

. 17 de mayo de 1985.

Señor Licenciado  
Raúl P. Brostella  
Director General de la  
Autoridad Portuaria Nacional.  
E. S. D.

Señor Director General:-

Doy respuesta a su atenta comunicación D.G.-858-85-LEG fechada el pasado 6, en la que tuvo a bien formularme consulta respecto de las repercusiones que pueden surgir" del hecho de que algunos contratos celebrados por la Autoridad Portuaria Nacional (APN) no hayan sido refrendados por la Contraloría durante el período comprendido entre 1977 y 1982.

En mi opinión, tales contratos, en caso de que conforme a las leyes vigentes en ese período debieron cumplir tal requisito, estarían expuestos a que se demandara la nulidad de los mismos en vía contencioso-administrativa.

Como es de su conocimiento, durante dicho período estuvo vigente el artículo 240 de la Constitución de 1972, en cuyo ordinal 2o., se atribuyó a la Contraloría la función de fiscalizar, regular y controlar todos los actos de manejo de fondos y otros bienes públicos. En el inciso segundo de este ordinal se instituyó la siguiente norma:-

"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."

- - -

A su vez, el artículo 1o. de la Ley 42 de 1974, orgánica de esa institución a su digno cargo, dispuso que la "Contraloría General de la República ejercerá las funciones de fiscalización y control que la Constitución y las leyes establecen."

Con base en estas normas, la Contraloría estaba facultada para ejercer o no el control previo sobre aquellos contratos celebrados por la Autoridad Portuaria que implicasen

afectación de fondos o efectos públicos. Debo recordar que cuando se ejerce el control previo, éste se concreta mediante el refrendo del acto o mediante la improbación del mismo, según corresponda.

Como consecuencia de la citada norma constitucional se emitió la Ley 22 de 1976, cuyos artículos 1o. y 2o. consagran las siguientes normas:-

"Artículo 1o.: La Contraloría General de la República, a partir de la vigencia de la presente Ley ejercerá el Control Previo sobre todos los actos de manejo que afecten fondos o bienes públicos, que sean emitidos por las instituciones autónomas, municipios y por cualquier otra entidad o institución a cargo de tales fondos o bienes.

Esta atribución no será ejercida por la Contraloría General únicamente en aquellas entidades en las cuales la Contraloría General considere que no se justifica y así lo decida mediante resolución escrita al Contralor General de la República."

- - -

"Artículo 2o.: Para los efectos de esta Ley se entiende por Control Previo la fiscalización y análisis de las actuaciones administrativas que afectan o puedan afectar un patrimonio público, antes de que tal afectación se produzca, a fin de lograr que se realicen con corrección y dentro de los marcos legales. A tal fin la Contraloría General, a través del funcionario que la represente, consignará su conformidad con el acto de manejo mediante el refrendo del mismo, una vez comprobado que cumple con los requisitos necesarios; por el contrario, cuando medien razones que ameriten la oposición de la Contraloría a que el acto se emita, el representante de dicha institución improbará el acto por escrito, indicando al funcionario u organismo encargado de emitirlo las razones en que se funda tal improbación.

Cuando el funcionario u organismo insista en que un acto de manejo improbadamente debe emitirse la Contraloría seguirá el procedimiento señalado por el artículo 1165 del Código Fiscal, modificado por el Decreto de Gabinete No. 37 de 6 de febrero de 1969.

No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, el funcionario u organismo encargado de emitir el acto, una vez improbadamente es

la situación planteada al conocimiento de la Junta Directiva, del Comité Directivo, Consejo Ejecutivo, Patronato o cualquiera otra corporación administrativa, a efecto de que ésta decida si se debe insistir o no en la emisión del acto. En caso de que dicha corporación resuelva que debe emitirse, la Contraloría deberá refrendarlo, pero cualquier responsabilidad que del mismo se derive recaerá, de manera conjunta y solidaria, sobre los miembros de ella, que votaron afirmativamente. En caso de que la decisión sea negativa, el funcionario u organismos encargado de emitirlos se abstendrá de insistir en el refrendo."

- - -

De igual manera, la Ley 3 de 1977, modificada por la Ley 10 de ese año, dispuso que todos los contratos para obtener empréstitos o financiamiento celebrados por las entidades autónomas, municipales o tras debían ser refrendados por la Contraloría General "para que surtan efectos."

Tal como se estableció en las normas reproducidas, la Contraloría estaba obligada a ejercer el control previo en todas las entidades autónomas, salvo en aquellas entidades "en las cuales.... considere que no se justifica y así lo decida mediante resolución escrita el Contralor General de la República". Para los efectos de la consulta, surgen, dos situaciones de interés:

1.- Si el señor Contralor General de la República dispuso no ejercer el control previo sobre los contratos celebrados por la Autoridad Portuaria Nacional durante el citado período, tal requisito no era necesario para el perfeccionamiento de ellos y, por tanto, no padecen ningún vicio de ilegalidad derivado de la omisión del mismo;

2.- Si, por el contrario, el señor Contralor decidió ejercer el control previo sobre dichos contratos y ellos no fueron sometidos a la consideración de la Contraloría, omitiéndose el refrendo respectivo, entonces se incumplió un presupuesto para su perfeccionamiento legal, que eventualmente se podría invocarse como causal de nulidad de los mismos.

En este último caso, con base en lo establecido en el ordinal 2o. del artículo 203 de la Constitución Política y en las normas correspondientes de la Ley 135 de 1943, modificada por la Ley 33 de 1946, cualquier persona nacional o extranjera domiciliada en el país podría demandar la nulidad mencionada.

Estas dos alternativas, desde luego, no se aplican a los contratos de financiamiento o de empréstitos, puesto que sobre ellos la Contraloría estaba obligada a fiscalizarlos previamente y su refrendo, según el artículo 2 de la Ley 3 de 1977, era indispensable para que pudieran surtir efectos.

Es evidente que todo acto administrativo está amparado por la presunción de legitimidad que le es propio, tal como lo ha reconocido la doctrina y nuestra jurisprudencia constante; lo que significa que debe presumirse válido mientras no se compruebe lo contrario.

Por otro lado, en el evento de que se declare la anulación del acto después que este ha estado surtiendo efectos, como en las acciones de nulidad no puede solicitarse una condena en contra de la Administración, habría entonces que arreglar en su momento la situación jurídica de las partes una vez extinguido el contrato. Es evidente que toda decisión que en tal evento se adopte debe ser la consecuencia de la situación jurídica que existe en ese momento respecto del cumplimiento de las obligaciones de cada parte.

No hay que olvidar, por otro lado, las responsabilidades que podrían surgir, para las personas que intervinieron en el acto, de la declaración de nulidad del mismo, por razón de los perjuicios que ello haya podido ocasionar a la propia Autoridad Portuaria Nacional y a los particulares.

En la esperanza de haber absuelto satisfactoriamente su consulta, aprovecho la oportunidad para reiterarle mi consideración y aprecio.

Atentamente,

Olmedo Sanjur G.  
PROCURADOR DE LA ADMINISTRACION.

/mdex.