

10 de abril de 2000

Licenciada
AMANDA BLANCO
Presidenta del Patronato
Hospital Integrado San Miguel Arcángel.
Distrito de San Miguelito, Provincia de Panamá.

Licenciada Blanco:

Acusamos recibo de su Oficio PHISMA-132/2000 fechado el 15 de marzo de 2000, mediante el cual consulta nuestra opinión sobre la temática:

“...relacionada con el control previo, que la Contraloría General de la República ha impuesto sobre todos los actos que presupongan el uso de los fondos, que el Patronato recibe de la Coordinadora Nacional de la Salud, lo cual se ha puesto en práctica, con base en la Resolución N°462-DICOFI, del 13 de septiembre de 1999, dictada por la Contraloría, cuya copia le adjunto. La interrogante gira en torno a la legalidad del control previo en los gastos, que se le ha impuesto al Patronato.”

Antes de emitir nuestra opinión sobre el punto consultado, consideramos prudente referirnos a los instrumentos legales que guardan relación con el tema:

a). Artículo 276 de la Constitución Política:

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

...
2. Fiscalizar, regular y controlar todos los actos de manejo de fondos y otros bienes públicos, a fin de que se realicen con corrección y según lo establecido en la Ley.

La Contraloría determinará los casos en que ejercerá tanto el control previo como el posterior sobre los actos de manejo, al igual que aquéllos en que sólo ejercerá este último.

...” (resaltado nuestro)

b) El artículo 11 de la Ley 32 de 8 de noviembre de 1984, Orgánica de la Contraloría General de la República:

“Artículo 11. Para el cumplimiento de su misión, la Contraloría General ejercerá las siguientes atribuciones:

1...

2. Fiscalizará, regulará y controlará todos los actos de manejo de fondos y otros bienes públicos, a fin de que tales actos se realicen con corrección y según lo establecido en las normas jurídicas respectivas.

La Contraloría determinará los casos en que ejercerá tanto el control previo como el posterior sobre los actos de manejo, al igual que aquellos en que sólo ejercerá este último. **Esta determinación se hará mediante resolución escrita que expedirá el Contralor General.**

...” (resaltado nuestro)

c) Artículos 2, 13 y 15 de la Ley N°27 de 1° de mayo de 1998, por la cual se autoriza la creación y organización de la empresa de utilidad pública Coordinadora Nacional de la Salud, y se dictan normas con relación a esta empresa:

“Artículo 2. La Coordinadora de la Salud tiene por objeto principal coordinar la financiación, contratación y provisión de servicios de atención médica y de salud en

todo el territorio nacional, a través de contratos-programa que celebrará con sus proveedores.

Para los efectos de esta Ley, **proveedor es la entidad sin fines de lucro que, a través de un contrato-programa, celebrado con la Coordinadora Nacional de la Salud, presta servicios de salud a la población.**

Artículo 13. Para los efectos de esta Ley, el contrato programa es el documento contractual que establece los derechos y responsabilidades concretas que, de manera directa, asume la Coordinadora Nacional de la Salud con los proveedores, para la financiación de los servicios de salud integrales a la población. El mismo contendrá responsabilidades específicas con respecto al tipo, cantidad, costo, acceso, oportunidad y calidad de los servicios que deben proporcionarse, lo que determinará a través de una auditoría de resultados, y es la base para la ejecución de dichos servicios. Su duración será de tres años, prorrogables, con revisiones anuales.

...

Artículo 15. La Contraloría General de la República **adoptará un sistema de fiscalización y control ágil de las actividades de manejo de los contratos que se celebren con la Coordinadora Nacional de la Salud, que permita el desenvolvimiento rápido del proceso de contratación y ejecución de los servicios, para garantizar una atención expedita, eficiente, eficaz y de calidad a la población, en el ámbito de aplicación de cada contrato.**(resaltado nuestro)

ch) Los artículos 1; 4, numerales 1 y 2; 22 y 23 de la Ley N°28 de 11 de mayo de 1998:

“Artículo 1. Se crea el Patronato del Hospital San Miguel Arcángel, como persona jurídica de interés público, sin fines de lucro, con patrimonio propio y capacidad legal para ejercer derechos y contraer obligaciones, regido por las normas del derecho privado.

