

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 077

Panamá, 28 de enero de 2021

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Nulidad.**

**Concepto de la Procuraduría
de la Administración.**

El Licenciado Guido Alejandro Rodríguez Lugari, actuando en su condición de **Fiscal General de Cuentas**, solicita que se declare nulo, por ilegal, el Auto 117-2019 Incidente de 30 de abril de 2019, emitido por el **Tribunal de Cuentas**.

Honorable Magistrado Presidente de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia.

Acudo ante usted de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 5 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, con la finalidad de intervenir en interés de la ley en el proceso descrito en el margen superior.

A. Consideraciones previas en torno a la defensa de los intereses del Estado Panameño:

La Procuraduría de la Administración actúa dentro de la presente acción, en interés de la ley. No obstante, es necesario destacar que al Ministerio Público, en ejercicio de la primera responsabilidad o atribución que le confiere el artículo 220 de la Constitución Política de la República de Panamá, le corresponde defender los intereses del Estado o del Municipio.

La Procuraduría de la Administración, como institución integrada al Ministerio Público, que ejerce sus competencias a nivel nacional, de acuerdo a lo establecido en la Ley 38 de 2000, que aprueba su Estatuto Orgánico, tiene entre otras funciones, la de promover y defender el Estado de Derecho, fiscalizando el cumplimiento de la Constitución Política, las leyes, las sentencias judiciales y las disposiciones administrativas; coadyuvar a que la Administración Pública

desarrolle su gestión con estricto apego a los principios de legalidad, calidad, transparencia, eficiencia, eficacia y moralidad en la prestación de los servicios públicos; y defender los intereses nacionales y municipales.

De un análisis de los antecedentes del presente negocio jurisdiccional, surgen elementos que no dejan de preocupar a quienes tenemos la obligación jurídica de defender los intereses del Estado Panameño, lo que se traduce en los intereses de toda la colectividad, especialmente en cuanto al manejo de los fondos públicos, los cuales deben redituarse en beneficio de la sociedad.

La afectación de los dineros públicos constituye un acto flagrante de corrupción, el cual es combatido como una prioridad de manera internacional. Ante tal situación, la Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible, aprobada por la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, celebrada en Johannesburgo (Sudáfrica) de 26 de agosto al 4 de septiembre de 2002, en particular en su párrafo 19, declaró que la corrupción representaba una amenaza para el desarrollo sostenible de la población.

Dentro del marco de la Organización de las Naciones Unidas, se logró la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada en la ciudad de Nueva York, el 31 de octubre de 2003, de la cual la República de Panamá es signataria desde el 10 de diciembre de 2003, siendo ratificado mediante la Ley 15 de 2005, establece como principio:

“Artículo 5. Políticas y prácticas de prevención de la corrupción 1. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, formulará y aplicará o mantendrá en vigor políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas.” (Lo resaltado es nuestro).

La referida normativa señala, a propósito de la normativa referente a las contrataciones públicas, lo siguiente:

“Artículo 9. Contratación pública y gestión de la hacienda pública 1. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, **basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción.** Esos sistemas, en cuya aplicación se podrán tener en cuenta valores mínimos apropiados, deberán abordar, entre otras cosas: a) La difusión pública de información relativa a procedimientos de contratación pública y contratos, incluida información sobre licitaciones e información pertinente u oportuna sobre la adjudicación de contratos, a fin de que los licitadores potenciales dispongan de tiempo suficiente para preparar y presentar sus ofertas; b) La formulación previa de las condiciones de participación, incluidos criterios de selección y adjudicación y reglas de licitación, así como su publicación; **c) La aplicación de criterios objetivos y predeterminados para la adopción de decisiones sobre contratación pública a fin de facilitar la ulterior verificación de la aplicación correcta de las reglas o procedimientos;** d) Un mecanismo eficaz de examen interno, incluido un sistema eficaz de apelación, para garantizar recursos y soluciones legales en el caso de que no se respeten las reglas o los procedimientos establecidos conforme al presente párrafo; e) Cuando proceda, la adopción de medidas para reglamentar las cuestiones relativas al personal encargado de la contratación pública, en particular declaraciones de interés respecto de determinadas contrataciones públicas, procedimientos de preselección y requisitos de capacitación. 2. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará medidas apropiadas para promover la transparencia y la obligación de rendir cuentas en la gestión de la hacienda pública. Esas medidas abarcarán, entre otras cosas: a) Procedimientos para la aprobación del presupuesto nacional; b) La presentación oportuna de información sobre gastos e ingresos; c) Un sistema de normas de contabilidad y auditoría, así como la supervisión correspondiente; d) Sistemas eficaces y eficientes de gestión de riesgos y control interno; y **e) Cuando proceda, la adopción de medidas correctivas en caso de incumplimiento de los requisitos establecidos en el presente párrafo.** 3. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios

