
Revista
Jurisdicción de Cuentas
Edición Especial XV Aniversario



Autoridades institucionales:

Álvaro L. Visuetti Zevallos
Magistrado Presidente

Rainier A. Del Rosario Franco
Magistrado Vicepresidente

Alberto Cigarruista Cortéz
Magistrado Vocal

Dora Batista de Estribí
Secretaria General

Alma C. Amado Hall
Jefa del Departamento de Capacitación y Formación Judicial

Consejo Editorial:

Oscar Vargas Velarde
Rainier A. Del Rosario Franco
Iris A. Díaz Cedeño
Virgilio Sousa Valdés

Directora:

Digna M. Atencio Bonilla

Diseño gráfico:
José Sánchez

El Consejo Editorial ha respetado el formato de citas elegido por los autores.

Impreso en Panamá por Editora Sibauste, S.A.
Tel.: 229-4577 / E-mail: esibauste@cwpanama.net

Panamá, 2024

Mensaje del Magistrado Presidente

La Importancia de la Rendición de Cuentas como presupuesto de un Estado Democrático y de Derecho

La rendición de cuentas es un principio esencial para la institucionalidad del Estado Democrático y de Derecho. En un país como Panamá, donde la transparencia y la integridad son valores fundamentales para el funcionamiento del gobierno y la confianza de los ciudadanos, se erige como un presupuesto y mecanismo indispensable para asegurar que los recursos públicos sean manejados con probidad y eficiencia.

Consideramos que la importancia de la rendición de cuentas se manifiesta en varios aspectos claves que son vitales para la institucionalidad y el desarrollo democrático, y por tanto, en el crecimiento y desarrollo económico de nuestro país. Primeramente, es fundamental para garantizar la transparencia en la gestión pública. La transparencia permite que los ciudadanos y las entidades de control puedan supervisar cómo se manejan los recursos del Estado, asegurando que se utilicen de manera eficiente y ética. Sin transparencia, el riesgo de corrupción y malversación de fondos aumenta significativamente, socavando la confianza pública en las instituciones gubernamentales.

Aunado a lo anterior, la rendición de cuentas fortalece la responsabilidad de los servidores públicos. Ello es así porque al

exigirle a los empleados y agentes de manejo de los fondos públicos que justifiquen sus acciones y decisiones, se establece un marco de responsabilidad que desalienta comportamientos indebidos y promueve la integridad. La responsabilidad no solo implica responder por las acciones realizadas, sino también asumir las consecuencias de cualquier irregularidad o mal manejo de los recursos públicos.

En ese sentido, el Tribunal de Cuentas desempeña un papel crucial al ejercer su jurisdicción con objetividad y apego a las disposiciones jurídicas pertinentes. La misión del Tribunal por mandato constitucional y legal es decidir sobre la responsabilidad que corresponde a los agentes y empleados de manejo de los fondos y bienes públicos, derivada de los reparos formulados por la Contraloría General de la República. Esta labor es esencial para asegurar que quienes manejan los recursos del Estado actúen con la debida diligencia y conforme a los principios de buena gestión y administración pública.

Por otra parte, la rendición de cuentas contribuye a la prevención de la corrupción. La corrupción es uno de los mayores obstáculos para el desarrollo económico y social de cualquier país. El establecimiento de mecanismos sólidos de rendición de cuentas reduce el espacio para la corrupción y promueve un entorno de integridad y confianza. En ese contexto el Tribunal de Cuentas, con su compromiso de ejercer la justicia patrimonial de manera eficiente, con probidad, transparencia, independencia e imparcialidad, juega un papel fundamental en la lucha contra la corrupción, con el respeto irrestricto del debido proceso legal.

Sobre el particular, la visión de nuestra institución es clara: ejercer la justicia de cuentas en salvaguarda del patrimonio público frente a las irregularidades que se cometan en su perjuicio, bajo los principios de la Constitución Política. Esta visión implica no solo la corrección de las irregularidades existentes, sino también

la creación de un sistema que prevenga futuras irregularidades. Al promover la rendición de cuentas, el Tribunal colabora a construir una cultura de integridad y responsabilidad que beneficia a toda la sociedad.

En un Estado Democrático y de Derecho, las instituciones deben actuar con legitimidad y ganar la confianza de los ciudadanos. Por ello, la rendición de cuentas es esencial para la legitimidad de las instituciones democráticas y constituye un medio para que estas demuestren su compromiso con la transparencia y la integridad. Cuando los ciudadanos ven que las instituciones rinden cuentas y actúan de manera ética, su confianza en el sistema aumenta, lo que a su vez fortalece la democracia y, sin duda, el crecimiento de la Nación.

En ese hilo conductor, al ejercer su misión y visión institucional con rigor y transparencia, el Tribunal contribuye significativamente a la legitimidad de las instituciones democráticas de Panamá. Su labor en la revisión y sanción de las irregularidades en el manejo de los recursos públicos es una garantía para los ciudadanos de que sus recursos están siendo administrados de manera justa y eficiente.

Otra nota característica de la rendición de cuentas es que promueve la eficiencia y eficacia en la gestión pública. Al exigir que los funcionarios públicos rindan cuentas de sus acciones, se fomenta un uso más eficiente y efectivo de los recursos públicos. La rendición de cuentas implica no solo la identificación y sanción de las irregularidades, sino también la implementación de medidas correctivas y preventivas para mejorar la gestión pública. Nuestra institución, con su enfoque en la justicia patrimonial, juega un papel vital en la promoción de la eficiencia y eficacia en la Administración pública.

Por encima de todos los atributos enunciados, queremos destacar que la rendición de cuentas es un derecho fundamental de los ciudadanos. Como primer fiscalizador, se reconoce a los ciudadanos

el derecho de saber cómo se manejan los recursos públicos, a exigir transparencia y responsabilidad a sus gobernantes y a todos los servidores públicos. Al garantizar la rendición de cuentas, el Tribunal defiende los derechos de los ciudadanos y contribuye al fortalecimiento de la democracia y el Estado de Derecho en Panamá.

Podemos concluir que la rendición de cuentas es esencial para la institucionalidad del Estado Democrático y de Derecho. A través de la transparencia, la responsabilidad, la prevención de la corrupción, la legitimidad de las instituciones, la eficiencia en la gestión pública y el derecho de los ciudadanos, se fortalece el sistema democrático y contribuye al desarrollo sostenible de nuestro país.

En nombre del Tribunal de Cuentas, agradecemos el apoyo y la colaboración de todos los que trabajan para promover la rendición de cuentas y fortalecer nuestra democracia. Juntos, podemos lograr un Panamá más transparente, justo y próspero para las generaciones presentes y futuras.

Álvaro L. Visueti Zevallos

Magistrado Presidente

Tribunal de Cuentas

Carta a los lectores

Con suma complacencia entregamos en sus manos la revista Jurisdicción de Cuentas, Edición Especial XV Aniversario. La reaparición de esta propuesta académica y científica representa un hito significativo en la promoción de la transparencia, la rendición de cuentas y la integridad en la gestión pública. Esta publicación no solo difunde investigaciones y análisis rigurosos sobre temas relacionados con la fiscalización y la auditoría de fondos públicos, sino que también fortalece la misión del Tribunal, fomentando un proceso reflexivo de diálogo continuo y constructivo entre académicos, profesionales y la sociedad panameña y regional.

Además, proporciona una plataforma esencial para la discusión y el análisis crítico de las prácticas de transparencia y rendición de cuentas en el sector público. A través de artículos revisados por pares y estudios empíricos, se pueden resaltar las mejores prácticas, identificar áreas de mejora y proporcionar recomendaciones basadas en evidencia para fortalecer los sistemas de control y auditoría. Esto profundiza la cultura de la eficiencia y efectividad de las operaciones del Tribunal de Cuentas, aumentando la confianza del público en la integridad de la gestión de los recursos públicos.

Esta iniciativa también sirve como un medio para la promoción de la investigación y la generación de conocimiento en el campo

de la fiscalización y la auditoría pública. Con la publicación de trabajos de académicos y profesionales de renombre, se fomenta el desarrollo de nuevas teorías, metodologías y prácticas que pueden ser aplicadas para mejorar la supervisión de los fondos públicos. Aunado a lo anterior, se proporciona un espacio para la discusión académica, donde se pueden debatir y refinar ideas, contribuyendo al avance del conocimiento en este campo crucial.

Esta edición especial juega un papel vital en la formación continua de los profesionales del Tribunal de Cuentas y de otras instituciones públicas. Al estar al tanto de las últimas investigaciones, tendencias y desarrollos en el ámbito de la auditoría y la fiscalización, los profesionales pueden mejorar sus competencias y habilidades que redundan en la calidad de su trabajo.

La publicación de una revista académica y científica permite al Tribunal de Cuentas de Panamá establecer vínculos y colaboraciones con instituciones similares a nivel internacional y con las que actualmente posee convenios de colaboración. Al difundir investigaciones y prácticas exitosas, la revista puede atraer la atención de académicos y profesionales de otros países, fomentando el intercambio de conocimientos y experiencias. Este diálogo internacional es crucial para el aprendizaje mutuo y la adopción de mejores prácticas que pueden ser adaptadas a las necesidades y contextos específicos de cada país.

Es importante reconocer y agradecer el valioso aporte de los funcionarios y académicos que contribuyen a esta revista con sus investigaciones y análisis. Su dedicación y compromiso con la transparencia, la ética y la integridad son fundamentales para el éxito de esta publicación. A través de sus escritos, estos profesionales no solo comparten su conocimiento y experiencia, sino que también inspiran a otros a seguir sus pasos en la búsqueda de una gestión pública más justa y eficiente. Su trabajo es una fuente invaluable de aprendizaje y mejora continua, y su contribución ayuda a construir

un futuro mejor para Panamá y para la comunidad internacional de la fiscalización y la auditoría pública.

Entre las colaboraciones de la presente edición, tenemos como pluma invitada al Maestro Olmedo Sanjur G. que nos comparte sus reflexiones sobre la Importancia de la Jurisdicción de Cuentas, y a Doña Rebeca Laliga Misó que nos ofrece una visión sobre el Tribunal de Cuentas de España y su función jurisdiccional de enjuiciamiento de la Responsabilidad Contable, aportando valiosas lecciones para fortalecer la jurisdicción de cuentas en Panamá y otros países de la región. Por otra parte, el Profesor Armando A. Fuentes Rodríguez hace un interesante análisis sobre el Compliance en el sector público y de la Responsabilidad Patrimonial; desde América del Sur nos acompaña el destacado jurista Juan Carlos Morón Urbina con el tema Responsabilidad patrimonial de los servidores públicos y la acción de regreso: el caso peruano. El jurisconsulto Víctor L. Benavides Pinilla presenta sus comentarios respecto de La Jurisprudencia panameña relacionada con el Tribunal de Cuentas materia relevante para comprender el proceso de cuentas; el Profesor Joel E. Caballero Lezcano analiza La Jurisdicción de Cuentas en Panamá: en la búsqueda de la transparencia y la aplicación oportuna de la ley, destacando cómo estos aspectos fortalecen la confianza pública y el Estado de Derecho. El Profesor Oscar Vargas Velarde, quien fue Magistrado fundador del Tribunal de Cuentas, aborda el Esquema normativo de los modelos para el control de fondos públicos y su juzgamiento en América Central Hispánica haciendo un recorrido en el que nos explica los modelos adoptados por los países latinoamericanos para la fiscalización del manejo de los fondos y bienes públicos; el Magistrado Presidente Álvaro L. Visuetti Zevallos comparte sus comentarios sobre el *Proceso de cuentas en la legislación panameña* detallando sus orígenes, la normativa que lo rige y las distintas etapas que lo conforman, así como la labor del Tribunal como administrador de justicia patrimonial, garante del Debido Proceso y el respeto de los derechos de todas las partes involucradas.

Esta iniciativa del Tribunal de Cuentas contribuirá significativamente a la transparencia, la rendición de cuentas y la gestión pública en el país. Al proporcionar una plataforma para la difusión de investigaciones y el intercambio de conocimientos, esta revista fortalece las instituciones públicas y promueve el desarrollo sostenible y la buena gobernanza.

Agradecemos nuevamente a todos los funcionarios y académicos que, con su esfuerzo y dedicación, hacen posible esta publicación. Su trabajo continúa siendo una fuente de inspiración y mejora para todos, ayudando a construir un futuro mejor para Panamá y para la comunidad internacional de la fiscalización y la auditoría pública.

Digna M. Atencio Bonilla
Directora

Índice

Pluma invitada: Panamá

Importancia de la Jurisdicción de Cuentas. Olmedo Sanjur G.	13
---	----

Pluma invitada: España

El Tribunal de Cuentas de España y su función jurisdiccional de enjuiciamiento de la Responsabilidad Contable. Rebeca Laliga Misó	24
---	----

<i>Compliance</i> en el sector público y de la Responsabilidad Patrimonial. Armando A. Fuentes Rodríguez	37
--	----

La Responsabilidad patrimonial de los servidores públicos y la acción de regreso: el caso peruano. Juan Carlos Morón Urbina	55
---	----

La Jurisprudencia panameña relacionada con el Tribunal de Cuentas. Víctor L. Benavides Pinilla	100
--	-----

La Jurisdicción de Cuentas en Panamá: en la búsqueda de la transparencia y la aplicación oportuna de la ley. Joel E. Caballero Lezcano	120
--	-----

Esquema normativo de los modelos para el control de fondos públicos y su juzgamiento en América Central Hispánica. Oscar Vargas Velarde	132
---	-----

El Proceso de cuentas en la legislación panameña. Álvaro L. Visuetti Zevallos	182
--	-----

PLUMA INVITADA:

PANAMÁ

Importancia de la Jurisdicción de Cuentas

Por: Olmedo Sanjur G.¹

I. Introducción

Se nos ha solicitado gentilmente por el Honorable Magistrado Presidente del Tribunal de Cuentas que escriba un trabajo para la próxima edición de la Revista de ese Tribunal, sin señalarnos el tema específico, por lo que hemos pensado que debe versar sobre la materia de que conoce y decide dicho Tribunal.

Y ese Tribunal ha sido creado en nuestro país para conocer y decidir los procesos que se surten para juzgar a los empleados o agentes de manejo de fondos u otros bienes públicos, a quienes se les atribuye haber incurrido en irregularidades o reparos a sus cuentas, que pueden constituir lesión patrimonial al Estado o a alguna de sus entidades.

A no dudarlo, el tema de la jurisdicción de cuentas, a pesar de que no genera la publicidad que genera el ejercicio de la jurisdicción penal, resulta de gran importancia para la preservación del Estado de Derecho en lo que respecta a la administración de los patrimonios públicos. Y en los últimos lustros ha cobrado mayor importancia,

1. Abogado

debido los grandes escándalos divulgados por los medios de comunicación social sobre supuestos latrocinios y atracos a fondos y a los otros bienes del Estado, que han sido denunciados ante las Agencias del Ministerio Público y cuyas audiencias surtidas ante los Tribunales del ramo penal, han generado una amplia cobertura.

Al hombre y a la mujer comunes, que se dedican a un trabajo honesto y pagan los tributos fiscales al Estado, les asiste un legítimo derecho a que los bienes del Estado se utilicen para la solución de las necesidades públicas y no se utilicen para fines desviados y menos para que ellos sean objeto de la comisión de delitos y otros actos y hechos ilícitos que producen lesión patrimonial a las entidades públicas. A ellos lo que les interesa es que en su casa haya agua potable las 24 horas del día, que el suministro de energía eléctrica se le preste sin interrupción, que en los hospitales y centros de salud haya una atención oportuna y eficaz, que en los centros educativos hayan educadores con una real vocación de servir a sus alumnos y que brinden una educación de calidad, al igual que ese servicio público se preste en instalaciones apropiadas, que los desechos sólidos sean recogidos de manera eficiente y oportuna, y en general, que se les permita vivir en condiciones apropiadas.

Por ello, el tema de la corrupción en los servidores públicos se ha convertido en un grave problema social que se ha extendido a nivel mundial, del que se han librado muy pocos países, porque implica que quienes incurren en ella se apoderan, para su propio beneficio o para beneficio de otras personas allegadas, de dineros u otros bienes del Estado, que estaban destinados a la prestación de servicios públicos o a la construcción de obras públicas, para beneficio del grupo social.

Como causa agravante de lo que se acaba de exponer, es que la corrupción de los servidores públicos conlleva una gravísima injusticia social, porque quienes más la sufren son los grupos sociales desvalidos que carecen de medios económicos para superar los efectos negativos que ella genera.

El panorama mundial de que dan cuenta los medios internacionales de comunicación social, resulta extremadamente preocupante y plantea un futuro ominoso, que exige a las sociedades de los diversos países adoptar medidas efectivas y radicales para que se logre erradicar dicho flagelo.

II. Breve síntesis de la Historia de la Jurisdicción de Cuentas en la República de Panamá.

Primera Etapa

Durante gran parte de nuestra época republicana, no existió una jurisdicción especial ni tribunales especiales creados para conocer y decidir sobre la responsabilidad de las personas que cometían delitos u otros actos ilícitos que afectaban los patrimonios públicos. Era el Ministerio Público, a través de sus Agentes, quien ejercía la acción penal e investigaba los delitos y, a su vez, a los Tribunales del ramo penal les correspondía conocer y decidir los respectivos procesos.

Lo anterior ocurrió a pesar de que el artículo 67, numeral 5, de la Constitución Política de 1904, le asignó a la Asamblea Nacional, como una de sus funciones administrativas, la siguiente: “5. Nombrar los jueces del Tribunal de Cuentas”.

Sin embargo, las Constituciones Políticas de 1941 y 1946 no regularon el tema de la jurisdicción de cuentas, como jurisdicción especial, por lo cual se produjo allí una especie de laguna jurídica aparente sobre el tema.

Sin embargo, la acción para reparar el daño o lesión patrimonial causada al Estado por el delito o por otro hecho ilícito, no era ejercida, y todo se agotaba en el campo administrativo, si es que se hacía, con la destitución del autor del hecho del cargo público que ejercía. Esta situación ocurría a pesar de que nuestras normas sustantivas establecían el derecho del Estado a exigir la reparación

de la lesión patrimonial sufrida y, además, los tribunales civiles estaban dotados de jurisdicción y competencia para conocer y decidir tales procesos.

Nos correspondió conocer hechos censurables, viciados de ilegalidad e inexplicables desde todo punto de vista, como es el siguiente. Cuando nos desempeñábamos como secretario general de la Procuraduría General de la Nación, a una persona que estaba sindicada por el delito de PECULADO, el Órgano Ejecutivo lo nombró en un cargo de la Embajada de la República de Panamá ante el Gobierno de los Estados Unidos de América. Como existía mérito para ello, la Procuraduría General de la Nación solicitó la extradición de esta persona para que fuese juzgada por los Tribunales panameños, y para ello se dirigió al Ministerio de Relaciones Exteriores.

Cuando habían transcurrido más de seis (6) meses de presentada la solicitud de extradición, el Procurador General le reiteró al Canciller panameño la referida solicitud, a lo que el segundo le contestó que iba a dirigirse al señor Embajador de la República de Panamá en Washington para que tramitara dicha solicitud.

Cuando fungía como Director de Asesoría Legal de la Contraloría General de la República, un Auditor de dicha entidad estatal nos consultó el caso de un Ingeniero del Ministerio de Desarrollo Agropecuario, que en horas de trabajo y eufórico por la ingesta de bebidas espirituosas, se había metido dos (2) veces con el automóvil del Ministerio dentro de una cantina, y que la tercera (3ª) vez, totalmente borracho y en horas laborables, había derrumbado el muro de la cantina al colisionarlo con el vehículo. Y el auditor de la Contraloría, con una actitud seráfica, nos preguntó que cómo debía resolverse el caso del cheque retenido del Ingeniero, por la investigación disciplinaria que se llevaba a cabo. Nosotros le preguntamos que si ya el Ingeniero había pagado los daños causados al vehículo del MIDA y si ya lo habían destituido del cargo, lo que le causó sorpresa al Auditor de la Contraloría.

Como los anteriores, y mucho más graves, han ocurrido en nuestra historia republicana, con serios perjuicios a los patrimonios públicos.

Segunda Etapa

A comienzos de la segunda mitad del Siglo XX surgió la necesidad de superar la situación que imperaba, porque era indispensable instituir mecanismos que fueran eficaces para exigir responsabilidad a quienes lesionaban los patrimonios públicos.

Como nosotros habíamos laborado en el Ministerio Público, conocíamos el problema, y cuando llegamos a la Contraloría General se lo expusimos al Titular de ese momento y luego a los que lo reemplazaron, todos los cuales mostraron interés en iniciar gestiones para lograr una legislación apropiada sobre el tema. Y se tuvo en mente instaurar el juicio de cuentas.

Durante esa época, uno de los problemas que confrontaba la Contraloría General de la República era el que su Ley Orgánica había sido emitida antes de la vigencia de la Constitución Política de 1946, que no le reglamentaba todas las funciones que ésta le había asignado.

Con la Constitución Política de 1972, mediante el artículo 276, numeral 13, se asigna como parte de las funciones de la Contraloría General, la siguiente:

Artículo 276. Son funciones de la Contraloría General de la República, además de las que señale la Ley, las siguientes:

1. ...
13. Juzgar las cuentas de los agentes y empleados de manejo, cuando surjan reparos de las mismas por razón de supuestas irregularidades.

En esta norma fundamental se asigna a la Contraloría General de la República ejercer dicha función para decidir sobre la responsabilidad de aquellos funcionarios públicos y de aquellos particulares que administraran o manejaran en algún sentido fondos o bienes de las entidades estatales, lo que constituyó una innovación importante en el sistema jurídico panameño sobre el tema.

Aunque en la Contraloría General de la República quienes fueron titulares a partir de la adopción de la Constitución de 1972, mostraron siempre interés en lograr una Ley Orgánica para esa entidad estatal, no fue sino hasta cuando se emitió la Ley 32 de 1984, que se logró ese objetivo.

El Título IV, sobre FUNCIONES ESPECIALES, dedicó el Capítulo I, a regular los “Métodos y Sistemas de Contabilidad”, el Capítulo II a “la Rendición de Cuentas, el Capítulo III a ‘Examen de Cuentas y el IV’ del Juicio de Cuentas”, que fue integrado por los artículos 32 y 33, cuyos textos reproduciremos a continuación.

Artículo 32. Es atribución de la Contraloría General juzgar las cuentas que llevan los Agentes y Empleados de Manejo de fondos o bienes públicos, cuando surjan reparos al momento de su rendición o a consecuencia de investigaciones realizadas por aquélla.

Artículo 33. El juicio de cuentas tiene por objeto la evaluación de la gestión de manejo, conforme a un criterio jurídico-contable, y decidir lo relativo a la responsabilidad patrimonial del respectivo agente o funcionario público frente al Estado.

Con fundamento en estas normas jurídicas que se han citado, se creó en la Contraloría General de la República la Dirección de Responsabilidad Patrimonial, mediante Decreto de Gabinete No.36 de 10 de febrero de 1990, que durante varias décadas ejerció la función de conocer y decidir los procesos instaurados contra los funcionarios y agentes de manejo de fondos y otros bienes públicos

cuyas cuentas habían sido objeto de reparos, esto es, de objeciones formuladas por la Dirección de Auditoría de la Contraloría General de la República.

El hecho de que fuese una dependencia de la Contraloría General de República la que juzgase a las personas a quienes otra dependencia de la Contraloría les formulaba objeciones o reparos a las cuentas que ellas rendían, sugirió críticas respecto de la objetabilidad e imparcialidad de quienes tenían a su cargo resolver tales procesos.

Hubo momentos históricos en nuestro país, en que los llamados “Informes de Antecedentes” fueron utilizados para fines políticos partidistas. Nos consta, porque tuvimos que intervenir en algunos procesos en los que, sin ninguna justificación, se habían iniciado investigaciones, sobre supuestas lesiones patrimoniales al Estado, cuando en uno de los casos el Estado le debía a la persona, y en otro, la persona había adquirido un automóvil en un programa creado por el Estado, en el que la persona recibía parte del precio del vehículo y ella completaba el resto, para funcionarios públicos que tuvieran necesidad de trasladarse en misión oficial a distintos puntos del país, proyecto que contaba con partidas presupuestarias autorizadas en la Ley General del Presupuesto del Estado.

De manera que, si se mira objetivamente el sistema que instituyó el Gobierno en funciones en el año 1990, justificó las críticas que se le formularon al mismo.

No es sino hasta que se reformó la Constitución de 1972, en el año de 2004, cuando se incluyó el artículo 281, que instituyó una jurisdicción especial de cuentas e igualmente un Tribunal Especial para ejercerla. Esta norma fundamental es del siguiente tenor:

Artículo 281. Se establece la Jurisdicción de Cuentas, con competencia y jurisdicción nacional, para juzgar las cuentas de los agentes y empleados de manejo, cuando surjan reparos de éstas por razón de supuestas irregularidades.

El Tribunal de Cuentas se compondrá de tres Magistrados, los cuales serán designados para un período de diez años así: Uno por el Órgano Legislativo, otro por el Órgano Ejecutivo y el tercero por la Corte Suprema de Justicia.

La Ley determinará la creación y el funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

Ella guarda estrecha relación con el artículo 280, numeral 13, de la Carta Política, cuyo texto reproduciremos a seguidas:

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

1. ...

13. Presentar para su juzgamiento, a través del Tribunal de Cuentas, las cuentas de los agentes y servidores públicos de manejo cuando surjan reparos por razón de supuestas irregularidades.

De esta manera, se creó en nuestro sistema jurídico la jurisdicción especial de cuentas, que debe resolver los procesos que se instauren en contra de aquellas personas que, en su condición de agentes o empleados de manejo de bienes públicos, hayan rendido cuentas que han sido objeto de reparos u objeciones por la Contraloría General de la República.

Las referidas normas constitucionales fueron desarrolladas por la Ley 67 de 2008, modificada por la Ley 81 de 2008, que regula la organización del Tribunal de Cuentas y de la Fiscalía General de Cuentas y el procedimiento para el desarrollo de los respectivos procesos.

Este nuevo régimen jurídico ha venido a superar una grave laguna legal y a satisfacer una aspiración tanto de la comunidad jurídica

como de la comunidad en general, que sentían la necesidad de impedir que permanecieran en impunidad hechos y actos jurídicos que lesionan los patrimonios públicos.

De esta manera se logró la instauración de un Tribunal de Cuentas integrado por sendos Magistrados designados por los representantes de los Órganos Legislativo, Ejecutivo y Judicial, con lo que se obtuvo un balance en tales nombramientos, lo que favorece de manera positiva la objetividad e imparcialidad en las decisiones que se emiten.

De igual manera, el nuevo régimen propicia la especialización sobre los procesos de cuentas de los Magistrados, del Fiscal General de Cuentas y del resto del personal que presta servicios en el sistema. Esto contribuye a que la tramitación y decisión de los procesos se realicen con mayor celeridad, con mayor idoneidad técnica para orientar y evaluar las pruebas en función de los hechos de interés y, con ello, una mejor calidad en la administración de justicia que se imparte.

Este nuevo régimen jurídico tiene el mérito adicional de haber incluido normas destinadas a definir algunas voces y expresiones sobre conceptos técnicos, que resultan de gran importancia para la determinación de la responsabilidad de los demandados. A manera de ejemplo, el artículo 2 de la Ley 67 de 2008 define al funcionario de manejo y al agente de manejo, en la siguiente forma:

“Para los efectos de la presente Ley, se considera empleado de manejo todo servidor público que recibe, recaude, administre, invierta, custodie, cuide, controle, apruebe, autorice o pague por cualquier causa fondos públicos.

Para los mismos fines, se considera agente de manejo toda persona natural o jurídica que reciba, recaude, maneje, administre, invierta, custodie, cuide, controle, apruebe, autorice o pague por cualquier causa fondos o bienes públicos”.

Al precisar el significado de estas expresiones, se elimina la facultad discrecional en la interpretación y aplicación de las normas legales, lo que constituye una garantía tanto para los intereses del Estado, como para los de los demandados, lo que favorece la objetividad en las decisiones que se adoptan.

Pero la mayor importancia de haber creado una jurisdicción especial y un sistema para decidir sobre la responsabilidad de las personas a quienes se atribuye haber causado una lesión patrimonial al Estado, es que ello constituye un paso importante para evitar o, por lo menos, disminuir la impunidad de quienes se apoderan ilegalmente o malversan los bienes públicos. Y ello resulta más necesario y de mayor actualidad, en una época cargada de procesos penales “de alto nivel” instaurados por hechos que, según indican los medios de comunicación social, se han originado por hechos que han causado gravísimas lesiones patrimoniales al Estado.

Desconocemos el resultado de las estadísticas sobre el volumen de procesos de cuentas que se han tramitado y decidido desde la creación del Tribunal de Cuentas, y tampoco el monto de los bienes recuperados, pero estamos seguros que han sido muchos y el monto global de los bienes recuperados significativo. Es por ello, que aspiramos a que con este importante antecedente se logre contribuir a crear una cultura de respeto a los patrimonios públicos y de recuperación de los valores éticos en nuestra sociedad.

PLUMA INVITADA:
ESPAÑA

El Tribunal de Cuentas de España y su función jurisdiccional de enjuiciamiento de la responsabilidad contable.

Por: Rebeca Laliqa Misó¹

Resumen

En el presente artículo se exponen las funciones principales encomendadas por la Constitución Española al Tribunal de Cuentas, como el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado y del sector público, con una jurisdicción propia. Se realiza un análisis de la jurisdicción contable como jurisdicción propia del Tribunal de Cuentas, exponiendo su marco normativo, objeto, extensión y límites, así como sus características y los requisitos que deben concurrir para apreciar la existencia de responsabilidad contable.

También se ponen de manifiesto los retos futuros a afrontar en el ámbito de la Sección de enjuiciamiento para, desde el ejercicio de las funciones encomendadas, con estricta sujeción al principio de legalidad y con el propósito de responder a las exigencias de la sociedad, contribuir al cumplimiento de los principios de transparencia, modernización y buen gobierno que han de regir nuestra actuación.

1. Presidenta de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas de España. Licenciada en Derecho, especialidad jurídico- empresarial por la Universidad CEU San Pablo, con Premio a la Excelencia Académica. Es funcionaria de carrera del Cuerpo Superior de Gestión Catastral del Ministerio de Hacienda. Su trayectoria ha sido reconocida con la concesión de la Cruz Distinguida de Primera Clase de la Orden de San Raimundo de Peñafort.

PALABRAS CLAVE / KEYWORDS

Jurisdicción contable / Accounting jurisdiction

Función fiscalizadora / Auditing function

Función de Enjuiciamiento de la responsabilidad contable /
The prosecution of accounting liability function

Caudales públicos / Public funds

Alcance / Repayment for debtor balance

La Constitución Española en su artículo 136 y la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, que se dictó en su desarrollo, definen al Tribunal de Cuentas como el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado y del sector público, con una jurisdicción propia, necesaria, improrrogable, exclusiva y plena de enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que incurran quienes tengan a su cargo el manejo de los caudales o efectos públicos.

El Tribunal de Cuentas es un órgano de relevancia constitucional al que la Constitución Española en su artículo 136 encomienda al Tribunal de Cuentas dos funciones, perfectamente diferenciadas: la fiscalizadora -como órgano supremo de la misma- y la jurisdiccional. Si bien dichas funciones son complementarias, pues ambas se encuentran interrelacionadas.

La función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas tiene por objeto la fiscalización externa, permanente y consuntiva de la actividad económico-financiera del sector público, a diferencia del control interno que llevan a cabo los órganos de la propia Administración pública; es permanente porque se ejerce de manera continuada en el tiempo; y consuntiva, por su carácter de final y definitiva. La fiscalización comprende el conjunto de actuaciones que el Tribunal de Cuentas realiza, de conformidad con sus Leyes orgánica y de

funcionamiento, para comprobar el sometimiento de la actividad económico-financiera del sector público a los principios de legalidad, eficacia, eficiencia, economía, así como, en su caso, otros de buena gestión. Se ejerce en relación con la ejecución de los programas de ingresos y gastos públicos.

La función de enjuiciamiento contable del Tribunal de Cuentas es la función de naturaleza jurisdiccional del Tribunal de Cuentas, reconocida en el artículo 136.2 de la Constitución Española, consistente en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en el ámbito de la responsabilidad contable en que incurran quienes tengan a su cargo el manejo de bienes, caudales o efectos públicos.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional (STC 187/1988, de 17 de octubre), el contenido de ambas funciones se puede sintetizar diciendo que:

La actividad fiscalizadora se centra en el examen y comprobación de la actividad económico-financiera del sector público desde el punto de vista de legalidad, eficiencia y economía, y el resultado de la misma se recoge en los Informes o Memorias anuales que el Tribunal debe remitir a las Cortes Generales, en los que propondría las medidas a adoptar, en su caso, para la mejora de la gestión económico-financiera del sector público, y hará constar cuantas infracciones, abusos o prácticas irregulares haya observado, con indicación de la responsabilidad en que, a su juicio, se hubiere incurrido y de las demás medidas para exigirla». Por su parte, «el enjuiciamiento contable aparece configurado como una actividad de naturaleza jurisdiccional a través de un procedimiento judicial desarrollado en la Ley 7/1988 de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

- La Jurisdicción Propia del Tribunal de Cuentas: La Jurisdicción Contable.

La jurisdicción contable se encuentra avalada por el Derecho positivo estatal, tanto por la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo,

del Tribunal de Cuentas y por la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, cuanto por las normas procesales a las que se remite la referida Ley de Funcionamiento y por las que figuran como supletorias del ejercicio de la función jurisdiccional del Tribunal en la referida Ley Orgánica.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Doctrina de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas han completado este marco consolidando la jurisdicción contable y delimitando, entre otros aspectos, los criterios configuradores de la responsabilidad contable. En efecto, la doctrina jurisprudencial es unánime en el reconocimiento de la verdadera naturaleza jurisdiccional de la función de enjuiciamiento contable atribuida al Tribunal de Cuentas en el mencionado artículo 136 y, de su perfecto encaje con el artículo 117.5 del mismo Texto Constitucional.

La jurisdicción propia del Tribunal de Cuentas se configura positivamente por su objeto, la responsabilidad contable, que marca en principio su extensión con el margen de flexibilidad previsto en el artículo 17 de la meritada Ley Orgánica, el cual dispone que:

1. La jurisdicción contable es necesaria e improrrogable, exclusiva y plena. 2. Se extenderá, a los solos efectos del ejercicio de su función, al conocimiento y decisión en las cuestiones prejudiciales e incidentales, salvo las de carácter penal, que constituyan elemento previo necesario para la declaración de responsabilidad contable y estén con ella relacionadas directamente.

Como anverso de tal deslinde, por inclusión, de la materia objeto del proceso y de las cuestiones conexas, la técnica habitual utiliza también criterios por exclusión, y en este aspecto la Ley Orgánica sigue las directrices tradicionales para delimitar el ámbito

del Tribunal respecto de las Administraciones públicas y de los demás órdenes jurisdiccionales².

Así, la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas regula la función jurisdiccional del Tribunal, que sigue los pasos de la tradición histórica de la institución, aunque acomodándola –eso sí– a los principios inspirados de un Estado social y democrático de Derecho. Por ello, entiende que es función propia del Tribunal el enjuiciamiento de las responsabilidades contables en que incurran quienes tengan a su cargo el manejo de bienes, caudales o efectos públicos; concibe como jurisdicción propia del Tribunal el enjuiciamiento contable que se ejerce respecto de las cuentas que deben rendir, en general, quienes manejen el dinero público; determina la extensión, límites y características de la jurisdicción contable; establece la compatibilidad de esta jurisdicción con la penal y con la potestad disciplinaria de la Administración, así como su prevalencia cuando se trate de la responsabilidad contable nacida de los delitos; define la responsabilidad contable, sus clases, transmisión y circunstancias modificativas; hace referencia a los procedimientos jurisdiccionales contables y salvaguarda perfectamente el principio de unidad jurisdiccional, residenciando ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo los recursos de casación y de revisión contra las resoluciones que dicte el Tribunal de Cuentas.

Por su parte, la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas de 5 de abril de 1988 desarrolla la Orgánica, y entre sus objetivos está la regulación de los procedimientos mediante los que se lleva a efecto el enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que puedan incurrir quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos. El Título V de esta Ley está íntegramente dedicado a la jurisdicción contable y a sus procedimientos.

2. De Mendizábal Allende, Rafael. "La función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas". *Revista de Administración Pública*, España, Nos. 100-102, enero-diciembre, 1983, páginas 1307-1373.

Así, tanto la referida Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas y la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, disponen la regulación de la Sección de Enjuiciamiento del propio Tribunal y la del enjuiciamiento contable, así como de los procedimientos contables para la exigencia de la responsabilidad de tal naturaleza.

La Constitución Española y la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas únicamente pretenden que la jurisdicción contable conozca de responsabilidades de naturaleza contable³. Dichos textos no plantean la atribución indiscriminada de pretensiones de responsabilidad civil por daños a los caudales y efectos públicos. El término contable, aplicable a jurisdicción y responsabilidad, delimita el ámbito de conocimiento de la potestad que le ha sido atribuida al Tribunal de Cuentas.⁴

Asimismo, las restantes Leyes del ordenamiento jurídico español que tratan de la jurisdicción y sus procedimientos también tienen en cuenta en su regulación específica la existencia de la jurisdicción contable, quedando la misma también refrendada por las Leyes reguladoras de los Órganos de Control Externo de las Comunidades Autónomas.

La propia Ley Orgánica establece en su artículo primero que la jurisdicción contable es competencia exclusiva del Tribunal de Cuentas, determinando que “extiende su jurisdicción a todo el territorio nacional”, sin perjuicio de la colaboración de los órganos de control externo, y su compatibilidad con el ejercicio de la potestad disciplinaria y con la actuación de la jurisdicción penal, destacando su sustantividad propia para determinar la responsabilidad civil en el ámbito de su competencia.

3. Cf. Blanco Higuera, Alfonso. “La necesaria, inaplazable e irrenunciable jurisdicción contable”. *Revista Auditoría Pública*, revista de los Órganos Autonómicos de Control Externo, España, N.º 79, páginas 173-181.

4. Cf. Torres Morato, Miguel Ángel. “La responsabilidad contable”. *Revista Española de Control Externo*, España, N.º 73, 2023, páginas 10-47.

En cuanto a los requisitos que deben concurrir para apreciar la existencia de responsabilidad contable, la determinación de la misma se ha de efectuar con base en los requisitos establecidos en los artículos 38.1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas y 49.1 de su Ley de Funcionamiento, y que son los siguientes:

- 1) Acción u omisión que ocasione daño o perjuicio en los caudales públicos;
- 2) Que el perjuicio sea atribuible a quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen caudales o efectos públicos;
- 3) Vulneración de la normativa presupuestaria y contable reguladora del sector público de que se trate;
- 4) Infracción dolosa o con culpa o negligencia graves de las normas reguladoras del régimen presupuestario o de contabilidad;
- 5) Perjuicio, real, efectivo, evaluable económicamente e individualizado en fondos públicos;
- 6) Relación causalidad entre acción u omisión y el daño producido.

Esta responsabilidad contable, que puede ser directa o subsidiaria, se exige mediante los procedimientos jurisdiccionales ante el Tribunal de Cuentas, pudiendo sustentarse ante la jurisdicción contable dos tipos de procesos contables. Por un lado, el proceso de reintegro por alcance (artículos 72 a 74 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas) previsto para la reclamación de los perjuicios causados a los fondos públicos como consecuencia de alcance o malversación contable. Y, por otro lado, el denominado juicio de cuentas (artículos 68 a 71 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas), previsto para los supuestos de exigencia de responsabilidades contables distintas del alcance o de la malversación contable.

La jurisdicción contable persigue el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados a los fondos públicos ya sea porque la salida

de esos fondos no fue justificada o el ingreso de dichos fondos en la hacienda pública no se llevó a efecto. La naturaleza de la responsabilidad que se exige en sede jurisdiccional contable no es sancionadora sino reparadora del daño producido a los fondos públicos.

Por tanto, la finalidad de la jurisdicción contable del Tribunal de Cuentas no es otra que la tutela y protección íntegra de los fondos públicos. La responsabilidad contable es un tipo de responsabilidad reparadora, indemnizatoria o recuperadora de activos públicos indebidamente apropiados o dispuestos, siendo su finalidad que se reintegre el daño que se ha causado, no teniendo por tanto naturaleza sancionadora.