Artículo 4. Son objetivos del Patronato:

1. **Garantizar la producción de servicios** de atención médica de urgencia, servicios de hospitalización, consulta externa de pre y post hospitalización y los diversos procesos ambulatorios, incluyendo cirugía y otros, que según el contrato-programa deban proveerse a la población residente en la Región de Salud de San Miguelito, Las Cumbres y Chilibre, conforme al sistema de referencia y contrareferencia establecido para esta región.
2. **Establecer mecanismos ágiles** para la adquisición de suministros y servicios básicos que aseguren calidad y precios adecuados, así como su oportuna disponibilidad para la producción de los servicios acordados en el contrato-programa. Todos estos suministros deberán cumplir las normas sanitarias establecidas por la Autoridad de Salud.

...

Artículo 22. El Patronato es una persona jurídica de naturaleza no pública. Para la adquisición de bienes y servicios, y en sus relaciones con terceros, se regirá por las disposiciones del Código de Comercio, del Código Civil y demás normas de derecho privado pertinentes.

Artículo 23. **La Coordinadora Nacional de la Salud adoptará un sistema de fiscalización, auditoría y control ágil** de las actividades relacionadas con la ejecución del contrato-programa por parte del Patronato.”(resaltado nuestro)

Analicemos brevemente los artículos transcritos:

El artículo 276 de la Constitución Política establece que la Contraloría General de la República tiene dos sistemas de fiscalización bien definidos, cuales son el control previo y el control posterior.

Esta norma confiere la facultad extraordinariamente importante a la Contraloría General de determinar en qué casos puede aplicar uno u otro sistema. Por tanto, cuando dicha entidad ejercita uno u otro

sistema de fiscalización lo hace respaldada por la norma constitucional.

Esta facultad constitucional de la Contraloría General de la República ha sido consolidada por la Honorable Corte Suprema de Justicia en diversos fallos. Ejemplo lo es la sentencia del Pleno, de fecha 29 de junio de 1994.

Veamos lo pertinente de dicha sentencia:

“...Si bien es cierto, como ya se ha expuesto, que el Tribunal Electoral es una entidad creada por la Constitución con personería jurídica, patrimonio propio y derecho de administrarlo, en manera alguna implica ello que el legislador puede conferirle a esa entidad pública facultades que lo aparten de la fiscalización, regulación, control e intervención que por mandato constitucional corresponde a la Contraloría General de la República. El legislador no debe olvidar que son funciones explícitas que confiere la Constitución a la Contraloría General de la República las expresadas en los numerales 2,3,4 y 13 del artículo 276 y no podrá hacerlas desaparecer estableciendo a favor de una entidad pública prerrogativas en contra de esas funciones. Ya, en ocasión anterior, se ha dejado claramente establecido que cuando el artículo citado habla que son funciones de la Contraloría General de la República, además de las que le señala la Ley, las trece que enumera, **la facultad que se le confiere al Organo Legislativo para crear funciones a esa entidad estatal, no debe entenderse como disminución de las numeradas en esa norma constitucional, sino como ampliación de ellas por la vía legislativa** (Sentencia del Pleno de 7 de febrero de 1992, R.J. febrero, 1992, pág.32)

....Limitar el control fiscal previo de los gastos e inversiones en forma exclusiva a la disponibilidad de la partida presupuestaria y el cumplimiento de los requisitos de contratación aplicables, constituye un desvío palmario de lo preceptuado por la norma constitucional. El control previo sobre los actos de manejo de fondos y bienes

públicos serán determinados por la Contraloría General y no pueden estar sujetos a excepciones como ha pretendido el párrafo en referencia.”(negritas nuestras)

Esta norma constitucional la recoge la Ley N°32 de 1984, en su artículo 11, numeral 2 y agrega que, la determinación de cuándo se ejerce el control previo o posterior la ejercerá el Contralor General de la República mediante Resolución escrita.

