

C-No.178

Panamá, 8 de septiembre de 2004.

Licenciado
NEHAL SING SATURNO
Presidente y Representante Legal
del Patronato Hospital Integrado
San Miguel Arcángel.
E. S. D.

Señor Presidente:

En uso de las facultades concedidas por los artículos 217, numeral 5 de la Constitución Política y 6 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, procedo a dar respuesta a su consulta seriada PHISMA-096/2004 de 7 de agosto de 2004, ingresada el día 9 del mismo mes y año, y en la cual nos pregunta sobre “el control fiscal previo que actualmente ejerce la Contraloría General de la República, en todos los actos que presupongan el uso de fondos públicos que este Patronato recibe de la Coordinadora Nacional de la Salud (CONSALUD)”.

Antecedentes:

1. La Coordinadora Nacional de la Salud fue creada con base en la Ley 27 del 1 de mayo de 1998, siendo ésta una sociedad por acciones, (empresa de utilidad pública), conformada por los Ministros de Hacienda y Tesoro¹, de Salud, el Director de la Caja de Seguro Social y un representante de la Contraloría General de la República.

¹ Ley N°. 97 de 21 de diciembre de 1998 “por la cual se crea el Ministerio de Economía y Finanzas y se dictan otras disposiciones”.

2. Por medio de la Ley N°.28 del 11 de mayo de 1998, se crea el Patronato del Hospital San Miguel Arcángel (HISMA), como persona jurídica de interés público, sin fines de lucro, con patrimonio propio, con capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones, regido por las normas del derecho privado. (Artículo 1).

3. Estas dos entidades celebran cada tres años, un contrato programa en el cual establece el tipo, cantidad, atributos de calidad y precio de los servicios que CONSALUD compra al Patronato HISMA.

4. Al adentrarnos en el conocimiento del referido contrato-programa, observamos que el Patronato del HISMA se constituye en un proveedor de CONSALUD, quien a través de los **fondos públicos que la Caja del Seguro Social y el Ministerio de Salud depositan en sus arcas**, cancela mensualmente al Patronato la facturación por los servicios de atención de salud que éste presta a la población residente en San Miguelito, Chilibre y Las Cumbres. Todo lo anterior en concordancia con lo establecido tanto en la cláusula cuarta y undécima del precitado contrato-programa.

A juicio del HISMA, con el acto comercial de compra de servicios, la esencia de fondos públicos del dinero de CONSALUD se pierde, automáticamente, en el momento en que cualquiera de sus proveedores los recibe en concepto de pago por los servicios prestados; tal es el caso del Patronato HISMA. Es decir, el Patronato del Hospital San Miguel Arcángel solamente recibe los dineros de CONSALUD, en concepto de pagos por los servicios que produce y posterior a la presentación de la factura.

Por medio de resolución **39—98DC del 13 de abril de 1998**, la Contraloría General de la República exoneró del control previo a ciertos hospitales, incluyendo al HISMA (artículo 1). Sin embargo, por medio de la **resolución N°. 462-DICOFI del 13 de septiembre de 1999**, por la Contraloría General de la República deja sin efecto la **resolución N°.39-98**, e introduce la aplicación del Control Previo sobre las operaciones de ciertos hospitales, incluyendo el Hospital san Miguel Arcángel; basando su decisión

en la disposición constitucional N°. 276, numeral 2 y el artículo 11, numerales 2 y 48 de la ley 32 del 8 de noviembre de 1984.

Por medio de nota N°. 05-DGF-02 calendada 11 de enero de 002, la Contraloría General de la República, a través de la Jefa de Fiscalización del HISMA, Sra. Vielka Morales, informa lo siguiente:

“Hemos refrendado los cheques correspondientes al pago de la terminación laboral, correspondiente a la vigencia fiscal 2001, los cuales los contratos (sic) que amparaban esta liquidación no estaban refrendados por la Contraloría General. Sin embargo, queremos recomendarles que estamos frente a un acto administrativo que conlleva una erogación de fondos públicos, acto que por disposición constitucional requiere de una formalidad que consiste en el perfeccionamiento de este acto que no es más que el refrendo por parte de la Contraloría General”.

