

Panamá, 7 de marzo de 1997.

Licenciado

Luis Carlos Amado Arosemena

Gerente General y Representante

Legal del Banco Hipotecario Nacional.

E. S. D.

Señor Gerente General:

La presente nota contiene nuestra opinión jurídica, referente a su *Consulta administrativa* identificada 97 (2000-01) 262 de fecha catorce de febrero de mil novecientos noventa y siete.

A.- La Interrogante.

Específicamente nos pregunta:

“¿Tiene la Junta Directiva del Banco Hipotecario Nacional, la obligación de proporcionar copias ~~de todas~~ sus **actas y Resoluciones** que en uso de sus facultades emanan de ellas (sic), al Departamento de Control Fiscal de la Contraloría General de la República?”. (Destacamos).

Agrega al planteamiento su opinión y considera que: “la Junta Directiva del Banco Hipotecario Nacional, como máximo órgano de esta entidad y con suficiente capacidad para realizar las actas permitidas en la Ley 39, **no esta (sic) obligada a proporcionar originales y copias de sus actas, resoluciones al Departamento de Control Fiscal de la Contraloría General de la República**”.

B.- Opinión del Departamento de Asesoría Legal del Banco.

El Departamento de Asesoría Legal de esa Institución pública de financiamiento, estima no hay razón que obligue al otorgamiento de copias de todo lo actuado en la Junta Directiva, habida cuenta de que en su Ley Orgánica, no se establece tal obligación a favor de la Contraloría General de la República.

En este sentido se dice:

“Conforme lo establecido en el artículo 6 de la ley (sic) 39 de 8 de noviembre de 1984, ..., la Administración (sic) manejo y dirección del Banco Hipotecario Nacional estará a cargo de una Junta Directiva y de un Gerente General.

Por otro lado, la supracitada ley no establece dentro de las funciones designadas a la Junta Directiva, la obligación de proporcionar al Departamento de Control Fiscal de la Contraloría General de República, copia, documento y demás información que en el desempeño de sus funciones otorgadas por la Ley (sic), estos realicen”.

C.- Nuestra Opinión Jurídica.

De su *Consulta administrativa* surgen dos temas que nos interesa abordar. Estos son:

- 1.- ¿Qué involucran las facultades fiscalizadoras de la Contraloría General de la República?, y
- 2.- Limitaciones de esas facultades.

El control fiscal, - Su alcance.

Nuestro sistema de control y protección del patrimonio de la Nación y la garantía de la correcta y legal utilización de los recursos públicos, está encargado, a nivel constitucional y legal, a la Contraloría General de la República (en lo sucesivo, La Contraloría).

En este sentido establece el artículo 276 de la Carta Política lo siguiente:

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

1. Llevar las cuentas nacionales, incluso referentes a las deudas internas y externas.
- 2.- Fiscalizar, regular y controlar todos los actos de manejo de fondos y otros bienes públicos, a fin de que se realicen con corrección 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 que sólo ejercerá este último.

- 3.- Examinar, intervenir y fenecer las cuentas de los funcionarios públicos, entidades o personas que administren, manejen o custodien fondos u otros bienes públicos. Lo atinente a la responsabilidad penal corresponde a los tribunales ordinarios.
- 4.- Realizar inspecciones e investigaciones tendientes a determinar la corrección o incorrección de las operaciones que afecten patrimonios públicos y, en su caso, presentar las denuncias respectivas.
- 5.- Recabar de los funcionarios públicos correspondientes informes sobre la gestión fiscal de las dependencias públicas, nacionales, provinciales, municipales, autónomas o semiautónomas y de las empresas estatales.
- 6.- Establecer y promover la adopción de las medidas necesarias para que se hagan efectivos los créditos a favor de las entidades públicas.
- 7.- Demandar la declaratoria de inconstitucionalidad, o de ilegalidad, según los casos, de las Leyes y demás actos violatorios de la Constitución o de la Ley que afecten patrimonios públicos.
- 8.- Establecer los métodos de contabilidad de las dependencias públicas señaladas en el numeral 5 de este artículo.
- 9.- Informar a la Asamblea Legislativa y al Órgano Ejecutivo sobre el estado financiero de la Administración Pública y emitir concepto sobre la viabilidad y conveniencia de la expedición de créditos suplementales o extraordinarios.
- 10.- Dirigir y formar la estadística nacional.
- 11.- Nombrar los empleados de sus departamentos de acuerdo con esta Constitución y la Ley.
- 12.- Presentar al Órgano Ejecutivo y a la Asamblea Legislativa el informe anual de sus actividades.
13. Juzgar las cuentas de sus agentes y empleados de manejo, cuando surjan reparos de las mismas por razón de supuestas irregularidades".

