



usma
universidad católica
santa maría la antigua

REVISTA ESPECIALIZADA DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

IUSTITIA ET PULCHRITUDO

Vol. 4, No 2, 2023

ED

En este número artículos de: María Fernanda Krienert, Dr. Carlos Barsallo, Oscar Vargas Velarde, Julio César Pérez Martínez, Corte Suprema de Justicia, Magistrado Ponente Olmedo Arrocha, Prof. Andrés Beck G



Iustitia et Pulchritudo



**Revista Especializada en Ciencias Jurídicas, Forenses y Políticas
de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
de la Universidad Católica Santa María La Antigua (USMA)**

ISSN 1607-4319

Segunda Época; Volumen 4, Número 2 (Julio-Diciembre de 2023)

Publicación semestral

Consejo Científico:

Prof. Ana Matilde Gómez R. (Ex Procuradora General de la Nación, ex Diputada de la República, Ex Decana, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Católica Santa María La Antigua),
Dr. Carlos Guevara Mann (Director, Programa de M.Sc. en Rel. Intern., Florida State University),
Dr. Rigoberto Gonzalez (Procurador General de la Administración, República de Panamá),
Dra. Nelva Araúz, (Investigadora, Centro Internacional de Estudios Políticos y Sociales),
Dra. Carla Pousa (Profesora, Florida State University),
Prof. Salvador Sánchez (Director, Instituto de Estudios Democráticos del Tribunal Electoral),
Dra. Idania Perigault (Analista de Relaciones Internacionales en la Dirección de Organismos y Conferencias Internacionales en el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Panamá),
Dr. Alfredo Castellero Hoyos (Ex Defensor del Pueblo de la República de Panamá y vicepresidente del Centro de Iniciativas Democráticas),
Prof. Claire Nevache (Investigadora Asociada, Centro Internacional de Estudios Políticos y Sociales),
Prof. Juan Diego Alvarado (Miembro Asociado, Centro de Iniciativas Democráticas),
Dra. Lina Vega Abad (Presidenta de la Junta Directiva de la Fundación para el Desarrollo de la Libertad Ciudadana – Capítulo Panameño de Transparencia Internacional).

Equipo Editorial:

Prof. Alonso E. Illueca (Director-Editor)
Prof. Andrés Beck (Editor Asociado)
Lic. Eliecer Lu (Editor Asociado)

Dirección postal:

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
(c/o Prof. Alonso E. Illueca, Director-Editor, Revista Iustitia et Pulchritudo)
Universidad Católica Santa María la Antigua
Apdo. postal 0819-08550
Panamá, República de Panamá
Teléfono (507) 269-1333 / 230-8265 / 230-8235 /
Correo electrónico: revista.iustitia@usma.ac.pa / ailueca@usma.ac.pa

Impreso en Panamá, Ciudad de Panamá.
Centro de Impresión de la Universidad Católica Santa María La Antigua.
Tiraje: 300 ejemplares

IUSTITIA et PULCHRITUDO
Segunda Época
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Volumen 4, Número 2 (Julio-Diciembre de 2023)



ÍNDICE

Palabras del Director - Editor.....03

Conferencias

- **María Fernanda Krienert:** Uso indebido del fideicomiso de garantía05
- **Dr. Carlos Barsallo:** La exclusión de accionistas por solvencia moral de una sociedad propietaria de banco y con valores registrados. Comentarios al Acuerdo de la Superintendencia de Bancos de Panamá 2-2023 sobre gobierno corporativo, integridad y solvencia moral12

Artículos

- **Oscar Vargas Velarde:** La convención colectiva de trabajo en el régimen panameño.....28
- **Julio César Pérez Martínez:** Las empresas de beneficio e interés colectivo como garantía de los derechos sociales reconocidos en la Constitución de la República de Panamá82

Jurisprudencia

- **Corte Suprema de Justicia, Magistrado Ponente Olmedo Arrocha:** Acción de Inconstitucionalidad presentada por la firma forense Lau & Dudley Abogados para que se declare inconstitucional el segundo y tercer párrafo del artículo 49 de la Ley 49 de 4 de diciembre de 1984, por medio de la cual se dicta el Reglamento Interno de la Asamblea Legislativa, Entrada No. 677-202097

Análisis de Jurisprudencia

- **Prof. Andrés Beck G.:** La jurisprudencia panameña ante la doctrina de la inconstitucionalidad por conexión: comentarios a la sentencia de 23 de diciembre de 2022.....123

Palabras del Director – Prefacio

El Volumen 4, Número 2 de la Revista *Iustitia et Pulchritudo* presenta una serie de investigaciones académicas, conferencias magistrales y un análisis jurisprudencial sobre la práctica legal panameña, en honor al doctor Cesar Antonio Martáns Ventayol (q.e.p.d.), catedrático de Derecho Laboral y Derecho Procesal Laboral en nuestra Universidad por más de 47 años, Director de Programas de Posgrado y Maestría en Derecho y Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Santa María La Antigua. El doctor Martáns también fue el primer Ministro de Trabajo y Bienestar Social de la República de Panamá, un apasionado por la educación y la formación jurídica impartiendo sus enseñanzas a más de 3,000 estudiantes. A lo largo de su destacada y prolífica carrera académica y profesional, el doctor Martáns descolló en las áreas del derecho laboral y procesal laboral. A la fecha, sus variados y múltiples aportes a estas ramas del derecho continúan vigentes.

La revista inicia con un escrito de la licenciada María Fernanda Krienert sobre el uso indebido del fideicomiso de garantía al materializarse anomalías tendientes a desnaturalizar el fideicomiso y desestabilizar el mercado, debido a la inexistencia de una transferencia de los bienes al fiduciario y a la falta de identificación del fideicomitente como beneficiario de este. En ese sentido, la autora analiza la figura del fideicomiso como garantía para préstamos de vehículos a motor, cuya naturaleza es una condicional y alternativa, al depender el título de beneficiario del cumplimiento o no del contrato. Este trabajo ofrece una perspectiva crítica del mercado fiduciario panameño y levanta alarmas sobre la utilización indebida del contrato de fideicomiso. También se incluye en otra conferencia, los aportes del doctor Carlos Barsallo en ocasión del *webinar* organizado conjuntamente por la USMA y la *World Compliance Association* – Capítulo de Panamá, sobre la implicaciones prácticas, legales y constitucionales del Acuerdo 02-2023 de la Superintendencia de Bancos de Panamá. De igual manera, el doctor Barsallo explora las implicaciones del acuerdo en cuestión, describiendo estándares análogos a nivel internacional mediante un ejercicio comparado, así como los estándares legales internos de idoneidad aplicables al Superintendente y a los miembros de la Junta Directiva de la Superintendencia de Bancos de la República de Panamá. Concluye enfatizando en la necesidad de evitar tratos desiguales al dejar en los reguladores bancarios y no en los regulados, la decisión sobre qué es considerado solvencia moral y su aplicabilidad misma ante circunstancias similares.

En la sección relativa a los artículos de investigación, el profesor Oscar Vargas Velarde, quien también sirvió como ministro de Trabajo y Bienestar Social, nos presenta un sesudo y minucioso análisis de la convención colectiva de trabajo en el régimen panameño, en memoria de su distinguido amigo, doctor César Martáns Ventayol, jurista, laboralista y educador. La investigación nos ofrece una explicación metódica de la convención colectiva de trabajo vinculándola a los derechos de asociación sindical, a la sindicalización, la huelga, la negociación colectiva y la tutela judicial efectiva, en el interés de dejar de manifiesto el acuerdo entre los factores de producción relativo a las condiciones de trabajo y de empleo. El autor, quien también es profesor titular de Derecho de Trabajo en la Universidad de Panamá, realiza un ejercicio comparado a nivel latinoamericano, analizando el fondo de la figura jurídica, concluyendo que si bien, formalmente se trata de un contrato, materialmente es una norma jurídica, cuyo fin último es mejorar el nivel de vida de los trabajadores.

En la misma sección se incluye la contribución del profesor Julio César Pérez Martínez sobre las empresas de beneficio e interés colectivo como garantía de los derechos sociales reconocidos por la Constitución Nacional. Mediante sus aportes, el profesor Pérez nos introduce al cuarto sector de la economía, conformado por las empresas de beneficio e interés colectivo, las cuales se distinguen de otras empresas, por su modelo de hacer negocios, cuyo fin último no es el lucro, sino el impacto social y ambiental. Dicho artículo nos invita a reflexionar sobre la importancia de involucrar a la empresa privada en el proceso de formulación de políticas públicas con la finalidad de garantizar derechos sociales, a través de un enfoque innovador y con el concierto de una temática que encuentra en franco desarrollo a nivel mundial.

Esta edición de la revista también ofrece una sección de jurisprudencia en donde se recoge el reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia en donde se declara la inconstitucionalidad del segundo y tercer párrafo del artículo 49 de la Ley 49 de 4 diciembre de 1984, por medio de la cual se dicta el Reglamento Orgánico del Régimen Interno de la Asamblea Legislativa. El profesor Andrés Beck nos ofrece, en la sección de análisis, algunos comentarios relativos a la utilización, por primera vez, de la “Doctrina de la Inconstitucionalidad por Conexión” para decidir si una norma vulnera o no la Constitución. A través de su análisis nos ofrece una perspectiva razonada sobre la utilización de una doctrina aplicada de forma precipitada e inesperada, sin olvidarse de la crítica a la concentración desmedida del poder y los riesgos que ello supone, ante la ausencia de parámetros racionales, para la separación de los poderes del Estado.

Para culminar, reconozco la asistencia brindada y el esfuerzo realizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, en particular el de la Señora Decana Magaly Castillo y de la Directora de Escuela Cherty Mendieta. Así mismo agradecemos el apoyo del Señor Rector, profesor Francisco Blanco y del Señor Vicerrector de Investigación y Extensión, profesor doctor Luis Carlos Herrera, por dotar de continuidad a este importante y tan necesario proyecto académico. Igualmente, celebro las contribuciones de mis colegas y editores asociados, profesor Andrés Beck y el licenciado Eliecer Lu, cuyo trabajo es fundamental y es apreciado grandemente.

Profesor Alonso E. Illueca, LL.M.

Director

Uso indebido del fideicomiso de garantía

MARÍA FERNANDA KRIENERT^Ψ

*Autor para Correspondencia. E-mail: mafekrienert@gmail.com

Recibido: 4 de abril de 2023
Aceptado: 29 de junio de 2023

Resumen

En el mercado fiduciario panameño, los fideicomisos de garantía son utilizados recurrentemente por bancos e instituciones financieras. Sin embargo, en los últimos años se han presentado anomalías que desvirtúan completamente el fideicomiso y cuyas consecuencias podrían desestabilizar el mercado debido a su mala utilización. Estas anomalías son: (1) la inexistente transferencia de los bienes al fiduciario y (2) la falta de identificación del fideicomitente como beneficiario del fideicomiso.

En la primera parte del artículo se trata con la desnaturalización del fideicomiso que ocurre suele cuando se constituye –el fideicomiso– como garantía para préstamos de vehículos a motor. El deudor celebra un contrato de préstamo con un banco local y, para garantizar dicho derecho de acreencia, el acreedor (usualmente una institución bancaria) celebra con el deudor un fideicomiso de garantía. Por tanto, las figuras en el contrato de fideicomiso son: el deudor como fideicomitente y beneficiario, el banco como beneficiario y la fiduciaria como tercero independiente. Y el bien transferido a la masa patrimonial, para fungir como garantía de lo adeudado, es el vehículo a motor.

En la segunda parte se analiza la condición del beneficiario. En un fideicomiso de garantía, el incumplimiento del contrato determina quién será el beneficiario, lo que permite calificar al beneficiario como condicional y alternativo. Si el deudor cumple con las obligaciones, se convierte en el beneficiario del fideicomiso, mientras que, si no lo hace, el acreedor se convierte en el beneficiario de los bienes en el patrimonio fiduciario. La identificación del beneficiario es necesaria, y en el contrato de fiducia, se debe detallar quiénes son los beneficiarios y cómo se adquiere la condición de beneficiario.

Palabras clave: fideicomiso de garantía, contratos, derecho mercantil, beneficiarios.

Abstract

In the Panamanian fiduciary market, guarantee trusts are commonly used by banks and financial institutions. However, in recent years, anomalies have arisen that completely distort the trust and whose consequences could destabilize the market due to their misuse. These anomalies are: (1) the non-transfer of assets to the trustee and (2) the lack of identification of the settlor as a beneficiary of the trust.

^Ψ Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas [Universidad Santa María La Antigua, *Magna Cum Laude*, Panamá], maestría en Derecho e investigación jurídica [Universidad de Virginia, Estados Unidos].

The first part of the article deals with the distortion of the trust that usually occurs when it is established as collateral for motor vehicle loans. The debtor enters into a loan agreement with a local bank, and to guarantee this right of recourse, the creditor (usually a banking institution) enters into a guarantee trust with the debtor. Therefore, the figures in the trust agreement are: the debtor as settlor and beneficiary, the bank as beneficiary, and the trustee as an independent third party. And the asset transferred to the trust estate to serve as collateral for the debt is the motor vehicle.

The second part analyzes the condition of the beneficiary. In a guarantee trust, the breach of the contract determines who will be the beneficiary, which allows the beneficiary to be qualified as conditional and alternative. If the debtor fulfills the obligations, they become the beneficiary of the trust, while if they do not, the creditor becomes the beneficiary of the assets in the trust estate. Identification of the beneficiary is necessary, and the trust agreement should detail who the beneficiaries are and how the condition of beneficiary is acquired

Keywords: trusts as warranties, contracts, commercial law, beneficiaries.

Transferencia del derecho de propiedad del fideicomitente al fiduciario para la existencia del contrato de fideicomiso

Desde un enfoque normativo y textualista, la Ley 01 de 1984 con sus modificaciones (en adelante "Ley 01 de 1984"), en su artículo 1 establece que en el contrato de fideicomiso, el fideicomitente **transfiere** bienes o derechos a una persona llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o disponer de ellos para una finalidad determinada por el fideicomitente. En ese sentido, la doctrina resalta la importancia de la transferencia del bien, y reitera que el traspaso del derecho de propiedad se encuentra limitado a las obligaciones y facultades estipuladas en el contrato fiduciario, "*...al darse la transmisión plena de derecho, como la propiedad o personales... en forma de constituirse frente a terceros como dueño a titular sin limitación alguna y frente a sí mismo, apenas con las que surgen del pacto | obligatorio*"¹.

Adicionalmente, bajo la teoría general del contrato, el objeto² en el contrato de fideicomiso es el patrimonio o la parte del patrimonio que se transfiere a propiedad fiduciaria. La ley exige ciertas formalidades dependiendo del bien a transferir, además, exige que el patrimonio sobre el cual se constituye el fideicomiso sea identificado y descrito³. Entonces, sobre los bienes que requieren registro, "*la tradición de los bienes sujetos a registro que se hayan dado en fideicomiso se hará mediante su inscripción en el registro respectivo a nombre del fiduciario, con indicación del fideicomiso al cual corresponde*"⁴. Es decir, para los bienes como propiedades se entenderá que la *traditio* ocurre cuando se inscribe en el Registro Público la propiedad a nombre del fiduciario, por ejemplo.

La masa patrimonial fiduciaria pertenece a la finalidad del fideicomiso⁵ y, al carecer este de personalidad jurídica, el fiduciario es el propietario por un tiempo definido. El derecho de propiedad

¹ RODRÍGUEZ, Sergio (2017): *Negocios Fiduciarios: su significado en América Latina* (Legis, segunda edición) p. 169.

² Es decir, sin objeto no hay contrato, sin patrimonio fiduciario no hay fideicomiso.

³ PANAMA, Ley N.º 1 (05/01/1984): *Por la cual se regula el Fideicomiso en Panamá y se adoptan obras disposiciones*, art. 9 (con la identificación exacta de los bienes se permite el aislamiento específico de dichos bienes).

⁴ *Ibíd.*

⁵ *Ibíd.*, en art. 15.

está limitado a las finalidades del contrato, por lo que es un derecho de propiedad débil⁶. La característica del derecho de la propiedad que ostenta el fiduciario es que es *sui generis*⁷, por las siguientes razones: (1) es temporal⁸: el fiduciario no puede quedarse con el bien y al extinguirse el fideicomiso debe trasladarlo a cualquiera de los dos posibles beneficiarios. (2) Es especial: se encuentra limitado el uso, goce y disposición de la propiedad fiduciaria⁹ a lo pactado en el contrato.

La normativa panameña, mediante la Ley 15 de 1995 con sus modificaciones (en adelante "Ley 15 de 1995"), en su artículo 3 determina que "la inscripción de un vehículo en la Sección Nacional de Registro de Vehículos Motorizados confiere al titular la constancia de propiedad del vehículo y el poder de oponerse y ejercer cualquier acción para hacer valer su derecho". De la normativa previamente citada se infiere que los traspasos de los vehículos a motor requieren registro y, además, debe constar en el Registro Único Vehicular el propietario actual del vehículo a motor.

Adicionalmente, uniendo lo que la normativa vehicular establece con la normativa fiduciaria¹⁰, se determina que al celebrar un contrato de fideicomiso en el cual el patrimonio fiduciario o parte del patrimonio fiduciario es un vehículo a motor, es el fiduciario¹¹ quien debe constar como propietario del vehículo a motor en el Registro Único Vehicular y no el fideicomitente/deudor/beneficiario ni el acreedor/beneficiario, e igual, señalar a qué fideicomiso pertenece dicho vehículo.

En ese sentido, la naturaleza del fideicomiso exige la transferencia del derecho de la propiedad, de lo contrario, no existiría fideicomiso, pues no habría objeto dentro del contrato. El fiduciario es libre de disponer de los bienes dados en fideicomiso, siempre y cuando sea para cumplir el fin de lo pactado. El fiduciario responde legalmente por el patrimonio dado en fideicomiso, pero su condición de propietario se encuentra limitada. La condición de propietario del patrimonio recae sobre lo pactado en el contrato de fideicomiso. Contrariamente, si no se ha formalizado el traspaso o transferencia de un bien, el contrato carece de objeto y, por tanto, no hay bienes fideicomitados pertenecientes a la masa fiduciaria, siendo así, no hay fideicomiso, ya que no existen bienes que puedan ser administrados por el fiduciario.

Lo anterior nos introduce al primer uso indebido del fideicomiso en la práctica panameña, *la inexistente transferencia del vehículo a motor al patrimonio fiduciario*. En la práctica¹², se está dando que en el Registro

⁶ CHALBOUB, Luis Artículo: "Algunas consideraciones en torno a los efectos jurídicos del fideicomiso de garantía en la legislación panameña" p. 3 (manuscrito no publicado, en archivo con la autora).

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.*

¹⁰ PANAMA, Ley N.º 1 (05/01/1984), art 14.

¹¹ Como se detalló anteriormente, es condición esencial para la constitución de un fideicomiso el traspaso de los bienes al patrimonio fiduciario (ya que es el objeto del contrato) y el fiduciario ostenta un derecho de propiedad débil sobre dicho patrimonio, es propietario, sin embargo, sus actuaciones están limitadas a las facultades pactadas en el contrato de fideicomiso.

¹² Luego del análisis y transcripciones de varios fallos de la Corte Suprema de Justicia; (1) Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, Proceso Cobro Coactivo, Caja de Seguro Social vd. Beyra Ortega de Cano 08 de agosto de 2017, Exp. 354-16. (2) Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, Proceso de Cobro Coactivo, Autoridad del Tránsito y Transporte Terrestre vs. Lelis Giovanni Vega, 20 de junio de 2019, Exp. 1472-18. (3) Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, Proceso Cobro Coactivo, Municipio de Panamá vs. Juan Carlos Carrera, 22 de junio de 2020, Exp. 400-19. (4) Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, Proceso Cobro Coactivo, Banco Nacional de Panamá vs. Isaac Ahmed Díaz y

Único Vehicular consta como propietario el fideicomitente (recordemos que es el deudor) y bajo el reglón de “acreedor hipotecario¹³” consta una anotación estableciendo que dicho vehículo a motor está “en fideicomiso con la Fiduciaria ABC”.

Dicha anotación no es suficiente para constatar el aislamiento de los bienes dados en fideicomiso, ni para establecer que forman parte de una masa de bienes que se encuentran en fideicomiso. Tampoco es suficiente para determinar que existe un traspaso del vehículo a motor al fideicomiso, ya que la normativa establece que el traspaso se produce al registrar al fiduciario como propietario del bien y al indicar a qué fideicomiso pertenece, algo que no se certifica ni consta en el Registro Único Vehicular.

En ese sentido, se está confundiendo el fideicomiso con una hipoteca, lo que genera una gran confusión entre las figuras. En la hipoteca no se produce la transferencia de la propiedad, sino que se coloca una limitación a dicho derecho de propiedad, tal como se constata en los registros únicos vehiculares. En cambio, el fideicomiso exige la transferencia de la propiedad al fideicomiso, lo cual es más beneficioso al momento de incumplimiento del contrato¹⁴. En el caso actual, teniendo en cuenta que el fiduciario no es titular de los bienes (pues no se han seguido las formalidades), no puede liquidar la masa fiduciaria. Surge, entonces, la siguiente interrogante: ¿bajo qué facultad actúa el fiduciario para liquidar el bien dado en fideicomiso si no consta en el registro como propietario, sino como un acreedor?

Lamentablemente, en varios casos la Corte Suprema de Justicia ha aceptado el uso incorrecto del fideicomiso y ha reconocido a la fiduciaria como propietaria del vehículo, ignorando la normativa y doctrina fiduciaria. En su análisis, la Corte simplemente señala que "el bien está a nombre del fideicomitente", pero que existe una anotación de que el bien se encuentra en fideicomiso. Esta situación va en contra de la normativa, ya que no hay una transferencia efectiva de la propiedad, tal como lo exige el artículo 14 de la Ley 01 de 1984, y el bien sigue siendo propiedad del fideicomitente/deudor. Ya que, la normativa exige que se conste en los registros el fideicomiso al que pertenece y evidentemente el fiduciario como propietario.

En línea con este pensamiento, el último párrafo del artículo 14 de la Ley 01 de 1984¹⁵ pretende obviar el registro al nombre del fiduciario, cuestión que sería analizar el texto de la normativa de manera muy amplia. Aunque la entidad encargada del registro, en este caso la Autoridad de Transporte y Tránsito Terrestre (en adelante “ATTT”), aún no ha adaptado los procedimientos y reglamentos necesarios (a la fecha), el artículo en cuestión establece claramente que el objetivo de dichas regulaciones es "cumplir con los requisitos exigidos en esta Ley". Por lo tanto, la norma no sugiere ni pretende eximir a los fiduciarios de los fideicomisos de garantía de vehículos a motor de realizar las anotaciones requeridas ni crearles condiciones especiales fuera de lo que es un fideicomiso. Al contrario, establece que los procedimientos deben ser adaptados para cumplir adecuadamente con la *traditio*.

Alex Antonio Vargas, 17 de febrero de 2016, Exp. 694-15. (5) Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, Proceso Cobro Coactivo, Caja de Seguro Social vs. Germán Elías de Hoyos, 16 de enero de 2018, Exp. 424-1711.

¹³ En el formato del Registro Vehicular Único.

¹⁴ Facilita el proceso de liquidación, es más eficiente ya que no requiere intervención judicial.

¹⁵ “... Las entidades registradoras deberán adecuar sus reglamentos internos y procedimientos para cumplir con los requerimientos exigidos en esta Ley. Mientras se reglamente lo relativo a dicho procedimiento, podrán mantenerse los mecanismos utilizados a la fecha.”

Además, el fideicomiso, desde su origen en la época romana, tiene como función principal separar los bienes del alcance de los acreedores del fideicomitente y beneficiarios. Como se mencionó anteriormente, el fideicomiso responde a las obligaciones contractuales pactadas. Si el bien se encuentra a nombre del fideicomitente, se deduce que los acreedores del fideicomitente y/o beneficiario pueden perseguir el bien. En la práctica, esto es lo que está sucediendo, ya que los acreedores van en contra del vehículo porque así consta en el Registro Único Vehicular. La fiduciaria incide ante la Corte, pero la Corte ha aceptado erróneamente la posición de la fiduciaria, aceptando que el bien está en fideicomiso, cuando desde un punto de vista doctrinal y normativo, no hay una transferencia efectiva de la propiedad, por lo que no se puede considerar que exista una propiedad fiduciaria válidamente constituida.

Beneficiarios del fideicomiso

En un fideicomiso de garantía, el fiduciario tiene la obligación de transferir el bien al final del contrato de fideicomiso, y esta obligación es inmutable. Sin embargo, a quién el fiduciario debe transferir los bienes al final del contrato puede variar. El fiduciario debe transferir los bienes fideicomitados al acreedor o al deudor, por lo que el beneficiario no está determinado en el momento de la firma del contrato¹⁶.

En un fideicomiso de garantía, el incumplimiento del contrato determina a quién el fiduciario debe transferir la propiedad fiduciaria. Es decir, la ocurrencia de un incumplimiento del contrato de fideicomiso de garantía determina quién será el beneficiario, lo que permite calificar al beneficiario como condicional y alternativo. Para ejemplificar lo anterior, supongamos que el contrato de fideicomiso de garantía sigue su curso y se extingue debido al pago de la deuda, según los términos y condiciones acordados. En este caso, el deudor se convierte en el beneficiario del fideicomiso (beneficiario 1). Por el contrario, si el deudor no cumple con el pago de la deuda o no cumple con lo establecido en el contrato, el acreedor se convierte en el beneficiario de los bienes en el patrimonio fiduciario (beneficiario 2). Cabe destacar que los beneficiarios no son sucesivos ni suplentes uno del otro, sino que son alternos porque dependen de un hecho incierto¹⁷.

A. Si el contrato sigue su curso y el fideicomitente/deudor cumple con las obligaciones pactadas



B. En caso de incumplimiento por parte del fideicomitente/acreedor



¹⁶ La indeterminación del beneficiario no significa que no sea individualizado. La identidad del beneficiario (ambos) debe constar en las cláusulas del fideicomiso según lo estipulado en el artículo 9 de la Ley 1 de 1984 con su modificación.

¹⁷ El incumplimiento de lo acordado en el contrato fiduciario.

Se clasifica el incumplimiento del contrato como una condición necesaria para adquirir el cargo de beneficiario, ya que es “*el requisito necesario para la existencia de cierta relación jurídica*”¹⁸. Sin esta condición, no se podría definir quién es el beneficiario del fideicomiso de garantía. La existencia del vínculo jurídico ya sea fiduciario-beneficiario 1 o fiduciario-beneficiario 2, depende estrictamente de lo que se pactó en el contrato de garantía fiduciaria como un incumplimiento. Esto convierte al beneficiario en condicional, pues depende de una condición específica que determina si uno u otro beneficiario recibe los bienes fideicomitados. En nuestro caso, para que el deudor sea el beneficiario del fideicomiso de garantía, la condición –principal– estipulada en el contrato es el pago de la deuda, de ahí el cumplimiento del contrato y extinción de este. Por otro lado, para que el acreedor sea beneficiario, la condición es el incumplimiento de lo pactado.

En otras palabras, la alternabilidad del beneficio en el contrato de fideicomiso de garantía es definida y dependiente de la ocurrencia de un hecho incierto. Al establecer que el beneficiario es alterno, no nos referimos a que posee o es producto de una obligación alternativa mencionada en nuestro Código Civil¹⁹, sino al concepto común del término “uno sí y otro no”²⁰. Esta alternabilidad es a la que nos referimos. La alternabilidad del beneficiario del fideicomiso de garantía no tiene relación con las obligaciones que tiene el fiduciario, sino en definir a quién el fiduciario debe entregar el bien.

En nuestro caso, para que el deudor sea el beneficiario del fideicomiso de garantía, la condición –principal– estipulada en el contrato es el pago de la deuda, de ahí el cumplimiento del contrato y extinción de este. Por otro lado, para que el acreedor sea beneficiario, la condición es el incumplimiento de lo pactado. O es el deudor o es el acreedor y esto está condicionado al pago (o no pago) de la deuda.

Si bien existe una indeterminación sobre quién es el beneficiario al momento de pactar el fideicomiso, la identificación del beneficiario es necesaria. En el contrato de fiducia, se debe detallar quienes son los beneficiarios y cómo se adquiere la condición de beneficiario. En nuestro caso, en el escenario A: para que el deudor sea el beneficiario del fideicomiso de garantía, la condición –principal– estipulada en el contrato es el pago de la deuda, de ahí el cumplimiento del contrato y extinción de este. En cuanto al escenario B: para que el acreedor sea beneficiario, la condición es el incumplimiento de lo pactado. Aquí, se refleja la condicionalidad de los beneficiarios y su alternabilidad.

Por último y situándonos en el escenario B, una vez ocurra el incumplimiento del contrato por falta de pago, el fiduciario (según lo pactado) procede a liquidar la masa fiduciaria y saldar lo adeudado al acreedor. Siendo esto una de las ventajas de los fideicomisos, la eficiente liquidación del patrimonio.

Sin embargo, en el segundo uso indebido del fideicomiso, los abogados, en la práctica panameña, suelen omitir esta distinción. Se ignora la posibilidad de restitución del bien al deudor-fideicomitente. Los contratos no mencionan en sus cláusulas la restitución del bien en caso de cumplimiento del pago y definen “beneficiario” como el acreedor, obviando el claro derecho de devolución del bien en caso del pago. Es una mera desnaturalización doctrinal del fideicomiso. Lo cual pudiese afectar al fideicomitente/deudor, pues no consta en el documento la devolución del bien.

¹⁸ RODRÍGUEZ ARIAS, Lino (1963): *Derecho de Obligaciones* (Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado), p. 175.

¹⁹ Panamá, Código Civil (22/08/1916), art. 1018 (*el obligado alternativamente a diversas prestaciones debe cumplir por completo una de éstas. El acreedor no puede ser compelido a recibir parte de una y parte de otra*).

²⁰ Según el Diccionario de la Real Academia Española.

Conclusión

Si bien se describieron dos usos indebidos del fideicomiso, principalmente en su modalidad de garantía en la plaza panameña, una impacta más que la otra. Siendo la falsa o falta de transferencia del vehículo a motor a la patrimonio fiduciario, simplemente por el hecho que el fideicomiso no tendría objeto alguno de ser, y la normativa es clara en establecer la necesidad del traspaso del derecho de propiedad y el cómo se debe realizar este. Por otro lado, en cuánto a los beneficiarios, es más un uso indebido doctrinal, pues se obvia en la práctica la existencia del acreedor como beneficiario y se infiere la restitución del bien.

La utilización doctrinal y normativa correcta del fideicomiso permite ampliar su uso y la capacidad de facilitar a los acreedores su derecho de acreencia, ya que, un tercero ajeno al deudor es quién garantiza los bienes, por tanto, la capacidad de saldar lo adeudado en caso de incumplimiento por falta de pago. El hecho que el fideicomiso esté siendo desvirtuado permite, incluso, que se permita argumentar que no existe un contrato válido celebrado entre las partes.

La exclusión de accionistas por solvencia moral de una sociedad propietaria de banco y con valores registrados. Comentarios al Acuerdo de la Superintendencia de Bancos de Panamá 2-2023 sobre gobierno corporativo, integridad y solvencia moral*

DR. CARLOS BARSALLO^ψ

*Autor para Correspondencia. carlosbarsallo@hotmail.com

Recibido: 08 de junio de 2023
Aceptado: 11 de julio de 2023

Resumen

La presente ponencia explora las implicaciones jurídicas del Acuerdo No. 2-2023 de la Superintendencia de Bancos de Panamá que incorpora al régimen regulatorio bancario, requisitos relativos a la solvencia moral para los accionistas de entidades bancarias reguladas en Panamá. Se describe los estándares análogos internacionales sobre la idoneidad que deben tener los accionistas de entidades bancarias reguladas; así como los estándares legales internos de idoneidad que aplican al Superintendente de Bancos y a los miembros de la Junta Directiva de la Superintendencia de Bancos; y los estándares legales internos sobre idoneidad de accionistas de entidades reguladas en el mercado de valores. Propone evitar un trato desigual al dejar en responsabilidad de los reguladores bancarios, y no de los regulados, la decisión sobre qué se considera solvencia moral y cuándo aplicaría.

Palabras clave: gobierno corporativo, solvencia moral, idoneidad, parámetro *fit and proper*, regulador bancario, regulado bancario, exclusión de accionista.

* Ponencia dictada el 27 de abril de 2023 en el Webinar: Implicaciones Prácticas, Legales y Constitucionales del Acuerdo 2-2023 de la Superintendencia de Bancos de Panamá, organizada por la Universidad Católica Santa María La Antigua y World Compliance Association, Capítulo de Panamá.

^ψ Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas (Universidad de Panamá, Summa Cum Laude), Maestría en Derecho (University of Pennsylvania), Maestría en Derecho Comercial (Universidad París II), Doctor en Derecho (Universidad Complutense de Madrid, cum laude), expresidente de la Comisión Nacional de Valores de Panamá, exsocio de riesgo, ética de independencia en compañía firma de servicios profesionales “big four”, abogado con 34 años de experiencia, exprofesor de derecho de sociedades y ética bancaria.

Abstract

This presentation explores the adoption of bank shareholder's moral solvency standard by the Panamanian Banking Superintendency and its legal consequences to the compliance practice. It also describes the similarities of international fitness standards adopted by the Basel Committee on Banking Supervision; the domestic fitness standards applied to the Panamanian Banking Superintendency principal officers; and the domestic fitness standard of public markets company's shareholders, compared to the Banking Superintendency regulations. The presentation proposes that the banking regulators, not the banking entities, should determine what must be considered moral solvency, to protect equal treatment among shareholders.

Keywords: corporate governance, moral solvency, fitness, fit and proper standard, banking regulator, banking entity, shareholder exclusion.

Dentro del contexto del Acuerdo de la Superintendencia de Bancos de Panamá (en adelante, "SBP") identificado como el número 2 del año 2023, se tratarán los siguientes aspectos: los conceptos *fit and proper*; las reglas vigentes en materia bancaria en Panamá; las reglas vigentes para el propio regulador de banca (SBP) en Panamá; la creación de un sistema de auto regulación controlado; y algunos problemas prácticos y jurídicos.

1. *FIT AND PROPER TEST* PARA BANCA, PRINCIPIOS DE BASILEA.

En lo medular estos Principios/Guías de Basilea señalan que:

“Los accionistas cuyas participaciones superen los umbrales especificados y/o que ejerzan una influencia significativa en las entidades reguladas de ese conglomerado deben cumplir las pruebas de idoneidad, propiedad u otras pruebas de cualificación de los supervisores”.¹

Se observa que no se trata de cualquier accionista. No se trata de accionistas que no ejercen influencia significativa o que no tengan el porcentaje específico que señale la ley aplicable.

“Las pruebas de idoneidad, propiedad u otras cualificaciones deben aplicarse en la fase de autorización y, posteriormente, cuando se produzcan determinados acontecimientos”.²

Se observa que es un proceso continuo para el regulador. Comienza con la licencia, pero no termina con el otorgamiento de la licencia. El proceso queda sujeto a que se produzcan determinados acontecimientos a lo largo de la vida de la organización que deben estar previa y claramente indicados en la ley.

¹ BASEL COMMITTEE PUBLICATIONS: *Fit & Proper Principles Paper*, Febrero de 1999, pp. 41.

² BASEL COMMITTEE PUBLICATIONS: *Fit & Proper Principles Paper*, Febrero de 1999, pp. 41.

“Los supervisores esperan que las entidades adopten las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las pruebas de idoneidad, propiedad u otras pruebas de cualificación de forma continuada”.³

La expectativa básica de los reguladores bancarios es que el banco adopte las medidas necesarias para concretamente garantizar que se cumplan en todo momento las pruebas de idoneidad previamente establecidas en la normativa bancaria.

“Los factores relativos a la evaluación de la idoneidad, propiedad u otras cualificaciones de los accionistas clave incluyen la reputación empresarial y la posición financiera, y si dicha propiedad afectaría negativamente a la entidad regulada”.⁴

Los factores incluyen: reputación empresarial, posición financiera, si la propiedad afecta negativamente al banco.

“Se reconoce que, además de los factores identificados en los apartados anteriores, la evaluación de la idoneidad, la propiedad y otras cualificaciones es una cuestión de juicio y que los supervisores pueden disponer de información adicional que pueden considerar caso por caso”.⁵

Finalmente concluyo que es una cuestión de juicio del regulador bancario. Los supervisores bancarios pueden considerar esto caso por caso. Los principios de *fit & proper* de la banca encuentran su símil en el mercado de valores.

En el documento: “*Fit and proper assessment. Mejores prácticas.*” Reporte Final IOSCO Diciembre 2009 se dispone, con algo más de detalle práctico y útil:

“3.2 Honestidad, integridad, imparcialidad y comportamiento ético.

Las personas claves que son honestas, diligentes e independientes, que actúan éticamente y con integridad y equidad son esenciales para la buena reputación y la fiabilidad de la industria de servicios financieros en general y de las entidades individuales en particular.

A la hora de determinar la honestidad, integridad y reputación del solicitante/persona clave, el Regulador Financiero podrá considerar, entre otras cosas, si el solicitante/persona clave ha sido condenado, mediante auto de procesamiento, por deshonestidad, fraude, blanqueo de capitales, robo o delito financiero en los últimos 10 años.

Esto puede ser considerado por el Regulador Financiero como un indicio de que una persona no es apta y adecuada y, en principio, impedirá que una persona ocupe un cargo como Persona Regulada.

³ BASEL COMMITTEE PUBLICATIONS: *Fit & Proper Principles Paper*, Febrero de 1999, pp. 41.

⁴ BASEL COMMITTEE PUBLICATIONS: *Fit & Proper Principles Paper*, Febrero de 1999, pp. 40.

⁵ BASEL COMMITTEE PUBLICATIONS: *Fit & Proper Principles Paper*, Febrero de 1999, pp. 40.

Cuando una persona tenga una condena que date de más de diez años, dicha información podrá ser notificada al Regulador Financiero. Las condenas o inculpaciones más antiguas serán revisadas por el Regulador Financiero para pronunciarse sobre la solicitud”.⁶

Llamo la atención que de lo indicado se observa claramente un elemento de temporalidad. La razón que afecta la honestidad, integridad y reputación del solicitante no es algo perpetuo. Se establece por normativa un plazo concreto. En este caso, los últimos 10 años antes de solicitar la licencia.

“El Regulador Financiero podrá tratar la solicitud de cada candidato caso por caso teniendo en cuenta la gravedad del delito y las circunstancias que lo rodean, la explicación ofrecida por la persona condenada, la relevancia del delito para la función propuesta, el tiempo transcurrido desde que se cometió el delito y las pruebas de la rehabilitación de la persona”.⁷

Un consejo útil y operativo, que evita subjetividades, sobre qué hacer y quién lo hace es el siguiente:

“Las evaluaciones de idoneidad deben realizarse preferiblemente con el uso de una lista de comprobación estandarizada y exhaustiva.

La unidad responsable y los miembros del personal deben mantener pistas de auditoría claras y documentos de apoyo sobre la evaluación de cada persona o entidad pertinente propuesta, los resultados, las medidas de seguimiento de cualquier irregularidad encontrada y la identidad del evaluador y el aprobador.

La evaluación deberá ser aprobada por un revisor independiente con un nivel razonable de antigüedad”.⁸

2. LAS REGLAS VIGENTES EN MATERIA BANCARIA EN PANAMÁ.

El Acuerdo SBP 2-2023 modifica y añade artículos al Acuerdo SBP 5-2011 sobre gobierno corporativo. Quiero contribuir con algo de contexto. Conviene recordar que el Acuerdo SBP 5-2011 viene a reemplazar el Acuerdo SBP 4-2001 de la SBP. Es decir, el tema del gobierno corporativo se regula en bancos en Panamá mediante acuerdo bancario desde el año 2001. Es decir, hace 22 años. No es desde 2011, como pudiera parecer.

El Acuerdo SBP 4-2001 se utilizó en un procedimiento sancionador seguido a un banco, por no cumplir con gobierno corporativo. El caso culminó en una multa administrativa por \$50 mil impuesta por la SBP al Banco Nacional de Panamá en el año 2002

A nivel normativo es curioso. Pero el fundamento legal expreso, o la mención por primera vez a gobierno corporativo en banca en Panamá, se da primero en el Acuerdo reglamentario SBP 4-2001 y

⁶ EMERGING MARKETS COMMITTEE OF THE INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SECURITIES COMMISSIONS: *Fit and Proper Assessment, Best Practice, Final Report*, December 2009, pp. 7-8.

⁷ EMERGING MARKETS COMMITTEE OF THE INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SECURITIES COMMISSIONS (2009), pp. 8.

⁸ EMERGING MARKETS COMMITTEE OF THE INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SECURITIES COMMISSIONS (2009), pp. 17.

no en la mal denominada “Ley Bancaria” que es el Decreto Ley 9 de julio de 1998. Fue con la reforma al Decreto Ley Bancario 9 de julio de 1998 que se introdujo, mediante otro Decreto Ley, el 2 de 22 de febrero de 2008, el requisito expreso para el solicitante de tener políticas de gobierno corporativo para solicitar licencia bancaria.

Las normas de rango legal (Decreto Ley 9 de 1998 como ha sido reformado) disponen concretamente en el tema que nos interesa:

“ARTÍCULO 47. SOLICITUD DE LICENCIA. Las solicitudes de licencias bancarias que se formulen al Superintendente deberán hacerse constar por escrito mediante apoderado legal.

La Junta Directiva establecerá los requisitos y demás condiciones que deben reunir los peticionarios a fin de obtener una licencia bancaria”.⁹

Conviene observar algo interesante. Si se revisa el listado de los apoderados legales que presentan las solicitudes de licencias para bancos, estos están limitados en la práctica a un número relativamente bajo. Adicionalmente, y sobre todo en el pasado, algunos de estos apoderados legales (firmas de abogados) han tenido miembros directos en la junta directiva del propio regulador que dicta el acuerdo sobre requisitos que deben reunir los peticionarios de licencia bancaria.

Esto deviene interesante ya que puede darse el caso (con harta frecuencia), en este tema de solvencia moral, que la firma de abogados peticionaria de la licencia para el futuro banco, y cuyo abogado ha podido ser también parte de la junta directiva del regulador bancario, es la primera persona que ha tenido que tratar o lidiar con el tema de la solvencia moral de los accionistas de su propio cliente, ahora solicitante de licencia bancaria.

No obstante, la licencia bancaria en todo caso la expide el Superintendente de Bancos y no la Junta Directiva de la SBP. La junta directiva de la SBP conoce las apelaciones de las decisiones del Superintendente de Bancos. La Junta Directiva de la SBP es quien dicta los acuerdos bancarios.

Los requisitos para obtener licencia bancaria están señalados en el artículo 48 del Decreto Ley Bancario y están desarrollados en el Acuerdo SBP 3-2001 sobre el cual comentaré más adelante.

“ARTÍCULO 48. CRITERIOS PARA LA APROBACIÓN O DENEGACIÓN DE LICENCIAS BANCARIAS. El Superintendente tendrá un plazo de hasta noventa días, contado a partir de la presentación completa de toda la documentación requerida por la Superintendencia, para aprobar o denegar la solicitud de licencia bancaria, en atención a los siguientes criterios:

- 1. Identidad de los accionistas principales e idoneidad del cuerpo administrativo con base en su experiencia, integridad e historial profesional.**

⁹ PANAMÁ, Decreto Ejecutivo No. 52 (30/04/2008), *que adopta el Texto Único del Decreto Ley No. 9 de 26 de febrero de 1998, modificado por el Decreto Ley No. 2 de 22 de febrero de 2008.*

2. Evidencia de la capacidad para aportar el capital mínimo exigido, cuyo origen deberá ser claramente determinable.
3. ...
4. Políticas de Gobierno Corporativo.
5. Cualquier otro criterio que el Superintendente o la Junta Directiva estime pertinente”.¹⁰ (Resaltado es mío).

La norma vigente, el artículo 48 del Decreto Ley Bancario, señala como uno de los criterios para la aprobación o denegación de licencia, revelar a la SBP la identidad de accionistas principales; y revelar a la SBP la idoneidad del cuerpo administrativo con base a su experiencia, integridad e historial profesional.

El Acuerdo de la SBP 3-2001 dictado por la Junta Directiva de la SBP desarrolla el tema así:

“ARTÍCULO 2: SOLVENCIA MORAL Y ECONÓMICA. Las personas naturales que soliciten licencia bancaria a la Superintendencia para un Banco constituido en el extranjero o como promotores de un nuevo Banco en proceso de formación, así como sus directores, dignatarios y **PRINCIPALES** accionistas deberán contar con una reconocida solvencia moral y económica.

En consecuencia, NO se concederá la licencia bancaria solicitada cuando cualquiera de las personas antes indicadas:

1. Haya sido condenada por: blanqueo de capitales, tráfico ilícito de estupefacientes, estafa, tráfico ilegal de armas, tráfico de personas, secuestro, extorsión, peculado, corrupción de servidores públicos, actos de terrorismo, tráfico internacional de vehículos, o por cualquier delito contra la propiedad o la fe pública;
2. Se encuentre impedida para ejercer el comercio, en Panamá o en otro país;
3. Haya sido declarada en quiebra o en concurso civil de acreedores; o
4. Haya sido identificada por la Superintendencia como responsable en el Banco de los actos que llevaron a la liquidación forzosa del Banco”.¹¹ (Resaltado es mío).

Para que la SBP pueda efectuar su labor de debida diligencia solicita:

“Generales de accionistas, directores y dignatarios del solicitante y de su Promotor: Información detallada y precisa que confirme fehacientemente la identidad, domicilio, dirección, nacionalidad (cédula de identidad personal y/o pasaporte), ocupación y porcentaje de participación en el capital de los accionistas del solicitante y de su promotor y sus directores y dignatarios, y la participación accionaria de estos”.¹²

¹⁰ PANAMÁ, Decreto Ejecutivo No. 52 (30/04/2008).

¹¹ PANAMÁ, Acuerdo No. 3-2001 de la Junta Directiva de la Superintendencia de Bancos (05/10/2001), *que establece los criterios básicos para solicitudes de licencia general, internacional o de representación.*

¹² PANAMÁ, Acuerdo No. 3-2001 de la Junta Directiva de la Superintendencia de Bancos (05/10/2001).

Es muy interesante observar lo siguiente:

“Cuando las acciones del solicitante o promotor **se negocien en bolsa con frecuencia**, la información requerida recaerá sobre los cinco (5) accionistas con mayor porcentaje de participación; ...”¹³(Resaltado es mío).

Es llamativa la referencia a que las acciones se negocien en bolsa con **frecuencia**. Esta calificación particular es curiosa. A *contrario sensu*, cuando dichas acciones no se negocien con frecuencia, lo cual puede suceder (y sucede) en mercado bursátil como el panameño, la información sería la de los accionistas principales, que señala la ley, norma de rango superior, sin indicar que son los 5 accionistas principales que señala el Acuerdo SBP 3-2001.

Para darle contenido práctico a estos comentarios, me permito en este punto hacer la siguiente acotación: las lecciones que se pueden aprender de mi experiencia. El 14 de febrero de 2008, mediante Resolución CNV 46-08 se admitió el desistimiento de la solicitud de licencia de una casa de valores. La empresa que quería la licencia de casa de valores desistió de la solicitud de licencia ya que se les informó desde la Comisión Nacional de Valores (en adelante, “CNV”), que presidía en ese momento, que la licencia les sería negada formalmente por contar en el expediente noticias negativas recibidas de Brasil que ponían en duda la solvencia moral de la entidad y de su accionista principal. Me retiré de la CNV en marzo 2008. En julio 2009, mediante Resolución CNV 237-09, el regulador de valores le otorgó al solicitante la licencia de casa de valores que nosotros le habíamos indicado a la entidad que no le daríamos. Ya la Superintendencia de Bancos (SBP) le había otorgado licencia bancaria a la entidad. Estas autoridades evidentemente no tenían ninguna duda/evidencia sobre la solvencia moral de la entidad y de su accionista principal.

Lo más interesante pasó después. La Superintendencia de Bancos (SBP), mediante la Resolución SBP-0057- 2017 de 7 de abril de 2017 ordenó la liquidación forzosa administrativa del banco. No fue posible evitar su quiebra, que es lo que significa una liquidación forzosa administrativa con otro nombre, por más que se intentó. Los problemas vinieron de afuera, como habían venido las noticias iniciales que ponían en duda la solvencia moral de la entidad y de su accionista principal. Concluyo en este punto, que se requiere consistencia y coherencia. Se debe evitar la selectividad y la idea de que es negocios, antes que nada. Todo lo anterior se encuentra documentado y es público.

Retomando el tema normativo debo recordar que el Decreto Ley Bancario, artículos 107 y 108, dispone quién no puede ser director o gerente de banco. Por ejemplo, quien ha sido condenado por cualquier delito contra la propiedad o la fé pública, por faltas graves en el manejo del banco. Es un menú limitado. Es una lista cerrada establecida por Decreto Ley Bancario. La Junta Directiva de la SBP es quien rehabilita. Es decir, es quien dice cuándo, y luego de haber hecho determinados actos, la persona en su momento inhabilitada puede ser nuevamente director o gerente de un banco. Se torna subjetivo de no fijarse parámetros previamente y con rango legal.

¹³ PANAMÁ, Acuerdo No. 3-2001 de la Junta Directiva de la Superintendencia de Bancos (05/10/2001).

El artículo 16 del Decreto Ley Bancario señala que el Superintendente puede instruir a los bancos para la remoción de sus directivos, dignatarios, ejecutivos, si a su juicio, hubiere mérito para ello. Igualmente, se torna subjetivo de no fijarse parámetros previamente y con rango legal.

Tampoco puede ser director o administrador de un banco quien haya participado en la administración o dirección de un banco al cual se le ordenó por el regulador (SBP) su liquidación forzosa. Es, como se observa, un menú limitado que viene dado en la normativa legal.

En atención a que en varias de las normas citadas se combina un menú limitado sobre quién no puede ser director o gerente de un Banco, con amplia discreción del regulador bancario (SBP), cobra especial importancia que el propio regulador goce de la mayor y más intachable reputación y confianza posible.

Vale la pena recordar cuáles son las reglas de solvencia moral para el propio regulador. Es decir, cuáles son las reglas en materia de integridad y solvencia para ser miembro de la Junta Directiva de la SBP y Superintendente de Bancos.

3. LAS REGLAS VIGENTES PARA LA SUPERINTENDENCIA DE BANCOS EN PANAMÁ.

El Decreto Ley Bancario señala:

“ARTÍCULO 9. REQUISITOS PARA SER DIRECTOR. Para ser miembro de la Junta Directiva se requiere:

1. ...
2. No haber sido condenado por autoridad competente por delito doloso.
3. No haber sido inhabilitado por la Superintendencia o por la Comisión Bancaria Nacional para ejercer como funcionario bancario.
4. No haber sido declarado judicialmente en quiebra ni en concurso de acreedores, o encontrarse en estado de insolvencia manifiesta”¹⁴.

“ARTÍCULO 14. REQUISITOS PARA SER SUPERINTENDENTE. Para ser Superintendente se requiere:

1. ...
2. No haber sido condenado por autoridad competente por delito doloso.
3. No haber sido inhabilitado por la Superintendencia o por la Comisión Bancaria Nacional para ejercer como funcionario bancario.
4. No haber sido declarado judicialmente en quiebra ni en concurso de acreedores, o encontrarse en estado de insolvencia manifiesta”¹⁵.

Curiosamente no se hace mención de la integridad ni de la solvencia moral como requisito para ser Superintendente o director de la Junta Directiva. Por su parte las causales de remoción, tanto para miembro de la Junta Directiva como para Superintendente, son:

¹⁴ PANAMÁ, Decreto Ejecutivo No. 52 (30/04/2008).

¹⁵ PANAMÁ, Decreto Ejecutivo No. 52 (30/04/2008).

“ARTÍCULO 18. CAUSALES DE REMOCIÓN. La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia podrá ordenar la remoción de un miembro de la Junta Directiva o del Superintendente que incurra en alguna de las causales siguientes:

1. Incapacidad permanente para cumplir sus funciones.
2. Declaración de quiebra o concurso de acreedores o el estado de insolvencia manifiesta.
3. Incumplimiento de los requisitos establecidos para su escogencia como director o Superintendente.
4. Falta de probidad en el ejercicio de sus funciones”¹⁶

Aquí sí se observa el uso de un concepto de probidad. La probidad es el actuar con rectitud, integridad, honradez. Por lo que el acto de sustraer, sin el debido permiso, algo de la empresa, que no le pertenece atenta contra todo el orden y principio de la buena fe. "Toda falta de probidad no es un delito, pero todo delito es falta de probidad."¹⁷

Sería coherente entender que, en materia de integridad y solvencia moral del regulador, las reglas podrían (deberían) ser parecidas, y nunca menos, a las que se les imponen a sus regulados.

4. LA CREACIÓN DE UN SISTEMA DE AUTO REGULACIÓN CONTROLADO.

Soy de la opinión que con el nuevo Acuerdo SBP 2-2023 se hace responsabilidad de la entidad bancaria y de la propietaria de las acciones de bancos el velar por la solvencia moral de sus propios accionistas. Con ello se crea un sistema de auto regulación controlado en una materia en que debía prevalecer únicamente la norma legal previa y claramente establecida.

En el Acuerdo SBP 2-223 no se dan parámetros concretos u objetivos como los señalados en la norma legal bancaria ni en el acuerdo reglamentario de solicitud de licencias, todas normas ya citadas anteriormente. Esto puede generar incertidumbre y trato desigual. Estas reglas de solvencia moral pueden funcionar sin dificultad cuando el problema no es el accionista controlador. Pero el funcionamiento de dichas reglas es complejo cuando es el propio accionista controlador quien se tiene que auto regular.

El tema de dar licencia bancaria es una función y deber legal primario de quien emite la licencia para operar y supervisa permanentemente a la entidad, es decir el regulador bancario. La emisión y mantenimiento de licencias bancarias no es un tema primario de auto regulación. Es el regulador bancario el que debe indicar previa y taxativamente quien NO puede ser accionista de un banco. Los criterios para ello NO DEBEN SER DEL REGULADOR deben estar los previstos en la ley y ser aplicables a todos por igual.

¹⁶ PANAMÁ, Decreto Ejecutivo No. 52 (30/04/2008).

¹⁷ Tribunal Superior de Trabajo del Primer Distrito Judicial, 30/04/1993, (*GREGORIO ÁBREGO VS SWIFT & CO.*), *Jurisprudencia Laboral*, Sistemas Jurídicos, S.A., p. 77.

En el sistema actual, para poder ajustarse a las generalidades que dispone el Acuerdo SBP 2-2023, se van a requerir reformas a los pactos sociales de las entidades bancarias y las sociedades propietarias de acciones de banco. El regulador bancario ejerce un control legal y operativo sobre estos pactos y sus reformas. Mantiene un control que involucra en lo operativo a los Notarios y al Registro Público. El regulador bancario interviene *a priori* al involucrarse en el contenido de los pactos sociales y conoce que se señala en cuanto a los derechos y deberes de los accionistas (temas corporativos). Y en el caso objeto de estos comentarios conoce especialmente en el tema de una eventual exclusión de accionistas.

La norma legal, artículo 44 Decreto Ley bancario sobre control del pacto social de bancos y propietarias de bancos, dispone:

“PARÁGRAFO. Se prohíbe a los notarios la autorización de escrituras o copias de éstas, actos, declaraciones o instrumentos peculiares a su oficio y autenticaciones de firmas que contravengan lo dispuesto en este artículo. Igual prohibición se hace al Registro Público de Panamá en cuanto a sus inscripciones, estando el Director General del Registro Público obligado a informar a la Superintendencia la existencia de cualquier inscripción que pueda estar en contravención con las disposiciones del presente artículo.

El Superintendente deberá evaluar el informe y ordenar la anotación de una marginal en la inscripción de cada sociedad que hubiese violado las normas establecidas en este Decreto Ley y, luego de transcurridos sesenta días calendario de la fecha de la correspondiente anotación, la sociedad afectada queda disuelta de pleno derecho o inhabilitada para efectuar negocios en Panamá, según se trate de una sociedad panameña o extranjera”.¹⁸

Salvo los temas de negocios y deseos de hacer un proyecto de negocios en conjunto (*affectio societatis*, de poca aplicación en sociedades anónimas bancarias y menos en las que cotizan), no son los propios bancos los que determinan quién puede ser su accionista, director o administrador de un banco para obtener y mantener una licencia. Eso lo hace el regulador bancario en ejecución de lo que dice, faculta y le requiere la ley. Actuar, así como dispone el Acuerdo SBP 2-2023, responde a un modelo de auto regulación. Se busca que el banco se auto regule; y lo que haga el banco concretamente, que es el detalle, viene impulsado o motivado por la regulación.

Se usa como argumento para la exclusión de accionistas por solvencia moral el tema de mitigación de riesgos, entre el reputacional y riesgo de afectaciones en los negocios por ser incluido, por ejemplo, en listas que impidan el normal desarrollo de operaciones y negocios con ciertos mercados, no el local, curiosamente. Desde que se habla de riesgos se introducen los conceptos de apetito y tolerancia al riesgo. Eso depende de cada entidad bancaria. Por ello, se requiere la fijación de criterios objetivos por el regulador bancario para tener un punto de partida. Se argumenta también protección del sistema bancario. Eso corresponde primariamente al regulador, no a las entidades bancarias por sí mismas.

El problema de esto son las subjetividades. La falta de criterios objetivos previamente fijados que brinde una norma legal. Los criterios deben ser los mismos que los establecidos en la ley para dar la

¹⁸ PANAMÁ, Decreto Ejecutivo No. 52 (30/04/2008).

licencia y para mantenerla. No pueden ser distintos. Por ejemplo, el debate concreto lo vive todos los días cualquier oficial de cumplimiento cuando se enfrenta al área de negocios que desea traer un cliente a toda costa ya que representa ganancias, repercute en los bonos anuales y las compensaciones extraordinarias. El oficial de cumplimiento se debate: ¿basta meras acusaciones o se requieren condenas en firme? ¿Qué tipo de delitos todos, o algunos? ¿Se incluye faltas administrativas? Y ¿Por cuánto tiempo?

De acuerdo con el sistema actual regulatorio bancario del Decreto Ley Bancario y el Acuerdo SBP 3-2001, la respuesta es que no basta meras acusaciones. Pero, el Acuerdo SBP 2-2023 hace variar esto.

Para toda autoridad prevalece el principio constitucional contenido en el artículo 22 de nuestra Constitución que dispone que las personas acusadas de haber cometido un delito tienen derecho a que se presuma su inocencia mientras no se prueba su culpabilidad en juicio público que le haya asegurado todas las garantías establecidas para su defensa.¹⁹ Este principio está contenido igualmente en el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.²⁰ Es difícil mantener un discurso de respeto a los derechos humanos sin tener este principio en consideración. Este principio rige a la autoridad. Por ello, las limitaciones para establecer normas legales y reglamentarias que den como resultado directo una especie de sanción previa sin haber sido procesado. Por ello se acude a este sistema que podemos denominar indirecto.