fundamentales de su derecho interno, adoptará las medidas que sean necesarias en los ámbitos civil y administrativo para preservar la integridad de los libros y registros contables, estados financieros u otros documentos relacionados con los gastos e ingresos públicos y para prevenir la falsificación de esos documentos.”

De los hallazgos señalados en el Informe de la Auditoría 05-10-2015-DIAF de 14 de septiembre de 2015, elaborado por la Contraloría General de la República, relacionado con el Contrato de Obra DAL-003-2012, *correspondiente al Diseño y Construcción del Proyecto Integral y Multipropósito de 12 de marzo de 2012, para el Desarrollo Agropecuario del Valle de Tonosí, provincia de Los Santos, suscrito entre el Ministerio de Desarrollo Agropecuario y la empresa Hidalgo & Hidalgo, S.A.*, emergen elementos que deben ser considerados y debatidos en debida forma, a través del cumplimiento de las garantías constitucionales y judiciales, dentro de la jurisdicción de cuentas.

El Contrato en mención se suscribió por un monto total de ciento cincuenta y cinco millones ochenta y cuatro mil seiscientos dieciséis balboas con treinta y un centésimos (B/.155,084,616.31), de los cuales, la empresa contratista recibió en concepto de anticipo la suma de treinta millones dos mil trescientos cincuenta y un balboas con un centésimo (B/.30,002,351.01), suma neta luego de la retención del impuesto de transferencia de bienes muebles y servicios (ITBMS), pago que corresponde a la cláusula séptima del contrato.(Cfr. 31 del expediente judicial).

En tal sentido, en el evento de existir irregularidades en el manejo de dichos montos, corresponde a la Jurisdicción de Cuentas, ejercer el rol para el cual fue creada y llevada a rango constitucional.

Conforme observa este Despacho, el 23 de enero de 2020, el Magistrado Sustanciador se pronunció en relación con la admisibilidad de la demanda que ocupa nuestra atención, procediendo en ese sentido al acogimiento de la misma (Cfr. foja 91 del expediente judicial).

Debido a su inconformidad con esa decisión, el **Tribunal de Cuentas**, a través de su apoderado especial, presentó y sustentó, un recurso de apelación ante el resto de la Sala Tercera, el cual fundamentó, entre otras consideraciones, en lo siguiente:

“El Auto 117-2019 de treinta (30) de abril de dos mil diecinueve (2019) -Incidente-, no es susceptible de ser demandado ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Atendiendo al particular objeto del juicio de cuentas, cual es la recuperación de fondos públicos irregularmente sustraídos, el legislador al regular su proceso, hace especial énfasis en diversos tópicos que hacen referencia a su duración, a efecto que se desarrolle en el menor tiempo posible, ello sin violentar las garantías fundamentales del procesado y el debido proceso.

Precisamente, la naturaleza de estos fondos, obliga a que su recuperación sea a través de un proceso sumario, toda vez que dichos fondos prevén el cumplimiento de una función social, que como bien sostiene el autor Dr. Heriberto Araúz Sánchez, actual Magistrado del Tribunal Electoral ‘... **ha creado un proceso sumario y especial consignado en la ley porque hay un interés público garante de la prestación de un servicio a la colectividad, de protección y defensa de los bienes y patrimonio del Estado.**’ (La Función Juzgadora de la Contraloría General de la República de Panamá, Año 2000).

...” (La negrita es del apelante) (Cfr. fojas 116 - 117 del expediente judicial).