En opinión de la Dirección de Asesoría Legal del Hospital Integrado San Miguel Arcángel, con esta nota de Contraloría General se les esta obligando a que todos los contratos de índole laboral que firme el Patronato del HISMA con sus colaboradores, tengan dos refrendos; el suyo y el del Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral. Todo esto con base en lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 32 de 1984. La consecuencia de este doble trámite las sufre el colaborador, quien ha de esperar por lo menos dos a tres meses antes de recibir su primer pago de salarios, violándose lo dispuesto en el artículo N°.128, numeral 2 del Código de Trabajo, y haciéndose vulnerables a demandas de parte de ellos por el incumplimiento en la fecha de pago, hecho que en efecto ya ha ocurrido.

Con base en los antecedentes esbozados, se requiere opinión de lo siguiente:

1. ¿Si es legal o no que la Contraloría General de la República utilice el criterio de la discrecionalidad en la aplicación del control previo en las operaciones del HISMA?
2. ¿Puede la Contraloría General de la República aplicar la discrecionalidad del control previo a un proveedor de servicios en este caso al Patronato del HISMA, quien factura mensualmente a un comprador de servicios (CONSALUD) por los servicios contratados por éste?
3. ¿Puede la Contraloría General de la República exigir el refrendo obligatorio a todos los contratos laborales que convenga el Patronato del HISMA con sus nuevos colaboradores?
4. ¿Le es aplicable al HISMA las directrices previstas en el acto administrativo contenido en la resolución N°. 462-DICOFI del 13 de septiembre de 1999?
5. Si el doble refrendo de los contratos laborales (Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral y Contraloría General de la República) resultare a su juicio legal, tiene la Contraloría General de la República la potestad de supeditar el pago de los salarios a este refrendo, provocando violaciones a lo dispuesto en el Código de Trabajo?
6. Siendo que la Ley 27 de 1998 otorga al Patronato el derecho a gestionar con base en las normas del derecho privado, ¿tiene la Contraloría General de la República la autoridad de exigir a éste, la aplicación de la Ley 56 (Contratación Pública) ó la Ley 1 (de medicamentos) en su actividad comercial diaria?

Criterio de la Procuraduría

Antes de emitir nuestra opinión sobre el punto consultado, es importante aclarar que no es competencia de este despacho determinar la legalidad o no de un acto administrativo, toda vez, que esta es una función exclusiva de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de conformidad con el artículo 97 del Código Judicial, y el artículo 203, numeral 2 de la Constitución Política.

Aclarado lo anterior, 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 aquellos en que sólo ejercerá este último.

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 auditoria 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 y no discrecionalmente.

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 Órgano 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.” (Resaltado nuestro).

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. Entendiéndose por aquel como una fiscalización previa a la plena eficacia del acto; por ello, su finalidad no es dejar el acto irrito, sino repararlo u objetarlo con el fin de impedir su completa formación.² En cuanto al control posteriori, no impide la ejecución del acto ni su completa formación, sino que persigue dejar sin efecto el acto, determinar y

² MADARIAGA GUTIERREZ, Mónica; Derecho Administrativo y Seguridad Jurídica; Editorial Jurídica de Chile, 1965, p.45.

sancionar la responsabilidad del agente emisor cuando el acto es contrario a derecho.³

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

³ Op. Cit. P.45

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.

La Contraloría debe adaptar su sistema de fiscalización y control a las condiciones propias de cada actividad de manejo en forma tal que consulte los mejores intereses del Estado, en este caso en el campo de la salud, si de lo que se trata es de brindar una calidad en el servicio en atención de salud, con eficiencia y eficacia.

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 Órgano 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 auditoria 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 (CONSALUD), 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 de 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 y de las contrataciones 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 (colaboradores) 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 relación 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.

En ese mismo sentido, se exige a CONSALUD adoptar un sistema de fiscalización, auditoria 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 desgredos 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. Y no sólo debe tomarse en cuenta este aspecto, sino que en un modelo de gestión pública en salud, debe brindarse un servicio de calidad,⁴ pero para ello, debe haber una

⁴ Todos los sistemas de gestión, desde el ISO 9000 pasando por el Modelo Europeo de Excelencia de la Calidad Total, son cada vez más conscientes de la importancia del individuo en la consecución de metas. La ISO 9000: 2000 está basada en los 8 llamados Principios de la Gestión de Calidad y precisamente, el Principio n° 3 se refiere a las personas y enuncia "El

compenetración entre el proveedor del servicio y sus colaboradores y demás personas involucradas en la promoción de la salud.

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.**

Se sugiere, 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.