A nivel legal, en el artículo 55 de la Ley 32 de ocho de noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro, "Por la cual se adopta la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República", se establece, en la materia inherente al asunto estudiado, lo que a seguidas se transcribe.

"Artículo 55. El Contralor General de la República es el jefe superior de la institución y responsable de la marcha de ésta, conjuntamente con el Sub-Contralor General. Son atribuciones del Contralor General, además de las que le asignan la Constitución y otras disposiciones especiales, las siguientes:

...

l) Asistir a las sesiones del Consejo General de Estado; con derecho a voz, a las reuniones del Consejo de Gabinete; y a las de cualquier otro organismo público de carácter nacional, cuyas funciones se refieran a la administración de los patrimonios públicos;

m) Designar los peritos que deban intervenir en representación de la Contraloría en las actuaciones o procesos en que la ley lo exija; ..."

En este sentido cabe citar el artículo 78 de esta Ley Orgánica, el cual es del siguiente tenor literal:

"Artículo 78.- En toda Junta Directiva, Comité, Consejo ejecutivo, Consejo Directivo y, en general, en toda corporación que tenga a cargo la administración o el manejo de fondos o bienes públicos habrá un representante de la Contraloría General de la República designado por el Contralor General de la República, quien asistirá con derecho a voz en las sesiones que celebren tales organismos".

En otros términos, "INTER NOS", todo acto de manejo del patrimonio público, cae bajo la vigilancia y está dentro de la actividad o función administrativa propia de La Contraloría. De este modo, si bien los Entes Administrativos deciden la conveniencia y oportunidad de los actos inherentes al ejercicio del poder, su control fiscal, está asignado, privativamente, a la Contraloría.

Es oportuno recordar las palabras del maestro mejicano JOSÉ MEJÍA ARZUA, en el siguiente sentido:

"Se concibe el control global dentro del Ejecutivo como una función paralela a la acción administrativa, regidas por tres

principios generalmente aceptados y dos criterios fundamentales.

Los principios son: prevención, la selectividad y la participación social, lo criterios son: la corresponsabilidad y la integridad.

El control del Ejecutivo ha de ser **eminente** preventivo, es decir, capaz de identificar y anticipar situaciones o procesos decisivos de la entidad controlada, con el fin de implantar los sistemas de información y vigilancia más eficaces, tendientes a evitar anomalías o desviaciones en el uso eficiente de los recursos. Los principales resultados esperados del control preventivo son: la certidumbre en el cumplimiento de metas, disciplina en la acción administrativa; la eliminación o adecuación de las normas o procedimientos; la eliminación de discrecionalidad de los actos administrativos de los servidores públicos conforme al marco normativo de la función pública". (MEJIA ARZUA, JOSÉ., Competencia y funciones de la Contraloría Estatal., Revista Auditoría Pública Número 3 de marzo de 1992., Año II., México., 1992., pág. 8).

De estas afirmaciones se coligen dos asuntos de suyo importantes:

a.- La Contraloría tiene competencia privativa para controlar los actos de manejo de fondos públicos, y

b.- Bajo ninguna circunstancia, La Contraloría puede ejercer funciones administrativas, distintas a las inherentes a su propia organización.

En cuanto a la fiscalización externa (de La Contraloría), del gasto público, ella tiene por característica principal , "sui generi" y capital, el hecho de no estar limitada al lenguaje taxativo de la Constitución, sino que la ley puede ampliarla y darle contenido.

Sobre este tema conviene comentar el Fallo de ocho de abril de mil novecientos noventa y dos, derivado del proceso contencioso administrativo de Apreciación de Validez Jurídica, planteado por la Contraloría. Veamos:

"III.- Los fundamentos constitucionales y legales del control fiscal que ejerce la Contraloría General de la República.

En nuestro país el control fiscal que ejerce la Contraloría General de la República es de carácter externo y puede ser previo o posterior. Es externo ya que el mismo se asigna a una entidad estatal ajena al órgano controlado. Según lo previsto en la Constitución el control puede ser previo, es decir que puede efectuarse durante el proceso de formación del

acto o, en todo caso, antes que se produzca sus efectos, o puede ser posterior al acto de gestión fiscal.