Entre privados (accionistas) puede argumentarse la autonomía de la voluntad y la libertad contractual, cuidando que no se generen discriminaciones. Una especie de reserva del derecho de admisión siempre que la exclusión del accionista se fundamente en condiciones objetivas que están bien advertidas desde un inicio de la relación y estén muy bien divulgadas. Este principio de información previa y el principio de divulgación son fundamentales.

El sistema panameño como viene actualmente planteado con este nuevo Acuerdo SBP 2-2023 presenta una especie de híbrido. El regulador bancario no toma la medida directa que afecte por su acto administrativo a una persona. Ni siquiera la contempla expresamente por su nombre en su menú. En su lugar, deja el tema al regulado a quien le invita/requiere a establecer políticas y procedimientos, no le dice cuáles y a tomar medidas, tampoco le dice cuáles. El abanico puede ser amplio y no necesariamente conllevan la expulsión de un accionista. Por ejemplo, podría establecerse un fideicomiso ciego en el cual se entregan las acciones del afectado mientras se da un desenlace, sin que se le excluya necesariamente como accionista. Ya lo vivimos en un caso emblemático de un banco panameño.

Si, por continuar la discusión se argumenta que basta acusaciones se requiere responder preguntas adicionales: ¿Qué tipo de acusaciones? ¿De medios de comunicación? ¿Qué medios de comunicación? ¿De gobiernos? ¿Qué gobiernos? ¿Unos gobiernos sí y otros no? ¿Estar en listas? ¿Qué listas? Esto debe precisarse y sobre todo una vez precisado aplicarse a todos por igual, incluido el regulador mismo.

Bajo el paraguas y excusa de gobierno corporativo se amparan muchos cambios que no son necesariamente los establecidos expresamente en ninguna norma. Por ejemplo, se cambia de auditores

¹⁹ PANAMÁ, *Constitución Política* (11/10/1972)

²⁰ CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (22/11/1969)

y se alega seguir buenas prácticas de gobierno corporativo. Cuando la realidad es que el sistema legal panameño vigente contempla es la rotación del equipo de auditoría y no del auditor o firma de auditores. Cuando no se quiere adoptar alguna medida se dice que la norma no lo requiere.

No se debe usar a conveniencia el gobierno corporativo. Así se torna en un concepto amplio y etéreo. Es el problema en materia prevención de blanqueo y otras actividades ilícitas que se está presentando con el llamado *de risking*. La estrategia del Departamento del Tesoro de Estados Unidos de abril 2023, en un estudio de 54 páginas trata el *de risking*. El *de risking* no es más que la práctica de las instituciones financieras de terminar o restringir relaciones de negocios de forma indiscriminada con amplias categorías de clientes en lugar de analizar y manejar los riesgos de los clientes de una manera focalizada y específica. No es una práctica consistente con sistema basado en riesgo que está en el marco regulatorio anti-blanqueo de capitales.

5. PROBLEMAS PRÁCTICOS Y JURÍDICOS.

En este tema de la solvencia moral e integridad hay varios componentes. Primeramente, el administrativo-regulatorio. Como señala el catedrático de derecho mercantil ya fallecido Fernando Sánchez Calero, mi profesor en el doctorado de derecho, el derecho administrativo interviene cada vez más en el derecho corporativo y altera las reglas. Hay que ver distintas especialidades para tener en cuenta todos los aspectos.

Un banco es una sociedad anónima. Primer conjunto de reglas que le aplica es la Ley 32 de 1927. Ley que en muchos casos guarda un silencio que ensordece. Es el caso de la expulsión de accionista. En derecho panameño algunas normas del Código de Comercio cuya vigencia se han reestablecido también inciden. Esta es la Ley 9 de 1946. El Código de Comercio en su artículo 507 contempla la exclusión de accionista. Se discute si la norma es aplicable a las sociedades anónimas en general por la derogatoria general que hizo la ley de sociedades anónimas. Se ha entendido por la doctrina y jurisprudencia de que el artículo 507 del Código de Comercio sobre exclusión de accionistas le aplica a las sociedades anónimas.

“Artículo 507. El retiro de un socio podrá también tener lugar:

1. Por su exclusión;
2. Por su muerte, a menos que conforme el contrato hubiera de continuar la sociedad con los sucesores;
3. Por su quiebra;
4. Por su incapacidad”.²¹

En un arbitraje privado sobre un caso de una sociedad panameña y accionistas mayoritario y minoritario se han discutido los siguientes puntos muy específicos al caso concreto.

1. Si un accionista en una sociedad anónima cerrada puede ser expulsado por la mayoría. Se ha concluido que le aplica el artículo 507 del Código de Comercio que permite la exclusión.
2. Se ha establecido que se requiere justa causa. En el caso del arbitraje se han alegado y probado acciones obstruccionistas por el minoritario que tienen efecto que la sociedad no puede funcionar de manera ordenada. El accionista ha promovido una serie de demandas y acciones

²¹ PANAMÁ, *Código de Comercio* (22/08/1916)

legales, ha demandado judicialmente la disolución de la sociedad. Estas acciones, se ha indicado, revelan una ausencia obvia de *animus societatis* frente a sus socios y la falta de interés de continuar los negocios de la sociedad. Se ha querido la disolución de la sociedad y la destrucción del objeto cuyo desarrollo y funcionamiento es el objeto principal de la sociedad.

3. Dicha sociedad tiene un acuerdo de accionistas que contempla resolución de controversias mediante arbitraje.

Normas administrativas cambian, en caso de bancos, las reglas generales societarias. El Decreto Ley Bancario nada señala en este tema de exclusión de accionistas. Hasta el Acuerdo SBP 2-2023 no se había tratado el tema. El Acuerdo SBP 2-2023, como ya he explicado, no lo trata de forma expresa ni directa. Lo hace de forma indirecta y por insinuaciones. Los acuerdos del regulador bancario deberían pasar por consulta pública previa. De esta manera se conoce y discute previamente su alcance e intención.

Si además, la sociedad objeto de análisis es una empresa que tiene valores registrados en el regulador de valores, un emisor registrado, otras normas le aplican y afectan su régimen corporativo. El Decreto Ley 1 de 1999 que regula el mercado de valores tiene un mecanismo para la compra de acciones a los accionistas que incluyen la OPA u oferta pública de adquisición de acciones. Aquí se ve a la sociedad como emisora, no como sujeto regulado con licencia bancaria. Adicional los intereses incluyen proteger a los inversionistas y la transparencia del mercado. Incide, por ejemplo, en lo societario en que las cláusulas de suscripción preferente y derecho de tanteo no son de aplicación en emisores registrados ya que son contrarias a la negociación pública de valores en mercados abiertos. En adición, si la sociedad cotiza en bolsa otras reglas privadas le aplican, es decir las reglas de la bolsa de valores concreta en que cotice.

En cuanto al derecho comercial se puede indicar que es legal que un pacto social contenga detalles sobre en qué momento y razones se excluye a un accionista. El accionista que forma parte de la sociedad, con ese pacto previamente conocido, sabe cuáles son las reglas desde el día uno y a ellas se somete cuando se convierte en accionista. Más complicado es el tema de la modificación del pacto social posteriormente para incluir *a posteriori* el tema de la exclusión de un accionista. En Panamá existe una norma del Código de Comercio, aplicable a las sociedades anónimas panameñas, que indica:

“Artículo 417. La Asamblea General de Accionistas constituye el poder supremo de la sociedad anónima, pero en ningún caso podrá por un voto de la mayoría privar a los accionistas de sus derechos adquiridos ni imponerles, salvo lo dispuesto en el presente Código, un acuerdo cualquiera que contradijere los estatutos”.²²

En caso sencillo, no sería posible que la mayoría prive al accionista de su derecho adquirido de accionista.

Si la razón formal obedece a un requerimiento regulatorio, el análisis requiere varios aspectos adicionales. El requerimiento regulatorio debe ser expreso. No ambiguo ni sobrentendido. El mismo debe ser claro en lo que conlleva. No puede ser ambiguo o genérico. De ser ambiguo permitiría otras opciones distintas a la exclusión. El establecimiento de políticas y control de riesgos abarca muchas

²² PANAMÁ, *Código de Comercio* (22/08/1916)

posibilidades. El regulador bancario puede directa o indirectamente requerir la expulsión. Su acto sería un acto administrativo revisable en Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

Si el regulador bancario no entra en detalle surge un tema importante a tratar que es la forma de la exclusión. En caso de sociedades cotizadas el precio de la acción se entiende dado por el mercado en el cual cotiza. Las acciones deberían pasar por bolsa por varias razones. Primero por transparencia. Segundo, mejor formación de precios lo que es más justo en teoría. En el derecho panameño hasta el año 2000, empresas que cotizaban en bolsa tenían en sus pactos las cláusulas de derecho de tanteo y derecho de suscripción preferente. Estas cláusulas son típicas de sociedades cerradas. No van acorde con sociedades que cotizan en bolsa.

Otra distorsión práctica que se produce por particularidad panameña es que de no hacerse la transacción por bolsa se vuelven gravables las ganancias obtenidas y no deducibles las pérdidas sufridas, según fuera el caso. Esto puede perjudicar al accionista excluido y se convierte en una penalización adicional. No solo se le excluye, sino que el pago por sus acciones no es necesariamente el óptimo y debe considerar las implicaciones fiscales.

Excluir al accionista conlleva pagarle el precio por su acción. La acción la debe poder adquirir cualquiera en bolsa, no se limita a la propia entidad emisora. Esa adquisición por la propia sociedad puede afectar el capital. No se requiere que se reduzca el capital, otra consecuencia potencial no deseada. Con otro accionista se mantiene la capitalización al reemplazarse el accionista por otra persona y mantenerse su aporte al capital.

6. RECORDATORIO DE IDEAS GENERALES DE DERECHO SOCIETARIO.

Las sociedades son o de personas o de capital. Es la teoría. En la primera hay el *affectio societatis*. Grupo de personas que se conocen quieren hace una sociedad y les interesa las cualidades personales de cada socio. En las sociedades de capital, teóricamente la persona no interesa sino el capital. No interesa ya que la norma establece el principio de responsabilidad limitada. El accionista solo responde por lo que no haya pagado de acciones, no más. En casos de aumento de capital en condiciones normales, el accionista no está obligado legalmente a hacerlo. Ni siquiera en los bancos con licencia bancaria.

No hay procedimiento ejecutivo para hacer que se ponga el dinero necesario para un aumento necesario de capital. Las consecuencias de no hacerlo están previstas en la liquidación forzosa administrativa. Muchos accionistas no quieren poner más capital aun cuando se les requiere y llevan al banco a su liquidación forzosa administrativa. Si fuese una obligación legal, el regulador bancario podría ordenar que se haga el aumento y afectar los bienes personales del accionista.

Expongo un ejemplo de protección de accionistas en el derecho comparado cuando se usa una excusa externa para tomar una medida corporativa. En Panamá la protección del accionista minoritario es débil. Tanto en norma como en aplicación judicial práctica.

A continuación, un ejemplo muy reciente que se puede relacionar con el supuesto de usar como razón para actuar un factor externo a la sociedad y como los tribunales, protegiendo al accionista minoritario,

analizan la situación y logran que la protección sea efectiva, sin dejar de cumplir con el factor externo, de interés para terceros.

La reciente sentencia del Tribunal Supremo Español (TS) de 11 de enero de 2023 confirma el reparto de un 75% de los beneficios de una sociedad a pesar de que la mayoría del capital acordó destinarlos íntegramente a reservas.²³ Lo novedoso de la sentencia no es que deje sin efecto el acuerdo, sino que determina el importe exacto que debe ser repartido entre los socios. Para entender la sentencia debemos resumir el supuesto de hecho enjuiciado. Se trata de una sociedad con dos socios al 51% y 49% que acordó, por mayoría, destinar a reservas la totalidad de los beneficios obtenidos en dos ejercicios contables. La demanda de impugnación del socio minoritario, quien reclamaba el reparto de la totalidad de los beneficios obtenidos, fue estimada en apelación por la Audiencia Provincial de la Coruña (AP), que acordó además el reparto del 75% de esos beneficios.

La sociedad demandada recurrió ante el Tribunal Supremo basándose en las siguientes cuestiones. Argumentó que la sociedad no podía repartir dividendos por ser parte en un contrato de refinanciación que lo prohibía expresamente y por considerar que la impugnación de acuerdos solo puede llevar a la nulidad del acuerdo, pero no a la fijación de la concreta cantidad a repartir, por ser ésta una facultad de la Junta General, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 273 de la Ley de Sociedades de Capital.

El Tribunal Supremo desestima los recursos en base a los siguientes argumentos:

En cuanto a la adopción del acuerdo impuesto por la mayoría de forma abusiva: tanto la AP como el TS, entendieron que, a pesar de que la sociedad era parte en un contrato de refinanciación que le prohibía repartir dividendos, ello no constituía una imposibilidad para repartir dividendos por cuanto las reservas de la sociedad eran altamente superiores al importe garantizado en el contrato.

En cuanto a la acción ejercitada por el socio minoritario: La sociedad cuestionó la legitimidad del minoritario quien pudo ejercitar la acción de separación del 348 bis, en vez de impugnar los acuerdos sociales. Ante este argumento el TS aclara diciendo que el 348 bis no es el único “remedio del minoritario” quien también puede impugnar los acuerdos sociales si estos son adoptados en claro abuso de la mayoría.

Finalmente, en cuanto a la supuesta injerencia en la voluntad de la Junta General: el TS responde que la fijación de la cantidad concreta que debe ser repartida no es “una suplantación de la voluntad de la Junta” sino la protección efectiva del derecho del minoritario a percibir beneficios, por cuanto limitarse a declarar la nulidad de los acuerdos solo supondría dejar la decisión nuevamente en manos de la Junta, esto es, del socio mayoritario”.

7. CONSIDERACIONES FINALES.

Los acuerdos de la SBP se beneficiarían de seguir el procedimiento administrativo de consulta pública para la adopción de acuerdos. Ello ayudaría a que hubiese una participación y consulta en etapa previa.

²³ ESPAÑA, STS 9/2023.

Se aclararían dudas. El plazo de 9 meses de adecuación que contiene el Acuerdo SBP 2-2023 no sustituye a la consulta. Responde al hecho corporativo de que la mayoría de las sociedades bancarias van a requerir reformas a sus pactos. En lo privado así sucedió con los contratos, por ejemplo, de auditoría externa en caso de cliente que fue incluido en la Lista Clinton.

En cuanto al interés del equipo técnico de los bancos de cómo hacer bien el trabajo. Es conveniente recordar en resumen final lo siguiente. Los verbos rectores del Acuerdo SBP 2-2023 son: asegurar, deben asegurarse; adoptar, adoptar políticas que permitan identificar, evaluar y monitorear; tomar medidas establecidas en la política, (no se indica cuáles); e informar motivos que sustentaron medida al regulador.

Podemos indicar que sería bueno que los oficiales de cumplimiento tuviesen acceso al registro privado y único de beneficiarios finales creado por la Ley 129 de 2020. Estos oficiales hoy operan a ciegas. Se basan solo en declaraciones de parte. No conocen, ni tiene por qué conocer, quiénes son los beneficiarios finales de las sociedades bajo las cuales operan los accionistas de sus bancos.

Se debe reconocer que hay una penetración del velo corporativo en la práctica. Se excluye no solo al accionista formal registrado sino también a todos aquellos otros accionistas formales, que están relacionados con el accionista formal ya que este es el beneficiario final de esas otras estructuras. Todo esto debe indicarse expresamente en la normativa. Las obligaciones genéricas de crear manuales y tomar medidas son insuficientes y por su propia naturaleza ambiguas o se prestan a múltiples interpretaciones.

Se puede excluir a un accionista, si el pacto social así lo contempla. El pacto lo puede contemplar desde su origen. Si es por vía de reforma no es viable. Lo sería si lo ordena una autoridad ya que por el principio de legalidad se debe cumplir con lo ordenado. El acto de esa autoridad puede ser demandado ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia por considerarse ilegal. La autoridad deberá indicar cuál es el fundamento legal expreso que tiene para ordenar la exclusión de un accionista.

Es imposible no hablar del elefante en el cuarto y es que todo esto no sucede en un vacío. El tema medular de fondo no es, paradójicamente, local, ni de normativa, ni decisión judicial local. Son efectos de listas administrativas de jurisdicción extranjera. Son eventos fácticos no de derecho.

El derecho panameño enfrenta un reto ante estas realidades. Lo ideal sería que se conciliaran los intereses de todas las partes y que no se genere una situación injusta con el fin de evitar una situación perjudicial mayor. Panamá es un país que sabe de listas y de consecuencias de estar en listas. Algunos las denominan discriminatorias para mostrar su descontento. Con mayor razón Panamá, sí su discurso es coherente, debe cuidar el respeto del derecho, aun cuando no le agrada el sujeto cuyo derecho cuida. Eso es el epítome del Estado de Derecho.

La convención colectiva de trabajo en el régimen panameño*

OSCAR VARGAS VELARDE^Ψ

*Autor para correspondencia. E-mail: oscar_vargasvelarde@hotmail.com

Recibido: 27 de junio de 2023

Aceptado: 1 de julio de 2023

Resumen

Este artículo explica la convención colectiva de trabajo en el Derecho Laboral panameño, vinculada a los derechos de asociación sindical, sindicalización, huelga, negociación colectiva y tutela judicial efectiva, que se traduce en el acuerdo entre los factores de la producción relativo a las condiciones de trabajo y de empleo. Al respecto, se examina el panorama latinoamericano sobre el nombre y los perfiles de la figura jurídica, se explican los elementos que se desprenden de la definición legal panameña y se contrastan con los exiguos rasgos de los acuerdos colectivos de trabajo, se estudian los sujetos envueltos en el negocio jurídico y su legitimación, las características, la naturaleza jurídica, el contenido, la duración, los efectos, la validez, la interpretación, y las causas de terminación de este importante instrumento jurídico, que formalmente es un contrato, pero materialmente tiene valor de norma jurídica, cuya finalidad es mejorar el nivel de vida de los trabajadores.

Palabras clave: Convención colectiva, empleador, sindicato, empresa, organización, condiciones laborales, empleo, derechos, obligaciones.

Abstract

This article explains the collective labor agreement in Panamanian Labor Law, linked to the union membership right, strike, unionship, collective bargaining and effective judicial protection, which translates into an agreement between the factors of production regarding working conditions and

* A la memoria del distinguido amigo, Dr. César Martáns Ventayol, jurista, laboralista y educador.

^Ψ Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas (Universidad de Panamá), especialista en Derecho Laboral (Universidad Santa María La Antigua) y máster en Educación con énfasis en Didáctica (Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología). Fue coordinador de Juntas de Conciliación y Decisión, director general a. i. de las Juntas de Conciliación y Decisión y ministro de Trabajo y Bienestar Social. Es profesor de Derecho del Trabajo en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá y de Posgrado en la Escuela Interamericana de Diálogo Social, Tripartismo y Resolución de Conflictos de la Universidad de Panamá. Ha publicado, entre otras, las obras Derecho de Trabajo (tomos I y II), Curso de Derecho del Trabajo (Vols. I, II, III y IV, este último en coautoría), Casuística laboral, Jurisprudencia de Casación Laboral, Las causas justas de despido, Las causas del despido disciplinario, El despido: tipos, formalidades y efectos, y El despido del trabajador y la carga de la prueba.

employment. In this regard, the Latin American panorama on the name and profiles of the legal figure is examined, the elements that emerge from the Panamanian legal definition are explained and are contrasted with the meager features of the collective labor agreements. The subjects involved are also studied, their role in the legal business and their legitimacy. It also delves into the main characteristics of the agreement, its legal nature, content, duration, effects, validity, interpretation, and the causes of its termination. It concludes that the collective labor agreement, which is formally a contract, has, materially, the value of legal norm, whose purpose is to improve the living standards of workers.

Keywords: Collective agreement, employer, union, company, organization, working conditions, employment, rights, obligations.

I. ASPECTOS GENERALES

Los derechos colectivos de los trabajadores están trazados en cinco figuras jurídicas fundamentales, a saber: el *derecho de asociación sindical*, también denominado derecho de sindicación o sindicalización, *el derecho a la solución jurisdiccional y alternativa de los conflictos colectivos de trabajo*, llamado derecho a la tutela judicial efectiva del Estado, *el derecho a la negociación colectiva*, *el derecho a la contratación colectiva* y *el derecho a la huelga*.

Unos derechos colectivos se encuentran consagrados explícitamente en la Constitución Política y otros implícitamente en su texto. Así, en forma expresa el artículo 68 de la Carta Magna panameña, reconoce el *derecho de sindicalización* a los empleadores, asalariados y profesionales de todas clases para los fines de su actividad económica y social; el artículo 69 reconoce el *derecho de huelga* y el artículo 77 *el derecho a la tutela judicial efectiva*, pues dispone que todas las controversias que originen las relaciones entre el capital y el trabajo se someten a la jurisdicción del trabajo, que se ejerce de conformidad con lo dispuesto por la ley. En tanto, los derechos de la *negociación colectiva* y de la *contratación colectiva* se desprenden de los tres derechos colectivos contenidos expresamente en la Carta Magna, pues de los derechos de sindicación, de huelga y de tutela judicial efectiva, se derivan los derechos de las organizaciones sociales de trabajadores de negociar y solucionar sus conflictos con los empleadores y de celebrar convenciones colectivas para el mejoramiento de sus condiciones de trabajo.

En el Convenio N.º 87, de la Organización Internacional del Trabajo, sobre la *libertad sindical y la protección del derecho de sindicación* (1948), que forma parte del Bloque de Constitucionalidad, se adoptan “diversas proposiciones relativas a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación”, tomando en consideración la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, entre otros aspectos, que “el preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo enuncia, entre los medios susceptibles de mejorar las condiciones de trabajo y de garantizar la paz, la afirmación del principio de la libertad de asociación sindical” y que la Declaración de Filadelfia proclamó nuevamente que “la libertad de expresión y de asociación es esencial para el progreso constante”. A este efecto, el artículo 2 dispuso que “Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el derecho de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas”. El “término organización significa toda organización de trabajadores o de empleadores que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores”. (Art. 10). Por su lado, las “organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de constituir federaciones y confederaciones, así como el de afiliarse a las mismas, y toda organización, federación o confederación tiene el derecho de afiliarse a organizaciones internacionales de trabajadores y de empleadores” (Art. 5).

El Convenio N.º 98, de la Organización Internacional del Trabajo, sobre el *derecho de sindicación y de negociación colectiva* (1949), integrante del mismo modo del Bloque de Constitucionalidad, está encaminado a “garantizar el respeto al derecho de sindicación”, así como “estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por la otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo”.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, otro convenio componente del Bloque de Constitucionalidad, garantiza el “derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales”, el “derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos, y el “derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas”; igualmente, garantiza el “derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país”. (Art. 8).

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales o Protocolo de San Salvador, otro instrumento internacional del Bloque de Constitucionalidad panameño, confirma esos dos derechos sindicales: 1. “El derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses”. Nadie está “obligado a pertenecer a un sindicato”. Los sindicatos pueden “formar federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su elección”. Estas organizaciones sociales deben funcionar libremente. 2. El derecho de huelga. (Art. 8).

En el Código de Trabajo todos estos derechos tienen debida recepción. El *derecho a la sindicación*, regulado por el Título I (Derecho de asociación sindical), del Libro III (Relaciones colectivas), corresponde a todos los empleados y los obreros, es decir, a los trabajadores dependientes o subordinados, que son los vinculados a contratos o relaciones de trabajo; pero, asimismo a los trabajadores independientes, a los profesionales y a los empleadores. (Arts. 335 y 336). El *derecho de huelga*, reglamentado por el Título IV (Derecho de huelga), del Libro III (Relaciones colectivas), es el que permite a los trabajadores el abandono temporal del trabajo en una o más empresas, establecimientos o negocios, acordado y ejecutado por un grupo de cinco o más trabajadores con el cumplimiento de los requisitos de forma y de fondo establecidos por las disposiciones del Código de Trabajo. (Art. 475). El paro patronal no tiene cabida en las normas constitucionales ni en las legales. La tutela judicial efectiva está hoy regida por la Ley 59, de 5 de diciembre de 2001, que adiciona el Título XVII sobre jurisdicción laboral, al Libro I del Código Judicial y dicta otra disposición. Esta ley reorganiza esta jurisdicción y deroga la Ley 67 de 11 de noviembre de 1947 y cualquier disposición que le sea contraria. Además, por la Ley 53, de 28 de agosto de 1975, que le atribuye competencia al Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral para conocer y decidir determinadas reclamaciones laborales colectivas. Los medios alternos de solución de controversias para los conflictos colectivos de trabajo se inscriben en el marco de esa tutela judicial efectiva que el Estado brinda a los trabajadores. Estos medios alternos son los siguientes: el trato o arreglo directo, la mediación, la conciliación y el arbitraje.

“La negociación colectiva (...), -afirma Mariano Recalde- es un instrumento válido para promover una más justa distribución del producto bruto nacional, alcanzar mayores niveles de igualdad y de participación, desarrollar una acción solidaria de los trabajadores, teniendo en miras el cumplimiento de uno de los principios esenciales del Derecho del Trabajo, la justicia social”. “La negociación colectiva es un instrumento de paz laboral y permite resolver el conflicto industrial, contribuyendo a la estabilización del sistema político”. “La negociación colectiva forma parte hoy (...), del contenido de la libertad sindical en su aspecto colectivo, esto es, como un derecho fundamental de los sindicatos. En este sentido, y como forma de advertir la importancia de este mecanismo de autotutela colectiva, el Convenio N.º 98 de la OIT, sobre aplicación de los principios de sindicación y negociación colectiva, establece en su artículo 4 que ‘deberán adoptarse las medidas adecuadas para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo’”.¹

Este derecho reconocido por el Convenio N.º 98, (1949) tiene de igual forma cabida en otros instrumentos de la Organización Internacional del Trabajo, como lo son la Recomendación N.º 91, sobre los *contratos colectivos* (1951), la Recomendación N.º 163, sobre la *negociación colectiva* y el Convenio N.º 154, sobre la *negociación colectiva* (1981).²

El Convenio N.º 154, sobre la *negociación colectiva* (1981), (aún no ratificado por Panamá), entiende por negociación colectiva, “todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de: (a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o (b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o (c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez”.

Según Antonio Ojeda Avilés, este derecho de negociación colectiva tiene como su parte nuclear “la libertad para regular las condiciones de trabajo mediante instrumentos colectivos que tengan preferencia en esta materia sobre la regulación pública y supremacía sobre la regulación individual”.³ El derecho a la negociación colectiva para resolver conflictos colectivos o celebrar convenciones colectivas de trabajo está dispuesto en nuestro ordenamiento jurídico-laboral por el Título III (Conflictos colectivos), del Libro III (Relaciones colectivas), del Código de Trabajo. Existen dos formas para hacer efectivo este derecho colectivo, a saber: 1. El trato o arreglo directo; y 2. La conciliación. En los conflictos colectivos jurídicos se les añade la mediación.

En el *trato o arreglo directo* entre las partes -empleador y trabajadores- en forma espontánea, sin intervención de un tercero, arreglan sus diferencias. Cuando se trate de trabajadores no organizados, el mecanismo puede conducir a la negociación y la firma de un acuerdo colectivo de trabajo. Cuando

¹ RECALDE, Mariano. (2017). *Manual de Derecho Colectivo del Trabajo*. (Buenos Aires, 1.ª edición, EDUNPAZ, Editorial Universitaria, Universidad Nacional de José C. Paz), pp. 335, 340 y 341.

² “La negociación colectiva está estrechamente unida a la historia del sindicalismo (Alfredo Ruprecht, *Derecho Colectivo de Trabajo*, Madrid, 1979, p. 17). Europa es la cuna de la negociación colectiva. Los primeros convenios colectivos se celebran en Inglaterra, Alemania y en otros países de Europa occidental. Europa es la cuna de la negociación colectiva. Los primeros convenios colectivos se celebran en Inglaterra, Alemania y en otros países de Europa occidental”. [HERNÁNDEZ RUEDA, Lupo. (2002). *Código de Trabajo anotado I*, artículos 1 al 316. (Santo Domingo, Instituto de Estudios del Trabajo), p. 446].

³ OJEDA AVILÉS, Antonio. (1998). *Compendio de Derecho Sindical*. (Madrid, Editorial Tecnos), p. 280.

se trate de trabajadores organizados (sindicatos, federaciones o confederaciones), el método puede llevar a la celebración de una convención colectiva. Del arreglo concertado se levanta el acta que, en copia auténtica, se remitió a la Inspección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral, dentro de los tres días siguientes, directamente o por medio de la autoridad política o de trabajo local. En caso de que la negociación desemboque en la convención colectiva, esta debe ajustarse a los presupuestos establecidos por el Código de Trabajo y registrarse en el Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral. El acuerdo colectivo de trabajo asimismo debe registrarse en este Ministerio. (Arts. 423 y 424, Código de Trabajo; art. 2.º, Decreto Ejecutivo N. º18, de 20 de mayo de 2009, reformado por el Decreto Ejecutivo N. º131, de 3 mayo de 2010).

La *conciliación* es un procedimiento administrativo que se surte ante dicho Ministerio. Comienza con el pliego de peticiones, que requiere la contestación del empleador, dirigido a negociar y suscribir cualquier arreglo o, si fuere el caso, una convención colectiva de trabajo. En este caso, el pliego de peticiones debe contener el proyecto de convención colectiva correspondiente y la petición sólo puede hacerla una organización social de trabajadores. El procedimiento está dirigido por el conciliador designado, quien es un intermediario, dirige los debates, desempeña papel activo en la aclaración de los hechos, examina y explora los posibles medios para llegar a un entendimiento y presenta propuestas oportunas. Este procedimiento debe durar quince días hábiles contados desde que se notificó el pliego de peticiones, salvo que ambas partes con la anuencia del conciliador decidan prorrogarla hasta dos veces, cada una de ellas por un período no mayor de diez días hábiles (Arts. 425-447).

La *mediación* es mecanismo propio de los conflictos colectivos de naturaleza jurídica -y aunque la ley laboral no desarrolla su procedimiento y debe tal vacío llenarse con el procedimiento de conciliación en lo que sea compatible-, que se puede elegir antes de acudir a los tribunales laborales. Ahora bien, si el conflicto es de los que comprenden el ejercicio del derecho de huelga, debe hacerse uso estricto de dicho procedimiento de conciliación, tal como está reglado por el Código de Trabajo.

Vertiente relevante de la negociación colectiva en nuestro régimen jurídico es la consolidación del *derecho a la contratación colectiva*, traducido en la celebración de la *convención colectiva de trabajo*, que se encuentra prevista en el Título II (Convenciones colectivas de trabajo), del Libro III (Relaciones colectivas), del Código de Trabajo. (Arts. 398-416). Mario de la Cueva concibe esta institución en el orden del “convenio que celebran los representantes profesionales de los trabajadores y de los patronos o estos aisladamente, para fijar sus relaciones mutuas y crear el derecho que regule, durante un cierto tiempo, las prestaciones individuales de servicios”.⁴

II. DENOMINACIONES Y PERFILES

En el sistema jurídico panameño se denomina *convención colectiva de trabajo* a una figura que en otras latitudes hace gala nombre semejante o distinto, pero sus contornos son en esencia equivalentes. En efecto, en el Código de Trabajo de 1972 se designa con este nombre de convención colectiva de trabajo, que cobró vida en la Organización Internacional del Trabajo desde 1951, a los acuerdos sobre las condiciones y la dinámica del trabajo que celebran los empleadores con las organizaciones sociales de trabajadores.

⁴ DE LA CUEVA, Mario. (1970). *Derecho Mexicano de Trabajo*. Tomo II. (México, D. F., Editorial Porrúa, S. A.), p. 647.

Esta convención colectiva -también así se conoce en el régimen laboral del Canal de Panamá (Ley 19, de 11 de junio de 1997, que organiza la Autoridad del Canal de Panamá), en los distintos países latinoamericanos tiene los nombres siguientes:

En Argentina: convenio colectivo de trabajo o convención colectiva de trabajo.

En Bolivia: contrato colectivo.

En Brasil: convenio o acuerdo colectivo de trabajo

En Chile: convenio colectivo y pacto sobre condiciones especiales de trabajo.

En Colombia: convención colectiva de trabajo.

En Costa Rica: convención colectiva de trabajo.

En Ecuador: contrato colectivo de trabajo, contrato colectivo o pacto colectivo.

En El Salvador: contrato colectivo de trabajo y convención colectiva de trabajo.

En Guatemala: contrato colectivo de trabajo, pacto colectivo de condiciones de trabajo y pacto colectivos de industria, de actividad económica o de región determinada.

Honduras: contrato colectivo de trabajo.

En México: contrato colectivo de trabajo y contrato-ley.

En Nicaragua: convención colectiva de trabajo.

En Paraguay: contrato colectivo de condiciones de trabajo o contrato colectivo y contrato-ley.

En Perú: contrato colectivo de condiciones de trabajo o contrato colectivo de trabajo.

En República Dominicana: convenio colectivo de condiciones de trabajo.

En Venezuela: convención colectiva de trabajo.

En Uruguay: convenio colectivo.

En otros ordenamientos laborales a este importante instrumento regulador de los entornos laborales se le conoce con el título de pacto colectivo de trabajo, convenio colectivo de condiciones de trabajo, contrato de tarifa, pacto gremial, convenio colectivo normativo de trabajo, contrato de paz social, concordato de trabajo, convención sobre normas de trabajo y salarios,⁵ concordato intersindical, reglamento intersindical de servicios profesionales y convenio colectivo sindical.⁶

Esta institución, pese a la diversidad de nombres, experimentó un proceso histórico no diferente a los otros derechos colectivos, que Mario de la Cueva describe así:

“a) Su prohibición, que es una etapa previa;

b) su tolerancia, resultado de haberse levantado las prohibiciones contra la coalición y la asociación profesional;

⁵ Cfr. LÓPEZ FAJARDO, Alberto. (2004). *Elementos de Derecho del Trabajo*. (Bogotá D. F., 2.^a edición, Librería Ediciones del Profesional Ltda.), p. 527.

⁶ HERNÁNDEZ RUEDA. (2002), p. 449.

- c) su explicación por el derecho civil; su reconocimiento por las leyes civiles; su reglamentación en leyes especiales;
- f) su elevación a garantía constitucional”.⁷

En la mayoría de esos países, el Código de Trabajo o la ley laboral brinda el significado de la institución en estudio y así enuncia *grosso modo* sus perfiles, pero en otros se guarda silencio, aunque no se dejan de desarrollar sus alcances y sus límites. Veamos tales aspectos.

En Argentina, Brasil y Paraguay y Uruguay, países del Mercado Común del Sur (MERCOSUR), Osvaldo Mantero resalta que, en esos países, tales instrumentos reconocen que, en la negociación colectiva, la parte trabajadora requiere de un sujeto colectivo que siempre es una organización sindical (Argentina: asociación sindical de trabajadores con personería gremial), salvo los casos de Uruguay y Paraguay que, asimismo, puede ser una coalición de trabajadores.⁸ En este último país, el derecho de las organizaciones representativas de trabajadores comprende a las federaciones y las confederaciones. La contraparte, por su lado, se integra de empleadores individuales (personas naturales o jurídicas), de grupos informales de empleadores o de una o varias organizaciones patronales.⁹

En Argentina, en cuanto al objeto, la convención colectiva de trabajo -dice Benito Pérez- regula “las condiciones de trabajo y otras cuestiones aferentes, regulación a la que se habrán de adaptar los contratos de trabajo”.¹⁰ Para la propia legislación argentina, el contenido de los convenios colectivos “podrá comprender tanto las condiciones generales de trabajo, como la escala de salarios”.¹¹ Estos convenios colectivos tienen ámbitos personales y territoriales conforme a lo que las partes acuerden dentro de su capacidad representativa, así: 1. Convenio nacional, regional o de otro ámbito territorial; 2. Convenio intersectorial o marco; 3. Convenio de actividad; 4. Convenio de profesión, oficio o categoría; o 5. Convenio de empresa o grupo de empresas. En Brasil, el convenio colectivo “establece una regla creando nuevas condiciones de trabajo a ser observada en el futuro por todos los miembros de la categoría profesional y económica representados, independientemente de su afiliación o no al sindicato”.¹² En Paraguay, el artículo 326 de Código del Trabajo indica que el contrato colectivo se dirige a “establecer condiciones de trabajo”. Cuando el contrato colectivo ha sido pactado por las dos terceras partes de los empleadores y trabajadores sindicalizados de determinada rama de la industria, o región indicada, o profesión, previo estudio y resolución fundamentada de la autoridad administrativa del trabajo, será elevado a la categoría de contrato-ley después de darse una oportunidad a los empleadores y trabajadores a quienes vaya a aplicarse, para que presenten previamente sus observaciones”. (Art. 344). En Uruguay, el convenio colectivo -precisa Américo Pla Rodríguez- fija

⁷ DE LA CUEVA, Mario. (1959). *Derecho Mexicano de Trabajo*. (México, Porrúa Hermanos), p. 474, citado por GUERRERO FIGUEROA, Guillermo. (2005). *Derecho Colectivo del Trabajo*. 9.ª edición, (Bogotá, D. C., Editorial Leyer), p. 479.

⁸ Cfr. MANTERO, Osvaldo. (1993). “Regulación legal del convenio colectivo de trabajo en los países del MERCOSUR”. (Montevideo, *Revista de la Facultad de Derecho* N. °4, Universidad de la República, Montevideo), p. 49-52.

⁹ Cfr. MANTERO. (1993), p. 52-55.

¹⁰ PÉREZ, Benito. (1983). *Derecho del Trabajo*. (Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Palma), p. 45.

¹¹ ALDAO-ZAPIOLA, Carlos M. (2013). *Convenios colectivos de trabajo y productividad. Argentina 1975-2006*. 1.ª edición. (Montevideo, Organización Internacional del Trabajo, OIT/CINTERFOR), p. 488.

¹² MEIRELES, Edilton. (2017). “Eficacia y naturaleza jurídica de los convenios colectivos en Brasil”. (La Coruña, *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, Vol. IX, Instituto de Investigación de la Asociación Coruñesa de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social), p. 111.

“las condiciones a las que deben ajustarse los contratos individuales de trabajo”,¹³ pero en este país se adoptan diferentes modalidades: convenios colectivos de vacaciones, de cajas de auxilio, de seguro de enfermedad, de la mayoría de la Liga de la Construcción, etc.¹⁴

En Bolivia, el “contrato colectivo trabajo es todo convenio escrito relativo a las condiciones de trabajo y empleo”. Su propósito es la determinación de las condiciones generales del trabajo o la reglamentación de dicho trabajo. Es “celebrado entre un patrono, un grupo de patronos o una o varias organizaciones de patronos, por una parte, y, por otra, una o varias organizaciones de trabajadores, los representantes de los trabajadores de una o más empresas o grupos de trabajadores asociados transitoriamente” (Art. 53, Código del Trabajo).

En Chile, el convenio colectivo, entre organizaciones sindicales y empleadores, suele versar sobre “condiciones comunes de trabajo y remuneraciones, por un tiempo determinado, temporada o faena transitoria determinada”. (Arts. 314, 366 y 367, Código del Trabajo) y en las empresas con una afiliación sindical igual o superior al treinta por ciento del total de sus trabajadores, la o las organizaciones sindicales, conjunta o separadamente, pueden acordar con el empleador los pactos sobre condiciones especiales de trabajo (Art. 374, Código del Trabajo).

En Colombia, la convención colectiva de trabajo “se celebra entre uno o varios patronos o asociaciones profesionales, por una parte, y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, por la otra, para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia” (Art. 467, Código Sustantivo de Trabajo).

En Costa Rica, la convención colectiva se celebra “entre uno o varios sindicatos de trabajadores y uno o varios patronos, o uno o varios sindicatos de patronos, con el objeto de reglamentar las condiciones en que el trabajo deba prestarse y las demás materias relativas a éste”. (Art. 54, Código de Trabajo). Pero, también existen las convenciones colectivas de industria, de actividad económica o de región determinada, la cual para que se extienda con fuerza de ley para todos los patronos y los trabajadores, sindicalizados o no, deben cumplirse determinados requisitos: acuerdo escrito, número de trabajadores contratados y declaración del Poder Ejecutivo (Art. 63, Código de Trabajo).

En Ecuador, el contrato o pacto colectivo “es el convenio celebrado entre uno o más empleadores o asociaciones empleadoras y una o más asociaciones de trabajadores legalmente constituidas, con el objeto de establecer las condiciones o bases conforme a las cuales han de celebrarse en lo sucesivo, entre el mismo empleador y los trabajadores representados por la asociación contratante, los contratos individuales de trabajo determinados en el pacto”. (Art. 220, Código de Trabajo). Cuando el contrato colectivo es “celebrado por las dos terceras partes tanto de empleadores como de trabajadores organizados dentro de una misma rama de la industria y en determinada provincia, será obligatorio para todos los empleadores y trabajadores de la industria y provincia de que se trate, si así se resolviere por Decreto Ejecutivo...” (Art. 252, Código del Trabajo).

En El Salvador, según su Código de Trabajo, el contrato colectivo de trabajo tiene lugar “entre uno o varios sindicatos de trabajadores, por una parte, y un patrono, por la otra. (Art. 269). La convención colectiva de trabajo “se celebra entre un sindicato de trabajadores y un sindicato de patronos”. (Art. 289). Tanto el uno como la otras, “tienen por objeto regular, durante su vigencia, las condiciones que

¹³ PLA RODRÍGUEZ, Américo. (1999). *Curso de Derecho Laboral*. Tomo 4 vol. 1. (Montevideo, Editorial Idea), p. 95.

¹⁴ Cfr. MANTERO. (1993), p.47.

regirán los contratos individuales de trabajo en las empresas o establecimientos de que se trate; y los derechos y obligaciones de las partes contratantes” (Art. 268).

En Guatemala, el contrato colectivo es el que “se celebra entre uno o varios sindicatos de trabajadores y uno o varios patronos, o uno o varios sindicatos de patronos, por virtud del cual el sindicato o sindicatos de trabajadores se comprometen, bajo su responsabilidad, a que alguno o todos sus miembros ejecuten labores determinadas, mediante una remuneración que debe ser ajustada individualmente para cada uno de éstos y ajustada periódicamente”. (Art. 38, Código de Trabajo). El pacto colectivo de condiciones de trabajo se suscribe “entre uno o varios sindicatos de trabajadores y uno o varios patronos, o uno o varios sindicatos de patronos”, en función de “reglamentar las condiciones en que el trabajo deba prestarse y las demás materias relativas a éste”. (Art. 49, Código de Trabajo). Este pacto, cumplidos varios requisitos, se expande con fuerza de ley para todos los patronos y los trabajadores, sindicalizados o no, de una determinada rama de la industria, actividad económica (Art. 54, Código de Trabajo).

En Honduras se conoce por contrato colectivo de trabajo el convenio escrito “celebrado entre un patrono, un grupo de patronos o una o varias organizaciones de patronos, por una parte, y, por otra, una o varias organizaciones de trabajadores, los representantes de los trabajadores de una o más empresas o grupos de trabajadores asociados transitoriamente, para establecer lo “relativo a las condiciones de trabajo y empleo” (Art. 53, Código del Trabajo).

En México, el contrato colectivo de trabajo dispone la Ley Federal del Trabajo, “es el convenio celebrado entre uno o varios sindicatos de trabajadores y uno o varios patronos o uno o varios sindicatos de patronos, con el objeto de establecer las condiciones según las cuales debe prestarse el trabajo en una o más empresas o establecimientos”. (Art. 386). En cambio, el contrato-ley, “es el convenio celebrado entre uno o varios sindicatos de trabajadores y varios patronos, o uno o varios sindicatos de patronos, con objeto de establecer las condiciones según las cuales debe prestarse el trabajo en una rama determinada de la industria, y declarado obligatorio en una o varias Entidades Federativas, en una o varias zonas económicas que abarquen una o más de dichas Entidades, o en todo el territorio nacional”. “Los contratos-ley pueden celebrarse para industrias de jurisdicción federal o local”. “Pueden solicitar la celebración de un contrato-ley los sindicatos que representen las dos terceras partes de los trabajadores sindicalizados, por lo menos, de una rama de la industria en una o varias Entidades Federativas, en una o más zonas económicas, que abarque una o más de dichas Entidades o en todo el territorio nacional” (Arts. 404, 405 y 406).

Entre las diferencias de uno y otro, explica Baltasar Cavazos Flores, se localizan las siguientes: “1. El contrato-ley es un contrato de industria. El contrato colectivo es un contrato de empresa. 2... El contrato-ley se solicita ante la Secretaría del Trabajo. El contrato colectivo ante las Juntas de Conciliación y Arbitraje. 3. El contrato-ley debe otorgarse por varios patronos. El colectivo puede ser firmado por uno solo. 4. El contrato-ley es revisable 90 días antes de su vencimiento. El colectivo 60 antes de su vencimiento. 5. El contrato-ley no puede exceder de dos años. El contrato colectivo puede celebrarse por tiempo indefinido” (*Nueva Ley Federal del Trabajo*. comentada tematizada y sistematizada, p. 418).¹⁵

En Nicaragua, la convención colectiva de trabajo se constituye en el “acuerdo concertado por escrito entre un empleador, o grupo de empleadores y una o varias organizaciones de trabajadores con

¹⁵ Citado por DE BUEN, Néstor. (2002). *Derecho del Trabajo*. Tomo II, 16.^a edición actualizada. (México D. F., Editorial Porrúa, S. A.), p. 847.

personalidad jurídica”. Sus propósitos “son, entre otros, establecer condiciones generales de trabajo, desarrollar el derecho de la participación de los trabajadores en la gestión de la empresa y disponer la mejora y el cumplimiento de los derechos y obligaciones recíprocas” (Art. 235, Código de Trabajo).

En Perú, el contrato colectivo de condiciones de trabajo es “todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores, por una parte, y por la otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores o, en ausencia de tales organizaciones, representantes de los trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por estos últimos”. El objeto de este contrato colectivo es “establecer condiciones de trabajo” (Art. 326, Código de Trabajo).

En República Dominicana, el convenio colectivo de condiciones de trabajo “es el que, con la intervención de los organismos más representativos, tanto de empleadores como de trabajadores, puede celebrarse entre uno o varios sindicatos de trabajadores, y uno o varios empleadores o uno o varios sindicatos de empleadores”. Su objeto es “establecer las condiciones a que deben sujetarse los contratos de trabajo de una o varias empresas” (Art. 103, Código de Trabajo).

En Venezuela, según la Ley Orgánica del Trabajo, los trabajadores y las trabajadoras “tienen derecho a la negociación colectiva y a celebrar convenciones colectivas de trabajo sin más requisitos que lo que establezca la Ley, para establecer las condiciones conforme a las cuales se debe prestar el trabajo y los derechos y obligaciones que correspondan a cada una de las partes, con el fin de proteger el proceso social de trabajo y lograr la justa distribución de la riqueza convención colectiva de trabajo”. (Art. 431). “El patrono o la patrona estará obligado u obligada a negociar y celebrar una convención colectiva de trabajo (...) con la organización sindical de mayor representatividad entre los trabajadores y las trabajadoras bajo su dependencia y que tenga la junta directiva dentro de su período estatutario” (Art. 437).

III. DEFINICIÓN

Para la Organización Internacional del Trabajo, la convención colectiva de trabajo es “toda convención escrita, concluida por cierto período, entre uno o varios patronos o una organización patronal, de una parte, y un grupo de obreros o una organización obrera, de otra parte, con el fin de unificar las condiciones de trabajo individuales y eventualmente, reglamentar otras cuestiones que interesen al trabajo”.¹⁶

La Recomendación N.º91, sobre los contratos colectivos (1951), entiende que la expresión “contrato colectivo” “comprende todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y, por otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores o, en ausencia de tales organizaciones, representantes de los trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por estos últimos, de acuerdo con la legislación nacional”.

Tanto la definición aceptada por la OIT como la Recomendación identifican como sujetos a empleadores individuales, unidos en grupo u organizados y trabajadores que solo pueden serlo a través de organizaciones o coaliciones. La primera fija su objeto en la unificación de las condiciones de trabajo y la reglamentación de otros aspectos del trabajo, la segunda se enfoca en las condiciones de

¹⁶ Citada por GUERRERO FIGUEROA, Guillermo. (2003). *Manual de Derecho del Trabajo*. 3.ª edición. (Bogotá D. C., Colombia, Editorial Leyer), p. 551.

trabajo y de empleo; pero solo se trata de redacción porque en el fondo no difieren. Ambas, como es natural, exigen la solemnidad de la forma escrita.

El Código de Trabajo de 1972 define la convención colectiva de trabajo de manera más ajustada a la terminología de la Recomendación que a los términos de la definición. Se distancia, sin embargo, de las dos, en cuanto a los sujetos por la parte de los trabajadores, pues la coalición de trabajadores en el sistema panameño está fuera del esquema jurídico.

Por eso, en aras de armonizar con las disposiciones de la OIT¹⁷ y no desechar del todo los problemáticos acuerdos de empresa, pactados entre empresarios y grupos no sindicalizados de trabajadores (llamados por el Código, grupos de trabajadores no organizados), que estuvieron en boga hace algunos lustros, con el beneplácito de autoridades administrativas y judiciales, impidiendo con ellos la celebración de las convenciones colectivas, en violación flagrante de la normativa laboral, en el 2009 el Gobierno Nacional para encontrar una solución a ese conflicto que estaba, con toda razón *in crescendo*, autorizó mediante norma reglamentaria la celebración a esos grupos de los llamados *acuerdos colectivos de trabajo* en aquellas empresas en que no estuviera constituida la organización social de trabajadores y sin perjuicio de que el cualquier momento, organizada ésta, pudiera negociar y firmar la convención colectiva de trabajo, al tenor del Código.

Así, el Decreto N. °18, de 20 de mayo de 2009, “Por el cual se reglamentan los artículos 398, 400, 401 403 y 431 del Decreto de Gabinete N°252 de 30 de diciembre de 1971 (Código de Trabajo), modificado por la Ley 2 de 1993”, reformado su artículo 2.º por el Decreto Ejecutivo N. °131, de 3 mayo de 2010, dispuso las pautas siguientes:

1. “Reconocer que el derecho de negociar y suscribir Convención Colectiva de Trabajo, por parte de los trabajadores, corresponde a las organizaciones sociales debidamente constituidas, en concordancia con los artículos 398, 400, 401 y 403 del Código de Trabajo. “En consecuencia, el Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral no admitirá ningún Pliego de Peticiones que se presente por un grupo no organizado de trabajadores para la suscripción de una Convención Colectiva de Trabajo” (Art. 1).
2. “Un empleador no podrá entablar negociaciones con un grupo no organizado de trabajadores para celebrar un acuerdo colectivo de trabajo o por un pliego de peticiones para un acuerdo colectivo de trabajo cuando exista una organización sindical debidamente constituida en la empresa. Cuando no exista una organización sindical de trabajadores debidamente constituida dentro de una empresa, un grupo no organizado de trabajadores de la empresa podrá presentar, para su registro, ante el Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral, Acuerdos Colectivos o Pliego de Peticiones para la celebración de Acuerdos Colectivos con el empleador. El Ministerio verificará, antes de proceder a su registro, que no existe un sindicato en la empresa, y que con dicho Acuerdo Colectivo no se vulneran los derechos y prestaciones de los trabajadores, conforme el artículo 8 del Código de Trabajo, ni se obstaculiza el derecho de asociación sindical. Si se dieran alguna o algunas de estas condiciones el Acuerdo Colectivo

¹⁷ La OIT considera, en su resumen de los principios relativos al derecho de negociación colectiva, que “El derecho de negociación colectiva corresponde a las organizaciones de trabajadores de todos los niveles, así como a los empleadores y a sus organizaciones; la negociación colectiva con representantes de trabajadores no sindicalizados debería ser posible únicamente cuando no existan sindicatos en el nivel de que se trate (...). Se deberá adoptar medidas para evitar que los acuerdos directos con los trabajadores no sindicalizados se utilicen con fines antisindicales. (...). [ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (2016). *Negociación colectiva*. Guía de políticas. 1.ª edición. (Lima, Oficina Internacional del Trabajo), p. 13].

o el Pliego de Peticiones para la celebración de Acuerdo Colectivo no se admitirá”. “El registro así hecho no será obstáculo para que posteriormente una organización sindical de trabajadores presente una Convención Colectiva negociada por la vía directa o Pliego de Peticiones para la suscripción de una Convención Colectiva de Trabajo; o para que el empleador rehúse celebrar una Convención Colectiva de Trabajo con el sindicato, las cuales no podrán desconocer el mínimo de los derechos consignados en el Acuerdo Colectivo ya registrado” (Art. 2).

3. “En concordancia con lo señalado en ese Decreto, no será posible la acumulación de dos pliegos de peticiones cuando uno de los solicitantes sea una organización sindical de trabajadores, y, por el otro lado, un grupo no organizado de trabajadores, y las negociaciones sobre Pliego de Peticiones deben proceder, en consecuencias, al trámite de ley en relación con el presentado por el sindicato (Art. 3).¹⁸

Retomando el tema: el artículo 398 de este Código define la *convención colectiva de trabajo* como “todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores, por una parte y por la otra uno o varios sindicatos, federaciones, confederaciones o centrales de trabajadores”.¹⁹

Los elementos de esta definición legal panameña son:

1. *La convención colectiva de trabajo es un acuerdo.* Es un concierto de voluntades, un pacto, un compromiso, un arreglo, cuyos contornos están apropiadamente reglamentados por el Título II (Convención Colectiva de Trabajo), del Libro III (Relaciones Colectivas), del Código de Trabajo. Es posible su celebración por vía directa, es decir, a través del trato o arreglo amigable o vía la conciliación, en la cual participa el Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral por medio del conciliador escogido por llevar adelante el procedimiento de conciliación.

El acuerdo colectivo de trabajo así mismo es pacto o compromiso que se celebra. Opera en virtud de la negociación directa entre las partes o con la presentación del pliego de peticiones para así activar el procedimiento de conciliación.

2. *La convención colectiva de trabajo se celebra por escrito.* La forma de este compromiso colectivo ha de ser siempre escrita. Cuando se trata de la presentación del pliego de peticiones para iniciar la negociación con la asistencia del conciliador, la organización social debe presentar con dicho pliego el proyecto de convención colectiva correspondiente. De toda forma, al tenor del artículo 399 del Código de Trabajo, la convención colectiva se suscribe en tres ejemplares, uno para cada parte y el tercero se presenta al

¹⁸ En el *Manual de procedimientos y funciones* (p. 2), de la Sección de Mediación Colectiva del Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral existe una confusión al no distinguir los convenios colectivos de trabajos, propios de los grupos no organizados de trabajadores y las convenciones colectivas de trabajo, propias de las organizaciones sociales de trabajadores. Así, est *Manual* expresa que, entre sus funciones, está la “Tramitar, conocer y participar en la negociación de los convenios colectivos de trabajo interpuesto por sindicatos o grupos de trabajadores a la empresa o grupo de empresas atendiendo las disposiciones legales sobre la materia”. (<https://www.mitradel.gob.pa/wp-content/uploads/2019/10/Mitradel03.pdf>. Recuperado 10/6/2023, a las 11:00 a. m.)

¹⁹ El Código de Trabajo de 1948, ya derogado, con alcance muy limitado, definía el convenio colectivo o convenio sindical como aquel instrumento escrito “que se celebra entre uno o varios sindicatos de trabajadores y uno o varios patronos, y en virtud del cual el sindicato o sindicatos de trabajadores se comprometen, bajo su responsabilidad, a que algunos de sus miembros ejecuten labores determinadas, mediante la remuneración que se estipule para cada uno de éstos”. (Art. 30). Tal contrato colectivo se podía extender a grupos de trabajadores no sindicalizados si el grupo se comprometía en aceptar la responsabilidad de la ejecución del trabajo. (Art. 31).

Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral. Por lo tanto, se excluyen los acuerdos verbales y los tácitos. El contrato individual de trabajo, en cambio, puede ser verbal o escrito, pero a partir de la Ley 44, de 12 de agosto de 1995, prevalece la forma escrita.

No cabe la menor duda que el acuerdo colectivo de trabajo debe constar por escrito y registrarse en el Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral cuando se negocia en forma directa, al igual que cuando se negocia mediante la presentación del pliego de peticiones, que, a no dudarlo, requiere el proyecto sobre el cual negociar, al aplicársele supletoriamente el artículo 427, numeral 4, del Código de Trabajo (Art. 2, Decreto N.º 18 de 2009, reformado por Decreto N.º 131 de 2010).

3. *La convención colectiva de trabajo concierne a las condiciones de trabajo y empleo.*²⁰ La materia sobre la que recae el acuerdo escrito atañe a las condiciones de labores y ocupación de los trabajadores. La convención colectiva gravita sobre las condiciones generales y particulares de trabajo. Conforme a la reforma de 1995 es además herramienta jurídica idónea para reglamentar el Código de Trabajo, pues su contenido permite desarrollar todas sus disposiciones y, al mismo tiempo, renovar en el escenario de la empresa, los deberes y los derechos de los trabajadores y los empleadores. En todo caso, aunque la norma no lo exprese abiertamente, coincidimos con Francisco Lafont, en que toda convención colectiva “tiene por objetivo mejorar las condiciones laborales individuales y colectivas”.²¹

Según la Organización Internacional del Trabajo, “La negociación colectiva centra su atención en las condiciones de trabajo y empleo y en la regulación de las relaciones entre los empleadores o las organizaciones de empleadores y uno o varios sindicatos”. “Las condiciones de trabajo y empleo podrían incluir cuestiones como salarios, horas de trabajo, bonificaciones anuales, vacaciones, licencia de maternidad, seguridad y salud en el trabajo y otros asuntos”. “Las cuestiones concernientes a las relaciones entre las partes pueden incluir temas como instalaciones para los representantes sindicales; procedimientos para la solución de conflictos; y consultas, cooperación e intercambio de información, entre otros”. “El concepto de ‘condiciones de trabajo’ no solo comprende las condiciones de trabajo tradicionales (jornada de trabajo, horas extraordinarias, períodos de descanso, salarios, etc.), sino también las cuestiones que las partes decidan contemplar libremente, como las que suelen incluirse en el ámbito de las condiciones de empleo en sentido estricto (ascensos, traslados, supresión de puestos sin preaviso, etc.)”.²²

²⁰ “La convención colectiva es un acuerdo suscrito entre los representantes de los trabajadores y de los empresarios o de la empresa, que tiene como objeto la regulación de las condiciones de trabajo o de empleo y de productividad en un ámbito laboral determinado, que surge de la negociación de ofertas recíprocas y de la concurrencia de voluntades en la aceptación de lo pactado”. “Este pacto concertado es fuente de derechos y obligaciones recíprocas, y tiene fuerza vinculante, ya que viene a reflejar los entendimientos pactados y acuerdos derivados de la libertad ejercida por las partes que lo suscriben, y la función normativa de determinar las condiciones de trabajo a las que se someterán las partes en la actividad que desarrollan, buscando la satisfacción de un interés colectivo”. “El contenido del convenio colectivo es muy variado, pues, puede regular aspectos económicos, (cuestiones relativas al salario y complementos salariales) y condiciones laborales tales como las jornadas de trabajo, descansos, horarios de trabajo, productividad, seguridad e higiene, formación profesional, servicios de asistencia, etc.” [Fallo de 26 de abril de 2007. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Recurso de casación interpuesto por el Sindicato de Trabajadores Agroindustriales de la Caña y Afines (SITACA), contra la sentencia del 26 de septiembre de 2006, emitida por el Tribunal Superior de Trabajo del Segundo Distrito Judicial, dentro del proceso laboral: Sindicato de Trabajadores Agroindustriales de la Caña y Afines (SITACA) vs. Compañía Azucarera La Estrella, S. A. (CALESA)]. (Registro Judicial Digital).