Otra fórmula a seguirse en este proceso, para solucionar el presente conflicto, es el contenido en el propio contrato – programa; nos referimos a la cláusula Decimoséptima que dispone: “que las partes acuerdan y aceptan que cualquiera reclamación que surgiera con motivo de la interpretación, aplicación o ejecución de presente CONTRATO –PROGRAMA, será solucionada *por acuerdo mutuo de las partes* y sino procediera así, será dilucidado de conformidad con lo que al

personal, a todos los niveles, son la esencia de una organización y su total compromiso e involucramiento permite que sus capacidades puedan ser utilizadas por el máximo beneficio de la Organización". **SISTEMA DE GESTIÓN DE LA SEGURIDAD Y SALUD OCUPACIONAL.**

respecto dispongan las leyes panameñas vigentes en materia de arbitraje o solución de conflictos entre las partes.

Somos de opinión, que de existir demoras en el refrendo de los cheques, correspondientes al pago de los contratos laborales, por parte la Contraloría, se puede subsanar tomando en cuenta lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 28 27 de 1998 el cual preceptúa 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 la Coordinadora Nacional de Salud, que permita el desenvolvimiento del proceso de contratación y ejecución de servicios.

Ahora bien, si debe quedar claro, que aun cuando el Patronato del HISMA, sea de naturaleza no pública, es decir, que su conformación no es igual, al resto de las instituciones públicas, no significa que no tengan que justificar las razones por las que se vaya a contratar a determinadas proveedores o colaboradores, para la prestación del servicio salud; pues debe recordarse, que toda salida fondos públicos debe justificarse ante la Contraloría General de la República.

El artículo 48 de la Ley 32 de 1984, establece que la Contraloría refrendará todos los contratos que celebren las entidades públicas **que impliquen erogación de fondos o afectación de sus patrimonios. Esta función puede no ser ejercida en aquellos casos en que la Contraloría por razones justificadas,** la considere innecesaria, lo cual debe declarar en resolución motivada del Contralor o Sub-contralor General de la República. Debemos recalcar que la Contraloría General de la República es la que se encarga de refrendar o improbar los desembolsos públicos y los actos que afecten patrimonios públicos. (Artículo 45 de la Ley 32/84)

No obstante esas “funciones claras y precisamente determinadas en la Constitución y la Ley la ejerce la Contraloría General dentro **de un radio de operaciones específicos y propio,** determinado por el ordenamiento jurídico, de manera que no puede invadir, para fines distintos a su misión controladora de las finanzas públicas o bienes del Estado, el campo de acción que corresponde a los distintos órganos e entidades del Estado que

también es propio y privativo de ellas, como es el caso concreto de la Universidad de Panamá y la autonomía de que goza en los términos diseñados por la Constitución Política.”⁵ para el caso que nos ocupa, el Patronato del Hospital Integrado San Miguel Arcángel, cuyo modelo de gestión pública atiende a garantizar una atención expedita, eficiente, eficaz y de calidad a la población, en el ámbito de aplicación de cada contrato. (Artículo 15 de la Ley 28 de 11 de mayo de 1998).

Ahora, eso no es óbice, para que la Contraloría General de la República deba fiscalizar y controlar las operaciones de las empresas en las que participe económicamente el Estado, toda vez que los pagos deben hacerse en efectivo una vez sea fiscalizado y ser refrendado por la Contraloría; ya que al no perfeccionarse este paso en los contratos, podría pensarse que no se ha generado derechos y obligaciones, por lo que dichos pagos no tendrían sustento legal.

Sobre el particular, la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo en Fallo de 26 de abril de 1993, en su parte medular señaló lo siguiente:

“ ...

Consideramos que no puede haber afectación a derechos adquiridos por parte de PLACE CONCORD INTERNATIONAL, S.A., dado que no se había perfeccionado el contrato de concesión entre AERONÁUTICA CIVIL y esta empresa. Tal perfeccionamiento dependía del refrendo que la Contraloría General hiciese al mismo.

...

Sin embargo, al ser remitida a esta institución de control del estado el contrato suscrito, ésta por las razones que a bien tuvo señalar (foja 78 del expediente administrativo), devolvió sin el

⁵ AMPARO DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES PROPUESTO POR EL LIC. VIRGILIO VÁSQUEZ PINTO EN REPRESENTACIÓN DEL DR. CARLOS IVÁN ZÚÑIGA, CONTRA EL CONTRALOR GENERAL DE LA NACIÓN. MAGISTRADO PONENTE: RODRIGO MOLINA A. PANAMÁ, Sentencia de 19 de noviembre de 1993.

refrendo al contrato de PLACE CONCORD INTERNATIONAL S.A.