En el ámbito de la responsabilidad contable, el Tribunal de Cuentas juzga y ejecuta lo juzgado, y su jurisdicción se ejerce por los órganos previstos en el artículo 52.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, incardinados en la Sección de Enjuiciamiento del citado Tribunal, esto es, por las/os Consejeras/os de Cuentas adscritos a la Sección y la Sala de Justicia, que son independientes e inamovibles. Además, el Tribunal de Cuentas ha ido fijando, a través de las resoluciones de su Sala de Justicia, una doctrina jurisdiccional de especial relevancia en un ámbito tan específico como es el de la responsabilidad contable.

Así, la función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas da respuesta a las necesidades del control de la legalidad contable y presupuestaria. En tiempos como los presentes, en los que la ciudadanía exige mayor transparencia y rigor a los gestores públicos, es necesario un mayor control y, para ello, las funciones de fiscalización y de enjuiciamiento deben actuar de manera coordinada, sin perder su autonomía y sin que se confundan los objetivos de cada una de ellas, pero con la finalidad de contribuir a la mejora en la gestión de los recursos y servicios públicos y a obtener el reintegro de los fondos o caudales públicos que hayan podido ser perjudicados por una gestión negligente de los gestores que los tenían a su cargo.

La Jurisdicción Contable ante el futuro, tras el 40 aniversario de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas.

En el año 2022 se conmemoró el 40 aniversario de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, siendo por ello momento en que se ha podido hacer un balance de la evolución de la institución y de su función de enjuiciamiento contable, así como de sus retos futuros.

Durante estos cuarenta años, la institución ha evolucionado adaptándose a las nuevas necesidades y a los cambios políticos, institucionales, económicos y sociales, hasta constituirse en un órgano altamente cualificado de reconocido prestigio. Además, estos años no han estado exentos de retos para la institución, y a la vez de reconocimiento de la fortaleza y solvencia de su actuación y del sistema del control externo del que forman parte el Tribunal de Cuentas y los órganos de control externo de las Comunidades Autónomas, favoreciendo con ello una mejora del control a nivel global.

El Tribunal de Cuentas de España, como supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado y del sector público ha de contribuir, desde el ejercicio de sus funciones –fiscalizadora y jurisdiccional–, a que se hagan efectivas en el ámbito económico-financiero público las exigencias de la realidad económica y social y las demandas de los ciudadanos, desarrollando para ello gestiones más eficaces, mayor eficiencia en la consecución de los objetivos y el cumplimiento de los programas, así como proponiendo medidas que guíen la gestión por la senda de buen gobierno, transparencia y eficacia.

Como pieza clave del sistema constitucional, desde el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas, el Tribunal de Cuentas contribuye a que estas exigencias se hagan efectivas y, en ejercicio de la jurisdicción contable, reclama las responsabilidades contables

en que incurran quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, exigiendo el reintegro de los perjuicios ocasionados.

Retos futuros de la Sección de Enjuiciamiento:

El 18 de noviembre de 2021 comenzó una nueva etapa en el Tribunal de Cuentas con la designación de un nuevo Pleno. Toda nueva etapa brinda la oportunidad de continuar con la labor desarrollada y de afrontar nuevos retos para, desde el ejercicio de las funciones encomendadas, con estricta sujeción al principio de legalidad y con el propósito de responder a las exigencias de la sociedad, contribuir al cumplimiento de los principios de transparencia, modernización y buen gobierno que deben regir nuestra actuación.

Para el eficaz cumplimiento de tales objetivos, se ha de impulsar en la institución el desarrollo de procedimientos más ágiles y la modernización de los mismos, en aras de una mayor eficiencia y, en definitiva, de la mejora en la prestación de un buen servicio público y, también, de la transparencia y de la excelencia, potenciando acciones de comunicación más directas con el exterior, que contribuyan al fortalecimiento de su posición institucional y reconocimiento social.

En los últimos años, el Tribunal de Cuentas ha impulsado grandes cambios en su propia organización y operativa interna, aprobándose el 25 de abril de 2018 el Plan Estratégico del Tribunal de Cuentas 2018-2021, con una vigencia de tres años. Transcurrido este plazo, corresponde realizar una evaluación para conocer su grado de ejecución, y elaborar un nuevo Plan Estratégico que incorpore la misión, la visión y los valores que informan la actuación del Tribunal de Cuentas, así como los objetivos que se fijan para los próximos años y las actuaciones que se pretenden desarrollar para alcanzarlos. Para ello, se constituyó en septiembre de 2022 la Comisión para la elaboración del Nuevo Plan Estratégico, una vez aprobada su creación en la reunión del Pleno de junio de ese mismo año.

En el marco de los retos futuros del Tribunal de Cuentas como órgano de control externo del sector público, se ha de resaltar que las actuaciones fiscalizadoras del Tribunal de Cuentas están inmersas en un proceso de cambio y adaptación, estando dirigidos dichos cambios fundamentalmente a fiscalizaciones más cercanas a los intereses y preocupaciones de la ciudadanía, más fiscalizaciones de tipo operativo y de evaluación y fiscalizaciones más cercanas en em ámbito temporal.

La Administración de Justicia y el Tribunal de Cuentas están inmersos en un proceso de transformación digital, dirigido a la modernización de los procesos, incorporando tecnologías de inteligencia artificial y acercando los procedimientos a la sociedad. Desde la Sección de Enjuiciamiento, una vez realizada la correspondiente evaluación, hemos de continuar trabajando en la senda iniciada y afrontar retos futuros que fomenten la eficacia y eficiencia en nuestra estructura, fortaleciendo la implantación de las tecnologías de la información al desarrollo de los procedimientos jurisdiccionales e impulsando la modernización en la tramitación de procedimientos más ágiles.

En este contexto, y con el fin de potenciar una más eficiente tutela judicial en materia de responsabilidad contable, desde la Sección de Enjuiciamiento se han promovido importantes medidas en aras de la modernización continuada de los procedimientos de la jurisdicción contable. Así, en primer lugar, se ha impulsado el proyecto de desarrollo de una nueva aplicación informática en un nuevo entorno tecnológico adecuado, que culminará la tramitación electrónica de las actuaciones y procedimientos contables.

Igualmente, se encuentra en desarrollo la realización de un estudio sobre la viabilidad de implantación de técnicas de inteligencia Artificial para dar soporte a la función de enjuiciamiento, tales como su aplicación en búsquedas semánticas.

Otro de los retos que se ha de impulsar en beneficio del buen gobierno, es potenciar desde esta Sección de Enjuiciamiento la visibilidad externa de su actuación, resultando esencial la comunicación y difusión tanto de su función como de los resultados de sus actuaciones, lo que contribuirá a la mayor toma de conciencia de su valor. Así, para dar respuesta a este objetivo, se han promovido acciones comunicativas de carácter informativo sobre el Tribunal de Cuentas y de su función jurisdiccional de enjuiciamiento contable, a fin de dar difusión a la misma en ámbitos como el universitario.

En cuanto a los datos relativos a la actividad jurisdiccional del Tribunal, las Memorias de la Sección de Enjuiciamiento que se elaboran cada año reflejan el estado y situación de las actuaciones jurisdiccionales que son competencia de los órganos de la Sección de Enjuiciamiento, recogen las diferentes actuaciones desarrolladas y los acuerdos adoptados para lograr una mayor agilización, transparencia y modernización de su estructura y funcionamiento.

La actividad jurisdiccional contable desarrollada por la Sección de Enjuiciamiento ha sido y es muy fructífera, consolidándose y aportando una doctrina y un marco de referencia al ámbito jurídico español. Por ello, otro de los retos en los que ya se está trabajando es en la mejora de nuestra base de datos y de los buscadores de la página web del Tribunal, así como en acciones de difusión en otras bases de datos de la doctrina y jurisprudencia de la jurisdicción contable.

En el XV Aniversario del Tribunal de Cuentas de la República de Panamá, que se conmemora en estas páginas y en el que he tenido el honor de participar, nos encontramos ante retos futuros importantes, de los que ya se han dado los primeros pasos para su implementación y que sin duda contribuirán a reforzar los principios de transparencia, agilidad procedimental, modernización y buen gobierno que deben presidir nuestra actuación.

Nota bibliográfica

- Blanco Higuera, Alfonso. La necesaria, inaplazable e irrenunciable jurisdicción contable. *Revista Auditoría Pública*, revista de los Órganos Autonómicos de Control Externo, España, N.º 79.
- De Mendizábal Allende, Rafael. La función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas. *Revista de Administración Pública*, España, Nos. 100-102, enero-diciembre 1983.
- Torres Morato, Miguel Ángel. La responsabilidad contable. *Revista Española de Control Externo*, España, N.º 73, 2023.

Compliance en el sector público y de la responsabilidad patrimonial

Por: Armando A. Fuentes Rodríguez¹

Resumen

Este artículo intenta destacar la integración de sistemas de compliance en el sector público, analizando cómo puede la cultura del compliance servir como una enérgica herramienta en la lucha contra la malversación de fondos o bienes públicos, que también es una forma de corrupción, dentro de este sector tan vulnerable y de alta responsabilidad.

Abstrac

This article attempts to highlight the integration of compliance systems in the public sector, analyzing how the culture of compliance can serve as an energetic tool in the fight against the misappropriation of funds or public goods, which is also a form of corruption, within this such a vulnerable and highly responsible sector.

Palabras Claves: Compliance público, transparencia, ética en los funcionarios públicos, corrupción, responsabilidad patrimonial.

1. Ex Fiscal General de la Fiscalía de Cuentas, Suplente. Lcdo. en Derecho y Ciencias Políticas-Universidad de Panamá

Keywords: Public compliance, transparency, ethic in officials publics, corruption, patrimonial responsibility.

Compliance

La palabra “compliance” que se traduce en español a cumplimiento normativo, significa cumplimiento de normas y regulaciones, en un sentido abstracto. Esta palabra proviene del mundo jurídico anglosajón, “to comply with”, es decir, “cumplir con”.² Es un instrumento que nace alrededor de los años 70 y 80 en Estados Unidos a raíz de los grandes escándalos que envolvían a las imperiosas empresas y partidos políticos con temas de sobornos a funcionarios públicos a cambio de beneficios, comisión de delitos financieros y prácticas fraudulentas.

Podría afirmarse que como germen de esta institución es el tan reconocido caso Watergate en EE. UU., en donde se destapó una red de malas prácticas, corrupción política y abuso de poder, que en ese entonces envolvió al presidente Richard Nixon; se evidencio según las investigaciones, la falta de controles y supervisión en cada nivel de las estructuras. Es por ello que surge esa imperiosa necesidad de implementar y desarrollar leyes y regulaciones para prevenir la corrupción, incrementar la transparencia y la responsabilidad corporativa dentro de las empresas.

Más tarde, el Departamento de Justicia de los EE.UU., para el año 1977 publica la FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT (FCPA)³ -Ley anticorrupción más conocida-, cuya finalidad es la de establecer prohibiciones a las empresas nacionales estadounidenses y sus subsidiarias y/o filiales en el extranjero, así como a las personas estadounidenses, a ciertos individuos y negocios del extranjero mientras actúen en territorio de los

2. P. GARCIA CAVERO en “Criminal compliance” ed. Palestra, Perú, (2014), pág. 9, el termino compliance.
3. En español, Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de los EE.UU.

EE. UU., sobornar a funcionarios extranjeros para recibir provecho alguno, resumiéndose en conteniendo de normas anti soborno; por otra parte, esta ley también contiene disposiciones de contabilidad, y es que establece las prohibiciones de personas y empresas la falsificación a sabiendas, de los libros y registros de contabilidad, así como la evasión u omisión a sabiendas de la implementación de un sistema de control interno.

Desde entonces se ha dictado una serie de leyes y regulaciones importantes a nivel mundial en esta materia con la finalidad principal de que se establezcan mecanismos internos de control y supervisión, inicialmente para mitigar el flagelo de la corrupción, los sobornos a funcionarios públicos y la financiación ilegal de partidos políticos.

A lo largo del tiempo, se deja ver cómo va evolucionando el término *compliance*, puesto que también se le relaciona con la ética, la buena gobernanza corporativa, integración de los escenarios de riesgos de la actividad empresarial y la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, así como su implementación en diversas disciplinas.

La doctrina nos ha manifestado que la definición de *compliance* no es unívoca, pese a ello, la noción se asocia estrechamente con el cumplimiento normativo. Sin embargo, se evidencia que existe cierto consenso en la doctrina francesa que se opone a reducirla a ese término. Así, se sostiene que traducir la palabra *compliance* como la conformidad al derecho es insatisfactorio, por cuanto la institución reenvía a un conjunto de acciones, de decisiones y de procesos.⁴

Otra connotación del *compliance*, se señala que ya sea en una organización o empresa, implica supervisar la observancia de toda la normativa a la que están sujetas aquellas, desde regulaciones

4. Sanclemente Arciniegas, J. "Compliance y derecho de la competencia, Justicia", (2021), pág. 255-272.

externas (como las legales y las económicas) hasta reglamentos internos.⁵

En síntesis, podríamos definir el *compliance*, como una institución de gestión organizacional, que hace cumplir con las normas, observar los riesgos y definir mecanismos contra ellos, implementar buenas prácticas de gestión y mitigar los fraudes o delitos, para la correcta gestión o administración.

Hoy en día, *compliance* es un ámbito de estudio jurídico que está en el auge para la prevención de riesgos de la actividad empresarial, logrando integrarse así con diversas disciplinas empresariales. Desde esta perspectiva es un objeto de estudio transversal.⁶

Compliance Público

La institución del *Compliance*, cabe destacar que es por excelencia es aplicada desde hace muchos años atrás en el sector privado -autorregulación-, no obstante, no podemos perder de vista que en un mundo globalizado cada día surgen nuevas modalidades delictivas, antiéticas y de fraudes, que dan esa apertura a la integración y estudio de nuevos controles. Cualquier actividad de gestión, sea pública o privada está sometida a riesgos; de ese modo podemos decir que dicha institución podría ayudar a aplacar o detectar los riesgos concomitantes del flagelo de la corrupción en la malversación o uso incorrecto de bienes o fondos en la administración pública, así como observar los vacíos administrativos en las leyes que rigen la gestión pública.

En ese orden de ideas, pareciera que puede resultar un poco de ruido la aseveración “*compliance* en el sector público”, puesto que se trata de un sector que está sometido a cumplir y acatar las leyes. Como

5. Martínez Ocampo, J. “La Importancia del *Compliance* en la Administración Pública”, Revista Abogacía, México (2021).
6. Bacigalupo, S., “*Compliance*”, Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad, España (2021), pág. 260-276.

hemos expresado en líneas anteriores, el flagelo de la corrupción dentro de la administración pública cada día es más notorio y tiene más modalidades.

Hacemos la anotación de que existen diversas posiciones en esta aseveración de *compliance* público, puesto que es un sector que ya está regulado desde su inicio y que cuenta con regulaciones en materia de controles, actuaciones delictivas, ética, y prohibiciones de los servidores y funcionarios públicos. No obstante, consideramos que, aunque ya existan esos parámetros, somos del pensar que esta institución debe adecuarse al sector público para mejorar la integridad de las entidades públicas y devolver la confianza a la población en las gestiones que se realizan.

Sostiene Accifonte, que si bien el *compliance* en el sector público ya existe, este se debe mejorar; una de las formas de hacerlo es aumentar la transparencia de la gestión pública, sobre todo en la faz económica-financiera, como forma de minimizar el riesgo de corrupción.⁷

A efectos de mantener esa integridad pública podría decirse que la implementación de políticas basadas en técnicas innovadoras del sector privado podría contribuir a mitigar esas faltas desde las diferentes necesidades de las instituciones y a implementar ese cambio de cultura más allá de lo normativo.

Desde otra perspectiva llana podemos decir que al contar con un robusto sistema de cumplimiento no solo se protege el cargo que se asume y la reputación del profesional que administra fondos públicos, sino a todo servidor/funcionario público que se ve expuesto a obligaciones legales en la operatividad. La corriente del *compliance* no solo blinda a la máxima autoridad, sino que blinda a toda la organización.

7. Accifonte, L.G., "Compliance en America Latina", Revista Aula Contable, Colombia (2019), pág. 23-39.

El problema de la corrupción pública tiene dos extremos: un funcionario público que exige o acepta un soborno y un particular que ofrece o paga el soborno. La represión y la prevención de esas conductas deben contemplar tanto al sector público como al sector privado. El foco de atención se ha situado mayormente en la obligación que tienen las empresas en prevenir la corrupción dejando de lado a las instituciones públicas y sus obligaciones anticorrupción.

Sin duda alguna, que el rol del Estado en materia de *compliance* es el de dotar a la administración pública del marco regulatorio y las políticas necesarias para mitigar la corrupción y malversación de fondos y/o bienes públicos, con medidas más innovadoras y enérgicas.

De la Cultura del *Compliance* en el Sector Publico.

Cuando hablamos de cultura, rápidamente el diccionario nos habla de conocimientos, tradiciones, ideas y costumbres que caracterizan a un sector o población. En ese orden de ideas, la materia de cumplimiento adopta su propia cultura y esta es basada en la lealtad al derecho, en las buenas prácticas organizativas, en la integridad en los negocios y/o empresarial y en la ética.

En este apartado traemos a colación la definición de cultura de *Compliance*, que ha sido definida por las Normas ISO 37301 sobre sistemas de implementación de *Compliance*. Cultura *Compliance*: “valores, ética, creencias y conductas que existen en una y organización que interactúan con las estructuras y sistemas de control de la organización para producir normas de comportamiento que conducen al *compliance*”.⁸

8. ISO 37301:2021. NORMAS SISTEMAS DE GESTION COMPLIANCE.

Por otra parte, diversos autores se refieren que al implementar estos sistemas dentro de una organización, consideran esta cultura como “un conjunto de modos de vida y costumbres empresariales, que se materializan en una serie de criterios o pautas de conducta para un mejor cumplimiento de la ley y de sus normas éticas”.⁹

Si bien es cierto, el funcionario/servidor público está sometido a las leyes de transparencia, ética en el servidor público, acatamiento de normas anticorrupción, etc., obligaciones muy similares a las adoptadas en los sistemas compliance, no podemos perder de vista y dejar de considerar que no se le ha dado la vital connotación pudiendo ser mejor y perdiéndose dichas normas en un catálogo de valores.

La cultura de *compliance* va más allá de establecer parámetros de cumplimiento, lo que busca es ese cambio en la actuación del servidor público, según sus funciones (concienciación), basado en ética y conducta profesional, que aplicados ayude a mejorar la gestión y al mayor control interno de los procesos llevados a cabo, para evitar riesgos legales, económicos y/o patrimoniales y reputaciones. Hablamos de un dotamiento y empoderamiento de liderazgo de buenas prácticas en la administración pública, de observancia de las normas internas y externas y al mejoramiento continuo con la optimización de los procesos.

A lo largo del tiempo, nos damos cuenta que los controles existentes que tienen los servidores públicos no bastan con frenar la corrupción, se deja de un lado lo más esencial y que es proporcionada por la ética -que es todo lo referente a la esfera interna del individuo, su educación, valores, fundamento a sus convicciones y autocontrol-. Evidentemente la corrupción siempre ha estado presente a lo largo de la historia, no es menos cierto que en la última década del siglo

9. Ramírez Barbosa P, y Ferre Olive J C, (2021) *Compliance, derecho penal corporativo y buena gobernanza empresarial*, Bogotá, Colombia, (2021), pag.99.

XX con el salto a la luz de grandes casos tanto en el sector privado como en el público, ha surgido esa necesidad de combate, y uno de ello es a través de los sistemas compliance dotados de ética y valores.

Los antiguos griegos señalaban que las tres cualidades que debía tener un servidor público eran al menos las siguientes a) capacidad para el cargo, b) lealtad para la Constitución, c) virtud y justicia¹⁰. Podemos deducir que esas cualidades no son posibles sin una cultura de ética y de cumplimiento normativo.

Otro punto importante dentro de la cultura del compliance a destacar es la transparencia e integridad pública. Se destaca que la transparencia dentro de la administración pública es una medida de luchar contra la corrupción, es por ello que es adoptada por múltiples legislaciones nacionales e internacionales.

Se hace imperante destacar en materia de transparencia las recomendaciones que realizó el Consejo de la Organización Internacional para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), organización que apuesta a favorecer de una cultura organizativa de la transparencia dentro del sector público que responda a las preocupaciones relacionadas con la integridad. En concreto recomienda:

- a) Fomentar una cultura de la transparencia donde los dilemas éticos, las preocupaciones relacionadas con la integridad en el sector público, y los errores puedan ser debatidos libremente, y, cuando proceda, con los representantes de los empleados, y donde los dirigentes se muestren disponibles y comprometidos a ofrecer oportunamente asesoramiento y a resolver los problemas que surjan;

10. Bautista, O. D., "Necesidad de la Ética Pública, Revista Archivos Jurídica Unam, México, pág. 17.

- b) Proporcionar normas y procedimientos claros para la denuncia de sospechas relativas a infracciones de normas de integridad, y garantizando, de acuerdo con los principios fundamentales del derecho interno, la protección legal y en la práctica contra todo tipo de trato injustificado derivado de denuncias realizadas de buena fe y razonablemente motivadas;
- c) Ofrecer canales alternativos para la denuncia de sospechas de infracciones de normas de integridad, incluyéndose aquí, cuando proceda, la posibilidad de presentar denuncias a título confidencial ante un organismo facultado para llevar a cabo una investigación independiente.¹¹

En ese caudal de ideas y aseveraciones planteadas podemos afirmar entonces que la cultura *compliance*, persigue dos objetivos: el cumplimiento fiel de la Ley, más la defensa de normas éticas que conducen a controlar el impacto social de sus actuaciones.¹²

Responsabilidad Patrimonial

Encontrándonos en el sector público, resaltaremos un poco sobre este tipo de responsabilidad, que es aplicada en un sector público vulnerable y de gran responsabilidad en todos sus niveles y de lo cual consideramos debe urgentemente empoderarse de cultura *compliance* en las diversas entidades.

La responsabilidad patrimonial es una de las responsabilidades que tiene cabida en el mundo legal porque la gestión u operatividad de ese encargado de los fondos o bienes públicos, no lo hizo de forma correcta ni en apego a las normas legales y conductas éticas. Este presupone la existencia real de un daño o menoscabo que afecta el patrimonio público o erario. No obstante, para su declaratoria

11. <https://www.oecd.org/gov/ethics/recomendacion-sobre-integridad-es.pdf>

12. Ciguela Sola, J. "La culpabilidad colectiva en el derecho penal", Madrid, pág. 227 s.s.

debe ser acreditado el nexo causal de la lesión patrimonial en juicio (Jurisdicción de Cuentas).

1. Aspecto objetivo (evidencia real de la lesión patrimonial).
2. Aspecto subjetivo (vinculación del agente/empleo de manejo).

Esta responsabilidad persigue a las personas cuando, por el ejercicio de sus funciones son considerados empleados o agentes de manejo y además quien tenga la custodia o la disposición de los bienes y/o fondos del Estado; con el objetivo de recuperar los bienes o fondos que han sido sustraídos o malversados del erario público, esto se debate un juicio de carácter administrativo, en el cual las personas así declaradas deben restituir la lesión patrimonial dictaminada.

Por último, destacamos como objetivo de la existencia legal y social de esta responsabilidad es la preservación de los fondos/bienes públicos en la lucha contra la corrupción.

Empleado y agente de manejo.

Nuestras normativas en materia patrimonial, claramente nos definen estos dos sujetos, y se refieren a lo siguiente: como empleado de manejo todo servidor público que reciba, maneje, recaude, administre, invierta, custodie, cuide, controle, apruebe, autorice, o pague por cualquier causa fondos o bienes públicos. Por otra parte, le es aplicable esta responsabilidad patrimonial a los agentes de manejo, que son toda persona natural o jurídica que reciba, recaude, maneje, administre, invierta, cuide, controle custodie, apruebe, autorice, o pague por cualquier causa fondos o bienes públicos.

Debemos tener claro las diferencias entre un término y otro, para poder tener esa claridad al momento del examen de cuentas, la rendición de cuentas y su consecuente responsabilidad patrimonial.

Como hemos visto, son cargos ocupados por sujetos con múltiples verbos rectores, que de salida nos llama la atención su complejidad y es por ello que consideramos deben tener mayor enfoque en la detección de riesgos (malversación/sustracción), y hacer uso de toda política de prevención. La cultura compliance podría ser implementada en todos los niveles de estos cargos que necesitan apoyo de herramientas enérgicas y eficientes, ya que la corrupción no descansa.

En este punto también destacamos los tipos de responsabilidad patrimonial que pueden ser dictaminados a los empleados o agentes de manejo dentro del juicio patrimonial.

- a. *Responsabilidad directa.* Es la que recae sobre la persona que reciba, recaude, maneje, administre, cuide, custodie, controle, distribuya, invierta, apruebe, autorice, pague o fiscalice fondos o bienes públicos por razón de sus acciones u omisiones.
- b. *Responsabilidad principal.* Es la que obliga, en primer lugar, a la persona que reciba, recaude, maneje, administre, cuide, custodie, controle, distribuya, invierta, apruebe, autorice, pague o fiscalice fondos o bienes públicos a resarcir la lesión patrimonial causada al Estado.
- c. *Responsabilidad solidaria.* Es aquella en virtud de la cual dos o más personas que reciban, recauden, manejen, administren, cuiden, custodien, controlen, distribuyan, inviertan, aprueben, autoricen, paguen o fiscalicen fondos o bienes públicos están obligadas solidariamente a resarcir la lesión patrimonial causada al Estado.
- d. *Responsabilidad subsidiaria.* Es aquella en virtud de la cual la persona que recibe, recaude, maneje, administre, cuide, custodie, controle, distribuya, invierta, autorice, apruebe, pague o fiscalice fondos o bienes públicos queda obligada

a resarcir la lesión patrimonial causada al Estado por razón de que haya actuado con negligencia grave o haya permitido la lesión.

Control de fiscalización y su juzgamiento.

Toda administración pública debe estar dotada de severos mecanismos de control y fiscalización de la actividad económica y financiera del sector para orientar a esos gestionados de la operatividad pública en el uso correcto de los fondos o bienes públicos.

En Panamá, primeramente esa fiscalización es ejercida por la Contraloría General de la República con rango constitucional, el cual dentro de sus funciones le atribuye llevar las cuentas nacionales, 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, examinar, intervenir y fenecer las cuentas de los funcionarios públicos, entidades o personas que administren, manejen o custodien fondos u otros bienes públicos. realizar inspecciones e investigaciones tendientes a determinar la corrección o incorrección de las operaciones que afecten patrimonios públicos, recabar de los funcionarios públicos correspondientes informes sobre la gestión fiscal de las dependencias públicas, nacionales, provinciales, municipales, autónomas o semiautónomas y de las empresas estatales, establecer y promover la adopción de las medidas necesarias para que se hagan efectivos los créditos a favor de las entidades públicas, presentar para su juzgamiento, a través del Tribunal de Cuentas, las cuentas de los agentes y servidores públicos de manejo cuando surjan reparos por razón de supuestas irregularidades, entre otras funciones.¹³

13. Constitución Política de la República de Panamá, reformada por los actos reformativos de 1978, acto constitucional de 1983, los actos legislativos No.1 y No. 2 de 1994 y el acto legislativo No.1 de 2004.

La Contraloría General, desarrolla sus atribuciones y objetivos mediante la Ley 32 de 8 de noviembre de 1984 y sus modificaciones. En ella establece la fiscalización económica como la jurídica, a través del control previo y control posterior.

En cuanto al nivel de juzgamiento, El artículo 281 de nuestra Constitución Política, es el génesis para la creación de “La jurisdicción de Cuentas”, que tiene competencia y jurisdicción nacional, para juzgar la cuentas de esos agentes y empleados de manejo cuando surjan reparos de estas por razón de supuestas irregularidades en el ejercicio de sus funciones, contenidas en los reparos que realiza la Contraloría General de la Republica; es la que tiene competencia para declarar la responsabilidad patrimonial.

Esta Jurisdicción se desarrolla mediante la Ley 67 de 14 de noviembre de 2008, y sus modificaciones, que establece los parámetros sustantivos y procesales para su aplicación. Esta jurisdicción es de relevancia porque está ligada a la salvaguarda de los fondos o bienes públicos; es un mecanismo legal que tiene la administración pública para luchar contra la corrupción; “los fondos sustraídos al erario público, por los funcionarios públicos, como los particulares agentes de manejo, afectan directa e indirectamente a los ciudadanos del país, al ser privados de los derechos sociales básicos que el Estado debe suministrarles a través de los proyectos y programas”.¹⁴

Así, actúa en ella el agente instructor denominado Fiscalía de Cuentas, que tiene la acción de cuentas o patrimonial, y que la ley no le permite ejercerla de oficio, sino que previa autorización por parte del Tribunal de Cuentas, cuando ésta ya cuente con el correspondiente informe realizado por el ente fiscalizador -Contraloría General- y lo remita al agente instructor, para que pueda dar apertura a la investigación patrimonial y ordenar las

14. Rodríguez Quiroz, C. *“La Competencia y Jurisdicción, del Tribunal de Cuentas en su papel contra la Corrupción”*. Anuario de Derecho N° 48-2019 – Año XXXIX. 2018-2019. (Panamá). Pag.26.

prácticas de pruebas y de toda diligencia para la determinación de los hechos y de la responsabilidad a que haya lugar; concluye esta etapa con la confección y remisión de la vista fiscal patrimonial.

En esa línea del proceso patrimonial, corresponde luego esa elevación de la causa al Tribunal de Cuentas, entidad que administra justicia en el ámbito patrimonial, y en donde se debate esa responsabilidad patrimonial, con todos los mecanismos del debido proceso. Finalmente, entre otras resoluciones, emiten la que pone fin al proceso, que es la conocida resolución de Cargo (equivale a una sentencia condenatoria), y de no existir responsabilidad patrimonial se emite la resolución de Descargos (equivale a la sentencia absolutoria). Como dijimos en líneas anteriores, esta jurisdicción persigue los bienes de las personas declaradas responsables patrimonialmente por lo que una vez se encuentre ejecutoriada la resolución de cargos se declina competencia a la Dirección General de Ingresos del Ministerio de Economía y Finanzas de la República de Panamá, para que a través de los procesos de cobro por jurisdicción coactiva, puedan hacer efectiva la responsabilidad y posteriormente comunicar al Tribunal de Cuentas los resultados de dicha ejecución.

Consideraciones finales

Finalmente, el sector público como se dijo anteriormente, es sabido que cuenta con normativa ética y controles de prevención de diversas formas de corrupción, (de controles de fiscalización previa y posterior y jurisdicción para declarar responsabilidades), pero estos notoriamente se hacen insuficientes cada día mas debido a la globalización.

Consideramos se debe reforzar los mecanismos de control con un plan de integridad puntual al cargo actualizado, con todo lo que esto conlleva, en lo que nos respecta al cargo de empleado o agente de manejo, y con inmersión de la cultura compliance adecuados al sector, porque no queremos dar a entender que es trasladar lo

del sector privado al público como un “*copy-paste*” de los programas o sistemas de gestión, sino que primeramente hay que hacer una exhausta revisión de las necesidades de cada institución y de los cargos que ahí se desempeñen y que les atañe la responsabilidad patrimonial, así como las áreas vulnerables y además contar con la voluntad de desarrollo de políticas públicas, entre otros aspectos a considerar, para encontrar una sinergia para su implementación formal y ejecución.

Es necesaria la constante revisión de los controles y comportamientos del servidor público, puesto que manejar, custodiar, administrar, etc. bienes o fondos públicos es una sensitiva responsabilidad y de delicada operatividad, del cual se debe estar a la vanguardia y utilizar las nuevas y enérgicas herramientas que se ofrecen en el mundo jurídico.

Se puede concluir que con la integración de un robusto sistema de cultura de cumplimiento al sector público no solo se protege el cargo que se asume y la reputación como profesional que administra, recauda, custodia, etc., fondos/bienes públicos, sino que se protege a toda la institución, que está creada para servir a la sociedad. Creemos en la cultura *compliance* y creemos en los cambios y mejoras continuas en pro de una mejor gobernanza.

ANEXO

- Destacamos algunos fundamentos utilizados en un sistema de compliance:
 1. Creación de efectivos canales de denuncia.
 2. Regulación interna de protección del denunciante.
 3. Protocolo de debida diligencia pública.
 4. Difusión permanente del sistema de consecuencias.
 5. Evangelizar sobre responsabilidad patrimonial, penal, administrativa.

Figura. Sistema compliance. Normas ISO 37301



6. Definir y fiscalización de controles financieros.
7. Sistematizar auditoría interna.
8. Concientizar en ética y responsabilidad social.
9. Mapa de riesgos.

Bibliografía

Obras

- Accifonte, L.G. “Compliance en América Latina”, Revista Aula Contable, Colombia (2019), pág. 23-39.
- Bacigalupo, S. “Compliance”, Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad, España (2021), pág. 260-276
- Bautista, O. D. “Necesidad de la Ética Pública, Revista archivos Jurídica Unam, México, pág. 17.
- Ciguela Sola, J. “La culpabilidad colectiva en el derecho penal”, Madrid, pág. 227 s.s.
- Martínez Ocampo, J. “La Importancia del Compliance en la Administración Pública”, Revista Abogacía, México (2021).
- P. GARCIA CAVERO en “Criminal compliance” ed. Palestra, Perú, (2014), pág. 9, el termino compliance.
- Ramírez Barbosa P, y Ferre Olive J C, (2021) Compliance, derecho penal corporativo y buena gobernanza empresarial, Bogotá, Colombia, (2021), pag.99.
- Rodríguez Quiroz, C. “La Competencia y Jurisdicción, del Tribunal de Cuentas en su papel contra la Corrupción”. Anuario de Derecho N° 48-2019 – Año XXXIX. 2018-2019. (Panamá). Pag.26.
- Sanclemente Arciniegas, J. “Compliance y derecho de la competencia, Justicia”, (2021), pág. 255-272.

Publicaciones y otros

- Normas ISO (Organización Internacional de Normalización) 37301:2021. Normas sobre Sistemas de Gestión Compliance.

- Guía de referencia sobre el U.S. Foreign Corrupt Practices Act -Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de los EE. UU.
- <https://www.oecd.org/gov/ethics/recomendacion-sobre-integridad-es.pdf>
- <https://www.worldcomplianceassociation.com/3232/articulo-el-caso-watergate-como-antecedente-de-compliance.html>

Códigos y leyes

- Constitución Política de la República de Panamá.
- Código Fiscal de la República de Panamá. Ley 8 de 27 de enero de 1956. Publicado en Gaceta Oficial 12995 de 29 de junio de 1956.
- Ley 67 de 14 de noviembre de 2008 y sus modificaciones. Que desarrolla la Jurisdicción de Cuentas y reforma la Ley 32 de 1984, Orgánica de la Contraloría General de la República.
- Ley 38 de 31 de julio de 2000. Que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración y que regulan el Procedimiento Administrativo General y dicta disposiciones especiales. Procuraduría de la Administración, Ministerio Público, República de Panamá.
- Ley 32 de 20 de noviembre de 19984. Por la cual se adopta la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

La Responsabilidad patrimonial de los servidores públicos y la acción de regreso: el caso peruano.

Por: Juan Carlos Morón Urbina¹

Resumen: El presente artículo estudia el régimen de la responsabilidad patrimonial de los servidores frente a la Administración. A diferencia de otros países en que existe una jurisdicción administrativa para determinar esta responsabilidad, a partir de una reforma al Sistema Nacional de Control fue asignada esta competencia al Poder Judicial mediante la acción de regreso que la Administración está llamada a promover.

Palabras Claves: responsabilidad patrimonial – funcionarios públicos – acción de regreso – daño a la Administración - recursos públicos – fondos públicos.

1. Relevancia del tema planteado. -

Pocos términos poseen tan plurales significados como el de “responsabilidad”. Nino² ha llegado a identificar que el derecho emplea este término hasta en cuatro sentidos diversos. Responsabilidad como obligaciones o funciones derivadas de un determinado cargo, y en tal sentido, se afirma que el gerente tiene las siguientes responsabilidades. Es empleado como un factor

1. Profesor de Derecho Administrativo Pontificia Universidad Católica del Perú.
2. NINO, Carlos Santiago; “Introducción al análisis del derecho”, Segunda edición, ampliada y revisada. Editorial Astrea, 1993, p. 185 y 186.

causal de un resultado determinado, en cuyo caso se habla que un funcionario fue responsable de una acción administrativa exitosa. También resulta empleable el término responsabilidad como una determinada capacidad y estado mental, como sinónimo de imputabilidad respecto a alguna acción. Y, finalmente, como una situación en la que su titular resulta moralmente reprochado por una acción u omisión determinada.

A este último sentido es al que nos referimos cuando la Constitución Política (Art. 45) indica que “El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen”. Aquí tenemos un sentido de reproche jurídico por las acciones u omisiones disvaliosas incurridas por quienes la ciudadanía designa para administrar el patrimonio público y tomar en su nombre las decisiones públicas.

A falta de una propia Ley de Responsabilidad de funcionarios Públicos, ha sido la normativa de desarrollo, en particular la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la Republica, la encargada de desdoblar las responsabilidades en que pueden incurrir los funcionarios y servidores en cinco categorías recíprocamente autónomas entre sí³:

- i) Responsabilidad Política;
- ii) Responsabilidad penal cuando la conducta incurrida por el servidor o funcionario esta prevista y penada en el Código Penal TITULO XVIII: Delitos Contra la Administración Pública (Artículo 361 al 426)

3. La calidad autónoma de cada una de estas responsabilidades se haya reconocida en el Artículo 243 de la LPAG, cuando establece nitidamente que “Las consecuencias civiles, administrativas o penales de la responsabilidad de las autoridades son independientes y se exigen de acuerdo a lo previsto en su respectiva legislación” y que “Los procedimientos para la exigencia de la responsabilidad penal o civil no afectan la potestad de las entidades para instruir y decidir sobre la responsabilidad administrativa, salvo disposición judicial expresa en contrario”. En particular la autonomía de la responsabilidad civil y la administrativa implica que pueden ser concurrentes para permitir procesar y decidir en sede judicial y administrativa de manera independiente, sin considerar que la responsabilidad administrativa es condición o especie de vía previa obligatoria para ejercer la pretensión administrativa. (Véase al respecto CAS N°. 5615-2009-LIMA).