²¹ LAFONT, Francisco. (1991). *Derecho Laboral Colectivo*. (Bogotá, Ediciones Ciencia y Derecho), p. 221.

²² ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (2016), pp. 3 y 13.

El Código del Trabajo de Paraguay de 1993, con mucha amplitud, se refiere a las cláusulas normativas que recaen sobre el monto de los salarios conforme a la antigüedad, la categoría, la naturaleza del trabajo, la eficacia y la duración, los descansos legales eventuales mejorados, especialmente vacaciones, medidas de higiene, seguridad, comodidad, utilización de equipos de protección, y las cláusulas que fuesen necesarias para la finalidad del contrato, estipuladas por las partes. De la misma suerte a las cláusulas compromisorias atinentes a las que regulan las demás relaciones entre los celebrantes y los modos pacíficos de solución de los conflictos colectivos por medio de la mediación y el arbitraje voluntario, con los procedimientos adecuados que también serán previstos. No es lícito establecer en este contrato colectivos cláusulas derogatorias de leyes del trabajo y de procedimiento de solución de conflictos, declarado de orden público, ni incluir cláusulas o disposiciones menos favorables al trabajador que la sancionada por leyes o reglamentos. No obstante, podrán modificarse las condiciones de trabajo vigentes si las partes convienen en cambiar o sustituir algunas de las cláusulas establecidas en el contrato colectivo, por otras, aún de distinta naturaleza, que consagren beneficios que en su conjunto sean más favorables para los trabajadores” (Art. 329).²³

El Código de Trabajo de República Dominicana de 1992, más parco, indica que en el convenio colectivo “pueden reglamentarse el monto de los salarios, la duración de la jornada, los descansos y vacaciones y las demás condiciones de trabajo. Con éste “pueden reglamentarse el monto de los salarios, la duración de la jornada, los descansos y vacaciones y las demás condiciones de trabajo”. Se pueden incluir “todos los acuerdos que tengan por objeto garantizar el cumplimiento de buena fe de sus disposiciones”. En todo caso, son “ilícitas, y en tal concepto se reputan como no escritas, las cláusulas que obliguen al empleador: 1. a no admitir como trabajadores sino a los miembros de un sindicato; 2. a preferir para ser contratados como trabajadores a los miembros de un sindicato; 3. a despedir al trabajador que deje de ser miembro de un sindicato; 4. a ejecutar contra sus trabajadores las sanciones pronunciadas contra ellos por el sindicato a que pertenece”. (Arts. 104-106).²⁴ “Se trata -aclara Lupo Hernández Rueda- de la prohibición de establecer cláusulas contrarias a la libertad sindical, y, además, por tanto, garantizar la democracia sindical”.²⁵

Por otro lado, este elemento, atinente a las condiciones de trabajo y empleo, a que se refiere el Código panameño, distingue la convención colectiva de trabajo del contrato individual de trabajo, porque “éste hace nacer entre las partes directamente la relación de empleo, esto es, la obligación ... (del) empleado (de) prestar el servicio y la ... del empleador ocuparlo y remunerarlo”.²⁶

Por último, en el acuerdo colectivo de trabajo panameño no se determina su objeto. El Decreto N. °18, de 20 de mayo de 2009 omite establecer las coordenadas de su contenido, como sí lo estatuye el artículo 403, del Código de Trabajo, reformado por la Ley 95 de 31 de diciembre de 1976, la Ley 8 de

²³ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (2019). *Código de Trabajo de la República de Paraguay*. Rubricado y concordado con normas internacionales del trabajo, tratados sobre derechos humanos y normativa interna. (Santiago, Humberto Villasmil Prieto, editor, Oficina de la OIT para el Cono Sur de América Latina), p. 240.

²⁴ MINISTERIO DE TRABAJO. (2012). *Código de Trabajo de la República Dominicana*. (Santo Domingo, República Dominicana), p. 56.

²⁵ HERNÁNDEZ RUEDA. (2002), p. 458.

²⁶ GOMES, Orlando y GOTTSCHALK, Elson. (1979). *Curso de Derecho de Trabajo*. Vol. II, 1.ª edición en español (México, D. F., Miguel Bermúdez Cisneros, traductor y autor de los comentarios al Derecho Mexicano, Cárdenas, editor y distribuidor), p.793.

30 de abril de 1981 y por la Ley 44 de 12 de agosto de 1995, con respecto a la convención colectiva. Ante ese vacío, debe aplicarse artículo 403 por analogía a tal acuerdo.

4. *Los sujetos de la convención colectiva de trabajo son los factores de la producción.* El factor capital y el factor trabajo están involucrados en la celebración de la convención colectiva de trabajo. El capital está representado por persona natural o jurídica, es decir, por el empleador (persona natural o jurídica), un grupo de empleadores (personas naturales o jurídicas, o ambos) o una o varias organizaciones de empleadores. El factor trabajo está representado por siempre por una o distintas personas jurídicas: un sindicato, varios sindicatos, una federación, o una confederación o central. Al tenor del Código de Trabajo es fin y función principal del sindicato o de cualquier organización sociales, en la defensa de los intereses comunes de sus miembros, celebrar y garantizar su cumplimiento, convenciones colectivas de trabajo. (Art. 357, numeral 2). En el contrato de individual de trabajo, en cambio, hay dos sujetos individuales: el trabajador, persona natural y el empleador, persona natural o jurídica. Incluso, en el contrato de grupo o de equipo los sujetos trabajadores son individuales. En este caso, hay un empleador, persona natural o jurídica y varios trabajadores, todos son personas naturales; que contraen con ese empleador una relación individual.

Las partes envueltas en la celebración de las convenciones colectivas tienen por ley el poder de representación de los interesados, es decir, de cada uno de los sujetos del sector que representan y los beneficiarios, a los efectos de entablar ante los tribunales o las oficinas jurisdiccionales de trabajo o ante las autoridades administrativas de trabajo las peticiones, las denuncias, las acciones o las reclamaciones que deriven de dicho instrumento jurídico. La organización social de trabajadores no solo representa a los sindicalistas, sino a todos los trabajadores beneficiados de la convención en gestiones administrativas o jurisdiccionales de trabajo. El citado artículo 357 (numerales 2 y 3) sostiene que estas organizaciones tienen potestad de ejercer los derechos y las acciones que de tales convenciones se originen por motivo del incumplimiento empresarial de sus cláusulas *erga omnes* y específicamente de representar “a sus miembros en los conflictos, controversias y reclamaciones que se presenten, y demandar o reclamar en nombre de ellos en forma individual o colectiva, o intervenir en los conflictos, controversias o reclamaciones, individuales y colectivas, que se hubieren promovido”.

En el acuerdo colectivo de trabajo las partes son: “Un empleador”, persona natural o jurídica y un “grupo no organizados de trabajadores”, es decir, una coalición de trabajadores. El Decreto N. °18, de 20 de mayo de 2009 guarda silencio sobre la facultad de asumir la representación de los beneficiarios para las quejas, los reclamos, las denuncias o las demandas ulteriores de ese grupo *ad hoc* de trabajadores que celebró el negocio jurídico.

IV. SUJETOS Y LEGITIMACIÓN

La celebración de una convención colectiva de trabajo es una obligación para el empleador y un derecho para la organización social. De ahí que la ley imponga el deber a todo empleador, que tenga a su servicio trabajadores miembros de un sindicato, de celebrar con éste, previa solicitud, una convención colectiva. Si el empleador se niega a celebrarla, los trabajadores tienen la libertad, una vez terminado el trato o arreglo directo, o la conciliación para ejercitar el derecho a huelga.

Sin embargo, lo cierto es que conforme al artículo 6 de la Ley 95 de 31 de diciembre de 1976, las empresas constituidas a la fecha de la entrada en vigor no estaban obligadas a celebrar convención colectiva de trabajo con la organización de trabajadores correspondiente, dentro de los dos primeros

años de operación. Tampoco debían hacerlo aquellas empresas que aun cuando estuvieren operando al momento de entrar en vigor esta ley no hubieren celebrado convención todavía. Esta excerta legal fue reemplazada por el artículo 12 de la Ley 8, de 30 de abril de 1981, en el sentido de que ninguna empresa estaba obligada a negociar y suscribir una convención colectiva durante los dos primeros años de operaciones. Tres décadas después, se puso en vigor la Ley 32, de 5 de abril de 2011, que establece el régimen especial, integral y simplificado para el establecimiento y la operación de las Zonas Francas y dicta otras disposiciones, cuyo artículo 78 derogó el mencionado artículo 12 de la Ley 8. De ahí que recobró actualidad tal deber del empleador desde el inicio de sus operaciones.

Por parte del *factor capital* están legitimados para negociar y sancionar la convención colectiva tanto sujetos individuales como colectivos. De esta forma, el empleador puede ser una persona natural como jurídica y lo mismo cada uno de los integrantes del grupo de empleadores que está legitimado a tal efecto. En cambio, una organización de empleadores, al igual que varias organizaciones de empleadores, son personas jurídicas, sea que deban su existencia a las normas laborales, sea que estén constituidas conforme a las normas civiles, sea que deban su formación a las normas mercantiles.

Los empleadores no organizados justifican su representación conforme al derecho común. Si se trata de personas jurídicas, el representante legal o el gerente de la empresa podrá representarlas en la convención colectiva.

Las organizaciones sociales de empleadores comprueban su personería por medio de certificación expedida por el Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral y la autorización para celebrar la convención colectiva mediante copia autentica de la resolución que al efecto dicte la Junta Directiva o la Asamblea General de la organización social de que se trate.

Cuando se trate de organizaciones de empleadores constituidas conforme al derecho común, se sujetan a este en lo referente a la prueba de la personería y de la autorización para negociar.

Por parte del *factor trabajo* no están legitimados para negociar y suscribir convenciones colectivas de trabajo ni los trabajadores individualmente considerados ni un grupo de trabajadores, aunque laboren en equipo. Únicamente tienen la capacidad jurídica las organizaciones sociales, los sujetos colectivos: el sindicato, varios sindicatos, las federaciones o las confederaciones o centrales.

Las organizaciones sociales de trabajadores acreditan su personería por conducto de certificación expedida por el Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral y la autorización para celebrar la convención colectiva mediante copia autentica de la resolución que al respecto pronuncie la Junta Directiva o la Asamblea General de la organización social de que se trate.

Si varias organizaciones sociales de trabajadores concurren a la celebración de una convención colectiva en una misma empresa y se ponen de común acuerdo no será necesario dilucidar cuál tiene el derecho de negociarla. En el caso de que no lo hicieren, el artículo 402 del Código de Trabajo indica las reglas de preferencia, que son las subsiguientes:

1. Si concurre un sindicato de empresa con uno o más sindicatos industriales, la convención colectiva se celebra con el que tenga mayor número de trabajadores dentro de la empresa.²⁷

²⁷ La “Sala considera que si los sindicatos SINATRAVIP, SITRACOMMCSAP y SITRACOVIP coincidieron en la presentación de pliegos de peticiones para la negociación de una nueva Convención Colectiva de Trabajo, por vencimiento, y no lograron escoger un representante para esa negociación, es evidente que la Dirección General de Trabajo, en aras de cumplir con lo estatuido en el artículo 431 del Código de Trabajo, tenía que aplicar la regla prevista en el numeral 1 del artículo 402 de dicho cuerpo normativo; es decir, que la negociación

2. Si concurren los sindicatos gremiales con sindicatos de empresa o de industria pueden los primeros celebrar una convención colectiva para su profesión, siempre que el número de afiliados sea mayor que el de los trabajadores del mismo gremio que formen parte del sindicato de empresa o de industria y que presten servicios en la empresa o la industria correspondiente.

3. Si concurren varios sindicatos gremiales, la convención colectiva se celebra con el conjunto de los sindicatos mayoritarios que representen a las profesiones, siempre que se pongan de acuerdo. En caso contrario, cada sindicato celebra una convención colectiva para su profesión. (Por lo tanto, el ámbito de aplicación de la convención colectiva será sólo de carácter profesional. Debo entender, que lo previsto para la profesión, alcanza así mismo al oficio o la especialidad, toda vez que los sindicatos gremiales están formados por personas de una misma profesión, oficio o especialidad).

Otras reglas de carácter práctico las esbozó en su oportunidad el entonces Ministerio de Trabajo y Bienestar Social, del tenor siguiente:

1. “...un Sindicato sólo puede pedir la celebración de una segunda Convención Colectiva cuando represente a trabajadores pertenecientes a categorías excluidas de la primera convención, por ejemplo, un sindicato de tipo gremial. Si la convención colectiva comprende todas las categorías de trabajadores, no hay posibilidad legal de que pueda celebrarse otra convención con un sindicato distinto”.

2. “Si conforme al Artículo 402 un sindicato determinado tiene preferencia en ese momento para celebrar la convención colectiva, pero quien la pide es el sindicato que carece de esa preferencia en ese momento, lo más prudente es participar de la solicitud del sindicato mayoritario a fin de evitar que éste alegue posteriormente que hubo colusión entre la empresa y el sindicato minoritario de la empresa a fin de desvirtuar la obligatoriedad de la negociación colectiva. Pero si de manera abierta y con participación de los trabajadores en general se negocia y se firma la convención colectiva con un sindicato, sin que el mayoritario haya hecho

debía hacerse con el sindicato que tuviera la mayor representación sindical o grupo mayoritario de trabajadores; lo cual viene a comprobar que, los argumentos del demandante son desacertados, pues, si bien es cierto dentro del grupo económico Inmobiliaria Don Antonio, S.A., y Agro Industrial Rey, S.A., se llevan a cabo diversas actividades comerciales y cuenta con un número plural de organizaciones sindicales de trabajadores, lo que origina que exista una variedad de Convenciones Colectivas de Trabajo, no podemos soslayar que la propia normativa laboral exige que la representación en el conflicto sea ejercida, en caso de concurrencia de pliegos de peticiones, por el sindicato que tenga mayor número de trabajadores dentro de la empresa, cuya norma insistimos es diáfana y no merece interpretación alguna por no contener una expresión oscura que altere su comprensión”. “Es importante dejar sentado que estas normas no aluden, de manera expresa, que la contabilización del número de afiliados a las organizaciones sindicales, en caso de existir un grupo económico o empresa donde haya diversidad de actividades económicas, deba hacerse segregando a cada afiliado según sus centros de trabajo, tal como lo ha querido hacer ver el demandante; ya que, ello iría en contra de lo establecido en el artículo 405 del Código Laboral, conforme el cual la Convención Colectiva *se aplica a todas las personas que trabajan en las categorías comprendidas en la convención, en la empresa, negocio o establecimiento*, aunque no sean miembros del sindicato”. (Resolución de 24 de noviembre de 2021. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Proceso Contencioso Administrativo de Plena Jurisdicción, incoado por el Sindicato Industrial de Trabajadores del Comercio, Víveres al por Mayor y Menor y Elaboración de Productos Alimenticios (SITRACOVIP), para que se declare nula, por ilegal, la Resolución N.º 003-DGT-17 de 17 de abril de 2017, emitida por la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral, sus actos confirmatorios y para que se hagan otras declaraciones). (Registro Judicial Digital).

uso de la preferencia, no podrá invocar con posterioridad el Artículo 402 para pedir una segunda convención colectiva, con sujeción a los supuestos que arriba dejamos enunciado, y siempre que se haya dado oportunidad al sindicato mayoritario de hacer uso de su preferencia mediante la comunicación del caso”.²⁸

Hoy está desarrollado el procedimiento administrativo para esta concurrencia sindical por cualquier conflicto laboral, incluyendo el causado con la presentación de dos o más pliegos de peticiones que contengan proyectos de convención colectiva de trabajo, que es el caso en estudio. El Decreto N. °68 de 30 de abril de 2021, que reglamenta el artículo 402 y 431 del Código de Trabajo indica que la concurrencia se produce exclusivamente entre organizaciones sociales legitimante constituidas y no entre éstas y grupos de trabajadores no organizado. (Art. 2). Este procedimiento se refiere a la recepción de los pliegos de peticiones (el primero y el adicional), la notificación personal a los representantes legales, el anuncio de las organizaciones sociales al Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral de haberse llegado a un acuerdo sobre la representación de los trabajadores; en caso contrario -o ante su silencio- la autoridad laboral debe definir, incluso con la presencia de representantes de las partes y en atención a los archivos y el registro de afiliados, la organización social que mantiene el mayor número de afiliados al momento de la presentación del último pliego de peticiones dentro de tal concurrencia. La autoridad competente es la Dirección General o Regional de Trabajo (art. 6), que decide mediante resolución administrativa la organización social que cuenta con la mayoría de los afiliados y ordena proseguir con la negociación del pliego de peticiones correspondientes. La decisión adversa admite recurso de reconsideración ante la propia Dirección General o Regional de Trabajo y el de apelación ante el ministro de Trabajo y Desarrollo Laboral. (Arts. 9 y 10). Agotada la vía gubernativa es posible acudir a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia por medio de acciones contencioso-administrativas.

En ningún caso procede la concurrencia de pliegos de peticiones entre una organización social de trabajadores y un grupo no organizados de trabajadores. El Pleno de la Corte Suprema de Justicia al respecto ha respaldado la decisión de la Dirección General de Trabajo, al sostener que:

“la Corte dejó sentado en fallo del 12 de noviembre de 2014, ‘que siempre que exista una organización sindical debidamente constituida en la empresa, el empleador no podrá entablar negociaciones con un grupo no organizado de trabajadores para celebrar un acuerdo colectivo de trabajo o por un pliego de peticiones para un acuerdo colectivo de trabajo...’” “También concluyó el Pleno de la Corte Suprema de Justicia que no pueden acumularse dos pliegos de peticiones cuando uno de los solicitantes sea una organización sindical de trabajadores, y el otro un grupo no organizado de trabajadores. En este caso, debe darse el trámite de Ley al Pliego de Peticiones presentado por el sindicato”. En este caso, el Director General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral verificó que existía un pliego de peticiones presentado con anterioridad al entregado por el grupo no organizado de trabajadores, el cual fue aportado por el Sindicato de Trabajadores de la Empresa Aguas Cristalinas, S. A. (SISTRAECSA) contra la Empresa Aguas Cristalinas, S.A., para la fecha del 29 de octubre de 2019”. “Establecido lo anterior, debemos indicar que la decisión tomada por el Director General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral de no imprimir el trámite al acuerdo colectivo por vía directa entre la empresa Aguas Cristalinas, S.A., y un grupo no organizado de trabajadores de la empresa Aguas Cristalinas, S.A. y proceder a su devolución, fue acorde al debido proceso, al decidir lo resuelto dentro de los parámetros propios del

²⁸ Nota de 7 de abril de 1972. Rolando MURGAS T., viceministro de Trabajo y Bienestar Social.

cumplimiento de las normas contenidas en el Código de Trabajo y la Constitución Política de la República; las cuales regulan lo concerniente al trámite correspondiente al momento de recibir un pliego de peticiones, el proceso de conciliación y las respectivas garantías constitucionales”. “Concluimos señalando que el acto expedido por el Director General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral se fundamenta en estricto derecho y no violenta de ninguna forma los Artículos 17, 18 y 32 de la Constitución Nacional, por lo tanto, debe denegarse la acción de amparo interpuesta”.²⁹

V. NATURALEZA JURÍDICA

En torno a la *naturaleza jurídica* de la convención colectiva de trabajo giran entonces las teorías contractualistas o civilistas, que le imprimen a la figura el giro de contrato, en tanto acuerdo de voluntades³⁰, las teorías normativas, reglamentarias o publicistas, cuyo afán es considerarla como regla jurídica objetiva, y las teorías mixtas que combinan sus elementos contractuales con sus elementos normativos.

Las *teorías contractualistas o civilistas* son las siguientes:

1. *La teoría del contrato preliminar*. La convención colectiva “es un acto preliminar para el perfeccionamiento del contrato individual de trabajo; o sea, que los trabajadores antes de formalizar esos contratos individuales fijan por medio de sus representantes y de acuerdo con los patronos, las condiciones de obligarse individualmente”.³¹

Esta tesis -replica con propiedad Guillermo Guerrero Figueroa- “es inaplicable, porque sucede que, cuando se celebran las convenciones colectivas, ya los contratos individuales de trabajo vienen ejecutándose con anterioridad”.³²

En Panamá es evidente que la convención colectiva se celebra después de los contratos individuales, pues primero debe haber trabajadores contratados en la empresa, para que formen un sindicato que, a su vez, celebre dicha convención colectiva. Es más, ésta modifica automáticamente las estipulaciones de los contratos de trabajo menos favorables a los trabajadores porque son contrarias o incompatibles con ella. (Art. 408, Código de Trabajo).

2. *La teoría del contrato innominado*. La convención colectiva es un instrumento contractual no reglamentado, pero autorizado por el ordenamiento legal.

Sin embargo, “la convención colectiva -dice Guerrero Figueroa- representa el molde utilizado para que dentro de ella se vacíen los contratos individuales, lo que resulta indispensable para que la

²⁹ Fallo de 10 de febrero de 2020. Acción de Amparo de Garantías Constitucionales propuesto por la sociedad Aguas Cristalinas, S. A., contra la Nota N.º 910-DGT-19 de 3 de diciembre de 2019, emitida por la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral. (Registro Judicial Digital).

³⁰ “Los Arts.124 y 126 del CT (República Dominicana) lo consideran un contrato, y en Francia, la jurisprudencia administrativa lo ve también como un contrato. Manuel Alonso Olea (Derecho del Trabajo, Madrid, 1981, p.496) entiende que es un contrato atípico que surge de un acuerdo contractual de voluntades sobre ofertas, y, para Hueck y Nipperdey (Compendio de Derecho del Trabajo, Madrid, 1963, p .254-255), los convenios colectivos, aunque posean eficacia normativa, son contratos privados por celebrarlos asociaciones privadas, en forma privada y para relaciones jurídicamente privadas. [HERNÁNDEZ RUEDA. (2002), p. 449].

³¹ GUERRERO FIGUEROA. (2005), p. 509.

³² GUERRERO FIGUEROA. (2005), pp. 509 y 510.

convención se formalice. Es imposible aplicar convenciones colectivas mientras no haya contratos individuales a los cuales aplicarlas”.³³

En Panamá, si bien la convención colectiva se aplica a todas las categorías de trabajadores (salvo la exclusión expresa de algunas categorías) de la empresa (mediante contrato o incorporación a los servicios), sindicalizados o no, lo cierto es que las reglas de la convención colectivas están previamente delineadas desde el artículo 398 hasta el artículo 416 del Código de Trabajo, de lo que resulta infructuoso intentar encuadrarla en el rango de los dispositivos jurídicos innominadas, que son aquellos que carecen de reglamentación concreta y que se rigen por las reglas general de la contratación. Su regulación en el Código de Trabajo y las leyes ulteriores, que subrogan disposiciones de este Código, es bastante amplia. La convención colectiva es entre nosotros en la esfera colectiva un contrato nominado como lo son en la esfera individual el contrato individual de trabajo y el contrato de grupo, y sus variantes los contratos especiales siguientes: el contrato de servicios domésticos, el contrato de músicos, artistas y similares, el contrato de maestros y profesores, el contrato de trabajadores del campo, el contrato de conductores, el contrato de los marinos, etc.

Contrato innominado es el acuerdo colectivo de trabajo dado que las normas solo indican escasamente los sujetos y las circunstancias de su celebración y registro, más no sus otros elementos, sus características, su contenido, su duración, etc.

3. *La teoría del mandato.* El sindicato es un mandatario de sus asociados y, por consiguiente, el representante de sus intereses individuales, en cuanto a la celebración de la convención colectiva. Para unos, el mandato tiene raíz legal, toda vez que tiene su origen en las propias normas del Código de Trabajo, en virtud de la facultad taxativa conferida a los sindicatos, las federaciones y las confederaciones de trabajadores de negociar y suscribir convenciones colectivas para su aplicación obligatoria a todos los sindicalistas. Para otros, el mandato a la organización social está dado por los trabajadores desde que ésta se constituyó e inscribió. En caso de que los estatutos de la organización guarden silencio al respecto, se entiende que el mandato es tácito. Celebrada la convención, el sindicato agotó su misión y no está facultado, ante cualquier conflicto, para actuar en juicio o al margen de él para hacerla cumplir.

Entre nosotros, la falla de esta teoría se basa en lo siguiente: no los todos los trabajadores beneficiados forman parte de la organización social (los derechos pactados que amparan a todos los trabajadores devienen de la propia ley laboral, por orden del Artículo 405, del Código de Trabajo); por consiguiente, en ningún momento fueron parte de los actos constitutivos de esta organización o adoptaron los estatutos o votaron en la asamblea general para autorizarla a celebrar la convención. De este modo, no hubo forma de que confirieran tal mandato si no formaban parte del organismo sindical.

Además, el sindicato, una de las partes de la convención, su legitimación no se agota con la firma de la convención; debe estar vigilante que las cláusulas se cumplan y tiene personería, por disposición legal, para promover ante las autoridades administrativas o judiciales de trabajo todas las peticiones, las denuncias o las acciones que se deriven de la convención colectiva sin necesidad de poder previo otorgado por los sindicalistas afectados por el incumplimiento (Art. 409, Código de Trabajo).

4. *La teoría de la estipulación en favor de terceros.* El sindicato es una persona jurídica que hace con la firma de la convención colectiva, creadora de derechos y obligaciones, estipulaciones a favor de los sindicalistas, con lo cual queda constituido como parte actuante de esta convención y puede ejercer las acciones judiciales o extrajudiciales derivadas de su incumplimiento. En este contrato estamos ante

³³ GUERRERO FIGUEROA. (2005), p. 510.

tres sujetos: el “promitente” que, con la estipulación, se constituye en el deudor de la prestación; el “estipulante” o “promisario,” que celebra dicho contrato con el promitente para la prestación a favor de un tercero; y el “beneficiario”, que es el tercero, adquirente del derecho a recibir a la prestación estipulada. En la convención colectiva, el empleador sería el “promitente”, el organismo sindical sería el “estipulante” o “promisario,” y los sindicalistas, que se favorecen de la convención colectiva, serían los terceros “beneficiarios”.

Sin embargo, para la eficacia de la estipulación a favor de terceros, es necesaria la declaración de los trabajadores, de “querer beneficiarse de sus condiciones”³⁴; pero resulta que en Panamá eso no es así: la convención colectiva surte plenos efectos por ministerio de la ley con respecto a todas las categorías de trabajadores que estén empleados en la o las empresas comprendidas en ella, sean miembros o no del sindicato. (Arts. 404 y 405). En resumen, reciben las utilidades resultantes de la convención colectiva tanto trabajadores sindicalizados como trabajadores ajenos al sindicato. Incluso, los futuros trabajadores quedan bajo el manto protector de esta convención.

5. *La teoría de la gestión de negocios.* Según la cual, la dirigencia sindical se convierte en un gestor de negocios. La organización social de trabajadores, que gestiona la convención colectiva, no se desempeña como mandataria de los trabajadores, sino como gestor de negocios. Por lo tanto, la relación entre ellos no está sujeta al contrato de mandato; obedece a la figura jurídica de los cuasicontratos.

No obstante, en la gestión de negocios, el gestor asume el negocio en forma voluntaria y espontánea, sin mandato, sin encargo expreso o tácito ni autorización de ninguna especie, pero en la convención colectiva existe una “previa delegación expresa o tácita, del grupo profesional a sus dirigentes para su estipulación”. Además, es difícil demostrar que el negocio se refería a otros, siendo el sindicato, como lo es, interesado en su conclusión, además de poder vincularse al negocio por obligaciones específicas”.³⁵

En Panamá, esta teoría no tiene asidero, porque la celebración de la convención colectiva debe estar precedida, de acuerdo con el artículo 400, de la autorización de negociar, derivado de la asamblea general o de la junta directiva de la organización social de trabajadores o, como dispone el artículo 428, numeral 1 que, con la presentación del pliego de peticiones dirigido a celebrar la convención colectiva es menester acreditar la copia autenticada de la resolución que al efecto haya aprobado la asamblea general de la organización de trabajadores de que se trate.

Las teorías *normativas, reglamentarias* o *publicistas* son las subsiguiente:

1. *La teoría de la institución.* El sindicato es una institución y la convención colectiva es el estatuto o la carta de esa institución que está integrada por esa agrupación profesional. Cada “ramo industrial es un organismo colectivo, un cuerpo unitario dotado de órganos y viviendo una vida propia y autónoma. El hecho de alguien de pertenecer a ese organismo, a esa institución obliga a someterse a la disciplina de la misma (reglamentos de fábrica, convenciones colectivas), como si fuesen normas jurídicas”.³⁶

³⁴GOMES y GOTTSCHALK. (1979), p. 803.

³⁵GOMES y GOTTSCHALK. (1979), p. 803.

³⁶GOUNOT. (1912). *L'autonomie de la volonté. Contribution a l'étude critique de l'individualisme juridique.* (Paris), citado por GOMES y GOTTSCHALK. (1979), pp. 806.

En Panamá, si bien los miembros de la organización social de trabajadores deben someterse a la decisión de la mayoría que dispuso la celebración de la convención colectiva, a ésta deben someterse ulteriormente los trabajadores de las empresas, los establecimientos y los negocios que se benefician del instrumento y no forman parte de la respectiva organización social.

2. *La teoría del acto-uniión o solidaria.* Esta teoría niega el valor incondicional de los civilistas a la autonomía de la voluntad y el culto de los publicistas al monopolio de la ley, encasilla lo convención colectiva en una nueva categoría de actos jurídicos.

Los actos jurídicos son unilaterales o plurilaterales. Entre los actos plurilaterales están los contratos, los actos colectivos y las uniones. Las convenciones colectivas son actos-uniión en el que “la coincidencia de voluntades crea una regla, una norma de actividades, da lugar a un estatuto”.³⁷ Este estatuto -enseña Leon Duguit- es “una verdadera ley que se aplicará no sólo a aquellos que fueron parte de estos grupos en el momento del convenio, sino también a los que formarán parte más tarde y a terceros que no fueron parte de este grupo”. “Por tanto, el contrato colectivo celebrado entre el sindicato patronal y el obrero será verdaderamente la ley de la profesión organizada”.³⁸

3. *La teoría normativa.* La convención colectiva es una norma de Derecho y forma parte de un sistema normativo estatal y no cabe concebirla como el resultado de la voluntad colectiva de los grupos profesionales. En este sistema promovido por Hans Kelsen, “la convención colectiva entra como una especie común de acto jurídico, más como todos los otros, normativos” dicen los autores brasileños Orlando Gomes y Elson Gottschalk.³⁹ Por su lado, Néstor de Buen asevera que la “concepción kelseniana, aun cuando acepta como condición esencial que el pacto colectivo es, en rigor, una convención esto es, un contrato, en realidad plantea ya la verdadera naturaleza de la institución, esencialmente normativa, derivada de un arreglo celebrado en forma obligatoria y con un continente predeterminado, que está muy lejos de aceptar la naturaleza contractual”.⁴⁰

Entre nosotros, si bien la convención colectiva forma parte del sistema normativo-laboral del Estado y es una de sus fuentes formales principales, es a no dudarlo, consecuencia de la voluntad de las partes, por mandato del Código de Trabajo. Su desenvolvimiento subsiguiente en cuanto a la ejecución de sus cláusulas que tienen carácter normativo no puede desprenderse de su origen negociado y suscrito entre los empleadores y las organizaciones sociales de trabajadores.

Las *teorías mixtas* parten de la idea que la convención colectiva en sentido amplio se identifica en cuanto a su formación con el contrato de trabajo, dado que es un negocio jurídico bilateral, un acuerdo de voluntades, mientras que en su contenido “se asemeja a la norma jurídica, entendida esta en su acepción amplia de precepto regulador de relaciones jurídicas, por vía general”.

“Quiere decir que es un contrato mixto de interés general. La naturaleza y los efectos de las disposiciones normativas del contrato colectivo resultan de la finalidad sociológica, esto es, del hecho de que son el instrumento de la función normativa autónoma de dicho contrato.

³⁷ GOMES y GOTTSCHALK. (1979), p. 06.

³⁸ DUGUIT, Leon. (2007). *Las transformaciones del Derecho público y privado.* (Granada, Traducción castellana, Comares), pp. 68-70, citado por MEIRELES. (2017), p.111.

³⁹ GOMES y GOTTSCHALK. (1979), pp. 805, 806 y 807.

⁴⁰ DE BUEN. (2002), p. 812.

En cumplimiento de esta función, la convención colectiva crea mediante esas disposiciones normas laborales objetivas autónomas para los contratos individuales de trabajo. Poseen, necesariamente, dos cualidades: a) Son verdaderas normas jurídicas; b) Son inderogables; por eso reúnen dos elementos: el efecto obligatorio y el inmediato o automático. La parte obligacional se refiere a las obligaciones mutuas que los sujetos asumen (sindicatos). Sirven para dar eficacia a la parte normativa”.⁴¹

En este “contrato normativo”, “se presenta clara y precisa, siendo, por tanto, un acto que es un verdadero y propio contrato del lado formal y, una verdadera y propia norma jurídica, del lado material o sustancial”.⁴²

“Para una mayor elucidación del tema en cuestión, se debe diferenciar, ante todo, la naturaleza del vínculo que une a trabajadores y empleadores, contratados individualmente, donde el objeto de la obligación contractual es la prestación de trabajo, del de la convención colectiva, en la que, por el contrario, el objeto lo constituyen las normas o cláusulas de las cuales deriva el vínculo entre trabajadores y empleadores, como de una ley en sentido material”. “Las partes contratantes no son los trabajadores y los empleadores, sino los sindicatos pactantes, por lo menos del lado obrero, que lo hacen en representación de los integrantes de la categoría profesional y el objeto de la convención colectiva no son las prestaciones de trabajo, esto es la prestación de trabajo individual, sino las cláusulas normativas, es decir, la actividad de los sindicatos, a que deben ajustarse los contratos individuales de trabajo”. “La normatividad atribuida a las convenciones colectivas de trabajo emana de la teoría de los poderes delegados potestativamente por el Estado, en el sindicato legalmente reconocido, como organismo intermedio, para el cumplimiento de su objeto, función y fines”.⁴³

Por eso, según Francesco Carnelutti, la convención colectiva de trabajo tiene “cuerpo de contrato y alma de ley”,⁴⁴ es decir, es “Una especie de centauro jurídico”, acorde interpreta este enunciado Carmen Amelia Giménez.⁴⁵

En consecuencia, coincido con Vasco Torres De León, en el sentido de que la legislación panameña se inclina por estas teorías mixtas, que están resumidas con maestría en la expresión de Carnelutti. La convención colectiva “se perfecciona por un mero elemento contractual y sus efectos se proyectan como una ley material, el producto de esa conjunción de elementos crea una nueva figura a la que no le es posible aplicar las reglas, en su totalidad, que se aplican a los elementos primarios”, como serían los casos de la propia ley y el contrato.⁴⁶ En efecto, no cabe la menor duda: esta convención colectiva, expedida por el común acuerdo de ciertos sujetos de las relaciones de trabajo, en sus cláusulas normativas se constituye en un andamiaje de producción de reglas jurídicas que son fuente formal del

⁴¹ GOMES y GOTTSCHALK. (1979), p. 808.

⁴² ROVELLI, Francesco. (s/f). *Il contratto collettivo di lavoro come fonte di diritto*, "D'études sur les sources du droit, en l'honneur de François Gény". Tomo III. (París), p. 204, citado por PÉREZ. (1983), p. 408.

⁴³ PÉREZ. (1983), p. 409.

⁴⁴Citado por LÓPEZ GUERRA, Guillermo. (1996) “Fuentes del Derecho del Trabajo. Ley y autonomía privada”, en la ponencia incluida en la Memoria del Congreso Internacional: “Las fuentes del Derecho del Trabajo en el sistema jurídico Latinoamericano”. (Roma, *Roma e America. Diritto Romano Comune* N.º2, Revista di Diritto Dell'Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in América Latina, Università “Tor Vergata”, Mucchi Editore), p. 80.

⁴⁵ GIMÉNEZ. (2006), p. 425.

⁴⁶ TORRES DE LEÓN, Vasco. (1998). *Teoría básica sobre el convenio colectivo panameño*. (Panamá, Papeles Laborales), p. 85.

Derecho del Trabajo, porque sus disposiciones son “mandatos (...) generales, impersonales y abstractos”.⁴⁷ En otras palabras, su validez es similar a la ley, que José Afonso de Silva define como “acto normativo de carácter general, abstracto y obligatorio, que tiene como finalidad la ordenación de la vida colectiva, en el sentido de aportar certeza, precisión y garantía a las relaciones jurídicas”.⁴⁸ En este caso, acto normativo que tiene eficacia en la empresa, las empresas, los establecimientos o los negocios en donde tenga aplicación.

En ese entendimiento, Rafael Caldera en una feliz expresión ha dicho: la convención colectiva “constituye la ley emanada del poder social, integrado por patronos y trabajadores”.⁴⁹ Es ley, no en sentido formal, porque no procede del Órgano Legislativo, acompañada de la sanción y la promulgación del Órgano Ejecutivo, sino en el sentido material. En tal orden de ideas, deslinda la Corte Constitucional de Colombia, “La convención, por su origen, proviene de una relación contractual surgida entre partes, cuya finalidad no es propiamente producir, como sucede con la ley, una innovación en el ordenamiento jurídico por vía general, dado que su ámbito de aplicación es restringido, a una o varias empresas, e inclusive cuando es extendida su vigencia por acto gubernamental a las empresas de una misma rama industrial en una determinada región económica (...)”. Además, no se “corresponde propiamente a la potestad legislativa del Estado, que se manifiesta a través de la ley que expide el Congreso (...), o de los decretos con fuerza de ley que puede expedir el Gobierno, cuando es investido de precisas facultades extraordinarias, o cuando pone en vigencia el plan Nacional de Inversiones Públicas (...), o de los decretos legislativos, o con fuerza de ley, que igualmente puede dictar el Gobierno dentro de los estados de excepción, en los casos de guerra exterior, conmoción interior y emergencia económica (...)”.⁵⁰

En Panamá, las normas laborales de la Constitución Política son fuentes formales del Derecho de Trabajo y sus mandamientos constituyen mínimos indispensables a favor del trabajador. Los postulados laborales del Pacto Internacional de los Derechos, Económicos, Sociales y Culturales de la ONU y del Protocolo de San Salvador de la OEA, así como las disposiciones de los Convenios N.º87 y N.º98 de la OIT, que forman parte del Bloque de Constitucionalidad, son sin discusión alguna fuentes formales del Derecho del Trabajo, como lo son también el Código de Trabajo, las demás leyes laborales, los otros convenios de la OIT adoptados mediante ley, los reglamentos ejecutivos, las reglamentaciones del Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral, en ejercicio de las potestades que le

⁴⁷ NEVES MUJICA, Javier. (2021). “El convenio colectivo en el sistema peruano de las fuentes del Derecho”. (Lima, *Laborem* N.º 24, revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social), pp. 44 y 45. (<https://www.spdtss.org.pe/wp-content/uploads/2021/08/Laborem24.pdf>. Recuperado 16/6/2023, a las 2:30 p. m.).

⁴⁸ DE SILVA, José Afonso. (2007). *Processo constitucional de formação das leis*. 2.ª edición. (San Pablo, Malheiros), p. 24, citado por MEIRELES. (2017), p.106.

⁴⁹ Citado por GIMÉNEZ, Carmen Amelia. (2006). “Apuntes sobre la convención colectiva de trabajo y su consideración como derecho de los funcionarios públicos regidos por la ley del estatuto de la función pública”. (Caracas, *Erga Omnes* N.º 1, Revista Jurídica de la Sindicatura Municipal de Chacao, Ediciones Sindicatura Municipal de Chacao), p. 414. (http://ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/REO_CHACAO/1/REO_CHACAO_2006_1_413-426.pdf. Recuperado el 11/7/2023, a la 1:41 p. m.).

⁵⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-009 de 1994, Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell. (Sentencia N.º C-009/94. Sala Plena. Santafé de Bogotá, D.C. 20 de enero de 1994. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-009-94.htm>. Recuperada el 11/7/2023 a las 2:30 p.m.).

confiere su ley orgánica, los reglamentos internos de trabajo, las convenciones colectivas de trabajo,⁵¹ los laudos arbitrales, la costumbre, los usos y la jurisprudencia en materia de inconstitucionalidad y de ilegalidad.

VI. ELEMENTOS Y CARACTERÍSTICAS

“La ley -observa Lupo Hernández Rueda- requiere de determinadas condiciones para su existencia y validez, que van desde formalidades para justificar la capacidad y calidad de las partes, hasta la publicidad u obligación de redactar el convenio por escrito, en tanto originales como partes hayan intervenido con intereses opuestos...”⁵²

En efecto, la convención colectiva de trabajo adopta forma contractual porque en ella operan los *elementos necesarios para la existencia y la validez de los contratos*, pues se encuentran dos partes, formada cada una de un sujeto o varios sujetos, con *capacidad* para celebrar el negocio jurídico. Tal instrumento jurídico requiere del *consentimiento* de las partes, recae sobre *objeto* propio, precisa de *causa* y se caracteriza por su *formalidad*.

Los *sujetos* están determinados por el artículo 398 del Código de Trabajo: por una parte, un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores; por la otra parte, por uno o varios sindicatos, federaciones, confederaciones o centrales.

Del artículo 400 brota el tema de la *capacidad* jurídica para obrar, en otras palabras, para contraer obligaciones mediante el compromiso jurídico. Las organizaciones sociales de empleadores y trabajadores deben acreditar su capacidad para negociar la convención colectiva por medio de la autorización de la junta directiva o asamblea general de la organización de que se trate, expedida mediante resolución. Los empleadores no organizados acreditan su capacidad al tenor del Derecho Común: Civil o Mercantil. En todo caso de la persona jurídica como empleador, por ministerio de la ley laboral, el representante legal de la sociedad (civil o comercial), la asociación o la fundación, etc., o el gerente de la empresa constituida bajo la égida de la persona jurídica podrá representarla en la negociación y la firma de la convención colectiva.

El tema del *consentimiento* se observa en el mismo artículo 398, cuando señala que dicha convención es un “acuerdo”; decir, un “Convenio entre dos o más sujetos” o el concierto de voluntades, tal como expresa en alguna de sus acepciones el *Diccionario panhispánico del español jurídico*, de la Real Academia Española, o “Coincidencia de las voluntades con miras a producir el efecto de derecho intentado por las partes”, como define la *Enciclopedia jurídica* (edición 2000), en línea. Este consentimiento es expreso y solemne, porque la ley así lo exige.

El *objeto* lo indica también mismo artículo 398: el propósito de la convención colectiva es el acuerdo “relativo a condiciones de trabajo y empleo”. Estas condiciones tienen mayor especificidad en los

⁵¹ La Corte Constitucional de Colombia subraya: “La convención colectiva de trabajo, aun cuando puede ser considerada como fuente formal de derecho, no es una verdadera ley, con el valor y la significación que ésta tiene a la luz de los textos constitucionales. Aun cuando materialmente la convención es por sus efectos un acto regla, creador del derecho objetivo, a semejanza de la ley, según lo admite la doctrina, no puede considerarse como producto de la función legislativa del Estado, desde los puntos de vista orgánico, funcional y formal, en que constitucionalmente aparecen estructurados y se manifiestan las funciones estatales”. (Sentencia N.º C-009/94, de 20 de enero de 1994, citada).

⁵² HERNÁNDEZ RUEDA. (2002), pp. 468 y 469.

numerales 3, 4, 5, 6 y 7 del artículo 403: la reglamentación del comité de empresa, las estipulaciones sobre condiciones generales y particulares del trabajo, la duración, las estipulaciones del artículo 67, del contrato individual de trabajo, que se ajusten a la naturaleza de la convención colectiva y las demás estipulaciones que convengan a las partes.

“En realidad, -explica Néstor de Buen- lo esencial en contrato colectivo lo constituye el aspecto normativo. Podrá pensarse incluso, de un convenio que contuviera los otros dos elementos, esto es las cláusulas que establecen obligaciones específicas de las partes y las que atienden a su eficacia temporal y territorial. En su lugar operarían las disposiciones de ley”.⁵³

Este aspecto normativo es el que le proporciona la naturaleza *sui géneris* a la convención colectiva de trabajo. Una decisión convencional se convierte en norma de Derecho objetivo para la reglamentación de las condiciones de trabajo para las partes y para todos los trabajadores de las empresas y las “instituciones” en que deba aplicarse. Se observa -dice Meireles- que, cuando el convenio colectivo crea una pauta instaurando nuevas condiciones de trabajo para que sea cumplida hacia el futuro de los integrantes de la categoría económico-profesional representados, con abstracción de su membresía sindical, “aquella está creando una regla de carácter general (aunque aplicable a una determinada clase), abstracta (para regular las situaciones futuras) y obligatoria (en relación con sus destinatarios), con la finalidad de ordenar la vida colectiva”. “Tal norma -contenida en el convenio colectivo- crea una nueva regla jurídica que regulará una relación jurídica (de empleo), firmada por los actuales empleados y empleadores (determinados) o por los futuros empleados o empleadores (indeterminados). Es abstracta, ya que sólo pretende regular posibles futuras situaciones jurídicas, indicando la regla a aplicarse cuando se produzca su ocurrencia. En fin, es obligatoria, pues vincula a todos los miembros actuales o futuros de las categorías económicas o profesionales representadas por las entidades sindicales”.⁵⁴

La *causa* dice el *Diccionario panhispánico del español jurídico*, de la Real Academia Española- “Puede entenderse, de un modo objetivo, como la razón económico-jurídica del negocio, es decir, el fin práctico que se pretende obtener con él. En un sentido subjetivo, es el móvil, motivo, razón de ser determinante para cada parte de la formalización del negocio. En general suele definirse la causa con elementos objetivos y subjetivos”.

La causa de los trabajadores en la convención colectiva son los nuevos derechos de la comunidad de trabajadores que surgen del instrumento con las condiciones de trabajo, los ascensos, los aumentos de salarios, las bonificaciones, las primas, los aportes, “los beneficios”, en fin, los resultados jurídicos, materiales y económicos que permiten empujar esas condiciones hacia el trabajo decente y el progreso en el sistema de vida. La causa de los empleadores está constituida por la ordenación de las relaciones de trabajo para hacer más humana y eficiente la producción y lograr sin lugar a dudas la paz laboral.

La *formalidad* en nuestra legislación la provee el mencionado artículo 398, cuando dice que la convención colectiva de trabajo es “todo acuerdo escrito”. Igualmente, el artículo 399, que ordena firmarse en tres ejemplares, con lo cual cada parte conserva un original y el tercero se registra en la Sección de Registro Sindical del Departamento de Relaciones Laborales de la Dirección General de

⁵³ DE BUEN, Néstor. (1976). *Derecho del Trabajo*. Tomo II, 1.ª edición. (México D. F., Editorial Porrúa, S. A.), pp. 675 y 676.

⁵⁴ MEIRELES. (2017), p.111.

Trabajo del Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral. La convención colectiva debe contar con el contenido necesario que predica el artículo 403 del Código de Trabajo.

Alberto López Fajardo considera que la convención colectiva de trabajo “presenta unas características que les son propias y que las identifican como un contrato *sui generis* dentro de las relaciones laborales y aplicables a los sujetos contratantes, que lo son el sindicato o un grupo de sindicatos y el empleador o grupo de empleadores. Estas características son:

a) Es un contrato *principal*, pues su autonomía le hace independiente de otras figuras contractuales, pues tiene vida jurídica propia y no depende de ningún otro acuerdo o pacto para su vigencia jurídica”.

La convención colectiva de trabajo en Panamá es un contrato principal y no está supeditado a ninguna otra figura contractual para su eficacia. Es más, ciertamente se trata de un contrato principal *sui generis*, dado que los contratos únicamente consagran derechos y obligaciones para las partes, pero la convención colectiva contempla cláusulas de ese orden y muchas de ellas, acorde a su finalidad, crean normas generales de derecho dentro de un ámbito. Es un caso único, en el que por voluntad de las partes son adoptadas normas jurídicas de aplicación obligatoria tanto para éstas como para todos trabajadores de la empresa o de las empresas involucradas.

“b) Es un contrato *oneroso*, pues con él se buscan utilidades recíprocas para las partes contratantes, es decir, cada una de ellas busca la utilidad y los beneficios señalados en el contrato”.

En la convención colectiva de trabajo en Panamá las utilidades mutuas son evidentes. La mayor utilidad para el empleador es la paz laboral que dimana de su celebración, que permite el desarrollo de la actividad empresarial sin contratiempo ni sobresaltos. Para los trabajadores sindicalista -pero también para los no sindicalistas que no son parte en la convención y se benefician de ella- las utilidades conciernen también a esa paz laboral, a las nuevas condiciones de trabajo más beneficiosas, a la escala y los aumentos salariales y otros derechos como tabla de viáticos para viajes al exterior o dentro del país, gastos de alimentación, transporte, bonificaciones (por asistencia perfecta, por navidad, etc.), premios, subsidios, auxilios, (por nacimiento de hijos, por defunción de familiares, etc.), aportes (anteojos, prótesis dental, etc.), bolsas navideñas centros de cuidado infantil, becas para hijos de los trabajadores, programas de asistencia educacional, programas de viviendas, programas de capacitación por cambios tecnológicos, programas de adiestramiento en áreas de alto riesgo, servicios de clínica médica u odontológica, pagos de exámenes médicos y de laboratorio para licencia de conducir, etc.

“c) Es un contrato de *tracto sucesivo*, a diferencia de los contratos de cumplimiento instantáneo o automático, en éste las obligaciones nacen y se extinguen de forma periódica en la medida en que las partes dan cumplimiento a los acuerdos respectivos”.

La convención colectiva de trabajo en Panamá no se agota en un solo acto, como sería el caso del contrato civil de compraventa; sus obligaciones negociadas en las cláusulas, como son las estipulaciones del contrato individual de trabajo, se van ejecutando de modo continuado, repetido y prolongado en el tiempo, al tenor de lo pactado por las partes que, en el caso de dicha convención colectiva, se agotan al culminar el período de su vigencia.

“d) Es un contrato *bilateral*, por cuanto las dos partes se responsabilizan en el cumplimiento de determinadas obligaciones y en su perfeccionamiento concurren el empleador de una parte y el sindicato o asociación de sindicatos, por la otra”.

En la convención colectiva panameña se distinguen dos partes. Una parte, la trabajadora, está representada por uno o varios sindicatos, federaciones o confederaciones de trabajadores. En este sentido, el sujeto puede ser individual: un solo sindicato, o múltiple: varios sindicatos. Pese a que la federación y la confederación o central tienen personalidad jurídica propia y, por ende, distintas a los sindicatos o las federaciones, que en cada caso las componen; ciertos es que ambas están formadas por personas jurídicas. La otra, la parte empleadora, se encuentra representada por un empleador (persona natural o persona jurídica), un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores. En este último caso podrá tratarse de sindicato, federación o confederación.

“e) Es un contrato *commutativo*, pues las partes contratantes se obligan a dar o hacer algo que se tiene como equivalente de lo que a la otra le corresponde dar o hacer”.

En la convención colectiva panameña las obligaciones de dar y hacer de las partes son claras. Estas obligaciones del empleador se contraen a favor de la organización social de los trabajadores, pero además están dirigidas al cumplimiento de las cláusulas normativas en cuanto a las condiciones de trabajo y al mejoramiento de los derechos laborales de todos los trabajadores de las “empresas o instituciones comprendidas, o ambas”, dado que el empleador, en este instrumento “conviene en hacerse responsable por sus trabajadores en las obligaciones que le imponen esta Convención Colectiva, el Código de Trabajo y demás leyes complementarias relativas a la relación de trabajo”. La organización social de trabajadores tiene a su vez la obligación de cumplir de buena fe con los compromisos pactados y de no infringir el deber de paz durante el curso de la convención colectiva.

“f) Es un contrato *solemne*, pues debe constar siempre por escrito y sus efectos se miden a partir del depósito [...], requisitos sin los cuales no puede oponerse a los beneficiarios o a los terceros”.⁵⁵

A la luz del artículo 399, del Código de Trabajo, la convención colectiva en Panamá se suscribe en tres ejemplares, uno para cada contratante y el tercero se entrega para su registro en el Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral.⁵⁶

No obstante, lo antes expuesto, se hace hincapié en sus aspectos divergentes con los contratos individuales. El contrato individual de trabajo obliga a dos sujetos: un trabajador y un empleador; la convención colectiva obliga siempre a varios sujetos, representados o no por organizaciones sociales (empleadores, grupos de empleadores o sindicato o sindicatos de empleadores vs. sindicato o sindicatos de trabajadores, federación o confederación de trabajadores). Si bien es cierto que cualquier contrato individual celebrado rige exclusivamente para las partes contratantes, no es menos cierto que la convención colectiva se aplica a los trabajadores sindicalizados (representados por la organización social) como a los no sindicalizados que laboren en la empresa, sus establecimientos o negocios. Por añadidura, el contrato tiene fuerza de “ley entre las partes” contratantes; la convención colectiva tiene fuerza de “ley profesional”, en tanto excerta de carácter general imperativa entre los empleadores o sus organizaciones sociales, las organizaciones sociales de trabajadores, sus miembros y los demás

⁵⁵ LÓPEZ FAJARDO. (2004), pp. 528 y 529.

⁵⁶ El Consejo de Estado de Colombia ha descrito notas características de la convención colectiva siguientes: “acto jurídico plurilateral, solemne, de orden público, protegido por la Constitución Política y el ordenamiento legal, fuente de derecho, vinculante en derechos y obligaciones en los contratos de trabajo y relaciones laborales...” [Fallo de 11 de mayo de 2017. Actor. Universidad industrial de Santander. Demandado: Universidad Industrial de Santander y sindicato de trabajadores y empleados universitarios de Colombia. Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección "B". Consejero Ponente: César Palomino Cortés].

trabajadores de las categorías incluidas en dicha convención no inscritos en la organización social, que laboren o más tarde laboren en la empresa, las empresas y sus establecimientos y negocios. Al respecto, me parece acertado el artículo 54 del Código de Trabajo de Costa Rica, tal como fue modificado por Ley 6771 del 5 de julio de 1982 que, en lo pertinente, preceptúa: “La convención colectiva tiene carácter de ley profesional y a sus normas deben adaptarse todos los contratos individuales o colectivos existentes o que luego se realicen en las empresas, industrias o regiones que afecte”. El concepto de “ley profesional”- esclarece el artículo 55- supone que las estipulaciones pactadas se aplican con “fuerza de ley” a las partes suscriptoras, a todas las personas que, desde la entrada en vigor, trabajen en la empresa, o las empresas o el centro de producción a que el pacto se refiera, en lo que aquéllas resulten favorecidas, sean o no miembros del sindicato o de los sindicatos de trabajadores que lo hubieren celebrado, y a todos los que concierten en lo futuro contratos individuales o colectivos dentro de la misma empresa, o de las mismas empresas o centros de producción afectados por el pacto, “en el concepto de que dichos contratos no podrán celebrarse en condiciones menos favorables para los trabajadores que las contenidas en la convención colectiva”.

VII. CONTENIDO

“Las convenciones colectivas son un instrumento más que tienen los trabajadores -a través de sus organizaciones representativas- para mejorar su calidad de vida. Así, la negociación colectiva debería ser siempre, aunque no siempre ha sido así, una forma de mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores”.⁵⁷

El artículo 2 del Convenio N.º154 de la OIT, sobre la negociación colectiva (1981), ya citado, indica que, a los efectos este convenio, la negociación colectiva entre organizaciones sociales de trabajadores y los empleadores, organizados o no, recae en la fijación de “ las condiciones de trabajo y empleo”, o la regulación de “las relaciones entre empleadores y trabajadores”, o la regulación de “las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez”.

El Código de Trabajo de Honduras entiende, por condiciones generales de trabajo, “todo lo relativo a jornadas de labor, descanso semanal, vacaciones anuales, salarios, régimen disciplinario, seguridad e higiene, condiciones generales de empleo, así como todo lo concerniente, a deberes, derechos o prestaciones de cada parte” (Art. 56).

En Panamá, se anuncian tales condiciones en la definición del artículo 398, pero su precisión se encuentra en el contexto del contenido de la convención colectiva de trabajo, que integra aspectos sobre condiciones de trabajo y de empleo, con su desglose en las cláusulas *normativas* y las obligaciones interpartes, concebidas en las *cláusulas obligacionales*.

La doctrina no es pacífica en cuantos a los distintos tipos de cláusulas de las convenciones que integran el componente de las convenciones colectivas de trabajo. No existe total acuerdo en torno a cómo deben clasificarse las diferentes cláusulas que componen el contenido de ese importante instrumento que rige las relaciones de trabajo. Por tradición la doctrina se ha permitido diferenciar entre las cláusulas normativas y las cláusulas obligacionales. Empero, muchos autores prefieren referirse a una categorización tripartita: las cláusulas normativas, las cláusulas obligacionales y las cláusulas

⁵⁷ RECALDE. (2017), p. 341.

delimitadoras.⁵⁸ Algunos autores hablan de las cláusulas normativas, las cláusulas delimitadoras, las cláusulas administrativas (relativas a la administración de la convención colectiva: comisiones paritarias, tribunales arbitrales, etc.), las cláusulas institucionales (concernientes a asuntos asistenciales o recreativos) y las cláusulas funcionales (enderezadas al ejercicio de la actividad sindical plena: licencia sindical, cuota sindical, etc.).⁵⁹ Otros autores identifican cuatro clases de cláusulas externas: las normativas, las obligacionales, las programáticas y las cláusulas accidentales, accesorias, ocasionales o transitorias.⁶⁰ Otros autores distinguen cinco clases de cláusulas: las cláusulas económicas (remuneraciones, reajustes salariales por producción, gratificaciones, etc.), las cláusulas programáticas (prevención de accidentes de trabajo, seguro social, etc.); las cláusulas asistenciales (centros de ayuda médica para los trabajadores), las cláusulas obligacionales (licencia sindical, fuero sindical, etc.) y cláusulas sociales (educación para los hijos de los trabajadores).⁶¹

En todo caso, siguiendo la tradición jurídica, las *convenciones colectivas* se integran de *cláusulas normativas* y *cláusulas obligacionales*.