En nuestro entender, este último aspecto, o sea, en qué casos la Contraloría General de la República puede aplicar uno u otro sistema de fiscalización debiera ser reevaluado, ya que esta facultad tal como está siendo ejercida actualmente por la Contraloría General de la República, genera cuestionamientos sobre si el sistema aplicado a la entidad estatal afectada es justo o no; si contribuye o no al desarrollo institucional del país, o, lo más importante aún, si está siendo ejercida en el sentido en que la Constitución lo prevé.

Permítasenos detenernos brevemente en este punto para hacer algunas observaciones sobre lo antes afirmado.

A nuestro juicio, cuando la Constitución Política obliga a la Contraloría General a determinar en qué casos puede aplicar el control fiscal previo o posterior, se refiere no a casos concretos de instituciones específicas en la Administración Pública, sino a determinar cuáles actividades de las que realiza el Estado, por la propia naturaleza de las mismas, deben ceñirse en la fiscalización de sus ejercicios fiscales ya sea a un control previo o a un control posterior. Ello significa, en nuestra opinión, que la Contraloría General de la República está obligada, de conformidad con la norma constitucional comentada, a reglamentar el ejercicio de uno u otro sistema de fiscalización en actividades específicas de la administración pública, cuando las mismas se rijan por el régimen privado o por un régimen mixto. Ejemplo: en el sector financiero que comprende instituciones como Banco Nacional de Panamá, Caja de Ahorros, Cofina, Banco Hipotecario Nacional, etc.; en el sector salud, cuando la administración de la entidad esté a cargo de un Patronato, como es el caso del Hospital Integrado San Miguel Arcángel de San Miguelito, entre otros.

Consideramos que la Contraloría General de la República debe determinar, mediante una Reglamentación General que contenga un análisis de la naturaleza de tales actividades, si las mismas están sujetas o bien a un sistema de control previo o bien a un sistema de control posterior.

Este planteamiento no es una simple elucubración o quimera jurídica, ya que la propia Ley Orgánica de la Contraloría de la República, en el artículo 76 al referirse a la fiscalización que debe ejercer la Contraloría General sobre las operaciones financieras de las empresas mixtas y de aquellas en que tome participación económica el Estado, deberá tomar en consideración la naturaleza de la actividad respectiva. Para una mejor comprensión del punto planteado nos permitimos reproducir el artículo en comento:

“Artículo 76. La Contraloría General de la República está facultada para examinar, fiscalizar y controlar las operaciones financieras de las empresas mixtas y de aquellas en que tome participación económica el Estado, un municipio, una Junta Comunal, una empresa estatal o una institución autónoma o semi-autónoma. Al ejercer esta atribución, la Contraloría **tomará en consideración la naturaleza de la actividad** y el grado de participación económica de las entidades públicas en tal actividad.”
(negritas nuestras)

La práctica actual de la Contraloría General de la República sobre este punto consiste en la dictación de Resoluciones muy particulares sobre instituciones específicas en las cuales determina el establecimiento de uno u otro sistema de fiscalización para dicha entidad.

Esta práctica, independientemente de la motivación que la cause, genera cuestionamientos acerca de si tal sistema es correcto o no, o si es justo o no para la entidad afectada; si contribuye al fortalecimiento institucional del país; o, si tal proceder está enmarcado dentro de lo normado por la Constitución Nacional.

Consideramos que la utilización del control previo como método de fiscalización generalizado puede limitar la capacidad de realización de los planes, programas y proyectos que la Administración pretende

ejecutar, por los inevitables cuellos de botellas provocados por las autorizaciones centralizadas, independientemente de la buena voluntad de los funcionarios responsables.

En este sentido, es aconsejable que la Contraloría General de la República adopte, lo antes posible, una reglamentación ágil y flexible que le permita cumplir con sus funciones fiscalizadoras acorde con la naturaleza de las instituciones que así lo requieran, ya que, de lo contrario corre el riesgo de que mediante la dictación de leyes, el Organo Legislativo vaya modificando los sistemas de fiscalización adscritos a ella y excluya el control previo, tal como ha ocurrido con el Patronato del Hospital Santo Tomás, cuando dicha atribución es potestad exclusiva de la Contraloría General de la República.