- iii) Responsabilidad administrativa-funcional que es la exigible en sede administrativa por el Sistema Nacional de Control cuando se incurre en infracciones al marco legal de las entidades y relacionadas a la actuación del funcionario, transgredir principios, deberes y prohibiciones establecidas en normas éticas y de probidad, por realizar actos que persiguen finalidades prohibidas, y por desempeño funcional negligente o para fines distintos al interés público, y además, por desarrollar una gestión deficiente, para cuya configuración se requiere la existencia de mecanismos objetivos o indicadores de medición de eficiencia.⁴
- iv) Responsabilidad disciplinaria a cargo de los titulares y jefes de las entidades contra funcionarios y servidores que cometan infracciones tipificadas como faltas administrativas y disciplinarias en los ordenamientos del régimen laboral y estatutario que les resulten aplicables.
- v) Responsabilidad civil, pecuniaria, patrimonial, fiscal o económica, que es aquella que busca proteger el patrimonio económico estatal de las afectaciones o perjuicios provenientes de actuaciones u omisiones de sus funcionarios y servidores mediante el ejercicio de una pretensión indemnizatoria ejercida en sede judicial contra

4. Esta responsabilidad ha sido recientemente incorporada a nuestro ordenamiento jurídico (Ley N° 29622 y su reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 023-2011-PCM), encontrándose a cargo de la Contraloría General de la República su investigación, procesamiento y sanción. Al no tener mayor raigambre en nuestro derecho y haber sido anti técnicamente reguladas presenta no pocos problemas de acomodamiento con el resto de normas de responsabilidad de funcionarios, siendo la principal su ausencia de contornos definidos con la responsabilidad disciplinaria que queda a cargo de los titulares de las entidades por el incumplimiento de normas que regulan la actuación de los funcionarios públicos, propiciando superposición de vías al mantener tipificaciones concurrentes. En reconocimiento de esa duplicidad de responsabilidades el reglamento (art. 5) ha incorporado la regla denominada "Prevalencia de la competencia de la Contraloría General para la determinación de la responsabilidad administrativa funcional" por el cual, el inicio del procedimiento sancionador por responsabilidad administrativa funcional a cargo de la Contraloría General, determina el impedimento para que las entidades inicien procedimientos para el deslinde de responsabilidad por los mismos hechos que son materia de observación en los Informes, cualquiera sea la naturaleza y fundamento de dichos procedimientos.

sus causantes.⁵ Aun cuando por su naturaleza sustantiva la responsabilidad económica aparece diferenciada de las responsabilidades anteriores, no debe perderse de vista que en la práctica el legislador emplea frecuentemente la noción de “perjuicio o daño económico” como factor a ponderarse en las responsabilidades administrativas al momento de graduar la sanción a aplicarse⁶ y también en algunas descripciones de la conducta infractora constitutiva de la falta administrativa se considera explícitamente al perjuicio económico como un elemento de la tipificación de la infracción, sin el cual no se configuraría la falta.⁷

En esta oportunidad nos queremos referir a la responsabilidad civil que le resulta imputable al funcionario y servidor público por el perjuicio y daño que infiere al patrimonio público y que le obliga a responder ante la Administración misma con su propio patrimonio.⁸

-
5. Esta responsabilidad comprende en nuestro país los supuestos antes atendidos por la denominada “Responsabilidad Contable” que proviene de los juicios o procedimientos de cuentas a cargo de los antiguos Tribunales de Cuentas y que mantiene algún nivel de presencia residual en América Latina. En nuestro país, mantuvo vigencia esa responsabilidad desde el Virreinato (juicio de cuentas) y luego a través del denominado Proceso de Determinación de Responsabilidades que concluía en la determinación de la responsabilidad pecuniaria contemplada en el D. Ley. No. 19039, hasta su derogatoria por el D. Ley No. 26162 de 1992. Dicha responsabilidad cuya naturaleza y sustancia civil-patrimonial resulta indudable, consiste en una modalidad de persecución en vía administrativa de determinados perjuicios o menoscabos económicos calificados como reparos infringidos al patrimonio público por quienes están a su cuidado, administración o disposición, denominados rindentes o cuentadantes (tanto funcionarios como terceros que reciben recursos públicos con cargo a rendirlos). Actuaba esta responsabilidad, a través del procesamiento de las “pretensiones de responsabilidad que, desprendiéndose de las cuentas que deban rendir todos cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, se deduzcan contra los mismos cuando, con dolo, culpa o negligencia graves, originaren menoscabo en dichos caudales o efectos a consecuencia de acciones u omisiones contrarias a las leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad que resulte aplicable a las entidades del sector público o, en su caso a las personas o entidades receptoras de subvenciones, créditos, avales u otras ayudas procedentes de dicho sector.” Véase al respecto el trabajo Notas sobre la responsabilidad contable de Ulpiano L. Villanueva Rodríguez, publicado en Auditoría Pública n° 55 (2011), pp. 11 – 27.
 6. Por ejemplo, el Reglamento del D. Leg. 276 establece que la gravedad de una falta administrativa se determina entre otras condiciones, por “e) Los efectos que produce la falta”. (art. 151, literal e). Algo similar ocurre cuando en materia de infracciones al Código de Ética, el Reglamento considera como uno de los criterios para aplicar la sanción: “10.1. El perjuicio ocasionado a los administrados o a la administración pública”. (art. 10).
 7. Por ejemplo, veamos la falta disciplinaria prevista en el D. Leg. 276:
Artículo 28.- Son faltas de carácter disciplinarias que, según su gravedad, pueden ser sancionadas con cese temporal o con destitución, previo proceso administrativo:
i) El causar intencionalmente daños materiales en los locales, instalaciones, obras, maquinarias, instrumentos, documentación y demás bienes de propiedad de la entidad o en posesión de ésta.
 8. Quedan fuera de este trabajo dos hipótesis adicionales de Responsabilidad civil en que pueden incurrir los funcionarios y servidores:

En nuestro sistema a ella se puede llegar de dos modos: de forma directa u ordinaria y de forma indirecta o de regreso.

La primera es cuando la pretensión de responsabilidad la ejerce de manera directa la Administración respecto del funcionario o servidor responsable porque la acción u omisión de éste produjo un menoscabo en el patrimonio público. La segunda, es cuando, el patrimonio estatal ya ha resarcido a un patrimonio privado afectado directamente por la acción u omisión del funcionario o servidor y, entonces, la entidad inicia una pretensión de regreso contra el patrimonio del agente responsable para resarcirse. Como bien se ha establecido por la doctrina y la jurisprudencia comparadas⁹ ambas pretensiones de responsabilidad tienen el mismo principio o razón jurídica: (la protección del patrimonio económico del Estado), persiguen la misma finalidad (reparar o resarcir el patrimonio afectado), están determinadas por un mismo criterio normativo de imputación subjetivo (exigen imputación de la conducta en base al dolo o la culpa del actor), exigen la concurrencia de los elementos axiológicos (daño antijurídico sufrido por el patrimonio estatal, acción u omisión imputable, nexo de causalidad entre el daño y la actividad del agente) y se procesan en la misma vía (la judicial).

Por ello, estamos ante dos manifestaciones reguladas por separado de la misma institución jurídica, que aparece en momentos distintos, pero respondiendo a la misma necesidad.

.....

- › Aquella externa que se produce cuando con su accionar activo u omisivo infiere perjuicio económico a cualquier administrados mediante actos personales sin conexión o con ocasión del servicio. Ej. El medico de un hospital público que atropella a una persona y le produce daño directo y lucro cesante.
- › Aquella interna que se produce cuando con su accionar activo u omisivo infiere perjuicio económico, pero en una activad ajena a su función pública. Ej. El mismo medico si con su vehículo colisiona y daña hasta inutilizarlo a un automóvil de una entidad pública. y lo daña

9. Por ejemplo, la Sentencia C-619/02 de la Corte Constitucional Colombiana.

2. La responsabilidad civil directa de los funcionarios y servidores públicos hacia la Administración. -

En principio, compartimos –por considerar aplicable a nuestro país– el planteamiento de la profesora IVANEGA¹⁰ acerca que la responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos presenta las siguientes características esenciales: i) es independiente y, debe diferenciarse, de las otras responsabilidades en que puede incurrir el funcionario; ii) debe distinguirse de la responsabilidad contable; iii) Es intrínsecamente a ella la existencia de perjuicio fiscal, iv) El interés jurídico protegido es el patrimonio del Estado; v) El fin que persigue es el resarcimiento de los daños económicos producidos al Estado, es decir, restablecer el equilibrio económico quebrantado; vi) El autor del daño es un agente público; vii) Según el régimen legal aplicable puede ser determinada mediante procedimientos administrativos llevados a cabo por órganos de control; viii) La acción de responsabilidad corresponde al Estado; ix) Debe hacerse efectiva en sede judicial, en cuyo ámbito, decidirá si la persona es o no responsable patrimonialmente. En este sentido, la opción legislativa ha sido que la pretensión de responsabilidad de la administración contra su agente no se tramite en sede administrativa (como sucede con la responsabilidad contable española o la Responsabilidad fiscal colombiana) sino en un proceso judicial de indemnización por daños y perjuicios en la que se protegerá el debido proceso del agente y decidirá plenamente la existencia o no de la obligación de resarcir.

Consideramos que podemos definir la responsabilidad civil del servidor o funcionario público hacia la Administración como la que corresponde asumir a tales agentes públicos, por sus acciones u omisiones dolosas o culposas incurridas en el ejercicio de sus obligaciones contractuales (funciones) cuando ocasionan un

10. IVANEGA, Miriam; Mecanismos de control público y argumentaciones de responsabilidad. Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, febrero 2003, p. 262 y ss.

daño, menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento o deterioro cierto, valuable en dinero a los intereses patrimoniales de la Administración, derivándose de ello, la obligación de restituir, reponer, compensar o indemnizar pecuniariamente y a su costa, el patrimonio afectado. Indudablemente la responsabilidad civil del funcionario tiene un objetivo resarcitorio y no punitivo, porque su razón de ser es resarcir los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia del actuar funcional, mediante el recupero o la compensación indemnizatoria.

En este punto no podemos de dejar de compartir la caracterización que de ella hace el profesor HUTCHINSON, para quien la responsabilidad patrimonial

“se deriva del hecho de la inobservancia de las disposiciones legales o del incumplimiento de los deberes que competen a cada servidor por razón de sus específicas funciones, el que debe ir acompañado de la lesión económica. Consiste en la necesidad jurídica de realizar una prestación económica a favor, en este caso, del ente público, como indemnización, de los perjuicios ocasionados por un agente público a causa de una acción u omisión. El Estado es titular de un patrimonio que la ley ha puesto en sus manos para el cumplimiento de las funciones y servicios públicos, y es lógico que quien haya causado lesión quede vinculado por la necesidad jurídica de reparar este daño”.¹¹

Podemos hablar de casos emblemáticos de esta clase de responsabilidad cuando existe un faltante de dinero público, la destrucción total de bienes dados en custodia o en administración, el daño parcial o total de bienes asignados para la labor, la percepción indebida u otorgamiento de haberes, asignaciones,

11. HUTCHINSON, Tomas; Responsabilidad administrativa del funcionario público. En: Responsabilidad de los funcionarios Públicos, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2003, p. 172.

bonificaciones, remuneraciones, pensiones, o en montos superiores a los debidos, el faltante de fondos públicos dados para su actividad (ej. Viáticos), la omisión de rendición o rendición deficiente de cuentas de fondos dados en efectivo, la deliberada frustración de percepción de tributos o derechos administrativos que devienen en incobrables, el otorgamiento indebido de beneficios económicos o subsidios a terceros sin corresponderles o, no haberlos recuperado oportunamente, el perjuicio a títulos valores en custodia de las entidades, la apropiación de bienes o fondos públicos, el pago de sobreprecios en contrataciones, la ejecución de obras inútiles o innecesarias, o adquisición de productos vencidos o no empleables por la entidad (ej. Tecnología inexistente o caduca), entre otras.

Como su denominación lo adelanta, el interés jurídico protegido por esta responsabilidad es la intangibilidad del patrimonio público puesto a disposición, custodia o administración del agente para el desarrollo de sus actividades. De ahí, que cuando se produzca un desmedro o perjuicio imputable a alguno de sus agentes, la Administración queda obligada a resarcirse, previo proceso de determinación de la responsabilidad, con el patrimonio personal de dicho agente. Por ello, puede afirmarse que su finalidad es reparar, restituir o recuperar el patrimonio público afectado, sin conducir ningún propositivo sancionador

Para su existencia no se requiere que la conducta del agente público se encuadre en alguna tipificación normativa previa de acciones de los servidores, como sucede con la responsabilidad administrativa y la penal, porque se configura por los efectos dañosos que produce en el patrimonio público. Solo basta que dicho efecto sea imputable al agente y que su acción u omisión sea antijurídica, es decir, constituya una transgresión a un principio o a un deber funcional previsto en el régimen legal aplicable a su actividad, sin demandar que la conducta misma este tipificada de manera previsible en el ordenamiento. Precisamente por este carácter, es de suyo, que la existencia de responsabilidad civil presupone la existencia de responsabilidad administrativa, pero no a la inversa.

Otra peculiaridad es que, si bien la responsabilidad civil del funcionario presupone un deber funcional transgredido, esto es, que la acción u omisión haya sido producida cuando la relación de empleo público estaba vigente, tal circunstancia no es indispensable ni para iniciar ni para obtener el resarcimiento del obligado, como sucede con la responsabilidad administrativa. En este sentido, pese a tratarse de una responsabilidad que tiene su génesis en la relación contractual al tener ocasión u origen en una impropia conducta funcional (de ahí que sea una responsabilidad contractual) con la entidad, su concreción no depende la subsistencia de ese vínculo jurídico. Por ello, la responsabilidad civil subsiste y puede ser exigida aun cuando haya cesado el vínculo de empleo público con la entidad o incluso con toda la Administración Pública.

3. Los presupuestos necesarios para la responsabilidad patrimonial del funcionario y servidor público. -

Como habíamos advertido con anterioridad la consagración de la responsabilidad civil imputable a los funcionarios y servidores públicos se produjo en la Ley que regula el Sistema Nacional de Control, en los siguientes términos:

Responsabilidad Civil. - Es aquella en la que incurren los servidores y funcionarios públicos, que, por su acción u omisión, en el ejercicio de sus funciones, hayan ocasionado un daño económico a su Entidad o al Estado. Es necesario que el daño económico sea ocasionado incumpliendo el funcionario o servidor público sus funciones, por dolo o culpa, sea ésta inexcusable o leve. La obligación del resarcimiento a la Entidad o al Estado es de carácter contractual y solidaria, y la acción correspondiente prescribe a los diez (10) años de ocurridos los hechos que generan el daño económico”.¹²

12. Definición Básica contenida en la Novena Disposición de la Ley No. 27785, Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República

De su revisión, podemos identificar los siguientes elementos que constituyen sus presupuestos necesarios para su producción:

- El daño económico indemnizable a la entidad o al Estado.
- Un incumplimiento de las funciones contractuales o legales de los funcionarios y servidores.
- Una conducta dolosa o culposa en los funcionarios o servidores que permita la imputación jurídica del incumplimiento.
- La relación causal entre ese incumplimiento y el daño económico.

3.1. El daño económico indemnizable a la entidad o al Estado.

El primer elemento que considerar es el efecto indispensable: la lesión, el perjuicio o el menoscabo directo al patrimonio o a los recursos de la entidad o del Estado en general, que constituye el núcleo sobre el cual gravita la responsabilidad patrimonial.

Con su producción se consuma la existencia de la responsabilidad civil para su autor y surge el deber de indemnizarlo.

Ahora bien, el daño al patrimonio del Estado puede provenir de múltiples fuentes y circunstancias, pero recae siempre sobre cualquier interés patrimonial de la Administración por lo que comprende a todos los bienes, recursos, derechos y créditos susceptibles de valoración económica cuya titularidad corresponda a una entidad pública. Estos pueden resultar afectados por una afectación patrimonial, por la pérdida de una utilidad o derecho o mediante el incremento de gastos a lo que rectamente correspondiera.

Por ilustrar bastante bien el universo de aspectos que puede comprender este daño patrimonial nos permitimos reproducir el artículo 6 Ley 610 de 2000 de la legislación colombiana, por la cual

se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías:

ARTICULO 6o. DAÑO PATRIMONIAL AL ESTADO. Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías.

Conforme a este texto, el daño a los intereses patrimoniales de las entidades puede manifestarse a través del menoscabo, la disminución, el perjuicio, el detrimento, la pérdida, o el deterioro de los bienes, recursos o derechos de las entidades. Ciertamente no estamos frente a situaciones distintas, sino a una técnica legislativa que permite ilustrar las innumerables formas en que puede aparecer ese perjuicio, permitiéndose una interpretación finalista de ellos, de modo que por posiciones literalistas quede algún perjuicio sin posibilidad de resarcimiento. A modo de esquema creemos que las maneras más frecuentes en que se manifiesta el daño patrimonial son las siguientes:

- El Perjuicio patrimonial: la lesión económica directa vinculado a la afectación del patrimonio o la pérdida de una utilidad (ej. pago indebido, no aplicación de una penalidad, prescripción de créditos, pérdida de un bien, etc.)
- El deterioro patrimonial: afectación patrimonial que obliga a un costo para retornar a la situación debida (colisionar un vehículo o un equipo de la entidad)

- El detrimento patrimonial por aprovechamiento de bienes o recursos en fines impropios (beneficio propio o de terceros) pero sin afectar la existencia del bien o recurso (ej. empleo de papel, fotocopiadoras, o personal en tareas personales).¹³

Adicionalmente del contenido de la afectación, para poder imputar ese daño como perjuicio a los responsables debe contarse con otros atributos adicionales:

- Daño resarcible. - Conforme lo ha sostenido la doctrina, el daño al patrimonio no puede ser de cualquier índole, sino uno que la Administración no deba soportarlo conforme a

13. Cabe diferenciar, como lo ha realizado la Corte constitucional colombiana (Sentencia C-340/07) entre el simple uso indebido de bienes y recursos públicos del aprovechamiento de estos por parte de funcionarios y servidores. El primero por sí mismo no genera un daño económico resarcible, mientras que el segundo sí. Nos explicamos a través de tres hipótesis distintas:

- a. Uso indebido que genera lesión o detrimento en bienes o recursos públicos. En esta hipótesis el daño no está representado en el uso indebido per se, sino, precisamente, en el detrimento, disminución o pérdida de los bienes o los recursos públicos. Por ejemplo, el daño producido a una maquinaria del Estado como consecuencia de su utilización en una forma proscrita por los manuales de uso, o eventos no tan fáciles, como podría ser el uso improductivo de recursos públicos, caso en el cual el daño no se da por la mera conducta indebida, sino por el detrimento que la indebida aplicación de los recursos produce en el patrimonio. Los bienes o los recursos dejan de ser útiles, esa pérdida de utilidad es un detrimento patrimonial susceptible de generar responsabilidad económica. En estos casos, las conductas indebidas generan un costo y que el objeto de la responsabilidad es la afectación que ese costo produce en el patrimonio público, y no la mera conducta indebida de usar los bienes del Estado para un fin distinto del propio del servicio público.
- b. El uso indebido puede no generar un detrimento apreciable o significativo en los bienes o los recursos públicos, pero sí puede traer consigo un aprovechamiento patrimonial para el agente que usa indebidamente los bienes o los recursos del Estado. En esta hipótesis cabría quiero decir que, en estricto sentido, el daño está en el detrimento en los intereses patrimoniales del Estado que se deriva de su aprovechamiento indebido por terceros. No en el uso per se, sino en el aprovechamiento indebido. Tal sería, por ejemplo, el caso del uso sistemático y manifiestamente abusivo de recursos adquiridos a un costo fijo por el Estado, como los servicios de telefonía móvil celular o de acceso a Internet. En una hipótesis tal, el uso intensivo del acceso a Internet, para fines no laborales, en horarios distintos de la jornada de trabajo, no generaría un costo visible para el Estado, pero sí un aprovechamiento susceptible de ser cuantificado, para el agente y resarcido al estado.
- c. Es claro, también, que en las hipótesis a) y b) la afectación de los intereses patrimoniales del Estado no se produce por el uso indebido, sino que por el detrimento de los bienes y recursos o, eventualmente, su aprovechamiento indebido, o, en general, la afectación de los intereses patrimoniales del Estado, eventos en los cuales serían éstos -detrimento, aprovechamiento indebido o afectación- y no aquel -uso indebido- el constitutivo del daño y la fuente de la responsabilidad, y el uso indebido, una modalidad de la conducta dolosa o culposa que da lugar a la responsabilidad.
- c. Finalmente, el uso indebido puede darse en situaciones que, ni generen un detrimento apreciable en los bienes o en los recursos del Estado, ni produzcan una afectación de sus intereses patrimoniales por el aprovechamiento indebido de tales bienes o recursos. Tal sería el caso cuando se destinan recursos del Estado a fines oficiales distintos de aquel para el que estaban presupuestados, o cuando el uso indebido consiste en una mera infracción de reglamentos, órdenes o directivas, pero sin lesión ni aprovechamiento privado de los recursos públicos. En estos casos, puede existir responsabilidad penal o disciplinaria, pero no responsabilidad económica por ausencia de daño.

derecho, es decir, debe ser un menoscabo indemnizable en su favor. Esta exigencia hace que se excluyan como daños aquellos costos que por su propia naturaleza el patrimonio público le corresponda asumir, como por ejemplo, la asignación de inmuebles públicos para programas de titulación de tierras, el desgaste u obsolescencia de sus bienes por el uso ordinario (ej. Maquinaria o bienes), la desaparición de bienes consumibles por su uso previsto (ej. Alimentos en beneficencias, papel de fotocopadoras, balas e implementos para la policía, medicamentos en servicios de salud), así como los mayores costos que demanda una obra pese a haberse contado inicialmente con un presupuesto menor.

- Daño cierto, actual y efectivo. No cabe hablar de responsabilidad civil si el perjuicio es hipotético, potencial o especulativo. Como afirma la profesora IVANEGA, “el daño debe ser cierto, no conjetural ni hipotético, dado que sin certidumbre sobre el acaecimiento del daño no se configura ese elemento”.¹⁴

La certeza del daño resulta indudable cuando ya es una realidad producida y solo queda cuantificarlo. Eso incluye cuando el daño está ya consumado pero la situación perjudicial y los costos de remediación aun continuaran en el futuro. Por ejemplo, si dolosamente se produjera un incendio que afectara el patrimonio de un laboratorio público cuya recuperación demandara tiempo y costos futuros de investigación.

Lo que también suscita dudas mayores sobre la certeza o actualidad del daño es cuando estamos frente a un daño

14. IVANEGA, Miriam; op, cit, p. 269.

futuro pero cierto en función de las reglas de la experiencia y de la ciencia. Pensemos en un expediente técnico elaborado incumpliendo normas elementales de la ingeniería pero que está iniciando su ejecución y, por ende, aun no es posible confirmar si se producirá el daño y cuantificarlo. Nosotros sostenemos que este daño aun no puede ser calificado como un perjuicio porque no cumpliría con la condición de que fija la propia definición de responsabilidad civil cuando la define como aquella “en la que incurren los servidores y funcionarios públicos, que, por su acción u omisión, (...) **hayan ocasionado** un daño económico a su Entidad o al Estado”. En ese sentido, la norma nacional exige que para plantear la responsabilidad civil funcional deba haberse ya ocasionado el perjuicio.

- Daño apreciable económicamente y cuantificado, que se traduce en la expresión numérica de la magnitud del daño que afecta a la Administración. Esta identificación de la magnitud resulta importante para poder plantear el reclamo correspondiente ante la autoridad competente, pero además sirve para mediante un análisis de costo beneficio apreciar la medida más adecuada para resarcirse. Resulta indiscutible que la producción del daño debe provocar la búsqueda de su recuperación, pero ello no puede dejar de considerar que el tránsito de la vía del recupero no debería conducir a mayores costos para la administración de los que espera recuperar. En esa orientación, existen legislaciones que han aprobado oficialmente que esta apreciación económica del daño debe tenerse en cuenta para que la Administración pueda decidir la eximencia de la acción judicial de reintegro, si resultara antieconómica dicha vía desde la perspectiva del costo-beneficio, en función que los gastos causídicos propios de las actuaciones judiciales de recupero sea negativa y termine produciendo un mayor menoscabo al patrimonio público. Por ello, ordenamientos

como el argentino, han establecido positivamente un monto mínimo del daño patrimonial, debajo del cual se asume que su recupero devenga razonablemente antieconómico para el Estado Nacional,¹⁵

- Daño al patrimonio estatal o al patrimonio institucional. La Ley de control indica que el daño debe afectar “el patrimonio del Estado o el institucional” como si ambos fueran un mismo elemento patrimonial. Y pareciera que así fuera. En efecto, todo patrimonio institucional conforma el patrimonio del estado y, a su vez, todo el patrimonio estatal esta disgregado en las entidades. Sin embargo, hay casos de difícil resolución para determinar si hay daño resarcible por los funcionarios de una entidad, como son los casos que implican desmedro del patrimonio de su entidad, pero el reciproco incremento patrimonial de otra, de tal suerte que en términos netos no hay perjuicio patrimonial para el Estado. Pensemos en el caso de una entidad que no ejecuta su presupuesto, incumple sus metas y aquel revierte al tesoro público, en el caso de una entidad que pudiendo hacerlo no reclama un crédito que tiene frente a otra dependencia publica y este prescribe, o cuando un inmueble revierte a favor de otra entidad si no es empleado para los fines que le fue afectado.

En todos esos casos, pareciera que hay desmedro en el patrimonio de la primera institución, pero en verdad, no existe un perjuicio para el patrimonio público porque lo que ha operado es una transferencia patrimonial dentro de la Administración, sin haber habido un beneficio privado. Indudablemente son temas discutibles, pero creemos que solo habrá daño resarcible cuando se pueda hablar de perjuicio al

15. Por ejemplo, véase la RESOLUCIÓN N° 192/02 de la Sindicatura General de la Nación.

patrimonio público integralmente considerado¹⁶. Ello claro está, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa que esos actos pueden determinar.

3.2. El incumplimiento funcional del funcionario y servidor público. -

Cuando en la definición de responsabilidad civil dada por la Ley del Sistema Nacional de Control se señala que “Es necesario que el daño económico sea ocasionado *incumpliendo el funcionario o servidor público sus funciones, por dolo o culpa, sea ésta inexcusable o leve*”, se alude a dos exigencias conjuntas.

Por un lado, que en el origen del perjuicio haya una acción u omisión del agente que constituya un incumplimiento funcional (acción antijurídica) y, por el otro, que en ese actuar, el agente se desenvuelva en una actuación dolosa o culposa (acción imputable)

Para analizar el deber funcional incumplido debe recordarse que nos encontramos frente a una responsabilidad de naturaleza contractual, en tanto deriva de perjuicios o menoscabos ocasionados por el agente en el desarrollo de obligaciones o deberes funcionales de su relación de empleo público. Precisamente es cuando se incumple alguna de esas obligaciones funcionales es que se produce aquel deber incumplido que se constituye un elemento de la responsabilidad patrimonial del funcionario. Como resulta obvio, no todo incumplimiento al deber de rendición de cuentas de recursos públicos o a normas presupuestales

16. Por ello compartimos la posición asumida por la Corte Suprema de Justicia (CAS No. 891-2009-LIMA) ante la pretensión de indemnización a favor de la ONPE porque sus funcionarios no realizaron las acciones necesarias para recuperar de la SUNAT el monto que se había por concepto de IGV a que tenía derecho. Ahí la Corte Suprema considero que no existía daño al patrimonio estatal porque el recurso dinerario “no había desaparecido a manos de un particular sino que ingreso a las arcas del fisco vía tributo; y si bien es verdad, vencieron los plazos establecidos por la legislación tributaria para solicitar la devolución de dicha suma afectando a la ONPE al no estar bajo su esfera de dominio, este solo hecho no es suficiente para estimar la existencia de un daño efectivo y real puesto que el dinero sigue estando bajo la esfera de dominio del Estado como un todo”.

implica automáticamente una responsabilidad económica para el infractor, ya que siempre se requiere además acreditar la existencia de un daño o perjuicio económico al patrimonio de la entidad. Por ejemplo, cuando hay un incumplimiento a una norma de inventarios no necesariamente significa una pérdida patrimonial. Del mismo modo, rendir cuenta de dinero encargado mediante documentos inadecuados no significa necesariamente menoscabo patrimonial, porque el gasto puede haberse ejecutado y solo tratarse de los temas de acreditación.

Si no se ha producido ningún incumplimiento funcional no es posible hablar de deber de indemnizar a cargo de un agente, por más que exista un perjuicio patrimonial a la hacienda pública. Por ejemplo, no pueden considerarse como actos antijurídicos pagar el servicio prestado a un proveedor cuya relación contractual pueda ser cuestionada, pero se mantiene vigente, pagar a un proveedor que se le ordenado un servicio, aunque no haya suscrito contrato, pagar el monto de una pensión en tanto no es anulada o dejada sin efecto legítimamente. En esos casos, ni hay pago indebido, ni la acción del funcionario es lícita, por cuanto actúa, respectivamente, al amparo del contrato o del acto administrativo que le fija ese deber de actuación.

Luego de perpetrado el incumplimiento no resulta indispensable que se mantenga la relación funcional vigente, porque su deber de reparar y la pretensión de responsabilidad civil perseguirá al infractor, aunque se desligue de la relación funcional voluntariamente o por acción de autoridad.

Ese incumplimiento puede consistir en la transgresión a normas legales que regulan la actuación de los funcionarios en general o aquellas que regulan la actuación funcional específica del cargo al que está asignado el funcionario. Entre las primeras podemos citar las obligaciones de emplear austeramente los recursos públicos y

destinarlos para la prestación del servicio público¹⁷ o el de proteger y conservar los bienes del Estado, debiendo utilizar los que le fueran asignados para el desempeño de sus funciones de manera racional, evitando su abuso, derroche o desaprovechamiento, sin emplear o permitir que otros empleen los bienes del Estado para fines particulares o propósitos que no sean aquellos para los cuales hubieran sido específicamente destinados¹⁸, las normas de control interno, entre otras. Son ejemplo, de las normas específicas las que regulan los deberes funcionales de los cargos de contadores, tesoreros, responsables de finanzas y presupuesto, control patrimonial, personal y demás sistemas administrativos.

La antijuridicidad de la acción que busca este requisito no tiene la misma identidad que la exigencia de encuadramiento en una norma expresa (tipicidad) del ilícito administrativo o penal, pues solo se satisface con determinar que el agente haya actuado ilegalmente transgrediendo un deber de conducta contemplado en las normas jurídicas. Sin embargo, la apreciación debe diferenciar el caso de las normas que regulan el acción funcional de manera reglada de las normas que apoderan de capacidad de apreciación (disposiciones discrecionales), en cuyo caso no puede hablarse de decisiones ilegales por el solo hecho de tener una opinión distinta a posteriori (“yo no hubiese decidido eso), sino solo si fueron tomadas sin una consideración adecuada de los hechos o riesgos en el momento oportuno, o por los resultados logrados según los objetivos y metas

17. De. Leg. 276

Artículo 16.-

Todo empleado está sujeto a las siguientes obligaciones:

c) Salvarguardar los intereses del Estado y emplear austeramente los recursos públicos, destinándolos sólo para la prestación del servicio público.

18. Código de ética de la función pública, LEY N° 27815.

Artículo 7.- Deberes de la Función Pública.

5. Uso Adecuado de los Bienes del Estado

Debe proteger y conservar los bienes del Estado, debiendo utilizar los que le fueran asignados para el desempeño de sus funciones de manera racional, evitando su abuso, derroche o desaprovechamiento, sin emplear o permitir que otros empleen los bienes del Estado para fines particulares o propósitos que no sean aquellos para los cuales hubieran sido específicamente destinados.

planteados, o la decisión se aparte de la interpretación adoptada por el órgano rector competente en la materia.¹⁹

3.3. La imputación jurídica del incumplimiento al funcionario o servidor por su actual doloso o culposo.

Como habíamos adelantado, resulta necesario que el accionar del agente le sea jurídicamente imputable, esto es, demostrar que su accionar le pueda ser atribuido para que responda por él. Ese elemento es, que en la base de la imputación a algún funcionario o servidor determinado pueda acreditarse que haya incurrido en esa acción u omisión indebida mediante dolo, culpa leve o culpa inexcusable. De ahí, podemos derivar que la responsabilidad civil de los funcionarios no es una responsabilidad objetiva sino subjetiva, es decir, determinada por el volitivo del discernimiento del agente y no por la existencia objetiva de un perjuicio.

Como se puede apreciar de ello, para responsabilizar civilmente a un funcionario o servidor, no basta que la entidad haya sufrido un menoscabo patrimonial en los términos antes explicados ni que el agente haya incurrido en una acción ilegal, sino que además, debe poder acreditarse su intención de transgredir el ordenamiento jurídico o de deliberadamente no cumplir con una obligación a su cargo (dolo²⁰), o si por negligencia grave no ejecuta su obligación (culpa inexcusable)²¹ o si omite la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las personas, del tiempo y del lugar (culpa leve)²² En ellos se subsume, el descuido en el actuar, la omisión consciente, descuido por impericia, la inexcusable negligencia o imprudencia con olvido de las precauciones razonables y posibles, la cual conduce a ejecutar actos que se realizan sin la diligencia debida.

19. Cuarta Disposición Complementaria y Final de la Ley N° 29622

20. Art. 1318, Código Civil.

21. Art. 1319, Código Civil.

22. Art. 1320, Código Civil.

Como lo estableció el Tribunal de Cuentas de la Nación Argentina, en su momento, “Para perfilar la responsabilidad administrativa del agente público debe mediar culpa del mismo. Se requiere, por tanto, una intervención con discernimiento, intención y voluntad, elementos que deben valorarse dentro del marco de circunstancias y en concordancia con los principios que reglan la materia (TC 2,764/1971)”²³, y además que “no basta exclusivamente la existencia de una obligación inherente al empleo y su probable incumplimiento para que de ello se derive una responsabilidad administrativa. Debe verificarse la posibilidad del ejercicio de esas obligaciones y las demás impuestas al funcionario de suerte de poder precisarse si existe culpa o negligencia en concreto; de lo contrario, podrían imputarse culpas por hechos de cumplimiento imposible” TC 732/1971)²⁴

Por su parte, el agente público para evitar caer en negligencia deba actuar agotando su deber de diligencia ordinaria, para lo cual – como establece el Tribunal de Cuentas español- no basta con el puntual cumplimiento de los deberes legales o reglamentarios del cargo sino todas las acciones aconsejadas por la técnica si aquellas se revelan insuficientes para evitar un riesgo previsible.²⁵ La clave se encuentra en la previsibilidad del perjuicio o daño ya que negligente es el que no prevé pudiendo hacerlo o previéndolo no toma las medidas de diligencia posibles para evitarlo, sin que para ello sea obstáculo, las deficiencias de control interno existentes.

Algunos de los casos que ponen en cuestión la necesidad de acreditar esta atribución de imputabilidad, son: la imposibilidad real de cumplimiento de una exigencia normativa ante un contexto

23. Pronunciamientos del Tribunal de Cuentas de la Nación argentina recopilados por MATA, Ismael; La responsabilidad patrimonial del funcionario”. En: XXXIV Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, La responsabilidad en el ámbito del derecho público. RAP, Año XXXI, No. 370, p. 108

24. Pronunciamientos del Tribunal de Cuentas de la Nación argentina recopilados por MATA, Ismael; La responsabilidad patrimonial del funcionario”. En: XXXIV Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, La responsabilidad en el ámbito del derecho público. RAP, Año XXXI, No. 370, p. 108.

25. CORTELL GINER, Robert; Supuestos de responsabilidad contable. Auditoria Publica No. 50 (mayo 2010), p. 54.

determinado y la posibilidad de apreciar la existencia de una irregularidad que requiere especiales conocimientos cuando la agente no los posee, pero actúa diligentemente. Este es el caso, por ejemplo, del médico -titular de un hospital- que funcionalmente le corresponde aprobar un expediente para construir una obra pero que contiene deficiencias de ingeniería importantes y que conduce a un dispendio de recursos. ¿Si este médico tomo las previsiones necesarias haciendo revisar el proyecto por todas las instancias técnicas y legales y ninguna de ellas advierten de la irregularidad, puede resultar imputable por este perjuicio económico al patrimonio a la entidad? ¿Debería ser imputado como responsable únicamente quien tenía la especialidad técnica para revisar desde la perspectiva de ingeniería ese proyecto? En el mismo orden de ideas, podemos pensar en un administrador que resuelve un expediente de pensiones en el sentido que le propone su asesor legal en un aspecto de controversia jurídica y luego resulta que era un pago indebido, ¿puede ser imputado del perjuicio?

3.4. La relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño patrimonial. -

El último elemento exigido para la imputación de responsabilidad civil es la relación de causalidad adecuada entre la acción u omisión funcional y el efecto dañoso producido en la entidad o en el Estado, o como la propia norma establece, una vinculación de causa adecuada al efecto entre la conducta activa u omisiva realizada por el agente (que a su vez configura un incumplimiento de las funciones imputable) y el efecto perjudicial para el patrimonio público. “En este aspecto se ha propiciado la aplicación de la teoría de la causalidad adecuada, mediante la cual para calificar un hecho como causa de un determinado evento dañoso es preciso efectuar un juicio de probabilidad o previsibilidad, y preguntarse si el comportamiento del presunto afectante era por sí mismo apto, según la experiencia común, para desencadenar el perjuicio. Solo deben valorarse aquellas condiciones que según el curso normal

y ordinario de las cosas han sido idóneas para producir per se el daño”²⁶ Por la incorporación de este elemento, se desestima la posibilidad de imputar responsabilidad civil a un agente por la imputación objetiva del resultado por la sola condición de estar al cuidado del patrimonio de la administración.

Nos encontramos en la necesidad de conectar el hecho humano con el daño, y de brindar así una explicación razonable de la concreción de este último como su resultado necesario. En este caso, vincular la acción u omisión funcional con el resultado dañoso producido de modo que la exigencia de responsabilización económica (acción de regreso o de repetición) debe recaer en aquel que realiza la conducta omisiva o activa que la ocasiona. Esto que parece sencillo para diferenciar entre el causante y el agente absolutamente ajeno a las decisiones eficiente que permite el perjuicio, se convierte en claroscuro cuando ingresamos a analizar los procesos decisionales de los hechos observables. Por ejemplo, ante un pago indebido a un contratista, ¿cuál conducta es su causa eficiente? ¿El ingeniero residente que tramita la valorización y dio opinión favorable?, ¿el supervisor de la obra que dio su opinión favorable?, ¿el que aprobó la resolución de pago? ¿El que giro los cheques y realizo el desembolso? ¿Acaso todos ellos? Ahí se encuentra el meollo del análisis de la causalidad suficiente del daño ocasionado. Lo perfectamente meridiano es que, si la conducta no es la causa adecuada del perjuicio, “No procede asignar responsabilidad si no existe un nexo causal entre las irregularidades probadas y el daño ocasionado al Estado” (TC3, 727/1071)²⁷

Por ello, es indispensable que entre ambos elementos exista una vinculación de causa adecuada al efecto, de modo que la acción y

26. IVANEGA, Miriam: op. Cit., p. 270. En igual sentido, CORTELL GINER, Robert; Supuestos de responsabilidad contable. Auditoria Publica No. 50 (mayo 2010), p. 55.

27. Pronunciamientos del Tribunal de Cuentas de la Nación argentina recopilados por MATA, Ismael; La responsabilidad patrimonial del funcionario”. En: XXXIV Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, La responsabilidad en el ámbito del derecho público. RAP, Año XXXI, No. 370, p. 108

omisión funcional sea la causa suficiente, directa e idónea para que se haya producido la lesión en el patrimonio estatal. Solo así, una determinada autoridad puede ser correctamente responsabilizada civilmente y atribuírsele el deber de resarcir algún daño.

Tratándose de una acción positiva del administrado, resulta más o menos sencillo determinar la existencia de la relación de causalidad entre ambos, pues basta simplemente hacer una reconstrucción mental de los hechos y ponderar si el perjuicio o hecho típico se hubiere producido igualmente con la sola acción del administrado. El supuesto más complejo es la determinación de sí una omisión satisface la exigencia de causalidad para hacer aplicable la sanción. Para el efecto, es necesario calificar si la omisión realmente es causal del tipo previsto para la sanción, respondiendo a la pregunta ¿si se hubiese realizado la acción omitida con todas las condiciones relevantes del entorno, no se hubiese realizado el estado de cosas perjudiciales?

Como se puede apreciar, un funcionario o servidor público no podrá ser responsabilizado civilmente, no obstante existir perjuicio patrimonial para la administración e incluso haber incurrido en alguna falta administrativa, si esta última no constituye la causa suficiente, directa e idónea para haber producido el menoscabo patrimonial. Así sucederá, si se comprueba que en la configuración del perjuicio económico, ha tenido incidencia determinante otros eventos, tales como: el hecho de la propia administración (por ejemplo, la imposibilidad financiera para pagar una deuda que determina un mayor pago por intereses a cargo del Estado), la conducta de un tercero (por ejemplo, el hurto de un bien patrimonial de la entidad por un tercero, o por acto de subordinados pese a la diligencia del agente responsable de su cuidado, o incluso, la decisión del cuerpo colegiado al cual se pertenece, pero sin haber votado en la sesión respectiva o haberlo hecho en contra), el caso fortuito o la fuerza mayor (daño derivado de un acontecimiento irresistible y ajeno al ámbito dominado por el funcionario).

4. ¿La pretensión de responsabilidad es la vía principal o subsidiaria para obtener el resarcimiento del patrimonio público?

La situación particular de haber inferido un menoscabo al patrimonio público permite que la Administración legítimamente busque accionar para propender a su restablecimiento. Ahora bien, cuando la entidad tiene la posibilidad de obtener el resarcimiento por otro medio o de otro patrimonio, ¿necesariamente debe acudir a hacer efectiva la responsabilidad civil de su funcionario o servidor? ¿Puede acudir a ambas vías en búsqueda de resarcimiento o solo a una de ellas? Esta situación se produce, por ejemplo, cuando el funcionario o servidor incurre en negligencia y permite la pérdida de un bien asegurado o cuando ha entregado recursos a un contratista sin que corresponda. En ambos casos, tanto el seguro como el patrimonio del contratista son posibles de afectar para obtener el resarcimiento.