“La clasificación normativa/ obligacional -dice Jorge Luis Toyama Miyagusuku- se origina en Alemania e Italia a inicios del presente siglo (siglo XX), en un afán de los laboristas por dividir el contenido del CCT (convenio colectivo de trabajo). La partición del CCT en dos tipos de cláusulas nace de la propia naturaleza del CCT: estamos ante un híbrido entre ley y contrato”.⁶²

“La delimitación dual normativa/ obligacional parte de reconocer los distintos efectos de las cláusulas del CCT: las cláusulas normativas rigen para todas las relaciones individuales de trabajo, determinan el contenido de los contratos de trabajo. En cambio, las cláusulas obligacionales no tienen como

⁵⁸ Cfr. IBÁÑEZ, Manuel. 1983. “El concepto condiciones de trabajo en la doctrina laboral y en el sistema de normas de la OIT”. (Montevideo, *Revista Derecho Laboral* N.º 130, Tomo XXVI), citado por TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge Luis. (1994). “El contenido del convenio colectivo de trabajo”. (Lima, *Ius et Veritas* N.º 9, revista de la Asociación Civil *Ius et Veritas*), p. 171. Las llamadas cláusulas delimitadoras son aquellas que “establecen el radio de aplicación funcional, territorial, temporal y personal” de la convención colectiva de trabajo. [TOYAMA MIYAGUSUKU. (1994), p. 175]. Ejemplos en nuestro país serían las cláusulas relativas a las categorías comprendidas dentro de la empresa (radio funcional), las empresas comprendidas de un solo empleador o de varios empleadores (radio territorial), la duración (radio temporal), y la aplicación a todos los trabajadores sindicalizados o no (radio personal). (Esta última es cláusula obligatoria). Con referencia al radio territorial, si bien es común observar convenciones colectivas con alcance local, resulta emblemática la convención colectiva Sindicato Único Nacional de Trabajadores de la Construcción y Similares (SUNTRACS) y la Cámara Panameña de la Construcción (CAPAC), negociada y renegociada en múltiples ocasiones, que abarca las actividades de la rama de construcción a nivel nacional.

⁵⁹ Cfr. GHEZZI, Georgi y ROMAGNOLI, Umberto. (1987). *El Derecho Sindical*. (Bologna), pág. 152 y ss., citados por TOYAMA MIYAGUSUKU. (1994), p. 171.

⁶⁰ Cfr. GRZETICH, Antonio. (1986). “Cláusulas normativas y obligaciones”. (Montevideo, A.A.V.V. *Veintitrés estudios sobre convenios colectivos*. F.C.U.), pág. 107 y ss., TOYAMA MIYAGUSUKU. (1994), p. 171.

⁶¹ Cfr. TEXEIRA, Joao y BARBOSA, Luiz. (1993). “Intervención y autonomía en las relaciones colectivas de trabajo en Brasil”. Montevideo, A.A.V. V. *Intervención y autonomía en las relaciones colectivas de trabajo*, pág. 83 y ss, citado por TOYAMA MIYAGUSUKU. (1994), p. 171.

⁶² TOYAMA MIYAGUSUKU. (1994), p. 172.

destinatarios a los contratos individuales de trabajo, sino a las propias partes que celebraron el CCT: el sindicato y el empleador”.⁶³

“El contenido del convenio colectivo -expresa Hernández Rueda- lo constituye el conjunto de sus cláusulas. La ley se refiere únicamente a algunas obligaciones que pueden reglamentarse en el convenio colectivo, pero hay también otras disposiciones que normalmente se incluyen en el mismo. En general, el contenido puede dividirse en dos grandes series de reglamentaciones: las normativas, reglamentación de las condiciones de trabajo en la empresa y en una reglamentación de los derechos sindicales, de los derechos y obligaciones de las partes contratantes. Las cláusulas normativas comprenden obligaciones de los empleadores, obligaciones de los trabajadores, reglas para la terminación de los contratos individuales de trabajo, organización de las relaciones de trabajo y regulación de los conflictos individuales, incluyendo el procedimiento para su solución dentro de la empresa. Las otras reconocen y protegen la libertad sindical y prevén derechos y responsabilidades para el sujeto sindical”.⁶⁴

Las cláusulas *normativas* son reglamentarias de las condiciones generales y particulares de trabajo en el ámbito de la empresa o de las empresas que resultan obligadas. Se trata de los cánones estándares y específicos con eficacia similar a la legislación proveniente del Estado. Estas cláusulas normativas (...) enuncian los deberes y derechos en el plano de las relaciones de trabajo. Son ejemplos: las condiciones de trabajo, las categorías profesionales, los salarios. Tal como lo enseña Grisolia 2019) (sic) [*Manual de Derecho Laboral*. (2022). Ed. Abeledo Perrot]), estas cláusulas son el núcleo de los convenios y no solo tienen efecto sobre las partes contratantes, sino que su efecto se extiende a los trabajadores y empleadores alcanzados en su ámbito, es lo que se denomina efecto *erga omnes*”.⁶⁵

Para la Corte Constitucional de Colombia, “el contenido de las cláusulas normativas se traduce en una serie de disposiciones, con vocación de permanencia en el tiempo, instituidas para regular las relaciones de trabajo que en dichas disposiciones se establecen anticipadamente y en forma abstracta las estipulaciones que regirán las condiciones individuales para la prestación de los servicios, esto es, los contratos individuales de trabajo. Las cláusulas convencionales de tipo normativo constituyen derecho objetivo, se incorporan al contenido mismo de los contratos de trabajo y, en tal virtud, contienen las obligaciones concretas del patrono frente a cada uno de los trabajadores, como también, las obligaciones que de modo general adquiere el patrono frente a la generalidad de los trabajadores, vgr., las que fijan la jornada de trabajo, los descansos, los salarios, prestaciones sociales, el régimen disciplinario, o las que establecen servicios comunes para todos los trabajadores en el campo de la seguridad social, cultural o recreacional.”⁶⁶

Las cláusulas *obligacionales* son las que desarrollan los derechos y las obligaciones de cada una de las partes actoras en la convención o de ambas. Es decir, son las que imponen las prestaciones individualizadas a cargo del empleador o a cargo del sindicato, o las prestaciones recíprocas. Alberto

⁶³ Cfr. GARCÍA-PERROTE, Ignacio. (1998). “Cláusulas obligacionales y cláusulas normativas en los convenios colectivos”. (Madrid, *Documentación Laboral* N.º 25), pág. 28, citado por TOYAMA MIYAGUSUKU. (1994), p. 172.

⁶⁴ HERNÁNDEZ RUEDA. (2002), p. 453.

⁶⁵ PERELLI LLAMAS. (2023). “Los convenios colectivos de trabajo (CCT) en Argentina”. (Buenos Aires, *Ideides* N.º80, enero (versión electrónica), Revista del Instituto de Estudios Interdisciplinarios en Derecho Social y Relaciones del Trabajo de la Universidad Nacional de Tres de Febrero). (<http://revista-ideides.com/los-convenios-colectivos-de-trabajo-cct-en-argentina/>). Recuperado 7/6/3023, a las 5:32: p. m.).

⁶⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-009/1994, Sentencia C-009, de 20 de enero de 1994, citada.

López Fajardo afirma que “Las cláusulas obligacionales son aquellas cuyos titulares son las partes celebrantes del convenio colectivo y no los sujetos de los contratos de trabajo, como en las cláusulas del contenido normativo”.⁶⁷ Las “cláusulas obligacionales -reafirma Walter Damián Perelli Llamascreean deberes y derechos para quienes firmaron el convenio; dicho de otra forma, el sindicato con personería y, en su caso, a la representación empresarial. Son ejemplos: cláusulas de paz⁶⁸, aportes y contribuciones con destino sindical, entre otros. Grisolía (2019), explica que crean derechos y obligaciones exclusivamente a los sujetos pactantes, es decir, para los que firmaron el convenio: la entidad sindical con personería gremial y la representación de los empleadores”.⁶⁹

Según la aludida Corte Constitucional de Colombia, “Se distingue igualmente en la convención colectiva, por la doctrina y la jurisprudencia, el denominado elemento obligatorio o aspecto obligacional, que está conformado por aquellas cláusulas que señalan deberes u obligaciones recíprocos de las partes, destinadas a asegurar la efectividad de las normas convencionales, como son, por ejemplo, las cláusulas que establecen las comisiones o tribunales de conciliación y arbitraje, las que fijan sanciones por la violación de las estipulaciones que constituyen la parte normativa, o las que establecen mecanismos para garantizar la libertad sindical”.⁷⁰

El artículo 403, del Código de Trabajo, reformado por la Ley 95 de 31 de diciembre de 1976, por la Ley 8 de 30 de abril de 1981 y más tarde por la Ley 44 de 12 de agosto de 1995, prevé las cláusulas normativas y las obligacionales, al prescribir que la convención colectiva de trabajo *contendrá*:

1. *Los nombres y los domicilios de las partes* (numeral 1).

Se trata de los nombres de los sindicatos, de las federaciones o de las confederaciones (de trabajadores y empleadores), los empleadores individuales o grupales y su dirección domiciliaria.

2. *Las empresas o las instituciones comprendidas, o ambas* (numeral 2, modificado por el art. 53 de la Ley 44 de 1995).

El numeral 2 en su redacción del Código de trabajo con propiedad se refería a “La empresas, establecimientos o negocios que comprenda”. Esto viene a cuento porque su artículo 97 dispuso que “Para los efectos de las normas de trabajo, se entiende por empresa la organización de actividades y medios que constituyen una unidad económica en la extracción, producción o distribución de bienes o servicios con o sin ánimo de lucro; y por establecimiento, la unidad técnica que sea parte integrante y contribuya a la realización de los fines de la empresa, ya fuere como sucursal, agencia y otra forma semejante”. La noción de “instituciones”, introducida por la Ley 44 de 1995 es un cuerpo extraño, porque no aparece identificada en las normas del Código ni definida.

3. *La reglamentación del comité de empresa*, para los únicos fines de tramitar las quejas de los trabajadores y establecer un efectivo sistema de comunicación y entendimiento entre el sindicato y la empresa (numeral 3, modificado por el art. 8 de la Ley 8 de 1981).

El texto original previsto en el Código de Trabajo era de proyecciones más amplias. En numeral 3 solamente aludía en forma general a la reglamentación del comité de empresa. Luego, el numeral 4

⁶⁷ LÓPEZ FAJARDO. (2004), p. 532.

⁶⁸ En Panamá “el deber de paz” durante la vigencia de la convención colectiva no adviene de una de sus cláusulas; tal deber emana de la ley, es decir, del artículo 15 de la Ley 8 de 30 de abril de 1981, por la cual se deroga la Ley 95 de 31 de diciembre de 1976 y se dictan otras disposiciones.

⁶⁹ PERELLI LLAMAS, Walter Damián. (2023).

⁷⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-009/94, de 20 de enero de 1994, citada.

apuntaba al establecimiento del “Procedimiento de quejas y sistema de comunicación entre sindicato y la empresa”. La Ley 95 de 1976, impuso la actual camisa de fuerza al comité de empresa, repetidas en las leyes subsiguientes, al unificar la redacción de los dos numerales, de modo que su función ahora es solamente tramitar quejas de los trabajadores y servir de canal de comunicación y entendimiento entre las partes de la convención.

4. *Las estipulaciones sobre condiciones generales y particulares de trabajo.* También podrá contenerla convención colectiva estipulaciones sobre los salarios, el comité de empresa, la movilidad laboral, el fondo de cesantía, la productividad, los contratos individuales de trabajo, las obligaciones y las prohibiciones de las partes, las jornadas y los horarios de trabajo, los descansos obligatorios, las patentes de invención, las vacaciones, la edad de jubilación y en general, todas aquellas disposiciones que desarrollen el contenido del Código de Trabajo o actualicen, de acuerdo la realidad de la empresa, los deberes y derechos de las partes, con el objeto de estrechar lazos de colaboración para su mutuo beneficio (numeral 4, modificado por el art. 53 de la Ley 44 de 1995).⁷¹

En el Código se redactó esta disposición que corresponde al numeral 5 en la forma siguiente: “Estipulaciones sobre salarios y clasificación de puestos”. En la Ley 95 de 1976, el texto limitaba la convención colectiva a “estipulaciones sobre salarios”, ratificado por la Ley 8 de 1981 y modificado tal como se encuentra hoy por la Ley 44 de 1995, que permite gran amplitud y extraordinario campo para la negociación y la regulación.

5. *La duración* (numeral 5, aparece en el artículo 9 de la Ley 95 de 1976 y se confirma por el artículo 8 de la Ley 8 de 1981).

El numeral 5 corresponde al numeral 6 del Código de 1972.

6. *Las estipulaciones del artículo 68* (contenido mínimo del contrato individual de trabajo) del Código de Trabajo que se ajusten a la naturaleza de la convención colectiva. (numeral 6). El numeral 6 corresponde al numeral 8 del Código de 1972.

Tales estipulaciones compatibles con la convención colectiva son la determinación específica de la obra o los servicios convenidos y de las modalidades referentes a esa obra o esos servicios, acordados para su ejecución (en otras palabras, el puesto y las funciones que deben desempeñarse), el lugar o los lugares donde deberán prestarse los servicios; la duración (que en la convención colectiva

⁷¹ Enseña Hernández Rueda: “La práctica de la negociación colectiva, amplía considerablemente la temática del convenio. Este comprende una amplia diversidad de asuntos. Generalmente comprende: a) cláusulas relativas a la organización del trabajo; b) cláusulas sobre formación profesional y movilidad en el empleo; c) cláusulas salariales y sobre clasificación de puestos; d) cláusulas relativas a la jornada y tiempos de trabajo, permisos y descansos obligatorios; e) cláusulas sobre suspensión, cambios, vicisitudes y terminación de la relación de trabajo; f) cláusulas de paz; g) cláusulas sobre cambios estructurales, cesión o fusión de empresa o establecimiento, debido a causas económicas, o motivos tecnológicos y su efecto en el empleo; h) cláusulas sobre nacionalización del trabajo y la contratación de extranjeros; i) cláusulas de protección a la libertad sindical; j) cláusulas relativas a medidas de prevención y solución de conflictos individuales o colectivos; k) cláusulas sobre rendimiento, productividad, incentivos y estímulos para la producción; l) cláusulas relativas a la seguridad e higiene en el trabajo; m) cláusulas disciplinarias, aunque éstas últimas aparecen con mayor frecuencia en el Reglamento Interior de Trabajo que en el convenio colectivo; n) cláusulas de revisión y duración del convenio colectivo. Otras cláusulas declaran ilícitas las prácticas o desviaciones del Jus Variandi, susceptibles de ocasionar al trabajador perjuicios morales, económicos o cambios en su jerarquía” [HERNÁNDEZ RUEDA. (2002), pp. 453 y 454].

invariablemente será por tiempo fijo); la duración y la división regular de la jornada de trabajo, el salario, la forma, el día y el lugar de pago, el lugar y la fecha de celebración y la firma de las partes.

Al respecto, la OIT indica que “Los convenios colectivos son vinculantes y tienen primacía sobre los contratos de trabajo individuales (salvo cuando las disposiciones de estos últimos son más favorables para los trabajadores cubiertos por el convenio colectivo)”.⁷² Esta disposición aparece en Código de Trabajo, se reiteró en la Ley 95 de 1976 y luego en la Ley 8 de 1981.

7. *Las demás estipulaciones que convengan las partes*,⁷³ siempre y cuando no interfieran con la facultad que tiene el empleador de determinar el número de trabajadores necesarios para el normal funcionamiento de la empresa, ni afecten los derechos de los trabajadores contemplados en los artículos 224 (la prima de antigüedad) y 225 (la indemnización) del Código de Trabajo (numeral 7).

El Código originalmente contenía un numeral 7, que rezaba: “Las estipulaciones relativas al reglamento interno; si ya existiere quedará reemplazado de inmediato por la convención colectiva”, el cual fue extraído de la ecuación.

En actual numeral 7, que corresponde al numeral 9 del Código de 1972, abre el abanico de posibilidades. Prevé las *cláusulas opcionales*, es decir, aquellas que no son parte del contenido *necesario* de la convención y se incorporan por la simple voluntad de ambas partes; sus efectos son normativos.

La norma original en el Código se circunscribía a la expresión “Las demás estipulaciones que convengan las partes”. La Ley 96 de 1975 introdujo el texto explicativo y la Ley 8 de 1981 lo revalidó, el cual veda la facultad de las partes en cuanto a incidir vía convención colectiva en la gestión del empleador y en la afectación del derecho cierto de los trabajadores relativo a la prima de antigüedad y del derecho incierto conexo a la indemnización. Así, éstas tienen la potestad de pactar las cláusulas que crean pertinentes, si bien esa potestad, aun cuando no se diga expresamente, no podría rebasar o desconocer las normas legales de orden público absoluto. Su texto sí es portador de dos limitaciones a la voluntad de las partes; por un lado, en una materia considerada privativa del empleador y, por otro lado, en dos materias que afectan el orden público. Limita el poder del empleador de negociar y del sindicato de reclamar que se incluya en la convención la potestad de que ésta o de dicho sindicato fijen la cifra de trabajadores indispensables para el funcionamiento corriente de la empresa. A la par, impide el pacto de las partes que lesione los derechos ciertos de los trabajadores germinados de la prima de antigüedad o la indemnización. No es válida entonces la privación o la reducción de estos derechos, ni tiene valor tampoco que, para adquirirlos, sean creados presupuestos distintos o sean agregados otros a los legales.

Otras disposiciones del Código de Trabajo aluden a materias propias de la convención colectiva, aunque no imponen mandato expreso o tácito de negociación, a saber:

⁷² ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (2016), p. 14.

⁷³ Con Respecto a República Dominicana, situación que no difiere mucho de Panamá, Hernández Rueda dice: “En los convenios colectivos suscritos en el país, se acostumbra a incluir otro tipo de cláusulas, las sociales, que tienen relación indirecta con el servicio prestado, tales como cláusulas que establecen becas y sistemas de estudios y capacitación de los hijos y familiares del trabajador, o compromisos para festejos en el Día del Trabajo, y en otras fechas, lo que alcanza en gran parte a los familiares del trabajador, incluyendo cláusulas que les dan a éstos protección en caso de enfermedad o accidentes”. [HERNÁNDEZ RUEDA. (2002), p. 453].

1. El artículo 35, numeral 2, en cuanto a la obligación de trabajar jornadas extraordinarias. La regla general es que los trabajadores no están obligados a trabajar horas o jornadas extraordinarias, salvo en los siguientes casos: “1. Cuando por siniestro ocurrido o riesgo inminente se encuentren en peligro la vida de las personas, la existencia misma de la empresa o centros de trabajo, u obra objeto del contrato, caso en el cual la jornada de trabajo podrá prolongarse hasta por el tiempo estrictamente necesario para remediar impedir o combatir esos males. 2. Cuando en una convención colectiva se hubiere pactado que todos o algunos trabajadores, dentro de los límites legales, deban prestar servicios durante jornadas extraordinarias, siempre que el respectivo trabajador contraiga esa obligación a través de la contratación individual”. “Se exceptúan de este artículo las jornadas ordinarias que presten los trabajadores en día domingo o de fiesta o duelo nacional, cuando se trate de trabajadores especialmente contratados para laborar esos días, o que lo hagan en virtud de turnos rotativos de trabajo en las empresas a que se refiere el artículo 42 sujetas siempre al pago de los recargos previstos en este Código”. “Tratándose de las explotaciones agropecuarias, pequeñas empresas e industrias dedicadas a la exportación ciento por ciento, los trabajadores deberán laborar horas o jornadas extraordinarias, en aquellos casos en que la naturaleza de la actividad así lo exija y exclusivamente en el período en que ello se requiera. El trabajo que se efectúe en estos casos no podrá exceder de los límites fijados por ley”.

2. El artículo 56, en cuanto al fraccionamiento de las vacaciones en dos períodos iguales de quince días: “Los trabajadores deben gozar, sin interrupciones, de su período de vacaciones. Estas solamente se podrán dividir en dos fracciones iguales como máximo, cuando así se permita en una convención colectiva de trabajo y previo acuerdo con el trabajador en cada ocasión”.

3. El artículo 84, en cuanto a la condición de trabajador de confianza de los trabajadores que ejercen funciones de dirección, fiscalización o representación a nivel no general en la empresa. “La condición de trabajador de confianza depende exclusivamente de la naturaleza de la prestación del servicio que se ejecuta”. “Se entiende por trabajador de confianza, el que ejecuta servicio de dirección, fiscalización o representación del empleador, cuando sean de carácter general dentro del giro normal de las actividades del empleador o cuando así se disponga en la convención colectiva”.

4. El artículo 128, numeral 26, en cuanto al pacto de no realizar descuentos en el salario de los trabajadores por las ausencias causadas por graves calamidades domésticas, comisiones sindicales o asistencia al sepelio de compañeros de trabajo: “Son obligaciones de los empleadores, además de las que surjan especialmente del contrato, las siguientes:” “26. Permitir a los trabajadores faltar a sus labores por graves calamidades domésticas debidamente comprobadas, para desempeñar cualquier comisión sindical, o para asistir al entierro de sus compañeros que fallezcan, siempre que avisen con la debida oportunidad al patrono o a su representante, y siempre que, en los dos últimos casos, el número de los que se ausenten no sea tal que perjudique o suspenda la marcha del establecimiento”. “En el reglamento interno de trabajo, aprobado por las autoridades del ramo, podrá el empleador limitar el número de los que deban ausentarse en estos casos, prescribir los requisitos del aviso que haya de dársele y organizar en detalle sus ausencias temporales”. “Salvo convención en contrario, el tiempo perdido podrá descontarse al trabajador o compensarse con un tiempo igual de trabajo efectivo en horas distintas de su turno ordinario, a opción del empleador”.

5. El artículo 151, numeral 2, subrogado por la Ley 126, de 18 de febrero de 2020, en cuanto al pago del salario de los trabajadores mediante cheque o transferencia bancaria: “El salario deberá pagarse en dinero de curso legal en la parte estipulada en dinero, que por lo menos deberá corresponder íntegramente al mínimo fijado por la ley. Queda prohibido hacer los pagos en mercancías o en vales,

fichas, cupones o cualquier signo representativo, con que se pretende sustituir la moneda”. “Sin embargo, se podrá pagar el salario mediante cheque o transferencia bancaria en cualquiera de los siguientes casos: 1. Tratándose del personal de oficina, siempre que el cheque se entregue en horas en que el respectivo banco se encuentre abierto y se den facilidades para cambiarlo dentro de la jornada de trabajo. 2. Por transferencia bancaria, siempre que el colaborador tenga la oportunidad de aperturar o utilizar una cuenta bancaria propia y el costo del servicio sea sufragado por el empleador. En áreas donde esté disponible un cajero automático para el trabajador, el empleador no podrá utilizar esta metodología y tendrá que adoptar el pago en efectivo de la moneda de curso legal o en cheque; o 3. Cuando así se acuerde en una convención colectiva”.

6. El artículo 197-A, adicionado por la Ley 44 de 1995, en cuanto a la movilidad laboral de naturaleza funcional u horizontal: “No se considerarán como alteración unilateral, las órdenes impartidas por el empleador en la ejecución del contrato de trabajo que impliquen movilidad funcional u horizontal del trabajador, siempre que sean compatibles con su posición, jerarquía, fuerzas, aptitudes, preparación y destrezas. Lo anterior se aplicará siempre que no conlleve disminución de la remuneración o salario y no afecte la dignidad o autoestima del trabajador, o le provoque perjuicios relevantes o riesgos mayores en la ejecución del trabajo. La movilidad podrá ejercerse: 1. Por necesidad de la organización de la empresa, del trabajo o de la producción, por variaciones en el mercado o por innovaciones tecnológicas. 2. En los casos previstos en la convención colectiva. 3. En los términos en que para cada oportunidad se convenga con el sindicato, con el comité de empresa donde no exista sindicato, o directamente con el trabajador o los trabajadores respectivos”. “La movilidad podrá ser de duración temporal o permanente”. “En este último caso, la movilidad funcional permanente se entenderá como un traslado, y el trabajador recibirá el salario básico superior y los beneficios básicos superiores correspondientes a la nueva posición, conforme a la clasificación de puestos o, en su defecto, a los niveles de salario acostumbrados en la empresa. En todo caso, el trabajador no está obligado a aceptar el traslado cuando no se cumpla con lo dispuesto en el primer párrafo de este artículo”. “Cuando la movilidad sea temporal, la duración de ésta será pactada con el sindicato, o con el trabajador o los trabajadores, excepto que se trate de reemplazo de un trabajador en uso de licencia; el trabajador que deba prestar servicios en una posición clasificada superior, recibirá del empleador una bonificación que no será inferior a los niveles de salarios básicos o a la costumbre, establecidos para la categoría en la empresa, durante el tiempo que desempeñe la nueva posición, y regresará a su salario y condiciones laborales anteriores al momento de reincorporarse a su puesto original”. “La movilidad no podrá afectar el ejercicio del derecho de libertad sindical y, en general, no deberá interferir con el desempeño del cargo sindical que ostente el trabajador con fuero sindical, según lo previsto en el artículo 383 de este Código. Tampoco podrá afectar a la trabajadora con fuero de maternidad, conforme al artículo 116”. “Este artículo se entiende sin perjuicio de lo pactado en las convenciones colectivas”.

7. El artículo 213, literal A, numeral 16, en cuanto a los sistemas de evaluación profesional y técnica para los fines de las causas justificadas de despido:⁷⁴ “La falta notoria del rendimiento, calificada de acuerdo con sistemas y reglamentos concretos de evaluación técnica y profesional, previamente aprobados por el Ministerio de Trabajo y Bienestar Social o acordados en una convención colectiva”. Todas estas cláusulas son de carácter normativo.

⁷⁴ Cfr. HOYOS, Arturo. (2005). *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Panamá, Editora Jurídica Iberoamericana, S. A.), p. 448.

VIII. DURACIÓN

En el esquema jurídico-laboral de América Latina no existe uniformidad en cuando el término de *duración* de las convenciones colectivas de trabajo. Las “legislaciones en nuestros países conceden una duración máxima y otra mínima a las convenciones colectivas, o les fijan una duración máxima y autorizan a las partes el establecimiento de una extensión menor, o puntualizan una duración mínima con base en la cual las partes deben pactar el curso de la convención colectiva, o no prevén la duración de las convenciones colectivas y la confían al acuerdo de las partes. De señalarse plazos, estos corren entre tres o cuatro años, como máximo, y entre uno o dos años, como mínimo. Todo ello, con mayor o menor reconocimiento de apertura a la autonomía colectiva”.⁷⁵ Sobre el particular, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, “observa que habitualmente los acuerdos colectivos, tanto del sector público como del sector privado, prevén un período determinado de aplicación y/o la manera en que puede ponerse fin al mismo. Corresponde a las partes precisar este período. A menudo, la legislación establece reglas relativas a la duración máxima de los convenios colectivos, con inclusión de reglas sobre su aplicabilidad (o inaplicabilidad) tras la expiración de sus períodos de vigencia. [...]”. [OIT. (2018). *La libertad sindical*. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical, p. 165, párrafo 381]. También, recuerda que “por lo que se refiere al período de vigencia de los acuerdos colectivos, los Convenios núms. 151 y 154 privilegian las reglas establecidas por las partes en la negociación” [OIT. (2018), p. 165, párrafo 383].⁷⁶

En Argentina, el período la duración “está librado a la libertad negocial establecer cuál será el periodo de vigencia del acuerdo”.⁷⁷ La “libertad para definir el ámbito temporal de los convenios colectivos no ha provocado dificultades porque ‘la costumbre o aceptación generalizada tendió a fijar una norma de hecho, según la cual el lapso es normalmente anual, término adaptado al carácter prioritariamente salarial de los convenios y a la fuerte inflación corriente la mayor parte del tiempo’”.⁷⁸

En Bolivia, “Cuando la duración del contrato colectivo no haya sido expresamente estipulada o no resulte de la naturaleza de la obra o trabajo, se presume celebrada por términos sucesivos de un (1) año” (Art. 68, Código del Trabajo).

“En Brasil, Mauricio Godinho Delgado recuerda que la ley laboral brasileña no permite estipular una convención colectiva con una duración superior a dos años; y que, en ese hábitat, es jurídicamente posible la fijación de un plazo más exiguo, de solo un año, por ejemplo: ‘Tal plazo de un único año se volvió recurrente en la práctica laboral brasileña, quizás de cara a la influencia del período inflacionario en el país -que duró décadas-, haciendo necesarias rondas anuales de negociación en torno al salario y aspectos relacionados’”.⁷⁹

⁷⁵ SACO BARRIOS, Raúl. (2020). “Plazo de vigencia de la convención colectiva de trabajo en el sector público”. (Lima, *Laborem* N.º 24, revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social), pp. 80 y 81. (<https://www.spdtss.org.pe/wp-content/uploads/2021/09/Laborem22.pdf>. Recuperado 15/6/2023, a las 5:30 p. m).

⁷⁶ Citado por SACO BARRIOS. (2020), pp. 80 y 81.

⁷⁷ ARESE, César. (2008). *Derecho de la negociación colectiva*. (Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores), p. 307, citado por SACO BARRIOS. (2020), p. 181.

⁷⁸ RAMÍREZ BOSCO, Luis. (1985). *Convenciones colectivas de trabajo*. (Buenos Aires, Editorial Hammurabi), p. 182, citado por SACO BARRIOS. (2020), p. 181.

⁷⁹ Cfr. GODINHO DELGADO, Mauricio. (2017). *Direito Coletivo do Trabalho*. 7.ª edición (São Paulo, LTr Editora), p. 222, cita y traducción de SACO BARRIOS. (2020), p. 181.

En Chile, el convenio colectivo se celebra por “el tiempo comprendido en la negociación”, pero no puede ser superior a tres años. El convenio colectivo por “tiempo determinado, temporada o faena transitoria o determinada”, recae sobre los “trabajadores eventuales, de temporada y de obra o faena transitoria”. (Arts. 314, 366 y 367, Código del Trabajo). Sin embargo, según el Ministerio del Trabajo y Previsión Social, el “Dictamen N°3591/92, de 07.08.2017, un convenio colectivo, fruto de una negociación de trabajadores por obra o faena transitoria, no puede quedar sujeto a la duración de ésta, toda vez que, en tal caso, el plazo es indeterminado”.⁸⁰ La duración máxima del pacto sobre condiciones especiales de trabajo será de tres años (Art. 374, Código del Trabajo).

En Colombia, cuando la duración de la convención colectiva de trabajo no esté expresamente estipulada o “no resulte de la naturaleza de la obra o trabajo”, se presume celebrada por términos sucesivos de seis en seis meses. (Art. 477). En caso de que no existan normas diferentes pactadas en la propia convención colectiva, si dentro del término de sesenta inmediatamente anteriores a su expiración, las dos partes o una de ellas no hace “manifestación escrita de su expresa voluntad de darla por terminada, la convención se entiende prorrogada por períodos sucesivos de seis en seis meses, que se contarán desde la fecha señalada para su terminación”. (Art. 478, Código Sustantivo de Trabajo). La Corte Constitucional de este país alega con razón que “Sostener la vigencia indefinida de las normas convencionales equivaldría a negar la esencia misma del derecho a la negociación colectiva que consagra nuestra Carta Política, como mecanismo idóneo para regular las relaciones del trabajo, lo que demanda que periódicamente se revisen y se hagan ajustes a las normas convencionales para adaptarlas a las necesidades e intereses, tanto de los patronos como de los trabajadores”. “El respeto de los derechos adquiridos por los trabajadores mediante una convención, no se opone a la vigencia temporal de la misma, pues la convención puede ser prorrogada expresamente por voluntad de las partes o en forma automática, cuando las partes o una de ellas no hubiere hecho manifestación escrita de su expresa voluntad de darla por terminada, a través de su denuncia (art. 478 y 479 del C.S.T.) en cuyo caso los derechos adquiridos por los trabajadores quedan incólumes”.⁸¹

En Costa Rica, la convención colectiva de trabajo no tendrá una duración de un plazo menor de un año ni mayor de tres, “pero que en cada ocasión se prorrogará automáticamente durante un período igual al estipulado, si ninguna de las partes la denuncia con un mes de anticipación al respectivo vencimiento. Cuando la denuncia la hicieren los trabajadores, deberán representar por lo menos el sesenta por ciento de la totalidad de los miembros que tenían el sindicato o sindicatos que la hubieren celebrado; y cuando la formulen los patronos, éstos deberán en ese momento tener trabajando por lo menos igual porcentaje de los afectados por la convención” (literal e, art. 58, Código de Trabajo). Las convenciones colectivas con fuerza de ley pactadas entre todos los patronos y los trabajadores, sindicalizado o no, de determinada industria, de actividad económica o región del país, tendrán un plazo de duración, fijado por el Poder Ejecutivo, que no excederá de cinco años ni bajará de uno (Art. 64, Código de Trabajo).

En Ecuador, el contrato colectivo de trabajo se celebra por tiempo indefinido, por tiempo fijo o por el tiempo de duración de una empresa o de una obra determinada. (Art. 239, Código de Trabajo). Cuando es de carácter obligatorio el presidente de la República debe fijar el plazo de vigencia, que no excederá de dos años. El plazo indicado se entiende prorrogado por igual tiempo si antes de tres meses de su expiración, la mayoría de los empleadores o trabajadores no expresa voluntad de dar por terminado el contrato colectivo (Art.258, Código de Trabajo).

⁸⁰ <https://www.dt.gob.cl/portal/1628/w3-article-62079.html>. Recuperado el 21/6/2023, a las 10:35 a. m.

⁸¹ Sentencia N.º C-009/94, de 20 de enero de 1994, citada.

En El Salvador, el contrato colectivo de trabajo “debe celebrarse a plazo o por tiempo necesario cuando se trate de la ejecución de determinada obra. El plazo no podrá ser menor de un año ni mayor de tres; y se prorrogará automáticamente por períodos de un año, siempre que ninguna de las partes, en el penúltimo mes del mismo o de su prórroga, pida la revisión del contrato”. (Art. 276, Código de Trabajo). A la convención colectiva de trabajo se le aplican supletoriamente todas las normas del contrato colectivo de trabajo, en especial las concernientes a efectos, inscripción, prueba de su existencia y revisión (Art. 290, Código de Trabajo).

En Guatemala, las normas sobre contrato colectivo de trabajo y pacto colectivo de condiciones de trabajo no se pronuncian sobre su duración. Este pacto, cumplidos varios requisitos, se expande con fuerza de ley para todos los patronos y los trabajadores, sindicalizados o no, de determinada rama de la industria, actividad económica. (Art. 54, Código de Trabajo). Los pactos colectivos de industria, de actividad económica o de región determinada tendrá una duración no menor de un año ni mayor de cinco años, que será fijada por el Organismo Ejecutivo, que es el Ministerio de Trabajo y Previsión Social.

En Honduras, el contrato colectivo de trabajo debe estipularse expresamente en su contenido, pero cuando ello no sea así “o no resulte de la naturaleza de la obra o trabajo”, se presume celebrado por términos sucesivos de un año” (Art. 68, Código del Trabajo).

En México, en el contenido del contrato colectivo de trabajo debe pactarse su “duración o la expresión de ser por tiempo indeterminado o para obra determinada” (Art. 391, III). De toda forma, del trámite permitido de revisión total o parcial del contrato colectivo por tiempo determinado o indeterminado, o para obra determinada, se puede deducir el tema de la duración. La solicitud de revisión deberá hacerse, por lo menos, sesenta días antes: 1. “Del vencimiento del contrato colectivo por tiempo determinado, si éste no es mayor de dos años”; 2. “Del transcurso de dos años, si el contrato por tiempo determinado tiene una duración mayor”; y 3. “Del transcurso de dos años, en los casos de contrato por tiempo indeterminado o por obra” (Arts. 397-399). En cambio, el contrato-ley tendrá una duración, que no podrá exceder de dos años (Art. 412, III).

En Nicaragua, de acuerdo con el Código de Trabajo, la convención colectiva de trabajo contendrá su duración, que no podrá exceder de dos años (Art. 239).

En Paraguay, el contrato colectivo de condiciones de trabajo o contrato colectivo puede celebrarse por tiempo fijo o por la duración de una empresa u obra. El celebrado “sin duración determinada, puede rescindirse por cualquiera de las partes, previa notificación por escrito dada a la otra, con treinta días de anticipación”. (Art. 332 y 343, Código del Trabajo). El contrato-ley rige por tiempo indefinido, aunque es revisable cada dos años, siempre que lo solicite la tercera parte de los obligados por el instrumento (Art. 346, Código del Trabajo).

En Perú, la “ley 27912, Ley que modifica la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y levanta las observaciones formuladas por el Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo, promulgada el 6 de enero de 2003, se modificó el artículo 43 inciso c)6 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo”. Por esta razón, el contrato colectivo de condiciones de trabajo en el sector privado “Rige durante el período que acuerden las partes. A falta de acuerdo, su duración es de un (1) año” (Artículo 43 inciso c). En el sector público, el contrato colectivo “por la ley 30057, Ley del Servicio Civil, promulgada el 3 de julio de 2013, ha ordenado que la negociación y los acuerdos en materia laboral se sujeten, entre otras reglas, a cuanto sigue: Artículo 44 inciso d): ‘Los acuerdos suscritos entre los representantes de la entidad pública y de los servidores civiles tienen un plazo de

vigencia no menor de dos (2) años y surten efecto obligatoriamente a partir del 1 de enero del ejercicio siguiente. Similar regla se aplica a los laudos arbitrales”⁸².

En República Dominicana, el convenio colectivo de condiciones de trabajo tendrá la duración que este mismo instrumento determine, que no será menor de un año ni mayor de tres. En caso de que no se convenga expresamente su duración, la vigencia del convenio será de un año. “El convenio colectivo se prorroga automáticamente durante un período igual al estipulado o al establecido por la ley, si ninguna de las partes lo denuncia con dos meses de anticipación a la fecha de su vencimiento” (Art. 115, Código de Trabajo).

En Venezuela, la Ley Orgánica del Trabajo prevé que la convención colectiva de trabajo debe contar con “una duración que no podrá ser mayor de tres años ni menor de dos años, sin perjuicio que la convención prevea cláusulas revisables en períodos menores”. “Vencido el período de una convención colectiva de trabajo, las estipulaciones económicas, sociales y sindicales que beneficien a los trabajadores y las trabajadoras, continuarán vigentes hasta tanto se celebre otra que la sustituya. Las partes podrán, mediante Acta Convenio, prorrogar la duración de la convención colectiva por un límite que no excederá de la mitad del período para la cual fue pactada” (Art. 435).

En Uruguay, “el artículo 17 de la ley (uruguaya) 18566 manda: “(Vigencia). La vigencia de los convenios colectivos será establecida por las partes de común acuerdo, quienes podrán determinar su prórroga expresa o tácita y el procedimiento de denuncia. El convenio colectivo cuyo término estuviese vencido, mantendrá la plena vigencia de todas sus cláusulas hasta que un nuevo acuerdo lo sustituya, salvo que las partes hubiesen acordado lo contrario”. Según la manifestado por Juan Raso Delgue a Raúl Saco Barrios, en resumen: “no existe una duración mínima” establecida en la ley.⁸³

En Panamá, la convención colectiva de trabajo, según el Código de Trabajo, tiene una *duración* que no será inferior a dos años ni mayor de cuatro años en el sector privado. En el sector público que necesita urgente regulación, la convención colectiva de trabajo entre la Universidad de Panamá y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Universidad de Panamá (SINTUP), (inscrito mediante Resolución N.º1, de 13 de febrero, de 2017, del Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral, en virtud de los Convenios N.º87 y N.º98 de la OIT), que agrupa a los servidores públicos del estamento administrativo, fue pactada por un período de cuatro años (2019-2023). Esta es la primera convención colectiva celebrada en el sector público y que tuvo de base lo establecido en el artículo 103 de la Constitución Política, el artículo 19 de la Ley 24 de 14 de julio de 2005, orgánica de la Universidad de Panamá, artículos 5 último párrafo y 29 del Estatuto Universitario, “toda vez que por su ámbito de aplicación y su contenido normativo se asimila a un reglamento general”. En una empresa estatal sucede igual. La convención colectiva de trabajo celebrada entre la Empresa de Transmisión Eléctrica S. A. (ETESA), sociedad anónima de capital 100% estatal (Ley 6 de 3 de febrero de 1997, por la cual dicta el marco regulatorio e institucional para la prestación del servicio público de electricidad y se reestructura el Instituto de Recursos Hidráulicos y Electrificación) y el Sindicato de Trabajadores de la Industria Eléctrica y Similares de la República de Panamá (SITTESPA), fue celebrado por un período de cuatro años (2020-2024).

Ente nosotros, no cabe la figura de la convención colectiva indefinida o con plazo mayor de cuatro años. Si así se pactara en alguna ocasión, la cláusula estipulada sería inválida y reemplazada por el plazo máximo legal. Esta invalidez operaría de pleno Derecho.

⁸² SACO BARRIOS. (2020), pp. 175 y 178.

⁸³ SACO BARRIOS. (2020), p. 183.

Esta convención colectiva empieza a regir desde la fecha en que se firme, salvo que se indique otra fecha y estará en vigor hasta que finalice el plazo o el término fijado. Cuando venza uno u otro, continuará rigiendo hasta tanto se celebre otra que la reemplace, sin perjuicio del derecho de los trabajadores de pedir la negociación, sea vía directa, sea ante el Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral. Cualquiera de las partes puede solicitar la negociación de una nueva, por vencimiento de este plazo, desde los tres meses anteriores a la fecha en que ocurra ese acontecimiento. En caso de concurrencia de sindicatos, se aplicará lo dispuesto en el artículo 402 precitado.

No hay impedimento para que las partes, dentro del término de duración de la convención colectiva, siempre que medie el común acuerdo sobre los temas específicos que les interesen a ambas, revisen y modifiquen la convención por vía directa, en cualquier momento que se acuerde mutuamente y de conformidad con lo señalado en el artículo 400 del Código de Trabajo, respecto a la prueba de la personería jurídica para negociar (art. 416, Código de Trabajo, subrogado por art. 57, Ley 44 de 1995).

“La ejecución -explica Hernández Rueda- es la fase de la aplicación práctica del convenio. En esta fase las partes, como en la fase de las negociaciones, deben actuar con ecuanimidad, sin arbitrariedad, sin hechos, gestos u omisiones de prepotencia o susceptibles de irritar a los trabajadores y empleadores; sin interpretaciones torcidas, contrarias a la común intención de las partes al negociar el convenio. En fin, en la ejecución del convenio se debe actuar con objetividad, responsabilidad, honestidad, serenidad, buen trato y respeto recíproco. Debe desecharse el uso de amenazas o de la violencia”.⁸⁴

La ley panameña no permite la violación del *deber de paz* durante la eficacia del instrumento pactado con la presentación de pliego de peticiones cuyo fin sea introducir modificaciones o cláusulas nuevas. “La ejecución es la fase de la aplicación práctica del convenio. En este sentido, el artículo 15 de la Ley 8 de 30 de abril de 1981, dispone lo siguiente: “Durante el período de vigencia de las convenciones colectivas de trabajo no se admitirán pliegos de peticiones que tengan por objeto introducir modificaciones directas o indirectas, o cláusulas nuevas, a la convención colectiva”. “La Dirección Regional o General de Trabajo, queda facultada para rechazar de plano los pliegos inadmisibles conforme esta disposición”.

En tal sentido, el deber de paz nacido de la ley y no del pacto de las partes, como sucede en otras legislaciones, no admite la exigencia de la renegociación de cláusulas o la introducción de temas nuevos como cláusulas; por lo tanto, se veda así el conflicto económico o de intereses derivado de la convención colectiva pactada y habrá de rechazarse en el Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral cualquier pliego de peticiones encaminado en esa dirección; empero, tal deber no impide el conflicto jurídico o de derecho cuando se ignoren, se apliquen defectuosamente o se interpreten equivocadamente las cláusulas de la convención colectiva y ello puede llevar a los afectados a la Dirección General o Regional de Trabajo en la búsqueda de la decisión jurisdiccional correspondiente o, en su defecto, a la mediación o en todo caso a la conciliación, cuando el conflicto pueda dar lugar al ejercicio del derecho de huelga.

IX. EFECTOS

La celebración de la convención colectiva de trabajo genera *efectos* de naturaleza siguiente:

1. Obliga a las partes y a las personas en cuyo nombre se celebre o sea aplicable. Igualmente rige para los futuros afiliados de las respectivas organizaciones de empleadores y para los trabajadores que con

⁸⁴ HERNÁNDEZ RUEDA. (2002), p. 472.

ingresen posterioridad a las empresas comprendidas por ella, desde la fecha de la afiliación o del ingreso a la empresa, respectivamente.

“Sus efectos son expansivos, es decir, sus estipulaciones se aplican a todos los trabajadores, así no formen parte del sindicato que celebró la convención colectiva con el patrono o hubiesen ingresado a la empresa en fecha posterior a la celebración de dicha negociación”. Carecen de eficacia las cláusulas que limiten esos efectos únicamente a los integrantes de la organización social que suscribió el negocio jurídico. Asociado a tales efectos expansivos se encuentra el efecto automático de la convención colectiva, porque sus cláusulas se convierten en estipulaciones imperativas para todos los trabajadores actuales y futuros (ingresen con posterioridad), en la empresa o las empresas y sus negocios o establecimientos, sean o no trabajadores sindicalizados, siempre que estén dentro de las categorías comprendidas.⁸⁵

2. Las cláusulas de la convención colectiva se aplican en las categorías de trabajadores que estuvieren empleados en la empresa o en las empresas comprendidas por dicha convención, a menos que ella previera expresamente lo contrario. De esta suerte, algunas categorías de trabajadores quedan fuera de su alcance, como sería el caso de los trabajadores de confianza,⁸⁶ lo cual contradice el efecto *erga omnes* que pregona el artículo 404, del Código de Trabajo, aunque la justificación se puede brindar en vista de la cercanía con el empleador por el ejercicio de sus altas funciones.⁸⁷

⁸⁵ GIMÉNEZ. (2006), pp. 421 y 422.

⁸⁶ A nuestro juicio, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia incurrió en un error de criterio al no casar la “Sentencia 129 de 24 de noviembre de dos mil once (2011), proferida por el Tribunal Superior de Trabajo del Primer Distrito Judicial, (que) le dio el carácter de trabajadora de confianza a la demandante, en virtud a lo establecido en la cláusula 2 de la Convención Colectiva”, a pesar de que ésta laboraba como farmacéuta, y no ejecutaba ningún servicio de dirección, fiscalización o representación del empleador. La convención colectiva excluía de su campo de aplicación, a los trabajadores “que en desempeño de sus responsabilidades y en sus relaciones con los demás trabajadores, actúen en representación de las empresas”, entre otros, a los “trabajadores del área de Farmacias”. Un farmacéuta no es trabajador de confianza, aunque lo exprese la convención colectiva, cuando no ejerce funciones de dirección, fiscalización o representación. El artículo 84 no deja margen de dudas: “Artículo 84. La condición de trabajador de confianza depende exclusivamente de la naturaleza de la prestación del servicio que se ejecuta. Se entiende por trabajador de confianza, el que ejecuta servicio de dirección, fiscalización o representación del empleador, cuando sean de carácter general dentro del giro normal de las actividades del empleador o cuando así se disponga en la convención colectiva”. La calificación de trabajador de confianza no depende de la voluntad de las partes, sino de la naturaleza de las funciones desempeñadas. Estas funciones pueden tener alcance general o parcial y en este último caso es que tiene lugar la excepción convencional. (Cfr. Fallo de 10 de febrero de 2014. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Recurso de casación laboral, interpuesto por Celmira da Silva de Pardo, contra la sentencia de 20 de enero de 2012, dictada por el Tribunal Superior de Trabajo del Primer Distrito Judicial, dentro del proceso laboral: Celmira da Silva vs. Inmobiliaria Don Antonio S. A.).

⁸⁷ Para evitar errores de juicio y la inclusión en la convención colectiva de trabajadores de confianza que no lo son; pero, además, evitar la inclusión en las excepciones a trabajadores de departamentos o secciones, con el pretexto de que son una categoría, me parece más preciso el artículo 119 del Código Dominicano, que dice: “El convenio colectivo no se aplica, salvo cláusula especial al respecto, a los contratos de trabajo de las personas que desempeñan puestos de dirección o de inspección de labores”. Las previsiones de este artículo “comprenden a los trabajadores que en el Derecho de Trabajo se agrupan bajo los conceptos de ‘altos empleados’ y ‘empleados de confianza’, es decir, a todas aquellas personas que, por la naturaleza del servicio prestado o por las atribuciones del cargo, tienen de modo permanente la obligación de representar al empleador en sus relaciones de trabajo, administración, seguridad o supervigilancia de labores y bienes, funciones en que

3. Sus cláusulas se aplican a todas las personas que trabajan, en las categorías comprendidas en la convención, en la empresa, el negocio o el establecimiento, aunque no sean miembros del sindicato (Art. 405, Código de Trabajo, subrogado por art. 2, Ley 68 de 2010).

4. Los trabajadores no sindicalizados que se beneficien de la convención colectiva tienen la obligación, durante el plazo fijado por esta convención colectiva, de pagar las cuotas ordinarias y extraordinarias acordadas por el sindicato, y el empleador está sujeto al deber de descontárselas de sus salarios y entregarlas al sindicato, en forma prevista por el artículo 373 del Código de Trabajo (Art. 405, Código de Trabajo, subrogado por el art. 2, Ley 68 de 2010).

El artículo 405, previamente adicionado por el artículo 5 de la Ley 2 de 13 de enero de 1993, terminaba la redacción con la frase: “aun cuando la proporción de sindicalizados no alcance la señalada en dicho artículo para la cotización obligatoria”, pero ésta fue declarada inconstitucional, mediante sentencia de 19 de febrero de 1993, del Pleno de la Corte Suprema de Justicia.

Sin perjuicio de lo anteriormente dispuesto, los empleadores y los sindicatos podrán establecer en la convención colectiva todo lo relacionado con la aplicación del descuento de la cuota ordinaria y extraordinaria (art. 405, Código de Trabajo, subrogado por art. 2, Ley 68 de 2010).

La Ley 30 de 2010, ya derogada, establecía que los trabajadores afiliados a otro sindicato quedaban relevados de pagar la cuota sindical al sindicato que negoció la convención colectiva, pero sí “podían” pagarla al sindicato al cual estaban afiliados. Además, los trabajadores no sindicalizados que se beneficiaban de la convención colectiva “podían” pagar las cuotas ordinarias y extraordinarias acordadas por el sindicato durante la vigencia de la convención colectiva.

5. La desafiliación de las organizaciones contratantes ni su disolución afectan los acuerdos pactados. Es decir, ante estas eventualidades, las cláusulas de la convención siguen rigiendo y amparando a los trabajadores de las empresas, la empresa y los establecimientos y negocios.

6. En los casos de disolución de la organización sindical titular de la convención colectiva, los acuerdos pactados en ésta continuarán vigentes, salvo que, al surgir una nueva organización sindical o un grupo de trabajadores organizados, estos y la empresa acuerden celebrar una nueva convención colectiva (Art. 413, Código de Trabajo, subrogado por art. 55 de la Ley 44 de 1995).

La expresión: “grupo de trabajadores organizados” parece una redundancia. Se trata de lo mismo, de la organización sindical de trabajadores, porque el grupo de trabajadores organizados en otra estructura jurídica no es un sindicato y su acción solo permite la negociación y la celebración del acuerdo colectivo de trabajo y nunca de la convención colectiva.

7. El Código de Trabajo recepta la regla de la condición más beneficiosa aplicable a los derechos de los trabajadores y a las condiciones de trabajo. Javier Arévalo Vela expone que “La condición más beneficiosa establece que la aplicación de nuevas normas debe hacerse sin disminuir los derechos del trabajador preexistentes, pues, todo cambio debe ser en beneficio de la parte laboral y no en su

están en juego la existencia de la empresa, sus intereses fundamentales, la seguridad de sus establecimientos, o el orden esencial que debe reinar entre sus trabajadores. Las cláusulas de exclusión de los convenios colectivos y los indicados textos legales, forman un sólo contexto a tono con la materia de que se trata, y, en ese sentido amplio es que debe interpretarse para una más eficiente y justa organización de las condiciones de trabajo en la empresa y determinación de los derechos y obligaciones del trabajador”. [HERNÁNDEZ RUEDA. (2002), p. 476].

perjuicio”.⁸⁸ Rafael Albuquerque explica que “La regla de la *condición más beneficiosa* permite considerar que una nueva norma laboral nunca debe servir para disminuir las condiciones más favorables en que pudiera hallarse un trabajador. De la aplicación de esta regla derivan las consecuencias siguientes: Cuando surja una nueva norma de carácter general [...], las condiciones de trabajo vigentes quedan modificadas de pleno derecho, siempre que las nuevas beneficien a los trabajadores. La nueva norma debe respetar las condiciones de trabajo previamente establecidas si éstas son más favorables para los trabajadores”.⁸⁹

En nuestro Derecho, la condición más beneficiosa se advierte en el artículo 406, del Código de Trabajo, el cual indica que la convención colectiva no es susceptible de concertarse en condiciones menos favorables para los trabajadores, que las contenidas en la ley, las convenciones colectivas, los reglamentos internos, los contratos individuales o las prácticas vigentes en la empresa, el negocio o el establecimiento. También, entre paréntesis, en el artículo 464, a propósito del laudo arbitral, cuando ordena que éste no afecte los derechos reconocidos por la Constitución, la ley, las convenciones colectivas y los contratos de trabajo, ni fije condiciones de trabajo inferiores a las ya existentes.

En consecuencia, las condiciones laborales solo pueden modificarse por medio de la convención colectiva de trabajo cuando no conlleven directa o indirectamente una disminución, renuncia, dejación o adulteración de cualquier derecho reconocido a favor del trabajador (Art. 197).

Si bien dicha condición más beneficiosa significa que la convención colectiva no debe rebajar las condiciones de trabajo existentes; por el contrario, su misión es superarlas, la renovación por lo demás es susceptible del mejoramiento de tales condiciones previstas en la convención vencida. En otros términos, la sucesión normativa convencional debe mínimamente preservar esas condiciones constitutivas de derechos para los trabajadores de la empresa o rebasar, tal cual es la aspiración de estos trabajadores, dichas condiciones laborales.

El fundamento de la condición más beneficiosa está en la tradicional naturaleza progresivamente protectora del Derecho del Trabajo, en cuanto a que las condiciones y los derechos consolidados de los trabajadores únicamente pueden mejorarse y ampliarse -nunca menguarse- por acto normativo más favorable contenido en las cláusulas de la convención colectiva. Esas condiciones y esos derechos tienen como fuentes la Constitución Nacional, los convenios internacionales (Bloque de Constitucionalidad o ley), la ley, los reglamentos internos de trabajo, los laudos arbitrales, los contratos individuales o las prácticas vigentes y la convención no hace otra cosa que superarlos. La renovación del instrumento busca, por su lado, que las nuevas estipulaciones contengan mejores condiciones y mayores derechos que los pactados en la anterior.

Según el artículo 54 de la Ley 44 de 12 de agosto de 1995, que adicionó el artículo 406, es válida la cláusula mediante la cual se pacte sustituir, a favor del trabajador, un beneficio por otro previsto en la

⁸⁸ ARÉVALO VELA, Javier. (2016). *Tratado de Derecho Laboral*. (Lima, Instituto Pacífico S. A. C.), p. 90.

⁸⁹ ALBURQUERQUE, Rafael. (1998). “El principio protector en el proceso laboral”. (Ponencia). (Panamá, XIII Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, tomo II), pp. 96 y 97. Para la Corte Constitucional de Colombia, “La condición más beneficiosa supone la existencia de una situación fáctica concreta previamente reconocida y determina que ella debe ser respetada siempre y cuando sea más favorable al trabajador en comparación con la nueva que habría de aplicársele”. Sentencia T-190/15. (<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-190-15.htm>). Recuperado el 22/6/2023, a las 2:30 p.m.).

convención colectiva.⁹⁰ Lo que no está permitido y no se deduce de la norma es que la convención colectiva nueva, que reemplaza a la anterior, puede modificar las condiciones originales en perjuicio de los trabajadores “e incluso dejarlas sin efecto aún en desmedro de la parte laboral”.⁹¹

Es evidente que, para esta Ley 44 de 1995, los *derechos* consagrados por la convención colectiva se denominan incorrectamente *beneficios*. Los derechos son conquistas de los trabajadores pactadas entre el empleador y el sindicato y, por lo tanto, exigibles; en cambio, los beneficios son mercedes, ayudas,

⁹⁰ El “Tribunal Superior de Trabajo indicó que ‘...es posible cuando se negocia una Convención Colectiva de Trabajo sustituir un beneficio por otro, previsto en un convenio anterior, sin que tal circunstancia se aprecie como renuncia de derecho’”. “La decisión adoptada por el Tribunal Superior de Trabajo se fundamenta en que las convenciones colectivas no pueden pactarse en condiciones menos favorables para el trabajador, pero es posible la sustitución de un beneficio por otro, a favor del trabajador, sin que esto implique renuncia de derechos, y que para verificar esta situación de equilibrio en las sustituciones y determinar si ha habido un desmejoramiento en las condiciones de los trabajadores o si los beneficios efectivamente fueron sustituidos por otros, hay que hacer un análisis comparativo de la nueva convención colectiva con la anterior”. (...) Para “determinar si la condición es más beneficiosa para el trabajador al pactar una nueva convención colectiva, en comparación con las anteriores, es preciso que se haga un examen integral y global para observar si las sustituciones acordadas en las nuevas cláusulas compensan los beneficios sustituidos, de manera tal que la nueva convención colectiva en su conjunto sea más favorable para el trabajador. Es importante anotar que este criterio en la sustitución de beneficios, responde a la consideración de que la convención colectiva es un instrumento de mejora de las condiciones de trabajo del trabajador”. “Para determinar si una cláusula desmejora las condiciones o derechos de los trabajadores, pactados en convenciones anteriores, es menester, entonces, examinar las condiciones de cada caso en particular”. “En la resolución de este caso debe tenerse presente dos aspectos importantes: 1) que en un convenio colectivo concurren las voluntades de ambas partes y no existen imposiciones de la parte empleadora al sector laboral para desconocer los derechos de estos últimos; y 2), que la interpretación de la convención colectiva debe realizarse en términos integrales”. Una de las reclamaciones planteadas en el recurso que se analiza es que el no haber incluido una cláusula que reprodujese o contemplase el aumento como había en la convención colectiva preexistente, ello supone en opinión del recurrente un desmejoramiento de las condiciones laborales de los trabajadores”. “En relación con ello se observa que el tema del salario fue objeto de un entendimiento entre el Sindicato y la empresa. Los aumentos reconocidos en las Convenciones Colectivas anteriores no se desconocen en la actual, pues, lo único es que se acordaron nuevos entendimientos sobre la materia y sobre las condiciones que regirán entre las partes por los años de vigencia de la convención colectiva”. “La situación sobre los aumentos salariales fue objeto de ponderación y balance por cada una de las partes en negociación, sindicato y empresa, y su final aceptación, de no contemplar aumentos durante la vigencia de la nueva convención colectiva, se produjo como parte de los entendimientos propios de estos acuerdos colectivos como respuesta al reconocimiento sustitutivo de ciertos beneficios de contenido ventajosos a los trabajadores”. “Es preciso aclarar que la cláusula pactada no dice que no tendrán derecho a los aumentos concedidos hasta la convención que se reemplace. Ni lo pactado implica que se haya hecho una renuncia o reversión de los derechos ya causados o consolidados con arreglo a las convenciones anteriores, por lo que no representan, en definitiva, una disminución de salario”. “El pacto de no incluir aumentos salariales durante los próximos 4 años es un producto libre y espontáneo de la libertad concurrente entre el sindicato y la empresa por lo que en esas condiciones parece difícil aceptar como válida la idea de que tal acuerdo desmejora a los trabajadores puesto que no es esperable que un sindicato haga pactos que desmejoren a sus afiliados”. [Fallo de 26 de abril de 2007. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Recurso de casación interpuesto por el Sindicato de Trabajadores Agroindustriales de la Caña y Afines (SITACA), contra la sentencia del 26 de septiembre de 2006, emitida por el Tribunal Superior de Trabajo del Segundo Distrito Judicial, dentro del proceso laboral: Sindicato de Trabajadores Agro Industrial de la Caña y Afines (SITACA) vs. Compañía Azucarera La Estrella, S. A. (CALESA)]. (Registro Judicial Digital).

