que, estas actuaciones tienen finalidades específicas y obedecen a la realización de funciones administrativas distintas.

En razón de ello, el control de carácter externo que ejerce la Contraloría General de la República, a través de las funciones de fiscalización y control, persigue un fin propio que atiende el mandato constitucional y legal, que le ha sido encomendado de manera privativa, por lo cual los verbos “fiscalizar” y “controlar” que describen las funciones específicas de esta entidad, no pueden ser asimilados a las labores desempeñadas por otros servidores dentro del engranaje para el buen funcionamiento, ya sea de otras entidades públicas o de la misma entidad, en funciones eminentemente administrativas, hablamos de recibir, manejar, administrar, invertir, custodiar, cuidar, aprobar, o pagar fondos y bienes públicos.

De tales actuaciones se desprenden parámetros que distancian la labor de los servidores públicos de la Contraloría General de la República, en ejercicio de las funciones de fiscalización y control, de la acción del empleado de manejo sobre fondos o bienes públicos a quien se le ha confiado su responsabilidad; lo cual me permite señalar, que estos servidores no se encuentran en las mismas condiciones, toda vez que los primeros no forman parte, no intervienen en la toma de decisiones que dan lugar al acto administrativo controlado o

fiscalizado, ni realizan actos que implique responsabilidad por las operaciones de administración, manejo o custodia de fondos u otros bienes del patrimonio público.

## **Conclusiones**

1. La Contraloría General de la República es el ente facultado de forma privativa, por mandato constitucional y legal, para controlar y fiscalizar todos los actos de manejo de fondos y otros bienes del Estado.
2. El mandato constitucional de fiscalización se puede efectuar mediante dos formas, a saber: el control previo y el control posterior; el primero se aplica antes de que la erogación se produzca, de carácter preventivo, toda vez que su fin es evitar que el acto administrativo que realiza la institución pública, que involucra erogación de fondos del Estado, sea contrario a las normas jurídicas establecidas por la Ley, y el segundo, se constituye en el medio por el cual se determina la corrección o incorrección de las operaciones que afecten fondos o bienes públicos.
3. La función fiscalizadora se constituye en un mecanismo de control externo, de naturaleza jurídica y técnica, cuya finalidad es asegurarse que los actos de afectación de fondos o bienes públicos se realicen con corrección y en apego al ordenamiento jurídico aplicable.
4. El empleado de manejo es un servidor público que en ejercicio de un cargo o función, debe administrar, cuidar o custodiar correctamente bienes, fondos o recursos confiados bajo su responsabilidad, y que aquel comportamiento o conducta que adopte con dolo, culpa o negligencia sobre los fondos y bienes que le han sido encomendados conllevaría a una responsabilidad patrimonial.

5. En la Contraloría General de la República confluyen dos funciones, las labores propias de la Contraloría (fiscalización) y las labores de la institución como entidad administrativa, entiéndase lo relacionado con el Departamento de compras, manejo de cajas menudas, decisiones respecto a la adquisición de bienes y servicios, correspondientes a necesidades administrativas como cualquier otra entidad del sector público.
6. Las actuaciones realizadas por los servidores de la Contraloría General de la República, en el ejercicio de la función fiscalizadora no son actos propios de un empleado de manejo, por lo tanto están excluidos del ámbito de aplicación del artículo 2 de la Ley 67 de 2008. No ocurre igual, con los servidores de Contraloría que en efecto se desempeñan como empleados de manejo, por ejemplo, quienes custodian fondos de caja menuda, estos han de responder igual que cualquier otro servidor que ostente la condición de empleado de manejo. En este sentido, a nuestro juicio la Ley 351 de 2022, no pretende crear una coraza de impunidad, ni fueros, ni privilegios, sino que la labor fiscalizadora y contralora sea entendida y aplicada en su justo contexto, dado que ha sido una práctica incorrecta confundir dicha función que obedece a un mandato constitucional, con la labor de manejo de fondos y recursos del Estado.

### **Referencias bibliográficas**

Código Fiscal de la República de Panamá. (1956). Ley Número 8, 27 de enero de 1956. D.O. No.12,995. (Panamá).

Constitución de la República de Panamá (1941) . D.O. No.8425. (Panamá).

La Constitución Política de la República de Panamá (1946). D.O. No.9938. (Panamá).

Constitución de la República de Panamá (1972). D.O. No.17,210. (Panamá).

Constitución Política de la República de Panamá (2004). Texto Único. D.O. No.25,176. (Panamá).

Contraloría General de la República. (1992). *Aplicación del Control Fiscal*. Contraloría General.

Corte Suprema de Justicia. *Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral*. Fallo de 8 de abril de 1992.

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

Ley 351, (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. (Panamá).

Ley 56, (1904). *Por la cual se crea y organiza el Tribunal de Cuentas de la República*. D.O. No.27. (Panamá).

Ley 59, (1999). *Que reglamenta el Artículo 299 de la Constitución Política y Dicta otras Disposiciones contra la Corrupción Administrativa*. D.O. No.23,961. (Panamá).

Ley 6, (1941). *Por la cual se organiza la Contraloría General de la República*. D.O. No.8448. (Panamá).

Ley 67, (2008). *Que desarrolla la Jurisdicción de Cuentas*. D.O. No.26,169. (Panamá).

Ley 84, (1930). *Por la cual se crea una oficina de contabilidad y contraloría que se denominará Contraloría General de la República*. D.O. No.5926. (Panamá).

Palacios Aparicio, L. A. (1992). Efectos de la eliminación del control previo de la Contraloría General en el supuesto de reformarse la Constitución Política Vigente. *Necesidad de Mantener el Control Previo en la Contraloría General de la República*. Relaciones Públicas Mecanografía e Impresión del Departamento de Información y Divulgación Dirección de Estadística y Censo Contraloría General de la República.

Quijada Vásquez, J. L. (2014). *Rendición de cuentas y los empleados y agentes de manejo. Memoria del Primer Congreso Internacional del Tribunal de Cuentas*. Tribunal de Cuentas.

Romero Jr., A. (1995). *Perspectivas del Desarrollo de la Contraloría General de la República. Revista de la Dirección de Responsabilidad Patrimonial de la Contraloría General de la República*, III (4), 25-34.