Esto nos conduce a reflexionar sobre si en estos casos, la vía de la responsabilidad civil procede alternativamente a las otras formas de resarcirse o solo procede cuando sea imposible recuperar el perjuicio en las otras modalidades, como, por ejemplo, si la entidad pudiera resarcir un pago indebido a un proveedor, compensándose en la liquidación, o acudiendo al seguro que protegía el bien contra robos. Lo que sí es seguro, es que la Administración no podría incurrir en enriquecimiento indebido acudiendo a ambos resarcimientos.

Al respecto, resulta importante tener en consideración que para fines del quehacer del control gubernamental se ha contemplado el resarcimiento del patrimonio del funcionario solo cuando no sea posible obtener el recupero de otro modo, en sede administrativa. Así lo ha establecido la NAGU 4.50 in fine cuando afirma:

NAGU 4.50: INFORME ESPECIAL²⁸

Cuando en la ejecución de la acción de control se evidencien indicios razonables de la comisión de delito, la comisión auditora, en cautela de los intereses del Estado, sin perjuicio de la continuidad de la respectiva acción de control, y previa evaluación de las aclaraciones y comentarios a que se refiere la NAGU 3.60, emitirá con la celeridad del caso, un informe especial con el debido sustento técnico y legal, el cual se remitirá al Comité de Calidad de la Contraloría General para su revisión, el mismo que podrá recepcionar, por única vez, información adicional de las personas comprendidas en el Informe Especial; haciendo las coordinaciones pertinentes con el Ministerio Público, de ser el caso. Igualmente, dicho informe será emitido para fines de la acción civil respectiva, si se evidencia la existencia de perjuicio económico, siempre que se sustente que el mismo no sea susceptible de recupero por la entidad auditada en la vía administrativa.

Esta posición queda ratificada cuando la misma norma exige que la exigencia de deslinde en vía judicial solo se produzca si no es posible exigir el recupero en sede administrativa por las vías alternativas antes señaladas.

II. FUNDAMENTOS DE HECHO

(...)

“Tratándose de responsabilidad civil, el perjuicio económico deberá ser cuantificado, señalándose que el mismo no es materialmente posible de recupero por la entidad en la vía administrativa”.

5. La consecuencia de la responsabilidad civil: el resarcimiento del patrimonio estatal. -

28. Texto según, R. C. No. 012-2002-CG

Como resulta obvio, la razón de ser de la responsabilidad civil es lograr que el mermado patrimonio estatal, en sus diversas manifestaciones, sea resarcido conveniente a fin de mantener su intangibilidad para alcanzar su aplicación correcta en los fines públicos previstos legalmente.

En función del daño producido, la modalidad resarcitoria tendrá diferente alcance. Por ejemplo, la responsabilidad patrimonial puede dar lugar a un daño directo y de concreta cuantificación, esto es, resulta evidente, como puede ser en un caso de un pago indebido, la pérdida, destrucción parcial o total de un bien estatal, la prescripción de acreencias del estado y similares. En estos casos, resulta lógico que el interés patrimonial del Estado se satisfaga con la restitución de lo indebidamente percibido, la devolución del bien apropiado, la reposición del valor del bien destruido totalmente al valor actual, el valor de reparación del bien dañado, más los intereses legales correspondientes desde la fecha del daño²⁹. En estos casos, nos encontramos frente al reintegro, restitución o devolución de lo percibido en el mismo estado en que se encontrara.

Pero existen otros casos, más complicados de perjuicios no evidentes o necesarios de ponderación sobre la eficiencia del gasto, como, por ejemplo, el perjuicio producido por una mala ejecución de un proyecto de construcción que resulta inservible o la adquisición de bienes que no son aprovechables en fines públicos. En casos como estos, no es apreciable prima facie el perjuicio porque la obra estará físicamente (aunque inútil). En este caso será necesaria una ponderación adicional sobre la eficiencia del gasto, la utilidad pública de la inversión y, por ende, de una estimación valorativa más compleja y detallada de índole técnica y económica para apreciar en que consistió el perjuicio y poderlo cuantificar.

29. La estructura de los conceptos a ser recuperados y metodología de cálculo fueron tratados por la CGR en su R. No. 748-91-CG de 18 de diciembre de 1991, cuando estaba vigente la responsabilidad pecuniaria en sede administrativa a través del proceso de determinación de responsabilidades.

Esta diferencia de tratamiento no resulta poco relevante, porque da lugar a definir en qué escenario resulta más eficiente obtener el deslinde de responsabilidades y, en algunos ordenamientos permite a las Entidades Fiscalizadoras Superiores contar con la capacidad de dictar medidas correctivas de recuperó u órdenes de reintegro en casos específicos. Como bien afirma al respecto PANTOJA BAUIZA, refiriéndose a estas órdenes de reintegro que “persiguen restituir el faltante o satisfacerlo, recobrando, así, lo que se había perdido o dejado de poseer, lo que importa afirmar que esta Contraloría solo puede dictar ordenes de reintegro cuando el monto de lo debido pueda desprenderse de simples cálculos aritméticos, que no constituyan apreciación estimativa de lo que se debe enterarse en arcas fiscales o en arcas de gobierno respectivo, ya que de darse esa hipótesis....debe acudirse ante la Justicia ejerciendo las acciones que procedan”.³⁰

Los daños directos y de concreta cuantificación motivaron en su origen el reparo³¹ y las órdenes de reintegro que los organismos de control podían emitir en sede administrativa para buscar revertir la situación sin necesidad de acudir a la determinación judicial. Acaso esa sea la alternativa más eficiente, previa cautela de un debido proceso, antes que judicializar la pretensión y hacer improbable el recuperó del erario. Actualmente no queda duda que las entidades para pretender el resarcimiento, en todos los casos, deben acudir a la sede judicial y plantear el proceso correspondiente emplazando al funcionario o servidor. Ello si bien garantiza un proceso independiente al implicado, propicia la dilación y en la acción ejemplarizadora en la gestión pública ante casos de perjuicios concretos y determinados.

30. PANTOJA BAUIZA, Rolando; “La responsabilidad en la Administración del Estado ante la jurisprudencia administrativa”, En La Contraloría General de la Republica 50 años de Vida Institucional (1927-1977), Publicación en Conmemoración del Cincuentenario. Departamento de Derecho Público – Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1977, p. 229

31. SILVA CIMMA, Enrique; “El reparo”, pp. 210-236. -- En: Revista de Control Fiscal / Contraloría General de la República. -- Caracas: Editorial de la Contraloría General de la República, 125 (XXIX-XXX (1988-1989))

Por ello, es que no debe perderse de vista que si bien las autoridades no pueden ya determinar responsabilidades pecuniarias de manera unilateral y efectuar descuentos a los servidores y funcionarios sin contar con la aceptación del responsable³², los componentes del Sistema Nacional de Control sí están autorizados a promover su recupero en sede administrativa a partir de los hallazgos que cursen revelando perjuicios económico y de lograrlo, consignarlo como comentarios favorables a la gestión de la entidad.³³

6. El derecho de la Administración de repetir contra funcionarios y servidores la responsabilidad civil asumida.

Como sabemos, es regla común que la Administración asuma el pago de la indemnización a los administrados aun cuando exista falta personal separable, pero en conexión con el servicio, una falta propiamente del servicio, o incluso cuando concurren acumuladamente responsabilidades entre el funcionario y la administración. Con ello se intenta, de un lado, liberar al administrado-perjudicado en su patrimonio de intentar la indemnización del funcionario (ordinariamente menos solvente que la administración), pero también, se le evita la dificultosa tarea -sobre todo desde fuera de la organización- de indagar a qué persona o grupo de personas de la entidad le resulta imputable la acción u omisión dañosa.

No obstante, esa facilidad para el administrado, el ordenamiento -amparado en criterios elementales de justicia distributiva-

32. Véase la STC del Exp. N° 719-96-AA/TC (Basilio Agustín Castro Copa) en que se calificó de inconstitucional la determinación por parte de la propia autoridad, en base a un informe de control, de responsabilidad pecuniaria por la pérdida de un camión que conducía en estado erílico y dispuso su descuento por planilla

33. NAGU 4.50.

SITUACIONES ESPECIALES

- Cuando se determine la existencia de perjuicio económico que a juicio de la Comisión Auditora sea susceptible de ser recuperado en la vía administrativa, los hechos relativos a dicho perjuicio económico seguirán siendo tratados por la Comisión Auditora y revelados en el correspondiente Informe de la acción de control, recomendándose en el mismo las medidas inmediatas para materializar dicho recupero

tampoco tiene en mente que el costo deba asumirlo finalmente la administración, dejando en la impunidad e irresponsabilidad a la autoridad que dolosa o culposamente infringió el perjuicio. Esta es una situación que el ordenamiento resuelve al interior de la organización administrativa estableciendo una suerte de responsabilidad indirecta de los funcionarios y servidores detrás de la responsabilidad directa de la Administración que brinda una cobertura primaria al administrado afectado.

Por ello, los ordenamientos ponen a disposición de la Administración un instrumento de distribución final del perjuicio a través del derecho de repetir en sede judicial contra el funcionario o servidor imputable de la acción u omisión, también denominada “actio de in rem verso”, “Acción de Reembolso”, o “Acción de Restitución”, o “acción de regreso”.³⁴

Este instrumento impide que el funcionario o servidor se esconda detrás de todos los ciudadanos que con sus impuestos financian las indemnizaciones por sus actos perjudiciales. De este modo, podrían ser reembolsados las indemnizaciones que se pagan a los afectados por los casos de ejercicio irregular de funciones estatales tales como: la desaparición o desplazamiento forzado, las heridas o muertes por manejo inadecuado de armamento, la tortura, los contratos ejecutados sin disponibilidad presupuestal, el incumplimiento de derechos laborales de empleados estatales, la mala praxis médica en hospitales estatales, la indebida liquidación o intervenciones en empresas privadas, los actos arbitrarios de decomisos, embargos, incautación de patrimonios, errores registrales, faltas de seguridad o vías de circulación, entre otros supuestos de responsabilidades suficientemente individualizadas separadas del ejercicio correcto del servicio pero en conexión con él.

34. Una variante interesante es el denominado “Llamamiento en garantía” desarrollado en la legislación colombiana, por el atendiendo al principio de economía procesal, se busca que en la misma sentencia en que se decide la responsabilidad de la Administración respecto del administrado, se decida la responsabilidad del funcionario o servidor (denominado “llamado”) para con la administración.

No se trata de hacer efectiva las responsabilidades administrativas o penales que estos hechos pudieran provocar a los autores personales de los actos y que se siguen por su propia vía. Por ello no estamos frente a un instrumento técnicamente sancionador o disciplinario, sobre el funcionario o servidor. Se trata de hacer efectivo el deber de resarcimiento (carácter resarcitorio) que los servidores y funcionarios públicos tienen, por sus acciones u omisiones funcionales, cuando ocasionan dolosa o culposamente un daño económico en vía directa a los ciudadanos, pero en vía indirecta, al patrimonio público, porque es éste quien afronta su resarcimiento. De no existir esta vía, o existiéndola no se ejerce, se propiciaría la impunidad funcional, ya que todos estaríamos asumiendo el costo de actuaciones ilegales producidas por autoridades, pese a que están causadas por sus propias acciones deliberadas o culposas.

7. La presencia de la acción de regreso en el derecho comparado. -

La doctrina refiere como un lugar común que la base de esta acción de regreso en el derecho comparado ha sido la famosa sentencia Laurelle del Consejo de Estado en 1951³⁵ que supero el inicial estadio en que la Administración asumía las responsabilidades de su personal sin poder distribuir el costo. En este caso, se estableció por primera vez que “si los funcionarios y agentes de los entes públicos no son pecuniariamente responsables ante los dichos entes de las consecuencias dañosas de sus faltas de servicio, cosa distinta sucede cuando el daño que ellos han causado a los entes públicos es imputable a sus faltas personales”

Contemporáneamente la repetición de la responsabilidad que asume la Administración respecto de su personal ha alcanzado nivel constitucional en diversas Cartas Políticas -sobre todo de

35. Fallo Consejo de Estado del 28 de julio de 1951. Véase en Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa Francesa, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, Colombia, 2000., p. 329.

América Central y Sudamérica- lo cual nos puede llevar a afirmar que la justicia distributiva que conlleva le permite ser ahora una clave esencial de la responsabilidad de la función pública en nuestros países. En efecto, la encontraremos en los ordenamientos constitucionales de Colombia, Nicaragua, Ecuador, Chile, Uruguay, Brasil, Paraguay y Honduras.^{36 37} en los cuales se manifiestan

36. La Constitución Política de Colombia de 1991 consagra esta institución como postulado esencial del estado del derecho, en los siguientes términos:

Artículo 90.- El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este.

La Constitución Política de Honduras de 1982 también la contempla de la siguiente manera:

Artículo 324.- Si el servidor público en el ejercicio de su cargo infringe la ley en perjuicio de particulares, será civil y solidariamente responsable junto con el Estado o con la institución estatal a cuyo servicio se encuentre, sin perjuicio de la acción de repetición que éstos pueden ejercitar contra el servidor responsable, en los casos de culpa o dolo.

La responsabilidad civil no excluye la deducción de las responsabilidades administrativa y penal contra el infractor.

La Constitución Política de Uruguay de 1997 también mantiene la misma posición, estableciendo que:

Artículo 24.- El Estado, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados y, en general, todo órgano del Estado, serán civilmente responsables del daño causado a terceros, en la ejecución de los servicios públicos, confiados a su gestión o dirección.

Artículo 25.- Cuando el daño haya sido causado por sus funcionarios, en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio, en caso de haber obrado con culpa grave o dolo, el órgano público correspondiente podrá repetir contra ellos, lo que hubiere pagado en reparación.

La Constitución Política de Paraguay de 1992.

Artículo 106 - DE LA RESPONSABILIDAD DEL FUNCIONARIO Y DEL EMPLEADO PÚBLICO

Ningún funcionario o empleado público está exento de responsabilidad. En los casos de transgresiones, delitos o faltas que cometiesen en el desempeño de sus funciones, son personalmente responsables, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del Estado, con derecho de éste a repetir el pago de lo que llegase a abandonar en tal concepto.

La Constitución Política de Brasil de 1988.

Art. 37. La Administración pública, directa, indirecta o institucional de cualquiera de los Poderes de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios obedecerá a los principios de legalidad, impersonalidad, moralidad, y también a lo siguiente:

6. Las personas jurídicas de derecho público y las de derecho privado prestadoras de servicios públicos responderán por los daños que sus agentes, en esa calidad, causen a terceros, asegurando el derecho de repetir contra el responsable en los casos de dolo o culpa.

La Constitución Política de Nicaragua del 2000.

ARTÍCULO 131.- Los funcionarios de los cuatro poderes del Estado, elegidos directa o indirectamente, responden ante el pueblo por el correcto desempeño de sus funciones y deben informarle de su trabajo y actividades oficiales. Deben atender y escuchar sus problemas y procurar resolverlos. La función pública se debe ejercer a favor de los intereses del pueblo. *El Estado, de conformidad con la ley, será responsable patrimonialmente de las lesiones que, como consecuencia de las acciones u omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo, sufran los particulares en sus bienes, derechos e intereses, salvo los casos de fuerza mayor. El Estado podrá repetir contra el funcionario o empleado público causante de la lesión.* Los funcionarios y empleados públicos son personalmente responsables por la violación de la Constitución, por falta de probidad administrativa y por cualquier otro delito o falta cometida en el desempeño de sus funciones. También son responsables ante el Estado de los perjuicios que causaren por abuso, negligencia y omisión en el ejercicio del cargo. Las funciones civiles no podrán ser militarizadas. El servicio civil y la carrera administrativa serán regulados por la ley.

La Constitución Política del Ecuador de 2008.

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

habilitando el reparto o distribución definitiva interno de la carga indemnizatoria, a través de la acción de repetición o de regreso que la Administración Pública realiza contra las autoridades y

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarios y funcionarias, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.

La Constitución Política de Chile. -

Artículo 38, inciso 2.- Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño.

37. Algunos otros ordenamientos positivos que lo regulan expresamente son España, México, Chile y Costa Rica, del modo siguiente:

España (Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común)

Artículo 145. Exigencia de la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas.

1. Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere el Capítulo I de este Título, los particulares exigirán directamente a la Administración pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio.

2. La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca.

Para la exigencia de dicha responsabilidad se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso.

3. Asimismo, la Administración instruirá igual procedimiento a las autoridades y demás personal a su servicio por los daños y perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo, o culpa o negligencia graves.

4. La resolución declaratoria de responsabilidad pondrá fin a la vía administrativa.

5. Lo dispuesto en los párrafos anteriores, se entenderá sin perjuicio de pasar, si procede, el tanto de culpa a los Tribunales competentes.

México: Ley Federal De Responsabilidades De Los Servidores Públicos

ARTÍCULO 77-BIS. - Cuando en el procedimiento administrativo disciplinario se haya determinado la responsabilidad del servidor público y que la falta administrativa haya causado daños y perjuicios a particulares, éstos podrán acudir a las dependencias, entidades o a la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, para que ellas directamente reconozcan la responsabilidad de indemnizar la reparación del daño en cantidad líquida y, en consecuencia, ordenar el pago correspondiente, sin necesidad de que los particulares acudan a la instancia judicial o cualquier otra.

El Estado podrá repetir de los servidores públicos el pago de la indemnización hecha a los particulares.

Si el órgano del Estado niega la indemnización, o si el monto no satisface al reclamante, se tendrán expeditas, a su elección, la vía administrativa o judicial.

Chile: Ley Orgánica Constitucional De Bases Generales De La Administración Del Estado, N° 18.575

Artículo 44.- Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio. No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal.

Costa Rica: (Ley General De La Administración Publica, No. 6227)

SECCIÓN SEGUNDA: De la Distribución Interna de Responsabilidades

Artículo 203.-

1. La Administración deberá recobrar plenariamente lo pagado por ella para reparar los daños causados a un tercero por dolo o culpa grave de su servidor, tomando en cuenta la participación de ella en la producción del daño, si la hubiere.

2. La recuperación deberá incluir también los daños y perjuicios causados a la Administración por la erogación respectiva.

demás personal a su servicio por la responsabilidad personal en que hubiesen incurrido.

La diferencia sustancial entre estos ordenamientos radica en el carácter mandatorio o simplemente potestativo de su ejercicio. Mientras que, para algunos como Colombia, Paraguay, Brasil, Ecuador, entre otros, su ejercicio es una obligación u deber esencial, para otros (como Uruguay y Nicaragua), se le concibe como una potestad discrecional, a través de la cláusula “podrá repetir”

8. Naturaleza jurídica de la acción de repetición. -

Es importante tener en cuenta que la acción de regreso no importa el traslado automático a la autoridad de la indemnización condenada por sentencia judicial, pues en verdad la indemnización por la actuación indebida ya la sufragó la Administración. Lo que la acción pretende es otorgar a la Administración Pública un mecanismo jurídico para obtener el reintegro del monto de la indemnización que ha debido reconocer a los particulares por daños antijurídicos ocasionados, activando la responsabilidad interna

Artículo 204.-

1. La acción de la Administración contra el servidor culpable en los anteriores términos será ejecutiva y podrá darse lo mismo si el pago hecho a la víctima es voluntario que si es ejecución de un fallo.
2. En ambos casos servirá como título ejecutivo contra el servidor culpable la certificación o constancia del adeudo que expida la Administración, pero cuando haya sentencia por suma líquida la certificación deberá coincidir so pena de perder su valor ejecutivo.

Artículo 205.-

1. Cuando el daño haya sido producido por la Administración y el servidor culpable, o por varios servidores, deberán distribuirse las responsabilidades entre ellos de acuerdo con el grado de participación de cada uno, aun cuando no todos sean parte en el juicio.
2. Para este efecto deberá citarse, a título de parte, a todo el que aparezca de los autos como responsable por el daño causado.

Colombia

LEY 1437 DE 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo
ARTÍCULO 142. REPETICIÓN. Cuando el Estado haya debido hacer un reconocimiento indemnizatorio con ocasión de una condena, conciliación u otra forma de terminación de conflictos que sean consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor o exservidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, la entidad respectiva deberá repetir contra estos por lo pagado.

La pretensión de repetición también podrá intentarse mediante el llamamiento en garantía del servidor o exservidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, dentro del proceso de responsabilidad contra la entidad pública.

Cuando se ejerza la pretensión autónoma de repetición, el certificado del pagador, tesorero o servidor público que cumpla tales funciones en el cual conste que la entidad realizó el pago será prueba suficiente para iniciar el proceso con pretensión de repetición contra el funcionario responsable del daño.

que tienen las autoridades frente a la Administración por su actuar doloso, culposo o negligente y, siempre que no existieran, fallas del servicios o causales personales de eximencia de responsabilidades.

Resulta obvio que existirán casos en que no se puede trasladar a alguna autoridad por no habersele individualizado o no serle imputable al tratarse de fallas del servicio. Pero cuando sea individualizada, personal e imputable la autoría de la acción u omisión indebida generadora de la condena, corresponderá el traslado total o parcial del monto de la indemnización. La administración no es la aseguradora integral de las acciones de sus autoridades, ni estos son irresponsables en nuestro ordenamiento.

Por esta acción autónoma, sucesiva y de contenido patrimonial, corresponde que cualquier entidad estatal condenada en un proceso por la responsabilidad incurrida por sus agentes, repita judicialmente contra un servidor o funcionario autor personal de la acción u omisión, aunque haya dejado de pertenecer al servicio, por el monto indemnizatorio ya pagado, si constata que la causa de la responsabilidad que se le imputó sea una conducta incurrida por este agente, en ejercicio de sus funciones. Existirían dos procesos: el primero, instaurado por la víctima del daño antijurídico contra el Estado; el segundo, luego de la sentencia condenatoria contra éste, incoado por el Estado contra el servidor público que actuó con dolo o culpa grave. En tales procesos son distintos los sujetos y diferente la posición del Estado, que en el primero actúa como demandado y en el segundo como demandante. Son también distintas las pretensiones, pues en el primero el actor persigue que se deduzca judicialmente una declaración de responsabilidad patrimonial a cargo del Estado, al paso que en el segundo lo pretendido es el reembolso de lo que hubiere sido pagado como consecuencia de la sentencia condenatoria del primer proceso, cuando el servidor público con su conducta dolosa o gravemente culposa dio lugar a ello.

Es una acción autónoma porque tiene independencia respecto del proceso de responsabilidad en la que el Estado fue condenado,

siendo la sentencia condenatoria obtenida en este proceso, solo un presupuesto para su inicio. No es la acción subrogatoria de la administración sobre el derecho indemnizatorio que la víctima tenía frente a la autoridad al servicio de la entidad porque no pretende cobrar la indemnización del afectado. Es un derecho autónomo y de ejercicio directo -dentro de una relación interadministrativa- por parte de la Administración como consecuencia del menoscabo sufrido por tener que afrontar esta condena y que busca restituir.

Es una acción sucesiva o secundaria, porque constituye un proceso que se inicia justamente cuando ya existe una condena judicial o extrajudicial previa (Ej., conciliación o arreglo amistoso) y la entidad ha honrado la deuda, buscando reequilibrar la situación patrimonial cargando el perjuicio a quien por acción deliberada o mediante actuar culposo lo produjo.

Finalmente, en nuestro ordenamiento es una acción por entablarse en sede judicial en búsqueda que la autoridad judicial determine la existencia del derecho a restituirse patrimonialmente el erario, la obligación de restitución del servidor y la cuantificación del monto en qué consistirá esa restitución. Para garantizar el debido proceso al servidor o funcionario, no cabe, como por ejemplo en el derecho francés, que la Administración cree esta obligación mediante un acto administrativo ejecutorio y que sea ejecutada de oficio o unilateralmente por la misma administración acreedora. Ello no merma la posibilidad que la administración pueda agotar en sede administrativo planteamientos voluntarios de restitución frente al funcionario o servidor.

9. Las condiciones para la procedencia del derecho a repetir en el Ordenamiento Peruano. -

El derecho de repetir la indemnización pagada por la Administración se encuentra en el artículo 238.6 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, cuyo texto establecer claramente:

“238.6 Cuando la entidad indemnice a los administrados, podrá repetir judicialmente de autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido, tomando en cuenta la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal involucrado y su relación con la producción del perjuicio. Sin embargo, la entidad podrá acordar con el responsable el reembolso de lo indemnizado, aprobando dicho acuerdo mediante resolución”.

De su texto podemos extraer los tres elementos esenciales para su procedencia: la existencia de una condena judicial firme que establezca la obligación de pago de cargo de la Administración, la conexión causal entre el resultado dañoso y la consumación del daño patrimonial a la Administración caracterizada por el pago efectivo de la obligación declarada. Veamos cada una de ellas.

El primer elemento es la existencia de una condena firme contra la entidad estatal emitida por un tribunal nacional o internacional, en vía contencioso-administrativa o en vía ordinaria o un reconocimiento indemnizatorio formalmente realizado, que crean el título obligacional de deudor en determinada entidad pública. No consideramos que difiera la situación obligacional si la deuda que paga la Administración provenga de una condena en sede arbitral o incluso, si la propia administración se aviene a pagar los daños en vía autocompositiva, como fuere una transacción o conciliación, en la medida que exista el daño comprobado al administrado y este mecanismo busca aminorar el impacto económico de la obligación.

Luego, debemos comprobar la existencia de una necesaria conexión causal entre la condena contra la entidad y la conducta activa u omisiva de la autoridad o exautoridad que la origina. Si bien del artículo 238.6 no parece derivarse esa exigencia, ella surge de acuerdo con lo previsto en la Novena Disposición Final de la Ley No. 27785, según el cual, el funcionario o servidor público asume responsabilidad económica por su actuar doloso, culposo grave

e incluso por la culpa leve de sus actuaciones.³⁸ De ahí que esta acción de recupero se active cuando exista comprobadamente una falta personal del funcionario o servidor sobre el cual se pretende repetir. Por ende, no aplica, si fuera un supuesto de responsabilidad estatal por acto lícito o por alguna falla del servicio, o, aun existiendo una conducta personal causal de la responsabilidad, ella fuere eximible por caso fortuito, fuerza mayor o la conducta de un tercero. La doctrina se pregunta si para poder ejercer la acción de regreso corresponde previamente realizar el procedimiento disciplinario para determinar dentro de él, la existencia de infracción administrativa y la anotada conexión causal. Ese es el parecer, por ejemplo, de RIVERO YSERN³⁹, para quien “es necesario que previamente haya sido instruido un expediente disciplinario en el que se determine la comisión por el funcionario de una falta grave o muy grave generadora del daño”, afirmando que “la actuación de la Administración en vía de regreso está condicionada, por tanto, a la instrucción previa de un expediente disciplinario que determine la existencia de una falta grave o muy grave a consecuencia de la cual se ha producido el daño. Si la falta no es grave o muy grave no podrá procederse contra el funcionario”.⁴⁰

En nuestra opinión, este procedimiento disciplinario no es un requisito de procedibilidad o cuestión previa de imprescindible agotamiento para iniciar la acción de repetición. No solo por el evidente cariz dilatorio de su transcurrir sumado al proceso judicial en el que fue condenada la administración, sino porque la apreciación de la existencia del dolo o culpa del servidor puede

38. Responsabilidad Civil. - Es aquella en la que incurren los servidores y funcionarios públicos, que, por su acción u omisión, en el ejercicio de sus funciones, hayan ocasionado un daño económico a su Entidad o al Estado. Es necesario que el daño económico sea ocasionado incumpliendo el funcionario o servidor público sus funciones, por dolo o culpa, sea ésta inexcusable o leve. La obligación del resarcimiento a la Entidad o al Estado es de carácter contractual y solidaria, y la acción correspondiente prescribe a los diez (10) años de ocurridos los hechos que generan el daño económico

39. RIVERO YSERN, Enrique; La responsabilidad civil del funcionario público frente a la Administración. Revista de Estudios de la Vida Local, Año XXXII, enero-febrero-marzo 1973, No. 177, p. 22

40. Tal es la opción de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del estado de México, cuyo artículo 31 obliga a que previamente se sustancie un procedimiento disciplinario en el que se compruebe la existencia de una infracción grave.

sustentarse en otros medios (ej. Informes de control, informe legal, o cualquier otro similares) generados en sede administrativa y apreciada, valorados y probados definitivamente por el juez competente dentro del proceso que se instaure. Es más, aun cuando la existencia de la responsabilidad por parte de la autoridad en el procedimiento disciplinario no tiene carácter vinculante para el juez, por lo que parece inoficioso sujetar este proceso a un procedimiento cuya dilucidación no será determinante en el resultado judicial. Por ende, una vez cancelada la obligación, la propia entidad cuyo presupuesto financia el pago de la deuda debe iniciar un procedimiento administrativo interno tendente a determinar si corresponde en el caso concreto promover la acción de repetición analizando la existencia de los elementos de conexidad referidos.

Finalmente, el tercer presupuesto es el daño al patrimonio administrativo, consistente en haber realizado el pago íntegro de la condena al afectado, dado que quien responde frente al particular por los actos funcionales, en principio es la Administración y, el agente publico solo de modo indirecto, a través de esta vía. Para que la administración pueda actuar en vía de regreso, y, por ende, ostente legitimidad para obrar, debe haber desembolsado el íntegro del monto establecido judicialmente en su contra. No basta que haya sido condenado a pagarla ni que la haya honrado parcialmente

A tal efecto, la administración adoptará la decisión de plantear la acción de repetición en la vía judicial, aunque también es posible, acordar previamente o dentro del proceso judicial, el reembolso de lo indemnizado, aprobando dicho acuerdo mediante resolución.

10. El alegado carácter discrecional u obligatorio de ejercer el derecho a repetir contra el funcionario o servidor.

Como vimos al repasar los ordenamientos constitucionales que hacen lugar a este derecho de repetición, una duda que suele

tenerse con este instrumento es si su ejercicio constituye una actividad discrecional u obligatoria para la autoridad pública⁴¹, entendiéndose, por tales alternativas, que la interposición de la acción de regreso sea un deber de las autoridades superiores o una acción posible, potestativa, facultativa o meramente probable, como es en Francia, sin admitirse cuestionamiento por su no ejercicio.

En principio, parecería de una lectura sencilla de la norma, que nos encontramos frente a un acto discrecional, en la medida que el artículo 238.6 de la LPAG dice que cuando la entidad indemnice a los administrados “podrá” repetir judicialmente de autoridades y demás personal a su servicio. Pero tan igual como la interpretación literal o gramatical no es la más adecuada para entender preceptos administrativos, el sentido discrecional de esta norma tampoco es un sentido adecuado de entender el alcance de esta norma.

En nuestro entender si concurren los elementos previstos para la imputación del daño al autor personal y que describimos antes, ninguna autoridad tendría fundamento alguno para no ejercer esta atribución⁴², pues la norma no establece una posibilidad, sino una

-
41. Este debate no es solo nacional sino también internacional, como lo podemos confirmar de la lectura de los siguientes trabajos: SANCHEZ MILITAO, Joao Bruno; “El poder-dever do estado no exercício do directo de regreso por forca do seu fundamento ético e jurídico” (<http://jus2.uol.com.br/doutrina/>); Rebollo; Luis Martín; “La acción de regreso contra los profesionales sanitarios (algunas reflexiones sobre la responsabilidad pública y la responsabilidad personal de los empleados públicos)” en <http://www.ajs.es/downloads/vol09012.pdf>; Domenech Pascual; Gabriel; ¿Por qué la administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio? Revista INDRET, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, Abril 2008; Barcelona Llop, Javier; “la acción de regreso en la Ley de régimen Jurídico de las Administraciones Publicas y del Procedimiento Administrativo Común”, Revista Española de Derecho Administrativo, 105, pp. 37 y ss. y DIEZ SANCHEZ; Juan José; “Las acciones de regreso contra autoridades y funcionarios públicos”, en La Responsabilidad civil y su problemática actual, coord. Juan Antonio Moreno Martínez, Dykinson, Madrid 2007; SOLER PEDROZA, Israel y JIMENEZ, William G.; La acción de repetición como mecanismo moralizador de la función pública: luces y sombras. Estado del Arte. Revista Civilizar, Vol. 9, Numero 16, enero-junio 2009, p. 73-89; Universidad Sergio Arboleda, Colombia.
42. La norma nacional es receptora de precepto similar contenido en el artículo 145.2 de la Ley 30/1992 de España (previa a la reforma operada por la Ley 4/1999) y como tal hacemos nuestros la interpretación que sobre ella hacía el maestro Jesús GONZALEZ PEREZ en su “Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Publicas”, Madrid, 2000, p. 521, posición (algunas también comparte Rebollo; Luis Martín en su “La acción de regreso contra los profesionales sanitarios (algunas reflexiones sobre la responsabilidad pública y la responsabilidad personal de los empleados públicos)”.

potestad que la Administración no posee antes de la norma. En efecto, si alguna entidad es condenada a pagar una indemnización a un administrado, la causa de ese daño ha sido un actuar imputable a un servidor o funcionario público perfectamente individualizado sin que exista circunstancia alguna de eximencia de responsabilidad y ya ha pagado la indemnización, ¿porque no habría de interponer la acción de regreso? ¿Qué consideración legal haría que, por oportunidad, merito, conveniencia o mero arbitrio no recupere ese menoscabo al patrimonio público? De su lado, la interposición de la acción tiene los principios básicos de moralidad administrativa, de la indisponibilidad de las competencias administrativas, de tratamiento igualitario a todos los funcionarios en la misma situación y sobre el deber de preservar el patrimonio público puesto a su administración. Por ello compartimos las reflexiones del profesor uruguayo DURAN respecto a análogo artículo de su Constitución Política, para quien “la acción de repetición es un acto debido” y que no iniciarla cuando existen los presupuestos, constituye “un acto de mala administración”.⁴³

En nuestra opinión, cuando una autoridad honre la condenada judicial o arbitral de pago de la indemnización por la actuación administrativa, deberá analizar si en la gestación y producción del perjuicio es posible identificar como causa un comportamiento imputable a alguna de sus funcionarios y servidores, en los términos a que se refiere el artículo 238.6. Si existe esta causalidad, como principio estará sujeta al deber, inherente a toda autoridad, de agotar los medios existentes a su alcance para resarcir el patrimonio público.

Ahora bien, como la propia norma habilita a la autoridad a cargo de este análisis, deberá confirmar la constatación de esos

43. DURAN, Augusto; *La responsabilidad hacia la administración en el derecho administrativo uruguayo*, En XXXIV Jornadas nacionales de Derecho Administrativo, La Responsabilidad en el ámbito del derecho público. RAP, Año XXI, 2009, p. 89

elementos externos con la apreciación de los elementos personales que indica el artículo 238.6 de la LPAG, para determinar el inicio de la acción y, en su caso, la ponderación del monto a demandar. Nos referimos a la necesidad de apreciar aspectos personales del responsable, como son: la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del profesional involucrado y su relación con la producción del perjuicio. Con ello, la autoridad concluirá el indispensable análisis para decidir el inicio de la acción y, en su caso, modular la pretensión económica a plantear. Por ejemplo, si no hubiera habido intencionalidad en la acción, el funcionario o servidor no tuviera relación con la producción del perjuicio o su responsabilidad profesional no estuviere conectado con el evento dañoso, obviamente no prosperaría la acción, porque precisamente se carecía de algunos de los presupuestos ya señalados en el numeral IV.

11. El monto económico por repetir contra el funcionario o servidor público. -

No debe olvidarse que esta acción tiene como una finalidad esencial mantener la indemnidad del patrimonio público que se ve afectado, por tener que indemnizar, anteladamente, a terceros por faltas personales de sus funcionarios o servidores. Por ello, la acción de repetición es una acción de interés público, que sirve para defender el patrimonio público que se conforma para la satisfacción de necesidades colectivas.

Por ello, en principio la vía de repetición debería comprender el monto de la indemnización pagada por el Estado a los damnificados más las costas y costos del proceso. Esa sería una indemnización integral que los contribuyentes deberíamos esperar. Como bien establece MANZANEDO, “como es lógico, el importe de la indemnización entregada al particular limita la cuantía de la acción de regreso contra el funcionario, teniendo este limite el

carácter de máximo, por lo que la Administración puede repetir por cualquier cantidad, siempre que sea inferior a dicho límite”.⁴⁴

No obstante, como plantea la doctrina⁴⁵, en la práctica pueden distinguirse varias hipótesis y sub-hipótesis en función de las formas de participación e imputación que se producen en la realidad. Dentro de un amplio abanico de posibilidades, hay dos extremos: aquel en que se acumula una falta personal de servidor o funcionario con una falta del servicio y aquel en que el factor determinante del perjuicio es una conducta activa u omisiva del funcionario en conexión con el servicio.

En el primero de los casos, correspondería una repartición proporcional del monto indemnizatorio entre la autoridad y la administración. Por el contrario, en el segundo corresponderá que la integralidad del perjuicio sea repetida contra el servidor o funcionario estatal. Un supuesto distinto será la coparticipación de varios servidores o funcionarios en la comisión del perjuicio, en cuyo caso, dada la ausencia de solidaridad entre ellos, ameritará plantearse la proporción de la demanda en función de su grado de participación en los hechos, de sus jerárquicas y obligaciones incumplidas. De no ponderar estos elementos y persistir en la indemnización integral en todos los casos se incurre en el riesgo de inducir a las autoridades a la inacción o ausencia de iniciativa y omitir asumir los riesgos que son propios de todo proceso de administración.

Lo que no está autorizado es determinar el monto a repetir –y menos decidir no iniciar la acción- en consideración a elementos personales del funcionario o servidor, como, por ejemplo, su

44. MANZANEDO MATEOS, José Antonio; “La responsabilidad civil de los funcionarios del Estado”, Documentación Administrativa No. 82, octubre 1964, p. 44.

45. ORTIZ ALVAREZ; Luis; La responsabilidad patrimonial de la administración Pública”, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995, p. 630 y ss. También puede revisarse al respecto, MODERNE, Frank, “La responsabilidad personal de los agentes públicos y la acción de repetición en el derecho francés”, ED, SDA, 2004, p. 465 y sigs.

exiguo patrimonio, el monto de remuneraciones percibidas o el temor de conducirlo a la insolvencia.⁴⁶ En todo caso, estas serán consideraciones que deben ser materia de probanza y apreciación en sede judicial.

12. ¿Por qué no se resarce la Administración finalmente de los perjuicios que asume?

Ahora bien, existiendo el instrumento, ¿porque los ciudadanos siguen asumiendo –como si fuera el orden natural de las cosas– con sus impuestos, el costo de los actos ilegales de funcionarios y servidores públicos? ¿Existe voluntad de las autoridades gubernamentales de hacerla cumplir o es un caso más de resistencia pasiva, gremialismo o solidaridad mal entendida, que parece más bien, complicidad? ¿Por qué cuando se paga una indemnización solo cancela el crédito existente y no abren una cuenta por cobrar o por lo menos una cuenta de orden, para recuperar el pago? ¿Dónde están los organismos de control que no detectan estas situaciones?⁴⁷

Lamentablemente esta situación es común en muchos de nuestros países⁴⁸. Como bien se afirma a ello contribuyen una serie de factores de la cultura burocrática. El malentendido carácter discrecional de la acción, la falta de voluntad de los máximos representantes para acometerla, el temor a las represalias futuras en caso iniciar esta acción sobre funcionarios o servidores. Esos factores son resumidos por el profesor LEGUINA VILLA afirmando que: “Es bien sabido

46. En Colombia (Sentencia C-484/02) la Corte Constitucional declaró inconstitucional el artículo que permitía cuantificar el monto de la pretensión indemnizatoria en función de las condiciones personales del servidor o funcionario público.

47. Un modelo de compromiso en esta acción es el Gobierno de la Republica de Colombia, que radica la competencia de asesoría, seguimiento e impulso de esta acción de repetición en la Dirección de Defensa Jurídica del Estado del Ministerio de Justicia y produce instructivos y circulares para su oportuna implementación por todas las entidades estatales como la interesante “Cartilla Instructiva de Acción de Repetición y llamamiento en garantía”. En esa misma línea tenemos en Uruguay, el Decreto Nº 395/006 - Sentencias judiciales, laudos arbitrales o situaciones derivadas del artículo 24 de la Constitución de la República contra el Estado.