⁹¹ ARÉVALO VELA. (2016), p. 90.

favores, gracias, no exigibles; pues se derivan de la simple liberalidad del empleador. En realidad, se trata siempre de derechos ciertos, adquiridos e indiscutibles, que adquieren este carácter por virtud del pacto colectivo.⁹²

Ante leyes parecidas, Carmen Amelia Giménez considera atinadamente que “Las cláusulas económicas y sociales, es decir, aquellas que ingresaron a la esfera subjetiva de derechos de los trabajadores, no pueden ser desmejoradas en negociaciones posteriores, a menos que sean cambiadas por otros beneficios, siempre y cuando la ponderación de los mismos no conduzca al desmejoramiento de las condiciones anteriores”.⁹³

8. Las disposiciones de los contratos individuales de trabajo contrarias o incompatibles con la convención colectiva son ineficaces y se sustituyen automáticamente por los preceptos de ésta, porque “Todas las disposiciones de la parte normativa tienen, sustancialmente, eficacia imperativa. Se trata de

⁹² En España, Antonio Ojeda Avilés ha indicado que, en materia de condición más beneficiosa, catalogada de principio, la doctrina se permite establecer las clases de compensación, en virtud de “*la similitud de las condiciones comparadas y de la amplitud de la comparación*”. Allí se distinguen dos tipos de compensación: 1. La *compensación vertical o cuantitativa*, que ocurre cuando la condición más beneficiosa “queda anulada por la misma condición mejorada de la normativa aplicable: la reducción de jornada del convenio derogado se sustituye por una reducción de jornada igual o mayor del convenio ahora aplicable, o el antiguo complemento salarial por antigüedad queda neutralizado por un complemento salarial por antigüedad igual o mayor en la nueva norma”; 2. La *compensación horizontal o cualitativa*, cuando la norma aplicable, en vez de asumir, manteniendo o incrementando”, la condición más beneficiosa “de la norma derogada, ordena su anulación por otras condiciones de distinta especie, las cuales pueden pertenecer, sin embargo, al mismo género o institución laboral –‘compensación horizontal de grado mínimo’, según Camps (*Los principios de norma más favorable y de condición más beneficiosa en las fuentes del Derecho Español del Trabajo*, Madrid, 1976, p. 173)-, o a distinto género, aunque guarde cierta afinidad en la unidad de medida –‘compensación horizontal de grado medio’- o a distinto género, sin ninguna afinidad –‘compensación horizontal de grado máximo’-.” “Esta clasificación aclara el panorama lo suficiente para descubrir que la compensación es siempre horizontal o cualitativa, pues la vertical o cuantitativa no afecta al principio” de la condición más beneficiosa, “es decir, no lo limita: en efecto, el principio en cuestión ordena el respeto a un mejor tratamiento en la norma derogada, pero no se activa cuando el mejor tratamiento se halla, por el contrario, en la norma aplicable; nada hay que aducir si la nueva norma hace suya e incluso mejora en su articulado el texto de la antigua, porque las condiciones de ésta no son más beneficiosas, sino iguales o peores que las de aquélla”.

“La anulación” de la condición más beneficiosa “por otra nueva condición puede advenir mediante compensación aislada o simple, si la normativa actual determina la extinción de una específica ventaja con otra propia, o mediante compensación global, si se comparan ‘conjuntos’ de condiciones, ya sean del mismo género (conglobamento homogéneo), absolutamente frecuente en materia de salarios, o de todo género (conglobamento indiscriminado o heterogéneo), dentro de las dos normativas que se contrastan”. “Mientras la compensación aislada no plantea mayores problemas de cómputo, la global en sus dos tipos de homogénea e indiscriminada pretende algo muy ambicioso, anular bloques enteros de condiciones si en su conjunto fueran peyorativos, de manera a impedir la acumulación” de condiciones más beneficiosas, “que en sí mismas prevalecerían, pero no acompañadas del conjunto donde se enmarcan. Algunos convenios y ordenanzas establecen un sistema mixto de compensación, canjeando una concreta” condición más beneficiosa “por otra propia en compensación aislada, y disponiendo la compensación global para el resto; otros, como hemos tenido ocasión de ver, contemplan la compensación global homogénea para salarios, e indiscriminada para el resto; otros, en fin, acuerdan la compensación para ciertas condiciones (las salariales, de ordinario) y el cúmulo para las restantes”. [OJEDA AVILÉS, Antonio. (1982). “El principio de condición más beneficiosa”. Madrid, *Revista de Política Social* N.º 134, abril-junio, Centro de Estudios Constitucionales), pp. 44 y 45].

⁹³ GIMÉNEZ. (2006), p. 422.

derecho objetivo imperativo que deroga en amplia medida la libertad contractual de las partes del contrato individual de trabajo”.⁹⁴ No se consideran contrarias o incompatibles, las cláusulas de estos contratos individuales que sean más favorables para los trabajadores.

El Código del Trabajo de Paraguay, referente a la imperatividad del contrato colectivo y la supremacía de las cláusulas más favorables sobre los contratos individuales de trabajo preceptúa que: “Las estipulaciones del contrato colectivo se convierten en cláusulas obligatorias o en parte integrante de los contratos colectivos o individuales de trabajo vigentes en el momento de su homologación o que se concierten durante su vigencia”. “Cuando empleadores y trabajadores obligados por un contrato colectivo, celebren contratos de trabajo que contraviniesen las bases o condiciones estipuladas, regirán éstas, a no ser que las condiciones convenidas en aquéllas fuesen más favorables al trabajador” (Art. 337).

9. Las partes que han intervenido en la celebración de la convención colectiva pueden promover ante los tribunales o las autoridades de trabajo las peticiones, las denuncias, las acciones y las reclamaciones que deriven de ella, sin necesidad de poder previo de los interesados. El derecho de representación resulta de la propia ley laboral.

10. En la eventualidad de que haya sustitución del empleador, el nuevo empleador queda obligado en los mismos términos que el sustituido, salvo que las partes convengan en celebrar una nueva convención colectiva (art. 415, del Código del Trabajo, subrogado por el art. 56 de la Ley 44 de 1995).

11. El cierre de cualquier empresa, negocio o establecimiento no impide que la convención colectiva vigente mantenga sus efectos y continúe rigiendo en las demás empresas, negocios o establecimientos para los que fue acordada.

X. VALIDEZ E INTERPRETACIÓN

Uno de los asuntos de conflicto que plantea la convención colectiva es la validez de alguna de sus cláusulas, considerando que el Código y las leyes laborales contemplan normas de orden público absoluto que no son objeto de la libre disposición de las partes. El acuerdo traducido en cláusula que conculque o vulnere cualquier precepto de esta naturaleza, aunque sea para favorecer a los trabajadores es nulo de nulidad absoluta.

Asimismo, el Código y las leyes laborales contienen normas de orden público que únicamente se pueden abandonar cuando sea para beneficiar a dichos trabajadores. El arreglo, acuerdo o estipulación que deje a esas normas de un lado y perjudique a estos también es nulo de nulidad absoluta.

La validez está ligada además con la aplicación de las cláusulas, sobre todo cuando hay contradicción o se tienen dudas de que surtan efectos sobre algunos de los sujetos contratantes, sobre determinada empresa, determinado establecimiento o determinado negocio, o si abarcan o no a ciertos trabajadores.

Otro de los asuntos conflictivos es el de la interpretación “en la medida en que, en muchos casos, se hace preciso dar una redacción deliberadamente confusa a las cláusulas del convenio para facilitar el

⁹⁴ HUECK, Alfred y NIPPERDEY, H. C. (1963). *Compendio de Derecho del Trabajo*. (Madrid, traducción de Miguel Rodríguez Piñero, Editorial Revista de Derecho Privado), p. 351.

acuerdo entre las partes negociadoras”.⁹⁵ Estos puntos oscuros, fuente de muchas controversias, hacen indispensable que se active el proceso de desentrañar su sentido y su alcance.

La discusión relativa a la aplicación o la interpretación de normas contenidas en la convención colectiva de trabajo, cuando no se resuelve a tiempo, eventualmente da lugar a la generación de graves conflictos colectivos jurídicos o de derecho.

En el primer problema debe acudir al artículo 2 del Código del Trabajo que les confiere a las disposiciones de este Código la categoría de orden público y obligan a todas las personas, naturales o jurídicas, las empresas, las explotaciones y los establecimientos que se encuentren o se establezcan en el territorio nacional.

En el segundo, a su artículo 8 que sanciona con la nulidad las estipulaciones, los actos o las declaraciones, aunque se expresen en convenio de trabajo o en otro pacto cualquiera, que impliquen disminución, adulteración, dejación o renuncia de los derechos reconocidos a favor de los trabajadores.

En el tercero, a su artículo 6 con su regla en el sentido de que en caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas convencionales prevalecerá la disposición más favorable al trabajador.

En el cuarto, igualmente a su artículo 6, con su regla *in dubio pro operario*, el cual en caso de conflicto o duda sobre la interpretación de normas convencionales prevalecerá la interpretación más favorable al trabajador.

La Recomendación N.º 91 de la OIT, sobre los contratos colectivos (1951) orienta a los Estados, en cuanto a la interpretación de estos contratos colectivos, que “Las diferencias que resulten de la interpretación de un contrato colectivo deberían someterse a un procedimiento de solución adecuado, establecido por acuerdo entre las partes o por vía legislativa, según el método que sea más apropiado a las condiciones nacionales”.⁹⁶

En Panamá, la competencia privativa para declarar la *validez* o *interpretar* en abstracto las cláusulas de la convención, por ministerio de la ley, recae en el Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral, previa la demanda correspondiente y el procedimiento debidamente previsto. La primera instancia se tramita

⁹⁵ RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan M.; GARCÍA ORTEGA, Jesús y SALA FRANCO, Tomás. (1997). *Curso de Derecho del Trabajo*. 6.ª edición. (Valencia, Tirant lo Blanch), p. 205.

⁹⁶ Resulta interesante hoy este asunto. En Uruguay “La Ley 18.566 establece que para resolver las controversias en la interpretación del convenio colectivo, deberán establecerse en el mismo, procedimientos que procuren agotar todas las instancias de negociación directa entre las partes, y luego, con la intervención de la autoridad ministerial competente, para evitar el conflicto y las acciones y efectos generados por este”. Sin embargo, opone Nelson Larrañaga Zeni que “Esta norma es contraria a la negociación colectiva libre y voluntaria consagrada en el Convenio núm. 98 de la OIT y en la propia Ley 18.566, en la medida que son las partes las que deben decidir libremente si incluyen o no cláusulas de resolución de controversias de interpretación del convenio. La Ley no puede imponer a las partes que deben acordar un mecanismo de solución de diferencias de interpretación”. [LARRAÑAGA ZENI, Nelson. (2017). “Medios de solución de los conflictos colectivos de trabajo”. (Lima, *Laborem* N.º 24, revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social], p. 171. (<https://www.spdts.org.pe/wp-content/uploads/2021/08/Laborem24.pdf>). Recuperado 16/6/2023, a las 5:04 p. m.).

en la Dirección General o la Dirección Regional de Trabajo y la alzada ante el ministro. Así, la Ley 53 de 28 de agosto de 1975 cumple con las directivas de la Recomendación N.º91.⁹⁷

Pero, cuando se trata de determinar la aplicación de una cláusula o interpretarla en virtud del caso concreto sometido a pleito, la competencia está atribuida al despacho jurisdiccional que lo atiende (Juntas de Conciliación y Decisión, Juzgados Seccionales de Trabajo, etc.).

En este sentido, Rolando Murgas Torrazza explica que “El Ministerio es competente para decidir *en abstracto* la interpretación de la cláusula convencional, o sea, no puede entrar a resolver situaciones concretas de reclamaciones individuales o colectivas fundamentadas en la cláusula cuya interpretación se demanda. Para estos últimos son competentes los tribunales de trabajo”. “En los tribunales de trabajo, incluyendo las Juntas de Conciliación y Decisión, se pueden interpretar las cláusulas de una convención colectiva referidas *a su aplicación en uno o más casos concretos*, sin que para ello sea necesario esperar a que se decida en el Ministerio la adecuada interpretación. Del mismo modo, para un caso concreto puede considerarse nula una cláusula. La decisión en estos casos sólo surte efectos *inter partes*, mientras que la decisión del Ministerio, una vez producida, vincula la interpretación que para casos concretos hagan los tribunales, que deben acogerse entonces a la interpretación general y abstracta hecha por el Ministerio”.⁹⁸

En Perú, la legislación fijó para los administradores de justicia los “distintos criterios de interpretación en función de la particularidad de cada tipo de cláusula. Así, se señala que las cláusulas normativas se interpretan de acuerdo a las reglas de las ‘normas jurídicas’ y, las cláusulas obligacionales y delimitadoras, de acuerdo a las ‘reglas de los contratos’.”⁹⁹ En tal sentido, el artículo 29 de Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, de 14 de octubre 1992, dispuso que, en las convenciones colectivas las cláusulas “normativas aquellas que se incorporan automáticamente a los contratos individuales de trabajo y los que aseguran o protegen su cumplimiento”, durante “su vigencia se interpretan como normas jurídicas”. En tanto, las “cláusulas obligacionales las que establecen derechos y deberes de naturaleza colectiva laboral entre las partes del convenio”, “se interpretan según las reglas de los contratos”. En 2022 un decreto supremo modificó este artículo sin alterar la esencia de lo que

⁹⁷ “Estima el Pleno que le asiste la razón al amparista y a la compañía que interviene como interesado en la controversia, porque la actuación del Director Regional de Trabajo de dejar sin efecto una convención colectiva de trabajo negociada por vía directa es violatoria de los procedimientos legalmente establecidos y los requerimientos que determinan en este caso la inobservancia por la autoridad acusada del principio del debido proceso legal, previsto en el artículo 32 de la Constitución de la República, que orienta todo tipo de proceso, y sobre todo es garantía del respeto de los derechos e intereses de las partes a través del derecho de defensa, la audiencia debida que genera el contradictorio y la posibilidad de aportar pruebas y refutar las de la contraparte; estas gestiones procesales fueron vedadas tanto a SINTRACONA como a la empresa Dillon Construction Incorporated, debido a la actuación arbitraria y al margen de la Ley y la Constitución desplegada por el funcionario demandado”. El Director Regional de Trabajo “carece de competencia, de cara a la Ley 53 de 1975, para revocar un convenio colectivo de trabajo, que fue una de las disposiciones incluidas indebidamente en la Nota No. 72-2005, de 8 de abril de 2005, censurada por medio de este amparo constitucional”. (Fallo de 3 de agosto de 2005. Pleno de la Corte Suprema de Justicia. Amparo de Garantías Constitucionales presentado por el Sindicato Nacional de Trabajadores Auténticos de la Construcción y Afines (SINTRACONA), contra la Nota N.º 72-2005 de 8 de abril de 2005, emitida por la Dirección Regional de Trabajo de Colón, Kuna Yala y Darién). (Registro Judicial Digital).

⁹⁸ MURGAS TORRAZZA, Rolando. (1990). “Anotaciones sobre la convención colectiva de trabajo”, en AA. VV. *Derecho Laboral. Estudios laborales*. (Bogotá, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ediciones Librería El Profesional), pp. 96 y 97.

⁹⁹ TOYAMA MIYAGUSUKU. (1994), p. 176.

nos interesa. “Artículo 29. Naturaleza de las cláusulas de la convención colectiva. La convención colectiva tiene cláusulas normativas y obligacionales. Las cláusulas normativas regulan las relaciones individuales y generan derechos y obligaciones para los trabajadores y el empleador. Las cláusulas obligacionales regulan los demás aspectos de las relaciones colectivas y generan derechos y obligaciones para las organizaciones sindicales y el empleador. Dentro de las cláusulas obligacionales se encuentran también la regulación de los niveles de la propia negociación colectiva. Las cláusulas normativas se interpretan como normas jurídicas y las cláusulas obligacionales como contratos”.

Se trata siempre de una interpretación dual que hace depender el criterio de la naturaleza de la propia cláusula en discusión. Este sistema parte de la base de que previamente habría de determinarse cuál cláusula es normativa y cuál obligacional para entonces realizar la operación interpretativa.

En Panamá, ¿tal dicotomía sería sostenible? ¿Sería posible usar las reglas civiles de interpretación de los contratos para las cláusulas obligacionales? ¿Cuáles son las reglas de interpretación del Código de Trabajo en materia de contratos individuales de trabajo? ¿Sería posible usar las reglas del Título Preliminar del Código Civil con sus criterios gramatical, lógico o histórico para interpretar las cláusulas normativas? ¿Sería posible usar las normas del Código de Trabajo para este último caso y rechazarlas en el otro?

En realidad, tal predicamento no tiene soporte entre nosotros, porque todas las cláusulas de las convenciones colectivas de trabajo asumen la condición de normas laborales convencionales, es decir, derivadas de la convención colectiva de trabajo y, por consiguiente, el artículo 6 del Código de Trabajo, como se ha dicho, ordena que, en caso de conflicto o duda sobre la interpretación de las disposiciones de trabajo convencionales, prevalecerá la interpretación más favorable al trabajador. Este artículo no hace distinción entre cláusulas normativas y cláusulas obligacionales. Para ambos tipos de cláusulas, que al tenor del Código se traducen en normas, unas generales y otras aplicables solo a los sujetos contratantes, la interpretación responde al principio *in dubio pro operario*, inherente a la esencia del Derecho Laboral.

XI. TERMINACIÓN

No todos los códigos de trabajo, incluyendo el panameño, se dedican establecer un catálogo expreso de *causales de terminación* de la convención colectiva de trabajo. Las leyes laborales de El Salvador, México Paraguay, Perú y República Dominicana, por ejemplo, son excepción.

El Código de Trabajo de El Salvador lo hace con respecto a sus dos figuras reguladas: el contrato colectivo y a la convención colectiva de trabajo. Al efecto, dice así:

“Art. 283. El contrato colectivo de trabajo termina:

- a) Por mutuo consentimiento de las partes siempre que se hayan llenado los mismos requisitos que para su celebración;
- b) Por quiebra o concurso del patrono;
- c) Por agotamiento de la materia objeto de la industria extractiva;
- d) Por el cierre total de la empresa;
- e) Por imposibilidad jurídica de que subsista el contrato, como en los casos de terminación total de la obra, disolución de la persona jurídica titular de la empresa, incapacidad física o mental del patrono que imposibilite la continuación de las labores y otros semejantes; y

f) Por las demás causas establecidas en el contrato”.

“Art. 284. El contrato colectivo de trabajo también termina por la disolución del sindicato que lo hubiere celebrado; pero esa terminación no tendrá lugar si en la empresa o establecimiento hubiere afiliados a otro u otros sindicatos, y uno de éstos adquiere, por lo menos, el cincuenta y uno por ciento del total de los trabajadores de la empresa o establecimiento dichos, con tal de que, además, esa asociación mayoritaria acordare, en sesión de la asamblea respectiva, asumir los derechos y obligaciones derivados del contrato colectivo mencionado. El acuerdo deberá adoptarse dentro de los treinta días siguientes a la publicación del último de los avisos a que alude el Art. 625, y comunicarse al departamento correspondiente del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, dentro de los diez días siguientes al de la sesión de la asamblea expresada”.

“Art. 293. La convención colectiva de trabajo termina:

a) Por mutuo consentimiento de las partes siempre que se hayan llenado los mismos requisitos que para su celebración;

b) Por las causas establecidas en la convención.

En todo caso, cualquiera de las partes debe dar aviso oportuno al departamento respectivo del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, para la cancelación en el registro correspondiente”.

La Ley Federal del Trabajo de México dispone:

Artículo 401. El contrato colectivo de trabajo termina:

I. Por mutuo consentimiento;

II. Por terminación de la obra; y

III. En los casos del capítulo VIII de este Título, por cierre de la empresa o establecimiento, siempre que en este último caso, el contrato colectivo se aplique exclusivamente en el establecimiento”.

En este último caso se trata de la terminación de las relaciones de trabajo como consecuencia del cierre de las empresas o los establecimientos o de la reducción definitiva de sus trabajos.

Artículo 421.- El contrato-ley terminará:

I. Por mutuo consentimiento de las partes que representen la mayoría a que se refiere el artículo 406; y

II. Si al concluir el procedimiento de revisión, los sindicatos de trabajadores y los patrones no llegan a un convenio, salvo que aquéllos ejerciten el derecho de huelga.

El Código del Trabajo de Paraguay establece causas de terminación del contrato colectivo de trabajo, a saber:

“Artículo 341. El contrato colectivo de trabajo terminará:

a. por mutuo consentimiento de las partes;

b. por las causas pactadas; y

c. por caso fortuito o fuerza mayor”.

El Código del Trabajo del Perú prescribe que el contrato colectivo de trabajo termina:

- “a) Por mutuo consentimiento de las partes;
- b) Por las causas pactadas; y,
- c) Por caso fortuito o fuerza mayor”. (Art. 341°).

El Código de Trabajo de República Dominicana prevé las causas siguientes:

Art. 122. Además de la denuncia, el convenio colectivo termina:

1. Por la terminación de todos los contratos de trabajo de la empresa o de cualquiera de las empresas que lo hayan suscrito;
2. Por mutuo consentimiento;
3. Por las causas establecidas en el mismo convenio;
4. Por la extinción del sindicato o de cualquiera de los sindicatos que hayan suscrito el convenio colectivo. Sin embargo, en caso de denuncia, seguida de negociaciones colectivas, todas las obligaciones del convenio subsistirán hasta que sea firmado un nuevo convenio con el mismo sindicato de trabajadores y por un período de hasta seis meses del vencimiento del convenio”.

En Panamá, a pesar de la falta de esta precisión, del conjunto de las normas laborales se revela que las *causas de terminación* de las convenciones colectivas son tres:

1. *El mutuo consentimiento*

Está prescrito en la ley que, al disolverse la organización sindical titular de la convención colectiva, los acuerdos pactados siguen rigiendo con la nueva organización sindical o un grupo de trabajadores organizados.

No obstante, a estos sucesores de la organización disuelta y a la empresa les está permitida la utilización de la vía del mutuo acuerdo en aras de pactar una nueva convención colectiva y, por ende, de dar por terminada la anterior.

Situación análoga se produce si hay sustitución patronal, es decir, traspaso de la empresa o su transformación jurídica o económica, pues el nuevo empleador mantiene sus obligaciones convencionales en las mismas condiciones que el empleador sustituido, a menos que las partes convengan en celebrar otra convención colectiva.

2. *El vencimiento del término o del plazo*

La convención podrá pactarse para que finalice en una fecha claramente determinada o en el plazo estatuido, tomando como referencia los límites máximos y los límites mínimos que obedecen a que en ninguna circunstancia es válido un pacto menor de dos años ni mayor de cuatro (Art. 410).

Cuando hablamos de término nos referimos al último momento de la duración o de la existencia de la convención colectiva. En tal sentido, es posible pactarla desde un día hasta la finalice otro día. (Ejemplo: esta convención comienza a regir desde el 1. ° de enero de 2024 y finaliza el 1 de enero de 2027). Cuando la convención se celebra a plazo se trata del tiempo señalado de duración de la convención colectiva (Ejemplo: Esta convención tendrá una duración por dos años y comienza su vigencia a partir del 1 de enero de 2024).

No debe olvidarse que, en el marco de la vigencia de la convención colectiva, las partes de común acuerdo pueden revisarla y modificarla por vía directa, en temas específicos que interesen a ambas, aunque siempre se trata del mismo instrumento y no de otro nuevo.

Los efectos con relación al vencimiento del término o del plazo son los siguientes:

1. Al llegar la fecha estipulada o al fenecer el plazo, concluye la convención colectiva de trabajo. (Art. 410).
2. Dentro de los tres meses anteriores al vencimiento del término o del plazo cualquiera de las partes puede solicitar la negociación de la nueva convención colectiva. (Art. 416).
3. Agotado el término o el plazo fijado en la convención colectiva, se genera en una especie de “tácita reconducción”, debido al silencio de las partes, la prórroga automática del instrumento convencional, ordenada por la propia ley laboral; esta extensión no comprende otro período igual, sino que la convención vencida “seguirá rigiendo hasta tanto se celebre una que la reemplace, sin perjuicio del derecho de los trabajadores de pedir la negociación” (Art. 411).

En conclusión: la realidad jurídica impone que por supuesto culmina el término o el plazo de la convención colectiva vigente y ello permite la celebración de la nueva convención colectiva. Pero, sus cláusulas, aunque haya finalizado tal término o plazo, siguen rigiendo hasta su reemplazo en la subsiguiente convención.

3. El cierre de la empresa

El cierre de la empresa, el negocio o el establecimiento suscita el cese de los efectos de la convención colectiva que guardan relación con ellos. Es decir, termina el compromiso de las partes. Si comprendiera empresas, negocios o establecimientos distintos a los cerrados, es obvio que para estos sigue rigiendo tal como fue acordada.

El cierre legal se surte mediante el procedimiento establecido por los artículos 213, literal C, 215 y 216 del Código de Trabajo, y por su virtud, debe el empleador solicitar ante el Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral la autorización para despedir a todos los trabajadores al existir causa justificada de naturaleza económica, sea por quiebra, sea por las otras causas.

Existen causas del despido de naturaleza económica que permiten el despido de toda la plantilla de trabajadores de la empresa. Las causas que autorizan el despido de todos los trabajadores y el cierre de la empresa son las siguientes: 1. El concurso o la quiebra del empleador; 2. La clausura de la empresa o la reducción definitiva de los trabajos, debido a la incosteabilidad notoria y manifiesta de la explotación o agotamiento de la materia objeto de la actividad extractiva; o 3. La suspensión definitiva de las labores inherentes al contrato, debidas a crisis económicas graves, la revocación o la caducidad de una concesión administrativa, la cancelación de pedidos u órdenes de compra, u otra causa análoga debidamente comprobada por la autoridad competente (Art. 213, literal c)

Cuando el despido tiene por causa una de las antes indicadas, el empleador debe comprobar previamente la causa respectiva ante las autoridades administrativas de trabajo, es decir, ante la Dirección General o Regional de Trabajo. La decisión desfavorable al empleador o a los trabajadores admite apelación ante el ministro de Trabajo y Desarrollo Laboral. Autorizado el despido, el empleador debe pagar a los trabajadores la indemnización prevista en el artículo 225. Si al vencimiento de plazo de sesenta días calendarios, la autoridad administrativa de trabajo no ha resuelto la solicitud, el empleador podrá proceder al despido, el cual se considerará plenamente justificado quedando obligado al pago de la indemnización que establece el artículo 225 (Art. 215).

Los despidos en violación de este procedimiento de dos instancias se consideran de pleno derecho injustificados. Sin embargo, si al vencimiento de plazo de sesenta días calendarios, la autoridad administrativa de trabajo no ha resuelto la solicitud, el empleador podrá proceder a tales despidos, los cuales se considerarán plenamente justificados quedando obligado al pago de la indemnización que establece el artículo 225 (Art. 215).

En estos casos de despidos por causa económica, se aplican las siguientes reglas: 1. Se empieza por los trabajadores de menor antigüedad dentro de las categorías respectivas; 2. Una vez aplicada la regla anterior, debe preferirse, para determinar la permanencia en el empleo, a los trabajadores panameños respecto de quienes no lo son; a los sindicalizados respecto a quienes no lo estén, y los más eficientes, respecto a los menos eficientes; 3. Las mujeres en estado de gravidez, aun si no estuvieren amparadas preferentemente por las reglas anteriores, se despiden en el último lugar, si fuere absolutamente necesario y previo cumplimiento de las formalidades legales; y 4. En igualdad de circunstancias, luego de aplicadas las reglas anteriores, los trabajadores amparados por el fuero sindical tienen preferencia sobre los demás para su permanencia en el empleo.

Las empresas de beneficio e interés colectivo como garantía de los derechos sociales reconocidos en la Constitución de la República de Panamá.

JULIO CÉSAR PÉREZ MARTÍNEZ ^Ψ

*Autor para Correspondencia. E-mail: jcperezm@tribunal-electoral.gob.pa

Recibido: 7 de junio de 2023
Aceptado: 28 de junio de 2023

Resumen

El cuarto sector de la economía, conformado por empresas de beneficio e interés colectivo (BIC), está en franco crecimiento a nivel mundial. Este nuevo modelo de hacer negocios en el cual la principal razón de la existencia de una compañía no es el lucro de los accionistas sino el impacto social y ambiental, ha requerido que Panamá legisle sobre el futuro de la economía nacional. La constitución política permite al Estado intervenir en la economía para acrecentar la riqueza nacional y asegurar que esos beneficios lleguen a la mayor cantidad de panameños posibles. En otras palabras, la constitución de la República hace partícipe a la empresa privada de satisfacción de los derechos sociales de la población y una figura jurídica como las empresas BIC cumple esta función. Por otro lado, el Estado de bienestar ha demostrado fracasar por lo que es fundamental crear políticas públicas que incluyan a la empresa privada con la finalidad de garantizar los derechos sociales que contempla la constitución. Este artículo representa un trabajo académico novedoso sobre un tema que apenas se encuentra en desarrollo.

Palabras clave: Empresas de beneficio e interés colectivo, empresas con propósitos, estado de bienestar, derechos sociales, economía nacional.

Abstract

The fourth sector of the economy, made up of benefit corporations, is growing around the world. This new business model in which the main reason for the existence of a company is not profit for its

^Ψ Cursando estudios de doctorado en Estado de derecho y gobernanza global de la Universidad de Salamanca, máster en Derecho Privado por la Universidad Complutense de Madrid, especialización en Derecho Tributario en la Universidad Externado de Colombia, maestría en Educación Universitaria y licenciatura en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Santa María la Antigua. Profesor de derecho constitucional y derecho tributario en la Universidad Católica Santa María la Antigua. Laboró como abogado en el sector privado y en la Asamblea Nacional. Actualmente es investigador académico en el Instituto de Estudios Democráticos del Tribunal Electoral.

shareholders but social and environmental impact, has required Panama to legislate with a sight on the future of its national economy. The constitution allows the State to intervene in the economy to increase national wealth and ensure that these benefits reach the greatest number of Panamanians as possible. In other words, the Constitution of the Republic makes the private companies participants in the satisfaction of the social rights of the population and a legal figure such as the benefit corporations fulfill this function. On the other hand, the welfare state has proven to fail, so it is essential to create public policies that include private companies in order to guarantee the social rights contemplated in the constitution. This article tackles a new subject that is in its initial development. **Keywords:** Benefit corporations, companies with purposes, welfare state, social rights, national economy.

1. Introducción

Las sociedades humanas cambian con los años y ello, la forma de hacer negocios. Hoy en día las empresas no se comportan (ni están reguladas) de igual forma que hace cien años. Esto se debe al cambio de mentalidad de la colectividad y a las grandes conquistas de las luchas populares que han desembocado en el respeto de los derechos humanos, en la defensa de la libre competencia, la intervención estatal en la economía y la protección de derechos sociales, tales como el derecho al trabajo, a la salud o a la educación.

La reciente expedición de la ley 303 de 31 de mayo 2022 que crea las empresas de beneficio e interés colectivo (BIC), representa el reconocimiento jurídico en la República de Panamá del cuarto sector de la economía. Este nuevo sector, compuesto por las empresas con propósito o empresas BIC, significa el nacimiento de un nuevo ecosistema para los empresarios que tengan una visión social y ambiental, queriendo primordialmente impactar positivamente a la sociedad y no únicamente una visión mercantilista o enfocada en el beneficio económico de él como accionista. Merece la pena destacar que Panamá fue el quinto país de la región Latinoamérica en contar con una ley BIC, solo por detrás de Colombia, Perú, Ecuador y Uruguay, los que nos posiciona a la vanguardia en este sector.

La regulación jurídica de este nuevo tipo de empresas, requiere de un análisis constitucional desde el punto de vista del rol y de los fines del Estado para regular la economía nacional; pero también desde la perspectiva de los derechos sociales.

Por ello, el presente artículo se dividirá en varias secciones donde en la primera de ellas realizaré un recuento de la evolución del reconocimiento constitucional de los derechos sociales y como el Estado panameño se obliga a garantizarlos en favor de la población; así como la acotación de que el Estado panameño si bien sigue una tendencia capitalista al delegarle la actividad económica a la empresa privada, también es cierto que puede intervenir en la economía por motivos de interés social. Después iré desarrollando otras secciones donde explico el fracaso del Estado de bienestar para garantizar totalmente a sus ciudadanos las demandas de los derechos sociales constitucionalizados, por lo que la sociedad civil cumple un rol fundamental para garantizar bienestar y esto lo realiza (entre otras cosas) mediante programas de responsabilidad social empresarial; luego analizaré el concepto del cuarto sector de la economía y su regulación jurídica en Panamá; como último mencionaré el impacto que las BIC tienen sobre los derechos sociales garantizados en la constitución y concluiré que este nuevo tipo de empresas son fundamentales para incidir positivamente en la dignidad humana.

La importancia del presente artículo radica en que es uno de los primeros escritos en abordar este tópico desde la regulación jurídica panameña, es decir, es pionero en hacer la relación constitucional entre la economía, las empresas BIC, los derechos sociales y los fines del Estado. Sin duda este tema despertará más literatura a medida que las BIC se vayan popularizando y desarrollándose en el ecosistema económico nacional.

2. Evolución de la constitucionalización de los derechos sociales y del intervencionismo estatal en la economía.

La primera constitución de Panamá como país soberano e independiente fue la constitución de 1904. Esta carta fundamental se caracterizó por ser individualista y libertaria, por lo cual, en ella, solo se contenían y garantizaban derechos humanos individuales (derechos humanos de primera generación), obviando el reconocimiento constitucional de los derechos sociales, económicos y culturales (o de derechos humanos de segunda generación). Esto se debió, entre otras razones, a que en el momento en que se expidió a nivel mundial, aun no existían constituciones que contemplaran tales catálogos de derechos sociales. Ya que la constitucionalización de los derechos sociales se inició con la constitución mexicana de 1917 y con la constitución alemana de Weimar de 1919.

Un ejemplo claro de la visión individualista de esta constitución se encontraba en su artículo 38 que establecía: “No habrá monopolios oficiales”. Según Quintero, esto significa que el Estado no debía tener ninguna función directora ni interventora en lo social ni en lo económico.¹ Esto debido a que como se sabe los monopolios tienen a perjudicar a los consumidores al fijar precios excesivos o a controlar la oferta, distorsionando el mercado, así como impidiendo una competencia leal y justa. La intervención del estado es necesaria para evitar tales abusos, pero este pensamiento social no era el seguido en 1904.

La idea de la economía nacional de hace más de un siglo dista mucho de la concepción constitucional sobre la política económica actual; ya que actualmente los artículos 265 y 295 dictan respectivamente lo siguiente: “Podrán establecerse por la Ley, como arbitrio rentístico, monopolios oficiales sobre artículos importados o que no se produzcan en el país.” “Es prohibido en el comercio y en la industria toda combinación, contrato o acción cualquiera que tienda a restringir o imposibilitar el libre comercio y la competencia y que tenga efectos de monopolio en perjuicio del público.” Como se observa hoy en día lo que esta prohíbo, en caso de que perjudiquen a la sociedad, son los monopolios particulares y la posibilidad de monopolios oficiales. Hace más de un siglo la consigna era permitir los monopolios particulares, aunque perjudicaran a la población, y prohibir los monopolios del Estado.

Pero con el paso de los años llegó un momento en que el Estado panameño no podía solucionar los distintos problemas sociales o económicos que se suscitaban por razón del aumento de comercio; que la propiedad privada había perdido su significado original, que se necesitaba la intervención en el comercio, de satisfacer necesidades fiscales, entre otras cosas, resulto entonces que la constitución de

¹ Quintero, Cesar (1987): “Evolución constitucional de Panamá” en FÁBREGA, Jorge, *Estudios de derecho constitucional panameño* (Panamá, Editora jurídica, panameña), p. 49.

1904 en su concepción liberal - individualista no respondía ya a las necesidades nacionales sin a las nuevas ideologías.²

Un estatuto constitucional de características individualistas solo se podía sostener en una sociedad ideal en la que los hombres no abusaran de sus irrestrictas libertades; en que los intereses económicos no redujeran a la condición de desposeído y explotado a ningún sector de la población o en que el poder político no se convirtiera en instrumento de dominación clasista. Panamá no era incluso en los albores del siglo XX aquella sociedad ya que apenas con el pasar de una década desde la expedición de la constitución aquel sistema no era sostenible.³

Como consecuencia de ello, en la segunda constitución del Panamá independiente, la constitución de 1941, se protegieron derechos sociales como la educación, la asistencia social, el trabajo del asalariado o la familia, además se reconoció en el artículo 153 que el Estado podría vigilar y coordinar las industrias y las empresas, así como fijar los precios de las empresas privadas de utilidad pública. Pero fue con la constitución de 1946 donde se expandió muchísimo más el catálogo de derechos sociales y además fue cuando se estableció el modelo económico actual de intervención del Estado en la economía.

Este tipo de constitucionalización de los derechos humanos sociales, económicos y culturales servía en su original concepción (el catálogo inicial se establece en la constitución de 1941), para dar fundamento a la intervención del Estado en la economía y todos los aspectos de la vida social, pero no propiamente al reconocimiento de derechos como lo concebimos hoy. Así, estas iniciales proclamaciones estuvieron durante mucho tiempo desprovistas de eficaces mecanismos de garantía. El caso más emblemático es sin duda la acción de amparo de garantías constitucionales, que durante décadas se reconocía judicialmente sólo como institución de garantía de los derechos consagrados en el capítulo I del Título III de la Constitución (donde se recogían los derechos individuales). Una formulación del problema general que se ajusta a la lectura local tradicional de la Constitución panameña distingue entre enunciados normativos autoejecutables, y enunciados normativos o programáticos, requiriendo estos últimos de desarrollo legislativo para ser eficaces. La jurisprudencia panameña durante mucho tiempo dispuso suprimir el valor normativo de estas disposiciones que consagran derechos sociales.⁴

Pero la interpretación constitucional, que diferenciaba el contenido de artículos de la constitución entre programáticos y normativos dejó de ser utilizada luego de que la reforma del año 2004 agregara el segundo párrafo al artículo 17 de la constitución de 1972, el cual quedo así:

“Artículo 17. Las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales dondequiera se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción; asegurar

² FÁBREGA, Jorge (1991): *Ensayos sobre historia constitucional de Panamá* (Panamá, Editora jurídica panameña, segunda edición), p. 106.

³ RICORD, Humberto (1988): “Las constituciones panameñas del siglo XX”, en *el Constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX*, (México, Universidad Nacional Autónoma de México), p. 326.

⁴ SÁNCHEZ, Salvador (2013): “Constitucionalización de los derechos sociales en Panamá”, en *Revista panameña de política*, N° 15 (Panamá, Centro de iniciativas democráticas), p. 72.

la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales, y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley.

Los derechos y garantías que consagra esta Constitución deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona”

En ese sentido el pleno de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido que los tratados internacionales ratificados por Panamá tienen fuerza normativa, incluyendo aquellos referentes a derechos sociales, culturales y económicos. También ya se ha abandonado la tesis de que hay artículos de la constitución que no pueden violarse por ser “programáticos” y ahora ya se tiene la línea jurisprudencial del principio de normatividad de la constitución en que no solo la letra de la constitución (cualquier artículo) puede ser violado por una disposición inferior, sino que una vulneración al espíritu de la constitución también es óbice para decretar la inconstitucionalidad de una norma infra constitucional.

Pero este reconocimiento de la justiciabilidad de los derechos sociales vía tutela judicial efectiva que realiza la Corte Suprema de justicia, aunque reconocido, no está muy fortalecido. En este sentido, Giannareas y Rodriguez concluyen que en los últimos años se han visto algunos avances en la protección de los derechos sociales en el poder judicial con el inicio de la aplicación del control de convencionalidad realizado por los juzgadores panameños.⁵ Sin embargo, los resultados sobre su eficacia deberán ser medidos con la consolidación de esta tendencia. El control de convencionalidad obligatorio de armonización de nuestro derecho interno con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus reglas y jurisprudencia, deberá ser la ruta para franquear la expansión e intensificar la protección de los derechos sociales en Panamá.

De igual forma la sentencia de inconstitucionalidad del Pleno de 19 de enero de 2009 publicada en la Gaceta Oficial No 26263 de 17 de abril de 2009, que interpretó lo siguiente:

“Sobre dicha norma (artículo 17 de la constitución), es necesario puntualizar *que no sólo establece la obligación que tienen las autoridades de proteger en su vida, honra y bienes a quienes se encuentren bajo su jurisdicción, sino el deber que tienen las autoridades de sujetarse al orden jurídico (constitucional y legal) y de asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales. Se trata de un precepto de contenido normativo* y, por ende, no requiere de un desarrollo ulterior para tener eficacia, tal y como lo corrobora el hecho de que en el texto no se aprecia ninguna cláusula de reserva legal.”

Como se puede desprender del texto citado, en Panamá las autoridades están obligadas a asegurar la efectividad de los derechos sociales, es decir, el disfrute de los mismos. Pero el Estado no únicamente los puede asegurar garantizándoles el mismo mediante la acción de sus entidades públicas, sino también con la colaboración de la empresa privada. El Estado puede desarrollar políticas públicas, mediante planes, proyectos o instrumentos jurídicos que le permitan a la sociedad civil (organizada en organizaciones no gubernamentales, asociaciones o empresas) poder ayudar y aportar al disfrute de los derechos sociales de la población. De igual forma el Estado debe intervenir en la economía cuando

⁵ GIANNAREAS, Jorge y RODRIGUEZ, Sebastián (2017): “Orígenes, evolución y actualidad del constitucionalismo social panameño”, en FERRER, Eduardo y FIX-ZAMUDIO, Héctor (edits.), *México y la constitución de 1917: influencia extranjera y trascendencia internacional, Estudios Constitucionales* (México, Secretaría de Cultura), p. 783.

la empresa privada esté actuando de forma desleal, injusta o afectando derechos básicos de la ciudadanía tales como educación, alimentación, vivienda o salud.

3. El estado de bienestar

Según Correa, a partir de la entrada en vigor de los derechos sociales, el Estado proveedor necesita legalizar y regular su intervención y lo hace a través del desarrollo y profundización del concepto de servicio público que ha sido durante mucho tiempo el eje del derecho administrativo.⁶ En ese sentido la doctrina administrativista clásica francesa propugnaba por el servicio público como una actividad a realizar por la administración, abarcando toda administración asumida por razones de interés público. Por medio del servicio público, el Estado ha intervenido atendiendo determinadas necesidades que la sociedad demandaba.

A este Estado proveedor se le llamó: estado de bienestar y se define como una serie de disposiciones legales que dan derecho a los ciudadanos a percibir prestaciones de seguridad social obligatoria y a contar con servicios estatales organizados (en el campo de la salud y de la educación, por ejemplo), en una amplia variedad de situaciones definidas, como de necesidad y contingencia. Los medios a través de los que interviene, pues, el Estado de bienestar son reglas burocráticas y disposiciones legales, pagos en metálico y puesta en servicio de la experiencia profesional de profesores, maestros, médicos y asistentes sociales.⁷

Pero el estado de bienestar no pudo solucionar los grandes problemas sociales del mundo. Lo que ha ido ocurriendo es que la sociedad civil ha ido llenando o supliendo esos vacíos en las necesidades sociales, ambientales o económicas que son demandadas de la población en general. Es decir, los propios ciudadanos se organizan para suplir sus propias necesidades y ya no esperan que el Estado les garantice la totalidad de sus necesidades o demandas.

El Estado panameño, no escapa de esta realidad ya que es incapaz de eliminar la pobreza o de garantizar educación de calidad. Por ejemplo, en la última prueba PISA del 2018, uno de los hallazgos más importantes fue que en Panamá solo el 35% de los estudiantes logran los niveles mínimos de competencias en lectura establecidos en los Objetivos de Desarrollo Sostenible con los cuales se comprometió el país en 2015. Esto se compara con el promedio de los países de la OECD del 79%. En matemática, solo el 19% de los estudiantes logran los niveles mínimos de competencia, comparado al promedio de 63% en los países de la OECD.

Cuando los poderes públicos no pueden satisfacer las demandas o necesidades de la población, nos encontramos ante un estado de bienestar fallido. Por lo que otros actores, como la sociedad civil operando mediante la empresa privada u organizaciones sin fines de lucro, suplen esas exigencias de la población.

⁶ Correa, Julia (2011): *El derecho administrativo frente al fracaso del Estado de Bienestar* (Bogotá, Torreblanca Agencia Gráfica), p. 112.

⁷ FARGE, Carlos (2007): “El estado de bienestar”, *Revista Enfoques*, vol. XIX, N° 1-2, pp.45-54, 48.

La idea actual de la participación ciudadana, en los sistemas democráticos, involucra que exista una sociedad civil racionalizada y madura. Desde esta perspectiva la noción discursiva de la sociedad civil involucra una idea de que se empodera como un interlocutor válido, facultado para decidir sobre la corrección de normas que le afectan, movido por intereses cuya satisfacción da sentido a la existencia de normas, y sobre todo capacitado para tomar decisiones desde la perspectiva de intereses generalizados. No obstante, esta noción no implica la desaparición del Estado, sino la legitimación de sus estructuras, leyes, políticas y decisiones, a partir del poder comunicativo que procede de la sociedad civil, ampliando su poder más allá del control del Poder Público para ubicarlo en torno a la participación. Es allí donde nacen diferentes grupos de la sociedad sin coerción tales como las escuelas, organizaciones sin fines de lucro, empresas, asociaciones, movimientos sociales, etc. Ya que la sociedad civil no vive de la coerción, vive de la libertad, de la racionalización responsable de la libertad con exigencias universales de justicia y de solidaridad.⁸

En otras palabras, la sociedad civil ha decidido ser ellos mismos quienes satisfagan las necesidades de la población tales como alimentación, educación, salud o acceso a oportunidades laborales, en lugar de esperar que el Estado asuma el cien por cien de la responsabilidad.

Como el Estado de dio cuenta de esta situación ha expedido leyes que incentivan a las organizaciones civiles que impacten en la sociedad a seguir con su labor. Por ejemplo, el artículo 697 del Código Fiscal establece que son deducibles del impuesto sobre la renta las donaciones a instituciones educativas o de beneficencia del país sin fines lucrativos. Esta medida de política fiscal se realiza con la finalidad de incentivar el apoyo a tales entidades u organizaciones de particulares que producen externalidades positivas para la sociedad, como lo pueden ser el impacto en la debida alimentación y educación de niños huérfanos. La sociedad civil suple las falencias del estado de bienestar.

Pero no únicamente la sociedad civil obrando mediante organizaciones sin fines de lucro contribuyen a garantizar derechos sociales, sino que para Correa cada vez son más las empresas que están dispuestas a asumir su responsabilidad en la protección de los derechos económicos y culturales de todos los individuos, ya que se han dado cuenta que el Estado no puede solo (esto debido a que las empresas operan en sociedad e impactan en la misma, ya sea a nivel de los derechos de los trabajadores, en cuanto al nivel de desarrollo económico de un país, los cambios en la demografía, movilidad social, etc.).⁹

Esta aseveración realizada por la doctora Correa se confirma con la aparición, desde hace poco más de tres décadas, de las empresas con propósito que conforman el cuarto sector de la economía. Sobre este particular se ampliará a continuación.

4. La responsabilidad social empresarial en el marco constitucional.

Hay que recordar que el Estado panameño actualmente, puede intervenir en las empresas privadas con la finalidad de garantizar bienestar. Esto se confirma con lo dispuesto en el artículo 282 de la constitución que estable que el ejercicio de las actividades económicas corresponde primordialmente

⁸ Correa, Julia (2011): *El derecho administrativo frente al fracaso del Estado de Bienestar* (Bogotá, Torreblanca Agencia Gráfica), p. 185.

⁹ *Ibid.*, p. 205.

a los particulares; pero el Estado las orientará, dirigirá, reglamentará, reemplazará o creará, según las necesidades sociales. Con el fin de acrecentar la riqueza nacional y de asegurar sus beneficios para el mayor número posible de los habitantes del país.

Por lo tanto, el Estado debe elaborar e implementar políticas públicas necesarias para que las empresas beneficien a los habitantes del país. Es decir, no únicamente incentivar la creación de empresas que generen lucro sino también empresas con visión social.

Este artículo constitucional, el 282, por lo tanto, faculta al Estado a legislar en beneficio de la población en general y no en beneficio de una empresa. En el sentido que, si una empresa de salud tiene precios excesivamente onerosos, lo que afectará la salud de la población, el estado puede intervenir y regular los márgenes de ganancias. Pero también el Estado puede obligar a obligar a destinar un porcentaje de las ganancias de una empresa a proyectos de impacto social.

El Estado panameño puede legislar sobre las actividades empresariales con la intención de que éstas deriven parte de sus actividades lucrativas en un beneficio social. Un ejemplo de esto es la ley 262 de 2021 que desarrolla el artículo 282 de la constitución. Esta norma tiene como objetivo la implementación, integración y promoción de la responsabilidad social empresarial en los contratos de concesión que se realicen con el Estado, para poner en práctica actividades socialmente responsables a partir del diseño, desarrollo y ejecución de políticas públicas, programas y proyectos focalizados en aspectos como la erradicación de la pobreza, el respeto a los derechos humanos y los comportamientos responsables con el medio ambiente. En ese sentido la ley 262 obliga a todas las empresas que tengan concesiones con el Estado deberán tener un plan estratégico para implementar tales objetivos.

Esta ley es la única norma jurídica que obliga a las empresas a contar con un proyecto de responsabilidad social empresarial. Esto se debe en gran medida a que la empresa está lucrando de fondos públicos y el impacto que tendrá la explotación de su actividad económica impactará a la comunidad o al ambiente y el Estado debe procurar una reparación o una contraprestación. Todas las demás empresas en Panamá que tienen programas de responsabilidad social lo hacen de forma voluntaria.

Entonces, la responsabilidad social se puede conceptualizar como un compromiso voluntario, adquirido en el interior de una empresa, con la transparencia, el buen gobierno, la mejora del entorno y la calidad en las relaciones laborales, en definitiva, con el bien común. La Responsabilidad Social Empresarial en suma es la aceptación de la necesidad de un enfoque más responsable de la gestión, firmemente comprometido con el cuidado del impacto económico, social y ambiental de las decisiones y actividades empresariales.¹⁰

Lo cierto es que la mayoría de las empresas no tienen programas de responsabilidad social o su impacto es residual o insignificante. Son pocas las empresas tradicionales (generalmente grandes corporaciones) que realmente generan un impacto positivo en la población garantizándoles derechos sociales, mediante sus programas de responsabilidad social empresarial. Pero nuevamente, ninguna empresa

¹⁰ MARTÍNEZ, Pedro y otros (2012): “Responsabilidad Social: aproximación conceptual”, en MONTROYA, Beatriz y MARTÍNEZ, Pedro (edits.), en *Responsabilidad social empresarial: una respuesta ética ante los desafíos globales* (Röod consultoría, comunicación & rp.), p. 33.

probada está en la obligación de satisfacer los derechos sociales de la población ya que esto le compete al Estrado. Y como se vio el Estado actualmente solo obliga a las empresas que tienen concesiones a impactar de forma positiva en la sociedad. También es cierto que las micro pequeñas y medianas empresas, en términos generales, no cuentan con programas de responsabilidad social y las que los tienen no representan un impacto significativo dado que tales obras son esporádicas y no están sujetas a un programa integral.

5. Las empresas del cuarto sector: empresas de beneficio e interés colectivo (BIC).

Hoy en día el modelo económico y social se divide en cuatro sectores, siendo los tres primeros los tradicionales y el cuarto siendo un sector nuevo o emergente. El primero constituido por el Estado con sus empresas públicas y los beneficios que reporta a la sociedad; el segundo sector que está constituido por la empresa privada enfocada en satisfacer necesidades de la población con la finalidad última de generar lucro; el tercer sector que conformado por organizaciones no gubernamentales sin fines de lucro (ONG) que tienen como finalidad la generación de externalidades positivas en la sociedad y el cuarto sector conformado por empresas privadas propósito social y medioambiental o también conocidas como empresas de benéfico e interés colectivo (BIC).

El cuarto sector de la economía se desarrolló mediante las empresas con propósito y tuvo su origen en Estados Unidos a finales de la década pasada, planteando un nuevo paradigma en la manera en que las empresas definen el éxito económico. Muy pronto, en los años siguientes, países como Italia, Reino Unido y España comenzaron también a abrirle paso a estas nuevas empresas adaptando sus legislaciones comerciales y societarias. Esta tendencia también llegó a Latinoamérica. Así, en el año 2018, Colombia fue el primer país de la región en contar con una ley BIC. Existen organizaciones privadas internacionales que comparten la filosofía de las empresas BIC. Sistema B, por ejemplo, es una organización que articula, promueve y certifica la existencia de empresas de triple impacto y crea una comunidad de buenas prácticas a partir de las Empresas B Certificadas.

La diferencia elemental entre las empresas tradicionales o del segundo sector, las ONG y las empresas con propósito del cuarto sector se puede encontrar fácilmente dando una definición de estas últimas. Para ello utilizaré la definición jurídica que tienen en Panamá tales empresas, la cual se encuentra en la ley 303 de 2022 y que dice establece lo siguiente: “Las empresas de beneficio e interés colectivo (BIC) son aquellas sociedades mercantiles que tienen como principal objetivo la generación de un impacto positivo en la sociedad y en el ambiente mientras derivan sus ingresos de actividades comerciales, como la venta de bienes o servicios. Las empresas de beneficio e interés colectivo responden a demandas o necesidades sociales no satisfechas mediante la creación de externalidades positivas, transparencia y responsabilidad.”

De esta definición puedo extraer los siguientes elementos:

1. Es una empresa que, aunque genera lucro, éste no es su principal objetivo, sino que el lucro se deriva de la generación de un impacto positivo en la sociedad y el ambiente.
2. Su finalidad última es generar externalidades positivas en la sociedad.

3. Tienen un triple impacto: en el ambiente, la sociedad y en la economía o generación de riquezas para sus socios.
4. Estas empresas identifican y resuelven una necesidad social de la población tales como una educación deficiente, pobreza multidimensional o discriminación laboral.
5. Las empresas BIC en el día a día se encuentran realizando proyectos sociales y ambientales. A diferencia, por ejemplo, de un programa de una jornada de limpieza de playas cada seis meses como parte de una actividad de responsabilidad social empresarial.
6. En el momento que una BIC no impacte positivamente a la sociedad y el ambiente, perderá esta categoría y se convierte en una sociedad mercantil tradicional. A diferencia de una empresa que tenga un programa de responsabilidad social y si tiene un problema económico puede cortar el programa o la actividad de responsabilidad social. En otras palabras, las BIC no pueden abandonar jamás el impacto social y ambiental alegando una bajada en las ganancias. Esto es así ya que su finalidad es precisamente la generación de externalidades positivas.
7. Se diferencia de las ONG ya que las BIC si generan lucro.
8. Se diferencian de las empresas tradicionales ya que su principal actividad es la generación de beneficios sociales y ambientales y no el lucro. A las empresas tradicionales solo les importa el lucro y en las que tienen programas de responsabilidad estas actividades son meramente obras de caridad y no la finalidad o razón de existir del negocio.
9. Los accionistas de empresas BIC son empresarios con visión social y no con una visión mercantilista y utilitarista.
10. No importa si se trata de una empresa BIC que sea grande, pequeña, micro, mediana o multinacional. Todas las BIC deben, como parte fundamental de su negocio, impactar de forma positiva en el ambiente y la sociedad mediante el establecimiento de un plan continuo, integral y sostenible.

En resumen, según Pabón- Giraldo, Jiménez- Henao y Mazuera-Zuluaga las BIC son empresas que aumentan la cohesión social y reducen los desequilibrios, debido a la búsqueda de objetivos sociales o medioambientales. Son organizaciones no lucrativas cuyo objeto central es el beneficio a la comunidad. En efecto, son empresas creadas para el desarrollo de innovaciones sociales, cuya tradición es la transparencia de sus actuaciones y la rendición de cuentas de sus resultados.¹¹

Una vez clarificado el concepto del cuarto sector de la economía y del tipo de empresas que conforman ese ecosistema, puedo pasar a explicar los fundamentos constitucionales que motivaron la expedición de la ley 303 de 2022 (dado que yo trabajé en la redacción el anteproyecto de ley que posteriormente se convirtió en la ley 303 de 2022). Tales razones fueron las siguientes:

El primer fundamento es el artículo 282 de la constitución. Como ya establecí en el apartado anterior el artículo mencionado establece que la finalidad de la economía en el país es asegurar beneficios para el mayor número posible de los habitantes del país.