El control fiscal que ejerce la Contraloría General de la República tiene como finalidad la **protección del patrimonio del Estado** y también persigue la correcta y legal utilización **de los recursos públicos**. Este control se ha venido a ejercer acuciosamente con la restauración del Estado de Derecho en Panamá.

Vale la pena señalar que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 276 de la Constitución el control fiscal que ejerce la Contraloría General de la República se extiende a **todos los actos de manejo de fondos y otros bienes públicos**". (Destacamos).

En cuanto a la expedición de copias de los actos de manejo de fondos públicos, se infiere de la atenta lectura del numeral 5 del pret transcrito artículo 276 de la Constitución Política que, con la finalidad de permitir que el máximo vigilante de las finanzas oficiales tenga a su disposición toda la información sobre las actividades que impliquen gestión fiscal; es apenas lógico que él tenga el camino expedito y pueda contar oportunamente con los documentos originales o copias, que le son necesarios para el cabal cumplimiento de su misión, pero no así de todas las actas de reuniones de la Junta Directiva o de sus resoluciones.

O sea, el Contralor, como veedor del manejo de los dineros públicos, tiene el derecho de exigir de los Entes Administrativos, todos los documentos referidos al manejo de un bien oficial. Claro está, esas facilidades son en relación a aspectos que no invadan las atribuciones propias de los administradores de la cosa pública.

Conclusiones Particulares.

De lo hasta aquí examinado podemos concluir que, la Contraloría está perfectamente facultada por el ordenamiento jurídico patrio para requerir de todos los Entes Públicos, las copias de aquellos actos de manejo de fondos, que en su opinión, sean indispensable para el mejor desempeño de sus funciones fiscalizadoras.

No obstante lo anterior, es evidente que el ejercicio del control fiscal de la Contraloría debe ser razonable y compatible con el interés público y el buen funcionamiento de la gestión administrativa, sin inmiscuirse en asuntos administrativos, pues ello se enrostraría como una forma de coadministración no acordes con el papel del máximo veedor del gasto público.

Sobre el papel de la Contraloría en las Juntas Directivas este Despacho se ha pronunciado con anterioridad. Por ejemplo, el de 20 mayo de 1992, expresamos lo siguiente:

"En cuanto a la participación del representante de la Contraloría General de la República, en las reuniones de la

Junta Directiva de la Empresa Estatal de Cemento Bayano, puntualizamos que ella obedece al imperativo legal contenido en el Artículo 78 de la ley 32 de 1984, Orgánica de la Contraloría General de la República, disposición esta que sin embargo, no le atribuye a dicho representante la condición de miembro de la Junta Directiva aludida, ya que..., la actuación de este funcionario dentro de la misma persigue una finalidad distinta, relacionada con el cumplimiento de las labores que le son propias, a saber: la fiscalización de los fondos y bienes públicos, lo cual lo corrobora el hecho de que el artículo 78 en comento, sólo le confiere a dicho funcionario derecho a voz en las sesiones que celebren tales organismos".

Conclusiones Generales.

La instrumentalización de la funciones y atribuciones de la Contraloría General de la República, implica el reconocer que ella tiene pleno derecho de procurar una escrupulosa y sistemática rendición de cuentas en lo que se refiere al manejo de los asuntos y recursos públicos. Esta es la primera y última responsabilidad de la Contraloría, la actividad que le da existencia.

Esto implica, implícitamente el deber de los Entes Públicos de colaborar con ese máximo fiscalizador del gasto público, lo cual involucra el tener que suministrarle los documentos (originales o copias) contentivos de la administración y manejo del patrimonio oficial.

Así mismo, la Contraloría no puede invadir la competencia de esos Entes, asumiendo o reclamado atribuciones que son propias de la Administración, ya que ello además de absurdo ocasionaría en la practica la irresponsabilidad fiscal del que precisamente debe ser el llamado a realizar tal control.

Por todo lo antedicho podemos sintetizar diciendo que, la Junta Directiva del Banco Hipotecario Nacional, si bien está obligada a proporcionarle a la Contraloría las copias de los documentos, actas o Resoluciones que en uso de sus facultades genera ese Cuerpo Colegiado; dicha obligación sólo surge si la documentación gira en torno al manejo de fondos o bienes públicos, ya que de otra forma, se permitiría que la Contraloría fuese coadministradora con el Ente Administrativo que hoy día nos consulta.

Esperamos de este modo haber absuelto las inquietudes plasmadas en su interesante consulta.

Atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

c.c. Contraloría General de la República.

AMdeF/15/hf.