No obstante, en el caso que nos ocupa, debemos analizar el sentido y alcance del artículo 15 de la Ley 27 de 1° de mayo de 1998, con relación al ejercicio de esta facultad por parte de la Contraloría General de la República.

El Estado moderno propugna hoy día por la descentralización de los servicios básicos a la población, entre los que se encuentran los servicios de salud. En este sentido, el Estado panameño no ha escapado a estos avances modernos y por ello se creó la **Coordinadora Nacional de la Salud**, cuyo objetivo principal, como lo vimos en los artículos previamente transcritos, es **coordinar la financiación, contratación y provisión de estos servicios**, mediante contratos-programas que realizará con sus proveedores.

En este sentido, la Ley es clara al definir que proveedor es la entidad sin fines de lucro, que a través de un contrato-programa presta servicios de salud a la población; señala, además, que este contrato-programa contiene responsabilidades específicas con respecto al tipo, cantidad, costo, acceso, oportunidad y calidad de los servicios que deben proporcionarse, siendo ello cuantificado a través de una auditoría de resultados por parte de CONSALUD.

Para garantizar que el servicio de salud pueda brindarse de manera expedita y eficaz, la Ley N°27 consideró prudente desarrollar una norma que crease el marco para que la Contraloría General de la

República ejerciese su fiscalización de manera ágil. Nos referimos al artículo 15 de dicha Ley, previamente citado.

Este artículo señala que la Contraloría General de la República "adoptará" un sistema de fiscalización y control ágil de las actividades de manejo de los contratos que se celebren con CONSALUD, que permita el desenvolvimiento rápido del proceso de contratación y ejecución de los servicios, para garantizar una atención expedita, eficiente, eficaz y de calidad a la población.

El artículo 15 de la Ley N°27 de 1998 que crea la Coordinadora Nacional de la Salud (CONCALUD), constituye una norma imperativa de forzoso acatamiento para la Contraloría General de la República, consistente en la obligación de crear un sistema de fiscalización y control ágil de la actividad de manejo de los contratos-programas.

Esta función específica adscrita a la Contraloría General de la República incluye al Patronato Hospital Integrado San Miguel Arcángel de acuerdo al artículo 23 de la Ley N°28 de 1998.

Tal como bien lo señala la Corte Suprema de Justicia en el fallo transcrito en párrafos anteriores, el Órgano Legislativo no puede adoptar leyes que disminuyan la capacidad fiscalizadora y reguladora de la Contraloría General de la República. Sin embargo, sí puede legislar para ampliar las funciones fiscalizadoras de la Contraloría General de la República, tal como lo permite la norma constitucional.

Este artículo 15, no violenta lo establecido en el artículo 276 constitucional, toda vez que su contenido no merma la función fiscalizadora de la Contraloría General e la República, todo lo contrario, contempla un mandato para la entidad fiscalizadora, de buscar un sistema flexible que permita el proceso de contratación y ejecución de los servicios de salud de manera expedita y eficaz. Por tanto, corresponde a la Contraloría General de la República acatar lo señalado en esta Ley especialísima en materia de servicios de salud. Con ello, no se le está disminuyendo la facultad de fiscalización que tiene dicha entidad, sino que dentro de los sistemas que practica adecúe el más ágil y expedito, con la finalidad de no paralizar los servicios de salud tan importantes para la población panameña.

En nuestra opinión, la Contraloría General de la República deberá evaluar la situación especial de los servicios de salud que se brindan a través de los contratos-programas con la Coordinadora Nacional para la Salud, en esta ocasión los que brinda el Hospital Integrado San Miguel Arcángel, toda vez que aplicar el control fiscal previo en esta entidad de salud, puede ocasionar graves perjuicios a dicha entidad, por razón de los servicios que contrata con entes privados que se rigen por las leyes civiles y mercantiles, y, por ende, a la Coordinadora Nacional para la Salud, empresa de utilidad pública, quien es la contraparte de los contratos-programas.