Ello indica que nunca existieron derechos adquiridos a favor de esta empresa, dado que el contrato no pudo surgir a la vida jurídica... (Corte Suprema de Justicia, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 26 de abril de 1993. R.J., 1993, Págs. 85-90)".

Cabe señalar, que pese a la facultad controladora, que ejerce "la Contraloría General de la República, esta **no puede retener o demorar sin justificación el refrendo de un contrato sin incurrir en arbitrariedad, concepto que difiere sustancialmente de la discrecionalidad;** una "es fruto de la mera voluntad o el puro caprocho de los administradores" y la otra, por el contrario, "cuenta con el respaldo... de una fundamentación que lo sostiene" (Tomás Ramón Fernández, Arbitrariedad y Discrecionalidad; Edición Civitas; Madrid, 1991, págs.105 y 106)⁶ por lo tanto, la Contraloría 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.

A pesar de la jurisprudencia y la legislación vigente en este tema, lo que debe quedar claro es que, mientras CONSALUD y HISMA, no procedan a regular en conjunto con la Contraloría de forma más ágil este proceso correspondiente al sistema de refrendo de los contratos; independientemente de las relaciones jurídicas contractuales laborales con particulares se rijan por el Código de Trabajo, éstos contratos no escaparán del refrendo de la Contraloría para su validez, eficacia y control, precisamente por la salida de fondos públicos. Por tanto, no basta con que sólo se formalice el contrato entre la sociedad respectiva y el beneficiado, sino que se requiere el refrendo de la Contraloría para que quede perfeccionado legalmente.⁷ No obstante, debe insistirse en la

⁶ Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción, interpuesta por la firma Escobar Betancourt, Pereira y Toboada, en representación de Motores Colpan, S.A., para que se declare nula por ilegal, la Nota N°,D.C. 624-94 de 3 de octubre de 1994, emitida por el Contralor General de la república y para que se hagan otras declaraciones. Sentencia de 18 de septiembre de 1996.

⁷ MEMORANDO N°. 527-LEG, de 14 de abril de 2004/Contraloría General de la República.

aprobación de un mecanismo ágil para el refrendo de estos contratos indefinidos contenidos en el artículo 16 de la Ley 28 de 1998.

En cuanto al concepto del doble refrendo que indica en su consulta, debo comenzar primero por definir que es el refrendo. De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, éste hace referencia a una autorización, de un despacho respecto de un documento por medio de la firma de persona hábil para ello.⁸ El refrendo en materia administrativa muchas veces es sinónimo de autorización o aprobación. Ahora bien este concepto no debe confundirse con el término de registro que lleva adelante el Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral, respecto de los contratos presentados por las empresas y que no es un refrendo. Veamos lo que dispone el artículo 67 del Código Laboral.

“Artículo 67. El contrato de trabajo constará por escrito; se firmará al inicio de la relación de trabajo en tres ejemplares, uno por cada parte. La empresa conservará el suyo, al trabajador se le entregará su ejemplar al momento de la firma y el otro se remitirá a la Dirección General de Trabajo, o a las Direcciones Regionales del Ministerio de Trabajo y Bienestar Social, que llevará un registro diario de los contratos presentados.”

El objetivo esencial de la norma pretranscrita, **es llevar un registro diario de los contratos presentados por las distintas empresas**, empero el registro no debe confundirse con la acción de refrendo, toda vez que aquél guarda relación con la acción de registro o verificación del contrato y el refrendo es una autorización de determinado acto o contrato, el cual es firmado por una persona hábil.

La exigencia de que el contrato conste por escrito, responde a un control de los insumos de la empresa, que debe llevar el Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral, es decir debe determinar la relación o el vínculo laboral entre empleadores y

⁸ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima Primera edición, Madrid, 1992, p. 1752.

empleados, en relación a sus derechos y obligaciones, siendo este un acto registral que da fe de las actividades o servicios que explota la empresa y de su relación con los trabajadores, luego entonces podemos concluir que la actuación de suscripción del contrato es por motivos de registros y no responde a un doble refrendo.

Por último, veamos lo que dispone el artículo 2 de la Ley 56 de 27 de diciembre de 1995 *“por la cual se regula la contratación pública y se dictan otras disposiciones”*, en cuanto a la obligatoriedad o no de que el Hospital Integrado San Miguel Arcángel se rija por esta Ley.

“Artículo 2. Contratos de empresas comerciales e industriales del Estado y empresas de economía mixta.