48. La resistencia a su empleo por parte de las organizaciones administrativas ha conducido a proponer su mantenimiento únicamente para casos de actuación dolosa de las autoridades a Domenech Pascual; Gabriel; ¿Por qué la administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio? Revista INDRET, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, abril 2008

que esta última pieza del sistema general de responsabilidad patrimonial -la acción de regreso frente al agente gravemente culpable- no ha funcionado en absoluto, y no hay motivos para pensar que la situación vaya a cambiar sustancialmente en el futuro. La inercia administrativa contraria a esa figura de responsabilidad indirecta de la autoridad o funcionario, las resistencias corporativas y sindicales y los altos costos políticos que, en algún caso, puede suponer la apertura de este procedimiento de repetición seguirán jugando a favor de la inmunidad patrimonial de los agentes públicos”.⁴⁹

El día que los derechos fundamentales de los ciudadanos sean mejor respetados por las autoridades, todos nosotros dejaremos de sufragar las responsabilidades incurridas por autoridades desaprensivas y soberbias, éstos últimos asumirán el costo de sus propias acciones irregulares. De seguir así, lo que estamos haciendo, es perpetuar cualquier incentivo para los comportamientos diligentemente respetuosos de los funcionarios y servidores a los ciudadanos y sus derechos fundamentales y para prevenir daños a las personas, a sus patrimonios y a su dignidad.

13. Conclusiones. -

1. La responsabilidad civil del funcionario y servidor público hacia la administración Pública se encuentra regulado por separado en el régimen de la acción directa de la administración por el daño producido por acción u omisión funcional y el de la acción de regreso cuando ha debido resarcir a un particular por el accionar funcional indebido.

49. LEGUINA VILLA, Jesús; “la responsabilidad patrimonial de la administración, de sus autoridades y del personal a su servicio”. En, Colectivo “la Nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común”, Editorial Tecnos, Madrid, 1993, p. 408.

2. La responsabilidad civil hacia la Administración corresponde asumir a los agentes públicos, por sus acciones u omisiones dolosas o culposas incurridas en el ejercicio de sus obligaciones contractuales (funciones) cuando ocasionan un daño, menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento o deterioro cierto, valuable en dinero a los intereses patrimoniales de la Administración, derivándose de ello, la obligación de restituir, reponer, compensar o indemnizar pecuniariamente y a su costa, el patrimonio afectado. Su procesamiento se hace íntegramente en la vía judicial, ejerciendo la Administración la pretensión indemnizatoria y aparejando la evidencia correspondiente.
3. Los presupuestos legalmente exigibles a esta responsabilidad son los comunes en el derecho comparado: Daño económico resarcible, cierto, actual y efectivo, apreciable económicamente y cuantificado, un incumplimiento funcional del agente que le sea imputable a título de dolo culpa y la relación causal entre el incumplimiento y el daño patrimonial. Nuestro ordenamiento además exige que no sea posible recuperar el perjuicio en sede administrativa mediante otro mecanismo frente a otro patrimonio.
4. El derecho de las entidades a repetir contra los funcionarios y servidores por los perjuicios que éstos infieren a los particulares no es de uso frecuente en la realidad peruana pese a que las condiciones se dan y que el ordenamiento lo faculta.

La jurisprudencia panameña relacionada con el Tribunal de Cuentas

Por: Víctor L. Benavides Pinilla

I. Introducción

La jurisdicción de cuentas en Panamá, desde sus antecedentes más remotos, ha sido instituida con el fin de garantizar los fondos públicos resultantes de las aportaciones de los contribuyentes del Estado. El actual Tribunal de Cuentas es por tanto un pilar fundamental del Estado de Derecho, pues se constituye en el órgano supremo fiscalizador de las cuentas y de la actividad económica del Estado; ejerce una función de control de las actuaciones de los servidores públicos y de cualquier persona que maneja directa o indirectamente fondos públicos.

La cultura de rendición de cuentas, se construye con mucho esfuerzo. De ahí que la instancia jurisdiccional de cuentas tiene una función de alta exigencia pues se trata de ejercer objetivamente la ley por encima de cualquier tensión política o coyuntural que emerja en el acontecer ciudadano. Esto incluye extremar el cumplimiento del proceso y sus garantías, además de seguir los mecanismos de transparencia y acceso a la información, de manera que el ciudadano tenga percepción del trabajo que esta notable institución realiza y de los resultados a favor del erario público que cumple. La otra pieza importante en el buen desarrollo de la actividad jurisdiccional de cuentas, es el control judicial de las

actuaciones del Tribunal y Fiscalía de Cuentas a través de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

II. Competencia y jurisdicción del Tribunal de Cuentas

La Ley 67 de 2009, prescribe que la jurisdicción de cuentas se ejerce permanentemente en todo el territorio nacional para juzgar las siguientes causas: 1) por los reparos que surjan en las cuentas que rindan los empleados de manejo ante la Contraloría General de la República, en razón de la recepción, la recaudación, la inversión o el pago de fondos públicos, o de la administración, del cuidado, de la custodia, de la autorización, de la aprobación o del control de fondos o bienes públicos. 2) Por reparos que surjan en las cuentas que rindan los agentes de manejo ante la Contraloría, con motivo de la recepción, la recaudación, la inversión o el pago de fondos públicos, o de la administración, del cuidado, de la custodia, de la autorización, de la aprobación o del control de fondos o bienes públicos. 3) Por los reparos que surjan en la administración de las cuentas de los empleados y los agentes de manejo, en razón de examen, auditoría o investigación realizada de oficio por la Contraloría o en vista de información o denuncia presentada por cualquier particular o servidor público. 4) Por menoscabo o pérdida, mediante dolo, culpa o negligencia, o por uso ilegal o indebido de fondos o bienes públicos recibidos, recaudados, pagados o confiados a la administración, cuidado, custodia, control, distribución, inversión, autorización, aprobación o fiscalización de un servidor público.. 5) Por menoscabo o pérdida de fondos o bienes públicos, mediante dolo, culpa o negligencia, o por uso ilegal o indebido de dichos fondos o bienes, de una empresa estatal o mixta o en cualquier empresa en la que tenga participación económica el Estado o una institución autónoma o semiautónoma, municipio o junta comunal. 6) Por menoscabo o pérdida, mediante dolo, culpa o negligencia, o por uso ilegal o indebido de fondos o bienes públicos recibidos,

recaudados, manejados o confiados a la administración, inversión, custodia, cuidado, control, aprobación, autorización o pago de una persona natural o jurídica.

III. Revisión y control de las actuaciones del Tribunal de Cuentas por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

El primer estadio para el control del acto administrativo es, sin duda, el procedimiento administrativo, en cuanto se constituye en el medio inmediato para el ejercicio de los límites a la actividad administrativa a través de la autotutela. A través del procedimiento administrativo, se exterioriza la actuación administrativa del Estado, que por su significado jurídico, afecta derechos públicos subjetivos. En palabras del doctor Olmedo Sanjur, esto es, “El sistema que tiende a lograr que la administración pública se ciña a derecho; e incluye, como es natural, la función estatal encaminada a ese fin, los organismos o instituciones que la ejercen, los procedimientos que la encauzan para defender sus derechos subjetivos afectados o, simplemente, para preservar el orden jurídico infringido”¹.

Así, pues, el procedimiento en vía gubernativa se constituye en el primer cauce para el control de la legalidad, se trata, de una forma de autocontrol que ejerce la administración a objeto de ajustar las actuaciones públicas con base en el principio de legalidad. La Ley 38 de 2000, determina así, de forma clara y precisa los pasos que debe seguir la Administración para el cumplimiento del procedimiento administrativo, y establece los mecanismos de garantía procesal para el administrado.

1. Olmedo Sanjur, Feliciano. “Algunas consideraciones sobre la Justicia Administrativa”, Anuario de Derecho, Universidad de Panamá, Núm. 12, 1983.

Por otra parte, tenemos la jurisdicción de lo contencioso administrativo que ejerce la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Esta jurisdicción se encuentra prevista en el artículo 206 numeral 2 de la Constitución Política, y se desarrolla conforme a lo dispuesto en la Ley 135 de 30 de abril de 1943 Orgánica de lo Contencioso Administrativa, reformada por medio de la Ley 33 de 1946.

La “jurisdicción contencioso administrativa nace en Panamá, por causa del gran esfuerzo en la academia, el foro y mediante la pluma en escritos publicados en la prensa, recogidos en algunas de sus obras jurídicas del maestro José Dolores Moscote, como “Introducción al estudio de la Constitución (1929), “Estudios constitucionales” (1938), “Derecho constitucional panameño” (1943). Esfuerzos que, ya una vez promulgada la Constitución de 1941, cuyos artículos 190, 191 y 192 instituyeron por vez primera la jurisdicción a través del ahora extinto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, fueron plasmados en una obra clásica sobre “Instituciones de Garantía”, en la que Moscote hace comentarios más sosegados sobre otras instituciones de garantía y acerca de la, para entonces, jurisdicción recién constituida, por medio de la Ley 135 de 1943, que desarrolló las normas constitucionales antes mencionados”².

Hoy por hoy, la jurisdicción contencioso administrativa en Panamá, además, debe su regulación a la Sección 5a del Título III del Libro Primero del Código Judicial (arts. 97 a 99) la cual atribuye a la Sala Tercera sus competencias. Del mismo modo, la Ley 38 de 2000, deroga algunos preceptos de la ley 135 de 1943 e incluye el conocimiento a esta jurisdicción de la consulta de ilegalidad y de la advertencia de ilegalidad, mientras que la Ley 19 de 9 de julio de 1991, introduce el proceso contencioso administrativo de protección de derechos humanos.

2. Benavides Pinilla, Víctor. Compendio de Derecho Público Panameño. Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2012, pp. 21.22.

Dentro de las competencias adscritas a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, están el conocimiento de las actuaciones del Tribunal de Cuentas, antes Dirección de Responsabilidad Patrimonial.

De acuerdo con el artículo 60 y 78 de la Ley 67 de 2008, contra las resoluciones que profiere el Tribunal de Cuentas cabe el recurso de reconsideración, el cual deberá interponerse dentro de los cinco días hábiles siguientes a la notificación, en tanto que si el recurso es interpuesto en contra de la resolución que llama a juicio patrimonial (Resolución de Reparos), será decidido en un término de quince días hábiles y de veinte días hábiles, si el recurso se interpone en contra de la resolución que decida o ponga fin al negocio administrativo.

El artículo 82 de la Ley 67 de 2008, expresamente establece que la Resolución de Cargos o Descargos podrá ser demandada ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia mediante la acción contencioso administrativa que corresponda, esto es, la demanda de plena jurisdicción por parte del procesado en el juicio de cuentas. Como bien apuntara la Sentencia del Pleno de 7 de febrero de 1992, “...pueden acogerse a la jurisprudencia contencioso administrativa las personas afectadas por el acto, resolución u orden de que se trate; en materia de responsabilidad patrimonial estatal, gobernantes y gobernados son sujetos directamente afectados cuando se dañan, dilapidan, malversan o deterioran los bienes y valores del Estado, con los cuales se sufragan los servicios públicos indispensables”.

En adición, puede recurrirse a la Sala Tercera mediante la demanda de nulidad en su caso por la Fiscalía de Cuentas.

Por último, cabe acotar que el artículo 83, además, hace una importante acotación al establecer que la Sala Tercera podrá declarar la legalidad o ilegalidad de la Resolución de Descargos, pero si la declara ilegal debe establecer la responsabilidad que le corresponda al procesado de acuerdo con las disposiciones de la ley.

IV. Jurisprudencia

Según el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual³, jurisprudencia se define con varias acepciones. Es la ciencia del Derecho; el Derecho científico; la ciencia de lo justo y de lo injusto, según parte de la definición justiniana, que luego se analiza; la interpretación de la ley hecha por los jueces; conjunto de sentencias que determinan un criterio acerca de un problema jurídico u obscuro en los textos positivos o en otras fuentes del Derecho; la interpretación reiterada que el Tribunal Supremo de una nación establece en los asuntos de que conoce; la práctica judicial constante; arte o hábito de interpretar y aplicar las leyes; la Academia agrega una acepción pedagógica: enseñanza doctrinal que dimana de las decisiones o fallos de autoridades gubernativas o judiciales. Como jurisprudencia analógica: norma de juicio que suple omisiones de la ley, y que se funda en las prácticas seguidas en casos iguales o análogos.

Por su parte, el Diccionario de Derecho Procesal Civil⁴, define el término jurisprudencia como derivado del latín *iuris* Derecho y *prudencia* Sabiduría; Ciencia del Derecho; el conjunto de decisiones de carácter jurisdiccional; conjunto de sentencias dictadas en sentido uniforme pronunciadas por tribunales superiores sobre una determinada materia jurídica. En algunos países la infracción de la jurisprudencia constituye causal de casación. La jurisprudencia no constituye fuente normal de derecho procesal. Con todo, es innegable la eficacia persuasiva de la jurisprudencia, especialmente en materia procesal, ya que ésta aclara normas oscuras, contradictorias y lagunas que contribuyen a la formulación de los principios generales y a llenar vacíos, siempre que recaiga sobre

3. Cabanellas, G. (1981). Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. J-O. 16a Edición. Editorial Heliasta S.R.L.

4. Fábrega, J. (2004). Diccionario de Derecho Procesal Civil. Editores Colombia, S.A.

el *ratio decidendi*. Por otra parte, la doctrina sentada mediante decisiones uniformes del tribunal de casación sobre un mismo punto de derecho material o procesal “constituyen doctrina”.

En principio, al admitirse reiteradamente el conocimiento de las demandas de inconstitucionalidad presentadas contra Decretos de Indulto, la Corte Suprema de Justicia ha establecido una jurisprudencia sólida sobre su facultad de controlar jurisdiccionalmente ese aspecto de las facultades presidenciales. Sin embargo, la jurisprudencia no ha sido consistente con esa disposición de admitir el conocimiento de esta variedad de conflicto constitucional, pues hasta ahora se ha abstenido de proporcionar las interpretaciones de la Constitución Política, que permitan resolver satisfactoriamente los casos concretos sometidos a su consideración, (lo que significa la adecuación de la jurisprudencia a la Constitución), para guiar la acción de los operadores jurídicos hacia el futuro, evitando sucesivos conflictos constitucionales sobre el ejercicio de la potestad de gracia.

Tal es el caso, por ejemplo, de la ausencia jurisprudencial de una determinación clara sobre lo que la Constitución Política entiende por delito político. Como no podía ser de otra forma, ese también es un elemento discutido en las impugnaciones ensayadas contra los Decretos de Indulto cuya constitucionalidad examinamos en este momento procesal.

Cabe destacar, que la materia bajo examen ha sido objeto de múltiples pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia. Pese a esto, no hay una jurisprudencia constante en relación a lo que debemos entender por delito político. Destaca empero, el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia (Sala Penal) de 28 de agosto de 1996, en el que bajo la Ponencia de la Magistrada Aura E. Guerra de Villalaz, se señaló que “de conformidad con el bien jurídico que el legislador pretende proteger, se determina que están dentro de la categoría de delitos políticos los que atentan contra

la personalidad jurídica interna del Estado...”; criterio sin duda interesante, pero no suficiente, pues enfocado en el escenario que estrictamente brinda el Código Penal a la Sala Penal de la Corte, deja por fuera otros delitos de notoria naturaleza política, como lo son los delitos electorales, tratados por los Jueces electorales y los Magistrados del Tribunal Electoral, y que regularmente, también son incluidos en los ejercicios de la potestad de gracia de los sucesivos Presidentes de la República. De hecho, la explícita prohibición constitucional de un conjunto de los principales ilícitos electorales, en el Título IV de la Constitución, dedicado a los Derechos Políticos, permite integrar los delitos electorales en el universo de los que constitucionalmente debe entenderse como delito político.

La ausencia de una concreción legal sobre lo que son “delitos políticos”, sin embargo, no implica que no haya disposiciones explícitas que excluyan a ciertas especies de delito de ser subsumidas bajo el concepto de delito político. Tampoco implica que no sea posible realizar una concreción hermenéutica, típica del control de la inconstitucionalidad que ejerce regularmente esta Corte. Así, esta Corporación de Justicia, en ausencia de una norma legal que desarrolle el concepto constitucional de delito político, interpreta que los delitos a los que hace alusión la frase “delitos políticos” en el numeral 12 del artículo 184 de la Constitución Política de la República de Panamá, se refiere a los delitos contra la personalidad interna del Estado y los delitos electorales. Se hace por tanto, constitucionalmente inviable, por ejemplo, el indulto por delitos ecológicos, contra la vida y la integridad personal, contra la administración pública, contra el honor, contra el patrimonio, contra la fe pública, contra la seguridad colectiva, contra la economía nacional o la tenencia ilegal de explosivos; a menos que en estos delitos comunes se acredite que la comisión del injusto penal es consecuencia de las circunstancias socio políticas del momento o que la intención del agente estuvo dirigida a transformar ideologías o prácticas afines a la política estatal.

Nuestro ordenamiento jurídico positivo no cuenta con un desarrollo legislativo completo que defina, con precisión, el significado y alcance de “delito político”. Sin embargo, sí hay algunas directrices legales en textos originados de la adopción por Panamá de Convenios Internacionales, algunos de ellos de derechos humanos, y cuya violación genera responsabilidad internacional del Estado (independientemente de que los actos sean Decretos del Ejecutivo o fallos del Órgano Judicial).

Así, por ejemplo, la Convención Interamericana contra la Corrupción establece que “el hecho de que se alegue que un acto de corrupción ha sido cometido por motivaciones o con finalidades políticas, no bastará por sí solo para considerar dicho acto como delito político o como un delito común conexo con un delito político”. (Artículo XVII, Ley N° 42 de 1 de julio de 1998, “Por la cual se aprueba la Convención Interamericana contra la Corrupción”).

La Constitución Política, vale la pena recordar, no incluye el concepto de delito político únicamente en su artículo 184. También lo menciona en el artículo 24, cuando establece la prohibición de extraditar a los extranjeros por delitos políticos. El artículo 159, numeral 6, establece que la función legislativa de la Asamblea Nacional abarca la facultad de decretar amnistía por delitos políticos. Según el principio de unidad de la Constitución, no se podría interpretar el artículo 184 de forma aislada, sino dentro del conjunto de las disposiciones constitucionales. Así, contemplamos que la categoría de “delitos políticos” no está expresamente definida en la Carta, pero comparte en todas sus menciones el mismo sentido propuesto por el constituyente.

El legislador, por su parte, ha concretizado el alcance de la categoría constitucional de “delitos políticos” en varias ocasiones, particularmente, mediante las limitaciones a la figura de la extradición, también constitucionalizada. Por ejemplo, mediante la Ley N° 75 de 3 de diciembre de 2003, “Por la cual se aprueba

la Convención Interamericana contra el Terrorismo”, que en su artículo 11 dispone la inaplicabilidad de la excepción “por delito político” como base para denegar una solicitud de extradición, cuando los delitos cometidos se refieran a conductas incluidas en los convenios internacionales sobre terrorismo, entre los que se incluyen, a título de ejemplo, el Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil (Ley 34 de 1998), la Convención sobre la Prevención y Castigo de los Delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los diplomáticos (Ley 8 de 1979), y el Convenio Internacional para la Represión de Atentados Terroristas cometidos con bombas (Ley 89 de 1998).

Las normas legales vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, si bien no han concretado el mandato constitucional del indulto por delitos políticos en todos sus detalles, lo cierto es que han ofrecido una orientación de lo que no puede ser considerado delito político. La determinación específica de lo que sí es delito político, queda provisionalmente y hasta tanto se subsane la omisión legislativa, al intérprete constitucional, al igual que el tema concerniente al trámite adecuado en la expedición de los Decretos de Indulto por parte del Ejecutivo, que consiste en otro elemento que no ha tenido tratamiento jurídico por nuestra doctrina jurisprudencial.

En ningún sentido pretendemos desconocer caprichosamente la jurisprudencia previa de esta alta autoridad judicial, que se ampara además en las previsiones que sobre el particular se han consolidado, es decir, la posibilidad de que, dada la existencia de un pronunciamiento sobre materia semejante, pueda optar la Corte Suprema de Justicia por no admitir el recurso que a continuación sustentamos (en fallo de 17 de abril de 1996, la Corte Suprema señaló que “Y si existe pronunciamiento previo de la Corte sobre lo demandado, no cabe dictar un nuevo pronunciamiento de fondo sobre la misma materia”. Igualmente en fallo de 30 de octubre de 1996 y en fallo de 13 de mayo de 1997).

Sin embargo, debemos indicar que la misma Corte Suprema de Justicia, ha reconocido el principio de la continuidad de la jurisprudencia como instrumento de interpretación constitucional, paralelamente ha admitido o aceptado la posibilidad de revisión de la jurisprudencia, lo que equivale a decir que a pesar de la existencia de pronunciamientos previos puede excepcionalmente, variarse la tesis original y enderezar aquello que pudiera serlo en virtud de su insuficiencia para atender argumentos nuevos.

Así, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha establecido que “puede variar sus pronunciamientos, si bien cautelosamente y con los fines de evitar por un lado, el estancamiento de la jurisprudencia y adecuar el texto Constitucional a las nuevas realidades institucionales” (Y.). Así se expresó la Corte en sentencia de 30 de julio y 3 de agosto de 1990. En el pronunciamiento de 3 de agosto indicó que: “Y la doctrina constitucional sentada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia en sentencias constitucionales es un elemento integrante del bloque de constitucionalidad, siempre que sea compatible con el Estado de Derecho y sin perjuicio de la potestad de la Corte de variar la doctrina cuando exista justificación suficiente para ello.

Es más, en uno de los mismos fallos donde reitera el principio que los fallos de la Corte Suprema de Justicia son finales, definitivos y obligatorios, el ya citado fallo de 30 de octubre de 1996, se salvaguarda expresamente la potestad del Pleno de variar su criterio, cuando así lo estime oportuno y mediara justificación suficiente.

Al respecto, pueden mencionarse casos en los que la Corte Suprema de Justicia ha estimado suficientemente justificado cambiar de jurisprudencia. Así, en el mismo año de 1996 la Corte admitió una demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto de Gabinete N^o 238 de 1970, norma de rango legal sobre la que previamente existía un pronunciamiento favorable de constitucionalidad, de 1985, y revirtió el fallo original declarando la norma inconstitucional (Demanda de inconstitucionalidad formulada por la la firma

forense Alemán, Cordero, Galindo & Lee en representación de Emanuel González Revilla, en su condición de presidente de la Asociación Panameña de Bancos contra la frase “Asociación Bancaria Nacional”, contenida en el literal d) del artículo 5 del Decreto de Gabinete Nº 1238 de 2 de julio de 1970. Magistrado Ponente: Rafael González.. Panamá, 12 de abril de 1996).

Sobre el particular, es preciso recordar que en nuestro sistema de derecho escrito, la jurisprudencia no constituye fuente formal del derecho y, por ende, no puede asimilarse a una norma jurídica. Dado que la causal de fondo consiste, precisamente, en la infracción de normas sustantivas de derecho, el dictar un fallo contrario a un criterio jurisprudencial previo no configura una causal de fondo.

En torno a este mismo punto, el artículo 1162 del Código Judicial, en su segundo párrafo dispone:

“... tres decisiones uniformes de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de Casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable y los jueces podrán aplicarla a los casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe su doctrina cuando juzgue erróneas las decisiones anteriores”.

Tal como se desprende del extracto normativo transcrito, la jurisprudencia de la Corte, como tribunal de casación, no es vinculante en lo sucesivo. Menos aún, cuando no se trata de tres fallos uniformes, sino de un fallo aislado, lo cual ni siquiera constituye jurisprudencia.

Fallo de 16 de diciembre de 2021

Plena Jurisdicción

Jorge Alvarado Orozco vs Resolución de Cargos Nº 18-2016 de 1 de junio de 2016 del Tribunal de Cuentas.

La Sala considera que de las constancias probatorias resulta claro que a través del acto impugnado, el Tribunal de Cuentas no persigue el cobro de impuestos morosos, lo cual es función de la Dirección General de Ingresos del Ministerio de Economía y Finanzas, sino que lo que persigue es sancionar las irregularidades encontradas por la falta de pago e ingresos de dineros cobrados por un agente recaudador que incumplió con su deber y desvió dichos fondos a favor de Jorge Isaac Orozco Alvarado y de la Fundación Zepe, lo que generó una afectación económica en perjuicio del Estado panameño. Por lo tanto, ante esta situación, la Dirección de Responsabilidad Patrimonial, hoy Tribunal de Cuentas tenía la competencia para iniciar un proceso patrimonial en contra de los mismos en el que se cumplió con el debido proceso al permitírsele a los involucrados el derecho a defensa y a la presentación de sus descargos, por lo que, a juicio de la Sala no se ha producido la violación del artículo 1 del Decreto de Gabinete N° 109 de 7 de mayo de 1970, el artículo 683 del Código Fiscal, el artículo 36 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000 y los artículos 780 y 783 del Código Judicial.

En virtud de lo antes señalado, la Sala concluye que no se configuran las violaciones alegadas, razón por la que lo procedente es, no acceder a las pretensiones de la demanda.

En consecuencia, la Sala Tercera (Contencioso Administrativa) de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA QUE NO ES ILEGAL el punto tercero de la Resolución de Cargos N° 18-2016 de 1 de junio de 2016, dictada por el Tribunal de Cuentas, así como tampoco lo es su acto confirmatorio y NIEGA las restantes declaraciones solicitadas en el libelo de demanda.

Fallo de 27 de agosto de 2020

Plena Jurisdicción

Tatiana Darleny Mendieta de León vs Resolución de Cargos y descargos N° 7-2018 de 21 de marzo de 2018 del Tribunal de Cuentas.

De allí que, como lo indicaron en su declaración jurada, los auditores de la Contraloría General de la República Pastora Castro Pájaro y Virgilio Chacón, quienes confeccionaron el Informe de Auditoría de la Contraloría General N° 108-315-2015-DINAG- DESAPBAT de 11 de diciembre de 2015, la auditoría realizada no estaba enfocada en investigar el sistema IBS Branch Net, sino en determinar las responsabilidades de las personas que administraban los recursos públicos, en la cual se concluyó que los pagos de préstamos efectuados por los prestatarios del Banco de Desarrollo Agropecuario no fueron acreditados en sus cuentas individuales. (Visible a fojas 7044-7049, 7050-7053, y 7062-7070 del expediente administrativo).

Por lo cual, el Tribunal de Cuentas determinó que la actora infringió el contenido del artículo 2 de la Ley 67 de 14 de noviembre de 2008, porque en su condición de empleada de manejo y en atención a lo dispuesto en el artículo 1090 del Código Judicial, tiene la obligación de rendir cuentas de los fondos del Tesoro Nacional a su cuidado o bajo su control. El artículo 1090 es del tenor siguiente:

“Artículo 2090. Todas las personas que tengan a su cuidado, o bajo su control, fondos del Tesoro Nacional, serán responsables de ellos y de todas las pérdidas que ocurran a causa de su negligencia o uso ilegal de tales fondos”.

De ahí que, a luz del numeral 3 del artículo 80 de la Ley 67 de 14 de noviembre de 2008, es responsable solidariamente con la cajera, por su condición de Gerente Encargada del Banco de Desarrollo Agropecuario de la Sucursal de Chepo. El numeral 3 del artículo 80, señala que:

“Artículo 80. Se establecen los siguientes tipos de responsabilidad:

...3. Responsabilidad solidaria: Es aquella en virtud de la cual dos o más personas que reciban, recauden, manejen, administren, cuiden, custodien, controlen, distribuyan,

inviertan, aprueban, autoricen, paguen o fiscalicen fondos o bienes públicos queda obligada a resarcir la lesión patrimonial causada al Estado por razón de que haya actuado con negligencia grave o haya permitido la lesión...”

Por consiguiente, la entidad demandada le otorgó las garantías que integran el principio del debido proceso legal, y de conformidad con lo dispuesto en los numerales 3, 4 y 5 del artículo 3, de la Ley 67 de 14 de noviembre de 2008, y lo dispuesto en el artículo 1070 del Código Fiscal, Tatiana Darleny Mendieta, es responsable solidariamente del monto no ingresado al Tesoro Nacional por parte de la cajera Sneidera Raquel Torres Díaz de González.

En razón de lo expuesto, se desestima el cargo de violación del artículo 1 del Decreto N° 391 de 29 de octubre de 2012, alegado por la actora..

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la Ley, DECLARA QUE NO SON ILEGALES, los resueltos séptimo y octavo de la Resolución de Cargos y Descargos N° 7-2018 de 21 de marzo de 2018, emitida por el Tribunal de Cuentas. Dentro de la Demanda Contenciosa Administrativa de Plena Jurisdicción, interpuesta por el Licenciado Iván Salazar, actuando en nombre y representación de Tatiana Darleny Mendieta de León y, en consecuencia, NIEGA las demás pretensiones formuladas por la demandante.

Fallo de 5 de diciembre de 2016

Plena Jurisdicción

Elvira Carrasco Guzmán vs Resolución N° 35-2014 de 11 de septiembre de 2014 del Tribunal de Cuentas.

Al respecto es de importancia anotar que si bien la prueba trasladada, es decir:

“Se admite la prueba de informe aducida por la parte actora, para que se solicite al Juzgado Tercero de Circuito Penal, del Primer Circuito Judicial de Panamá, que remita la copia autenticada de los documentos listados a continuación, los cuales alude su proponente, que reposa en el expediente Penal N° 10,172/2009, a saber:

Informe Grafo-Técnico (Fojas 513 a 515 del dossier penal).
Prueba caligráfica de Manuel Burgos (Fojas 763 y 764 del dossier penal).

Diligencia de Inspección Judicial realizada por la Fiscalía Novena de Circuito de Panamá (Fojas 816 y 817 del dossier penal).

Informe de las pruebas caligráficas de Manuel Burgos y de Yadira de Bermúdez (Fojas 1229 a 1231 del dossier penal)”.
.....

Resulta obvio que, las pruebas enunciadas guardan relación con la Demanda Contenciosa Administrativa de Plena Jurisdicción interpuesta por el licenciado Orlando Carrasco Guzmán, en nombre y representación de Elvira Carrasco Guzmán para que se declare nula por ilegal la Resolución N° 35-2014 de 11 de septiembre de 2014, dictada por el Tribunal de Cuentas, así como su acto confirmatorio.

Es necesario señalar que nos encontramos con lo que se conoce como prueba trasladada, que no es más que la prueba que ha sido practicada en un proceso, y es llevada y aportada en otro proceso; sin embargo, para que la misma tenga validez, es necesario que sea conducente, que se haya allegado al proceso en el término correspondiente, que no haya sido invalidada en el anterior proceso, y que la misma se haya practicado con citación de la parte contraria.

Es decir, para que pueda tomarse en cuenta una prueba que ha sido practicada en otro juicio, primero deben haber concurrido en ese

otro proceso las mismas partes que en el que se traslada la prueba; segundo, debe haberse practicado en su momento procesal; tercero, debe haberse practicado con la intervención de las partes, lo que a juicio de la Sala tiene razón de ser, toda vez que la parte contra quien se presenta ha tenido la oportunidad para presenciar su práctica, ha podido rebatirla y como ocurre en el caso de marras, por tratarse de una prueba pericial, ha tenido la oportunidad de poder examinar a los peritos que la practicaron, con el fin de se disipen las dudas que haya podido tener del modo en que se practicó; o qué elementos se utilizaron para llevar a cabo la misma, o qué mecanismos se utilizaron para llegar a la conclusión obtenida.

Esta Sala se ha pronunciado al respecto en Resolución de fecha 19 de noviembre de 2002, en el proceso de divorcio que le sigue GERALD JOSEPH DUDLEY PALMER a DEANE LORAIN LYNCH, de la siguiente manera:

“La regla general consiste en que la prueba trasladada sea de un proceso penal, laboral, contencioso, administrativo, incluso policivo, tiene validez en el proceso al cual se aportan en la medida que en su práctica se haya observado el contradictorio y publicidad, en virtud del cual se le asegura a la parte contra la cual se aduce la respectiva prueba, el derecho de defensa. Empero , en el supuesto de que la prueba haya sido practicada en el proceso antiguo sin la intervención de la parte contra la cual e presenta en el nuevo proceso, queda a salvo entonces el derecho de la contraparte a impugnar su validez dentro del término legal correspondiente.

En relación con lo anterior se desprende de lo expuesto en los artículos 923 y 963 del Código Judicial, que deberá la parte contra la cual se aduce la prueba trasladada pedir la ratificación del testigo dentro del término respectivo (prueba testimonial) o pedir la práctica de otra prueba que

la enerve, si no ha intervenido en el primer proceso en la práctica de la prueba que se quiere trasladar al segundo o ulterior proceso (prueba de inspección judicial).

En mérito de lo anteriormente expuesto, el resto de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CONFIRMA en todas sus partes el Auto de Prueba N° 309 de 30 de agosto de 2016, que admitió como prueba de informe de la copia autenticada de los documentos siguientes, los cuales reposan en el expediente penal 10,172/2009: Informe Grafo-Técnico, la prueba caligráfica de Manuel Burgos, la declaración indagatoria de Manuel Burgos; la diligencia de Inspección Judicial realizada por la Fiscalía Novena de Circuito de Panamá y e Informe de las pruebas caligráficas de Manuel Burgos y de Yadira de Bermúdez.

Fallo de 13 de marzo de 2019

Plena Jurisdicción

Martha Elizabeth Gómez Pérez Resolución de Cargos N° 3-2016 de 9 de marzo de 2016 del Tribunal de Cuentas.

En este punto observa el Magistrado Sustanciador que mediante el acto administrativo demandado se declara patrimonialmente responsable a la señora MARTHA ELIZABETH GÓMEZ PÉREZ, por la suma de B/.8,256.90. En este sentido, y una vez revisado el expediente, se desprende que la presente demanda es extemporánea. Lo anterior obedece a que, como se desprende a foja 255 del dossier, la parte actora fue notificada del Auto N° 452-2017 de 25 de octubre de 2017, emitido por el Tribunal de Cuentas, mediante la cual se niega el recurso de reconsideración contra el acto administrativo principal y a través de la cual se agota la vía gubernativa, a través del Edicto N° 11-2018, el cual fue fijado el día 8 de enero de 2018B. Ahora bien, tomando en consideración que la acción de plena jurisdicción que nos ocupa fue presentada en la Secretaría de la Sala Tercera el día 28 de febrero de 2019, han transcurrido en exceso los

dos (2) meses a que hace referencia el artículo 42b de la Ley N° 135 de 1943. De conformidad con lo establecido en el artículo 42b de la Ley N° 135 de 1943, modificado por la Ley N° 33 de 1946, el término de prescripción de la acción contencioso-administrativa de plena jurisdicción es el siguiente: “Artículo 42b. La acción encaminada a obtener una reparación por lesión de derechos subjetivos prescribe, salvo disposición legal en contrario, al cabo de dos meses, a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto o de realizado el hecho o la operación administrativa que causa la demanda”. Ante tal circunstancia, quien sustancia conceptúa que no queda otra alternativa que negarle el curso legal a la presente demanda, de conformidad con lo establecido en el artículo 31 de la Ley N° 33 de 1946, que establece lo siguiente: “Artículo 31. No se dará curso legal a la demanda que carezca de alguna de las anteriores formalidades, y su presentación interrumpe los términos señalados para la prescripción de la acción”. En consecuencia, e Magistrado Sustanciador, en representación de la Sala Tercera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NO ADMITE la Demanda Contencioso-Administrativa de Plena Jurisdicción interpuesta por la señora MARTHA ELIZAETH GÓMEZ PÉREZ, a través de apoderado judicial, a fin de la Sala Tercera declare nula, por ilegal, la Resolución de Cargos N° 3-2016 de 9 de marzo de 2016, emitida por el Tribunal de Cuentas.

Consideraciones finales

El Examen de la legislación que regula la jurisdicción de cuentas en Panamá da cuenta de la compleja tarea que realiza el Tribunal de Cuentas. De ahí la importancia de que este ente administrativo desarrolle una función coordinada, independiente pero estrecha con la Contraloría General de la República y todas aquellas instituciones que forman parte del control de las finanzas públicas.

En la actualidad del Panamá de hoy, es todavía más importante el fortalecimiento de la jurisdicción de cuentas, pues, se trata de un

país que ha venido atravesando con éxitos la senda del desarrollo y éste como cualquier otro destello de riqueza tiende a atraer tanto a personas y organizaciones empresariales escrupulosas, deseosas de crecer conforme el país se hace más fuerte y democrático, como también a quienes a ultranza ambicionan beneficiarse o beneficiar a un tercero de contratos, erogaciones y demás medios a costa del sacrificio del interés público y social.

Así pues, conscientes de las carencias y limitaciones que pueda presentar, lo importante es avanzar en el fortalecimiento de las funciones y competencias de esta jurisdicción administrativa, y transmitir a la ciudadanía a través del trabajo pulcro, seriedad, responsabilidad y transparencia a efecto de que exista confianza de que este organismo ciertamente fiscaliza y mantiene un control objetivo de los fondos públicos.

No cabe la menor duda, que durante los quince años de creación del Tribunal de Cuentas, el mismo ha cumplido un rol muy importante dentro del ordenamiento jurídico panameño. Por otra parte, es importante destacar los valiosos aportes jurisprudenciales de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral, los cuales han permitido aclarar y ponderar las decisiones emanadas del mencionado Tribunal.

Por último, debo destacar que es importante una revisión integral de la Ley del Tribunal de Cuentas, la cual permite lograr una mayor autonomía al mismo y así poder cumplir con las importantes funciones asignadas.

La Jurisdicción de Cuentas en Panamá: en la búsqueda de la transparencia y la aplicación oportuna de la ley.

Por: Joel E. Caballero Lezcano¹

Resumen

Panamá a través de su historia ha servido a un noble propósito: servir como tierra de paso y a su vez, de manera utilitaria, como un centro financiero y de capitales que le ha servido para alcanzar tasas envidiables de crecimiento económico, no así niveles apropiados de equidad e igualdad entre su población. Esta circunstancia, también ha provocado el despertar de una casta de individuos, empresas y sociedades dispuestas a utilizar herramientas y artificios para hacer uso de la administración pública en su propio provecho. Esto ha llevado a que surjan situaciones donde la corrupción se incrementa conforme se incrementan los niveles de crecimiento económico y se malversan aquellos fondos públicos destinados al mejoramiento de la condición y la calidad de los habitantes de esta nación. En este sentido, deben procurarse acciones más contundentes que sirvan de ejemplo a los infractores, aplicando las leyes existentes, pero de manera ejemplar.

1. Ph.D. Doctor en Filosofía; Maestrías en Docencia Superior; Derecho Administrativo, Derecho Procesal; Procesal Penal; Cumplimiento Normativo, Transparencia y Buen Gobierno. Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas y Licenciado en Ciencias Administrativas y Contables.

Abstract

Panama throughout its history has served a noble purpose: to serve as a land of passage and at the same time, in a utilitarian way as a financial and capital center that has helped it to achieve enviable rates of economic growth, but not appropriate levels of equity and equality among its population. This circumstance has also caused the emergent breed of individuals, companies and societies willing to use tools and devices to make use of public administration funds for their own benefit. This has led to situations where corruption increases as levels of economic growth increase and public funds intended for improving the condition and quality of the inhabitants of this nation are misappropriated. In this sense, more forceful actions must be sought to serve as an example to offenders, applying existing laws, but in an exemplary manner.

Palabras clave

Trilema económico, crecimiento económico, progreso económico, desarrollo económico, respuesta de mercado, corrupción, desigualdad, inequidad, correlación.

Keywords

Economic trilemma, economic growth, economic progress, economic development, market response, corruption, inequality, inequity, correlation.

Prólogo

Panamá como nación, ha servido al propósito de una tierra de paso, tanto para inmigrantes, como para el movimiento de mercancías a través del istmo desde tiempos inmemoriales. Su condición geográfica sirvió con el tiempo al designio para la creación de un centro financiero internacional y que ha configurado su condición de país como una economía de servicios bancarios, financieros y de

reexportaciones de mercancías y productos. Su propia condición de intercambio provocó que fuese el dólar americano desde 1904, su moneda de curso legal.

