

1 de noviembre de 2005

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Nulidad**

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

El licenciado Oriel O. Castillo, en representación del **Patronato del Hospital San Miguel Arcángel**, para que se declare nula, por ilegal, la Resolución 462-DICOFI de 13 de septiembre de 1999, expedida por el **Subcontralor General de la República**.

Honorable Magistrado Presidente de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

Acudo ante su Despacho con la finalidad de emitir concepto en relación con la demanda Contencioso Administrativa de Nulidad, enunciada en el margen superior.

De conformidad con el artículo 5, numeral 3, de la Ley 38 de 2000, en este tipo de procesos, la Procuraduría de la Administración actúa en interés de la Ley.

I. Petición de la parte demandante

La parte actora solicita que se declare nula por ilegal, la Resolución 462-DICOFI de 13 de septiembre de 1999, por la cual se establece el ejercicio del control previo sobre las operaciones de manejo de fondos y bienes públicos del Hospital Santo Tomás, Hospital Oncológico, Hospital José Domingo de Obaldía y del **Hospital San Miguel Arcángel de San Miguelito**, dictada por el Subcontralor General de la República.

II. Disposiciones legales que se estiman infringidas y el concepto de violación expuesto por el demandante.

La parte demandante considera que el acto impugnado viola el artículo 15 de la Ley 27 de 1998, artículos 4 y 23 de la Ley 28 de 1998 y los artículos 11, 57 y 76 de la Ley 32 de 1984. El argumento fundamental de violación a todas estas normas consiste en que el sistema de control previo impuesto por la Contraloría General sobre las operaciones de manejo con fondos y bienes públicos del Hospital San Miguel Arcángel, no consideró la naturaleza de la actividad y su responsabilidad de adoptar un sistema de fiscalización ágil y flexible. También, se alega violación por la falta de competencia del Subcontralor, para emitir el acto impugnado.

III. Concepto de la Procuraduría de la Administración

Ha explicado la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, que el control fiscal previo que ejerce la Contraloría General de la República se da “cuando dicho control se efectúa durante el proceso de formación del acto o antes que produzca sus efectos...” (Sentencia de 4 de septiembre de 1998, en proceso de Interpretación, interpuesto por el Sucontralor General de la República).

El artículo 280, numeral 2 de la Constitución Política confiere a la Contraloría General de la República la facultad de fiscalizar y regular por el control previo o posterior todos los actos de manejo de fondos y bienes públicos, asimismo, la de determinar en qué casos puede aplicar uno u otro.

La Ley 32 de 1984, en su artículo 11, numeral 2 recoge la referida norma constitucional añadiendo que la determinación de cuándo se ejerce el control previo o posterior le compete al Contralor General, mediante resolución escrita. La norma citada dice lo siguiente:

“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 posterior sobre los actos de manejo, igual que aquellos en que sólo ejercerá este último. Esta determinación se hará mediante resolución escrita que expedirá el Contralor General.

...”

La Ley 27 del 1 de mayo de 1998, que autoriza la creación y organización de la empresa mixta de utilidad pública, denominada Coordinadora Nacional de la Salud (CONSALUD), consagra como objeto principal, coordinar la financiación, contratación y provisión de servicios de atención médica y salud en todo el territorio nacional, a través de contratos-programas con sus proveedores. El proveedor es la entidad sin fines de lucro que presta los respectivos servicios. (Ver artículos 1 y 2)

En tal sentido, los numerales 1 y 2 del artículo 3 del cuerpo legal en mención, sobre el patrimonio de la sociedad CONSALUD, enuncian que lo conforman las aportaciones y donaciones que recibe del Ministerio de Salud, la Caja de

Seguro Social y otras instituciones públicas a través de asignaciones de sus respectivos presupuesto; y las donaciones que reciba de personas públicas.

Por su parte, la Ley 28 de 11 de mayo de 1998, que crea y organiza el Patronato del Hospital San Miguel Arcángel, como persona jurídica de interés público sin fines de lucro, en su artículo 2 consagra como objetivo el de garantizar la producción de servicios de salud y la adquisición de servicios a través de los contratos programas, con la sociedad CONSALUD.

