

23 de noviembre de 1995

Licenciado:
ARISTIDES ROMERO JR.
 Contralor General de la República
 E. S. D.

Señor Contralor:

Es para nosotros motivo de complacencia absolver la consulta elevada ante este Despacho, mediante Nota No. 5166-Leg de 9 de octubre del presente año, a fin de que emitamos opinión jurídica independiente al nivel jerárquico que poseen las instituciones independientes constituidas a nivel constitucional, en materia de administración (salarios, viáticos).

La aludida Nota contiene el criterio legal en relación al punto que se consulta, específicamente en la siguiente exposición:

"Como consecuencia de la realidad jurídica anterior de estos entes públicos independientes, el someter a la aprobación de otros entes públicos centralizados, por ejemplo del Ministerio de la Presidencia, la erogación de fondos públicos en concepto de salarios, viáticos, etc., por parte de las referidas instituciones públicas independientes, desvirtúa la naturaleza jurídica de las mismas, mermando su status y contraviniendo la independencia funcional de entidades como el Organo Legislativo, la Administración de Justicia y la Contraloría General. En estos casos, como medida de sana política administrativa, lo más que podría exigirse a los citados entes públicos independientes, desde el punto de vista jurídico, a efecto de no contravenir la propia Constitución Nacional, es que éstos informen del resultado de sus operaciones en materia de salarios y viáticos; etc."

En el párrafo transcrito, se resume la posición de la Contraloría General de la República, en cuanto a la independencia funcional que deben poseer las denominadas instituciones públicas independientes, y sobre todo, esa Institución fiscalizadora.

El punto de vista que sostiene su Despacho en torno a la interrogante planteada, merece que hagamos una serie de precisiones en torno a las disposiciones aplicables al asunto que se nos consulta.

La estructura de la Administración Pública está conformada por los órganos encargados de realizar la función administrativa. La gestión de esta elevada misión está constituida por la organización, funcionamiento y distribución de competencias entre los órganos del Estado a quienes se encomienda la realización de sus fines con los medios que dispone. Esta organización jurídica requiere de personas físicas que asumen la calidad de funcionarios o empleados públicos que aportan su actividad intelectual o física para atender los propósitos estatales mediante determinadas prestaciones.

La Constitución Política de la República de Panamá, en su artículo 178, pone a cargo del Presidente de la República la administración general del país, lo que quiere decir que el mismo tiene a su cargo la administración general del Estado, constituyéndose en el Jefe inmediato y superior del país y quien representa la más alta jerarquía entre los diferentes agentes de la autoridad activa.

Ahora bien, en toda organización administrativa debe existir un sistema de controles o de medios de fiscalización de la actividad de la Administración Pública y de quienes tratan con ella.

Con dicho sistema de controles o de fiscalización se tiende a constituir un conjunto de garantías de legitimidad y de oportunidad en la actividad administrativa, a la vez que a lograr la eficiencia y moralidad dentro de la administración. Por ello el ejercicio de fiscalización que realiza el Organismo Ejecutivo respecto a los órganos de Administración Pública.

Las vías o medios jurídicos para hacer efectivo el control o fiscalización en la Administración por parte del Ejecutivo, a veces están contemplados expresamente por una norma; ejemplo de ello lo tenemos con la Ley de Presupuesto. Veamos.

La aprobación del Presupuesto, conforme a los artículos 118, ordinal 21 y 144, Ordinal 5, de la Carta Política de 1946, era potestad legislativa de la Asamblea Nacional. El mismo era propuesto por el Organismo Ejecutivo y quedaba circunscrito únicamente a las rentas y gastos de la Administración Central.

El Ejecutivo no tenía ingerencia en la aprobación de los Presupuestos de las entidades autónomas. Esta atribución era competencia de la Junta Directiva de tales entidades, y así podemos

citar a la Universidad de Panamá, la Caja de Seguro Social y los Municipios, quienes tenían autonomía económica y funcional reconocida por los artículos 99, 100, 109 y 299 de la Constitución de la República de Panamá de 1946. Cabe señalar, que en el actual texto constitucional, dichos entes mantienen dicha autonomía.

Sobre la naturaleza de los entes autónomos en nuestro derecho positivo, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de 21 de noviembre de 1967, señaló:

"Las personas jurídicas de derecho Público, cuya creación por Ley se hace en desarrollo de claras disposiciones constitucionales, entre nosotros, puede dividirse en dos grupos, a saber:

- a) Las instituciones estatales de autonomía constitucional necesaria, y
- b) las instituciones estatales de autonomía legal, aunque fundada en la Constitución.