El 13 de marzo del año en curso, el Licenciado Guido Alejandro Rodríguez Lugari, actuando en su condición de **Fiscal General de Cuentas**, se opuso a la apelación a la que hacemos referencia en el párrafo que antecede, entre otras consideraciones, por lo que a continuación citamos:

“... contrario a lo manifestado por el apelante, es susceptible de una demanda contencioso administrativa de nulidad, toda vez que si bien dicha decisión no fue adoptada a través de una Resolución de Cargos y Descargos, lo cierto es que la realidad procesal de la actuación desplegada por dicho ente colegiado de fijar una cuantía distinta e irrisoria del perjuicio económico atribuible a la empresa **HIDALGO & HIDALGO, S.A.** en el informe de auditoría génesis del proceso de cuentas en referencia,

lo cierto es que afecta directamente el fondo de la causa patrimonial ..." (Cfr. foja 163 del expediente judicial).

Producto de lo anterior, la Sala Tercera, en grado de apelación, emitió la Resolución fechada 20 de noviembre de 2020, a través de la cual dispuso confirmar la Resolución de 23 de enero de 2020, mediante la cual se admitió la causa que nos ocupa (Cfr. fojas 192 - 197 del expediente judicial).

B. Expresión de las disposiciones que se estiman violadas por el acto administrativo acusado.

Corresponde a la Procuraduría de la Administración, en esta oportunidad, analizar las disposiciones que se estiman violadas por parte del accionador jurisdiccional.

1. El accionante estima que se ha violado el artículo 1 de la Ley 67 de 2008, que a la letra señala:

“Artículo 1. La Jurisdicción de Cuentas se instituye para juzgar la responsabilidad patrimonial derivada de las supuestas irregularidades, contenidas en los reparos formulados por la Contraloría General de la República a las cuentas de los empleados y los agentes en el manejo de los fondos y los bienes públicos”.

Consideramos que **le asiste razón al accionante**, toda vez que si bien es cierto, a esta jurisdicción especial le corresponde juzgar la responsabilidad patrimonial de los agentes de manejo, en el caso que nos ocupa, el Tribunal de Cuentas, al proferir el acto que se demanda a través de la presente acción, imposibilita el desarrollo normal del proceso Jurisdiccional de Cuentas, ante los elementos encontrados en el Informe de Auditoría elaborado por la Contraloría General de la República, profundizados durante la instrucción sumarial correspondiente.

Como primer elemento a resaltar en el caso que nos ocupa, es que el propio acto impugnado en sede jurisdiccional, reconoce que la empresa **Hidalgo & Hidalgo, S.A.**, recibió sumas para el desarrollo de un proyecto que palpablemente

no va a ser ejecutado por la entidad contratante (fs. 34), situación que a nuestro parecer, afecta la buena marcha de la Administración Pública, con el consiguiente perjuicio económico al Estado.

Ante ese panorama, no podemos perder de vista, que la Jurisdicción de Cuentas, está instituida para juzgar la responsabilidad patrimonial derivada de las supuestas irregularidades, contenidas en los reparos formulados por la Contraloría General de la República a las cuentas de los empleados y los agentes en el manejo de los fondos y los bienes públicos, **lo cual no se ha podido cumplir a cabalidad en el caso que nos ocupa.**

Lo arriba indicado encuentra su sustento en lo siguiente:

“Entonces pues, atendiendo a la petición especial de la parte investigada, de allanarse al pago **como medio legal para la terminación del proceso de cuentas** conforme a los artículos 49 y 66 de la Ley de 14 de noviembre de 2008, en concordancia con el artículo 1115 y demás aplicables del Código Judicial, nos concierne determinar que la cuantía del anticipo no ejecutada por parte de la empresa **Hidalgo & Hildago, S.A.**, a causa de la evidente suspensión de la obra y que por lo tanto debe ser devuelta al Tesoro Nacional, previa aprobación del Tribunal de Cuentas, es por el total de **tres millones doscientos sesenta y dos mil quinientos noventa y nueve con 65/100 (B/.3,262,599.65).**” (Cfr. fojas 34 – 35 del expediente judicial).

En ese sentido, pretender dar por terminado el proceso patrimonial al través del mecanismo utilizado, resulta en el desconocimiento de toda la investigación adelantada por el Fiscal General de Cuentas, la cual se fundamentó, principalmente, en un Informe de Auditoría elaborado por la Contraloría General de la República, entidad que por mandato constitucional tiene la función de examinar, intervenir y fenecer las cuentas de los funcionarios públicos, o personas que administren, manejen o custodien fondos u otros bienes públicos, el cual constituye una prueba pericial idónea, que de acuerdo al artículo 966 del Código Judicial, se destina para conocer, apreciar o evaluar algún dato o hecho de influencia en el proceso, de carácter científico, técnico o artístico o práctico,

que no pertenezca a la experiencia común ni a la formación específica exigida al Juez; medio de convicción que demostró una afectación mucho mayor a la reconocida por la entidad demandada (Cfr. fojas 29 – 30 del expediente judicial).