Las sociedades en las cuales el Estado tenga participación económica o control efectivo, o cuya propiedad total sea del Estado, y que se dediquen a actividades comerciales e industriales, o aquellas entidades públicas que la ley autorice, **se regirán por las normas de derecho privado, para la adquisición de bienes o servicios**, o en sus relaciones contractuales con terceros, salvo las normas previstas en sus respectivos instrumentos de creación. **Estas empresas celebrarán contratos para la adquisición de bienes y servicios con fundamento en el principio de libertad de concurrencia.** Las disposiciones de la presente ley en materia de contratación pública de tales entidades, tendrán carácter subsidiario, siendo de aplicación preferente a esta ley, las disposiciones relativas a la contratación de tales organismos y las del Código Civil y del Código de Comercio, compatibles con el régimen jurídico de tales entidades públicas y con el interés público que se persigue mediante el mecanismo contractual por parte del Estado”.

La norma jurídica copiada, deja aclarado que a las empresas del Estado y a “aquellas entidades que la Ley autorice” se les puede aplicar validamente el régimen jurídico de derecho privado, **siempre que la ley de su constitución así lo disponga**, tal como es el caso del Hospital Integrado San Miguel Arcángel y CONSALUD.

Aún cuando las normas legales en referencia no disponen en forma expresa que las entidades públicas sometidas al régimen de Derecho Privado en materia de contratación, respeten el “principio de concurrencia”, el mismo les es aplicable, dado que en un régimen de derecho privado prima el principio de autonomía de la voluntad, en el cual la entidad tiene amplia libertad de negociar y celebrar contratos en la forma que considere más apropiada a los intereses puesto a su cuidado. En el caso que nos ocupa es claro, que por estar de por medio intereses públicos, como es la prestación del servicio salud, o igualmente intereses económicos que afectan patrimonios **públicos, directa e indirectamente, el proceso de contratación debe contar con un mecanismo que garanticen ambos intereses.**⁹

La libertad de la concurrencia “es la libertad misma de los contratos. Poner coto á los arrendamientos, tasar los salarios, fijar los intereses del capital y en fin mezclarse la autoridad en los pactos y convenciones particulares, es ejercer un acto de tutela oficiosa perturbador del orden económico asentado en el respeto a la ley de la oferta y la demanda”.¹⁰

En otros términos, la libertad de concurrencia a que se refiere la ley, es la libertad de acceso a los contratos de la entidad de todas la empresas y personas interesadas en ello, que cumplan con los requisitos que a este efecto establezcan la ley o los reglamentos respectivos, **que obviamente deben ser flexibles que los usualmente aplicados por las entidades estatales.**

Así pues, la Ley 27 de 1998, en su artículo 18, preceptúa que para la adquisición de bienes y servicios, así como en sus relaciones contractuales, La Sociedad (CONSALUD) se regirá por las

⁹ SANJUR, Olmedo. Opinión en anteproyecto sobre el régimen jurídico aplicable al Hospital San Miguel Arcángel, dirigido a la Ministra de Salud/Aída Libia Moreno de Rivera, 7 de septiembre de 1997.

¹⁰ Dr. COLMEIRO, Manuel. **Principios de Economía Política**. www.eumed.net/curso/con/textos/ textos selectos de economía.

normas del derecho privado, este principio que rige para el Patronato del Hospital San Miguel Arcángel, cuando se recalca en la Ley 28 de 1998, artículo 22, que el Patronato es una persona jurídica de naturaleza no pública. Para la adquisición de bienes y servicios, en sus relaciones con terceros, se regirá por las disposiciones del Código de Comercio, del Código Civil y demás normas del derecho privado pertinentes.

Este despacho es de opinión, que para los efectos del HISMA, la Contraloría General de la República no puede obligarla a regirse por la Ley 56 de 1995, en el tema de adquisición de bienes y servicios, toda vez que el artículo 2 de la citada ley señala con claridad que para la ejecución de obras, adquisición de bienes o arrendamiento de bienes, prestación de servicios, ... se regirán por las normas de derecho privado con fundamento en el principio de libertad de concurrencia. Sigue indicando esta misma excerta que las disposiciones de la presente Ley 56 de 1995 en materia de contratación pública de tales entidades, **tendrán carácter subsidiario, siendo de aplicación preferente, a esta ley, las disposiciones especiales relativas a la contratación de tales organismos y las del Código Civil y del Código de Comercio, compatibles con el régimen jurídico de tales entidades públicas y con el interés público** que se persigue mediante el mecanismo contractual por parte del Estado. (Resaltado y subrayado es nuestro).

De Usted, atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración

AMdeF/20/cch.