Las instituciones estatales o entidades autónomas, de autonomía constitucional necesaria, lo son: La Caja de Seguro Social (art. 93 de la C.N.); los Municipios (art. 186 de la C.N.); la Universidad Oficial de la República (art. 86 de la C.N.) y los bancos oficiales o semioficiales (art. 215 de la C.N.). Dichas instituciones necesariamente tienen que ser autónomas, porque así lo mandan las normas constitucionales, de tal suerte que el Estado no podría por ejemplo, quitarle su autonomía ni a la Universidad de Panamá, ni a los Municipios, ni a la Caja de Seguro Social, ni a los Bancos Oficiales.

"Lo que caracteriza la autonomía de nuestras instituciones es el hecho de tener una personalidad distinta de la persona jurídica del propio Estado; tener un patrimonio especial distinto e independiente del patrimonio general del Estado; gozar de un amplio poder de determinación directa; regirse por una administración y organización propias y tener capacidad para contratar con personas naturales o jurídicas, públicas o privadas.

...

4

"No fijó el constituyente hasta donde alcanza la independencia en materia de gobierno y administración que compete a los entes autónomos, y nuestro legislador no ha tenido el cuidado de hacerlo en cada Ley. A lo mejor, por sentirse seguro de que, el prudente criterio y la práctica ya hecha ley, marcarían esos límites, además de que, el grado de autonomía de cada institución, obedece a la naturaleza y propósito de sus respectivas funciones especializadas."

Es evidente pues, que las entidades autónomas del Estado, cuentan con personalidad jurídica, patrimonio y autonomía funcional, que incluye la facultad necesaria para nombrar y remover su personal.

No obstante, es una realidad jurídica que en nuestro país la autonomía de que gozan los entes estatales descentralizados ha sido restringida, especialmente en aspectos presupuestarios, a partir de la adopción de la Constitución Política de 1972, lo que dió origen a que las Leyes posteriores instituyeran medidas que limitan igualmente esa autonomía.

Resulta ilustrativo sobre este aspecto lo ocurrido con los Municipios (cuya autonomía está igualmente reconocida en la propia Carta Política), a los cuales el artículo 246 de ésta sólo les permite "contratar empréstitos previa autorización del Organo Ejecutivo"; de igual manera, lo establecido en el Capítulo III del Título IX de dicha Carta Política, según cuyas normas el Presupuesto elaborado por el Organo Ejecutivo y luego aprobado por el Organo Legislativo contendrá la totalidad de las inversiones, ingresos y egresos del sector público, que incluye los entes públicos centralizados, entidades autónomas, semiautónomas y empresas estatales.

Un aspecto de gran importancia en la organización y fundamento de las entidades autónomas y semiautónomas, lo constituye la vinculación con la administración central del Estado.

La finalidad de ese control por parte del Ejecutivo, lo expone diáfananamente el profesor ALVARO TAFUR GALVIS, cuando señala:

"El ejercicio del control de tutela determina, de una parte, la limitación en la autonomía reconocida a las entidades descentralizadas, y de otra, en contraprestación, un cúmulo de atribuciones a disposición de las autoridades centrales, en

5

cuya virtud pueden lograr la unificación de las actividades administrativas confiadas a las diferentes agencias estatales.

Pero la finalidad de limitación de la autonomía de estos organismos descentralizados no es la única de la tutela. En efecto, por medio de ella, y entre otros procedimientos, se logra también coordinar entre sí las actividades de las entidades, con el fin de que sean un adecuado reflejo de la política gubernamental que para un determinado sector haya adoptado el gobierno." (TAFUR GALVIS, ALVARO "Instituciones Descentralizadas". pág. 112).

Lo antes transcrito, refuerza nuestro criterio de que el Poder Ejecutivo conserva sobre las entidades autárquicas o autónomas, sus derechos de superior jerárquico.

Pero si se tratase de órganos sujetos al poder de mando jerárquico del superior (entidades centralizadas), la decisión de éste no sólo podría tener alcance concediendo o negando una autorización solicitada, sino que también podría contener una reforma o modificación del acto. Esto no sería otra cosa que uno de los efectos normales del ejercicio del poder jerárquico por parte del Órgano Ejecutivo.

Estos principios que hemos dejado plasmado, y que corresponden al Poder Ejecutivo, no solo alcanzan a las entidades descentralizadas, sino que también a las llamadas instituciones públicas independientes, pues la Constitución pone a cargo del Poder Ejecutivo la administración general del país, lo que se traduce claramente en actos de control sobre toda la Administración Pública en general.

Los mecanismos de control de los cuales se vale el Ejecutivo son principalmente los de autorización y aprobación, los cuales pueden tener vigencia en la administración centralizada, es decir dentro de la jerarquía, como en la administración descentralizada orgánicamente.

La autorización es el acto administrativo mediante el cual un organismo administrativo -para el caso que nos ocupa, el Órgano Ejecutivo- pueden quedar facultados para emitir un acto jurídico o para desplegar cierta actividad o comportamiento.