En el presente caso, es evidente que dentro de las actividades del Patronato del Hospital San Miguel Arcángel hay participación de bienes y fondos públicos, en virtud de los contratos programas que se ejecuten con la sociedad CONSALUD, los cuales están sujetos al control fiscal que le compete ejercer a la Contraloría General de la República.

Ahora bien, dado que la Coordinadora Nacional de Salud, tiene un régimen jurídico especial, mediante la Ley 27 de 1998, que la constituye como sociedad mixta con la finalidad de coordinar la financiación, contratación y provisión de atención médica y salud, a través de los contratos programas, se establece un tratamiento especial, en lo que respecta al control fiscal, sobre los fondos públicos que se involucren en esa actividad.

Por lo anterior, es pertinente citar los artículos 76 de la Ley 32 de 1984 y 15 de la Ley 27 de 1998, que indican lo siguiente:

Ley 32 de 1984.

“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 semiautónoma. Al ejercer esa atribución, la Contraloría tomará en consideración la naturaleza de la actividad respectiva y el grado de participación económica de las entidades públicas en tal actividad.”

Ley 27 de 1998

“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 celebran con la Coordinadora Nacional de 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.”

De las disposiciones transcritas que regulan la facultad controladora de las actividades de la sociedad CONSALUD, se extraen dos supuestos a saber:

1. Siendo CONSALUD una sociedad mixta, la Contraloría General de la República debe ajustarse a la particularidad de la actividad y el grado de participación económica del Estado.
2. La Contraloría General, **debe** ejercer el control fiscal, con un sistema ágil y eficaz de las actividades de manejo en los contratos programas que se celebren con CONSALUD, para garantizar la eficacia de los servicios de atención médica y salud.

Por consiguiente, resulta contrario a la Ley que los contratos programas que ejecuta la sociedad CONSALUD, sean sometidos al control fiscal previo sin considerarse la situación especial de los servicios de salud, en esta ocasión los que brinda el Patronato del Hospital San Miguel Arcángel.

Sobre una temática similar la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, se pronunció en proceso de Interpretación, interpuesto por el Subcontralor en virtud de nota expedida por la Directora Administrativa del Patronato del Servicio Nacional de Nutrición, mediante sentencia de 4 de septiembre de 1998, explicando lo siguiente:

“La Contraloría General deberá ejercer el control fiscal de manera razonable y compatible con el interés público y el funcionamiento eficiente del Patronato del Servicio Nacional de Nutrición. Y es que como lo hemos señalado con anterioridad, las potestades discrecionales que otorgan la Constitución y la Ley 32 de 1984 a la Contraloría deben ser ejercidas a la luz del interés público, y en este caso, para promover el mejoramiento de las condiciones de nutrición de la población infantil del país en doble sentido de proporcionar alimentación complementaria a las gestantes que lo ameriten, a los que asisten a centros parvularios y escuelas primarias, aunado al difundir entre los padres ciertos conocimientos científicos y prácticos de alimentación y nutrición.”

Por otro lado, a juicio de esta Procuraduría, al dictar el Subcontralor la Resolución 462-DICOFI del 13 de septiembre de 1999, estableciendo el control previo sobre fondos públicos y bienes públicos, incurrió en falta de competencia, porque ésta es una facultad reservada directamente al Contralor General, según se desprende de la última parte del

numeral 2 del artículo 11 de la Ley 32 de 1984, al señalar que la determinación del control previo o posterior, debe ser por resolución escrita expedida por el Contralor.

Por lo expuesto, esta Procuraduría solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que es NULA, POR ILEGAL, la Resolución 462-DICOFI, de 13 de septiembre de 1999, dictada por el Subcontralor General de la República.

Pruebas: Acepto los documentos originales y copias debidamente autenticadas.

Derecho: Acepto el invocado.

Señor Magistrado Presidente,

Oscar Ceville
Procurador de la Administración

OC/21/mcs

Alina Vergara de Chérigo
Secretaria General a.i.