El segundo fundamento es el artículo 283 de la constitución que establece lo siguiente:

¹¹ PABÓN-GIRALDO, Liliana Damaris y otros (2022): “Las sociedades tipo BIC en Colombia: una apuesta por dinamizar el derecho comercial hacia una empresa social”, en *Revista Jurídicas*, Vol. 19, N° 1: pp. 171-188, 174.

“Para realizar los fines de que trata el artículo anterior (282), la Ley dispondrá que se tomen las medidas siguientes:

1. Crear comisiones de técnicos o de especialistas para que estudien las condiciones y posibilidades en todo tipo de actividades económicas y formulen recomendaciones para desarrollarlas.
 2. Promover la creación de empresas particulares que funcionen de acuerdo con las recomendaciones mencionadas en el aparte anterior, establecer empresas estatales e impulsar la creación de las mixtas, en las cuales participará el Estado, y podrá crear las estatales, para atender las necesidades sociales y la seguridad e intereses públicos.
- ...”

Como se observó la economía, tiene una visión social, ya que la generación de lucro, pero sin creación de bienestar no es desarrollo, por lo tanto, la economía debe generar movilidad social y reducir la pobreza multidimensional. Por eso es fundamental que se creen políticas públicas para lograr beneficios sociales que se deriven de la actividad económica. Un ejemplo claro del cumplimiento de estos mandatos constitucionales es precisamente la ley 303 de 2022. Dado que en dicha ley se están recociendo jurídicamente y se está creando el ecosistema de un nuevo tipo de empresas o negocio privado que tiene como fin generar beneficio en la población, por encima del mero lucro.

El reconocimiento jurídico es un primer paso para que posteriormente, dependiendo de cómo se comporten en el mercado las BIC, se pueda desarrollar más su ecosistema, otorgándole algunos beneficios exclusivos para este tipo de empresas, como se ha hecho en el derecho comparado. Es decir, la política pública de la BIC no se agota con la elevación y la implementación de la misma, sino con su evaluación para determinar su grado de desarrollo y que medidas deben tomarse para impulsarlas. Las empresas BIC son aliadas fundamentales del Estado para garantizar bienestar social y el disfrute de los derechos sociales que se encuentran constitucionalizados.

5.1 Regulación de la BIC en Panamá

Lo primero que debo anotar es que la ley 303 de 2022 no crea un tipo societario nuevo. Sino que cualquier sociedad mercantil (es decir, sociedades anónimas, de responsabilidad limitada, entre otras) podrá adoptar la condición de empresa de beneficio social e interés colectivo. Para tal fin, la persona jurídica deberá realizar lo siguiente:

1. Si es una sociedad existente, deberá modificar su pacto social con el fin de adoptar la condición de empresa de beneficio e interés colectivo.
2. Si es una nueva sociedad, incluir en su pacto social que es una empresa de beneficio e interés colectivo.
3. El pacto social de la empresa de beneficio e interés colectivo deberá indicar que primordialmente se impacta al menos una categoría social y una ambiental. Estas categorías son las siguientes:
 - Laboral: las empresas estarán enfocadas en la contratación, preferentemente, de personas con discapacidad, en pobreza, en pobreza extrema o en desempleo.

- Ambiente: la actividad empresarial estará enfocada en el uso adecuado y/o en la conservación de energía, agua, naturaleza, vida silvestre y recursos naturales o en el reciclaje y reutilización de desechos.
- Educación y deporte: la actividad empresarial estará enfocada en mejorar la calidad de educación y/o en promover las artes, el deporte, la ciencia, la cultura y/o el avance del conocimiento.
- Salud: la actividad empresarial estará enfocada en prevención y/o tratamiento para tener una población más saludable.
- Pobreza y desigualdad: la actividad empresarial estará enfocada en la reducción de la pobreza multidimensional y de las desigualdades en el país.
- Alimentación: la actividad empresarial estará enfocada en reducir la malnutrición.

4. Incluir en su razón social la terminación “BS”. Es decir, por ejemplo, una sociedad de llamaría, por ejemplo: Inversiones Messi-Cristiano S.A. BIC. Se le agregaría el “apellido” BIC a su razón social.

5. Anualmente deberá publicar un informe de gestión de rendición de cuentas sobre el impacto de las actividades desarrolladas. El informe de gestión será de acceso público y debe ser realizado por un tercero independiente, utilizando estándares reconocidos internacionalmente para la medición del impacto social y ambiental. Dicho informe deberá ser entregado al Ministerio de Comercio e Industrias. Esto con la finalidad de transparentar sus acciones y demostrar que efectivamente impactan en la sociedad y en el ambiente.

Las empresas BIC por lo tanto, contribuyen a reducir la desigualdad, la pobreza y solventar problemas tales como el desempleo, la salud, la educación; lo que se traduce en que las características de estas empresas las convierten en uno de los mejores aliados con que cuentan gobiernos, ONG y sociedades para alcanzar los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible en 2030, ya que no únicamente se están generando y garantizado el derecho social al trabajo, sino que se está impactando en la calidad de vida de los habitantes de esos países.

Hay que recordar que los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), también conocidos como Objetivos Globales, fueron adoptados por las Naciones Unidas en 2015 como un llamamiento universal para poner fin a la pobreza, proteger el planeta y garantizar que para el 2030 todas las personas disfruten de paz y prosperidad. Los 17 ODS están integrados: reconocen que la acción en un área afectará los resultados en otras áreas y que el desarrollo debe equilibrar la sostenibilidad social, económica y ambiental. En este sentido Panamá mediante el Decreto Ejecutivo 393 de 2015, publicado en la Gaceta Oficial 27870-B, adoptó los ODS como una pauta para los esfuerzos de desarrollo del Gobierno. Los ODS se acoplan al sentido de la dignidad humana, defendido en el preámbulo de la constitución como un fin supremo de la nación panameña.

Si bien la ley 303 de 2022 no otorga ningún beneficio ya sea comercial, tributario, bancario o de algún otro tipo a las BIC. Esto no impedirá la creación de este tipo de empresas ya que las personas que se interesan por una BIC, generalmente, no son empresarios tradicionales enfocados en que se les otorguen beneficios para entonces realizar actos de beneficencia. Sino que son personas con una visión social y ambiental genuina.

Por ejemplo, en Colombia algunos de los beneficios para las BIC (que se establecieron luego de la entrada en vigor de la Ley BIC, al estudiar cómo se comportaban estas empresas en el mercado) son los siguientes: tarifas preferenciales en servicios de propiedad industrial, beneficio tributario por distribución de acciones entre empleados, condiciones preferenciales en líneas de crédito, acceso preferente a convocatorias y diferenciación en contrataciones públicas.

Pero realmente los beneficios de una BIC son los siguientes:

1. Retienen y atraen a su talento humano, dado que las nuevas generaciones de trabajadores valoran el propósito de su trabajo más que generaciones pasadas.
2. Incrementar su reputación en el mercado al ser consideradas como empresas que inciden positivamente en la sociedad y el ambiente y que por lo tanto serán preferentemente elegidas sobre otras cuyo único fin es el lucro de los accionistas.
3. Crean una relación de fidelización con sus clientes. ya que actualmente se están viendo clientes responsables que desean comprar a empresas con propósito.
4. Hacen parte de redes de comunidades que persiguen propósitos similares y gestionan las posibles tensiones de su actividad empresarial con las comunidades y el medio ambiente.
5. Ayudan a una sociedad más justa, inclusiva y con visión social (sin dejar de lado los beneficios económicos).

Es importante señalar que al momento de la redacción del presente artículo aún no se ha creado ninguna BIC en Panamá, ya que el ente rector, el Ministerio de Comercio e Industrias, se encuentra en proceso de elaboración de la reglamentación de la ley 303 de 2022. Pero también merece la pena destacar que el Ministerio de Economía y Finanzas mediante la Resolución No. 201-4984 de 2022 publicada en la Gaceta Oficial 29581 de 19 de julio de 2022, en su artículo primero estableció lo siguiente: “Las personas jurídicas permanentes o incidentales, actos jurídicos o entidades públicas, en el momento de su inscripción en el RUC, serán registradas dependiendo de su naturaleza, dentro de los siguientes tipos: ...22. Empresas de beneficio e interés colectivo (ley 303 de 2022).” Lo cual deja claro que el Estado panameño se encuentra preparándose, a nivel administrativo, para el ejercicio efectivo de las BIC.

5.2 Impacto de las BIC, en el cumplimiento de los derechos sociales

Según informe “Las empresas con propósito y el auge del cuarto sector en Iberoamérica” del 2019 elaborado por el Centro de Gobernanza para el Cambio, de la Universidad IE en conjunto con la Secretaría General Iberoamericana, concluyeron que el cuarto sector (conformado por las empresas de beneficio social) representa el 6 % del producto interno bruto (PIB) total de Argentina, Brasil, Colombia, Chile, México, Portugal y España. Y que además se trata de un sector que emplea a casi 10 millones de personas y se calcula que existen más de 170 mil empresas de este tipo. En Europa las BIC representaban en el 2019, el 8% del PIB de la Unión Europea y empleaban al 7 % de su población activa. Tal fenómeno se debe en parte a que las jurisdicciones mencionadas reconocen y regulan, en mayor o menor grado, este tipo de empresas de interés social, lo que permite su desarrollo.

El informe menciona que el progreso del sector augura un futuro prometedor, pero, aun así, no se debería olvidar que las empresas con propósito y sus ecosistemas se encuentran en una fase embrionaria, y que todavía queda mucho por hacer. La consolidación del cuarto sector será una labor larga y compleja, que requerirá de un esfuerzo multisectorial y que deberá desarrollarse de manera progresiva en varias fases: desde la creación de nuevos marcos legislativos hasta la estandarización de los parámetros de medición y métodos de evaluación, que permitan medir el impacto social y ambiental de manera empírica y eficiente.

Otro estudio elaborado por la Universidad Politécnica de Madrid y la Secretaría General Iberoamericana del año 2020 denominado: Las empresas del cuarto sector y los ODS en Iberoamérica, donde se analizaron 9 casos de estudio (empresas BIC) sobre el impacto de las ODS; concluyó que los resultados obtenidos muestran que la contribución actual y potencial de las organizaciones del Cuarto Sector a la Agenda 2030 es muy significativa. A partir de un conjunto de mecanismos diferenciales, el Cuarto Sector tiene potencial para impactar en la mayoría de los Objetivos de Desarrollo Sostenible y en sus correspondientes metas. Adicionalmente se identificó que el primer elemento catalizador son los cambios sociales y culturales que se están produciendo en los últimos años hacia unos hábitos y un consumo más sostenible. Estas tendencias suponen una oportunidad para el desarrollo de modelos de negocio innovadores con un enfoque socio-ambiental. El enfoque heredado de la Revolución Industrial centrado en la maximización de los beneficios para los socios y accionistas de la empresa poco a poco está dejando de ser la prioridad para dirigirse hacia un enfoque más equilibrado y que incorpore también la dimensión ambiental y social.

Por lo tanto, a futuro, las BIC son y serán una herramienta fundamental para el cumplimiento, garantía y disfrute de los derechos sociales de todo ser humano.

6. Conclusión

La constitución de la República de Panamá mandata a las autoridades públicas a garantizar una serie de derechos sociales contenidos tanto en el texto constitucional como en tratados internacionales de derechos humanos ratificados que incidan sobre la dignidad humana. Estos derechos, entre otros, son el acceso a una salud oportuna y de calidad, a la educación, a servicios básicos como agua potable, protección del trabajador o al desarrollo de la cultura y la ciencia. En otras palabras, el Estado panameño debe garantizar bienestar social y económico a sus habitantes con la finalidad, no únicamente de reducir la pobreza, sino de maximizar y optimizar el disfrute de tales derechos sociales.

Como el Estado panameño es incapaz por si solo de garantizar de forma universal y completa los derechos sociales, requiere de la ayuda de la sociedad civil, organizada empresarialmente para el cumplimiento de sus fines. La constitución en sus artículos 282, 283 y 284 establece que, si bien la actividad económica corresponde primordialmente a la empresa privada, la económica tiene como fin de acrecentar la riqueza nacional y de asegurar sus beneficios para el mayor número posible de los habitantes del país, es decir, en Panamá no se permite que las empresas por su afán de generar lucro para sus accionistas vulneren derechos de los ciudadanos o que impacten negativamente en su calidad de vida. Ya que como se sabe hay empresas que pueden abusar de su posición dominante en el mercado y distorsionar el mercado, lo que se puede traducir, por ejemplo, en fijaciones de precios

excesivos sobre bienes básicos. Por esta razón el Estado panameño puede intervenir en la economía, para garantizar el bienestar general.

En cumplimiento de tales mandatos constitucionales en Panamá se ha legislado sobre la obligatoriedad de la responsabilidad social empresarial de las compañías que tengan concesiones. Y recientemente con la expedición de la ley 303 de 2022, que regula el cuarto sector, que está integrado por las empresas de triple impacto o empresas BIC. La finalidad primordial de las BIC es la generación de bienestar social y ambiental y de forma secundaria el lucro. Por lo tanto, este nuevo tipo de empresas contribuyen a garantizar los derechos sociales a los habitantes del país. Ya que estas empresas BIC para existir deben impactar de forma positiva, generando externalidades positivas. El cambio de mentalidad de una parte de esta nueva generación de empresarios en la cual su interés primordial no es el lucro, se ajusta muy bien a los fines de la economía nacional que contempla la constitución.

Acción de Inconstitucionalidad presentada por la firma forense Lau & Dudley Abogados para que se declare inconstitucional el segundo y tercer párrafo del artículo 49 de la Ley 49 de 4 de diciembre de 1984, por medio de la cual se dicta el Reglamento Orgánico del Régimen Interno de la Asamblea Legislativa, Entrada No. 677-2020

Magistrado Ponente Olmedo Arrocha

**REPÚBLICA DE PANAMÁ
ÓRGANO JUDICIAL
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – PLENO
PANAMÁ, VEINTITRÉS (23) DE DICIEMBRE DE DOS MIL VEINTIDÓS (2022)**

VISTOS:

1. La firma forense Lau & Dudley Abogados ha interpuesto ante el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, Demanda de Inconstitucionalidad para que se declare inconstitucional el "segundo párrafo del artículo 49 de la Ley 49 de 4 de diciembre de 1984", por medio de la cual se dicta el Reglamento Orgánico del Régimen Interno de la Asamblea Legislativa, por ser contrario a lo indicado en el numeral 9 del artículo 161 de la Constitución Política de Panamá.

2. Acogida la Demanda y cumplidos los requisitos propios para este tipo de procesos, entra el Pleno de la Corte Suprema de Justicia a resolver sobre la constitucionalidad de la norma objeto de censura.

ACUMULACIÓN DE DEMANDAS DE INCONSTITUCIONALIDAD

3. Antes de abordar el aspecto medular de la presente acción constitucional, es oportuno advertir que, encontrándose en estado de decidir, a través de la Providencia de fecha 28 de julio de 2021, se dispuso la Acumulación de dos entradas, quedando acumulado el expediente contentivo de la Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por el licenciado Roberto Ruiz Díaz, para que se declare inconstitucional el párrafo segundo del artículo 49 de la Ley 49 4 diciembre de 1984, identificado con el número de entrada 945-2020, al presente cuadernillo que contiene la Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por la firma forense Lau & Dudley Abogados, apoderados judiciales de Manuel Ching Rivas (entrada N°677-2020) (en adelante "las demandas"), a fin de que se sustancien y fallen en una sola Sentencia. En ambas entradas se pretende que se declare inconstitucional el párrafo segundo del artículo 49 de la Ley 49 de 4 de diciembre de 1984.

4. Lo anterior se efectuó en virtud a factores de conexidad, objeto del proceso y estado de decisión; por tanto, lo que aquí se decida surtirá el mismo efecto legal para ambas demandas.

HECHOS EN QUE SE FUNDAMENTAN LAS DEMANDAS

5. En ambas demandas, los activadores constitucionales, en lo medular, desarrollan su pretensión manifestando que el artículo 161 de la Constitución Política, establece las funciones administrativas de la

Asamblea Nacional y que, en el numeral 9 del precitado artículo, se señala la posibilidad de citar o requerir a los funcionarios que nombre o ratifique el Órgano Legislativo, a los Ministros de Estado, a los Directores Generales o Gerentes de todas las entidades autónomas, semiautónomas, organismos descentralizados, empresas industriales o comerciales del Estado, así como a los de las empresas mixtas a las que se refiere el numeral 11 del artículo 159, para que rindan los informes verbales o escritos sobre las materias propias de su competencia que la Asamblea Nacional requiere para el mejor desempeño de sus funciones o para conocer actos de la Administración.

6. En razón de dicha disposición constitucional el artículo 49 de la Ley 49 de 4 de diciembre de 1984, que regula el Reglamento Orgánico del Régimen Interno de la Asamblea Legislativa, (que lo adoptó originalmente, con las modificaciones, adiciones y derogaciones aprobadas por la Ley 7 de 1992, la Ley 3 de 1995, la Ley 39 de 1996, la Ley 12 de 1998, la Ley 16 de 1998, la Ley 35 de 1999, la Ley 57 de 2002, la Ley 25 de 2006, la Ley 16 de 2008, la Ley 28 de 2009, la Ley 32 de 2009, la Ley 38 de 2009, la Ley 43 de 2009 y la Ley 66 de 2009, sobre la base del texto único publicado en la Gaeta Oficial N°26476-D de 24 de febrero de 2010), que establece lo siguiente: "*Citación de funcionarios y emplazamiento a particulares. Para tratar asuntos de su competencia, las Comisiones Permanentes de la Asamblea Nacional, por mayoría de los miembros que las integran podrán citar a su seno a cualquier Ministro o Ministra de Estado, Director o Directora General de entidad autónoma o semiautónoma y otros, de acuerdo con lo establecido en el artículo 161 de la Constitución Política de la República. Los funcionarios o funcionarias requeridos están obligados a concurrir ante las respectivas Comisiones, cuando sean citados*", lo cual, según los activadores constitucionales, resulta perfectamente viable por la calidad de las partes y sus funciones, inherentes a la Administración Pública.

7. Sin embargo, el segundo párrafo del artículo 49 de la precitada ley, no sólo señala que la Asamblea Nacional o sus comisiones permanentes puedan citar a determinados funcionarios de la Administración Pública, sino que extiende esta potestad, en extralimitación de sus funciones constitucionales, a citar a los particulares o ciudadanos de a pie de nuestra República.

DISPOSICIÓN ACUSADA DE INCONSTITUCIONAL

8. Las acciones procesales que nos ocupa plantean ante este Tribunal Constitucional, tal como hemos anotado, la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 49 de la Ley 49 de 4 de diciembre de 1984, que contraviene, según el activador constitucional, la Constitución Política, la cual es del tenor siguiente:

"Artículo 49. Citación de funcionarios y emplazamiento a particulares. Para tratar asuntos de su competencia, las Comisiones Permanentes de la Asamblea Nacional, por mayoría de los miembros que las integran, podrán citar a su seno a cualquier Ministro o Ministra de Estado, Director o Directora General de entidad autónoma o semiautónoma y otros, de acuerdo con lo establecido en el artículo 161 de la Constitución Política de la República. Los funcionarios o las funcionarias requeridos están obligados a concurrir ante las respectivas Comisiones, cuando sean citados.

Asimismo, cualquier Comisión Permanente o de Investigación podrá emplazar a toda persona, natural o al representante legal de una persona jurídica, para que rinda declaraciones verbales o escritas, que podrán exigirse bajo juramento, sobre hechos relacionados directamente con las indagaciones que la Comisión adelante.

La Comisión podrá ordenar la conducción ante ella de los citados a comparecer o a rendir declaraciones que, de forma reiterada, no comparezcan a la citación. Igualmente, la Comisión podrá denunciar dicha conducta ante las autoridades correspondientes, para la determinación de las responsabilidades penales."

DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES QUE SE ESTIMAN INFRINGIDAS Y EL CONCEPTO DE LA INFRACCIÓN.

9. Sobre este punto, se deberá hacer una clasificación en cuanto a las disposiciones constitucionales que los activadores constitucionales estiman infringidas, toda vez, cada uno de ellos señalan algunas similares y otras distintas.

10. En ese sentido, en cuanto al proponente de la presente acción constitucional (entrada 677-20) arguye que, se han infringido dos normas constitucionales, a saber:

11. A. El numeral 9 del artículo 161 de la Constitución Política, que establece lo siguiente:

"Artículo 161: Son funciones administrativas de la Asamblea Nacional:

1. ...

2. ...

3. ...

4. ...

5. ...

6. ...

7. ...

8. ...

9. Citar o requerir a los funcionarios que nombre o ratifique el Órgano Legislativo, a los Ministros de Estado, a los Directores Generales o Gerentes de todas las entidades autónomas, semiautónomas, organismos descentralizados, empresas industriales o comerciales del Estado, así como a los de las empresas mixtas a las que se refiere el numeral 11 del artículo 159, para que rindan los informes verbales o escritos sobre las materias propias de su competencia, que la Asamblea Nacional requiera para el mejor desempeño de sus funciones o para conocer los actos de la Administración, salvo lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 163. Cuando los informes deban ser verbales, las citaciones se harán con anticipación no menor de cuarenta y ocho horas y se formulará en cuestionario escrito y específico. Los funcionarios que hayan de rendir el informe deberán concurrir y ser oídos en la sesión para la cual fueron citados, sin perjuicio de que el debate continúe en sesiones posteriores por decisión de la Asamblea Nacional. Tal debate no podrá extenderse a asuntos ajenos al cuestionario específico."

12. Establece como concepto de la infracción, que el segundo párrafo del artículo 49 de la Ley 49 de 1984, viola directamente por comisión dicha norma constitucional debido a que la Asamblea Nacional se auto-otorga prerrogativa que la Constitución no le faculta, como lo es la posibilidad de citar y hacer comparecer ante el pleno de la Asamblea o ante sus comisiones a ciudadanos particulares para que declaren, en algunos casos, bajo la gravedad de juramento, en temas que son meramente propios de otro Órgano del Estado.

13. Lo anterior porque, según el actor, los particulares solo están obligados frente a la Asamblea Nacional a lo que la Constitución señala y ello no indica dicha obligación.

14. B. El numeral 1 del artículo 163 de la Constitución Política que señala lo siguiente:

"Artículo 163: Es prohibido a la Asamblea Nacional:

1. Expedir leyes que contraríen la letra o espíritu de esta Constitución ... "

15. En cuanto a la precitada norma constitucional, indica el actor que ha sido violada de forma directa por comisión, porque con la emisión de la norma legal demandada se sobrepasa la letra y el espíritu de la Constitución bajo una clara extralimitación y violación de lo que ha querido manifestar la misma sobre que la relación entre los particulares y el Estado se basa en reglas claras y obligatorias, siendo que el ciudadano particular no está obligado frente a la Asamblea Nacional a acudir a citaciones ni puede ser forzado a ello.

16. Por otro lado, la discusión constitucional planteada por el activador constitucional, Roberto Ruíz Díaz (entrada acumulada N°945-2020), conlleva argumentos muy similares a los expuestos en párrafos anteriores (entrada N°677-20), con el elemento adicional que consiste en que, entre las normas que considera infringidas, además del numeral 9 del artículo 161 de la Constitución Política, señala el artículo 32 de nuestra Carta Magna.

17. Indica que, la violación de esta norma, (refiriéndose al artículo 32 de la Constitución), se produce de forma Directa por Comisión, porque el Órgano Legislativo no es competente para citar o emplazar personas naturales o los representantes legales de empresas, que no presten servicio alguno para el Estado y por tal razón, no están sometidos a la jurisdicción de la Asamblea Nacional, para que rindan declaraciones o informe de sus actuaciones en su vida privada.

18. Señala además que, la norma censurada constituye un abuso porque establece en el siguiente párrafo que la Asamblea Nacional podrá ordenar hasta su conducción, para que comparezcan a rendir informe o declaraciones si no comparecen voluntariamente.

OPINIÓN DE LA PROCURADURÍA DE LA NACIÓN Y DE LA ADMINISTRACIÓN

19. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2563 del Código Judicial, el Procurador General de la Nación, por medio de la Vista N°13 de 12 de octubre de 2020 (f. 12-24 del expediente), emitió concepto sobre la demanda de inconstitucionalidad correspondiente a la entrada 677-2020 y concluye con la opinión de que lo demandado no es inconstitucional.

20. Fundamenta su opinión señalando que el promotor constitucional no logra demostrar la aludida conculcación de derechos fundamentales, sino, más bien, mantiene una confusión, que radica en considerar que existe una relación absoluta entre la potestad administrativa de citar o requerir a servidores públicos que nombre o ratifique el órgano Legislativo, actuando como ente de control de ciertos funcionarios, con las facultades que tiene este mismo poder del Estado, para citar o requerir a cualquier persona, sea pública o particular, natural o jurídica; cuando esta última atribución en realidad es mucho más amplia, de allí que tenga que ver con otras funciones que competen a este ente, y en razón de esta diferencia es que el legislador distinguió entre las facultades, ubicándolas en distintos párrafos del precepto demandado.

21. Continúa, exponiendo su criterio afirmando que, aun cuando la Constitución Política no contemple específicamente una norma que le atribuya la facultad a la Asamblea Nacional de citar o requerir a los particulares en el marco de sus competencias; el empleo en el presente caso del criterio de interpretación sistemático de su texto, lleva a descartar vicios de inconstitucionalidad y que, al contrario, aquella disposición armoniza con el texto integral de la referida norma suprema.

22. Por su parte, el Procurador de la Administración, por medio de la Vista N°490 de 26 de abril de 2021 (f. 70-81 del expediente), emitió concepto sobre la demanda de inconstitucionalidad correspondiente a la entrada 945-2020 que también ocupa nuestro estudio y concluye, de igual forma, con la opinión de que lo demandado no es inconstitucional.

23. Señala que, en virtud al Principio de Universalidad, el artículo 159 numeral 17 de la Constitución Política le otorga la facultad al Órgano Legislativo para dictar su Reglamento Orgánico, lo cual se llevó a cabo mediante Resolución 116 de 9 de febrero de 2010 "*Que aprueba el Texto Único de la Ley 49 de 1984, que adopta el Reglamento Orgánico del Régimen Interno de la Asamblea Nacional*"

24. En virtud a lo anterior, dicho reglamento nombra distintas comisiones permanentes a fin de atender diversas funciones tales como la judicial, la administrativa y la legislativa.

25. En ese sentido, como quiera que la Asamblea Nacional tiene la facultad de aprobar o improbar los nombramientos de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Procurador General de la Nación, el Procurador de la Administración y los demás que haga el Ejecutivo; nombrar al Contralor General de la Republica, al Sub-contralor de la República, al Defensor del Pueblo, al Magistrado del Tribunal Electoral y a su suplente (artículo 161 de la Constitución Política), debe analizarse de forma conjunta con la potestad contenida en el numeral 6 de esta norma, para que puedan ser citados e investigados para requerir información de ellos. Así también, cuando se trata de la Cuenta del Tesoro que el Ejecutivo le presente, los funcionarios podrán ser requeridos para deslindar responsabilidades.

26. Aclara que, el tercer párrafo de la norma censurada de inconstitucional cuando se refiere a la "*conducción de los citados*"; no está haciendo alusión a una investigación de carácter penal sino de índole administrativa precisamente porque emerge del artículo 161 constitucional relativo a las funciones administrativas del Órgano Legislativo.

27. Concluye señalando que, al parecer el activador constitucional comete un error al sostener que el párrafo censurado del artículo 49 de la Ley 49 de 1984 es inconstitucional porque dichas citaciones son única y exclusivamente para que se rindan informes verbales o escritos que guarden relación con asuntos de interés público; es decir, que atañen a la colectividad.

FASE DE ALEGATO

28. Según lo dispuesto en el artículo 2564 del Código judicial, una vez devuelto el expediente por la Procuraduría de General de la Nación y la Procuraduría de la Administración, respectivamente, se fijó en lista el negocio por el término de 10 días, contados a partir de la última publicación del edicto correspondiente en un diario de circulación nacional, para que todos los interesados presentaran argumentos por escrito.

29. Dentro del término de Ley, la firma forense Morgan & Morgan Legal, en ambas demandas objeto de estudio, interpuso alegatos o argumentos por escrito (fs. 32-45 y 89-100, respectivamente).

CONSIDERACIONES DEL PLENO

30. Luego de expuestos los argumentos de ambos Activadores Constitucionales y las opiniones del Procurador General de la Nación y de la Administración, el Pleno pasa a analizar las pretensiones que se formulan en las Demandas.

31. En este sentido, la competencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, para conocer y resolver de las Acciones de inconstitucionalidad, encuentra sustento en lo dispuesto en el artículo 206 de la Constitución Política, así como en lo dispuesto en el artículo 2559 del Código Judicial, el cual permite que cualquier persona, por medio de apoderado legal, impugne ante este máximo Tribunal Constitucional las Leyes, Decretos de Gabinete, Decretos Leyes, Decretos, Acuerdos, Resoluciones y demás Actos provenientes de una Autoridad que considere inconstitucionales y pedir, por tanto, su correspondiente declaración de inconstitucionalidad.

32. Corresponde a esta Corporación de Justicia pronunciarse sobre el fondo de este negocio constitucional, procurando encaminar el desarrollo de nuestro análisis a una confrontación extensiva de las normas acusadas, con todos los preceptos constitucionales que puedan haberse infringido, atendiendo al principio de universalidad constitucional, que rige en materia de justicia constitucional adjetiva, establecido en el artículo 2566 del Código Judicial, que es del tenor siguiente:

"Artículo 2566. En estos asuntos la Corte no se limitará a estudiar la disposición tachada de inconstitucional únicamente a la luz de los textos citados en la demanda, sino que debe examinarla, confrontándola con todos los preceptos de la Constitución que estime pertinentes."

33. El principio de Universalidad Constitucional, consagrado en la norma citada, le permite a la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, verificar con todos los preceptos constitucionales, si la Ley demandada infringe alguno de ellos, independientemente de que no hayan sido mencionados en la demanda.

34. Sobre el particular, el Doctor Edgardo Molino Mola, ha expuesto el siguiente análisis:

"Si la demanda debe ser conforme con la pretensión para los efectos del principio de congruencia que rige en el proceso civil, vemos que en el proceso constitucional dicho principio de congruencia resulta afectado, ya que puede la sentencia estimar como violada una norma constitucional no sustentada como infringida por el demandante, en un proceso que es de puro derecho, y por tanto decidir sobre aspectos no planteados en la demanda. La Corte Suprema de Panamá aplica este principio de universalidad constitucional o de interpretación integral de la Constitución, constantemente, y no son pocas las ocasiones en que ha decidido la inconstitucionalidad de una ley con base en una disposición constitucional no alegada como violada por el demandante. Igualmente, en la parte resolutive de sus decisiones puede verse la aplicación de este principio cuando expresa que la norma acusada no infringe la disposición constitucional citada en la demanda así como ninguna otra norma constitucional. Esto trae a la vez la consecuencia de que la sentencia es final, lo que significa que la norma acusada se

convierte en cosa juzgada constitucional y no podrá ser nuevamente demandada como inconstitucional por los mismos motivos de inconstitucionalidad alegados en la demanda, ya que la Corte consideró que tampoco violaba otras normas de la Constitución en aplicación del pnc1p10 de universalidad constitucional ... " (Molino Mola, Edgardo. La Jurisdicción Constitucional en Panamá. Biblioteca Jurídica Diké. Primera Edición, página 114)

35. Antes de iniciar el desarrollo de nuestras consideraciones, debemos resaltar que se enviaron dos notas a la Asamblea Nacional de Diputados (fs. 110 y 337, respectivamente), solicitando copia de la transcripción de las actas de discusión de los Actos Legislativos, sobre los cuales se centra la presente controversia constitucional.

36. Mediante Nota AN/SG-N-1186-21 de fecha 16 de septiembre de 2021 y Nota AN/SG-N-1262-21 de fecha 1 de octubre de 2021 (fs. 111 y 339, respectivamente), la Secretaría General de la Asamblea Nacional de Diputados dio respuesta a nuestras solicitudes y nos fueron remitidos en copia autenticada los debates de los actos legislativos, que solicitamos.

37. Siendo así, dentro de dicho contexto, lo procedente es analizar los argumentos vertidos por los promotores constitucionales, las opiniones de la Procuraduría general de la Nación y de la Administración; así como, el resto de las normas Constitucionales en función de lo dispuesto en el artículo 2566 del Código Judicial.

38. En primer lugar, se hace oportuno identificar las facultades que la Constitución Política le otorga a la Asamblea. Tal como lo señala los artículos 152, 159, 160 y 161 de la Constitución Política, la Asamblea Nacional mantiene las siguientes facultades: (a) Legislativas, (b) Administrativas y (c) Judiciales.

39. **La función administrativa**, que se contextualiza en el presente debate, puede entenderse como el conjunto de actividades, tareas y labores coordinadas, con el propósito, entre otras cosas, de fiscalizar la labor que realiza el Órgano Ejecutivo en sus funciones, a través de las distintas comisiones adscritas a dicha institución legislativa.

40. La citación de funcionarios públicos y particulares, precisamente, se ubica dentro de la "*función administrativa*", históricamente otorgada desde la Constitución Política de Panamá de 1946¹, mediante la cual se establecía lo siguiente: "*Son funciones administrativas de la Asamblea Nacional: ... 7. Nombrar comisiones para que investiguen cualquier asunto relativo a actos ejecutados o medidas propuestas por el Ejecutivo y para que informen a la Asamblea a fin de que dicte las medidas que considere apropiadas. En esas comisiones estarán necesariamente representados todos los partidos que compongan la Asamblea y tendrán derecho de citar tanto a los particulares como a los funcionarios v autoridades para que concurran a informar ante ellas, v el de solicitar los datos, v documentos que estimen necesarios para los fines de la investigación.*"

41. Vemos pues que, en ese momento, el propósito o finalidad Constitución le otorgaba a la citación de funcionarios públicos y particulares por parte de la Asamblea, no incluía alguna consecuencia por no asistir o cumplir dicha citación. Sin embargo, nótese que a los particulares sólo se les citaba por conducto de las **comisiones permanentes**.

42. Dicho esto, también resulta interesante, para lo que aquí se debate, delimitar, tanto las facultades administrativas, como las judiciales que tiene dicha institución, para que, así se evidencie cuál es la diferencia.

43. En cuanto a las primeras, como ya se ha desarrollado, se puede apreciar que se trata del ejercicio del equilibrio y control en cuanto a la intervención en la actividad del Órgano Ejecutivo, los Ministerios y Dependencias adscritas a él; fiscalización que permite mantener el orden y transparencia en la funcionalidad de este Órgano del Estado. También, el Órgano Legislativo, de acuerdo con los requisitos legales y reglamentarios, está facultado para reprochar la actuación de uno o varios Ministros, a través del voto de censura de acuerdo al numeral 7 del artículo 161 de nuestra Carta Magna.

¹ Artículo 120 numeral 7 de la Constitución Política de 1946.

44. En cambio, a decir de la función judicial de la Asamblea Nacional, establecida en el artículo 152 en concordancia con el artículo 160 de la Constitución Política, se puede colegir, en síntesis, que en dicha atribución la Asamblea se encarga de la investigación acerca de denuncias o acusaciones que se presenten, únicamente, contra el Presidente de la República y los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

45. Ahora bien, la conformación de comisiones adscritas a la Asamblea Nacional, surge en nuestra República por mandato constitucional desde la Carta Magna de 1904, en su artículo 67 numeral 7 de la siguiente manera: "*Nombrar comisiones para demarcar los límites de la Nación*".

46. Así mismo, el numeral 12 del artículo 90 de nuestra Carta Magna de 1941 señalaba "*Nombrar comisiones para que se investigue cualquier asunto que la Asamblea les encomiende e informen a ésta para que dicte las medidas que considere apropiadas. Estas comisiones estarán constituidas por Diputados a la Asamblea Nacional quienes no devengarán emolumento alguno por los servicios que presten*"².

47. Nuestra Constitución Política vigente, en ese sentido, indica en el numeral 6 del artículo 161, lo siguiente:

"Artículo 161: Son funciones administrativas de la Asamblea Nacional: " ... 6 Nombrar, con sujeción a lo previsto en esta Constitución y en el Reglamento Interno, las comisiones permanentes de la Asamblea Nacional y las Comisiones de Investigación sobre cualquier asunto de interés público, para que informen al Pleno a fin de que dicte las medidas que considere apropiadas."

48. A propósito de reglamentar lo establecido en la norma constitucional precitada, el artículo 46 de la Ley 49 de 1984 y sus modificaciones, actualmente crea quince comisiones permanentes, siendo éstas las siguientes:

1. Credenciales, Reglamento, Ética Parlamentaria y Asuntos Judiciales;
2. Gobierno y Justicia y Asuntos Constitucionales.
3. Presupuesto;
4. Economía y Finanzas;
5. Comercio y Asuntos Económicos;
6. Infraestructura Pública y Asuntos del Canal;
7. Educación, Cultura y Deporte;
8. Trabajo, Salud y Desarrollo Social
9. Comunicación y Transporte;
10. Relaciones Exteriores;
11. Asuntos Agropecuarios;
12. Asuntos Indígenas;
13. Población, Ambiente y desarrollo;
14. De la Mujer, la Niñez, la Juventud y la Familia;
15. Asuntos Municipales.

49. Lo anterior, sin soslayar que, una de las atribuciones que tiene la Asamblea Nacional, también consiste en conformar Comisiones de Investigación, Ad Hoc y Accidentales, creadas para un objetivo investigativo específico (Capítulo III del Título III de la Ley 49 de 4 de diciembre de 1984, modificada).

50. Hasta aquí, se logra apreciar que, a través de los años la Asamblea Nacional ha estado facultada, por parte de las distintas Constituciones Políticas de nuestra República, para ejercer dentro de sus funciones administrativas, citaciones o convocatorias a servidores públicos y **a particulares a través de sus distintas comisiones permanentes**, con propósitos definidos.

51. En la actualidad, a raíz de las reformas constitucionales, el artículo 161 de la Constitución Política, delimita las referidas funciones administrativas en cuanto a las citaciones, que ostentaba la Asamblea, de la siguiente manera:

"Artículo 161. Son funciones administrativas de la Asamblea Nacional: 1...

² Artículo 120, numeral 6 de la Constitución Política de 1946.

9. Citar o requerir a los funcionarios que nombre o ratifique el Órgano Legislativo, a los Ministros de Estado, a los Directores Generales o Gerentes de todas las entidades autónomas, semiautónomas, organismos descentralizados, empresas industriales o comerciales del Estado. así como a los de las empresas mixtas a las que se refiere el numeral 11 del artículo 159, para que rindan los informes verbales o escritos sobre las materias propias de su competencia, que la Asamblea Nacional requiera para el mejor desempeño de sus funciones o para conocer los actos de la Administración, salvo lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 163. Cuando los informes deban ser verbales, las citaciones se harán con anticipación no menor de cuarenta y ocho horas y se formulará en cuestionario escrito y específico. Los funcionarios que hayan de rendir el informe deberán concurrir y ser oídos en la sesión para la cual fueron citados, sin perjuicio de que el debate continúe en sesiones posteriores por decisión de la Asamblea Nacional. Tal debate no podrá extenderse a asuntos ajenos al cuestionario específico.

10. Rehabilitar a los que hayan perdido derechos inherentes a la ciudadanía. 11. Aprobar, reformar o derogar el decreto de estado de urgencia y la suspensión de las garantías constitucionales, conforme a lo dispuesto en esta Constitución. (El Pleno subraya)"

52. Vemos pues que, la Constitución Política resulta ser en la actualidad puntual al incluir **las citaciones** de determinadas personas para que rindan informes verbales o escritos, desglosadas de la siguiente manera:

- 1. Funcionarios que nombre o ratifique el Órgano Legislativo.**
- 2. Ministros de Estado.**
- 3. Directores Generales**
- 4. Gerentes de todas las entidades autónomas, semiautónomas.**
- 5. Organismos descentralizados.**
- 6. Empresas industriales o comerciales del Estado.**
- 7. Empresas Mixtas (entendiéndose aquellas en las que el Estado tenga su control administrativo, financiero, o accionario-numeral 11 del artículo 159 de la Constitución Política).**

53. De lo anterior se desprende que, por disposición constitucional, las personas arriba señaladas, tienen el deber de acudir al llamado de las comisiones de la Asamblea Nacional cuando éstas, dentro de sus funciones administrativas, así lo requieran. Pero, también se infiere del mencionado artículo que, dentro de esas funciones administrativas que le otorga la Constitución Política a la Asamblea Nacional, **no se encuentra el citar a particulares y/ o empresas privadas.**

54. Repasemos ahora, de qué forma el recinto legislativo incorporó dichas citaciones en el Reglamento Orgánico del Régimen Interno de la Asamblea Nacional.

55. Fue hasta el año 1992, a través de la Ley 7 de 1992 que se adiciona el artículo 41-A a la Ley 49 de 4 de diciembre de 1984, mediante la cual, se amplió el ámbito para las Comisiones de carácter Permanentes de la Asamblea Nacional (en ese momento Asamblea Legislativa) para citar a los funcionarios de alta jerarquía a propósito de que concurrieran a ofrecer una declaración sobre cualquier asunto de su competencia, en la esfera administrativa.

56. Veamos:

"Artículo 41-A: Para tratar asuntos de su competencia, las Comisiones Permanentes de la Asamblea Legislativa, por mayoría de los miembros que la integran, podrán citar a su seno a cualquier Ministro de Estado, Director General de Entidad Autónoma o Semiautónoma y otros, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 155 de la Constitución Política de la República. Los funcionarios requeridos están obligados a concurrir ante las respectivas comisiones, cuando sean citados. (Subraya el Pleno)"

57. Con lo anterior, se evidencia la facultad otorgada a la Comisiones Permanentes de la Asamblea para citar a los funcionarios del Estado, para tratar asuntos de su competencia, de acuerdo a las funciones

administrativas establecidas, en ese momento, en el artículo 155 de la Constitución Política (ahora artículo 161).

58. Siguiendo la evolución legislativa, a raíz de las reformas de la Ley 3 de 1995, la Ley 39 de 1996, la Ley 12 de 1998 y la Ley 16 de 1998, se incorpora un nuevo Texto Único del Reglamento Orgánico del Régimen Interno de la Asamblea Legislativa.

59. A través de la Ley 16 de 1998, se incorpora el emplazamiento a representantes legales de empresas privadas y personas naturales en el Reglamento Interno de la Asamblea, adicional a la citación de Ministro o Ministra de Estado o Director o Directora General de entidad autónoma o semiautónoma y otros. Además, se incluía una posible consecuencia de renuencia a la falta de comparecencia de los "citados", con la aplicación de la figura del desacato contemplado en el Código Judicial. Así, queda modificado y reenumerando el precitado artículo 41-A:

"Artículo 47: Para tratar asuntos de su competencia, las Comisiones Permanentes de la Asamblea Legislativa, por mayoría de los miembros que la integran, podrán citar a su seno a cualquier Ministro o Ministra de Estado o Director o Directora General de entidad autónoma o semiautónoma y otros, de acuerdo con lo establecido en el artículo 155 de la Constitución Política de la República. Los funcionarios o funcionarias requeridos están obligados a concurrir ante las respectivas Comisiones, cuando sean citados.

Asimismo, podrá cualquier Comisión Permanente o de Investigación emplazar a toda personal, natural o jurídica, para que rinda declaraciones verbales o escritas, que podrán exigirse bajo juramento, sobre hechos relacionados directamente con las indagaciones que la Comisión adelante.

La renuencia de los citados a comparecer o rendir declaraciones, podrá ser sancionada por la Comisión con las penas que señale el Código Judicial para los casos de desacato."

(Resalta el Pleno)

60. Tomando en cuenta la precitada modificación al artículo 47, se hace oportuno recordar que, en el proceso de creación de las leyes de nuestra República, cuando se trata de una ley orgánica como las que nos ocupa, puede producirse, como en efecto ocurrió, a través de la elaboración de una propuesta por parte de uno o varios Diputados en este caso el H.L. Juan Manuel Peralta Ríos, el cual es reenviado a la comisión respectiva, de acuerdo a la materia a que se refiera para que esta última evalúe si lo acoge o no. En el caso que nos ocupa, le correspondió a la Comisión de Credenciales (f. 340 del expediente), la cual prohija dicho anteproyecto adoptándolo como suyo, cumpliéndose así con el pre-requisito establecido por la Ley, en cuanto a que las Leyes Orgánicas podrán ser propuestas por una Comisión Permanente de la Asamblea Nacional (artículo 165 numeral 1 acápite a de la Constitución Política).

61. En dicho anteproyecto el legislador no insertaba la propuesta del texto de la norma precitada; por lo que, ha debido ser incluida en reformas que se hicieron en el primer debate desarrollado en dicha comisión

62. Es importante señalar que, el mencionado prohijamiento no agota la discusión necesaria del primer debate para cumplir con los tres debates establecidos en el artículo 166 de nuestra Carta Magna. Se trata de que la propuesta del anteproyecto realizada por el Legislador ante el Pleno de la Asamblea la realice la comisión respectiva, para que, entonces inicien los debates correspondientes.

63. Así ocurrió, a través de las Actas del Segundo Debate de la Ley 52 que incorpora el párrafo del referido artículo, donde se logra evidenciar, de cierto modo, las primeras preocupaciones sobre el tema que hoy trae el activador constitucional. Dichas inquietudes se aprecian en la intervención de tres Diputados de la Asamblea Nacional.

64. Así, el Honorable Diputado Alberto Cigarruista Cortez en la discusión del segundo debate del Proyecto de la Ley 52 de 1997, en su intervención indicó la siguiente:

" ... Es un artículo que yo objeto, es un artículo que no comparto, y siento, inclusive que es un artículo peligrosísimo para la vida nacional. ...

... porque este artículo abre la coyuntura para que personas naturales y sociedades anónimas. es decir. empresarios sean citados al Parlamento Nacional. se les tome declaraciones bajo juramento y se le sancione por desacato. Entonces, yo no comparto este criterio de compeler a empresarios del país a que tengan que rendir declaraciones ante la Asamblea Legislativa y obligarlas a que tengan que comparecer. si no comparecen se les decreta desacato en su contra. Y mucho menos que personas naturales sean citadas obligatoriamente al Parlamento Nacional. y nosotros hagamos lo de Tribunal de Justicia.

En lo que yo si estoy de acuerdo, señores Legisladores, y oportunamente presentaremos la modificación, es en que elevemos a la condición de falsos testimonios el hecho de que se cite a la Asamblea Legislativa o a las comisiones a los empleados públicos de gobierno, y ellos le falten a la verdad, porque aquí con una facilidad frecuente los ministros, lo viceministros, los contralores, los subcontralores, los directores, subdirectores de instituciones autónomas, vienen al Parlamento Nacional, concurren al Parlamento Nacional (sic) y lo que dicen al país, más que a los parlamentos, lo que dicen al país, es un conjunto de falsas verdades, y se van sonrientes del Parlamento Nacional y nada acontece. Que digan la mentira dictada en el Parlamento Nacional concretiza el delito de falso testimonio y la obligación del Presidente de la Asamblea de remitir esas declaraciones al Ministerio Publico para que el Ministerio Publico sea el que cite, entonces a los empresarios, a los particulares, o sea, que sea, y valga la redundancia, el Ministerio Publico el que lleve adelante la investigación, pero convertir a la Asamblea Legislativa en un Tribunal de justicia, yo siento que no le sirve al país, porque, sobre todo, ahuyenta a la empresa privada, y yo siento que no es el trabajo que debe realizar el Parlamento Nacional."

65. Por su parte, el Honorable Legislador Abel Murgas señala sobre ese aspecto, lo siguiente: "El amigo Cigarruista, que es de los legisladores abogados, acaba de ponernos la inquietud de que este artículo pudiera ser inconstitucional. Es que sencillamente, señor Presidente, nosotros tenemos la obligación de investigar, de fiscalizar algunas actuaciones meramente del sector público de los Órganos del Estado e indagar o cuestionar cualquier acción o incidencia que se dé en el territorio nacional. Sin embargo, en este Artículo Nuevo 8, nosotros que no somos abogados. Nosotros desconocemos cuales son las penas que se señalan en el Código Judicial en materia de desacato. Si en un momento determinado, hablo específicamente de los funcionarios públicos, entran en desacato, pudiese evaluarse como una falta administrativa o como un delito, como puede ser que lo interpretara el Código Judicial en estos momentos. Sin embargo, ya sea delito o falta, en el sentido de que un alto funcionario del gobierno, supóngase que la Comisión de Gobierno y Asuntos Constitucionales lo cite, a tal fin de que se dé una declaración verbal o escrita sobre los cuatro decapitados en Coiba, y este señor Ministro, que no es el caso, pero pudiese darse el caso en un futuro en un ministro prepotente, un ministro que tiene a esta Asamblea de relajo, que solamente viene para cuando tiene que consensuar, pero cuando lo perjudique no quiere venir, y, uno comete el primer desacato por no asistir a la citación. Dos, en virtud de que llegue y no quisiera declarar, entonces él cayera en desacato según el mandato que le da. este Artículo No. 8.

La pregunta ¿Existen desacatos cuando una autoridad competente llame a rendir unas declaraciones y la persona se rehúsa o dice verdades a medias, y de repente el Código Judicial le da por desacato unos días multas o demás? Yo me pregunto: Si un alto funcionario cae en este delito, en esta falta o delito de desacato, ¿Qué procedimiento jurídico pudiese darse para que este señor no siguiera ejerciendo el cargo, ya sea ministro, de director de entidad autónoma o demás? Sino que, simplemente, se burlan y se seguirán burlando. Yo pienso que el poder de traer a un ministro y demás, ya lo tenemos, yo pienso que ponerla palabra desacato es intervenir en lo que son los asuntos de otro órgano, que eso nos lo prohíbe la Constitución Política de nuestro país.

66. Por último, el Honorable Legislador Mario Quiel también manifiesta su preocupación sobre el tema señalando lo siguiente:

" ... De la modificación del artículo 8 prácticamente encontraba su sustento en una norma constitucional en el sentido de que las comisiones permanentes o de investigación sobre cualquier asunto de interés público pudieran tener la suficiente fuerza como para lo que se esté investigando las personas naturales o jurídicas"

67. El resto de los intervinientes, en esa ocasión, permanecieron sin emitir concepto sobre el tema, concluyendo en una votación de 42 votos a favor, 9 en contra y 0 abstenciones.

68. Para ese momento, ya se empieza a observar que, tal como se ha ido reformando el reprochado artículo 49 de la Ley 49 de 4 de diciembre de 1984 y sus modificaciones, más que convidar a un particular para rendir una declaración de forma voluntaria, se extrae una intención coercitiva de la norma, como si se mantuviera un carácter obligatorio que, de no acatarse acarrearía una sanción por parte de la propia Asamblea, tal como lo establece el siguiente párrafo, aunque la redacción quedó tímida y ambigua. Y es que, de las referidas intervenciones se puede concluir que la intención y el espíritu legislativo era homologar las citaciones que se realizaban a los servidores públicos por mandato constitucional con el emplazamiento a particulares que, aun cuando se realizó el intento de matizar al cambiar el verbo utilizado, se denota que el propósito de los miembros del legislativo resultaría ser el mismo contexto.

69. Se hace necesario detenernos aquí para analizar un aspecto relevante que debe ser atendido antes de continuar y que consiste en identificar el significado literal, sentido o interpretación, de acuerdo a la ciencia lingüística (semántica) de las palabras "citar" y "emplazar", a fin de esclarecer si se trata de palabras que representan el mismo significado o, por el contrario, mantienen alcances distintos.

70. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española la palabra "citar" implica lo siguiente:

"1. tr. Avisar a alguien señalándole día, hora y lugar para tratar de algún asunto."

71. Por su parte, la palabra "emplazar", según el referido catálogo se trata de lo que a continuación se transcribe:

"2. tr. Citar a alguien en determinado tiempo y lugar, especialmente para que dé razón de algo."

72. De las definiciones examinadas, esta Corporación de Justicia no le queda duda que ambas conjugaciones verbales resultan ser equivalentes; es decir que, su significado es sinónimo uno con el otro porque, medularmente, lo que se buscan es obtener la comparecencia personal ante el hemiciclo legislativo, tanto de ciertos servidores públicos, como de toda persona natural o representante legal de una persona jurídica para que rindan informes o declaraciones, según sea el caso.

73. El análisis hasta aquí expuesto, conduce al Pleno a considerar *prima facie* que, efectivamente, el párrafo censurado incluye la acción de la Asamblea Nacional de "citar", por medio de sus comisiones permanentes a los particulares y/o empresas privadas; por tanto, se puede concluir que el legislativo no se encontraba facultado para ello, de acuerdo a la Constitución Política vigente para ese caño (1972), máxime como venía redactada la norma y su concatenación con el siguiente párrafo que preceptuaba una sanción ante la renuencia de los citados a comparecer o rendir declaraciones, con las penas que señalara el Código Judicial para los casos de desacato.

74. Continuando con el recorrido legislativo, a través de una nueva modificación del precitado artículo, se elimina la figura del desacato y se incluye una figura aún más rígida de sanción para quien se rehúse a asistir a la citación que establece la norma, siendo ésta "la orden de conducción"; lo cual implica una privación de la libertad.

75. En ese sentido, a través de la Ley 28 de 3 de junio de 2009 en su artículo 8, se modifica, como hoy se lee la norma, quedando incluida en el artículo 49 del Texto Único de la Ley 49 de 4 de diciembre de 1984 (artículo censurado en esta ocasión en el segundo párrafo), de la siguiente manera:

"Artículo 49. Citación de funcionarios y emplazamiento a particulares. Para tratar asuntos de su competencia, las Comisiones Permanentes de la Asamblea Nacional, por mayoría de los

miembros que las integran, podrán citar a su seno a cualquier Ministro o Ministra de Estado, Director o Directora General de entidad autónoma o semiautónoma y otros, de acuerdo con lo establecido en el artículo 161 de la Constitución Política de la República. Los funcionarios o las funcionarias requeridos están obligados a concurrir ante las respectivas Comisiones, cuando sean citados.

Asimismo, cualquier Comisión Permanente o de Investigación podrá emplazar a toda persona, natural o al representante legal de una persona jurídica, para que rinda declaraciones verbales o escritas, que podrán exigirse bajo juramento, sobre hechos relacionados directamente con las indagaciones que la Comisión adelante.

La Comisión podrá ordenar la conducción ante ella de los citados a comparecer o a rendir declaraciones que, de forma reiterada, no comparezcan a la citación.

Igualmente, la Comisión podrá denunciar dicha conducta ante las autoridades correspondientes, para la determinación de las responsabilidades penales. (Resalta y Subraya el Pleno)"

76. Sobre el particular, al igual que ocurrió con las anotadas reformas al artículo en mención, fue la Comisión de Credenciales quien propone, a través del Proyecto N°507, una nueva modificación, raíz de las reformas constitucionales del 2004, que endurecería las medidas de control para quienes rehusaran acudir a la citación objeto del presente debate, pasando de poner en desacato al servidor público, persona natural o representante legal de empresas privadas, a ordenar su conducción.

77. En la exposición de motivos del referido Proyecto de Ley 507, se observa la intención del legislativo para modificar el artículo, incluyendo la conducción del individuo renuente, de la siguiente manera (f.159, reverso del expediente):

"De modo semejante, con la eliminación del numeral 1 del artículo 33 de la Constitución Política, numeral que permitía la aplicación de sanciones sin juicio previo en los casos de irrespeto en el ejercicio del cargo, se modifica el artículo 74 del Reglamento Interno que permitían a las Comisiones Permanentes, la sanción a quienes no comparecieran a rendir declaraciones. En su lugar, se establecen nuevas disposiciones que, respetando la Constitución, fortalecen mecanismo de fiscalización de la Asamblea Nacional."

78. De allí que, la redacción inicial de la propuesta de modificación del párrafo que se analiza era la siguiente:

"... La Comisión podrá ordenar a la fuerza pública la conducción ante la Comisión de aquellos citados a comparecer o rendir declaraciones, que no lo hagan oportunamente, igualmente, la Comisión podrá denunciar dicha conducta ante las autoridades correspondientes, para la determinación de las responsabilidades penales." (Subraya el Pleno).

79. Se desprenden del Acta N°8 de la sesión Ordinaria de la Comisión de Credenciales, Justicia Interior, Reglamento y Asuntos Judiciales efectuada el día 19 de mayo de 2009 (Primer Debate), intervenciones de algunos Diputados, sobre el particular, donde manifestaron lo siguiente:

"HD. ARTURO ARAUZ, COMISIONADO. Señor Presidente, en el artículo 7, precisamente, en el último párrafo, aparece lo siguiente: "... La Comisión podrá ordenar a la fuerza pública la conducción ante la Comisión de aquellos citados a comparecer o a rendir declaraciones, que no lo hagan oportunamente. Igualmente, la Comisión podrá denunciar dicha conducta ante las autoridades correspondientes, para la determinación de las responsabilidades penales" ...

... Me refiero a la frase que dice "podrá ordenar a la fuerza pública la la conducción?"

DOCTOR SALVADOR SANCHEZ, DIRECTOR NACIONAL DE ASESORIA LEGISLATIVA. Le explico. Es una facultad extraordinaria de cualquier parlamento. La conducción será oara obligar a las personas a que comparezcan a declarar y como autoridad, debe poseer una herramienta posible para garantizar que esas personas que no ocurran. puedan ser convocadas.

HD. ARTURO ARAUZ, COMISIONADO. Pero, eso se puede prestar para muchas cosas, especialmente en política.

DOCTOR SALVADOR SANCHEZ, DIRECTOR NACIONAL DE ASESORIA LEGISLATIVA. Actualmente, como le menciono solo hay la facultad de sancionar.

HD. ARTURO ARAUZ, COMISIONADO. ¿cuáles son los elementos para ordenar la conducción?

LICENCIADO AGAPITO GONZALEZ. DIRECCION NACIONAL DE ASESORIA LEGISLATIVA. Es que solo se refiere traerlos a declarar.

HD. ARTURO ARAUZ, COMISIONADO. Es que esa facultad es peligrosa a estas alturas, ya que eso es como una ordenanza. **PRESIDENTE a.i.** No entiendo, cual es el objetivo, porque la conducción es la consecuencia del desacato u ordenanza consecutiva de rehuir, Hay algún nivel que se le tramita a la Asamblea Nacional, porque ella lo está haciendo a través de ésta Comisión y, en realidad, cuando la Comisión cita es porque el pleno la faculta.