2. Señala el Fiscal General de Cuentas que también se han violado de manera directa, por omisión, los numerales 3 y 6 del artículo 3 de la Ley 67 de 2008, que a la letra señala:

“**Artículo 3.** La Jurisdicción de Cuentas se ejerce de manera permanente en todo el territorio nacional para juzgar las causas siguientes:

1. ...
2. ...
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 General de la República en vista de información o denuncia presentada por cualquier particular o servidor público.
4. ...
5. ...
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”.

Consideramos que la norma precitada ha sido infringida, tal como lo señala el accionante, toda vez que la función jurisdiccional, implica el deber del Estado político moderno, que emana de su soberanía, cuyo ejercicio se destina para dirimir, mediante organismos adecuados (en este caso, el Tribunal de Cuentas), los conflictos de intereses que se susciten entre los particulares y entre éstos y el Estado, declarando el Derecho, a efectos **de proteger el orden jurídico vigente**. En tal sentido, ante una prueba pericial de la que surgen **graves indicios de afectación de fondos públicos**, los cuales implican 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; o 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, no se ha cumplido la función correspondiente, violentando el sentir de la Ley, en el ejercicio de la jurisdicción especial correspondiente, a través de las garantías de los principios procesales del debido proceso, inmediación y contradicción.**

La terminación abrupta del expediente patrimonial, que se persigue a través del Auto 117-2019 proferido por el Tribunal de Cuentas, impide a la Jurisdicción de Cuentas cumplir su función de juzgamiento de las cuentas correspondientes de los servidores públicos y particulares involucrados, afectando los fondos públicos y los programas sociales de la Administración Pública, así como el buen funcionamiento de esta última en la prestación de los diversos servicios públicos que ella debe efectuar.

3. El señor Fiscal General de Cuentas considera que se ha transgredido de manera directa, por omisión, el artículo 20 de la Ley 32 de 1984, Orgánica de la Contraloría General de la Nación, la cual señala:

“Artículo 20. Cuando la persona, al ser requerida por la Contraloría, no presente el estado de su cuenta con la documentación y valores que la sustentan, se presumirá que existe faltante por el monto correspondiente.”

Consideramos que el artículo señalado ha sido violado, efectivamente por el acto administrativo proferido por el Tribunal de Cuentas, toda vez que ha imposibilitado investigar a aquellas personas, **que no han podido justificar, a través de la documentación correspondiente, el sustento de sus cuentas,**

hecho éste que les ha colocado inevitablemente en la presunción, que admite prueba en contrario, que han incurrido en faltantes en sus cuentas frente al erario público.

4. De conformidad al actor se han vulnerado los artículos 49 y 52 de la Ley 67 de 14 de noviembre de 2008, los cuales son del tenor siguiente:

“Artículo 49. El proceso de cuentas puede terminar **con el acuerdo que logre el Fiscal de Cuentas con la persona investigada**, siempre que ésta restituya el monto de la lesión patrimonial. Dicho acuerdo deberá ser aprobado por el Tribunal de Cuentas, con lo cual quedará cerrado el proceso.” (El resaltado es nuestro).

“Artículo 52. De no encontrarse fallas o vicios, el Magistrado Sustanciador, fundado en las pruebas recabadas, elaborará un proyecto de resolución que será sometido a la consideración del Pleno para calificar el mérito de la investigación. En este sentido, el Tribunal de Cuentas podrá, dentro del término de quince días hábiles, adoptar alguna de las medidas siguientes:

1. Ordenar, por una sola vez, la corrección, la ampliación o la complementación de la investigación de cuentas cuando ello sea necesario para perfeccionar la investigación;
2. Llamar a juicio a la persona o a las personas investigadas cuando existan razones fundadas para ello;
3. Cerrar y ordenar el archivo del expediente cuando las irregularidades investigadas sean infundadas; u
4. Ordenar el cese del procedimiento en contra de cualquiera de las personas investigadas cuando no se deduzca responsabilidad alguna.