Esta condición le ha permitido alcanzar niveles de crecimiento económico situados durante las últimas décadas entre los más altos del mundo. No obstante, esta condición económica en la evolución de la plaza financiera y el aumento en las transacciones, ha provocado además, que dadas las circunstancias globales del movimiento de flujos de dinero y manejo de capitales haya indefectiblemente degradado su condición, a situaciones particulares de actos de corrupción; sucediéndose, hechos en los cuales la Jurisdicción de Cuentas ha tenido que intervenir forzosamente, independientemente de aquellos individuos que de una u otra manera se han visto involucrados en acciones de peculado y movimientos de corrupción en el manejo de los dineros públicos.

El problema básico, es que Panamá independientemente de la creación de entidades como el Tribunal de Cuentas, es una jurisdicción que eventualmente sirve al propósito del encubrimiento de transacciones ilícitas y lavado de dinero dado su alto crecimiento económico.

Panamá es de los pocos países en el mundo, cuyo sistema económico se desenvuelve en un Trilema Económico perfecto: Mantenemos un alto flujo de capitales; tenemos estabilidad cambiaria y manejamos sin tener banca central una política monetaria eficiente. Estas características, unidas al uso del dólar como moneda de curso legal; mercados de capital con poca supervisión o restricciones bancarias críticas a los depósitos y las tasas de interés; un número plural de bancos y la no existencia de la banca central, permiten un proceso de equilibrio monetario y macroeconómico que puede estudiarse sin distorsiones del sector financiero, intervención gubernamental profunda, o políticas del Banco Central. Por ello, la experiencia

de Panamá revela la “respuesta de mercado” a muchos temas macroeconómicos, y la relevancia de la integración financiera.²

Esta característica ha sido utilizada en muchos casos por artífices de la corrupción, el dolo, el peculado y la estafa bancaria para procurar transacciones ilícitas y lavado de dinero, en detrimento, no solo del sector privado, sino también en entidades públicas en menoscabo de las arcas del estado. En este sentido podemos encontrar innumerables casos en los anales y resoluciones de cargos del Tribunal de Cuentas donde funcionarios públicos en contubernio con actores de la empresa privada se vieron involucrados en actos de dolo y corrupción en perjuicio de las arcas del estado. Entre unos pocos ejemplos tenemos³:

- i. Resolución de Cargos N° 4-2009 de 14 de mayo 2009, que declara al señor Manuel Salvador Morales Rico; al señor Bruno Bemporad Maestre y al Señora Maritza Ramos de Mattadem patrimonialmente responsables en perjuicio del Estado relacionado con el uso indebido de depósitos a plazo que mantenía el Banco Nacional de Panamá en el Banco Agroindustrial y Comercial de Panamá (BANAICO)
- ii. Resolución de Cargos N° 14-200, declarando al señor Valentín Alberto Guevara patrimonialmente responsable en perjuicio del Estado por el manejo irregular de fondos de matrícula, depósitos a la orden y del programa de estudiantes reprobados PRER-97 del Primer Ciclo León A. Soto del distrito de San Miguelito, Provincia de Panamá
- iii. Resolución de Cargos N° 7-2009, que declara el señor Alexander Escala, al señor Valentín Rodríguez y al señor

2. Moreno Villalaz, Juan Luis. “Lecciones de la experiencia monetaria panameña: Una economía dolarizada con integración financiera”. Estados Unidos. Revista CATO. Cato Journal, Vol. 18, No. 3 (Winter 1999). Copyright © Cato Institute. Página 1.

3. Tribunal de Cuentas. Registro Oficial. Volumen 2, 2009. índice, páginas 1,2.

Efraín Torres patrimonialmente responsables en perjuicio del Estado relacionado con el manejo de combustible en el Ministerio de Obras Públicas en la Provincia de Los Santos.

Por otra parte, y cuando hablamos de corrupción, se hace necesario que determinemos el término “corrupción”, para lo cual señalaremos que el mismo hace referencia a todo lo que pierde su esencia o efectividad. Es decir, a toda cosa que deja de ser funcional para aquello para lo cual se creó. Si este concepto lo contextualizamos a nivel del Estado y de la sociedad que lo conforma, podríamos indicar que la corrupción es un fenómeno que implica un conjunto de comportamientos realizados en contra de parámetros de conducta de obligatorio cumplimiento. Es decir, equivale a una conducta no esperada, dañina a los intereses jurídicos cuyo titular es la sociedad.⁴

Panamá, y de manera muy sabia, desde los inicios de la República, procuró los fundamentos institucionales que dieron origen al Tribunal de Cuentas, entidad de la administración de justicia patrimonial con arraigo en nuestro acontecer nacional desde que Panamá se constituyó en República el 3 de noviembre de 1903, aunque sus antecedentes mediatos se remontan a la época colonial y después al período de unión a Colombia. Si bien estuvo hasta la década de 1910, resurgió como entidad con la Ley 32 en 1984. Resurgió con la Dirección de Responsabilidad Patrimonial en 1989 y luego con la Reforma constitucional promulgada en 2004 se instauró lo que ahora conocemos como la Jurisdicción Constitucional de Cuentas en el Tribunal de Cuentas y la Fiscalía General de Cuentas mediante Ley 67 de 2008.

Es importante, reafirmar las leyes, reglamentos, normas y regulaciones emitidas por organismos como el Tribunal de Cuentas, dentro de su esfera de competencia y que comprende el juzgamiento

4. Sáenz, Julia. *Los delitos funcionariales en Panamá*. Editorial Pujol, S.A. 2018, Página 27.

por irregularidades, que impiden apropiación, pérdida o menoscabo de los fondos y bienes públicos en vista de acciones u omisiones de todos aquellos servidores públicos, particulares que, en su caso, los reciban, los recauden, los manejen, los inviertan, los paguen, los administren, los cuiden, los custodien o los controlen, los aprueben, los autoricen, los paguen o los fiscalicen.⁵ Estas disposiciones sirven al propósito de evitar o disuadir a los funcionarios, para que exista un menor número de transacciones y movimiento de capitales ilícitos que afectan al sistema financiero nacional. Es claro, que la idea es procurar detener este tipo de ilícitos, dentro y fuera de la esfera pública. La justicia aplicada a través del Tribunal de Cuentas, busca de esta manera, reducir, por una parte, el riesgo financiero al Estado utilizando instrumentos para el eventual manejo de capitales ilícitos, tanto externos como internos. Por otra parte, reducir la lesión que individuos y empresas puedan producir al patrimonio del estado y a los ciudadanos honestos.

De igual manera, nos sirve para revisar y establecer aquellos controles necesarios que impidan el fraude, el dolo y la apropiación ilícita de recursos o fondos del sistema y procurar la emisión periódica de reportes sobre las transacciones y su justificación interna como externa.

En el caso particular de los hechos de corrupción que son realizados por servidores o funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, esto llega a ser catalogado como Corrupción del Estado. El delito de corrupción de servidores públicos está regulado en el código penal panameño en los artículos que van del 345 al 350, en los cuales se advierte que se han incurrido en este tipo de comportamientos.⁶

Panamá se encuentra en el centro de Las Américas; un país con 4,2 millones de habitantes. Su posición geográfica, sirve al propósito

5. Vargas Velarde, Oscar, *El Tribunal de Cuentas*. Panamá, 2011. Página 52

6. Sáenz, Julia. *Op. cit.*, página 28

global como una plataforma de servicios marítimos, comerciales, inmobiliarios y financieros, zonas francas; entre estas la Zona Libre de Colón la más grande del continente y la segunda a nivel global y donde la banca sirve como un catalizador de todos estos procesos.

Panamá durante muchos años ha ocupado una de las tasas de crecimiento económico más altas y privilegiadas en América Latina, ocupando el cuarto lugar más alto en América Latina según el índice de desarrollo humano 2019. No obstante, la Crisis Sanitaria del 2019-2020 Panamá se muestra como el tercer país latinoamericano más competitivo. De acuerdo al Foro Económico Mundial es el país de la región con mayor crecimiento económico, con relación al producto interno bruto per cápita.⁷ Sin embargo, Panamá es uno de los países del mundo con mayor desigualdad e inequidad de acuerdo con indicadores como el índice de GINI y de otros organismos internacionales entre los que se encuentran la CEPAL; el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial. Aún así, el nivel de actividad económica en el sector de servicios continúa aumentando y con ello los hechos de corrupción.

Pero, es indefectible, que la corrupción, o los niveles de corrupción muestran una alta correlación con la desigualdad y la inequidad. Esta labor es urgente y necesaria. La corrupción ha logrado penetrar los más altos niveles de gobierno, la sociedad y la economía. Está vinculada a la perniciosa captura del Estado por parte de las élites en gran parte de la región y, como lo ilustra el caso Lava Jato, opera a través de las fronteras. En términos generales, los datos muestran que en las últimas dos décadas no ha habido mejoras significativas en la región en indicadores clave de gobernanza, o peor aún, salvo algunas excepciones, la región ha mantenido un desempeño deficiente en la implementación del Estado de derecho y el control de la corrupción. El impacto distorsionador del dinero en la política

7. <https://www.weforum.org/reports?platform=centre-for-the-new-economy-and-society&query=Global+Competitiveness+Report+2024>.

en la región se asocia a políticas y prácticas que benefician a una reducida élite que, con reformas fallidas, socava la confianza pública en el gobierno y las instituciones democráticas.⁸

Uno de los problemas de las economías de mercado como Panamá, es que generan grandes diferencias en ingresos y riqueza. Es probable que los pobres siempre exijan políticas redistributivas, pero tienen una justificación moral mucho más sólida para hacerlo cuando la desigualdad surge de la corrupción y la búsqueda de rentas. Sin embargo, a menudo estas mismas medidas destinadas a corregir el efecto de la desigualdad injusta (como impuestos progresivos sobre la renta, regulación extensiva y grandes proyectos públicos) crean más posibilidades para la corrupción y la búsqueda de rentas. Pensemos, por ejemplo, en las lagunas fiscales, la corrupción en la asignación de proyectos públicos o las regulaciones justificadas sobre la base del bien común pero adaptadas a los intereses de grupos de presión particulares. Es más, quienes se benefician de la corrupción pueden preferir impuestos más altos y más regulación, no por el bien de los pobres, sino porque los gobiernos más grandes aumentan las rentas que pueden extraer. Como resultado, los altos niveles de intervención gubernamental, corrupción y búsqueda de rentas pueden ser autosostenibles.

Lo que queremos presentar es un modelo dinámico simple basado en tres ideas clave. El primero es que los gobiernos más grandes aumentan las ganancias privadas derivadas de la corrupción, el cabildeo y otras formas de la búsqueda de rentas. La segunda es que la distribución de estas ganancias es desigual entre la población.

En tercer lugar, las sociedades consideran que la desigualdad que se origina en la corrupción y la búsqueda de rentas es más injusta que la desigualdad originada por el esfuerzo productivo y la competencia en el mercado.

8. Engel, Eduardo., Et al. "Informe del Grupo Asesor de Expertos en anticorrupción, transparencia e integridad para América Latina y el Caribe". Banco Interamericano de Desarrollo 1300 New York Avenue, N.W. Washington, D.C. 20577. 2018. Página V, del Resumen.

Nuestro principal resultado es que la combinación del primer ingrediente con cualquiera de los otros dos ingredientes introduce una complementariedad entre los resultados político-económicos actuales y pasados: Pueden existir múltiples estados estacionarios en el nivel de desigualdad, redistribución y corrupción.

El primer elemento de nuestro modelo es que cuantos mayores sean los recursos controlados por el gobierno, o cuanto más extensa sea la regulación del mercado, mayores serán las posibilidades de corrupción y la búsqueda de rentas. El caso de Panamá es icónico en este sentido.

Pero, a pesar de los escándalos de corrupción a los que Panamá se ha visto enfrentada en los últimos quince años, no podemos dejar de mencionar el papel desempeñado por el Tribunal de Cuentas en la búsqueda del juzgamiento y aplicación de la ley buscando hacer justicia a los diferentes casos patrimoniales que se han dado en la administración e instituciones públicas.

Sabemos de los artificios que la postmodernidad ha traído al manejo de la cosa pública y de las habilidades que cada día desarrollan aquellos que quieren lucrar de los fondos destinados a propósitos del mejoramiento y la calidad de la vida de los habitantes. En este sentido es importante la necesidad de efectuar cambios; pero cambios sustanciales a ley en relación al ámbito administrativo y judicial y aquel relacionado con la gestión coactiva y de cobro de las diferentes lesiones patrimoniales que afectan el erario público.

Como lo menciona Eduardo Engel (Engel, 2018) del Banco Interamericano de Desarrollo, resulta evidente que la corrupción ya no puede tratarse como un desafío técnico que simplemente puede resolverse adoptando más leyes y regulaciones o formando comisiones de ética. Más bien, la política importa, al igual que los incentivos de los políticos, funcionarios públicos, jueces y sector privado. La participación de la sociedad civil es igualmente

esencial. Las leyes abundan, pero aún falta una práctica y efectiva aplicación de las medidas anticorrupción. La corrupción es una amenaza fundamental para las instituciones democráticas y para la estabilidad y prosperidad de la región y sus ciudadanos. Para concluir, reiteramos los puntos principales de la agenda que recomendamos. La crisis de la corrupción en la región se materializa en el fenómeno de la captura del Estado. Romper la influencia autoritaria de las reducidas élites en la toma de decisiones de la economía y la política, y eliminar la cultura de la impunidad de los poderosos es esencial para que la región pueda reconstruir la confianza, revitalizar el crecimiento y la innovación, y finalmente sacar a las personas más vulnerables de la pobreza y el conflicto.

En unas pocas palabras y para concluir. Es claro el dominio de las actitudes políticas sobre las actitudes económicas y sociales de nuestros pueblos en América Latina. La corrupción de ha convertido en un flagelo difícil de erradicar y que continúa produciendo más inequidad y desigualdad entre sus ciudadanos.

Cada vez es más grande la correlación entre el incremento de la población y el incremento de la corrupción; consecuentemente la correlación entre el incremento de la corrupción y el incremento de la inequidad y la desigualdad.

No es parte de este corto artículo, pero sería importante efectuar estudios más profundos sobre aquellos aspectos socioeconómicos de privación, falta de recursos y educación que arrastran a los individuos al cometido de este tipo de delitos contra la administración pública. Aunque estas consideraciones pareciesen ocurrir en menor escala en países donde no solo el crecimiento económico y el progreso son tomados en cuenta, sino además el grado de desarrollo económico y desarrollo humano de la sociedad, los hechos de corrupción indefectiblemente son menores. Debemos trabajar hacia este tipo metas en nuestra sociedad pluralista y de instituciones.

Referencias bibliográficas

Albrecht, Hans-Jörg. *Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001

Bustamante, Francisco. “PANAMÁ: Participación del país en la economía internacional ligada al lavado de dineros ilícitos: Una falacia.” Materialidad del delito de blanqueo de capitales en el sistema económico de Panamá. *La Estrella de Panamá*. (Actualizado) Enero, 2023.

Coz Ramos, Ernesto. *Transacciones sospechosas y el delito de lavado de dinero*, Universidad del Pacífico, Lima, Perú. 1997

Obermayer, Bastian. *The Panama Papers: Breaking the Story of How the Rich and Powerful Hide Their Money*. Kindle Paper White International, New York, 2016.

Procuraduría General de la Nación. Adaptando la *Legislación Penal de Panamá a la Convención Interamericana Contra la Corrupción*. Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, Departamento de Cooperación y Difusión Jurídica, Organización de los Estados Americanos, OEA. 10 julio, 2001

Procuraduría General de la Nación. Decretos sobre acciones legislativas en caso de lavado de dinero y blanqueo de capitales: Decreto #13, #36, #99, #59, #284, Orden ejecutiva #12674, Ley #39.

Sáenz, Julia. *El blanqueo de capitales y otros delitos*. Jurídica Puyol, S.A. Panamá, 2018.

Sánchez Romero, Cecilia y Montealegre Callejas, Franco. *Lavado de dinero y activos provenientes de actividades ilícitas, aspectos doctrinarios y normativos*. Biblioteca Pablo Antonio Cuadra, UAM Nicaragua. 2003

Sousa Melo, Gerineldo. *Blanqueo de capitales y otros delitos económicos*. Imprenta Articsa, Panamá. Diciembre, 2017.

Leyes y Decretos Revisados

Decreto Ley #9, de 26 de febrero de 1998

- i. Ley #23 de 27 de abril de 2015
- ii. Decreto Ejecutivo #36 del 13 agosto de 2015, reglamenta ley del 27 abril 2015.
- iii. Decreto Ejecutivo #587 de 4 de agosto 2015; reglamenta el Título VI de la Ley 23 de abril de 2015
- iv. Decreto #55 de 1 de febrero de 2012
- v. Decreto #855 de 24 de agosto de 2010
- vi. Decreto Ejecutivo #266 de 23 marzo de 2'19
- vii. Decreto Ejecutivo #195 de 18 de octubre de 2007
- viii. Decreto Ejecutivo #76 de 26 de mayo de 2006
- ix. Decreto Ejecutivo #65 de 12 septiembre de 2006
- x. Decreto # 136 de 9 de junio de 1995
- xi. Decreto #78 de 4 de junio de 2003
- xii. Ley #42 de 2000 (Medidas para la prevención del delito de blanqueo de capitales)
- xiii. Ley #2 de 2011 (Regula medidas de Cumplimiento bancario sobre conocer al cliente para los agentes residentes en entidades jurídicas existentes de acuerdo a las leyes y decretos emitidos en la República de Panamá)

Esquema normativo de los modelos para el control de fondos públicos y su juzgamiento en América Central Hispánica.

Por: Oscar Vargas Velarde*

Resumen

Este trabajo pretende referir, con base en la Constitución Política y en las leyes orgánicas, los sistemas que existen en los países de la América Central Hispánica en el tema del control y de la fiscalización de los fondos públicos, y el juzgamiento de los servidores públicos y de los particulares que manejen esos fondos. Para tales efectos, se especifican los diversos modelos que, si bien encajan en los lineamientos republicanos y democráticos comunes de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá, se expresan en vertientes de instituciones como la Contraloría General de la República o los Tribunales de Cuentas o en combinaciones de ambos organismos.

Abstract

This work intends to refer, based on the Political Constitution and organic laws, the systems that exist in the countries of Hispanic Central America on the subject of control and supervision of public

* Ex magistrado presidente de la Dirección de Responsabilidad Patrimonial de la Contraloría General de la República de Panamá. Ex magistrado presidente del Tribunal de Cuentas de Panamá. Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá.

funds, and the prosecution of public servants and of the individuals who manage those funds. For such purposes, the various models are specified that, although they fit into the common republican and democratic guidelines of Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua and Panama, are expressed in aspects of institutions such as the Office of the Comptroller General of the Republic or the Courts of Accounts or in combinations of both bodies.

Palabras clave: control-fiscalización-juzgamiento-fondos públicos-empleados o agentes de manejo-contraloría general-tribunal de cuentas

Keywords: control-audit-judgment-public funds-employees or managing agents-general comptroller-court of accounts

I. Preliminar

La subregión de América Central está formada por siete países; seis de claros antecedentes coloniales hispánicos como lo son Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua Guatemala, Nicaragua y Panamá; mientras que Belice tiene arraigados antecedentes coloniales británicos. Si bien todos los países que fueron colonia de España lograron su independencia en 1821, han adoptado el sistema republicano, con formas presidencialistas, el territorio de Belice -que llegó a ser reclamado por los conquistadores españoles y fue parte de la Capitanía General de Guatemala, pero cayó bajo el dominio colonial inglés- vino a lograrla ciento sesenta años después, en 1981 y responde a una monarquía constitucional en la medida que pertenece a la Mancomunidad Británica de Naciones y su jefa de Estado es la reina de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, que está representada en el país por un gobernador general y su gobierno asume forma parlamentaria.

Aunque esos seis países son típicamente legatarios de la herencia española, poseen la misma lengua, tienen idiosincrasia compartida

y les une el mismo ideal de democracia política, desarrollo económico y justicia social, una cosa son los países de América Central (de herencia hispánica) y otra muy distinta, los países de Centroamérica. Los países de Centroamérica, es decir, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua gozan de una historia común que se origina en el sistema colonial cuando fueron provincias dependientes políticamente de la Capitanía General de Guatemala y judicialmente de la Real Audiencia de Guatemala, ambas vinculadas al Virreinato de la Nueva España. Luego, el 15 de septiembre de 1821, estas provincias declaran rotos sus lazos con el Imperio Español y unos meses después, el 5 de enero de 1822, se unen al Imperio mexicano de Agustín de Iturbide, asociación que dura hasta el 1.º de julio de 1823, cuando constituyen las Provincias Unidas de Centroamérica y con la Carta Política de 22 de noviembre de 1824, la República Federal de Centroamérica.

A finales de la década siguiente la Federación se desmorona, pues en 1838 Nicaragua, Honduras y Costa Rica, en ese orden, se separan; al año siguiente Guatemala reasume su soberanía y en 1941, El Salvador adopta el mismo camino.

Sin ánimo de polémica ni de disociación, objetivamente, debe decirse que Panamá forma parte de América Central, pero no es parte del concepto Centroamérica, porque nunca estuvo integrada a la entidad jurídico-política denominada Centroamérica (Provincias Unidas de Centroamérica o República Federal de Centro América). América Central es un concepto geográfico; Centroamérica es una construcción histórico-política (salvo que en nuestros tiempos se le dé una connotación geográfica en la cual sí caben Panamá y Belice). Por eso, la historia panameña registra procesos distintos a los de Centroamérica. Panamá, llamada Castilla del Oro y luego Reino de Tierra Firme, en la conquista y en la época colonial fue sede de la Real Audiencia y Cancillería de Panamá, creada en 1538 por el emperador Carlos V, pero es de

efímera duración, dado que en 1542 este monarca la suprime y el territorio pasa a la jurisdicción de la Real Audiencia de los Confines de Guatemala y Nicaragua; pero en 1563 al cerrarse esta y anexarse la gobernación a la Real Audiencia de México, la Audiencia de Panamá es restablecida en 1563. La Audiencia se suprime y reactiva varias veces hasta que se elimina definitivamente en 1752. Esa sujeción de 1542 a 1563 a la Audiencia de los Confines es el único vínculo orgánico del territorio panameño con la centroamericana colonial. En 1571 se integra Tierra Firme al Virreinato del Perú y desde 1739 al Virreinato de la Nueva Granada. El Istmo de Panamá se independiza el 28 de noviembre de 1821 del Imperio español y se une voluntariamente a Colombia, en cuyo seno permanece hasta la separación definitiva el 3 de noviembre de 1903, cuando se funda la República de Panamá.

En la época colonial, el desarrollo del control externo, la fiscalización y el juzgamiento de los fondos públicos no se perfila en forma distinta en las provincias centroamericanas, pues están sujetos a las disposiciones dictadas por la Corona española, a través del Tribunal de Contadores de Cuentas de México, en el Virreinato de Nueva España, creado en 1605. En tanto, Panamá depende primero del Tribunal de Cuentas de Lima, en el Virreinato del Perú y posteriormente del Tribunal de Cuentas de Bogotá, en el Virreinato de la Nueva Granada. Durante la Guerra de Independencia, la sede de este Virreinato se traslada a la ciudad de Panamá y está ubicado en este sitio entre 1812 y 1816, lo mismo que la Real Audiencia y el Tribunal de Cuentas.

En esas provincias centroamericanas hay marcadas diferencias durante la etapa republicana, después de la Constitución de la República Federal de Centroamérica, que radica la función del control de las cuentas públicas en el Poder Legislativo, porque el desarrollo de las instituciones ha sido diferenciado en la historia particular de los hoy distintos países de Centroamérica. Lo propio ocurre con Panamá.

En nuestro tiempo, cada país en esa materia tiene su modelo elegido. Los más han seleccionado el modelo anglosajón de la Contraloría General de la República, institución independiente, que implica examen, reparos o fenecimiento de las cuentas públicas; en un caso, existen sus aspectos diferentes: la Contraloría General como entidad de control y Juzgados y Tribunal de Cuentas, dentro del Órgano Judicial, como entidades de juzgamiento; los menos ha escogido el modelo de Corte de Cuentas o de Tribunal de Cuentas con funciones fiscalizadoras y jurisdiccionales o con funciones fiscalizadoras y de investigación, en su caso. Panamá, desde el 2004 escogió un modelo sui géneris de Contraloría General de la República para atender el control y la fiscalización de los fondos y los bienes públicos y el modelo de Tribunal de Cuentas, con su Fiscalía General de Cuentas como organismo coadyuvante, para enjuiciar a los que lesionen el patrimonio estatal, al tenor de las auditorías de dicha Contraloría General y de cuyo resultado surjan reparos contra los empleados o los agentes de manejo.

Sobre el particular y sin pretensiones doctrinales, procedemos a la tarea de describir con propósitos didácticos estos modelos en el marco estricto de su ordenamiento constitucional y legal, precedidos por sus antecedentes histórico-normativos y sucedidos por sus características más relevantes. Para estos efectos, se sigue fielmente el texto de las Constituciones Políticas de estos países y de las leyes que organizaron la Contraloría General de la República, la Contraloría General de Cuentas, la Corte de Cuentas, el Tribunal de Cuentas, etc.

II. Costa Rica

El sistema de control externo y del examen de las cuentas de la República de Costa Rica se manifiesta a través de la institución denominada Contraloría General de República, que al mismo tiempo puede instruir sumarios o investigaciones administrativas con respecto a las anomalías en tales cuentas.

A. Antecedentes

En 1825, con la promulgación de la Ley Fundamental en Costa Rica, se establece el Tribunal de Cuentas en aras de ejercer el control financiero de las rentas públicas. Posteriormente, tal Tribunal es sustituido por la Contaduría Mayor para examinar, glosar o finiquitar las cuentas de los empleados de manejo. En 1922, la Oficina de Control asumió las responsabilidades de la Contaduría Mayor y en 1945, las de aquella, el Centro de Control. La Constitución Política de 1949 implanta la Contraloría General de la República, que subsiste hasta hoy y que está regida por la Ley 7428, de 7 de septiembre de 1994 y sus reformas.¹

Hoy, Costa Rica, con algunas variantes, ha adoptado el modelo de control externo anglosajón con un organismo denominado Contraloría General de la República, regido por el Contralor General de la República, que se deriva del modelo de Gran Bretaña, de nombre *National Audit Office, que está a cargo del Comptroller and Auditor General*) y del modelo de los Estados Unidos de América, llamado *General Accounting Office*, dirigida por el *Comptroller General of the United States*.

B. Contraloría General de la República

El Capítulo II, del Título XIII (La Hacienda Pública) de la Constitución Política se refiere a la Contraloría General de la República como institución auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública, pero con absoluta independencia funcional y administrativa en el desempeño de sus labores.

1. Naturaleza del organismo.

La Contraloría General de la República -según la Constitución- es un “órgano constitucional fundamental del Estado”, auxiliar de

1. Cfr. Contraloría General de la República. Costa Rica. (<https://www.cgr.go.cr/01-cgr-transp/antecedentes-historicos.html>). (Consultado el 28 de octubre de 2021, 7:00 p. m.).

la Asamblea Legislativa, que ejerce órgano Legislativo, para “el control superior de la Hacienda Pública y rector del sistema de fiscalización que contempla esta Ley”. Este órgano goza de absoluta independencia funcional y administrativa con respecto a los poderes o los órganos públicos. Sus decisiones son independientes y solo están sometidas a la Constitución Política, a tratados o convenios internacionales y a la ley.

El máximo rector de la institución es el contralor general de la República, a quien acompaña un subcontralor general de la República. La Asamblea Legislativa nombra a ambos funcionarios dos años después de haberse iniciado el período presidencial, para un término de ocho años; se permite su reelección indefinida; gozan de las inmunidades y las prerrogativas de los miembros de los Supremos Poderes. Estos funcionarios en el cumplimiento de sus funciones responden ante esta Asamblea; su remoción procede mediante el voto no menor de las dos terceras partes del total de los diputados que la integran, siempre que comprueba ineptitud o proceder incorrectos en el respectivo expediente.

2. Funciones y competencia

De acuerdo con dicha Carta Política, los deberes y las atribuciones de la Contraloría General se contraen a fiscalizar la ejecución y liquidación de los presupuestos ordinarios y extraordinarios de la República, examinar, aprobar o improbar los presupuestos de las municipalidades e instituciones autónomas y fiscalizar su ejecución y liquidación, enviar anualmente a la Asamblea Legislativa la memoria del movimiento correspondiente al año económico anterior, con detalle de las labores del contralor y exposición de las opiniones y las sugerencias que este considere necesarias para el mejor manejo de los fondos públicos; examinar, glosar y fenecer las cuentas de las instituciones del Estado y de los funcionarios públicos; y las demás atribuciones que esta Constitución o las leyes le asignen.

La ley orgánica, por su lado, indica que la Contraloría General de la República ejerce su competencia sobre todos los entes y los órganos que integran la Hacienda Pública. En otras palabras, está facultada para fiscalizar a la totalidad de organismos y entidades del sector público. Así mismo tiene competencia facultativa para la fiscalización los entes públicos no estatales de cualquier tipo; los sujetos privados, que sean custodios o administradores, por cualquier título, de fondos y actividades públicos; los entes y los órganos extranjeros integrados por entes u órganos públicos nacionales, dominados mayoritariamente por estos o sujetos a su predominio legal o cuya dotación patrimonial y financiera esté dada principalmente con fondos públicos nacionales, aunque estén constituidos con base en la legislación extranjera y su domicilio sea en el extranjero, salvo que se trate de entidades bancarias, aseguradoras o financieras, en que la fiscalización no abarcará sus actividades sustantivas u ordinarias; las participaciones minoritarias del Estado o de otros entes u órganos públicos en sociedades mercantiles, nacionales o extranjeras, de conformidad con la ley; y las entidades bancarias financieras extranjeras contempladas en la ley.

La Hacienda Pública se constituye de los fondos públicos, que son “los recursos, valores, bienes y derechos propiedad del Estado, de órganos, de empresas o de entes públicos”. Se considera dentro del ámbito de las potestades de esta Hacienda Pública percibir, administrar, custodiar, conservar, manejar, gastar e invertir tales fondos y las normas jurídicas, administrativas y financieras, concernientes al proceso presupuestario, a la contratación administrativa, al control interno y externo y a la responsabilidad de los funcionarios públicos.

En el caso de los entes públicos no estatales, las sociedades con participación minoritaria del sector público o las entidades privadas, solo forman parte de la Hacienda Pública los recursos que administren o dispongan, por cualquier título, para conseguir

sus fines y que hayan sido transferidos o puestos a su disposición, mediante norma o partida presupuestaria, por los poderes del Estado, sus dependencias y órganos auxiliares, el Tribunal Supremo de Elecciones, la administración descentralizada, las universidades estatales, las municipalidades y los bancos del Estado. Cualquier recurso de origen distinto no es parte de dicha Hacienda Pública.

La Contraloría General está facultada para proceder con sumarios administrativos o efectuar averiguaciones especiales de oficio, a petición de un sujeto pasivo o de cualquier interesado, en los menoscabos que sufran los fondos públicos. Lo debe hacer obligatoriamente cuando así lo soliciten los órganos parlamentarios de la Asamblea Legislativa o cuando lo soliciten conjuntamente al menos cinco diputados.

En todo caso de daño económico palmario a la Hacienda Nacional es procedente el reintegro de suma correspondiente de inmediato. Así, la Contraloría General de la República, cuando se produzca un daño que fuere cometido por los servidores contra los fondos públicos y esté originado por “una ilegalidad flagrante y manifiesta”, el cual “sea líquido o liquidable fácilmente con vista de documentos”, puede “dictar resolución razonada que declare la consiguiente responsabilidad y su monto pecuniario, previa formación de expediente, con oportunidad suficiente de audiencia y defensa en favor del servidor. La certificación de tal resolución será título ejecutivo contra el responsable, con el cual el sujeto pasivo afectado deberá iniciar, de inmediato, el cobro judicial correspondiente”.

C. Características del modelo

Existen diferencias entre el sistema costarricense y su modelo anglosajón. En Gran Bretaña, el *Comptroller and Auditor General*, al servir de órgano técnico en el control y la auditoría de las cuentas públicas, realiza investigaciones económico-financieras para suministrar información al Parlamento, que los examina por medio del *Public Accounts Committee*. En los Estados Unidos, la

entidad *General Accounting Office*, en sus funciones fiscalizadoras, consultivas o de asesoramiento, elabora informes para el Congreso de la Unión en torno a la administración de los fondos públicos.²

En cambio, la Contraloría General de Costa Rica, en el ejercicio de su labor, puede examinar, glosar o fenecer las cuentas de las instituciones estatales y de los funcionarios públicos, o lo que es lo mismo, examinar, objetar o finiquitar las cuentas de los funcionarios de los entes y los órganos estatales y además instruir sumarios administrativos o realizar investigaciones en caso de menoscabos a los fondos de la Hacienda Pública. Adicionalmente, en los casos de lesión patrimonial evidente, tiene plenas facultades para ordenar el reintegro inmediato del monto del daño ocasionado a las arcas del Estado.

III. El Salvador

El sistema de control externo y las actividades jurisdiccionales en torno a las cuentas en El Salvador se encuentra a cargo de la Corte de Cuentas de la República.

A. Antecedentes

En 1872, en El Salvador se instituyen la Contaduría Mayor de Cuentas y el Tribunal Superior de Cuentas, con el objeto de glosar las cuentas de los que administraran intereses del Estado. En 1929 se crea la Auditoría General de Hacienda. La Constitución Política de 1939 fusiona estos organismos e indica que el control de la Hacienda Pública corresponde a la Corte de Cuentas de la República, entidad colegiada de control fiscal. Hoy, esta Corte de Cuentas de la República de El Salvador, como organismo superior de control de la Hacienda Pública y con funciones jurisdiccionales,

2. Cfr. GARCÍA PALACIOS, Omar A. La Contraloría General de la República y el control externo en el estado democrático nicaragüense. 1.ª edición, Universidad Centroamericana, Managua, 2006, pp. 32 y 37.

está asentada en la Constitución Política de 1983 y su ley orgánica expedida mediante el Decreto N.º 438 del 31 de agosto de 1995,³ que tiene a su haber varias reformas.

B. Corte de Cuentas de la República

La Corte de Cuentas de la República tiene rango constitucional porque su existencia deviene de la Carta Política y su desarrollo corresponde a las disposiciones dictadas por la Asamblea Legislativa de El Salvador.

1. Naturaleza del Organismo

La Corte de Cuentas de la República de El Salvador tiene una amplitud de funciones, que incluyen el control externo y el juzgamiento de las cuentas. El Título VI (Órganos del gobierno, atribuciones y competencias) de la Constitución Política, en su Capítulo V (Corte de Cuentas de la Republica) prevé que la fiscalización de la Hacienda Pública en general y de la ejecución del Presupuesto en particular, está a cargo de un organismo independiente del Órgano Ejecutivo, denominado Corte de Cuentas de la República.

Esta Corte de Cuentas, a la luz de la ley, “es el organismo, independiente del Órgano Ejecutivo, en lo funcional y administrativo”, encargada de fiscalizar, en su doble aspecto administrativo y jurisdiccional, la Hacienda Pública en general y la ejecución del Presupuesto en particular, así como la gestión económica de las entidades”.

La institución, para el cumplimiento de sus funciones jurisdiccionales, se divide en una Cámara de Segunda Instancia y en las Cámaras de Primera Instancia que establezca la ley. La Cámara de Segunda Instancia está formada por el presidente de la Corte y dos magistrados, pero su número puede ser aumentado

3. Cf. Corte de Cuentas. El Salvador. (<https://www.cortedecuentas.gob.sv/index.php/es/institucion/historia>). (Consultado el 29 de octubre de 2021, 9:00 a. m.).

por ley. Estos magistrados son elegidos para un período de tres años y pueden optar por la reelección. Su separación por la Asamblea Legislativa, a través de resolución, solo es posible si se comprueba causa justificada. La Cámara de Segunda Instancia nombra, remueve, concede licencias y acepta las renunciaciones de los jueces de las Cámaras de Primera Instancia.

El presidente de la Corte de Cuentas debe rendir anualmente a la Asamblea Legislativa un informe detallado y documentado de las labores de la Corte. Esta obligación ha de cumplirse dentro de los tres meses siguientes a la terminación del año fiscal. El incumplimiento de esta obligación se considera como causa justa de destitución.

Una ley especial regula el funcionamiento, la jurisdicción, la competencia y el régimen administrativo de la Corte de Cuentas y de sus Cámaras. A tal efecto, como se expresó, rige el Decreto N.º438 del 31 de agosto de 1995, expedido por la Asamblea Legislativa y reformado por la misma institución mediante el Decreto Ley N.º 998 de 2002 y el Decreto Ley N.º548 de 2016.

2. Atribuciones y competencia

De acuerdo con la Constitución, la Corte de Cuentas tiene las atribuciones siguientes: 1. Vigilar la recaudación, la custodia, el compromiso y la erogación de los fondos públicos; así como la liquidación de impuestos, tasas, derechos y demás contribuciones, cuando la ley lo determine; 2. Aprobar toda salida de fondos del Tesoro Público, de acuerdo con el presupuesto; intervenir en todo acto que de manera directa o indirecta afecte al Tesoro Público o al Patrimonio del Estado; 3. Refrendar los actos y contratos relativos a la deuda pública; 4. Vigilar, inspeccionar y glosar las cuentas de los funcionarios y los empleados que administren o manejen bienes públicos, y conocer de los juicios a que den lugar dichas cuentas; 5. Fiscalizar la gestión económica de las instituciones y las empresas estatales de carácter autónomo y de las entidades que se costeen con fondos del Erario o que reciban subvención o subsidio del

mismo; 6. Examinar la cuenta que sobre la gestión de la Hacienda Pública rinda el Órgano Ejecutivo a la Asamblea, e informar a esta del resultado de su examen; 7. Dictar los reglamentos necesarios para el cumplimiento de sus atribuciones; 8. Informar por escrito al presidente de la República, a la Asamblea Legislativa y a los respectivos superiores jerárquicos de las irregularidades relevantes comprobadas a cualquier funcionario o empleado público en el manejo de bienes y fondos sujetos a fiscalización; 9. Velar porque se hagan efectivas las deudas a favor del Estado y de los Municipios; y 10. Ejercer las demás funciones que las leyes le señalen. Las atribuciones 2 y 4 las efectuará de una manera adecuada a la naturaleza y fines del organismo de que se trate, de acuerdo con lo que al respecto determine la Ley; y podrá actuar previamente a solicitud del organismo fiscalizador, del superior jerárquico de este o de oficio cuando lo considere necesario.

En virtud de las disposiciones legales, están sujetas a la fiscalización y el control de la Corte todas las entidades y los organismos del sector público y sus servidores, sin excepción alguna. La jurisdicción de la Corte alcanza también a las actividades de entidades, organismos y personas que, aunque no sean entidades, organismos o servidores públicos, reciban asignaciones, privilegios o participaciones ocasionales de recursos públicos. En este caso el control se aplica únicamente al ejercicio en que se haya efectuado el aporte o la concesión y al monto de tal aporte o concesión. En el caso de entidades que estén sujetas a la vigilancia de la Superintendencia del Sistema Financiero o de la Superintendencia de Sociedades y Empresas Mercantiles, el control de la Corte podrá realizarse en coordinación con aquellas.

Es privativa de la Corte, mediante el juicio de cuentas, que se surte en dos instancias, determinar la responsabilidad patrimonial por el perjuicio económico demostrado en la disminución del patrimonio, sufrido por la entidad o el organismo respectivo, debido a la acción o la omisión culposa de sus servidores o de terceros.

La responsabilidad administrativa de los funcionarios y los empleados de las entidades y los organismos del sector público, ocurre por inobservancia de las disposiciones legales y reglamentarias y por el incumplimiento de sus atribuciones, facultades, funciones y deberes o estipulaciones contractuales, que les competen por razón de su cargo. Esta responsabilidad administrativa se sanciona con multa.