Entonces, dejarlo a expresión, liberalmente, es permitir lo que ha ocurrido en reiteradas ocasiones, que hay muchos funcionarios que se burlan de las citaciones de la Asamblea Nacional, por un lado, y, por el otro, que permite que hagan "transmisiones" jurídicas como la que hicieron en la Corte Suprema de Justicia con unos precedentes que existen, para burlar la citación de la Asamblea Nacional, cuando el magistrado Arturo Hoyos no asistió y presentó un recurso de reconsideración.

Eso disminuye, en gran medida, la facultad que tiene la Asamblea Nacional, porque una de las reformas constitucionales, precisamente, en donde se le concede a los integrantes de la Asamblea Nacional la condición de diputados, no es semántica sino, es en base a que no solamente se legisla, por lo contrario, también se fiscaliza, y esa fiscalización debe tener un nivel de capacidad de poder realizarlo.

SECRETARIO. Cae en desacato.

HDS. MARUJA MORENO, COMISIONADA. Pero, si estas negando el voto de censura, podría ser que es posición presente al Pleno la petición del voto de censura por ese desacato.

PRESIDENTE a.i. Es como un auxilio para poder hacer efectiva la citación.

80. De esa forma se continúa con la discusión, a través de la cual ocurren otros señalamientos de relevancia de la siguiente manera:

"HD. ARTURO , ARAUZ, COMISIONADO. Señor presidente, insisto en que hay que adecuar esta parte del artículo 7, que dice lo siguiente: ... "la Comisión, podrá ordenar a la Fuerza Publica la conducción ante la Comisión de aquellos citados a comparecer o a rendir declaraciones, que no la hagan oportunamente ... "

PRESIDENTE a.i. Eso tiene que cumplirse. Quizá, aquí se podría ampliar para que quede más explícito, porque eso tiene que cumplirse, previamente, con una serie de pasos que lo demuestren, porque no sería, abiertamente, para tratar de disuadir a la persona.

HD. JOSÉ B. BARUCO, COMISIONADO. Eso es lo que mencionaba el licenciado. Cuando vemos que ya ha habido un precedente de esta serie de avisos y, se lo digo porque en la Comisión de Salud, cualquier cantidad de funcionarios citados no acuden. Colega, con mucho respeto, no podemos tratar de quitar esa parte del artículo porque por medio de él, imponemos respeto a una Comisión y que ha sido facultado por el pleno de la Asamblea para tratar determinado problema, por tanto, mi opinión es que no se elimine y que quede como está.

PRESIDENTE a.i. Como dije antes, se puede aclarar el punto sobre la "renuencia", pero el objetivo es ese, porque si podemos juzgar a un magistrado o a un presidente y separarlos del cargo, entonces porque no podemos citar a un funcionario y que éste, alegremente, no concurra, y cuando ocurre esto, no es porque no se le avisó, ni porque llego tarde, sino porque no quiere venir y ya ha habido precedentes, como lo dijo el diputado Baruca, de funcionarios que se han valido de maromas jurídicas para no comparecer.

SECRETARIO. Me parece que las citaciones son por escrito, la primera vez y la segunda, porque la tercera lleva a una conducción por desacato. **HD ARTURO ARAUZ, COMISIONADO.** Pero la expresión "fuerza pública" ...

HDS MARUJA MORENO, COMISIONADA. Hay que aclarar que es por renuencia.

HD. JOSE B. BARUCO, COMISIONADO. Señor Presidente, recuerdo cuando aprobamos la Ley de Jurisdicción Coactiva, precisamente, se fundamentaba el hecho al incumplimiento de muchos locales comerciales respecto al Código Sanitario. Cuando el Ministro de Salud presenta el cierre de algún local comercial es porque no ha cumplido con alguna medida sanitaria. Entonces, qué tiene que hacer, recurrir a la fuerza pública para hacerlo cumplir.

PRESIDENTE, a.i. Hay leyes que son preventivas y otras leyes respectivas y, ésta en realidad, es una preventiva, porque cuando consignas eso en la ley, nadie espera la conducción, pero cuando no lo haces, la gente se ríe porque no hay sanción. Dentro de la práctica como abogado, y el colega Blandón lo ha vivido, que en un caso cuando llega la conducción la gente le da largas.

HD. JOSE B. BARUCO, COMISIONADO. Es cierto la gente le da vueltas al asunto, hasta llegar a la primera, la segunda, pero a la tercera, no espera la conducción, la gente juega con eso y se trata del incumplimiento, no es una medida reflexiva en la que se agarre a la persona y se le lleva, porque sería un abuso.

PRESIDENTE, a.i. Como mencioné antes, la gente juega con la cadena, aquí ha habido muchas quejas en reiteradas ocasiones, es muy relativo porque si estás en el gobierno o en la oposición, igual los funcionarios no cumplen.

HD ARTURO ARAUZ, COMISIONADO. Señor Presidente, que pasaría si se deja en punto y aparte este párrafo

81. Se hace relevante prestarle especial atención a lo que a continuación se señala, en cuanto a que dichas citaciones se harían en el marco de las funciones judiciales de la Asamblea Nacional.
82. Veamos:

PRESIDENTE a.i. No, porque tenemos funciones jurisdiccionales y no podemos delegarlas.

HD ARTURO ARAUZ, COMISIONADO. ¡La Fuerza Pública!

PRESIDENTE a.i. Ningún juez, corregidor, ni siquiera un magistrado, tiene mayores facultades jurisdiccionales que la Asamblea Nacional en su función y no podemos delegar eso.

HDS. MARUJA MORENO, COMISIONADA. Pero, ¿esto nada más es para funciones judiciales?

PRESIDENTE. Si claro, solamente hablando de las facultades que tenemos nosotros.

...

Eso es para las funciones judiciales. Lo que estamos hablando de que la Asamblea Nacional tiene tres funciones: administrativa, legislativa y judicial.

....

DOCTOR SALVADOR SANCHEZ, DIRECTOR NACIONAL DE ASESORIA LEGISLATIVA. Si se mantiene la conducción por la Fuerza Pública que trasmite una imagen un poco represiva.

SECRETARIO. Entonces, eliminamos "Fuerza Pública"

...

DOCTOR SALVADOR SANCHEZ, DIRECTOR NACIONAL DE ASESORIA LEGISLATIVA . Pero una alternativa para adecuar este artículo, podría ser: "La Comisión podrá ordenar la conducción ante la Comisión de aquellos citados a comparecer o a rendir declaraciones que no comparezcan a las citaciones. **PRESIDENTE a.i.** Esa es una buena alternativa.

DOCTOR SALVADOR SANCHEZ, DIRECTOR NACIONAL DE ASESORIA LEGISLATIVA. Así se elimina el elemento Fuerza Pública y se le adiciona reiteración.
PRESIDENTE a.i. Me parece, Continuamos.

83. Repasado lo anterior y tomando en cuenta que la Constitución Política constituye el cuerpo jurídico que configura, sustenta y sobre todo delimita la forma cómo ha de ejercerse el poder público y en la que se regulan los derechos fundamentales de todas las personas que integran el Estado, surge en este caso particular, responder la siguiente interrogante: ¿cuál fue el espíritu o sentido del poder constituyente por el cual delimitó, en la redacción del artículo 161 de la Constitución Política, las funciones administrativas que, taxativamente, puede ejercer la Asamblea Nacional? La interpretación y alcance que logra apreciar esta Superioridad, en cuanto al sentido literal del artículo 161 de nuestra Carta Magna, descansa bajo el compás de dos aspectos, a saber:

84. (a) Efectivamente, el constituyente le ofrece al Órgano Legislativo una serie de facultades sobre las que debe circunscribirse la aplicación de su poder en la esfera administrativa, limitándolo única y exclusivamente a ese ámbito de acción, sin que le sea posible, extensivamente, cualquiera otra potestad que se encuentre fuera de la literalidad de la norma.

85. (b) Entonces, es a partir de esa premisa que subyace la garantía y el reconocimiento al respeto de los derechos constitucionales de todos los habitantes de la República, (derecho a la libertad individual, por ejemplo), con respecto a ese poderío estatal; estableciendo, como ya se dijo, límites al marco de acción en sus facultades administrativas.

86. Dicho esto, surge nuevamente el siguiente cuestionamiento ¿Cuál de las premisas indicadas debe primar cuando aparece un desequilibrio o exceso en las limitaciones de un Poder del Estado, el legislativo, en este caso?

87. Esta Corte Constitucional ante la contextualización del escenario planteado, debe indiscutiblemente intervenir, ponderando los bienes jurídicos tutelados y sin lugar a dudas priorizando aquellos derechos fundamentales del conglomerado sobre el Poder del Estado; es decir, los derechos de todos los individuos de esta Nación, por encima del Poder de algún Órgano del Estado, en este caso, el Legislativo.

88. Dicho esto, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia concluye que, de una revisión literal del artículo 161 de la Constitución Política, que señala taxativamente cuáles son las funciones administrativas del Legislativo, efectivamente, como lo han expuesto los activadores constitucionales, a dicho recinto no le está atribuida la facultad precisa para citar y/o emplazar a particulares por medio de las distintas comisiones; el sentido de la norma, a juicio de esta Superioridad, no involucra una toma de decisión voluntaria por parte del requerido, sino más bien la obligatoriedad de acudir al llamado, porque de no hacerlo, existirá el castigo o sanción por parte de la propia Asamblea.

89. Por lo anterior, la citación y/o emplazamiento de particulares y/o representante legal de empresas privadas, a juicio de esta Corporación de Justicia, tal como se encuentra redactada la norma censurada, ciertamente resulta contraria al artículo 161 de la Constitución Política.

90. El segundo párrafo del artículo 49 de la Ley 49 de 4 de diciembre de 1984, objeto del presente debate constitucional, le otorga una potestad administrativa a la Asamblea Nacional, que si bien fue instituida en el artículo 120 numeral 7 de la Constitución Política de 1946, tal como se ha repasado, la misma fue abolida por el artículo 161 de la Constitución Política actual; por tanto, siendo que la fuerza normativa de la Constitución depende de que ésta cuente con un sistema de tutela o de garantías de protección que responda, de manera oportuna, contundente y enérgica ante los desbordamientos, incompetencias o vulneraciones del marco jurídico fijado por la misma, se debe concluir que, ciertamente, mantener vigente el referido párrafo segundo del artículo 49 que dicta el Reglamento Orgánico del Régimen Interno de la Asamblea sería validar funciones y/o facultades que el constituyente no le ha otorgado a la Asamblea Nacional.

91. Por todo lo anteriormente expuesto, para este Pleno resulta viable acceder a la declaratoria de inconstitucionalidad solicitada por los activadores constitucionales en cuanto al segundo párrafo del artículo

49 de la Ley 49 de 4 de diciembre de 1984, toda vez que, el referido aparte vulnera la literalidad y sentido del artículo 161 de la Constitución Política que otorga taxativamente las facultades administrativas de la Asamblea Nacional, no encontrándose ésta dentro/de dicho catálogo.

92. Se hace preciso aclarar que, nada impide a la Asamblea Nacional convidar voluntariamente, sin coerción ni apercibimiento, a cualquier ciudadano de esta Nación para que pueda aclarar, explicar, dilucidar, o ser la guía para el desarrollo de un proyecto de ley o una investigación o la fiscalización de algún miembro del Órgano Ejecutivo, pero no de forma vinculante, como viene redactado en el segundo párrafo del artículo censurado.

93. Dicho lo anterior, resta ocuparnos de otro aspecto que, esta Máxima Corporación de Justicia, no puede pasar por alto; situación, precisamente generada por la declaratoria de inconstitucional del segundo párrafo que se acaba de analizar.

94. Durante el repaso de la estudiada inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 49 de la Ley 49 de 4 de diciembre de 1984, el Pleno se percató de un aspecto que llama poderosamente su atención; y es que, el tercer párrafo del referido artículo 49 conecta de inmediato con una consecuencia, de haberse incumplido el primer y segundo párrafo del artículo 49, siendo ésta la orden de conducir al servidor público y/o persona natural o representante legal de empresas privadas o funcionarios que no acaten una citación ante el Legislativo en funciones administrativas.

95. Se hace preciso indicar que, a foja 62 del expediente constitucional acumulado, se aprecia durante el desarrollo de la demanda suscrita por el licenciado Roberto Díaz Ruiz el siguiente argumento:

"Incluso la norma en un abuso, establece que podrá ordenar hasta su conducción, para que comparezcan a rendir informes o declaraciones, sino(sic) comparecen en su momento."

96. Tomando en cuenta lo anterior, una Corte Constitucional no puede ni debe disminuirse o limitarse a la simple interpretación literal de lo censurado por el activador constitucional cuando resultan del análisis expuesto, elementos que; puestos en contexto, guardan íntima relación con lo censurado y que, del ser ignorado, la declaratoria de inconstitucionalidad de lo impugnado sería inepta y estéril; restringiéndose a constituir una efectividad parcial.

97. Veamos lo dicho en perspectiva. Al ser extinguido del catálogo constitucional el segundo párrafo del artículo 49 de la Ley 49 de 1984, como se ha concluido en el presente pronunciamiento, la referida norma se leería así:

"Artículo 49. Citación de funcionarios y emplazamiento a particulares. Para tratar asuntos de su competencia, las Comisiones Permanentes de la Asamblea Nacional, por mayoría de los miembros que las integran, podrán citar a su seno a cualquier Ministro o Ministra de Estado, Director o Directora General de entidad autónoma o semiautónoma y otros, de acuerdo con lo establecido en el artículo 161 de la Constitución Política de la República. Los funcionarios o las funcionarias requeridos están obligados a concurrir ante las respectivas Comisiones, cuando sean citados.

La Comisión podrá ordenar la conducción ante ella de los citados a comparecer o a rendir declaraciones que, de forma reiterada, no comparezcan a la citación. Igualmente, la Comisión podrá denunciar dicha conducta ante las autoridades correspondientes, para la determinación de las responsabilidades penales."

98. De lo anterior se aprecia, que la declaratoria de inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo en debate, causaría un remedio parcial a la realidad práctica de la norma, porque su consecuencia (conducción) seguiría vigente, como resultado de la desatención a la citación de ciertos funcionarios del Estado.

99. La "*Constitución Formal*" de un país, tal cual ha sido aprobada originariamente, creada por un poder en concreto como resultado del ejercicio de un poder político como lo es el poder constituyente originario, resulta, *prima facie*, incondicionado a ninguna situación de hecho ni de derecho. De allí surge

la premisa que explica que, en principio, las existencias de normas jurídicas de carácter legal deben, indiscutiblemente, estar ajustadas al ejercicio de ese poder político del Estado.

100. Por consiguiente, para que la Constitución sea entendida y aplicada en su condición de norma jurídica suprema, todas las Autoridades que ejercen un Poder del Estado han de tener presente que las competencias que les han sido atribuidas, han sido en función de los objetivos que se deja consignados en la Constitución, entre los que, el de mayor relevancia y significado es hacer efectivos los derechos fundamentales de los que integran la comunidad en la que descansa y se sustenta ese poder político del Estado.

101. En otras palabras, para que el poder de los Órganos del Estado goce de legitimidad y aceptación, deben ejercer sus funciones conforme, en su actuación, a lo previsto en la Constitución, porque para ello la misma preexiste. Y es que, la fuerza normativa de la Constitución depende, no sólo de la existencia del texto jurídico como tal, sino también de la suma de una serie de factores externos de una sociedad que se encuentra en constante movimiento.

102. Contextualizando lo dicho hasta aquí y tomando en cuenta que nuestra Constitución Política no contiene todas las normas que abarcan o abordan todos los aspectos de esa sociedad cambiante, surge la necesidad, en este caso específico, que impere un dinamismo interpretativo de esta Corte, a través del cual se deben ponderar todos los bienes jurídicos tutelados involucrados en el caso concreto; dinamismo conocido por algunos como la corriente filosófica activista (en contraposición a la filosofía garantista, que implica el apego al Principio de Estricta Legalidad)³.

103. En esa actividad de ponderación, en la presente causa, no puede esta Superioridad, frente a una ostensible vulneración de la Constitución Política, aun cuando tímidamente fue expuesta por uno de los actores constitucionales, ignorar el análisis del tercer párrafo del precitado artículo censurado, porque sería desconocer el deber al que está llamado esta Corte en cuanto a la defensa de la integridad de la Constitución Política, así como la protección y garantía de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos y habitantes de esta Nación.

104. Ahora bien, de ningún modo debe entenderse que, esta Superioridad a través del presente pronunciamiento, se está matriculando en una u otra corriente filosófica (activismo o garantismo), sino que, la casuística generada en la presente acción conduce a la necesidad de deliberar si el tercer párrafo del artículo 49 de la Ley 49 de 1984 se encuentra en armonía con la normativa constitucional, con una dinámica activista sin dejar de lado, claro está, la observancia de las leyes y normas que imperan en nuestra República.

105. Y es que no nos encontramos frente a una figura innovadora porque, excepcionalmente, el Pleno ha adoptado un alcance extensivo, en cuanto a la posibilidad de ampliar la declaratoria de inconstitucionalidad, aplicando el concepto de la infracción a otras normas o parte de la redacción de la norma, aun cuando no fue la destinataria de la argumentación de censura, pero que evidencia una colisión con la Constitución Política. De allí que, desempeñándose como guardiana de la integridad constitucional, ante lo palpable de su violación, no advertida en ese punto, no queda otra cosa que conectar el reproche al texto exento de impugnación.

106. Ello no constituye una quiebra del principio de congruencia entre lo pedido y lo concedido, sino una técnica de control constitucional que nuestro sistema de justicia ha adoptado (inconstitucionalidad por conexidad), con el propósito de suprimir cualquier acto o norma perniciosos para los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política; derechos que, no deben ser ornamentales sino aplicados como norma jurídica suprema a través de la cual, todos los poderes del Estado, como ya hemos anotado, deben comprender que las competencias que se le han atribuido son en función de los objetivos establecidos en la Constitución.

³ Temas procesales conflictivos 6, Estructuras básicas de los discursos garantista y activista del derecho procesal, Fermín Canteros.

107. Al respecto, el actual Magistrado de esta Máxima Corporación, Cecilio Antonio Cedalise Riquelme, en su obra denominada "El Juicio Inconstitucional, como mecanismo de control de normas y medios de defensa de los derechos fundamentales"⁴, ha indicado:

"Así las cosas, me inclino por la corriente que considera ampliar en ciertas circunstancias, la declaratoria de inconstitucionalidad a otras disposiciones legales aun cuando no hayan sido acusadas de violar la Constitución, debido a que esta acción tiene la finalidad de garantizar la supremacía constitucional primordialmente dentro de un proceso valorativo, donde el juez o tribunal no está sometido a la estricta congruencia, ya que puede ejercitar sus poderes oficiosos y, además aplicar los principios de *extra y ultra petita*."

108. Esta Máxima Corporación de Justicia se ha pronunciado en diversas ocasiones, a través de las cuales se ha declarado inconstitucional incluso una Ley completa, a pesar que, lo petitionado por el actor resultaba ser solamente un artículo de dicha excerta legal. Así, mediante Fallo de fecha 11 de agosto de 2014, que decide una Acción de Inconstitucionalidad propuesta contra el Artículo 1 del párrafo 1 y el artículo 14 de la Ley 24 de fecha 8 de abril de 2013, que crea la Autoridad Nacional de Ingresos Públicos, el Pleno resolvió lo siguiente:

"Demostrada la inconstitucionalidad de la referida autoridad, debemos expresar que si bien en Panamá no está establecida la inconstitucionalidad por conexión o por consecuencia, y así lo ha señalado la jurisprudencia de este Pleno, observa el Tribunal que la explicación de violación constitucional que se da para las normas denunciadas de inconstitucionales opera o abarca de igual forma para el resto del cuerpo normativo de la Ley No.24 de 8 de abril de 2013, que tratan sobre las funciones, estructura orgánica, régimen económico y financiero, recurso humano y, disposiciones de la Autoridad Nacional de Ingresos, pues es el mismo sustento con que el resto de las normas podrían declararse contrarias a la Constitución, y si observamos cuidadosamente la parte final de la demanda presentada, en ella se pide la inconstitucionalidad de toda la Ley No.24 de 8 de abril de 2013, a pesar de que primeramente se señala la de sólo dos artículos, por lo cual no existe impedimento ni violación al principio de congruencia, para que este Tribunal Constitucional proceda a declarar la inconstitucionalidad de la ley en su todo .

... En consecuencia y en virtud de lo indicado, el Pleno de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA INCONSTITUCIONAL la Ley No.24 de 8 de abril de 2013, que crea la Autoridad Nacional de los Ingresos Públicos, con lo cual recupera vigencia el Decreto de Gabinete 109 de 7 de mayo de 1970, y sus modificaciones."

109. De igual forma, a través del Fallo de fecha 30 de noviembre de 1995, esta Superioridad, resuelve una Acción de Inconstitucionalidad a través de la cual se declara inconstitucional todo el Reglamento Interno de Personal de Ministerio de Salud, cuando lo solicitado por el actor constituía ciertos artículos de él.

110. Veamos:

"La lectura del acto demandado permite comprobar que el instrumento jurídico de marras (Resuelto 767 de 1° de junio de 1970), se encarga de reglamentar, en abstracto, los "deberes y derechos del personal administrativo al servicio del Ministerio de Salud y Caja de Seguro Social y establece las normas para desarrollar las acciones de personal" (art. 1).

La revisión de los títulos de dicho "Reglamento Interno" permite comprobar este aserto. Por ejemplo, en su Título II se ocupa de los "DERECHOS DEBERES Y PROHIBICIONES" de los funcionarios administrativos del Ministerio de Salud y la Caja de Seguro Social, mientras que el Título III se refiere a las "ACCIONES DE PERSONAL" (nombramientos, vacaciones,

⁴ El Juicio Inconstitucional, como mecanismo de control de normas y medios de defensa de los derechos fundamentales Editorial Portobelo, Biblioteca de Autores Panameños pg. 53

traslados, remuneración, tiempo extraordinario de trabajo, separación del cargo, renuncia, destitución, licencias, evaluación, régimen disciplinario, etc.).

Se aprecia, con toda claridad, que el acto que se demanda es un resuelto sui generis, porque, a pesar del ámbito restringido que le está asignado en virtud de la naturaleza jurídica del acto, su contenido es general o abstracto.

Salta a la vista que la función normativa que le ha sido atribuida lo coloca en franca contradicción con el inciso primero del artículo 297 de la Carta Fundamental, que exige que esa materia sea determinada por la ley o, en virtud de interpretación conforme con la Constitución, mediante Decreto Ejecutivo firmado por el Presidente de la República y el ministro de salud, en ejercicio de la potestad reglamentaria discrecional que engendra reglamentos autónomos o independientes (Cfr. Sentencia de Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 4 de junio de 1992). Como se afirma en la Vista de la Procuraduría General, la vulneración de la norma constitucional emerge de manera clara, toda vez que no es posible que un simple resuelto, empleado en la práctica ordinaria para el trámite y resolución de asuntos administrativos de carácter individualizado, sea utilizado, como en este caso, para desarrollar o ejecutar directamente normas constitucionales, tarea que corresponde, fundamentalmente, a la ley formal y, por vía de excepción, a los Decretos Reglamentarios Autónomos, en el evento de que no exista regulación de carácter legal.

Como quiera que se está en presencia de un caso en el que la vulneración de la Ley Fundamental se produce por defectos de forma del acto atacado, en el que rige el principio dispositivo de manera atenuada, lo que se produce, entonces, es la inconstitucionalidad de todo el acto acusado. Por otra parte, porque se trata del control de la constitucionalidad de un acto de carácter general o abstracto, la sentencia estimatoria constitutiva que decide esta causa tiene efectos abrogativos y erga omnes hacia el futuro, razón por la cual todas las consecuencias jurídicas producidas hasta ahora con la aplicación del acto acusado conservan su eficacia.

Por las razones anteriores, la CORTE SUPREMA, PLENO, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECLARA QUE ES INCONSTITUCIONAL, en su totalidad, el Reglamento Interno de Personal de Ministerio de Salud aprobado mediante Resuelto 767 de 1º de junio de 1970, por cuanto viola el artículo 297 de la Constitución vigente."

112. Todo lo anterior cobra sentido en el caso que nos ocupa porque, tal como viene redactada de forma integral la norma censurada y de la lectura de las actas de debate ya anotadas, el espíritu o la intención legislativa, acerca de este tema, resulta ser más profundo. Y es que, dicho emplazamiento a particulares y/o empresas privadas, mantiene un carácter de obligatoriedad y no de forma voluntaria, tal como ya se ha explicado, cuando se analiza el tercer párrafo de la precitada norma, que incluye la figura de la conducción.

113. Sobre este aspecto, surge la siguiente interrogante *¿Puede la Asamblea Nacional, en base a sus facultades constitucionales relacionadas con sus funciones administrativas y legislativas, ordenar la conducción de cualquier persona?*

114. En la presente causa, efectivamente, esta Superioridad se ha percatado que, si la Asamblea Nacional no está facultada para citar y/o emplazar a particulares o empresas privadas menos aún se encuentra en potestad de "conducirlos" como "consecuencia" de la renuencia a dicha comparecencia; incluyendo a servidores públicos o funcionarios de otros Órganos y/o entidades del Estado.

115. El tercer párrafo del artículo 49 censurado establece lo siguiente *"La Comisión podrá ordenar la conducción ante ella de los citados a comparecer o a rendir declaraciones que, de forma reiterada, no comparezcan a la citación. Igualmente, la Comisión podrá denunciar dicha conducta ante las autoridades correspondientes, para la determinación de las responsabilidades penales"*.

116. Con respecto a ello, se hace preciso, ahora, identificar *¿en qué consiste la figura de la conducción u orden de conducción y para qué casos específicos está creada en nuestra República?*

117. Esta figura, también conocida como orden de comparecencia u orden de traslado en el derecho comparado, se refiere a un trámite por medio del cual un tribunal, una agencia de instrucción u otra

autoridad competente, le ordena a la Policía Nacional que le traiga a una persona a su presencia, durante horas laborables, a fin de que participe de algún acto procesal, como puede ser una indagatoria, declaración jurada, un peritaje o algún evento similar. Es una figura jurídica, en esencia, propia de los procesos de tipo penal y algunos otros donde media la figura jurisdiccional; es decir, un Juez o Tribunal competente.

118. Lo que se busca, principalmente, es que, ante la renuencia de una persona a acudir a la práctica de una diligencia judicial a la cual ha sido llamada, pueda de forma coercitiva traérseles a través de la fuerza pública (Policía Nacional). De allí que, diversos cuerpos normativos en nuestro país hayan adoptado dicha figura, sobre la base de la naturaleza de los asuntos tratados en dichas competencias.

119. Así pues, el artículo 235 del Código Procesal Penal, dentro de la jurisdicción penal, señala lo siguiente:

"El Ministerio Público podrá ordenar que una persona sea aprehendida cuando existen elementos de convicción suficientes para sostener razonadamente que es autora o participe de un delito y cuando la investigación así lo amerite

De igual forma, se podrá conducir de manera excepcional a cualquier persona cuando la investigación requiera de su presencia en el Ministerio Público."

120. Así también, en el artículo 10 del Decreto Ejecutivo 205 de fecha 28 de agosto de 2018, en la sección 2da (Invitación y Citación al Proceso), faculta a los Jueces de Paz utilizar la conducción cuando haya renuencia en el sujeto citado de la siguiente manera:

"Artículo 10: En los casos de controversias solicitadas por las partes, el juez invitara a la contraparte al proceso. En los asuntos de oficio y en pensiones de alimentos el juez citará a las partes involucradas directamente. En caso de renuencia de la contraparte a atender la invitación, el juez procederá a la citación mediante nota formal de citación, de acuerdo a lo previsto en el párrafo final del artículo 33 de la Ley 16 de 17 de junio de 2016.

En el caso de renuencia de Ja contraparte a atender Ja citación, el juez podrá ordenar una boleta de conducción. En ambos casos, el juez podrá solicitar Ja colaboración de un agente de Ja Policía Nacional. "

121. Similar escenario se presenta en la jurisdicción de familia, específicamente, en los artículos 34 y 35 de la Ley 42 de 1999, modificados por los artículos 16 y 17 de la Ley 45 de 14 de octubre de 2016, que contiene la Ley General de Pensión Alimenticia en nuestro país.

122. De igual forma, el artículo 2154 del Código Judicial, utilizado en aquellas causas penales amparadas aun por el Sistema Inquisitivo, establece lo siguiente: "Si el delito por el cual se procede tiene señalada únicamente sanción de días multa, el funcionario de instrucción librará una orden de comparendo al imputado, siempre que sea necesario para practicar alguna diligencia relativa al sumario, debiéndolo hacer conducir preso, si no se presentare en el día, la hora y el lugar que se le hubiere señalado, ...".

123. Vemos, pues, que a ciertas Autoridades Jurisdiccionales se les ha otorgado explícitamente la potestad para conducir a una persona que se rehúse a acudir a una o varias citaciones; sin embargo, no a la Asamblea Nacional, en el ejercicio de sus facultades administrativas, tal como ya se ha revisado del contenido del artículo 161 de la Constitución Política; por tanto, no resulta viable la aplicación de dicha medida, aunque sea temporal, de restricción de libertad, de forma amplia, como viene expuesta en el párrafo referido; con lo cual se continuaría causando un desbordamiento evidente de las facultades taxativas conferidas a dicho Órgano del Estado.

124. El razonamiento jurídico que implica la competencia de la figura jurídica de la "conducción" para que sea decidida y ejecutada por ciertas Autoridades, en sus funciones Jurisdiccionales, como se ha anotado en párrafos anteriores, descansa precisamente en el Principio de Separación de los Poderes del Estado establecido en el artículo 2 de nuestra Carta Magna que indica lo siguiente: "El Poder Público sólo emana del pueblo. Lo ejerce el Estado conforme esta Constitución lo establece/ por medio de los Órganos Legislativo/ Ejecutivo y Judicial, los cuales actúan limitada v separadamente, pero en armónica colaboración".

125. El precitado artículo, que establece la separación de las funciones de los tres Órganos del Estado, precisamente existe para que, cada Órgano de forma separada ejerza una función específica e independiente. Por tanto, debe entenderse que, la Asamblea Nacional no está facultada para realizar conducciones a los servidores públicos y mucho menos a particulares o representantes legales de empresas privadas, por asuntos relacionados con sus funciones administrativas o legislativas.

126. Lo anterior tiene su sustento, entre otras cosas, con base en el mandato constitucional desarrollado en el artículo 21 de la Constitución Política que indica lo siguiente "Nadie puede ser privado de su libertad, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, expedido de acuerdo con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la Ley ... Nadie puede estar detenido por más de veinticuatro horas sin ser puesto a órdenes de la autoridad competente. Los servidores públicos que violen este precepto tienen como sanción la pérdida del empleo, sin perjuicio de las penas que para el efecto establezca la Ley. ... "

127. Es de trascendencia lo anterior, porque se trata de la libertad corporál de .. un ser humano, uno de los pilares de nuestro sistema democrático; por ello, debe atenderse, con sumo cuidado este aspecto, tanto respecto a servidores públicos (Ministro, Ministra, Director o Directora General de entidad autónoma o semiautónoma), como respecto a personas naturales o representante legal de una persona jurídica.

128. Veamos, por ejemplo, la citación que la Asamblea Nacional le hace a un servidor público (Ministro de Estado). En el evento que el mismo incumple con la asistencia por dicho requerimiento, se pudiera entender que ha incurrido en una falta o incumplimiento de sus deberes y responsabilidades lo cual, a juicio de esta Superioridad, es viable atender por conducto de la figura constitucional denominada "voto de censura", de acuerdo al artículo 161 numeral 7 de nuestra Carta Magna, que puede dar paso a una acción penal por omisión en el deber de sus funciones.

129. Vemos, pues, existe una consecuencia para la inasistencia o resistencia a acudir a determinada citación por parte del servidor público. Resultaría en una evidente dualidad el hecho de que ya exista el mencionado efecto y que, por otro lado, también exista una sanción que implique la conducción del servidor público por inasistencia o incumplimiento de su deber.

130. Si lo anterior deviene en contradictorio, aún más el hecho de que a un particular, que sea citado (lo cual ya se ha anotado resulta contrario a la Constitución Política vigente), se le conduzca coercitivamente a un recinto, en el cual no se le está investigando ni sancionando; facultades que le competen a otro Órgano del Estado.

131. Esta Corporación de Justicia, en reiterados Fallos, al referirse a la orden de conducción, ha identificado que se trata de una real y cierta restricción de la libertad del individuo. Mediante Fallo de fecha 31 de marzo de 2016, se ha señalado lo siguiente:

"De acuerdo con lo expuesto por el activador, la iniciativa constitucional que nos ocupa, se dirige contra una orden de conducción emitida por la Fiscalía Especializada contra la Delincuencia Organizada contra el señor José Luis Cornejo Ricaurte, y su objetivo es evitar que éste pueda ser conducido, por razón de un delito de pandillerismo al que no se encuentra vinculado.

Sobre lo anotado es importante recordar, que la jurisprudencia reiterada de esta Alta Corporación de Justicia. ha sido enfática en señalar. que las órdenes de conducción, al igual que las órdenes de detención preventiva, constituyen limitaciones a la libertad corporal, por lo que igualmente son revisables por la Autoridad competente, mediante acciones de Habeas Corpus, a fin de determinar si las mismas fueron adoptadas cumpliendo con los requisitos y formas establecidas en el ordenamiento jurídico.

En atención a lo indicado el Pleno observa, que nos encontramos ante una Acción de Habeas Corpus de tipo preventivo, el cual tiene por objeto, evitar que la persona sea detenida o conducida mediante una orden abusiva o ilegal que haya sido proferida en su contra. En estos casos, la detención o conducción aún no se ha llevado a cabo, pero existe una real y cierta

amenaza de que ello se produzca, al haberse proferido una orden con esa finalidad y ésta se considera arbitraria."⁵ (Subraya el Pleno)

132. Resulta trascendente aclarar que, conforme a una interpretación integral y conforme a la Constitución Política, se debe tomar nota que, sólo en casos de funciones judiciales que realice la Asamblea Nacional sería viable la utilización de la conducción.

133. En suma, no es inconstitucional la actividad de citar a servidores públicos, incluyendo a Ministro o Ministra de Estado o Director o Directora General de entidad autónoma o semiautónoma y otros, pero sí lo es citar o emplazar a particulares y representantes legales de empresas privadas respecto de actividades relacionadas con la función administrativa y legislativa.

134. Por Conexidad, también es contrario a la Constitución Política conducirlos por orden de la propia Asamblea Nacional, en caso de no asistir, salvo que se trate de sus funciones judiciales.

135. Por tanto, se declararán inconstitucionales el segundo y el tercer párrafo del artículo 49 de la Ley 49 de 4 de diciembre de 1984, como consecuencia, porque ambos resultan contrarios al artículo 161 de la Constitución Política; es por ello que, ambos párrafos deben ser extinguidos del catálogo del derecho positivo nacional.

136. En mérito de lo antes expuesto, **el Pleno de la Corte Suprema de Justicia**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **DECLARA** lo siguiente:

137. **1. QUE ES INCONSTITUCIONAL** el "*segundo párrafo del artículo 49 de la Ley 49 de 4 de diciembre de 1984*", por medio de la cual se dicta el Reglamento Orgánico del Régimen Interno de la Asamblea Legislativa.

138. **2. QUE ES INCONSTITUCIONAL** el "*tercer párrafo del artículo 49 de la Ley 49 de 4 de diciembre de 1984*", por medio de la cual se dicta el Reglamento Orgánico del Régimen Interno de la Asamblea Legislativa.

139. Notifíquese y Publíquese en Gaceta Oficial.

OLMEDO ARROCHA OSORIO, MAGISTRADO (Fdo.)

JOSÉ E. AYÚ PRADO CANALS, MAGISTRADO (Fdo.) CON SALVAMENTO DE VOTO

CECILIO CEDALISE RIQUELME, MAGISTRADO (Fdo.)

MARÍA CRISTINA CHEN STANZIOLA, MAGISTRADA (Fdo.)

MIRIAM CHENG ROSAS, MAGISTRADA (Fdo.)

MARIBEL CORNEJO BATISTA, MAGISTRADA (Fdo.) CON VOTO CONCURRENTE

MARÍA EUGENIA LÓPEZ ARIAS, MAGISTRADA (Fdo.)

ANGELA RUSSO DE CEDEÑO, MAGISTRADA (Fdo.) CON SALVAMENTO DE VOTO

CARLOS ALBERTO VÁSQUEZ REYES, MAGISTRADO (Fdo.)

YANIXSA Y. YUEN, SECRETARIA GENERAL (Fdo.)

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO JOSÉ EDUARDO AYÚ PRADO CANALS

140. En atención a lo dispuesto en el artículo 115 del Código Judicial, y con mi acostumbrado apego a las normas legales, me permito externar los criterios que me hacen disentir de la decisión mayoritaria.

141. Lo planteado y decidido en esta acción de inconstitucionalidad, me lleva a reflexionar no solo respecto al punto de mi desacuerdo, sino sobre otros que se pueden afectar con lo fallado.

142. Primeramente, debo señalar que mi desacuerdo radica en la decisión del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, de analizar y pronunciarse respecto a la constitucionalidad del tercer párrafo del artículo 49 de la Ley 49 de 1984 y, con ello, respecto a algunas afirmaciones, planteamientos y conceptos que a mi juicio, no tienen un fundamento de hecho ni derecho contundente.

143. Considero que cuando se inicia un análisis de constitucionalidad, se debe tener claro el tipo de proceso que se atiende, su objeto, su naturaleza y sus límites. Así pues, siendo esta una acción de

⁵ Ver Fallo de fecha 17 de septiembre de 2018, Fallo de fecha 8 de marzo de 2018.

inconstitucionalidad, debemos remitirnos a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 206 de la Constitución Política.

144. En este se establece con claridad, que el objeto de la misma es la "guarda de la integridad de la Constitución"... a través de la determinación de "la constitucionalidad de las Leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos que ... **impugne ante ella cualquier persona**".

145. Lo resaltado no es importante, es vital para el debido ejercicio de la administración de justicia en materia de la acción de inconstitucionalidad. Esto es así, porque con la frase detallada se observa, que es la Constitución Política, la norma a la que todos estamos llamados a respetar, la que determina, delimita y obliga a que el conocimiento y decisión de esta acción esté supeditada a lo que el recurrente impugne, es decir, a lo que establece en el libelo. De ahí que no hay margen a dudas ni a interpretación respecto a cómo se debe manejar este proceso, y cuáles son los límites que tiene el Tribunal Constitucional para referirse y decidir lo que las partes le señalen.

146. De este claro mandato constitucional, nace mi desacuerdo con que se haya dictado la inconstitucional de algo no establecido claramente como pretensión, utilizándose para ello, conceptos y figuras cuyo alcance y efectos tampoco han sido discutidos de forma amplia, a fin de determinar por qué se debe cambiar el concepto y los límites de la acción de inconstitucionalidad panameña, a pesar que es por todos conocidos, que para este tipo de cambios se requiere de una disquisición que refleje la envergadura y sustento de lo que se discute.

147. Resulte de cuidado que una modificación y cambio de la estructura misma de la acción de inconstitucionalidad, establecida en la Constitución Política, venga dada sin un intercambio jurídico sobre los pros y contras de la modificación, y sin ponderar todos los criterios, incluso aquellos divergentes.

148. La decisión que nos ocupa, y contrario a lo que en ella se plantea, soslaya que el sistema de derecho panameño sí está matriculado con la corriente del garantismo judicial, porque un claro y desapasionado entendimiento de la estructura jurídica panameña, permite saber que al tenor de lo que dice la Constitución Política y los principios que rigen el derecho, la actuación del juez debe darse respetando cada uno de estos elementos jurídicos; es ese el comportamiento que las normas legales panameñas exigen del juez y, en ese sentido, también lo hace el garantismo judicial; concepto que debe aclararse, dado que en ocasiones, este Tribunal de Justicia ha aludido a dicho término como justificación de un actuar oficioso y subjetivo del juzgador, que es propio del activismo judicial y contrario al garantismo.

149. Siendo así, y con el objeto de aclarar dichas confusiones conceptuales, debo agregar lo siguiente: "...como movimiento filosófico que en definitiva es, lo que el ' garantismo pretende es el irrestricto respeto de la Constitución y de los Pactos internaciones que se encuentra en su mismo rango jurídico.

Los autores así enrolados no buscan a un juez comprometido con persona o cosa distinta de la Constitución, sino a un juez que se empeñe en respetar y hacer respetar a todo trance las garantías constitucionales.

Se colige de lo expuesto que el garantismo se muestra antagónico con el solidarismo judicial.

...

La voz garantista ...proviene del subtítulo que Luigi Ferrajoli puso a su magnífica obra Derecho y Razón y quiere significar que por encima de la ley con minúscula está siempre la Ley con mayúscula (la Constitución).

... el garantismo procesal no tolera alzamiento alguno contra la norma fundamental. ...; por el contrario, se contenta modestamente con que los jueces-insito en que comprometidos sólo con la ley-declaren la certeza de las relaciones jurídicas conflictivas otorgando un adecuado derecho de defensa a todos los interesados y resguardando la igualdad procesal con una clara imparcialidad funcional para, así, hacer plenamente efectiva de tutela legal de todos los derechos".⁶

⁶ Alvarado, A. (2011), La Garantía Constitucional del Proceso y El Activismo Judicial. ¿Qué es el Garantismo Procesal? P. 71-76, Bogotá, Colombia: Ediciones Nueva Jurídica.

150. Por lo indicado, es claro que el actuar del juzgador tanto en materia de inconstitucionalidad como en cualquier otra, debe ajustarse a los preceptos Constitucionales y a los límites legales vigentes sobre el particular. En consecuencia, las iniciativas destinadas a transformar la estructura jurídica no deben estar al margen de esta realidad, sino acompañadas del respeto a requisitos y reglas de derecho.

151. Lo anterior obliga a recordar, que el garantismo judicial implica un apego al respeto de las garantías fundamentales y a la Constitución Política, mientras que el activismo, dinamismo, solidarismo o decisionismo judicial, conlleva una actuación dinámica, oficiosa y proactiva del tribunal, que intenta identificar y establecer que es lo más justo.

152. Por otro lado, tampoco considero apropiado invocar el principio de universalidad constitucional o su planteamiento a la inversa, a fin de abrir una vía para justificar lo que se ha decretado. Ello es así, porque a mi juicio, este **principio lo que hace es transformar las razones y motivaciones jurídicas para fa decisión, a través de la valoración de otras normas constitucionales, más no la causa de pedir. Con el principio de universalidad constitucional, la pretensión se mantiene incólume, cosa que no ocurre con figuras como la inconstitucionalidad por conexión o las sentencias interpretativas, donde sí hay una transformación de la pretensión y, con ello, un desapego al principio de congruencia o de estricto derecho que es el que corresponde en materia constitucional.**

153. Adicional, me inquieta la referencia que se hace en esta decisión respecto a la casuística (que este fallo se haya adoptado considerando lo ocurrido en este caso), porque si bien el valorar la situación jurídica de cada caso en particular es parte de la dinámica del derecho, lo cierto es que en el que nos ocupa, se trata de un decisión con implicaciones sobre todo el sistema y estructura de la acción de inconstitucionalidad y donde reitero, no es producto de un intercambio amplio de opiniones y criterios, o en el que se hayan determinado pautas y límites a este tipo de proceder, a los efectos de la misma y al actuar subjetivo del juzgador para decidir distinto a lo pedido.

154. Debo reiterar entonces, mi criterio sobre el cuidado para afirmar categóricamente que en Panamá operan o deben aplicarse figuras como la inconstitucionalidad por conexión o sentencias interpretativas, no porque no existan o tengan un propósito jurídicamente válido, sino porque su implementación debe atender a algo más que a un caso en específico o a otros aislados.

155. Estas decisiones no pueden limitarse a un querer o aspiración de transformaciones, sino a algo más integral y profundo, donde no se olvide que la acción de inconstitucionalidad panameña, constituye un punto de referencia a nivel doctrinal por su particular apertura en cuanto a los tipos de actos que se pueden impugnar a través de ella. Esto no solo debe considerarse, sino analizarse en su justa medida, porque la introducción de estas figuras implica una mayor amplitud que podría desbordar cualquier principio o garantías tanto jurídico como de derechos fundamentales, e incluso sobre el manejo de la misma acción.

156. Además, debo agregar que en casos como el de las sentencias interpretativas, en muchos de los países donde se adopta, cuentan con una acción de inconstitucionalidad y una estructura constitucional distinta a la nuestra, donde existen Tribunales o Salas Constitucionales independientes para esta materia, y los jueces poseen una formación especial que les permite ponderar de forma estratégica, el hecho que a través de estas sentencias, el Tribunal de Justicia ejerce funciones legislativas que en el caso de Panamá, no se le están reconocidas en la Constitución y, por tanto, producirían choques con otros órganos del Estado. Esto sin soslayar, que con estas sentencias interpretativas, también se desconoce la pretensión del actor, al que no se le da traslado de lo que se pretende hacer, y en donde claramente no obtendría su **pretendido** análisis y decisión de constitucionalidad, sino el establecimiento del alcance y sentido de una norma, en razón de un actuar oficioso del juzgador.

157. Otro de los puntos sobre los que me ha hecho reflexionar este fallo, es el tema de la cosa juzgada y que si bien no es materia de esta decisión, si forma parte de aquellos aspectos que se ha ido transformando a través de estas acciones de inconstitucionalidad, sin mayores discusiones sobre el particular.

158. Así pues, es necesario recordar que la cosa juzgada constitucional, contrario a como se ha dado en distintas decisiones de este Tribunal, sólo debe aplicarse cuando la norma censurada haya desaparecido del mundo jurídico, y no cuando concurren circunstancias como el transcurrir del tiempo u otros aspectos

personales, puesto que en esta acción la discusión es de puro derecho, lo que implica un actuar más restringido del juzgado, y la imposibilidad de gestiones como la de practicar pruebas o similares.

159. A mi juicio, todas estas consideraciones han puesto de relieve la importancia del concepto de la pretensión. Este elemento fundamental del libelo y con ello del proceso, requiere de un tratamiento serio y apegado al hecho que es este el punto de partida y final de una debida decisión judicial. A su vez, se convierte e el aspecto central de mi discrepancia, dado que lo decidido respecto al tercer párrafo del artículo 49 de la Ley 49 de 1984, incide y transforma ese elemento de la demanda dispuesto en el numeral 5 del artículo 665 del Código Judicial, el que además apunta a que su desarrollo debe ser claro, puesto que señala que cuando se traten de varias pretensiones, éstas pueden presentarse en el mismo libelo pero de forma separada. Por tanto, al ser la pretensión una manifestación de voluntad, ella debe ser clara y taxativa, y no confusa u oculta, y así evitar que algunos juzgadores se vean impelidos a suponerla, rebuscarla o determinarla oficiosamente.

160. Finalmente, soy del criterio que la declaratoria de inconstitucionalidad del tercer párrafo del artículo 49 de la Ley 49 de 1984, no era fáctica ni jurídicamente necesaria. Esto es así, porque si lo atacado era que la Asamblea Nacional pudiera emplazar a particulares, lo cierto es que el tercer párrafo no hace referencia a estos de forma específica, lo que hace es hablar de forma general de la conducción de los citados, aspecto que en atención a la eliminación del segundo párrafo, sólo operaría para aquellos que establece el artículo 161 del Código Judicial.

161. Además, y si la pretensión de eliminar el tercer párrafo era el desacuerdo con el término conducción, lo cierto es que la declaratoria aquí dispuesta, no evalúa si para el caso de los funcionarios señalados en la Constitución Política, esta figura sí resulta jurídicamente procedente o, si la connotación que se le daría a dicho término, no es la que se tiene en materia penal.

162. En atención a este análisis, sustento mi desacuerdo con la decisión proferida por la mayoría plenaria, reiterando la necesidad de que estas decisiones (decretar la inconstitucionalidad de algo no pedido), sean consecuencia de una discusión profunda, donde incluso pudiera surgir un punto intermedio en el que por ejemplo, se pueda considerar que la norma no impugnada es ineficaz, inaplicable e incluso incompatible, tal y como señala el Código Civil; pero manteniendo su vigencia hasta tanto no sea decretada su derogación o inconstitucionalidad a través de una pretensión destinada para dichos efectos.

163. En razón de estas consideraciones que no son de la aprobación mayoritaria, sustento mi **SALVAMENTO DE VOTO** a la decisión proferida.

164. Fecha ut supra.

MAG. JOSÉ EDUARDO AYÚ PRADO CANALS (Fdo.)

LICDA. YANIXSA Y. YUEN, SECRETARIA GENERAL (Fdo.)

VOTO CONCURRENTE MAGISTRADA MARIBEL CORNEJO BATISTA

165. Con el debido respeto, debo manifestar que comparto la decisión que se adopta en la sentencia consistente en declarar que son **INCONSTITUCIONALES** los párrafos segundo y tercero del artículo 49 de la ley No49 de 4 de diciembre de 1984, pero considero que debió suprimirse el primer párrafo de la página 28 del fallo cuyo texto es el siguiente:

"Se hace preciso aclarar que, nada impide a la Asamblea Nacional convidar voluntariamente, sin coerción ni apercibimiento, a cualquier ciudadano de esta Nación para que pueda aclarar, explicar, dilucidar, o ser la guía para el desarrollo de un proyecto de ley o una investigación o la fiscalización de algún miembro del Órgano Ejecutivo, pero no de forma vinculante, como viene redactado en el segundo párrafo del artículo censurado".

166. Ello por cuanto no corresponde al Pleno sugerir qué puede o no puede hacer la Asamblea Nacional, compuesta por servidores públicos sometidos a la legalidad de sus actuaciones (artículo 18 de la Carta Magna), luego de declararse inconstitucional la facultad para hacer comparecer personas con motivo de las funciones que desempeñan las comisiones permanentes o de investigación (artículo 161.6).

167. Con fundamento en lo anterior, emito el presente **VOTO CONCURRENTE**.

168. Fecha *ut supra*.

MARIBEL CORNEJO BATISTA (Fdo.)

YANIXSA Y. YUEN C., SECRETARIA GENERAL (Fdo.)

SALVAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA ANGELA RUSSO DE CEDEÑO

169. De la manera más respetuosa, debo manifestar que disiento de la opinión de la mayoría del Pleno, vertida en la presente resolución, en lo que respecta a que:

“ ...

2. QUE ES INCONSTITUCIONAL el *"tercer párrafo del artículo 49 de la Ley 49 de 4 de diciembre de 1984"*, por medio del cual se dicta el Reglamento Orgánico del Régimen Interno de la Asamblea Legislativa".

170. Mi desacuerdo con la decisión adoptada, radica en que se está declarando inconstitucional el párrafo que antecede, sin embargo, soy del criterio que sobre este no cabía la declaratoria de inconstitucionalidad, pues el contenido del tercer párrafo de la Ley 49 de 1984, no mantiene una dependencia exclusiva con el segundo párrafo de esta Ley, que fue demandado de inconstitucional.

171. Es decir, el artículo 49 de la Ley 49 de 1984, contempla dos supuestos de hecho que están preceptuados en los párrafos primero (*Ministros o Ministras de Estados, Director o Directora General de entidad autónoma o semiautónoma y otros*), y segundo (*persona natural o representante legal de una persona jurídica*), y la consecuencia para estos supuestos está contenida en el párrafo tercero del mismo artículo. En este caso, si se declara la inconstitucionalidad del párrafo segundo, se entiende que se pierde la consecuencia en cuanto a ese supuesto, pero se mantiene respecto a lo demás.

172. Esto es así, porque el citado párrafo, dice: *"La Comisión podrá ordenar la conducción ante ella de los citados a comparecer o a rendir declaraciones que, de forma reiterada, no comparezcan a la citación. Igualmente, la Comisión podrá denunciar dicha conducta ante las autoridades correspondientes, para la determinación de las responsabilidades penales"*, este párrafo no especifica que su aplicación es únicamente para las personas naturales o representantes legales de las personas jurídicas de que trata el párrafo segundo del artículo en cuestión, pues la redacción de la norma se encuentra de manera general y se entiende que aplica para todos los sujetos que están listados en el artículo 49 de la Ley No49 de 1984.

173. Por lo que, aun cuando se declare inconstitucional el segundo párrafo del artículo en mención, como ya mencioné, queda vigente el primer párrafo que se refiere a Ministros o Ministras de Estados, Director o Directora General de entidad autónoma o semiautónoma y otros, y lo que contempla el tercer párrafo del artículo 49 tiene eficacia jurídica para el resto del artículo.

174. Por otro lado, llama la atención que en el presente fallo se cita una Sentencia del Pleno de la Corte de 11 de agosto de 2014, respecto a la inconstitucionalidad por conexión, sin embargo, es de advertir que en dicho caso el demandante inicialmente solicitó la inconstitucionalidad de dos artículos, pero en la parte final de su demanda pidió la inconstitucionalidad de toda la Ley, lo cual no ocurrió en la demanda que nos ocupa. Además, ninguna de las partes durante el período de argumentación de la demanda interpuesta, tuvo la oportunidad de referirse al tercer párrafo de la Ley No49 de 1984, puesto que la demanda se refería únicamente al segundo párrafo de la precitada Ley.

175. En vista que mi opinión no es la de la Mayoría del Pleno, presento mi Salvamento de Voto.
ANGELA RUSSO DE CEDEÑO, MAGISTRADA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (Fdo.)
YANIXSA Y. YUEN, SECRETARIA GENERAL (Fdo.)

La jurisprudencia panameña ante la doctrina de la inconstitucionalidad por conexión: comentarios a la sentencia de 23 de diciembre de 2022*

Prof. Andrés Beck G.^ψ

*Autor para Correspondencia. E-mail: abeckg@usma.com.pa

Recibido: 05 de julio de 2023

I. INTRODUCCIÓN:

La Corte Suprema de Justicia de Panamá, en una decisión 7-2, decidió que el segundo y el tercer párrafo del artículo 49 de la Ley 49 de 1984 (Reglamento Orgánico del Régimen Interno de la Asamblea Nacional), popularmente conocida como RORI, es inconstitucional. La Corte Suprema declaró inconstitucional una disposición del RORI por primera vez en más de cinco años,¹ y por primera vez dentro del periodo constitucional 2019-2024, correspondiente a la actual Asamblea Nacional.

El debate planteado a la Corte consistió en determinar si la facultad de citación de particulares que tiene la Asamblea Nacional, establecida en el segundo párrafo del artículo 49 del RORI sobrepasa los límites de los poderes administrativos que ejerce la Asamblea Nacional de acuerdo con el artículo 161.9 de la Constitución. En síntesis, la Corte decidió que citar a particulares por parte de la Asamblea

* Acción de Inconstitucionalidad presentada por la firma forense Lau & Dudley Abogados para que se declare inconstitucional el segundo y tercer párrafo del artículo 49 de la Ley 49 de 4 de diciembre de 1984, por medio de la cual se dicta el Reglamento Orgánico del Régimen Interno de la Asamblea Legislativa, Entrada No. 677-2020.

^ψ Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas (Universidad Santa María La Antigua, Suma Cum Laude); Maestría en Derecho (Universidad de Florida, Becario Fulbright). Profesor Asociado de Derecho Constitucional (Universidad Santa María La Antigua).

¹ DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADA POR EL LICENCIADO SANTANDER CASIS, CONTRA LA SEGUNDA ORACIÓN DEL PRIMER PÁRRAFO Y TODO EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 40 DE LA LEY 16 DE 1998, POR LA CUAL SE REFORMÓ EL ARTÍCULO 222 DEL TEXTO ÚNICO DEL REGLAMENTO ORGÁNICO DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA (2017): Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, Entrada No. 872-01, 10 de mayo de 2017.

Nacional es inconstitucional porque excede los poderes administrativos del Legislativo, debido a que (i) los poderes administrativos se deben considerar limitados; (ii) a la abolición histórica de la facultad de citación a particulares; y (iii) a la obligatoriedad que suponía la citación del Legislativo a particulares.

Sin ánimo de querer restar importancia a la primera parte de la decisión, este análisis de jurisprudencia se centrará en la segunda parte del fallo. En esta parte, la Corte Suprema agita las aguas de la doctrina constitucional panameña al decidir si el tercer párrafo del artículo 49 del RORI es inconstitucional. La Doctrina de la Conexión ha debutado, formalmente. Por primera vez en nueve años, el Pleno menciona la “Doctrina de la Inconstitucionalidad por Conexión”, y, por primera vez, la utiliza para decidir si una norma vulnera la Constitución.

Por ende, el presente análisis tomará en cuenta qué significa la Doctrina de la Inconstitucionalidad por Conexión; cómo y cuándo ha sido mencionada y aplicada por la Corte Suprema Panameña; qué particularidades tiene; y bajo qué contexto y por qué fue aplicada esta Doctrina al Caso Citaciones Legislativas de Particulares. De modo que, respondamos las preguntas sobre si el uso de esta Doctrina se adecua al sistema constitucional panameño, sus riegos, y matices en el Caso Citaciones Legislativas de Particulares, y para el futuro doctrinal del derecho constitucional panameño.

II. *ANTEBELLUM*: LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS CITACIONES LEGISLATIVAS A PARTICULARES

El RORI es la ley que regula la organización y funcionamiento del Poder Legislativo en Panamá. La Constitución² otorga el poder a la Asamblea Nacional de autorregular su funcionamiento interno. De esta forma, el Legislativo establece las normas que desarrollan su propia estructura, el procedimiento legislativo,³ así como el alcance de sus poderes administrativos y poderes judiciales. El RORI fue un resultado de la reconfiguración del Poder Legislativo luego de la Reforma Constitucional de 1983.⁴ Entre los diversos aspectos del derecho parlamentario que regula el RORI, esta ley desarrolla el poder constitucional de la Asamblea Nacional de citación.⁵

En 1992, una modificación al RORI precisó que el poder de citación de la Asamblea Nacional podía ser ejercido por las Comisiones Permanentes de la Asamblea Nacional.⁶ En febrero de 1998, el Legislativo enmendó el RORI en el sentido de agregar que las Comisiones Permanentes y las Comisiones de Investigación podrían extender el poder de citación a cualquier persona natural o

² PANAMÁ, Constitución Política de la República de Panamá (15/11/2004), artículo 159.17.

³ SÁNCHEZ GÓNZALEZ, Salvador (2009): “El Reglamento Orgánico del Régimen Interno de la Asamblea Nacional y el Bloque de Constitucionalidad”, Revista Debate, Núm. 17: pp. 21-26. Parte de las normas que regulan el procedimiento legislativo del RORI están incorporadas al “Bloque de Constitucionalidad”.

⁴ La Reforma Constitucional de 1983 de la Constitución Política de Panamá modificó la estructura del Poder Legislativo. De tener una especie de cámara baja de representantes de corregimiento y una cámara alta llamada Consejo Nacional de Legislación, a un cuerpo unicameral con todos los poderes legislativos llamado Asamblea Legislativa.