En caso de ordenarse la corrección, la ampliación o la complementación de la investigación, el Fiscal de Cuentas contará con el término de un mes para cumplir con lo dispuesto por el Tribunal de Cuentas.

Compartimos el criterio expresado por el activador judicial; puesto que, como se explica, si bien existe una fórmula procesal para la terminación anticipada del proceso de cuentas, la misma debe ser ejecutada entre el Fiscal de Cuentas y el o las personas investigadas.

Como se desprende de las constancias que reposan en autos, dicho acuerdo no fue suscrito entre el Fiscal de Cuentas y la sociedad contratista; sino entre esta última y el Tribunal de Cuentas, organismo que en todo caso, le corresponde la aprobación, o no, del acuerdo; mas no su suscripción con el investigado; competencia, que de acuerdo a la norma, **recae de manera exclusiva en el Fiscal de Cuentas.**

Así las cosas, y en razón del no cumplimiento de las condiciones contenidas en el artículo 49 de la ley en mención, lo que correspondía al Tribunal de Cuentas, tal y como lo dispone el artículo 52 arriba citado, era calificar la investigación a fin de determinar si existía o no méritos para llamar a juicio a las personas naturales o jurídicas que correspondiera, o bien ordenar el cierre y archivo del expediente o el cese de procedimiento, sustentándose para una u otra decisión, en lo dispuesto en la norma a la que hemos hecho referencia.

5. El demandante alega la vulneración de los artículos 697 y 781 del Código Judicial, los cuales son del tenor siguiente:

“Artículo 697. Son incidentes las controversias o cuestiones accidentales que la ley dispone que se debatan en el curso de los procesos y que requieren decisión especial.”

“Artículo 781. Las pruebas se apreciarán por el juez según las reglas de la sana crítica, sin que esto excluya la solemnidad documental que la ley establezca para la existencia o validez de ciertos actos o contratos. El juez expondrá razonadamente el examen de los elementos probatorios y el mérito que les corresponde.”

Compartimos el criterio del accionante en el sentido que la determinación de la cuantía es un elemento de fondo; y por tanto, debe debatirse, analizarse y cuantificarse como tal, y no a través de la interposición de un incidente.

En ese orden de ideas, debemos tener presente que el proceso de cuentas tiene como finalidad principal la determinación o no de una posible lesión, y en caso positivo, la determinación de la cuantía.

Así las cosas, el establecimiento de la posible lesión constituye un ejercicio que no se puede realizar sin tener en cuenta los argumentos, del Fiscal de Cuentas, por un lado, y por el otro de las personas que puedan resultar investigadas.

En ese sentido, la determinación del monto constituye, junto con la determinación o no de la lesión el objeto del proceso, no pudiéndose en consecuencia, enmarcarse dentro de una cuestión incidental como lo pretende hacer la sociedad Hidalgo & Hidalgo, S.A.

En ese marco conceptual, la no apertura del proceso a pruebas constituye una desatención que imposibilita a las partes la aportación de los elementos de convicción que consideren conducentes a fin de probar su causa de pedir; y por otro lado, limita al Tribunal de Cuentas al momento de la toma de la decisión, puesto que, como se desprende de lo anterior, se estaría adoptando una postura sin contar con los argumentos de una y otra parte.

De esta manera, la Procuraduría de la Administración emite el concepto, en interés de la ley, dentro de la acción Contencioso Administrativa de Nulidad propuesta por el Licenciado **Guido Rodríguez Lugari**, Fiscal General de Cuentas, para que se declare nulo, por ilegal, el Auto 117-2019 Incidente de 30 de abril de 2019, emitido por el **Tribunal de Cuentas**.

Sobre la base de lo anteriormente expuesto, esta Procuraduría solicita, respetuosamente, al Tribunal, se sirva declarar que **ES ILEGAL** el Auto 117-2019 Incidente de 30 de abril de 2019, emitido por el **Tribunal de Cuentas**.

Pruebas: Se **aduce** la copia autenticada del expediente administrativo contenido del Contrato DAL-003-2012, suscrito entre el Ministerio de Desarrollo Agropecuario y la empresa Hidalgo & Hildago, S.A.

Del Honorable Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente 904-19