Estas normas, tal como lo hemos señalado, son de obligatorio cumplimiento por parte de la Contraloría General de la República y debe acatarlas por el mandato contenido en el artículo 276 de la Constitución Política, el cual establece que **la Ley podrá determinar otras funciones** a dicho ente fiscalizador.

En cuanto a las normas que regulan al Patronato del Hospital Integrado San Miguel Arcángel, contenidas en la Ley N°28 de 1998, específicamente los artículos citados en párrafos anteriores, los cuales definen la naturaleza jurídica del Patronato, así como los objetivos que persigue el mismo, éstos reproducen los conceptos señalados en la Ley 27 que crea la Coordinadora Nacional de la Salud; es decir, que corresponde al Patronato del Hospital Integrado San Miguel Arcángel **garantizar la producción de los servicios de salud**, obligación contraída en el contrato-programa, para lo cual deberá establecer mecanismos ágiles para la adquisición de suministros y servicios básicos que aseguren calidad y precios adecuados, así como su oportuna disponibilidad para la producción de los mismos.

De igual forma, se obliga en esta Ley a CONSALUD a adoptar un sistema de fiscalización, auditoría y control ágil de las actividades relacionadas con la ejecución del contrato-programa.

En este caso específico, la Contraloría General de la República dictó la Resolución N°39-98 D.C. del 13 de abril de 1998, exceptuando del control previo las operaciones de manejo de fondos y bienes públicos en el Hospital Integrado San Miguel Arcángel, entre otros, y luego dictó la Resolución N°462-DICOFI del 13 de septiembre de 1999, revocando

la primera e instituyendo el control previo sobre el manejo de fondos bienes de dicho ente de salud.

Es oportuna la ocasión para señalar que el tema del control previo y su incidencia en la administración gubernamental ha sido tema central en foros internacionales, en los cuales se ha concluido indicando que tanto el control previo como los controles excesivamente centralizados han sido un obstáculo en el desarrollo de la buena función de la administración pública, especialmente en el sector financiero, sugiriéndose modificar estas prácticas para garantizar la mejor gestión por parte de las oficinas especializadas.

Aunque es reconocido el interés de la Contraloría General de la República en adoptar medidas que coadyuven a la agilización de los procedimientos administrativos del Estado y a la correcta fiscalización del manejo de los dineros de todos los panameños, dado que los controles permiten acabar con los desgüeños administrativos y poner frenos a la corrupción, lo cierto es que estas medidas deben acoplarse a las tendencias y corrientes actuales que otorgan al Estado un papel dinamizador de la economía.

Estas mismas corrientes, en las que Panamá también tiene interés, nos hablan de la descentralización de las acciones y del establecimiento de mecanismos para transformar las reglas burocráticas y generar estrategias y técnicas de gestión más adecuadas para hacer del Estado un ente eficiente, efectivo y eficaz, en el cual las decisiones tomadas a nivel político puedan concretarse en la realidad.

A nuestro juicio, la situación planteada puede corregirse, pues la Contraloría General de la República tiene la solución técnica al problema. Nos referimos a la integración del Hospital Integrado San Miguel Arcángel al Sistema Integrado de Administración Financiera de Panamá (SIAFPA), el cual permite el **refrendo electrónico**, una vez se verifique la disponibilidad de los fondos y el cumplimiento de los requisitos. Este sistema es ágil, seguro, confiable y sobre todo permite la transparencia en toda la gestión pública, ya que el mismo contiene toda la información financiera presupuestaria del Estado panameño.

Finalmente, sugerimos al Patronato Hospital Integrado San Miguel Arcángel presentar una fórmula concreta a la Contraloría General de la República para solucionar el problema, la cual puede ser la anotada en el párrafo anterior.

De Usted, atentamente,

Original } Licda. Alma Montenegro de Fletcher
Firmado } Procuradora de la Administración

ALMA MONTENEGRO DE FLETCHER
Procuradora de la Administración.

AMdeF/12/hf.