⁵ PANAMÁ, Constitución Política de la República de Panamá (15/11/2004), artículo 161.9.

⁶ PANAMÁ, Ley No. 7 (27/05/1992), que reforma la Ley No. 49 de 4 de diciembre de 1984, que dicta el Reglamento Orgánico del Régimen Interno de la Asamblea Legislativa. Artículo 22.

persona jurídica, es decir, particulares.⁷ Recordemos que el texto de la Constitución y el texto original del RORI mencionan a los funcionarios que nombre o ratifique el Legislativo, a los Ministros, a los Directores de entidades autónomas y semiautónomas. Es decir, funcionarios públicos de alta jerarquía. A su vez, esta reforma de 1998 al RORI añadió que desacatos serían aplicados a renuencias a las citaciones hechas por el Legislativo. El saliente Legislativo del periodo constitucional 2004-2009 realizó modificaciones al RORI en junio de 2009. Uno de los puntos modificados fue el poder de citación – que ya incluía desde 1998 la citación a funcionarios públicos y particulares – en el sentido de permitir que las Comisiones del Legislativo ordenaran la conducción física de los citados para rendir declaraciones.⁸

De este modo, para 2020 – año en que se presenta la demanda de inconstitucionalidad – el poder de citación del Legislativo establecido en el artículo 49 del RORI, incluía la capacidad de la Asamblea de citar a funcionarios públicos de alta jerarquía⁹ y a particulares¹⁰, con la facultad, también, de ordenar la conducción de los citados frente a su renuencia reiterada.

A mediados de 2020, el segundo párrafo del artículo 49 del RORI, que establecía el poder de citación a particulares, es demandado por inconstitucional. El punto central sobre el cual giró el debate de los accionantes, el Procurador de la Nación y el Procurador de la Administración, y la decisión de la Corte Suprema fue si el poder de citación constitucional que tiene el Legislativo, dentro de sus funciones administrativas,¹¹ incluía la posibilidad de citar particulares.

La respuesta de los accionantes era que no. Para ellos, las facultades administrativas que establece la Constitución a la Asamblea Nacional son limitadas y claras. Si el poder de citación solo se extiende a funcionarios de una alta jerarquía, cualquier otro tipo de citación está excluida. El Procurador de la Nación y el Procurador de la Administración sostuvieron que el poder de citación sí es amplio e incluye la citación a particulares. El Procurador GONZÁLEZ MONTENEGRO, profundizó y sostuvo que, para responder el punto central del caso, era necesario hacer una interpretación sistemática entre el poder de citación¹² junto con el poder de establecer comisiones de investigación *ad-hoc* sobre temas de interés público.¹³ Pues, cuando la Asamblea Legislativa debe establecer una comisión para investigar un tema de interés público, bien puede citar a particulares y que éstos puedan rendir informes verbales.

⁷ PANAMÁ, Ley No. 16 (17/02/1998), que reforma el Texto Único del Reglamento Orgánico del Régimen Interno de la Asamblea Legislativa. Artículo 12.

⁸ PANAMÁ, Ley No. 28 (03/06/2009), que modifica y adiciona artículos a la Ley 49 de 1984, que adopta el Reglamento Orgánico del Régimen Interno de la Asamblea Nacional, para adecuarlo a las Reformas Constitucionales de 2004. Artículo 8.

⁹ PANAMÁ, Ley No. 49 (04/12/1984), con sus modificaciones. Artículo 49: “Ministro o Ministra de Estado, Director o Directora General de entidad autónoma o semiautónoma y otros, de acuerdo con lo establecido en el artículo 161 de la Constitución Política de la República.”

¹⁰ PANAMÁ, Ley No. 49 (04/12/1984), con sus modificaciones. Artículo 49: “(...) toda persona, natural o al representante legal de una persona jurídica.”

¹¹ PANAMÁ, Constitución Política de la República de Panamá (15/11/2004), artículo 161.9.

¹² PANAMÁ, Constitución Política de la República de Panamá (15/11/2004), artículo 161.9.

¹³ PANAMÁ, Constitución Política de la República de Panamá (15/11/2004), artículo 161.6.

La Corte Suprema, sin embargo, se decantó por la interpretación restrictiva del poder de citación. Luego de definir¹⁴ y hacer un recorrido histórico de las facultades administrativas del Legislativo sobre el poder de citación y su desarrollo en el RORI,¹⁵ la Corte coincide en que las facultades administrativas constitucionales de citación son restringidas a funcionarios públicos y no son extensivas y aplicables a personas naturales y jurídicas particulares. El objeto de análisis decisivo de la Corte se centra en el alcance de la facultad administrativa de citación (Art. 161.9) bajo su estudio textual e aislado. De esta forma, la Corte utiliza los argumentos del alcance enumerado y limitado de las facultades administrativas de la Asamblea Nacional; la historia constitucional sobre la abolición de las citaciones particulares; y el análisis integrado de la norma que reconocía este poder a la Asamblea Nacional.

Exploremos cada uno de los argumentos. La Corte sostiene que la interpretación de los poderes administrativos de la Asamblea Nacional, a diferencia de los poderes legislativos, debe ser restrictiva. Es decir, el ejercicio de poderes administrativos está restringido a aquellos textualmente establecidos en la Constitución. En vista que, de acuerdo con la Constitución, el poder de citación solo tiene contemplado textualmente que es aplicado a funcionarios, una aplicación a personas distintas implicaría una interpretación expansiva que parece que la Corte busca evitar cuando define el alcance de poderes administrativos. La Corte expone la *ratio decidendi* del caso de la siguiente manera:

“El constituyente le ofrece al Órgano Legislativo una serie de facultades sobre las que debe circunscribirse la aplicación de su poder en la esfera administrativa, limitándolo única y exclusivamente a ese ámbito de acción, sin que le sea posible, extensivamente, cualquiera otra potestad que se encuentre fuera de la literalidad de la norma”¹⁶

El Pleno también utiliza un argumento histórico subsidiario para apoyar el alcance restrictivo de los poderes administrativos de citación. Un argumento histórico constitucional, busca responder la razón por la cual se da un hecho con relevancia constitucional.¹⁷ Este hecho con relevancia puede consistir en la reforma, adición, o eliminación de alguna provisión Constitucional. El hecho es el siguiente. La Constitución de 1946 sí reconocía, expresa y textualmente, el poder administrativo del Legislativo para citar a particulares cuando creaba comisiones de investigación;¹⁸ sin embargo, la “actual”

¹⁴ DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTA POR LA FIRMA FORENSE LAU & DUDLEY ABOGADOS, APODERADOS JUDICIALES DE MANUEL CHING RIVAS, PARA QUE SE DECLARE INCONSTITUCIONAL EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 49 DE LA LEY NO. 49 DE 4 DE DICIEMBRE DE 1984, POR LA CUAL SE DICTA EL REGLAMENTO ORGÁNICO DEL RÉGIMEN INTERNO DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA (2022): Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, Entrada No. 945-2020/677-2020, 23 de diciembre de 2022. La Corte define la función administrativa del Legislativo como un poder de fiscalización del Ejecutivo y de reproche de actuaciones.

¹⁵ DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD PARA QUE SE DECLARE INCONSTITUCIONAL EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 49 DE LA LEY NO. 49 DE 4 DE DICIEMBRE DE 1984 (2022). Históricamente, la citación a particulares sí estaba contemplada en la Constitución de 1946 y fue abolida en la Constitución de 1972.

¹⁶ DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD PARA QUE SE DECLARE INCONSTITUCIONAL EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 49 DE LA LEY NO. 49 DE 4 DE DICIEMBRE DE 1984 (2022), pp. 26.

¹⁷ WHITTINGTON, Keith (1999): *Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review* (Lawrence, University Press of Kansas), pp. 91.

¹⁸ PANAMÁ, Constitución Política de la República de Panamá de 1946 (1/3/1946), artículo 120.7, “(...) *el derecho de citar tanto a los particulares como a los funcionarios y autoridades para que concurran a informar ante ellas, y el de solicitar los datos y documentos que estimen necesarios para los fines de investigación*”. Nótese que el fallo no hace referencia a si la

Constitución de 1972 eliminó tal provisión. Parece que la Corte coincide que el hecho histórico constitucional justifica su argumento central de poderes de citación restringidos. Es decir, debemos entender que el poder de citación está textualmente restringido a funcionarios y no se extiende a particulares porque en un momento existió una provisión que fue posteriormente eliminada. No obstante, el argumento parece quedar corto. La Corte no responde si la razón por la cual las facultades de citación fueron abolidas era porque el Legislativo dejaría de tener este tipo de control sobre particulares, y, en consecuencia, el poder de citación debía ser interpretado de manera restringida.¹⁹ No profundizaremos sobre esta crítica ya que no forma parte del propósito de este análisis jurisprudencial.

Finalmente, el argumento de interpretación integrada parece que resuelve involuntariamente un problema que no es planteado directamente por la Corte, pero que de manera subliminal se entiende del análisis del poder de citación como estaba desarrollado por el RORI. El problema proviene de determinar qué tan obligatorio es, en la práctica, la citación de particulares de la norma acusada de inconstitucional. Es decir, ¿el segundo párrafo del RORI realmente forzaba a particulares a atender a las Comisiones Permanentes o de Investigación del Legislativo? La interrogante proviene de una alternativa natural a la interpretación del segundo párrafo del artículo 49 del RORI: el Legislativo no fuerza a citar a particulares; en su lugar, es una citación sin naturaleza coercitiva.

De una manera instintiva, la Corte resuelve el problema al exponer su argumento integrado. La citación/emplazamiento establecido en el párrafo del artículo 49 del RORI sí implicaba una citación forzosa, obligatoria y coercitiva. Pues, interpretando el segundo párrafo del artículo 49 integrado con el tercer párrafo de tal artículo 49, se entiende que la no comparecencia de los particulares citados ocasionaba que la Asamblea pudiese conducirlos por la fuerza. Lógicamente, si la renuencia a atender es castigada con un apremio corporal, entonces la citación tiene una naturaleza obligatoria. Si la citación es obligatoria y no voluntaria, entonces sobrepasa el alcance de potestades administrativas que la Constitución le otorga a la Asamblea Nacional. De hecho, la Corte en una especie de aclaración interpretativa sugiere que la inconstitucionalidad de las citaciones a particulares no impide que el Legislativo siga invitando a particulares a comparecer a sesiones para asistir al Legislativo siempre que no lo haga obligatoriamente.²⁰

Asamblea podría utilizar ese poder de citación a particulares, reconocido en la Constitución de 1946, para hacer citaciones a rendir informes sobre materias de interés público, por ejemplo, si ese poder era más análogo y aplicable a rendir informes.

¹⁹ Una alternativa bien pudiera ser la consulta de las actas de discusión de la Constitución de 1972 sobre la redacción de los numerales 6 y 7 de los poderes legislativos de la Constitución Política.

²⁰ DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD PARA QUE SE DECLARE INCONSTITUCIONAL EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 49 DE LA LEY NO. 49 DE 4 DE DICIEMBRE DE 1984 (2022), pp. 28. “Se hace preciso aclarar que, nada impide a la Asamblea Nacional convidar voluntariamente, sin coerción ni apercibimiento, a cualquier ciudadano de esta Nación para que pueda aclarar, explicar, dilucidar, o ser la guía para el desarrollo de un proyecto de ley o una investigación o la fiscalización de algún miembro del Órgano Ejecutivo, pero no de forma vinculante, como viene redactado en el segundo párrafo del artículo censurado”. La M. CORNEJO no estuvo de acuerdo con incluir este punto en la decisión porque, argumenta, no es labor de la Corte Suprema hacer sugerencias a otros poderes constituidos.

Ocho de los nueve magistrados que componen la Corte Suprema de Justicia estuvieron de acuerdo con la decisión de declarar inconstitucional el segundo párrafo del artículo 49 del RORI.²¹

La supuesta relación de causalidad establecida por la Corte entre el párrafo segundo y tercero del artículo 49 del RORI, para apoyar su argumento central, es, precisamente, la génesis de la segunda parte de la decisión, y objeto de este análisis: la aplicación de la “Doctrina de la Inconstitucionalidad por Conexión” por la Corte Suprema de Justicia.

III. LA DOCTRINA DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR CONEXIÓN

Previo a explorar cómo y por qué la Corte aplica la Doctrina de la Inconstitucionalidad por Conexión, exploremos en qué consiste esta doctrina. En apariencia, esta doctrina pudiese pertenecer al contenido del Derecho Procesal Constitucional, pero al entrar en profundidad a los detalles esenciales de la doctrina, nos percatamos que tiene consecuencias sustanciales en el Derecho Constitucional. En especial, respecto a la naturaleza y alcance del Poder Judicial.

La idea básica es la siguiente. La Inconstitucionalidad por Conexión permite a la Corte Suprema de Justicia declarar inconstitucional de oficio una norma que no ha sido solicitada que sea analizada ante ella, como resultado de la declaratoria de inconstitucionalidad de otra norma que sí ha sido solicitada que sea analizada.

Maticemos esta definición. Recordemos que, como regla general, la Corte Suprema de Panamá solo puede declarar inconstitucional una norma, acto, o frase o palabra contenida en una norma que haya sido especificada y solicitada ante ella por una persona mediante abogado.²² Por ejemplo, una persona considera que el artículo 1 de la Ley X es inconstitucional y solicita ante la Corte que lo analice y así lo declare. En este caso hipotético, de acuerdo con el artículo 2560.1 del Código Judicial,²³ la Corte Suprema, debe reducir su análisis de inconstitucionalidad al artículo 1, y no extender su análisis al artículo 2, 3, o 4. Esto es una suerte de aplicación de principio dispositivo y de congruencia respecto a la norma o acto cuya constitucionalidad analiza la Corte, evitando analizar *extra petita* y *ultra petita*.²⁴

²¹ DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD PARA QUE SE DECLARE INCONSTITUCIONAL EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 49 DE LA LEY NO. 49 DE 4 DE DICIEMBRE DE 1984 (2022). El M. AYU PRADO no precisa en su salvamento de voto si estaba de acuerdo con la decisión de declarar inconstitucional el segundo párrafo. Su crítica se dirige a la segunda parte de la decisión.

²² MOLINO MOLA, Edgardo (2000): *La Jurisdicción Constitucional en Panamá en un Estudio de Derecho Comparado* (Bogotá, Biblioteca Jurídica Diké, 2da Ed.), pp. 114

²³ PANAMÁ, Código Judicial. El Libro IV del Código Judicial es una especie de regulación de los diversos procedimientos de control de constitucionalidad.

²⁴ No se debe confundir la aplicación de este “Principio Dispositivo”, con el “Principio Dispositivo Atenuado” o de “Universalidad Constitucional”, que sostiene, básicamente, que a pesar de que el accionante no haya planteado una vulneración a una norma constitucional, la Corte puede analizar la norma acusada con la Constitución íntegramente. El Principio Dispositivo Atenuado “permite a la Corte Suprema confrontar los textos legales cuya constitucionalidad se consulta con la totalidad de los preceptos de la Constitución. Así, si el juzgador encuentra que las disposiciones sometidas a su valoración pudieran transgredir mandatos constitucionales distintos a los contenidos en la consulta, o que la posible violación de ésta pudiese ocurrir por causa o en forma diferente a la indicada por el peticionario, es de su potestad examinar el asunto a la luz de los

En palabras llanas, la Corte solo puede analizar la norma o acto que es desafiado ante ella. Esta regla evita que la Corte Suprema se convierta en un litigador constitucional adicional, que voluntaria y unilateralmente, empiece a declarar inconstitucional normas o actos que no han sido desafiados ante ella. De hecho, desde una perspectiva constitucional sustantiva, esta regla de procedimiento constitucional tiene el mérito de considerarse una forma de limitar el ya amplio poder de control²⁵ que ejerce la Corte Suprema de Justicia de Panamá.

No obstante, es válido esperar que el gris surja del aparente blanco y negro al llevar la teoría a la realidad. La aplicación de la prohibición de declaratorias de inconstitucionalidad de oficio por la Corte Suprema no es tan absoluta como la norma parece establecer. Las posibles excepciones surgen de cuestionamientos naturales a la aplicación a la regla de una forma tan absoluta. ¿Qué pasa si la norma o acto declarado inconstitucional deja sin sentido a algún otro cuerpo normativo cuya inconstitucionalidad no fue analizada? O ¿qué pasa si una norma no desafiada de inconstitucional mantiene una relación directa con la norma que sí ha sido analizada y, posteriormente, declarada inconstitucional? Es aquí donde entra la Doctrina de la Inconstitucionalidad por Conexión.

IV. LA CONEXIÓN EN PANAMÁ

Las respuestas exactas a estas preguntas no han sido tomadas en cuenta por nuestra legislación procesal constitucional, a pesar de haber existido iniciativa legislativa al respecto para atenderlas.²⁶ La Doctrina de la Conexión no ha sido introducida al sistema constitucional panameño vía legislativa. Con lo cual, las soluciones a estas interrogantes han sido resueltas por labor de la propia Corte Suprema de Justicia, a través de doctrina jurisprudencial.

El primer caso, luego de 1990,²⁷ donde se tiene registro que la Corte Suprema haga mención, al menos formal y directamente, sobre la Doctrina de la Conexión es en el Caso ANIP.²⁸ En 2012, la Autoridad Nacional de los Ingresos Públicos (ANIP) fue creada para suplantar la Dirección General de Ingresos del Ministerio de Economía y Finanzas.²⁹ La idea básica del Legislativo al crear la ANIP era extraer el

preceptos de rango superior que considere pertinentes, en aplicación de un principio de hermenéutica constitucional: la interpretación sistemática que se traduce en el principio de unidad de la Constitución.” DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD FORMULADA POR EL LICDO. LUIS CARLOS CEDEÑO EN CONTRA DEL ARTÍCULO 775 DEL CÓDIGO DE LA FAMILIA (1995): Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, 23 de noviembre de 1995.

²⁵ El Poder de Control de Constitucionalidad de Panamá no está sujeto a la existencia de una controversia previa, por ejemplo. Las doctrinas sobre *justiciability* de *standing*, *ripeness*, *mootness*, *political question*, no aplican en Panamá. No se necesita una controversia para someter una norma a control constitucional. Tampoco se necesita que una norma haya sido aplicada.

²⁶ ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL DE 2017. Artículo 10

²⁷ Utilizo esta división temporal correspondiente al periodo constitucional actual, luego de la caída del Régimen Dictatorial y la instauración de la Democracia a partir de 1990.

²⁸ DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD PROMOVIDA POR LOS LICENCIADOS MIGUEL ANTONIO BERNAL Y LUIS ROGELIO GARCÍA CONTRA LOS ARTÍCULOS 1 Y 14 DE LA LEY NO. 24 DE 8 DE ABRIL DE 2013 “QUE CREA LA AUTORIDAD NACIONAL DE INGRESOS PÚBLICOS” (2014): Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, Entrada No. 377-2013, 11 de agosto de 2014.

²⁹ PANAMÁ, Ley No. 24 (08/04/2013).

poder de recaudación de impuestos del Poder Ejecutivo (MEF), y llevarlo a una entidad autónoma con una estructura análoga a la Autoridad de los Servicios Públicos, la Autoridad de los Recursos Acuáticos o la Autoridad de Tránsito y Transporte Terrestre, por ejemplo. La Ley 24 de 2013 (Ley ANIP) era todo un cuerpo normativo que creaba la autoridad, establecía su estructura y responsabilidades.

Sin embargo, el problema constitucional surgió de inmediato. La Constitución Política establece que el poder de recaudación pertenece al Ejecutivo, a través de la dupla Presidente-Ministro respectivo. Por consiguiente, abogados desafiaron la constitucionalidad de la ANIP. La demanda de inconstitucionalidad propuesta no estaba dirigida contra la Ley de la ANIP íntegramente; en su lugar, estaba dirigida contra el artículo 1 y el artículo 14. El artículo 1 creaba la ANIP y se subrogaba en la existencia y responsabilidades de la Dirección General de Ingresos del MEF. Por su parte, el artículo 14 designaba al superior jerárquico de la ANIP, un administrador nombrado por el Ejecutivo y ratificado por el Legislativo para un periodo de siete años.

La Corte decidió que, en efecto, la existencia de la ANIP es inconstitucional puesto que el Legislativo despojaba al Ejecutivo de sus poderes de recaudación de impuestos, al crear una entidad autónoma e independiente al Ejecutivo. Al momento de declarar inconstitucional la creación de la ANIP (artículo 1 de la Ley ANIP) y la existencia de un administrador como jefe jerárquico (artículo 14 de la Ley ANIP), la Corte se enfrentó a que los demás artículos de la Ley ANIP sobre las funciones, estructura orgánica interna, régimen económico, y de administración interna de la ANIP, seguían vigentes. Pues, los desafiantes a la Ley ANIP no habían planteado, al menos directamente su inconstitucionalidad. Parecía que la declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos 1 y 14 de la Ley ANIP dejaba sin sentido al resto del cuerpo normativo. Por lo cual, la Corte sostuvo que era necesario extender su declaratoria de inconstitucionalidad a la Ley de la ANIP íntegramente. Si bien la problemática que tenía la Corte frente a ella daba la impresión de que ameritaba aplicar directamente la Doctrina de la Conexión, la decisión de la Corte no plantea categóricamente tal solución. Pues, no confirma que está utilizando la Doctrina de la Conexión para resolver la problemática de dejar artículos de la Ley ANIP huérfanos, dispersos y sin sentido.³⁰

A pesar de que, la Corte formalmente no haya querido confirmar el uso de la Doctrina de la Conexión en el Caso ANIP, existen sólidos planteamientos para demostrar que, materialmente, sí se aplicó dicha

³⁰DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA LOS ARTÍCULOS 1 Y 14 DE LA LEY NO. 24 DE 8 DE ABRIL DE 2013 “QUE CREA LA AUTORIDAD NACIONAL DE INGRESOS PÚBLICOS” (2014), El pasaje es el siguiente: “Demostrada la inconstitucionalidad de la referida autoridad, debemos expresar que si bien en Panamá no está establecida la inconstitucionalidad por conexión o por consecuencia, y así lo ha señalado la jurisprudencia de este Pleno, observa el Tribunal que la explicación de violación constitucional que se da para las normas denunciadas de inconstitucionales opera o abarca de igual forma para el resto del cuerpo normativo de la Ley No. 24 de 8 de abril de 2013, que tratan sobre las funciones, estructura orgánica, régimen económico y financiero, recurso humano y, disposiciones de la Autoridad Nacional de Ingresos, pues es el mismo sustento con que el resto de las normas podrían declararse contrarias a la Constitución, y si observamos cuidadosamente la parte final de la demanda presentada, en ella se pide la inconstitucionalidad de toda la Ley No. 24 de 8 de abril de 2013, a pesar de que primeramente se señala la de sólo dos artículos, por lo cual no existe impedimento ni violación al principio de congruencia, para que este Tribunal Constitucional proceda a declarar la inconstitucionalidad de la ley en su todo.”

doctrina. Los supuestos de hecho que generan la posibilidad de aplicar la Doctrina de la Conexión se dieron en este caso.³¹ En primer lugar, la solicitud de declaratoria de inconstitucionalidad fue restrictiva a artículos de la norma y no a ésta integralmente. En segundo lugar, el análisis y posterior declaratoria de inconstitucionalidad fue hecho por la Corte. La problemática que enfrentó la Corte es aquella que amerita aplicar la Doctrina. Es decir, si declaro inconstitucional el artículo X, y el artículo X integra una unidad normativa³² con artículo Y y artículo Z de una manera que el artículo X sea causa de la existencia de artículo Y y artículo Z, ¿qué sentido tendría que los artículos Y y Z sigan existiendo? La respuesta que dio la Corte frente a dicha problemática fue vaga y de trámite, pues se remitió a que sí se podía extraer una pretensión de declarar inconstitucional la Ley de la ANIP íntegramente, de la demanda de inconstitucionalidad planteada por los desafiantes. En este caso, la Corte obvió analizar las razones de causalidad entre la norma atacada y las norma “conexas” o relacionadas, de manera que se pudiera acreditar unidad normativa entre ambas, y, así, extender su poder de control³³ sobre normas que no fueron demandadas ante ella.

Luego del controversial Caso ANIP, la idea de “conexión” no volvió a ser mencionada en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia hasta el 2017. Esta vez, a través de un voto disidente autoría del M. CEDALISE, promotor de la Doctrina de la Conexión desde la Corte Suprema de Justicia.

Las bases teóricas de la posición del Magistrado la encontramos en un ensayo sobre la Doctrina de la Conexión. El M. CEDALISE sostiene que el poder de control del Pleno implica que “*asuma un papel protagónico en el proceso valorativo que define la constitucionalidad de un instrumento o disposición legal o acto estatal*”.³⁴ Es decir, la razón por la que la Doctrina de la Conexión podría aplicarse es que el poder de control lleva implícito una suerte de activismo que permite expandir las labores judiciales del Pleno a poder llegar a analizar y consecuentemente declarar, de oficio, la inconstitucionalidad de una ley o un acto estatal. La incorporación de la Doctrina de la Conexión, argumenta el autor, no requiere una modificación legislativa del Libro IV del Código Judicial sobre Instituciones de Garantía (normas que regulan los procesos constitucionales), ni la introducción de la Doctrina en un nuevo Código Procesal Constitucional, pues “constituye una regla del juicio” del juez constitucional y valoración que hace la Corte cuando enfrenta una norma o acto a la Constitución.³⁵

Las consideraciones doctrinales del M. CEDALISE fueron previamente expuestas por él en su voto disidente en el Caso Reglamentaciones de Donativos de la Asamblea Nacional.³⁶ En este caso, se

³¹ Estos supuestos de hecho provienen de lo que ya he descrito: 1. Hasta dónde se reduce la solicitud de declaratoria de inconstitucionalidad de la persona; y 2. Frente a una inminente declaratoria de inconstitucionalidad, qué haces con las normas que de alguna manera tienen una relación con la que sí ha sido declarado inconstitucional.

³² POLO PAZMIÑO, Esteban (2022): “La Declaratoria de Inconstitucionalidad de Normas por Conexidad en Ecuador”, *Revista de Derecho*, No. 38 (julio-diciembre 2022): pp. 53-73. Pág 61.

³³ Me referiré a Poder de Control de Constitucionalidad (poder que tiene la Corte de defensa de la Constitución y declarar inconstitucionales actos y normas de otros poderes constituidos) como “Poder de Control”.

³⁴ LA ESTRELLA DE PANAMÁ (05/09/2017)

³⁵ LA ESTRELLA DE PANAMÁ (05/09/2017). En el artículo también se hace una especie de argumentación subsidiaria que el 2566 puede interpretarse de manera inversa.

³⁶ ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD ERNESTO CEDEÑO VS DECRETO N°441-2016-DMYSC DE 25 DE OCTUBRE DE 2016 DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, DONDE SE PROBÓ EL DOCUMENTO:

desafió la inconstitucionalidad de una reglamentación a los donativos que realiza la Asamblea Nacional a terceros, realizada por la Contraloría General de la República en 2016. La mayoría del Pleno, en una cerrada decisión 5-4, declaró inconstitucional toda la reglamentación de la Contraloría sobre la base que esta institución estaba reglamentando una actividad (donaciones) que estaba constitucionalmente prohibida realizar a la Asamblea Nacional de acuerdo con el artículo 277 de la Constitución. La mayoría de la Corte, en esencia, decidió que “*el Decreto de la Contraloría General de la República regula una actividad que la Constitución prohíbe*”.³⁷ En su disenso, el M. CEDALISE sostuvo que el poder de control debió extenderse a la Ley General de Presupuesto anual (que no había sido desafiada de inconstitucional) que contemplaba la existencia de subsidios y donativos que, conforme al concepto de la mayoría, están prohibidos según el 277 de la Constitución. En este disenso, el M. CEDALISE considera que la Doctrina de la Conexión debe incorporarse a la técnica de análisis de la Corte Suprema de Justicia cuando ejerce el control de constitucionalidad.

V. 23 DE DICIEMBRE DE 2022, EL DEBUT DE LA CONEXIÓN

La composición de la Corte Suprema de 2017 a 2022 cambió dramáticamente en vista de la conclusión de periodos de la mayoría de los magistrados. Solo tres de los nueve magistrados que componían la Corte en 2017 se mantenían a diciembre de 2022,³⁸ de los cuales solo dos estuvieron presentes en la decisión del Caso Reglamentaciones de Donativos de la Asamblea Nacional.³⁹ Seis nuevos magistrados formaron parte de la decisión del Caso Citaciones Legislativas a Particulares. Lo que permitió a los defensores de la Conexión una posibilidad de traer la Doctrina nuevamente a la mesa del Pleno de la Corte Suprema. Además, en un caso donde las condiciones para analizar la posibilidad de expandir el poder de control son llamativas, ya que el campo de batalla jurídico enfrenta al Legislativo con el Judicial.

En el presente Caso de Citaciones Legislativas a Particulares, la Corte Suprema introduce la Doctrina de la Inconstitucionalidad por Conexión. Por primera vez, la Corte aplica esta doctrina para analizar y decidir si una norma no solicitada por los demandantes es inconstitucional. Es decir, se pudiera sostener con solidez que la Corte Suprema, de oficio, declara una norma inconstitucional. La Conexión hace su debut, al menos formalmente, en el sistema constitucional panameño.⁴⁰

“REQUISITOS Y CONTROLES PARA OTORGAR APOYOS EN LA ASAMBLEA NACIONAL DE PANAMÁ (DONATIVOS O SUBSIDIOS)” (2017): Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, Entrada 1141-16, 16 de marzo de 2017.

³⁷ DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD PARA QUE SE DECLARE INCONSTITUCIONAL EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 49 DE LA LEY NO. 49 DE 4 DE DICIEMBRE DE 1984 (2022), pp. 18.

³⁸ Los magistrados CEDALISE y AYU PRADO y la magistrada RUSSO se mantenían en el cargo a diciembre de 2022.

³⁹ La M. RUSSO no participó de la decisión del Caso Reglamentaciones de Donativos de la Asamblea Nacional. Los magistrados AYU PRADO y CEDALISE disintieron en el Caso, pero por razones distintas.

⁴⁰ DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD PARA QUE SE DECLARE INCONSTITUCIONAL EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 49 DE LA LEY NO. 49 DE 4 DE DICIEMBRE DE 1984 (2022), pp. 40: “Por Conexidad, también es contrario a la Constitución Política conducirlos por orden de la propia Asamblea Nacional, en caso de no asistir, salvo que se trate de sus funciones judiciales”

En una suerte de expansión del poder de control, el Pleno no consideró suficiente la declaratoria de inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 49 del RORI, y entró a analizar el tercer párrafo del artículo 49 del RORI sin que éste hubiera sido demandado. El tercer párrafo del RORI regulaba la posibilidad que, frente a la negativa de comparecencia de los citados por las Comisiones Permanentes o de Investigación, las mencionadas Comisiones ordenaran la conducción ante la Asamblea Nacional. Es decir, y tal como apuntó la Corte, la conducción ante la Asamblea Nacional era una consecuencia de la citación a particulares.

VI. LA CORTE Y SU PREGUNTA EXISTENCIAL, ¿QUÉ TANTO PODER TENGO?

La relación de causalidad con la que se parte para aplicar la Doctrina de Conexión es un reflejo del argumento de interpretación integrada utilizado para declarar inconstitucional el segundo párrafo del artículo 49 del RORI. El problema que se plantea la Corte al enfrentar la existencia del tercer párrafo del artículo 49 del RORI es el siguiente: si las citaciones a particulares son inconstitucionales por cuanto, entre otras razones, son obligatorias (recordar argumento de interpretación integrada), esa “fuente de obligatoriedad” también debe ser analizada de inconstitucional. Sin embargo, la “fuente de obligatoriedad” no fue acusada de ser inconstitucional por los abogados que iniciaron el Caso. Con lo cual, la Corte decide si puede entrar a analizar la constitucionalidad de normas que no han sido desafiadas ante ella como resultado de su propio razonamiento. En palabras más sustantivas, si la Corte puede ejercer el poder de control unilateralmente gracias al análisis y conclusiones que ella misma ha hecho en determinado caso.

La pregunta entre líneas⁴¹ de la segunda parte del Caso implica que la propia Corte defina el alcance de su propio poder. Tímida y confusamente, parece que responde de manera afirmativa incorporando, finalmente, la Doctrina de la Conexión. El Pleno justifica la posibilidad de aplicar la Doctrina de la Conexión con una lectura expansiva y activista de su propio poder de control, y se escuda frente a la posible vulneración de las reglas de congruencia judicial *extra* y *ultra petita* sosteniendo que aplicar la Conexión es una “técnica de control constitucional”.⁴² Las razones que apoyan esta interpretación del propio poder de control no son profundizadas más allá de los enunciados doctrinales sobre la necesidad de dar “un dinamismo interpretativo” para “ponderar todos los bienes jurídicos tutelados involucrados en el caso concreto” y del M. CEDALISE quien sostiene que garantizar la supremacía constitucional lleva implícito ejercer poderes oficiosos del Pleno;⁴³ y dos particulares analogías del

⁴¹ La pregunta es ¿qué tanto poder de control tengo como Corte Suprema de Justicia?

⁴² DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD PARA QUE SE DECLARE INCONSTITUCIONAL EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 49 DE LA LEY NO. 49 DE 4 DE DICIEMBRE DE 1984 (2022), pp. 31. Parece que la Corte no se preocupa por matizar qué tan expansivo está siendo al responder su pregunta existencial. Pues, aclara que la Doctrina de la Conexión es una “técnica” al ejercer el poder del control de constitucionalidad y que es “excepcional”. La Corte no define si utilizar la Conexión es realmente un elemento del poder de control que puede llegar a ser excesivo pero que puede justificarse y ser excepcional. Para nuestro análisis, esta cita puede ser traducida como “una manera implícita de ejercer el poder de control”.

⁴³ CEDALISE, Cecilio (2017): *El Juicio de Inconstitucionalidad como mecanismo de control de normas y medios de defensas de derechos fundamentales* (Ciudad de Panamá, Editorial Portobelo), pp. 53. Citado en DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD PARA QUE SE DECLARE INCONSTITUCIONAL EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 49 DE LA LEY NO. 49 DE 4 DE DICIEMBRE DE 1984 (2022), pp. 32.

problema jurídico planteado en el Caso, con los precedentes del Caso ANIP⁴⁴ y el Caso Reglamento Interno de Personal de Ministerio de Salud.⁴⁵

Es en este punto donde encontramos el valor doctrinal e investigativo del Caso, pues la Corte está decidiendo sobre su propio poder – aspecto que no es usual –;⁴⁶ y lo está decidiendo de una forma que genera una serie de riesgos para el sistema constitucional panameño. En especial, para la separación de poderes. Riesgo que analizaré más adelante.

VII. LA CONEXIÓN ENTRA A LA CANCHA Y ANOTA UN GOL

Una vez la Corte decide que se debe aplicar la Doctrina de la Conexión para analizar la inconstitucionalidad de una norma que no fue desafiada, por su supuesta relación de causalidad con la norma que sí es declarada inconstitucional; el Pleno pasa a decidir una pregunta que, da la impresión, ya está sesgada, pre respondida, e inclinada a dar una respuesta de inconstitucionalidad. Ya que parecería innecesario aplicar la Doctrina de la Conexión si la Corte no está segura si la norma o acto del cual hará el control es inconstitucional.

La pregunta sobre si el tercer párrafo del artículo 49 del RORI es inconstitucional es relativamente directa: “¿Puede la Asamblea Nacional, en base a sus facultades constitucionales relacionadas con sus funciones administrativas y legislativas, ordenar la conducción de cualquier persona?”.⁴⁷ La respuesta es que no. Y se basa, utilizando una especie de soliloquio circular,⁴⁸ en el presupuesto que la Corte

⁴⁴ DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA LOS ARTÍCULOS 1 Y 14 DE LA LEY NO. 24 DE 8 DE ABRIL DE 2013 “QUE CREA LA AUTORIDAD NACIONAL DE INGRESOS PÚBLICOS” (2014). En el Caso Citaciones Legislativas, no está muy claro el uso de este precedente para justificar la aplicación de la Conexión ya que recordemos que en este caso no se admite, al menos formalmente, la Doctrina de la Conexión. Además, la situación del Caso ANIP que obligó a la Corte a utilizar poderes oficiosos, fue que se dejaba una norma sin sentido, por la declaración de inconstitucionalidad. No había una relación de causalidad entre norma declarada inconstitucional y norma a la que se le aplicarán poderes oficiosos, como sí sostiene la Corte en el Caso Citaciones Legislativas a Particulares.

⁴⁵ ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTA POR EL LICENCIADO RICAURTE GONZÁLEZ GONZÁLEZ EN SU PROPIO NOMBRE CONTRA VARIOS ARTÍCULOS DEL REGLAMENTO INTERNO DE PERSONAL DEL MINISTERIO DE SALUD (1995): Pleno de la Corte Suprema de Justicia, 30 de noviembre de 1995. La analogía entre este caso y el de Citaciones Legislativas a Particulares es aún más extraña ya que en la decisión de 1995 la Corte no hace mención o referencia a una idea de Conexión. En su lugar, la Corte extiende la declaratoria de inconstitucionalidad al Reglamento Interno, cuando solo se habían demandado unos artículos particulares, porque encuentra que hay una inconstitucionalidad de forma en el Reglamento Interno, íntegramente.

⁴⁶ Los últimos casos en los que se pudiese argumentar que la Corte decide sobre su propio poder es el Caso Indultos Presidenciales en 2008 (Gaceta Oficial 26337 A), el Caso Sala Quinta en 2011 (Gaceta Oficial 26821), o el Caso Conformación de Circuitos Electorales donde se habla de omisiones legislativas en 2020 (29169 A).

⁴⁷ DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD PARA QUE SE DECLARE INCONSTITUCIONAL EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 49 DE LA LEY NO. 49 DE 4 DE DICIEMBRE DE 1984 (2022), pp. 34.

⁴⁸ La premisa o supuesto que lleva a la Corte a hacer la pregunta para aplicar la Doctrina de la Conexión es igual a la conclusión con la que se responde a ella. STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY: *Fallacies*, 2 de abril de 2020. “*The fallacy of begging the question (petitio principii) can occur in a number of ways. (...) This argument begs the question because the premise and conclusion are the very same proposition, albeit expressed in different words. It is a disguised instance of repetition which gives no reason for its apparent conclusion.*”

justamente encontró para aplicar la Doctrina de la Conexión: la relación de causalidad. La Corte sostiene:

“(…) si la Asamblea Nacional no está facultada para citar y/o emplazar a particulares o empresas privadas menos aún se encuentra en potestad de “conducirlos” como “consecuencia” de la renuencia a dicha comparecencia; incluyendo a servidores públicos o funcionarios de otros Órganos y/o entidades del Estado.”⁴⁹

No obstante, el monólogo circular es maquillado con un desarrollo conceptual respecto a que el poder de conducción o apremio corporal es exclusivo de las autoridades jurisdiccionales. Como quiera que la Asamblea Nacional, al ejercer las facultades del artículo 49 del RORI está ejerciendo facultades administrativas y no jurisdiccionales, ese poder de conducción es un “desbordamiento evidente de las facultades taxativas conferidas a dicho Órgano del Estado”.⁵⁰ En consecuencia, el tercer párrafo del artículo 49 del RORI es declarado inconstitucional, y, de acuerdo con cómo opera el control de constitucionalidad, es “expulsado del sistema jurídico”. En palabras simples, el poder administrativo de conducción del Legislativo es eliminado. Lo que implica, también, la inconstitucionalidad de conducciones corporales a servidores públicos, a pesar de que el caso, originalmente, no había planteado la inconstitucionalidad o no de citaciones administrativas a servidores públicos.⁵¹ Con la extensión de la declaratoria de inconstitucionalidad que no solo tiene efecto sobre particulares, sino sobre servidores públicos, da la impresión de que la Corte ha aplicado un *ultra petita* en un ejercicio descontrolado de su propio poder de control.

En definitiva, la *ratio decidendi* material y encubierta del Caso Citaciones Legislativas a Particulares es que la Corte Suprema ha admitido la posibilidad de expandir su poder de control como parte de una “técnica” de análisis judicial, a través de la aplicación de la Doctrina de la Conexión. Esta Doctrina permite a la Corte ejercer poderes de control unilateralmente cuando considere que hay una conexión o una relación de causalidad entre una norma declarada inconstitucional y una norma, no desafiada de inconstitucional.

Veamos esto en carne y hueso. La Corte decide que el segundo párrafo del artículo 49 del RORI que permitía al Legislativo citar a particulares es inconstitucional. En el razonamiento para llegar a la decisión, la Corte encuentra una relación de causalidad entre la citación a particulares (segundo párrafo del artículo 49 del RORI acusado de inconstitucional) y la conducción por renuencia (tercer párrafo

⁴⁹ DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD PARA QUE SE DECLARE INCONSTITUCIONAL EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 49 DE LA LEY NO. 49 DE 4 DE DICIEMBRE DE 1984 (2022), pp. 34-35.

⁵⁰ DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD PARA QUE SE DECLARE INCONSTITUCIONAL EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 49 DE LA LEY NO. 49 DE 4 DE DICIEMBRE DE 1984 (2022), pp. 37.

⁵¹ El voto disidente de la M. RUSSO parece estar encaminado a que, si se asume que la conducción era una consecuencia de la citación, no era necesaria la aplicación de la Doctrina de la Conexión pues la eliminación de la causa (citación), automáticamente suprimía el efecto (conducción por renuencia). Lo que debe tomarse en cuenta con mayor cuidado en el presente caso, ya que la conducción por renuencia no solo aplicaba a citaciones a particulares, sino también a servidores públicos. Esta teoría puede ser reforzada analizando las intenciones legislativas de la introducción de la conducción por renuencia en la Ley No. 28 de 2009 que la Corte, justamente, cita en el caso para apoyar su teoría de la inconstitucionalidad de citaciones a particulares. En las intervenciones al momento de enmendar el RORI en 2009, los diputados y asesores elevaron la inquietud que las citaciones a funcionarios públicos no estaban siendo efectivas porque no tenían un mecanismo de coerción.

del artículo 49 del RORI no acusado de inconstitucional). Con lo cual, extiende su poder de control aplicando la Doctrina de la Conexión, de una manera circular, para analizar y, predeciblemente, declarar inconstitucional la conducción corporal por renuencia que no solo aplicaba a particulares, sino también a servidores públicos. Un gol jurisprudencial en contra, quizás, de la separación de poderes.

VIII. SECUELAS Y RIESGOS, LA CONEXIÓN Y LA SEPARACIÓN DE PODERES

A pesar de que la Corte haga la aclaración que el presente caso es excepcional y la aplicación de la Doctrina de la Conexión se de en casos específicos donde haya “una ostensible vulneración de la Constitución Política, aun cuando tímidamente fue expuesta por uno de los actores inconstitucionales”,⁵² la falta de parámetros para aplicar una doctrina que engrandece el poder de control no solo es peligrosa, sino llamativa para la Corte Suprema. En el campo de batalla de los poderes del Estado, es una realidad práctica que los poderes constituidos van a tender a expandir sus facultades si tuviesen la oportunidad de hacerlo.⁵³ Con lo cual, una realidad de los sistemas constitucionales es el reconocimiento de cuándo un poder del Estado se inclina a expandir su poder y en detrimento de qué otro poder lo está haciendo. Es palpable que, frente a la oportunidad de expandir su poder, el Poder Judicial, en este caso, la Corte Suprema, se sienta tentado a realizar esta expansión con la justificación de controlar al Legislativo, para “suprimir cualquier acto o norma perniciosos para los derechos fundamentales (...); derechos que, no deben ser ornamentales sino aplicados como norma jurídica suprema (...)”.⁵⁴ La realidad es que la Corte ha abierto las puertas para expandir su poder. Actitud que, naturalmente, trae sospechas por la manera en que lo ha hecho, y los riesgos que ocasiona.

Es relativamente complicado obtener un parámetro de aplicación de la Doctrina de la Conexión luego de la *ratio decidendi* establecida por la Corte en este caso.⁵⁵ Recordemos que la doctrina de por sí ya trae una noción expansiva del poder de control de la Corte, y la decisión de la mayoría no define cuándo es permisible expandir el poder de control y bajo qué supuestos se aplica la doctrina de la Conexión.

Una salida fútil para atender la problemática de ausencia de parámetro es analizar cómo ha sido redactada la demanda de inconstitucionalidad, salida que se infiere de la opinión de la Corte.⁵⁶ De esta salida se puede inferir que el parámetro para aplicar la Conexión sería verificar si de la explicación del concepto de infracción en la demanda de inconstitucionalidad se infiere que el reproche es realmente

⁵² DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD PARA QUE SE DECLARE INCONSTITUCIONAL EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 49 DE LA LEY NO. 49 DE 4 DE DICIEMBRE DE 1984 (2022), pp. 30.

⁵³MADISON, James o HAMILTON, Alexander (2016): *Federalist Paper No.51* (Washington DC, Coventry House Publishing) pp.254-255.

⁵⁴ DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD PARA QUE SE DECLARE INCONSTITUCIONAL EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 49 DE LA LEY NO. 49 DE 4 DE DICIEMBRE DE 1984 (2022), pp. 31.

⁵⁵ El voto disidente del M. AYU PRADO da indicios de ir por esta crítica. Para él, el reconocimiento y aplicación de la Doctrina de la Conexión requiere un debate y respuestas doctrinales más claros que los brindados por la opinión de la mayoría.

⁵⁶ DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD PARA QUE SE DECLARE INCONSTITUCIONAL EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 49 DE LA LEY NO. 49 DE 4 DE DICIEMBRE DE 1984 (2022), pp. 30.

contra todo el cuerpo normativo o contra normas relacionadas. Sin embargo, esta es una salida procesal que ubica la responsabilidad en cómo se redacta la demanda, más que ser una salida sustancial que obligue a la Corte asumir el peso de su responsabilidad y cuestione cuándo es legítimo y necesario expandir su propio poder de control, teniendo en cuenta el riesgo de ilegitimidad al llevar a cabo estas acciones.

La salida sustancial parece ser un parámetro de “ostensible de vulneración constitucional”, que da a entender que previo a aplicar la Doctrina de la Conexión, la Corte está predispuesta y contaminada en decidir que la norma que se analizará producto de la conexión es inconstitucional. El análisis, por ejemplo, que la Corte realiza en este caso sobre la pregunta a si podía la Asamblea ordenar la conducción de cualquier persona, parece estar de más y ser irrelevante, si el resultado es inminente. En pocas palabras, aplicar la Doctrina de la Conexión, bajo el parámetro de “ostensible vulneración constitucional”, lleva a tener una respuesta automática: si aplico la Conexión es seguro que la norma o acto que se controlará es inconstitucional.

El análisis de la Corte parece quedar corto frente a la necesidad de establecer un parámetro para el uso de la Doctrina que permita medir el ya expandido poder de control para evitar que se ejerza descontroladamente. La opinión de la mayoría reconoce mínimamente, por ejemplo, que aplicar la Conexión implica analizar si hay una unidad normativa entre la norma declarada inconstitucional y la norma a la que se le aplicará la conexión (norma conexas).⁵⁷ Estándares que permitan a la Corte analizar (i) si la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma deja sin sentido el resto del cuerpo normativo, análogo al Caso ANIP; o (ii) si existe una inminente y exclusiva relación de causalidad entre la norma declarada inconstitucional y la norma conexas, están casi que ausentes o modestamente analizados en el razonamiento de la mayoría.

Es justamente la ausencia de un parámetro claro y definido para la aplicación de la Doctrina de la Conexión, lo que no permite delimitar el ya naturalmente expansivo poder de control de constitucionalidad en Panamá. Lo cual, da cabida a la posibilidad de un entendimiento amplio del Poder Judicial que ya no se ajuste a las limitaciones naturales de pronunciarse sobre la constitucionalidad de una norma o acto cuando se le presente un caso, al menos de manera abstracta.⁵⁸ El riesgo para la separación de poderes y el alcance de un poder judicial ilimitado está justificado precisamente por la conclusión sustancial que nos brinda el desenlace del Caso Citaciones Legislativas a Particulares. La Corte ha reescrito y reconfigurado un artículo del RORI, cuando podía evitarse esta alternativa, sobreponiéndose sobre la función legislativa de la Asamblea Nacional y convirtiéndose en el evitable superlegislador con el uso desmedido e injustificado de la Doctrina de la Conexión.

⁵⁷ POLO PAZMIÑO, Esteban (2022): “La Declaratoria de Inconstitucionalidad de Normas por Conexidad en Ecuador”, *Revista de Derecho*, No. 38 (julio-diciembre 2022): pp. 53-73. Pág 61.

⁵⁸ NINO, Carlos Santiago (1993): “A Philosophical Reconstruction of Judicial Review”, *Cardozo Law Review*, No. 14, (1992-1993): pp. 799-846; p. 819. “(...) judges enjoy extremely broad power to decide the constitutionality of laws in light of evaluative basic standards that could be conceived of as part of an ideal constitution. However, these arguments justify an extraordinary scope of judicial review”.

IX. CONCLUSIONES, ¿ES REALMENTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE PANAMÁ UN PODER JUDICIAL AL APLICAR LA CONEXIÓN?

No perdamos de vista los resultados fácticos del Caso Citaciones Legislativas a Particulares. La Corte Suprema de Justicia, máximo ente del Poder Judicial y poseedor del poder de control declara que una norma que forma parte del RORI – ley, quizás, más relevante del Poder Legislativo – vulnera la Constitución. Y ha llegado a esa conclusión utilizando una doctrina creada jurisprudencialmente, que le permite a la Corte expandir sus poderes de control. En el camino, la Corte ha suprimido unilateralmente y de manera *sua sponte*, una parte del RORI en una abierta confrontación con el Poder Legislativo utilizando su poder de control expansivamente e irrumpiendo en el proceso democrático legislativo. Evidencia de ello es que la declaratoria de inconstitucionalidad por conexión no solo tuvo efectos sobre las citaciones a particulares que fue declarado inconstitucional, sino también sobre las citaciones a servidores públicos cuya constitucionalidad, por el momento, se sigue presumiendo al no haber sido objeto de debate constitucional. El poder administrativo de citación ha sido reconfigurado por la Corte en una argumentable extralimitación de sus poderes de control.

La Conexión ha hecho su debut. De una forma precipitada e inesperada. Una serie de interrogantes quedan sin resolver respecto a cómo funcionará esta doctrina, ¿se necesita una declaratoria de inconstitucionalidad previa para poner en marcha la conexión? ¿De qué manera la Corte establece que hay una relación de conexidad o causalidad entre (i) normas o actos que han sido desafiados por inconstitucionales; y (ii) normas y actos que no han sido desafiados? ¿La aplicación de la Doctrina de la Conexión es una acumulación desmedida de poder? Si lo es ¿qué tan razonable y justificada es? La puerta ha quedado abierta a la concentración de poder; y la tentación del controlador a tener el poder de su lado será un riesgo latente en la solución de conflictos, sobre todo estructurales, entre el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial. Esto redefine nuestro entendimiento sobre el poder de control de constitucionalidad y sobre el papel de la Corte Suprema de Justicia en el sistema constitucional de Panamá. La incorporación y aceptación de este tipo de doctrinas expansivas, añadido a la ausencia de parámetros racionales, lleva a cuestionarnos si realmente nuestra Corte Suprema, como poseedora del poder de control, es parte del Poder Judicial; pues no le parecen aplicar las barreras naturales del poder judicial.⁵⁹ La duda sobre la legitimidad y alcance constitucional de la Corte Suprema se incrementa aún más, ¿es posible limitar al limitador?

⁵⁹ DE TOCQUEVILLE, Alexis (2010), *Democracy in America* (Indianapolis, Liberty Fund), pp. 168-169. El poder de control de los jueces en los Estados Unidos está limitado porque este poder solo puede ser ejercido para resolver casos específicos y no preguntas abstractas. No pueden actuar *sua sponte* sobre temas teóricos. Argumentos similares planteó el panameño ÓSCAR TERÁN en 1911. Terán, Oscar (1911): *Las Leyes Inconstitucionales y el Poder Judicial. Defensa del señor Hilary B. Parker agente de la "Royal Mail Steam Packet Co."*. Alegato ante la Corte Suprema de Justicia (Ciudad de Panamá, Tipografía Excelsior)

Revista especializada semestral "Iustitia et Pulchritudo" Instrucciones para publicación

1. Definición

La revista "Iustitia et Pulchritudo" ISSN 1607-4319, es una publicación periódica semestral (dos números regulares, anualmente) publicada por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Santa María La Antigua, de Panamá.

Esta publicación periódica es especializada, centrada en las disciplinas de las ciencias jurídicas delimitadas dentro del campo de conocimiento 0056 (Derecho), de la Clasificación UNESCO: Nomenclatura para los Campos de las Ciencias y las Tecnologías: 5601, 5602, 563, 5604, 5605 y 5699. Entre estas disciplinas se cuentan: teoría del derecho, filosofía del derecho, filosofía política, derecho comparado, derecho civil, derecho penal y procesal, derecho político, derecho constitucional, derecho mercantil, derecho tributario, derecho laboral, derecho administrativo, derecho internacional, ética jurídica, derecho ambiental, derecho registral, derecho del consumidor, derecho informático, derecho comercial, derecho romano, historia del derecho, sociología del derecho, análisis económico del derecho, gobierno, así como cualquier disciplina o interdisciplina afín. Así mismo, aquellas referidas a campo de conocimiento 0059 (Ciencias Políticas).

Iustitia et Pulchritudo está abierta al personal docente e investigativo de la Universidad Católica Santa María La Antigua y acepta gustosamente colaboraciones de investigadores provenientes de otros Centros de Educación Superior, Entidades Gubernamentales o Institutos de Investigación nacionales o extranjeros.

2. Política Editorial.

2.1. Todos los artículos serán responsabilidad exclusiva de los autores. Con el fin de prevenir el fraude o el plagio, la Universidad Católica Santa María La Antigua podrá verificar datos sobre la trayectoria científica de los autores y, sobre esta base, decidir sobre su publicación definitiva.

2.2. Existirán dos tipos de artículos, según su origen: colaboraciones regulares enviadas por los autores y colaboraciones solicitadas por el Editor. En el primer caso, los trabajos serán enviados a revisión por parte de evaluadores externos, libremente seleccionados por el Editor, quienes de manera imparcial y anónima aprobarán, recomendarán cambios o rechazarán la publicación del trabajo remitido. En el segundo caso, será prerrogativa final del Editor publicar o no la colaboración solicitada.

2.3. Los trabajos a ser considerados para publicación deberán ser absolutamente inéditos. Los mismos deberán ser enviados vía correo ordinario o electrónico, a la siguiente dirección:

Director Editor
Revista Iustitia et Pulchritudo
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad Católica Santa María La Antigua (USMA)
Apartado 0819-8300
Panamá, República de Panamá

O por email a: revista.iustitia@usma.ac.pa / ailueca@usma.ac.pa

2.4. Los artículos enviados serán publicados Ad Honorem y la revista retribuirá su aporte otorgando gratuitamente a cada colaborador un número determinado de copias de la publicación.

2.5. La Universidad Católica Santa María La Antigua conservará los derechos de autor sobre el material impreso en la edición de la que se trate. El autor mantendrá sus derechos de autor sobre ediciones sucesivas.

2.6. No se devolverán colaboraciones no solicitadas por el Editor.

3. Especificaciones Técnicas para las Colaboraciones.

3.1. La revista publicará varios tipos de colaboraciones:

3.1.1. Ponencias o resúmenes de ponencias presentadas en congresos especializados o profesionales.

3.1.2. Trabajos de investigación jurídica (bibliográfica, hermenéutica o socio-jurídica).

3.1.3. Jurisprudencia.

3.1.4. Análisis de Jurisprudencia.

3.1.5. Artículos de Opinión (fundamentada con referencias) sobre asuntos de naturaleza jurídica.

3.1.6. Cartas al Editor.

3.2. Los cuatro primeros tipos de colaboraciones arriba detalladas (3.1.1, 3.1.2, 3.1.3 y 3.1.4) se redactarán dirigidas a un público especializado, su extensión máxima ordinaria será de treinta (30) cuartillas, escritas a espacio sencillo, tipos Garamond o Times New Roman, doce (12) puntos.

3.3. Los trabajos de los dos últimos tipos (3.1.5 y 3.1.6) se redactarán dirigidas a un público general, su extensión máxima ordinaria será de cinco (5) cuartillas, escritas a espacio sencillo, tipos Garamond o Times New Roman, doce (12) puntos.

3.4. Todos los trabajos deberán tener un título claramente identificado. Adjunto al título irán el nombre del o los autores, así como su filiación institucional y su dirección postal y electrónica. El primer autor listado será considerado como Autor Principal y a él será dirigida cualquier comunicación referente al trabajo. Toda esta información deberá concentrarse en una misma página, exclusiva para estos fines. Así mismo, los cuatro primeros tipos de colaboraciones arriba detalladas (3.1.1, 3.1.2, 3.1.3 y 3.1.4) deberán contar con, al menos, cinco referencias bibliográficas, en cada caso.

3.5. Para todos los tipos de escrito:

- Deberán usarse las unidades del Sistema Internacional de medidas, obligatoriamente.
- Las referencias bibliográficas deberán listarse según las normas editoriales de la Revista Chilena de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Puede encontrar guías en <http://ojs.uc.cl/index.php/Rchd/Norm>
- Se pide a cada autor principal que provea una traducción, al idioma inglés, del resumen ejecutivo (abstract) de su escrito. En caso de no poder proveerse, el Director-Editor procederá a efectuar la traducción de dicho resumen.

3.6. Los textos enviados para ser considerados para publicación, deberán ser remitidos en forma de documentos editables, escritos usando el procesador de palabra Microsoft Word.

4. Advertencia / Disclaimer

Las opiniones expresadas en artículos que aparezcan impresos dentro de esta publicación son de responsabilidad exclusiva de los autores correspondientes. No reflejan las opiniones o puntos de vista de la comunidad de la USMA (la Universidad Católica Santa María la Antigua) ni de sus directivos, personal administrativo, docente o educando. Las denominaciones empleadas en esta publicación y la presentación de los datos que contengan los trabajos que aquí se publiquen, no implican la expresión de juicio alguno por parte de la USMA ni de los miembros de su comunidad académica sobre la condición de cualquier persona natural o jurídica y la USMA se exime completamente de cualquier responsabilidad legal derivada.

The views expressed in articles that appear in print within this publication are of the sole responsibility of the respective authors. They do not reflect the opinions or views of the community of USMA (Universidad Católica Santa María la Antigua) nor from its directors, staff, faculty or student body. The designations employed and the presentation of data contained within written works published here do not imply the expression of any opinion whatsoever on the part of the USMA or members of its academic community on the status of any natural or legal person, therefore USMA completely rejects and disclaims any derived legal liability.