C. Características del modelo

La Corte de Cuentas de El Salvador se inspira en el nombre y el modelo francés, creado por el emperador Napoleón Bonaparte, a través de la Ley del 16 de septiembre de 1807. La *Cour des Comptes* de Francia, organismo independiente del Parlamento y del Poder Ejecutivo, tiene su radio de competencia cada vez más ampliado, porque además de controlar la regularidad de las finanzas públicas (ingresos y gastos), emite opinión relativa a uso de créditos, fiscaliza las cuentas y la gestión del Estado, de las instituciones públicas nacionales, las empresas públicas, la seguridad social y las organizaciones privadas recipientes de asistencia estatal o que gestionan y recaudan contribuciones de los individuos, y se desempeña como autoridad jurisdiccional en asuntos de cuentas.⁴ De ahí entonces, “La *Cour des Comptes* es una institución que realiza sus funciones de control a posteriori, es decir, una vez que se ha ejecutado el gasto y tiene como fin controlar a los contables públicos. Este es un procedimiento de control cuya naturaleza es esencialmente jurisdiccional, puesto que tiene por objeto decidir acerca de la responsabilidad personal”.⁵

Esta Corte salvadoreña no solo practica auditorías externas, de índole financiera y operacional o de gestión, dicta las políticas,

-
4. Cfr. ANAYA RÍOS, José Luis/ ANAYA RÍOS, Miguel Ángel. “Los modelos de control externo de la fiscalización. Inglaterra y Francia como referentes en México [I]”, en revista *Agenda* [012.019, N.º 24, año 4, ORFIS, Órgano de Fiscalización Superior del Estado de Veracruz, septiembre-octubre, Xalapa, 2018. (<http://orfis.gob.mx/comunicacion/agenda/enfoques-24/>). (Consultado el 29 de octubre de 2021, 8: 00 p. m.).
 5. GARCÍA PALACIOS. *Op. cit.*, p. 28.
-

normas técnicas y disposiciones, examina y evalúa los sistemas operativos, de administración e información, capacita a los servidores de las entidades y organismos del sector público y examina la cuenta que sobre la gestión de la Hacienda Pública rinda el Órgano Ejecutivo, entre otros, sino que tiene la misión de declarar la responsabilidad administrativa o patrimonial, o ambas en su caso; de exigir al responsable principal, por la vía administrativa el reintegro inmediato de cualquier recurso financiero indebidamente desembolsado; de solicitar a la Fiscalía General de la República que proceda contra los funcionarios o los empleados y sus fiadores cuando los créditos a favor de entidades u organismos de que trata la ley, procedan de los faltantes de dinero, valores o bienes a cargo de dichos funcionarios o empleados; y de solicitar a quien corresponda la aplicación de sanciones o aplicarlas si fuera el caso y que se hagan efectivas las responsabilidades que le corresponde determinar y establecer.

IV. Guatemala

El sistema del control externo y del examen de las cuentas de la República de Guatemala está sujeto a la Contraloría General de Cuentas, pero el juzgamiento de las cuentas se surte en el sistema judicial y corre a cargo de los jueces de cuentas en primera instancia y del Tribunal de Cuentas en segunda instancia.

A. Antecedentes

En el período colonial, las cuentas de Guatemala deben rendirse en el Tribunal de Contadores de Cuentas de México, aunque después se crea el cargo de contador en esa provincia. El Tribunal de Contaduría General español, instituido en 1810, para el examen de cuentas, tiene en la Capitanía General de Guatemala su correspondiente sección. La Independencia trae consigo la Contaduría Mayor de Guatemala y desaparece cuando tiene que rendirse cuentas a las autoridades del Imperio de Iturbide. Luego, en 1824, se establece la Contaduría Mayor de Cuentas, en 1881, la Dirección General

de Cuentas, en 1921, el Tribunal de Cuentas, en 1956 el Tribunal de Cuentas y la Contraloría de Cuentas. Hoy existe la Contraloría General de Cuentas, regida por la Constitución Política de 1985 y el Decreto N.º 31-2002, de 5 de junio del año 2002, Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas, modificado mediante el Decreto N.º 13-2013, de 12 de noviembre de 2013⁶ así como los juzgados de Cuentas y el Tribunal de Cuentas, regidos por el artículo 220, de dicha Constitución Política, la Ley del Organismo Judicial (Decreto 2-89) y sus modificaciones, así como por el Decreto N.º 1126, la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, modificado por el Decreto N.º 31.2002, de 27 de julio de 2002.

B. Contraloría General de Cuentas

En el capítulo III (Régimen de control y fiscalización) del Título V (Estructura y organización del Estado), de la Constitución Política se prevé la Contraloría General de Cuentas y su régimen aplicable.

1. Naturaleza del organismo

Para esta Carta Política, la institución es de naturaleza técnica y descentralizada, con funciones fiscalizadoras de los ingresos, los egresos y en general de todo interés hacendario de los organismos del Estado, los municipios, entidades descentralizadas y autónomas, así como de cualquier persona que reciba fondos del Estado o que haga colectas públicas. También están sujetos a esta fiscalización los contratistas de obras públicas y cualquier otra persona que, por delegación del Estado, invierta o administre fondos públicos. Su organización, funcionamiento y atribuciones serán determinados por la ley. Contra los actos y las resoluciones de la Contraloría General de Cuentas, proceden los recursos judiciales y administrativos que señala la ley.

6. Cfr. Contraloría General de Cuentas, Guatemala C. A. (<https://www.contraloria.gob.gt/index.php/historia/>). (Consultado el 2 de noviembre de 2021, 10: 00 a. m.).

Al tenor de su ley orgánica, la Contraloría General de Cuentas constituye una institución pública, técnica y descentralizada, que goza de independencia funcional, técnica, presupuestaria, financiera y administrativa, con capacidad para establecer delegaciones en cualquier lugar de la República.

Como ente técnico este organismo es el rector de la fiscalización y el control gubernamental y su objetivo fundamental es dirigir y ejecutar con eficiencia, oportunidad, diligencia y eficacia las acciones de control externo y financiero gubernamental, al mismo tiempo de velar por la transparencia de la gestión de las entidades del Estado o que manejen fondos públicos, la promoción de valores éticos y la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, el control y aseguramiento de la calidad del gasto público y la probidad en la Administración Pública.

El jefe de la Contraloría General de Cuentas es el contralor general de Cuentas, electo para un período de cuatro años, por el Congreso de la República, por mayoría absoluta de diputados que conformen dicho organismo. En ningún caso puede ser reelecto. Goza de iguales inmunidades que los magistrados de la Corte de Apelaciones. Solamente cabe su remoción por el Congreso de la República en los casos de negligencia, delito y falta de idoneidad.

2. Competencia

Su competencia está referida a la “función fiscalizadora y de control gubernamental en forma externa” de los activos y pasivos, derechos, ingresos, egresos y en general todo interés hacendario de los organismos estatales, de las entidades autónomas y descentralizadas, de las municipalidades y sus empresas, de los fideicomisos constituidos con fondos públicos, de los consejos de desarrollo, de las instituciones o las entidades públicas, que por delegación del Estado presten servicios, de las instituciones que integran el sector público no financiero, de las personas, las entidades o las instituciones que reciban fondos del Estado o hagan

colectas públicas y de las empresas no financieras en cuyo capital participe el Estado, bajo cualquier denominación así como de las empresas en que estas tengan participación.

También están sujetos a esta fiscalización y control externo los contratistas de obras públicas, las organizaciones no gubernamentales, las asociaciones, las fundaciones, los patronatos, los comités, los organismos regionales o internacionales, los fideicomisos y cualquier persona individual o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera, que por delegación del Estado reciba, invierta o administre fondos públicos, incluyendo donaciones recibidas y ejecutadas por el Estado, en lo que se refiere al manejo de estos fondos.

3. Funciones

En tal sentido, la institución, tiene funciones de control externo de los fondos públicos, pero además asume la función de parte en los juicios por lesiones cometidas contra el patrimonio público.

Entre sus funciones específicas es claro que actúa como el órgano rector de control gubernamental, efectuar el examen de operaciones y transacciones financieras-administrativas, normar el control interno institucional y la gestión de las unidades de auditoría interna, evaluar los resultados de la gestión de los organismos, instituciones, entidades y personas; auditar, emitir dictamen y rendir informe de los estados financieros, ejecución y liquidación del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado; y promover la eficiencia profesional de los auditores gubernamentales (auditoría interna), a través de un plan de capacitación y actualización continua, y los mecanismos de lucha contra la corrupción.

No menos importantes son las funciones de coadyuvar con el Ministerio Público en la investigación de los delitos en contra de la Hacienda Pública, promover de oficio y ser parte actora de los juicios de cuentas en contra de los funcionarios y los empleados públicos,

los representantes legales de organizaciones no gubernamentales, los representantes legales de fideicomisos constituidos con fondos públicos, los contratistas y cualquier persona que maneje fondos públicos; y requerir a la autoridad nominadora, la suspensión en forma inmediata del funcionario o del empleado público encargado de la custodia, el manejo y la administración de los valores públicos, cuando se hubieren detectado hechos presuntamente constitutivos de delito, vinculados con sus atribuciones y, además, denunciarlos ante las autoridades competentes.

C. Juzgados de Cuentas y Tribunal de Cuentas

La Constitución Política establece la función judicial en materia de cuentas, que es ejercida por los jueces de cuentas en primera instancia y por el Tribunal de Cuentas en segunda instancia, oficinas públicas que se desenvuelven dentro del Organismo Judicial, el cual cumple con la atribución jurisdiccional que se ejerce en forma exclusiva también por la Corte Suprema de Justicia, la Corte de Apelaciones, los tribunales militares, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, los juzgados de primera instancia y los juzgados menores establecidos por la ley.

La jurisdicción en materia de cuentas es privativa e improrrogable. Los jueces están en la obligación de decidir por sí los asuntos sometidos a su potestad. En los juicios de cuentas hay dos instancias: la primera es ejercida por los jueces de Cuentas de primer grado. La segunda la ejerce el Tribunal de Cuentas, integrado por tres jueces propietarios y tres suplentes electos por el Congreso de la República, cuyas calidades se determinan en la ley. El recurso de casación contra las sentencias y los autos definitivos del Tribunal de Cuentas que pongan fin al proceso en asuntos de mayor cuantía, es de conocimiento de la Corte Suprema de Justicia. Este procedimiento es inadmisibile en los procesos económico-coactivos.

Para iniciar un juicio de cuentas es necesario que previamente exista en el expediente la glosa con reparos no desvanecidos, tramitado

y formulado por la Contraloría General de Cuentas. Esta institución se encuentra obligada a remitir al Tribunal de Cuentas los expedientes que den lugar a un procedimiento, formados en virtud de revisiones, glosas, auditorías o inspecciones que se efectúen de conformidad con la ley, los cuales servirán de base para el juicio respectivo. La Contraloría, al remitir los mencionados expedientes, dicta la providencia correspondiente, con las observaciones del caso. El jefe de la Contraloría o el contralor designado para el efecto, es parte en el respectivo juicio de cuentas, actuando en representación de la Contraloría.

D. Características del modelo

En el sistema británico, el contralor y auditor general debe controlar y auditar las cuentas y rendir informe al Parlamento para su consideración por el Comité de Cuentas Públicas, lo mismo que en el sistema estadounidense en que la Oficina de Contabilidad General (GAO por sus siglas en inglés) fiscaliza y rinde sus informes al Congreso de los Estados Unidos de América. Lo propio ocurre en el sistema guatemalteco, en que la Contraloría General de Cuentas controla y fiscaliza las cuentas públicas; pero se distingue del sistema costarricense en que la Contraloría General de la República de Costa Rica no solo controla las cuentas públicas, sino que examina, repara o fenece tales cuentas, realiza investigaciones e instruye sumarios administrativos.

Por otro lado, si bien en Guatemala el procedimiento comienza en la Contraloría General de Cuentas, el juicio de cuentas es de carácter judicial y el ejercicio de la Jurisdicción de Cuentas corresponde a los jueces de primera instancia y luego en apelación al Tribunal de Cuentas. El recurso extraordinario de casación se surte en la Corte Suprema de Justicia. Estos tres tribunales de justicia forman parte del Organismo Judicial. La Contraloría General a su vez goza de amplias facultades para convertirse en parte actora de los juicios de cuentas.

V. Honduras

El sistema de control externo, del examen y de la investigación de las cuentas de la República de Honduras se manifiesta a través del Tribunal Superior de Cuentas.

A. Antecedentes

Con la separación de Honduras de la República Federal de Centro América, la Constitución Política de 1839 prevé un Tribunal Superior de Cuentas. En la Constituciones de 1894 y 1906 se denomina Contaduría Mayor o Tribunal Superior de Cuentas, aunque su primera ley orgánica se promulga en 1928 y en ese año empieza su funcionamiento. La Constitución de 1936 se refiere a este Tribunal Superior de Cuentas, pero la Constitución de 1857 da soporte a la Contraloría General de la República, creada un año antes y en las Cartas Políticas de 1965 y 1982 se ratifica la institución. En el 2001, los principales partidos políticos de Honduras acordaron integrar la Contraloría General de la República y la Dirección de Probidad Administrativa, establecida por la Constitución de 1982, en la entidad denominada Tribunal Superior de Cuentas. Un año después, el Congreso Nacional, por medio de Decreto N.º268-2002, ratificado por la Legislatura Ordinaria subsiguiente, por medio del Decreto N.º2-2002, modifica la Constitución Política, se suprimen la Contraloría General de la República y la Dirección de Probidad Administrativa y se reemplazan por el Tribunal Superior de Cuentas. El Decreto N.º 10-2002-E, de 5 de diciembre de 2002, dicta la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Cuentas, organismo rector del sistema de control de los fondos públicos.⁷

B. Tribunal Superior de Cuentas

En la Carta Política de Honduras de 1982 el Capítulo III, del Título V (De los poderes del Estado), se intitula “De la Contraloría

7. Cfr. Tribunal Superior de Cuentas República de Honduras. (<https://www.tsc.gob.hn/web/historia.html>). (Consultado el 4 de noviembre de 2021, 11: 00 a. m.).

General de la República”; sin embargo, su contenido fue modificado, como se expresó, por el Decreto 268-2002, ratificado por el Decreto 2-2002, reformas que establecieron el Tribunal Superior de Cuentas, que se desenvuelve con base en su ley orgánica contenida en el Decreto N.º 10-2002-E, de 5 de diciembre de 2002, modificado por el Decreto N.º 134-2011, de 30 de agosto de 2011 y el Decreto N.º 145-2019, de 23 de diciembre de 2019.

1. Naturaleza del organismo

De esta manera, El Tribunal Superior de Cuentas es el ente rector del sistema de control de los recursos públicos, con autonomía funcional y administrativa de los Poderes del Estado, sujeto solamente al cumplimiento de la Constitución Política y de las leyes. Es responsable ante el Congreso Nacional de los actos ejecutados en el ejercicio de sus funciones.

El Tribunal Superior de Cuentas se integra de tres miembros elegidos por el Congreso Nacional, con el voto favorable de las dos terceras partes del total de los diputados. Los miembros del Tribunal Superior son elegidos por un período de siete años, sin posibilidad de reelección. Corresponde al Congreso Nacional la elección del presidente del Tribunal Superior de Cuentas.

El Tribunal Superior de Cuentas debe rendir el informe anual de gestión al Congreso Nacional, por medio de su presidente, dentro de los primeros cuarenta días de finalizado el año económico.

Todos los aspectos relacionados con la organización y funcionamiento del Tribunal Superior de Cuentas y sus dependencias son determinadas por su ley orgánica.

2. Funciones

El Tribunal Superior de Cuentas -dice la Ley Fundamental hondureña- tiene como función la fiscalización a posteriori de los fondos, los bienes y los recursos administrados por los Poderes

del Estado, las instituciones descentralizadas y desconcentradas, incluyendo los bancos estatales o mixtos, la Comisión Nacional de Bancos y Seguros, las municipalidades y de cualquier otro órgano especial o ente público o privado que reciba o administre recursos públicos de fuentes internas o externas.

En el cumplimiento de su función debe realizar el control financiero, de gestión y de resultados, fundados en la eficiencia y eficacia, economía, equidad, veracidad y legalidad. Le corresponde, además, el establecimiento de un sistema de transparencia en la gestión de los servidores públicos, la determinación del enriquecimiento ilícito y el control de los activos, pasivos y, en general, del patrimonio del Estado.

Para cumplir con su función el Tribunal Superior de Cuentas tiene las atribuciones que determine su ley orgánica.

De acuerdo con esta ley, son atribuciones de control para el cumplimiento de las funciones siguientes: 1. Verificar la gestión administrativa y financiera de los órganos, organismos y personas sujetas a la presente ley; 2. Llevar a cabo auditorías de regularidad que comprendan el control de legalidad y la auditoría financiera; En ejercicio de esta potestad, el Tribunal examinará e informará al Congreso Nacional acerca de la rendición de cuentas que debe presentar anualmente el Poder Ejecutivo sobre la gestión de la hacienda pública; 3. Llevar a cabo auditorías operacionales o de gestión que comprenden los controles de economía, eficiencia y eficacia; 4. Ejercer el control de legalidad y regularidad sobre los ingresos fiscales, su rentabilidad y el cumplimiento del Presupuesto de Ingresos de la República; 5. Ejercer el control de legalidad y regularidad de las obligaciones financieras del Estado, gestión y resultados del uso de los recursos; 6. Evaluar la gestión de las instituciones públicas con competencia en la protección, la conservación y la explotación de los recursos naturales y el medio ambiente; 7. Realizar auditorías de sistemas y tecnología

de información; 8. Verificar que la contabilidad de los sujetos pasivos en los cuales sea necesario se esté llevando conforme a las normas legales; 9. Supervisar y evaluar la eficacia del control interno que constituye la principal fuente de información para el cumplimiento de las funciones de control del Tribunal, para lo cual emitirá normas de carácter general; 10. Comprobar que los sujetos pasivos que manejen fondos públicos dispongan, en los casos que sea necesario, de mecanismos, de acuerdo con las normas que emita el Tribunal, que faciliten el control externo y una información adecuada y confiable sobre la gestión de dichos fondos, incluyendo el planteamiento de objetivos específicos y medibles en relación con los mismos y la valoración del nivel de cumplimiento de dichos objetivos; y 11. Las demás que determine la ley y los reglamentos que emita el Tribunal.

Son atribuciones relativas al cumplimiento de la función de probidad y ética públicas, las que se exponen: 1. Formular, orientar y dirigir un sistema de transparencia de la gestión de los servidores públicos para el correcto y adecuado desempeño de sus funciones; 2. Recibir y examinar la declaración jurada y detallada de los bienes, conforme a esta Ley; 3. Investigar, comprobar y determinar si hay indicios o no de enriquecimiento ilícito y darle al expediente el trámite previsto en la ley; 4. Comprobar de oficio o a solicitud de cualquiera de los miembros del Comité Consultivo de la Oficina Normativa de Contratación y Adquisiciones, prevista en la Ley de Contratación del Estado, que en los procedimientos de selección y contratación que se llevan a cabo, se le dé cumplimiento a los principios de legalidad, eficiencia, publicidad, transparencia, igualdad y libre competencia establecidos en dicha Ley; 5. Fiscalizar en forma concurrente, cuando lo considere necesario, la ejecución y supervisión de las obras públicas, suministro de bienes y servicios o consultoría; 6. Promover, establecer y fortalecer los mecanismos necesarios para prevenir, investigar, sancionar, y, en general, combatir la corrupción; y, 7. Las demás previstas en la ley en los reglamentos que emita el Tribunal.

C. Características del modelo

En España, el órgano supremo relacionado con el control externo de los activos públicos se denomina Tribunal de Cuentas y su función es la de fiscalizar en forma “permanente y consuntiva de la actividad económico-financiera del sector público”, y sus resultados se informan a las Cortes Generales o, según el caso, a los órganos legislativos (Asambleas Legislativas) de las Comunidades Autónomas o a las corporaciones municipales. Pero, además, este Tribunal -por tradición- asume funciones jurisdiccionales cuando sus atribuciones se extienden al “enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que incurran quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos”.⁸

El Tribunal Superior de Cuentas de Honduras tiene funciones de control de fondos públicos, análogas a los de una Contraloría General de la República. A pesar de su nombre, carece de funciones jurisdiccionales, propias de todo tribunal. En este orden de ideas, se asemeja al Tribunal Federal de Cuentas de Alemania o al Tribunal de Cuentas de la Unión Europea que se denominan tribunales y están organizados como tal, pero en ningún caso realizan funciones de naturaleza jurisdiccional.⁹

Un aspecto particular de este Tribunal estriba en que está facultado para Investigar, comprobar y determinar si hay indicios o no de enriquecimiento ilícito e imprimirle el trámite de ley al expediente. Si la propia ley declara que el enriquecimiento ilícito es un delito y está sometido a pena de reclusión, todo indica que serán los jueces penales los encargados del juzgamiento de tal delito, tras la investigación realizada por dicho Tribunal Superior de Cuentas.

8. Cfr. MEDINA GUIJARRO, Javier/ PAJARES GIMÉNEZ, José Antonio “La función de enjuiciamiento contable del Tribunal de Cuentas como su ‘propia jurisdicción’ en la historia y en la Constitución Española”, *Revista Española de Control Externo*, N.º27, Vol. 7, Madrid, 2005, p.49-60.

9. GARCÍA PALACIOS. Op. cit., p. 34.

VI. Nicaragua

El sistema del control externo, del examen, de la investigación y el enjuiciamiento de las cuentas de la República de Nicaragua se llevan a cabo por medio de la Contraloría General de la República.

A. Antecedentes

En Nicaragua, la primera Constitución, la autóctona de 1826, dentro del régimen federal, establece el control de la Asamblea Legislativa de las cuentas públicas, tal como expresa así mismo la Constitución Federal de la República de Centroamérica. Luego, en esta materia de control de cuentas y recursos estatales existen la Contaduría Mayor y la Dirección de Contabilidad del Gobierno, organismos dependientes del Ministerio de Hacienda. En 1899 se fusionan los dos organismos y al año siguiente comienza a operar el Tribunal Supremo de Cuentas de la República, nombre que cambia en 1930 a Tribunal de Cuentas, que es encargado de controlar, inspeccionar y fiscalizar a los fondos del Tesoro Nacional, con cierto grado de subordinación con dicho Ministerio, hasta que en 1966 logra su independencia. En 1979 se suprime este Tribunal y se crea la Contraloría General de la República con funciones de control y fiscalización de los bienes y los recursos del Estado y se expide por medio del Decreto N.º625 del 22 de diciembre de 1980 su ley orgánica. Una reforma a la Constitución Política de 1987 sujeta esta Contraloría General a la dirección de un órgano colegiado llamado Consejo Superior.¹⁰ Hoy, la Ley N.º 681, de 16 de junio de 2009, constituye la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del sistema de control de la Administración Pública y de la fiscalización de los bienes y los recursos del Estado.

10. Sobre el desarrollo detallado se puede consultar a GARCÍA PALACIOS. Op. cit., pp. 59-77.

B. Contraloría General de la República

En virtud de esta Carta Política, la Contraloría General de la República es el organismo superior del régimen de control de la Administración Pública y de fiscalización de los bienes y los recursos estatales.

1. Naturaleza del organismo

La Contraloría General de la República -expresa la Constitución y la ley- es un organismo independiente, sometido solamente al cumplimiento de la Constitución y las leyes; goza de autonomía funcional, administrativa y funcional. Es el organismo rector del sistema de control de la Administración Pública y de fiscalización de los bienes y los recursos del Estado. La Contraloría debe hacer públicos los resultados de sus investigaciones y cuando de estas se presuman responsabilidades penales, debe enviar su investigación a los tribunales de Justicia, bajo el apercibimiento de encubridor si no lo hiciera, de los delitos que posteriormente se determine cometieron los investigados.

La Contraloría General estaba dirigida por el contralor general de la República y el subcontralor general de la República, quienes respondían ante la Asamblea Legislativa; sin embargo, la reforma constitucional del 2000, para tales efectos creó el Consejo Superior, integrado por cinco miembros propietarios y tres suplentes, electos por la Asamblea Nacional para un período de cinco años, dentro del cual gozan de inmunidad. Las funciones de los miembros suplentes son para suplir única y exclusivamente las ausencias temporales de los miembros propietarios, quienes la ejercen por previa escogencia del miembro propietario a quien sustituyan. Así, “El Consejo Superior tiene dentro de sus facultades la dirección y organización de la institución, la programación y ejecución de todas las funciones que (...) competen a la Contraloría”. “Es decir, en términos generales, compete al Consejo Superior de la Contraloría la adopción de

las decisiones fundamentales relativas a las funciones asignadas a la Contraloría.¹¹

El presidente y el vicepresidente del Consejo Superior de la Contraloría General de la República son elegidos por los miembros de este Consejo Superior de entre ellos mismos, por mayoría de votos y por el período de un año, pudiendo ser reelectos. El presidente del Consejo Superior de la Contraloría General de la República o quien este designe de entre los miembros del Consejo, ha de informar de la gestión del organismo a la Asamblea Nacional cada año o cuando esta lo solicite.

2. Atribuciones y funciones

Para el texto constitucional, corresponde a la Contraloría General de la República: 1. Establecer el sistema de control que de manera preventiva asegure el uso debido de los fondos gubernamentales; 2. El control sucesivo sobre la gestión del Presupuesto General de la República; y 3. El control, examen y evaluación de la gestión administrativa y financiera de los entes públicos, los subvencionados por el Estado y las empresas públicas o privadas con participación de capital público.

En tanto, para el texto legal, la Contraloría General como organismo superior de control dotado de independencia y autonomía, con ámbito nacional, que tiene a su cargo la rectoría del sistema de control de la Administración Pública y fiscalización de los bienes y recursos del Estado; el examen y la evaluación, por medio de auditoría gubernamental, de los sistemas administrativos, contables, operativos y de información y sus operaciones, realizadas por las entidades y organismos públicos y sus servidores, sin excepción alguna; la expedición de regulaciones para el funcionamiento del sistema y la determinación de responsabilidades administrativas

11. *Ibidem*, p. 121.

y civiles, y hacer públicos los resultados de sus investigaciones y cuando de los estos se presumieran responsabilidades penales, deberá enviar su investigación a los Tribunales de Justicia.

Este organismo ejerce, además, las atribuciones y las funciones concretas: 1. Efectuar auditorías financieras, de cumplimiento, operacionales, integrales, especiales, informática, ambientales, forense, de gestión y de cualquier otra clase en las entidades y organismos sujetos a su control, ya sea individualmente o agrupados en el sector de actividad pública objeto de la auditoría de acuerdo con las Normas de Auditoría Gubernamental de Nicaragua; 2. Dictar políticas, normas procedimientos y demás regulaciones para el funcionamiento del control interno, la práctica de la auditoría gubernamental, interna o externa, la observancia de los principios de ética profesional de los funcionarios de la Contraloría General y de los auditores gubernamentales y el cumplimiento de las demás funciones que le confieren la Constitución Política de la República de Nicaragua y las leyes; 3. Fiscalizar la realización de proyectos de inversión pública, empleando las técnicas de auditoría y de otras disciplinas necesarias para lograr el control de cada una de sus fases; cuando considere necesario podrá calificar, seleccionar, y contratar firmas de contadores públicos independientes profesionales para la fiscalización de dichos proyectos; 4. Examinar y evaluar la correcta recaudación y manejo de los fondos públicos y llevar a cabo auditorías especiales con respecto a los ingresos, tributarios o no tributarios, de las entidades y organismos públicos, dictaminando en el caso de no existir base legal para el cobro de determinados ingresos, que se deje de recaudarlos; 5. Examinar, evaluar y recomendar las técnicas y procedimientos de control interno incorporados en los sistemas operativos, administrativos, de información, de tesorería, presupuesto, crédito público, compras y contrataciones de bienes, obras y servicios; 6. Evaluar y fiscalizar la aplicación de los sistemas de contabilidad gubernamental y de control de los recursos públicos; 7. Evaluar la ejecución presupuestaria de

las entidades y los organismos de la Administración Pública; 8. Formular recomendaciones para mejorar las operaciones y actividades de las entidades y organismos sujetos a su control; 9. Requerir a los respectivos funcionarios y empleados que hagan efectivo el cobro de las obligaciones a favor de las entidades y los organismos de la Administración Pública; 10. Examinar y evaluar el registro de los bienes del Estado que deberá ser llevado por cada una de las entidades y los organismos de la Administración Pública, y velar por el adecuado control y uso de los mismos; 11. Examinar y evaluar que se lleve una debida custodia de todos los documentos que acrediten posesión activa del Estado, tales como acciones, títulos de bienes inmuebles u otros documentos que acrediten garantías a favor del fisco; 12. Evaluar el uso de Recibos fiscales que son los que deberán extender las receptorías fiscales de la República; 13. Examinar la incineración o la destrucción de toda clase de especies fiscales, postales y monetarias; 14. Evaluar las emisiones de bonos estatales; 15. Aplicar la “Ley de Probidad de los Servidores Públicos”; 16. Establecer responsabilidades individuales administrativas, responsabilidades civiles, así como presumir responsabilidad penal; 17. Ordenar a la máxima autoridad de la institución correspondiente, la ejecución de sanciones administrativas, o aplicarlas si fuera el caso; y 18. Remitir de inmediato a conocimiento de los tribunales de Justicia, la Procuraduría General de la República y de la Fiscalía General de la República las conclusiones y todas las evidencias acumuladas, cuando de los resultados de la investigación de auditoría se presumieran responsabilidad penal; entre otras.

Los servidores públicos de las entidades y los organismos de la Administración Pública, son responsables ante el Estado de los perjuicios que causaren por el abuso, la negligencia o la omisión en el ejercicio del cargo. Así, el Consejo Superior de la Contraloría, basado en los resultados de la auditoría gubernamental o en procesos administrativos, puede determinar responsabilidades civiles, administrativas y presumir responsabilidad penal.

La Contraloría General de la República determina privativamente la responsabilidad civil cuando, como consecuencia de la auditoría de sus auditores, resulte un perjuicio económico ocasionado al Estado o a las entidades públicas, como resultado de la acción u omisión de los servidores públicos o de las personas naturales o jurídicas de Derecho Privado, relacionadas con el uso de fondos gubernamentales.

Este perjuicio se establece mediante glosas que se notifican a las personas afectadas y se les concede el plazo perentorio de treinta días más el término de la distancia para que las contesten y aporten las pruebas que sean pertinentes. Expirado el plazo, el Consejo Superior de la Contraloría General debe dictar la resolución de rigor dentro del plazo de treinta días hábiles. No se determinará responsabilidad civil cuando los actos o los hechos que la originen hayan dado lugar al inicio de acciones ante la justicia ordinaria.

La responsabilidad administrativa se establece sobre la base del análisis que tenga lugar acerca del grado de inobservancia de las disposiciones del ordenamiento jurídico relativas al asunto de que se trate y sobre el incumplimiento de las atribuciones, las facultades, las funciones, los deberes y las obligaciones que competen por razón de su cargo o de las estipulaciones contractuales y especialmente de aquellas referidas por la propia ley.

Los servidores que incurrieren en responsabilidad administrativa son sancionados por el Consejo Superior de la Contraloría General o la máxima autoridad, según sea el caso, con pena de multa de uno a seis meses del salario que estuvieren percibiendo a la fecha de realización de la incorrección o con la destitución de su cargo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar.

Cuando de los resultados de la auditoría gubernamental practicada por los auditores de la Contraloría General de la República se encuentran conductas que, de conformidad con lo preceptuado

por el Código Penal, se puedan presumir responsabilidades penales, se deben enviar la investigación respectiva a los tribunales de justicia.

C. Característica del modelo

La Contraloría General de la República se distingue porque no es un organismo cuya jefatura suprema sea unipersonal, es decir, esté regida por el contralor general, apoyado por un subcontralor general: su dirección está a cargo del órgano colegiado denominado Consejo Superior de la Contraloría General de la República. Este Consejo Superior es la autoridad superior del control de la Administración Pública y de la fiscalización de los bienes y los recursos del Estado, dirige su organización y su funcionamiento integral. Está formado por cinco miembros principales, quienes eligen un presidente, un vicepresidente y tres miembros, por mayoría de votos de todos los miembros y por el período de un año, con posibilidad de reelección.

En paralelo al control y la fiscalización de los recursos del Estado, tiene facultades jurisdiccionales para declarar la responsabilidad administrativa y civil de los servidores públicos, en los casos de conductas abusivas y negligentes vinculadas a los fondos del Estado, así como presentar las denuncias ante las autoridades penales cuando los hechos descubiertos se tipifiquen como delitos.

VII. Panamá

Hoy, en la República de Panamá, el control, la fiscalización y la auditoría de los fondos y los bienes públicos es de competencia de la Contraloría General de la República, mientras que la investigación y la decisión con referencia a los empleados y los agentes de manejo que hubieren lesionado el patrimonio público están subordinadas a la Fiscalía General de Cuentas y al Tribunal de Cuentas, respectivamente.

A. Antecedentes

Luego de la Independencia de España, en la República de Colombia, de la cual el Istmo de Panamá formó parte, se decide crear la Contaduría General de Hacienda en reemplazo del Tribunal de Cuentas colonial en materia de rendición de las cuentas de los empleados de manejo y de los juicios de cuentas. En 1824 se la sustituye la Contaduría General de Hacienda por la Dirección General de Hacienda y Rentas Nacionales. A raíz de la Constitución de la Nueva Granada de 1832 se restablece la Contaduría General de Hacienda como organismo dependiente del Poder Ejecutivo, para el examen, la glosa y el fenecimiento de las cuentas. En 1847 se constituye la Corte de Cuentas, dependiente del Poder Ejecutivo, con competencia para el examen y el fenecimiento de las cuentas de los responsables del Tesoro, pero fue reemplazada en 1851 por la Oficina General de Cuentas.

En el Estado de Panamá y Estados Soberano de Panamá, experimento federal por treinta años (1855-1885), funciona el Tribunal de Cuentas para Tribunal de Cuentas para el examen, la glosa y el fenecimiento de las cuentas, amparado por las normas constitucionales y legales adoptadas por esta entidad jurídico-política autónoma, que formó parte de la Nueva Granada, la Confederación Granadina y los Estados Unidos de Colombia, respectivamente.

Para la Federación colombiana, se instituye en 1857 la Oficial General de Cuentas, convertida en Corte de Cuentas tres años después y nuevamente en Oficial General de Cuentas en 1866. Desaparecido el régimen federal en 1886, doce años más tarde se restablece la Corte de Cuentas.

Con la separación de Colombia en 1903 y la constitución de la República de Panamá se instituye el Tribunal de Cuentas que mantuvo su vigencia hasta 1919 cuando el agente fiscal de la República, subordinado del presidente de la República, con funciones

de inspección del sistema de contabilidad, de intervenir en todas las cuentas y las reclamaciones de cualquier índole y de refrendar todos los libramientos autorizados por el secretario de Hacienda, suprimió dicho Tribunal y los asuntos de su competencia quedaron envueltos en las funciones de ese funcionario. En 1930 se erige una oficina de contabilidad y contraloría, denominada Contraloría General de la República, bajo la dirección de un funcionario público llamado contralor general de la República con funciones de establecer y llevar las cuentas del Gobierno Nacional, examinar y fiscalizar las deudas y los reclamos en contra o a favor del Gobierno Nacional, fijar las fechas y la forma de la rendición de cuentas, establecer y mantener un control efectivo sobre los bienes del Estado, examinar y revisar los libros, los registros, las cuentas del Tesoro Nacional, entre otras. Tras haber adquirido rango constitucional en las Cartas Políticas de 1941 y 1946, la Constitución de 1972, además de configurar la fisonomía de este ente estatal independiente en materia de control externo, fiscalización, auditoría o investigación de las operaciones de fondos y bienes públicos, radica en este organismo la Jurisdicción de Cuentas. Si bien la Ley 32 de 8 de noviembre de 1984, organiza dicha Jurisdicción, sus tribunales nunca fueron puestos en funcionamiento. En cambio, después de la invasión de los Estados Unidos de América en nuestro país, se crea la Dirección de Responsabilidad Patrimonial encomendada básicamente al juzgamiento de las causas relacionadas con la responsabilidad patrimonial ante el Estado que pudiere corresponder por los hechos irregulares cometidos por los empleados y los agentes de manejo o los empleados y los agentes de la fiscalización de fondos y bienes públicos, entre otras.

La reforma constitucional del 2004 prevé la organización del Tribunal de Cuentas como organismo con jurisdicción y competencia para el juzgamiento de los empleados y los agentes de manejo cuando surjan reparos formulados por de la Contraloría General de la República. En desarrollo de las normas constitucional se promulga la Ley 67 de 14 de noviembre de 2008, que desarrolla

la Jurisdicción de Cuentas y reforma la Ley 32 de 1984, orgánica de la Contraloría General.

B. Contraloría General de la República

La Contraloría General de la República es el organismo de control que está en primera línea en la protección y la defensa de la Hacienda Pública en la República de Panamá.

1. Naturaleza del organismo

Para la Constitución Política, Contraloría General de la República es un organismo estatal independiente, cuya dirección estará a cargo de un funcionario público que se denominará contralor general, secundado por un subcontralor, quienes serán nombrados para un periodo 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 periodo presidencial ordinario.

En desarrollo de la norma constitucional, la ley orgánica expresa que la Contraloría General es un organismo estatal independiente de carácter técnico, cuya misión es fiscalizar, regular y controlar los movimientos de los fondos y los bienes públicos, y examinar, intervenir y fenecer las cuentas relativas a estos fondos o bienes. La Contraloría llevará, además, la contabilidad pública nacional; prescribirá los métodos y los sistemas de contabilidad de las dependencias públicas, y dirigirá y formará la estadística nacional.

La acción de la Contraloría General se ejerce sobre todas las personas y los organismos que tengan a su cargo la custodia o el manejo de fondos o bienes del Estado, de los municipios, las juntas comunales, empresas estatales, entidades autónomas y semiautónomas, en el país o en el extranjero. También se ejerce esta acción sobre aquellas personas u organismos en los que tenga participación económica

el Estado o las entidades públicas y sobre las personas que reciban subsidio o ayuda económica de dichas entidades y sobre aquéllas que realicen colectas públicas, para fines públicos, pero tal acción será proporcional al grado de participación de dichos entes públicos. Se excluye de la acción de la Contraloría las organizaciones sindicales, las sociedades cooperativas y demás entidades cuya fiscalización, vigilancia y control sean de competencia, de acuerdo con disposiciones legales especiales, de otros organismos oficiales.

2. Atribuciones

Son funciones de la Contraloría General de la República, dice la Constitución Nacional, además de las que señale la ley, las siguientes: 1. Llevar las cuentas nacionales, incluso las referentes a las deudas interna y externa; 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; 5. Recabar de los funcionarios públicos correspondientes informes sobre la gestión fiscal de las dependencias públicas, nacionales, provinciales, municipales, autónomas o semiautónomas y de las empresas estatales; 6. Establecer y promover la adopción de las medidas necesarias para que se hagan efectivos los créditos a favor de las entidades públicas; 7. Demandar la declaratoria de inconstitucionalidad o de ilegalidad, según los casos, de las leyes y demás actos violatorios de la Constitución o de la ley que afecten

patrimonios públicos; 8. Establecer los métodos de contabilidad de las dependencias públicas; 9. Informar a la Asamblea Nacional y al Órgano Ejecutivo sobre el estado financiero de la Administración Pública y emitir concepto sobre la viabilidad y conveniencia de la expedición de créditos suplementales o extraordinarios; 10. Dirigir y formar la estadística nacional; 11. Nombrar a los empleados de sus departamentos de acuerdo con esta Constitución y la ley; 12. Presentar al Órgano Ejecutivo y a la Asamblea Nacional el informe anual de sus actividades; y 13. Presentar para su juzgamiento, a través del Tribunal de Cuentas, las cuentas de los agentes y servidores públicos de manejo cuando surjan reparos por razón de supuestas irregularidades.

Acorde a lo dispuesto en el artículo 96 de la Ley 67 de 14 de noviembre de 2008, los procesos de enriquecimiento injustificado que se iniciaron después de la entrada en vigencia de esa ley (15 de enero de 2009) son de competencia de la Contraloría General. El proceso administrativo por enriquecimiento injustificado es independiente del proceso por enriquecimiento injustificado que se tramite en la jurisdicción penal.

C. Tribunal de Cuentas

El Tribunal de Cuentas es la institución de rango constitucional, que fue incorporado a la Constitución Política por la reforma del 2004, con el fin de someter al proceso patrimonial a los empleados y los agentes de manejo cuando incurran en irregulares en las cuentas públicas, que impliquen menoscabo a los fondos o los bienes públicos.

1. Naturaleza del organismo

El Tribunal de Cuentas es el organismo de administración de justicia dotado de jurisdicción y competencia para juzgar a los empleados y los agentes cuando surjan reparos de la Contraloría General de la República en el manejo de las cuentas o los bienes públicos.