Para MIGUEL MARIENHOFF, en su Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, nos dice: "Trátase de un medio de control preventivo, 'a priori', vale decir, de un control que debe

producirse antes que el acto pertinente sea emitido por el órgano o personas controlados, o antes de que el comportamiento sea realizado, una vez otorgada la autorización por el órgano controlante, el acto puede realizarse válidamente."

Como acto de control, la autorización puede tener vigencia en la administración centralizada, es decir, dentro de la jerarquía, como en la administración descentralizada orgánicamente, o sea dentro del control administrativo stricto sensu.

En tanto la aprobación, es el acto administrativo que acepta como bueno un acto de otro órgano administrativo, o de una persona particular, otorgándole así eficacia jurídica.

Dicho acto administrativo, puede tener vigencia tanto en la administración centralizada como en la administración descentralizada orgánicamente.

Los mecanismos de control definidos en los párrafos precedentes, se encuentran claramente establecidos en las diversas Normas Generales de Administración Presupuestaria, señaladas en la Ley No. 32 de 30 de diciembre de 1994.

En lo que respecta a las denominadas "instituciones públicas independientes" creadas por disposición constitucional, y que poseen "mayor autonomía económica y funcional", las mismas están compelidas a solicitar la autorización al Ejecutivo para la concesión de viáticos para los funcionarios que viajen en misión oficial fuera del país. Ello se desprende del artículo 182 de la Ley 32 de 30 de diciembre de 1994, que dispone:

"ARTICULO 182: En los casos en que sea necesario enviar funcionarios en misiones oficiales fuera del país, el titular de la institución pública que solicite la autorización para el viaje, presentará al Ministerio de la Presidencia, la petición de autorización con no menos de quince (15) días de antelación a la fecha de partida. Esta autorización solamente podrá ser revocada por el Ministerio de la Presidencia. En el caso de los Organos Legislativo y Judicial solamente se le comunicará...

Como se destaca de la norma transcrita, las únicas instituciones independientes que no deben solicitar al Ejecutivo la petición de autorización para enviar funcionarios en misiones oficiales fuera del país, son el Organó Legislativo y el Organó Judicial, quienes sólo deben informar al Ministerio de la Presidencia las acciones sobre viáticos al exterior.

Cabe advertir que, hasta 1993 las Leyes y Decretos de Gabinete por medio de las cuales se dictaba el Presupuesto General del Estado, en sus Normas Generales de Administración Presupuestaria, no excluían a ninguna institución ya fuese centralizada o descentralizada, de solicitar al Ministerio de la Presidencia la autorización para enviar a funcionarios en misiones oficiales al exterior y sus correspondientes viáticos.

A manera de ejemplo, tenemos que el Decreto de Gabinete No. 1 de 2 de enero de 1993, por medio del cual se aprobó el Presupuesto General del Estado para la vigencia fiscal de 1993, y que en su artículo 128 señalaba lo siguiente:

"ARTICULO 128: En los casos en que sea necesario enviar funcionarios públicos en misiones oficiales fuera del país, el titular de la institución pública que solicite la autorización para el viaje, presentará al Ministerio de la Presidencia, la petición de autorización con no menos de quince (15) días de antelación a la fecha de partida. La solicitud debe tener la siguiente información:

No fue sino hasta la aprobación del Presupuesto General del Estado de 1994 (Ley 32 de 1993) que se excluyó al Organo Legislativo y Organo Judicial de la obligatoriedad de solicitar la autorización del Ministerio de la Presidencia para viajar al exterior en misiones oficiales, teniendo solamente que notificar a dicho Ministerio las acciones sobre viáticos al exterior.

En lo que atañe a la Contraloría General de la República y el Ministerio Público, a pesar que poseen las mismas características funcionales que el Organo Judicial y el Organo Legislativo, el artículo en comento no las excluye de solicitar la autorización al Ministerio de la Presidencia para enviar funcionarios en misiones oficiales fuera del país con sus respectivos viáticos, y lamentablemente dicha norma no puede ser aplicada por extensión a estos dos entes independientes, con fundamento en el principio de Legalidad consagrado en el artículo 18 de nuestra Carta Magna, en el sentido que los servidores sólo pueden hacer lo que previamente se encuentra establecido en la Ley.

Por todas las consideraciones anteriormente expuestas, somos de la opinión que mientras no se excluya de las Normas Generales de Administración Presupuestaria a la Contraloría General de la República y al Ministerio Público, tal como se ha hecho en los últimos dos años con el Organo Legislativo y el Organo Judicial, dichas "instituciones públicas independientes", deben cumplir con lo que dispone el artículo 182 de la Ley 32 de 1994 en materia de viáticos y viajes en misiones oficiales al exterior.