El Tribunal goza de independencia funcional, administrativa y presupuestaria. Su jurisdicción y su competencia se ejercen en todo el territorio nacional. Su sede: la ciudad de Panamá.

Se integra de tres magistrados de Cuentas, que cuentan con sus respectivos suplentes. Cada magistrado es nombrado por cada uno de los órganos principales del Estado, por un período de diez años, así: uno por el Órgano Legislativo, otro por el Órgano Ejecutivo y el tercero por la Corte Suprema de Justicia. Los primeros magistrados fueron designados de forma tal para garantizar en los subsiguientes períodos escalonados. El magistrado nombrado por el Órgano Legislativo tenía un período de diez años; el nombrado por el Órgano Ejecutivo, un período de ocho años y el nombrado por la Corte Suprema, un período de seis años. Así, al nombrarse a sus reemplazos, tal proceso implicó nombramientos que no coinciden en el tiempo y garantizan tal escalonamiento.

2. Competencia

La Competencia La Jurisdicción de Cuentas se ejerce de manera permanente en todo el territorio nacional y su esfera de competencia comprende el juzgamiento por las irregularidades, que impliquen apropiación, pérdida o menoscabo de los fondos y los bienes públicos, en vista de acciones u omisiones de todos aquellos servidores públicos o particulares que, en su caso, los reciban, los recauden, los manejen, los inviertan, los paguen, los administren, los cuiden, los custodien o los controlen, los aprueben, los autoricen, los paguen o los fiscalicen. La competencia versa en torno a las conductas irregulares de los empleados (servidores públicos) y los agentes de manejo (particulares: personas naturales o jurídicas), que lesionen el patrimonio público.

De acuerdo con el artículo 3 de la Ley 67 de 14 de noviembre de 2008, las causas sometidas a la Jurisdicción de Cuentas son: 1. Cuando surjan reparos en las cuentas que rindan los empleados de manejo ante la Contraloría General de la República, en razón

de la recepción, la recaudación, la inversión o el pago de fondos públicos, o de la administración, del cuidado, de la custodia, de la autorización, de la aprobación o del control de fondos o bienes públicos. 2. Cuando surjan reparos en las cuentas que rindan los agentes de manejo ante la Contraloría General de la República, con motivo de la recepción, la recaudación, la inversión o el pago de fondos públicos, o de la administración, del cuidado, de la custodia, de la autorización, de la aprobación o del control de fondos o bienes públicos. 3. Cuando surjan reparos en la administración de las cuentas de los empleados y los agentes de manejo, en razón de examen, auditoría o investigación realizada por la Contraloría General de la República de oficio o en vista de información o denuncia presentada por cualquier particular o servidor público. 4. Por menoscabo o pérdida, mediante dolo, culpa o negligencia, o por uso ilegal o indebido de fondos o bienes públicos recibidos, recaudados, pagados o confiados a la administración, cuidado, custodia, control, distribución, inversión, autorización, aprobación o fiscalización de un servidor público. 5. Por menoscabo o pérdida de fondos o bienes públicos, mediante dolo, culpa o negligencia, o por uso ilegal o indebido de dichos fondos o bienes, en una empresa estatal o mixta o en cualquier empresa en la que tenga participación económica el Estado o una institución autónoma o semiautónoma, municipio o junta comunal. 6. Por menoscabo o pérdida, mediante dolo, culpa o negligencia, o por uso ilegal o indebido de fondos o bienes públicos recibidos, recaudados, manejados o confiados a la administración, inversión, custodia, cuidado, control, aprobación, autorización o pago de una persona natural o jurídica. 4. Esta competencia gira en tono a todo hecho doloso, culposo, negligente, o en que medió uso ilegal o indebido por el empleado o el agente de manejo, que causó menoscabo o pérdida en perjuicio del patrimonio del Estado. Es decir, incluye cualquier conducta activa u omisiva, deliberada o culposa o negligente, del servidor público de manejo o del particular investido con la facultad de manejo, que produzca detrimento a las arcas o los bienes públicos, en función de los reparos u objeciones que formule la Contraloría General de

la República en su labor de establecer la corrección o incorrección en el manejo de los fondos y los bienes públicos o al examinar las cuentas rendidas.

Las disposiciones transcritas están enlazadas con los artículos 10, 1090, 1091 y 1092, del Código Fiscal de Panamá, relativos a la Hacienda Nacional, que aluden a la responsabilidad de los empleados y los agentes de manejo de bienes públicos, debido a su daño o pérdida, o fondos públicos, por razón de su pérdida. El artículo 10 prescribe: todas las personas que tengan a su cargo la administración de bienes nacionales serán responsables por su valor monetario en casos de pérdida o de daños causados por negligencia o uso indebido de tales bienes, aun cuando estos no hayan estado bajo el cuidado inmediato de la persona responsable al producirse la pérdida o el daño. De esta responsabilidad no se eximen a pesar de que aleguen haber actuado por orden superior al disponer de los bienes por cuyo manejo son directamente responsables, pero el empleado superior que haya ordenado la disposición será solidariamente responsable de la pérdida que la Nación hubiere sufrido a causa de su orden”. El artículo 1090 indica: todas las personas que tengan a su cuidado, o bajo su custodia o control fondos del Tesoro Nacional, son responsables de ellos y de todas las pérdidas que ocurran a causa de su negligencia o uso ilegal de tales fondos”. El artículo 1091 preceptúa: ningún empleado o agente de manejo podrá ser eximido de responsabilidad porque alegue haber actuado por orden superior al hacer el pago o disponer de fondos por cuyo manejo sea directamente responsable. El empleado superior que haya ordenado el pago o disposición de fondos será solidariamente responsable de la pérdida que el Estado hubiere sufrido a causa de su orden”. El artículo 1092, por su lado, dispone: ningún empleado o agente de manejo que reciba o pague, o tenga bajo su cuidado, custodia o control, fondos del Tesoro Nacional, será relevado de responsabilidad por su actuación en el manejo de tales fondos, sino mediante finiquito expedido por la Contraloría General de la República”.

Adicionalmente, el enlace se encuentra con los artículos 5, 6 y 7 del mismo Código, en cuanto a la Hacienda Municipal, dado que tienen aplicación supletoria. El artículo 5 dice: los municipios y las asociaciones de municipios tienen sus respectivas haciendas que se rigen, en cuanto a su organización, administración y disposición, por los acuerdos respectivos, dentro de los límites prescritos por la Constitución y la ley. El artículo 6 ordena: los acuerdos municipales deben subordinarse a las disposiciones que el Código Fiscal establece para la Hacienda Nacional en cuanto a empleados de manejo, formalidades para disponer a cualquier título de sus bienes, y fiscalización de su hacienda por la Contraloría General de la República, mientras tales disposiciones no se opongan a lo que sobre las mismas materias tiene establecido la ley sobre el régimen municipal. El artículo 7 exterioriza: las disposiciones de este Código, en las materias no especificadas anteriormente, tienen el carácter de supletorias para los municipios, las asociaciones de municipios y las entidades autónomas del Estado, en cuanto sean aplicables.

De todas estas disposiciones se desprende que el empleado o el agente de manejo que, por acción u omisión, cause daño al patrimonio público está obligado a repararlo. Esta responsabilidad es exigible por el Estado desde el momento en que se produjo la pérdida o el daño de sus bienes o la pérdida de sus fondos. Para el Estado surge inmediatamente una acción restitutiva y para el empleado o agente de manejo una obligación debidamente exigible.

3. Atribuciones

El Tribunal de Cuentas asume varias atribuciones, sea cuando recibe los reparos de la Contraloría General de la República, sea cuando el expediente esté en investigación en la Fiscalía General de Cuentas, sea cuando lo recibe en la fase intermedia, sea cuando lo tramite en la fase plenaria o cuando lo remite para la ejecución del fallo dictado al Ministerio de Economía y Finanzas.

Cuando el Tribunal de Cuentas recibe de la Contraloría General de la República el examen, el informe o la auditoría con los reparos a las cuentas de los empleados o de los agentes del manejo, su función es de mero trámite pues debe trasladarlos al Fiscal General de Cuentas para la investigación dentro de la Jurisdicción de Cuentas.

Mientras el expediente se encuentra en investigación en la Fiscalía General de Cuentas, el Tribunal a solicitud motivada del Fiscal General puede decretar medidas cautelares sobre todo o parte del patrimonio de la persona involucrada en la irregularidad, siempre que considere la existencia del *fumus boni iuris*, o sea, la apariencia de buen derecho, de modo que se observan en el expediente suficientes elementos de juicio sobre la lesión patrimonial en investigación que permiten a los magistrados dictar tales medidas mientras dure el proceso patrimonial y la existencia del *periculum in mora*, que consiste en el riesgo que por la tramitación del proceso la situación del patrimonio del investigado se modifique y deje insatisfechas las pretensiones del Estado en caso de una resolución de cargos.

En la etapa intermedia los magistrados de Cuentas deben, como asunto previo, establecer si el expediente ha cumplido con los trámites o las formalidades legales. Si hay vicios, el Fiscal General debe subsanarlos. Si hay un acuerdo celebrado entre el Fiscal General de Cuentas y la persona investigada referente a la restitución del bien o el pago del monto de la lesión patrimonial causada al Estado, tiene la función de aprobarlo o improbarlo, según se haya satisfecho o no pretensión del Estado. En caso de que no haya acuerdo y no existan vicios, dichos funcionarios deben proceder con una de las acciones subsiguientes: 1. La corrección, la ampliación o la complementación para los propósitos de perfeccionar la investigación. A este efecto, la Fiscalía General tiene el término de un mes para cumplir con lo dispuesto por el Tribunal de Cuentas. 2. El llamamiento a juicio a la persona o las personas investigadas cuando existan razones fundadas para ello. Este llamamiento a juicio se hace mediante la Resolución de Reparos, que debe contener el monto provisional

de la lesión patrimonial causada y la suma provisional de los intereses ocasionados. 3. El cierre y el archivo del expediente cuando las irregularidades investigadas sean infundadas. 4. El cese del procedimiento en contra de cualquiera de las personas investigadas cuando no se les deduzca responsabilidad alguna. Adicionalmente, el Tribunal debe ordenar medidas cautelares contra el patrimonio de los llamados a juicio consecuentes con el monto de la cuantía provisional establecida en la Resolución de Reparos dictadas para evitar que los resultados del proceso sean ilusorios. Además, debe recibir, tramitar y resolver el recurso de reconsideración contra la Resolución de Reparos.

En la etapa plenaria, el Tribunal tiene como funciones las siguientes: 1. Notificar a los procesados y al Fiscal General de Cuentas las resoluciones proferidas por el Tribunal; 2. Nombrar al defensor de ausente cuando se desconozca el paradero del procesado o no se logre notificar por los conductos diplomáticos si reside en el exterior; 3. Declarar la procedencia o la improcedencia de la solicitud o el incidente de levantamiento de las medidas cautelares y resolver el recurso de reconsideración; 4. Decidir sobre los asuntos incidentales que promuevan el Fiscal General de Cuentas o el procesado en la fase intermedia y en la fase plenaria; 5. Permitir la presentación de pruebas, admitirlas o rechazarlas y practicar las admitidas, así como valorarlas según las reglas de la sana crítica; 6. Practicar las pruebas, mediante auto para mejor proveer, que sean necesarias para aclarar las dudas razonables, esclarecer aspectos oscuros y establecer la verdad material; 7. Permitir la presentación de alegatos; 8. Realizar la audiencia cuando el procesado solicite que el proceso sea oral; 9. Admitir el recurso de reconsideración cuando se presente en tiempo oportuno; 10. Decidir en torno a los fundamentos del recurso de reconsideración interpuesto contra la resolución de reparos, la resolución de cargos o descargos; 11. Decidir sobre la responsabilidad o no de los procesados, motivando la resolución; 12. Actualizar los intereses del monto de la lesión

patrimonial; 13. Actualizar el monto de las medidas cautelares en función de la condena en la Resolución de Cargos; y 14. Guardar reserva de los procesos de cuentas.

Para que prospere la etapa de ejecución de la Resolución de Cargos, el Tribunal debe remitir copia de esta, al igual que la de las medidas cautelares dictadas, a la Dirección General de Ingresos del Ministerio de Economía y Finanzas y esta proceda a hacerla efectiva mediante los trámites del proceso por cobro coactivo. La ejecución entonces corresponde a una dependencia del Órgano Ejecutivo.

D. Fiscalía General de Cuentas

La Fiscalía de Cuentas, ahora Fiscalía General de Cuentas, es un organismo de mucha importancia en el esclarecimiento de los hechos y las circunstancias en el marco de la Jurisdicción de Cuentas, si se toma en cuenta que su misión es investigar en el ámbito de la propia Jurisdicción las irregularidades cometidas por los empleados o los agentes de manejo, cuando la Contraloría General de la República se ha circunscrito a su función constitucional de formular reparos a esos funcionarios o particulares, que tienen a su cargo fondos o bienes públicos.

1. Naturaleza del organismo

La Fiscalía General de Cuentas es un organismo -independiente en lo funcional, administrativo y presupuestario- coadyuvante del Tribunal de Cuentas: sus tareas radican en la investigación de las lesiones patrimoniales dentro de la Jurisdicción de Cuentas y la acusación en los procesos de cuentas.

Surge de la Ley 67 de 14 de noviembre de 2008, que instituyó la Fiscalía de Cuentas, que fue modificada por la Ley 81 de 2013, la cual denominó a esta entidad con el nombre de Fiscalía General de Cuentas, con sede en la ciudad de Panamá.

Sus funciones se ejercen en todo el territorio de la República de Panamá y está, bajo la responsabilidad de un fiscal de Cuentas, hoy fiscal general de Cuentas, nombrado, al igual que su suplente, por el Órgano Ejecutivo y ratificado por la Asamblea Nacional, siempre que cumpla los mismos requisitos que se le requieren a los magistrados de Cuentas.

2. Funciones

Entre las principales funciones de la Fiscalía General de Cuentas, al tenor de lo establecido por el artículo 26 de la Ley 67 de 14 de noviembre de 2008, modificado por el artículo 7 de la Ley 81 de 22 de octubre de 2013, se distinguen las siguientes: “1. Instruir la investigación patrimonial correspondiente, una vez la Contraloría General de la República formule reparos en las cuentas de los agentes y empleados de manejo o detecte irregularidades que afecten fondos o bienes públicos; 2. Practicar las pruebas y las diligencias que sean necesarias para comprobar o esclarecer los hechos contenidos en los reparos de las cuentas o en las investigaciones que haya realizado la Contraloría General de la República sobre irregularidades que perjudiquen fondos o bienes públicos; 3. Solicitar a la Contraloría General de la República cuando se 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 en el manejo de los fondos públicos o bienes públicos, así como la ampliación o la complementación del informe o de la auditoría que fundamentó los reparos; 4. Remitir al Tribunal de Cuentas, luego de concluida la investigación patrimonial, una Vista Fiscal en la cual explique razonadamente los motivos de hecho y de Derecho que justifiquen la medida procesal que recomiende; 5. Ejercer la acusación pública en la etapa plenaria del proceso patrimonial que se surta ante el Tribunal de Cuentas; 6. Asegurar que en la investigación se cumpla con la garantía del debido proceso de cuentas; 7. Promover las acciones cautelares ante el Tribunal de Cuentas; 8. Promover las acciones o los recursos

constitucionales o legales que sean procedentes de acuerdo con la ley; y 9. Dar aviso al Ministerio Público, si no lo ha hecho antes la Contraloría General de la República, de la posible comisión de delitos por el empleado o el agente de manejo, cuyas cuentas fueron objeto de reparos por parte de la Contraloría General de la República, o por cualquier persona o servidor público en contra de los fondos o bienes públicos”.

E. Características del modelo

En la República de Panamá, la Contraloría General de la República tiene facultades de examinar, intervenir y fenecer las cuentas públicas o de realizar inspecciones e investigaciones para determinar la corrección o incorrección de las operaciones que afecten patrimonios públicos.

En este sentido, sigue un modelo de control externo, supervisión y fiscalización de los fondos públicos, típico de las Contralorías Generales que conocemos y que se derivan del modelo anglosajón. Además, tales funciones también alcanzan los bienes públicos. Pero, en caso de enriquecimiento injustificado, la Contraloría General es el órgano competente para iniciar y tramitar el proceso administrativo correspondiente. En el proceso penal por el mismo hecho, incumbe la investigación al Ministerio Público y la tramitación al Órgano Judicial.

Si como consecuencia de esas actividades de la Contraloría hubiere reparos, el contralor general de la República debe remitir sus hallazgos al Tribunal de Cuentas para que se active la Jurisdicción de Cuentas con el proceso patrimonial correspondiente y al Ministerio Público a los efectos de la investigación por la comisión de delito contra la Administración Pública. En cuanto a la lesión contra el patrimonio del Estado, el Tribunal de Cuentas debe adelantar el proceso correspondiente, luego de la investigación que, dentro del marco de la Jurisdicción, ha llevado a cabo la Fiscalía General de Cuentas.

En este orden de ideas, el Tribunal de Cuentas panameño se distingue del modelo hondureño porque el Tribunal Superior de Cuentas de ese país, si bien debe investigar, comprobar y determinar si hay indicios o no de enriquecimiento ilícito e imprimirle el trámite de ley al expediente, carece de facultades jurisdiccionales: solo tiene funciones del control externo de los fondos públicos. Se diferencia del modelo salvadoreño porque la Corte de Cuentas de El Salvador asume los roles de control, fiscalización y enjuiciamiento, en tanto el Tribunal de Cuentas panameño solo tiene atribuciones jurisdiccionales. En cambio, muestra cierta similitud con el modelo guatemalteco en que las irregularidades se radican en las oficinas públicas encargadas de administrar justicia de cuentas, con la diferencia en que allá se trata de instituciones especializadas ubicadas dentro del Órgano Judicial y acá de instituciones que no son parte del Órgano Judicial y mantiene independencia funcional. En Guatemala no existe organismo a cargo de la acción de cuentas dentro de dicho Órgano. En Panamá, se instituyó la Fiscalía General de Cuentas dentro de la Jurisdicción de Cuentas para que ejerza la investigación y la acusación. En Guatemala, el proceso se tramita en dos instancias: la primera en los Juzgados de Cuentas y la segunda en el Tribunal de Cuentas; en Panamá, el proceso se surte en única instancia. En Guatemala, la resolución de segunda instancia admite el recurso de casación ante la Corte Suprema de Justicia; en Panamá, la resolución de segunda instancia admite la acción contenciosa administrativa (de plena jurisdicción o de nulidad).

En síntesis: en Panamá son tres organismos los que están sincronizados en el sistema constitucional y legal del control y del juzgamiento de las irregularidades en el manejo de los fondos y los bienes públicos: la Contraloría General de la República, el Tribunal de Cuentas y la Fiscalía General de Cuentas. Para que intervenga la Jurisdicción de Cuentas, es menester que la

Contraloría General realice sus funciones y encuentre reparos en la actividad de los empleados y los agentes de manejo, al tenor de sus mandatos. Así, el Tribunal de Cuentas tiene la competencia en los procesos por las irregularidades contables de los empleados y los agentes de manejo, pero la Contraloría General conserva la competencia en los procesos administrativos del enriquecimiento injustificado en que incurra cualquier servidor público. El delito por el enriquecimiento injustificado es juzgado por los jueces y los magistrados del Órgano Judicial.

Bibliografía

ANAYA RÍOS, José Luis/ ANAYA RÍOS, Miguel Ángel. “Los modelos de control externo de la fiscalización. Inglaterra y Francia como referentes en México [1]”, en revista *Agenda* |012.019, N.º 24, año 4, ORFIS, Órgano de Fiscalización Superior del Estado de Veracruz, Xalapa, septiembre-octubre, 2018.

GARCÍA PALACIOS, Omar A. *La Contraloría General de la República y el control externo en el estado democrático nicaragüense*. 1.ª edición, Universidad Centroamericana, Managua, 2006.

MEDINA GUIJARRO, Javier/ PAJARES GIMÉNEZ, José Antonio “La función de enjuiciamiento contable del Tribunal de Cuentas como su ‘propia jurisdicción’ en la historia y en la Constitución Española”, *Revista Española de Control Externo*, N.º 27, Vol. 7, Madrid, 2005.

VARGAS VELARDE, Oscar.

El Tribunal de Cuentas. 2.ª edición, editado por el Tribunal de Cuentas, Panamá, 2014.

El Tribunal de Cuentas desde el Estado de Panamá (1855) hasta la República de Panamá en nuestros días (2015). Editado por el Tribunal de Cuentas, Panamá, 2015.

Legislación

COSTA RICA

Constitución Política de la República de Costa Rica. 1949.

Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. Ley N.º 7428, de 7 de septiembre de 1994, modificada por Ley de Control Interno, N.º 8292, de 31 de julio del 2002, Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, N.º 8131, de 18 de septiembre del 2001, Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, N.º 8422, de 6 de octubre de 2004, Ley N.º 8508, de 28 de abril de 2006, Código Procesal Contencioso-Administrativo y Ley de Fortalecimiento del control presupuestario de los órganos desconcentrados del Gobierno Central, N.º 9524, de 7 de marzo de 2018.

EL SALVADOR

Constitución Política de la República de El Salvador. 1983

Ley de la Corte de Cuentas de la República. Decreto N.º 438 del 31 de agosto de 1995, modificado por el Decreto Ley N.º 84 (D.O. N.º 184, Tomo N.º 349, del 3 de octubre del 2000, el Decreto Ley N.º 998 (D.O. N.º 239, tomo N.º 357, del 18 de diciembre de 2002), el Decreto Ley N.º 1147 (D.O. N.º 46, tomo N.º 358, del 10 de marzo de 2003), el Decreto Ley N.º 151 (D.O. N.º 193, Tomo N.º 361, del 17 de octubre de 2003) y el Decreto Ley N.º 548 (D.O. N.º 233, tomo N.º 413, del 14 de diciembre de 2016).

GUATEMALA

Constitución Política de la República de Guatemala. 1985.

Ley del Organismo Judicial. Decreto 2-89, reformado por el Decreto Ley 64-90, el Decreto Ley 11-93, el Decreto 18-93, el Decreto Ley 64-90, el Decreto Ley 75-90 y el Decreto Ley 112-97.

Orgánica del Tribunal de Cuentas. Decreto N.º 1126, de 29 de noviembre de 1956, modificado por el Decreto N.º 31.2002, de 127 de julio de 2002.

Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas. Decreto del Congreso Nacional, N.º 31-2002, de 5 de junio del 2002, modificado por modificado por el Decreto N.º 13-2013, de 12 de noviembre de 2013.

Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas. Acuerdo Gubernativo N.º318-2003, de 19 de mayo de 2003.

HONDURAS

Constitución Política de la República de Honduras. 1982.

Ley Orgánica del Tribunal Superior de Cuentas. Decreto N.º 10-2002-E, de 5 de diciembre 2002. Reformado por el Decreto N.º 134-2011, de 30 de agosto de 2011 y el Decreto N.º 145-2019, de 23 de diciembre de 2019.

Reglamento General de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Cuentas. Acuerdo Administrativo N.º 003-2021-TSC, de 14 de septiembre de 2021. (La Gaceta N.º 35,727. Diario Oficial de la República de Honduras. Tegucigalpa, 24 de septiembre de 2021).

NICARAGUA

Constitución Política de la República de Nicaragua. 1987.

Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del sistema de control de la Administración Pública y fiscalización de los bienes y recursos del Estado. Ley N.º 681, de 16 de junio de 2009.

PANAMÁ

Constitución Política de la República de Panamá. 1972.

Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas. Ley 67 de 14 de noviembre de 2008.

Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. Ley 32 de 8 de noviembre de 1984.

El Proceso de Cuentas en la legislación panameña

Por: Álvaro L. Visuetti Zevallos*

I. Introducción

El origen del Tribunal de Cuentas de la República de Panamá lo encontramos en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción¹, aprobada el 31 de octubre de 2003. El instrumento internacional que cumplió 20 años en octubre del 2023, prevé entre sus finalidades “Promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos”² y la necesidad de crear Autoridades especializadas en Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, disponiendo “de uno o más órganos o personas especializadas en la lucha contra la corrupción mediante la aplicación coercitiva de la ley”.³

De lo anterior se hizo eco el constitucionalista en el proceso de reforma a la Carta Fundamental del Estado Panameño en 2004, al establecer en el Capítulo 4º, Título IX La Hacienda Pública,

* Magistrado Presidente del Tribunal de Cuentas de la República de Panamá

1. Ratificada por la República de Panamá el 23 de septiembre de 2005 e incorporada a su legislación mediante la Ley 15 del 10 de mayo de 2005, publicada en la Gaceta Oficial N°25296 de 11 de mayo de 2005.

2. Literal c) del artículo 1

3. Artículo 36

artículo 281, que el Tribunal de Cuentas tiene competencia y jurisdicción nacional, para juzgar las cuentas de los agentes y empleados de manejo, cuando surjan reparos de estas por razón de supuestas irregularidades.

II. Naturaleza jurídica

La Ley 67 de 2008 no precisa de forma diáfana cuál es la naturaleza jurídica de nuestra jurisdicción. Existen posiciones encontradas a partir de la interpretación que su antecesora, esto es, la Dirección de Responsabilidad Patrimonial adscrita a la Contraloría General de la República, desarrollaba el proceso de cuentas conforme al Derecho Administrativo Sancionador y el declarado responsable patrimonialmente podía ejercer la acción correspondiente ante la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia para la revisión de su causa.

Ahora bien, el artículo 66 de la ley 67 deja a discrecionalidad del Tribunal Colegiado la aplicación de “la Ley 38 de 2000 o las disposiciones procesales que sean aplicables, según el caso, siempre que sean acordes a la naturaleza del proceso de cuentas” para suplir los vacíos legales.

Se infiere que la alusión a la Ley 38 de 2000, que regula el Procedimiento Administrativo General y dicta disposiciones especiales, es un resabio que el legislador dejó inserto en la Ley que desarrolla la Jurisdicción de Cuentas pues, conforme al artículo 37 de aquella, las disposiciones que contiene sólo resultan aplicables a “procesos administrativos” que se llevan a cabo en “cualquier dependencia estatal”, esto es, la “administración central, descentralizada o local”.

Si se tiene en consideración que las funciones desarrolladas por el Tribunal de Cuentas, como lo es administrar justicia patrimonial en un proceso en el cual el objeto del resarcimiento por parte de los empleados o agentes de manejo declarados responsables de

la lesión al Estado, recae precisamente sobre sus bienes, y siendo precisamente que el fundamento legal que sustenta la creación del Tribunal lo encontramos en el artículo 281 de la Constitución Política, que lo define como un ente autónomo e independiente, consideramos que no tiene la categoría de una dependencia estatal en los términos que señala el citado artículo 37 de la Ley 38 de 2000.

Por ello, somos del criterio que se trata de una jurisdicción muy sui generis, con una naturaleza jurídica híbrida: constitucional y patrimonial, a la que sirve como norma supletoria para el desarrollo del proceso las disposiciones procesales que sean acordes a la naturaleza del proceso de cuentas, es decir, las que regulan el procedimiento civil que versan sobre el patrimonio, instituidas en el Libro II del Código Judicial.

III. De los sujetos que intervienen en el proceso por responsabilidad patrimonial.

En el caso de Panamá, el proceso de cuentas inicia con la actividad de la entidad fiscalizadora superior, esto es, por los reparos realizados por la Contraloría General de la República, a quien le compete presentar los reparos por razón de supuestas irregularidades cometidas por los servidores públicos y agentes de manejo en perjuicio del Estado.

Los sujetos procesales de nuestra jurisdicción son: la Fiscalía General de Cuentas, el Estado, los empleados y agentes de manejo, la Defensa Técnica y los terceros afectados.

1. Fiscalía General de Cuentas

Una nota característica de la Jurisdicción de Cuentas es que la ley 67 de 2008 creó un ente auxiliar que es la Fiscalía General de Cuentas, con competencia a nivel nacional para investigar los reparos hechos por la Contraloría General de la República.

A diferencia del proceso seguido en la antigua Dirección de Responsabilidad Patrimonial, que era eminentemente inquisitivo, actualmente prima el principio de separación de funciones. La intención del legislador es inequívoca al establecer que los reparos realizados por la Contraloría General sean investigados por la Fiscalía General de Cuentas y la competencia para su juzgamiento le corresponde al Tribunal de Cuentas, garantizando el Debido Proceso a las partes al ser investigado con objetividad por una autoridad competente distinta de la responsable del juzgamiento, descansando la decisión de la causa en un Tribunal colegiado, independiente e imparcial.

2. El Estado

Cada lesión patrimonial en sí misma es también un acto de corrupción que trae consigo la falta de recursos que el Estado puede emplear para los fines de las políticas públicas de seguridad alimentaria, salud, educación, vivienda y empleo, esenciales para satisfacer las necesidades de la sociedad panameña. Por ello la importancia de contar con esta jurisdicción especializadas que mediante la aplicación coercitiva de la ley permite el retorno de los bienes y fondos públicos al Erario.

3. Los empleados y agentes de manejo

La Ley 67 en su artículo 2 define como empleado de manejo a todo servidor público que reciba, recaude, maneje, administre, invierta, custodie, cuide, controle, apruebe, autorice, pague o fiscalice fondos o bienes públicos, mientras que se considera agente de manejo a toda persona natural o jurídica que reciba, recaude, maneje, administre, invierta, custodie, cuide, controle, apruebe, autorice o pague por cualquier causa fondos o bienes públicos.

4. La Defensa técnica

Desde el primer momento en que la Fiscalía General cita a un servidor público en su condición de empleado de manejo o a un

particular o persona jurídica como agente de manejo para recibirle declaración libre de apremio y juramento, éstos se pueden hacer asistir de un abogado para ejercer el Derecho de Defensa.

No se cuenta con patrocinio judicial gratuito más si se tiene establecido por ley que el Tribunal de Cuentas garantiza el derecho a contar con un Defensor de Ausente en el evento que se dicte un llamamiento contra alguna persona que no haya comparecido a la causa.

5. Tercero afectado

Es posible que en el ejercicio de la acción de cuentas se decreten medidas cautelares que afecten el patrimonio de terceras personas que no son parte del proceso, evento en el cual a través de incidentes puede solicitar al Tribunal de Cuentas la desafectación de los bienes de su propiedad.

IV. Las fases del proceso

Son tres las fases del proceso: investigación, intermedia y plenario, que brevemente pasamos a explicar.

1. La Fase de Investigación

Está a cargo de la Fiscalía General de Cuentas a quien compete instruir la investigación patrimonial correspondiente, una vez la Contraloría General de la República formule reparos en las cuentas de los agentes y empleados de manejo o detecte irregularidades que afecten fondos o bienes públicos.

Para la comprobación de la lesión patrimonial, se lleva a cabo la recolección de elementos de convicción como son las pruebas documentales, testimoniales y periciales.

Principalmente la Fiscalía lleva a cabo las entrevistas o declaraciones libre de apremio y juramento receptadas a los empleados o agentes

de manejo mencionados en los reparos de la Contraloría General y a aquellos que del ejercicio de la actividad investigadora surja una posible vinculación, garantizando con ello el Derecho de Defensa a través de sus descargos.

La Fiscalía ejerce en nombre del Estado la acción de cuentas, más no tiene facultades legales para iniciar una investigación de manera oficiosa. Cuando tenga conocimiento por cualquier medio de la comisión de un hecho irregular que afecte fondos o bienes propiedad del Estado, así lo hará saber a la Contraloría General de la República para solicitarle el examen de cuentas 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, entre otras.

En esta primera fase del proceso, la Agencia de Instrucción puede solicitar medidas cautelares con el fin de garantizar las resultas del proceso, para lo cual deberá hacerlo por escrito debidamente motivado en el cual se expongan las razones de hecho y de derecho que fundamente la pretensión, con la debida identificación de los bienes muebles o inmuebles que posea el investigado, así como cuentas bancarias, entre otros.

Concluida la investigación, le corresponde al ente investigador emitir la Vista Fiscal en la cual debe explicar razonadamente los motivos de hecho y de Derecho que justifiquen la medida procesal que recomienda: 1. Llamamiento a juicio a la persona o a las personas investigadas cuando existan razones fundadas para ello. 2. Cierre y archivo del expediente cuando las irregularidades investigadas sean infundadas; o, 3. Cese del procedimiento en contra de cualquiera de las personas investigadas cuando no se deduzca responsabilidad alguna.

Es oportuno señalar que la Agencia de Instrucción debe emplear los métodos alternos de solución de conflicto que prevé la Ley 67,

en este caso, es el acuerdo de pago por el monto total de la presunta lesión patrimonial. Siendo que, uno de los requisitos que debe contener la Vista Fiscal es establecer la cuantificación concreta de la lesión patrimonial causada al Estado, en ese momento procesal la Fiscalía puede instar a la parte a realizar el pago de la totalidad del monto de la presunta lesión patrimonial que se le atribuye y con ello dar por finalizado el proceso, sin necesidad de judicializar de la causa. De no llegarse a un acuerdo y proseguir la causa hasta dictar una decisión de cargos, se procede a un incremento de la lesión patrimonial con un interés de hasta un uno por ciento computado a partir de la ocurrencia de la lesión hasta la fecha en la cual se dicta la Resolución de Cargos.

El acuerdo de pago entre la Fiscalía y el investigado debe ser aprobado por el Tribunal de Cuentas para su validez, lo cual hará constar en un Auto debidamente motivado en el que declarará el cierre y archivo por pago y el dinero será ingresado a la cuenta del Tesoro Nacional.

2. La fase intermedia

Esta segunda fase inicia con la calificación de la vista fiscal por parte del Tribunal de Cuentas, con la potestad de, si lo estima necesario, ordenar la ampliación del plazo de investigación para agotar aquellas diligencias que estime importantes para el esclarecimiento del hecho. En caso de encontrar suficientes elementos de convicción que sustenten la recomendación fiscal de apertura de causa así lo hará saber a través de una Resolución de Reparos o bien, puede ordenar el cese o el cierre del expediente, como se dejó expuesto.

Es importante señalar que la Resolución de Reparos es la única susceptible de ser recurrida en esta fase del proceso, lo que obedece al diseño que el legislador previó para el proceso de cuentas de única instancia y sumario. Recuérdese que lo que se pretende es retornar los bienes o fondos públicos al Tesoro Nacional.

Por otra parte, nada impide que la Fiscalía General y las partes, de encontrar evidencias que sustenten la violación del Debido Proceso, puedan ejercer la acción de amparo de garantías fundamentales ante el Pleno de la Corte Suprema de Justicia contra las decisiones dictadas por el Tribunal de Cuentas al cierre de la fase intermedia.

3. La fase plenaria

Al quedar ejecutoriada la Resolución de Reparos, se da paso al plenario que se conforma de la práctica de pruebas y la decisión de la causa.

Son cuatro etapas en las cuales se desarrolla la actividad probatoria: en la primera, las partes aducen pruebas; la segunda para aportar contrapruebas; luego, en la tercera etapa se objetan las pruebas y contrapruebas. Las tres primeras etapas se desarrollan por escrito y la cuarta etapa, que es la práctica de prueba se realiza durante treinta días hábiles con la concurrencia del Magistrado ponente del caso y personal de secretaría, la Fiscalía General y la defensa técnica de los procesados, realizándose la recepción de pruebas testimoniales y diligencias de reconocimiento de documentos, actos que se desarrollan bajo los principios de inmediación, concentración y contradicción.

La Fase plenaria finaliza con la Resolución de Cargos o Descargos: la primera cuando se encuentren debidamente acreditada la lesión patrimonial por parte del empleado o agente de manejo, estableciéndose el tipo de responsabilidad que puede ser de tipo directa y/o solidaria. En sentido contrario, la Resolución de Descargos conlleva la absolución.

Contra las Resoluciones de Cargos y Descargos procede el recurso de reconsideración ante el Tribunal de Cuentas o la Acción Contencioso-administrativa ante la Sala Tercera de la Corte

Suprema de Justicia, que debe interponerse en el transcurso de dos meses, contados a partir de la notificación a la parte que ejerce el derecho a recurso.

Al declarado responsable de haber causado la lesión al Estado se le sanciona con el monto de la lesión patrimonial, incrementada hasta en un uno por ciento de interés, calculado desde la fecha en que se dio la lesión hasta el momento en el que se dicta la Resolución de Cargos.

Tanto la Resolución de Cargos como la de Descargos quedarán ejecutoriadas en el supuesto que haya transcurrido el plazo de dos meses sin que se haya presentado el mencionado recurso de reconsideración o la acción contencioso-administrativa que prevé la Ley 67 de 2008.

IV. Una especial consideración: la Acción Contencioso-administrativa contra la Resolución de Cargos o Descargos

Vale indicar que además del recurso de reconsideración, la Ley 67 de 2008 dedica la Sección 6ª del Capítulo III a la Acción Contencioso-administrativa, que le da competencia a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia para conocer la impugnación de la Resolución de Cargos o de Descargos “mediante la acción contencioso-administrativa que corresponda.”

En el caso de la Resolución de Descargos, si la Sala Tercera declara la ilegalidad “debe establecer la responsabilidad que le corresponde al procesado, de acuerdo con las disposiciones de la Ley 67, es decir, la responsabilidad directa y/o solidaria. La decisión de la Sala Tercera trae consigo importantes consecuencias porque implica dejar sin efecto la decisión del Tribunal de Cuentas como si se tratara de una suerte de segunda instancia, lo cual el legislador no previó para este proceso.

En la práctica, las acciones interpuestas ante la Sala Tercera, en promedio, son decididas en un término de aproximadamente tres años, lo que obedece al alto número de procesos que se ventilan en esa Sala de la Corte Suprema de Justicia que, además de su competencia por la materia, forma parte del Pleno de la Corte Suprema de Justicia conociendo de las acciones de inconstitucionalidad y amparos de garantías fundamentales, por mencionar algunas.

Consideramos que es importante que sea el Tribunal de Cuentas, en su autonomía, quien tenga la competencia única y exclusivamente para conocer a través de un recurso horizontal la impugnación de las decisiones que ponen fin al proceso y con ello también lograr la eficiencia y eficacia del proceso de única instancia y sumario.

V. La ejecución de la Resolución de Cargos por la Dirección General de Ingresos.

Otra peculiaridad del proceso de cuentas es que al quedar ejecutoriada la Resolución de Cargos, el Tribunal de Cuentas declina la competencia ante la Dirección General de Ingresos del Ministerio de Economía y Finanzas que lleva a cabo la fase de ejecución.

Nuevamente, es otra autoridad la que realiza una tarea que debe ser propia del Tribunal de Cuentas. La fase de la ejecución de la responsabilidad patrimonial está en manos de la Dirección General de Ingresos por disposición del legislador, siendo la autoridad competente para hacer cumplir lo decidido por el Tribunal de Cuentas a través de un proceso por cobro coactivo, dentro de los plazos y tiempos de esa jurisdicción que no sólo ve la materia de la ejecución de las resoluciones definitivas del juicio de cuentas, trayendo consigo la misma situación que hemos detallado respecto de las acciones que se interponen ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

Señala la ley que una vez ejecutada la Resolución de Cargos, la Dirección General de Ingresos le informará al Tribunal de Cuentas los resultados del proceso de ejecución.

Consideramos que es necesario reformar la ley en el sentido de trasladar la competencia de la fase de ejecución de la Dirección General de Ingresos a la figura del Juez o Alguacil Ejecutor dentro de la Jurisdicción de Cuentas, de forma tal que se acorten los plazos para hacer cumplir la decisión que pone fin al proceso de cuentas.

VI. A manera de Conclusión

El proceso de cuentas diseñado por el legislador panameño es sumario, de única instancia, con medios de impugnación puntuales contra las resoluciones que afectan garantías fundamentales y con un plazo de prescripción de diez años que permite al Estado lograr el objetivo del retorno de los fondos y bienes públicos a los cuales se les dio un destino diferente para los que fueron aprobados por el Estado, en un plazo razonable.

Cada lesión patrimonial trae consigo la falta de recursos que el Estado puede emplear para los fines de las políticas públicas de seguridad alimentaria, salud, educación, vivienda y empleo, entre otros objetivos del desarrollo sostenible. He ahí la importancia de la Jurisdicción de Cuentas y la labor que viene desarrollando el Tribunal de Cuentas a quince años de su creación, como entidad especializada en la lucha contra la corrupción mediante la aplicación coercitiva de la ley y la promoción de la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos.