

han discernido a otras dependencias estatales, tal como lo ha señalado la Sala Tercera de la Corte de agosto de 1995, pronunciamientos. (V. Sentencia de 8 de abril de 1992 y de 13 de octubre de 1993).

En la etapa precontractual, como usted bien señala, pueden darse distintas clases de actos, tales como: **Licenciado**, factibilidad, precalificación, elaboración de **ARISTIDES ROMERO** pliegos, actos de selección de contratistas, **Contralor General de la República** que guardan relación con **Estos de mano S.** De allí que, **Dis** participación directa de la Contraloría en la realización de éstos pareciera recomendable, como control previo, sin embargo, la misma no **Señor Contralor**, ante claras disposiciones legales que la excluyen, como ocurre con la elaboración de los pliegos de **Damos respuesta a su nota N.º 3474-Leg** fechada 24 de julio próximo pasado, mediante la cual se sirvió consultar nuestra opinión sobre la participación de la Contraloría General, en todos los actos que lleve a cabo la administración pública en la etapa precontractual. **Fiscal**

modificado por el artículo 13 del Decreto de Gabinete N.º 45 de 2. En su opinión "la Contraloría General tiene facultades para adicionar, modificar o suprimir algunas condiciones referentes a elementos, factores y requisitos que regulan cada etapa precontractual, para contrarrestar cualquier efecto negativo que pueda incidir en el trámite correspondiente". **de Sentencia dictada el 13 de octubre de 1993, a propósito de las Circulares N.º 001 y 002 de 13 de enero**

Gustosamente le externamos nuestro criterio sobre el particular, previas las consideraciones siguientes: **ción para mayor abundamiento:**

La Contraloría General de la República tiene a su cargo una misión fundamental dentro de la administración pública, cual es la de cerciorarse que se manejen con corrección todas las actuaciones de los funcionarios públicos que importen gastos o erogaciones de fondos públicos. De ello dependerá que se lleven a feliz término los diversos cometidos gubernamentales y las inversiones públicas. **el gasto que le faculta el numeral 2 del artículo 276 de la Constitución**

No obstante, el ejercicio de esta labor fiscalizadora debe ser congruente con el principio de legalidad que se encuentra inmerso en nuestra legislación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 de nuestra Carta Magna, según el cual los servidores públicos solo pueden hacer aquello que la Ley expresamente les autoriza. Es decir, que dicha actividad debe realizarse en forma tal que no produzca interferencias innecesarias en las funciones administradoras que, el constituyente y el legislador le

han discernido a otras dependencias estatales, tal como lo ha señalado la Sala Tercera de la Corte, en varios de sus pronunciamientos. (V. Sentencia de 8 de abril de 1992 y de 13 de octubre de 1993).

En la etapa precontractual, como usted bien señala, pueden darse distintas clases de actos, tales como: estudios de factibilidad, precalificación, elaboración de pliegos de cargos, actos de selección de contratistas, dictámen de evaluación, etc., que guardan relación con actos de manejo. De allí que, la participación directa de la Contraloría en la realización de éstos pareciera recomendable, como control previo, sin embargo, la misma no puede tener lugar, ante claras disposiciones legales que la excluyen, como ocurre con la elaboración de los pliegos de cargos de las licitaciones públicas y de los concursos de precios, en los que participan solamente las entidades licitantes y el Ministerio de Hacienda y Tesoro en representación del Estado, por disposiciones expresas contenidas en los artículos 38 del Código Fiscal, modificado por el artículo 13 del Decreto de Gabinete N.º.45 de 20 de febrero de 1990, 5 y 7 del Decreto N.º.33 de 3 de mayo de 1985, modificado por los artículos 1 y 3 del Decreto N.º.7 de 12 de enero de 1995.

Así lo declaró la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, mediante Sentencia dictada el 13 de octubre de 1993, a propósito de las Circulares N.º.001 y 002 de 13 de enero de 1992, emitidas por su antecesor en el cargo, cuyos párrafos de interés transcribimos a continuación para mayor abundamiento:

"Las circulares 001-92-Sist. y 002-92-Sist., ambas de 13 de enero de 1992 establecen claramente lo siguiente:

"La Contraloría General de la República en ejercicio del control Previo sobre el gasto que le faculta el numeral 2 del artículo 276 de la Constitución Política, les informa que el refrendo de contratos para la adquisición o arrendamiento de bienes, servicios, sistemas y contratconsultorías de procesamiento automático de datos debe estar precedido de un estudio evaluado y dictaminado conjuntamente con la Dirección de Sistematización de Datos de esta Institución... Para evitar que se violen las condiciones generales y específicas técnicas, es la

inconvenientes en la etapa del refrendo de estos contratos, copias del pliego de cargo y especificaciones deben ser enviados a la Dirección de Sistematización de Datos de esta Institución, a fin de ser evaluados conjuntamente con funcionarios de la Institución respectiva".

Como observamos en ambas circulares, el Contralor General de la República aplicó normas de control especificadas en una Ley de Presupuesto anterior a la vigente a la fecha de emitir dichas circulares, es decir la Ley 32 de 28 de diciembre de 1990. Unido a lo anterior, está el hecho de que el artículo 160 de la Ley 32 de 31 de diciembre de 1991 preceptúa lo siguiente:

"Artículo 160: La Contraloría General de la República fiscalizará la ejecución presupuestaria, pero no puede tomar decisiones propias de los Representantes Legales de las entidades públicas fiscalizadoras".

La inteligencia de la norma antes transcrita, confirma la potestad de la Contraloría General de la República de fiscalizar la debida ejecución del presupuesto, pero se hace la salvedad que no podrá tomar decisiones que le compete exclusivamente a los Representantes Legales...

Efectivamente, como comentáramos en párrafos anteriores, la Ley exige requisitos previos para que las instituciones públicas, mediante sus titulares, contraten o arrienden servicios y bienes, y es por medio del mecanismo de licitación públicas que se lleva a cabo estas gestiones. Estamos de acuerdo con lo argumentado por el interesado, ya que es cierto que quienes establecen las condiciones generales y específicas técnicas, es la

propia institución pública que requiere los bienes y servicios, para satisfacer necesidades propias, por lo que tiene la potestad de elaborar el pliego de cargos y especificaciones de la licitación pública por medio del Ministerio de Hacienda y Tesoro, siendo el ente gubernamental familiarizado con la calidad de los bienes y servicios que necesitan para solucionar los problemas internos.

Las disposiciones comentadas son claras y no admiten una interpretación mas alla de su sentido literal, y las mismas no hacen alusión al Contralor General de la República como el encargado de verificar si las condiciones y especificaciones, son acordes o no con la necesidad de la institución del Estado que requiere los bienes y servicios.

Una vez mas acotamos que frente a las anomalías en la licitación pública, la ley establece el procedimiento a seguir, para su impugnación, y la misma puede ser atacada ya sea por uno de los participantes, como por cualquier otra persona que considere que dicha gestión es a todas luces ilegal.

El Ministerio de Hacienda y Tesoro es el único ente del Estado que en representación del Organismo Ejecutivo, aprobará las especificaciones de la futura contratación, sin dar cabida al Contralor General de la República a realizar nuevamente una evaluación de legalidad las condiciones y especificaciones técnicas elaboradas por la institución que requiere los bienes o servicios y aprobados por el Ministerio aludido.

En el evento de que el Contralor no esté de acuerdo con las condiciones de la contratación, porque afecta el patrimonio público, motivará su negativa de refrendo indicándole al funcionario y organismo interesado dicha inconformidad, tal como lo señala el artículo segundo de la Ley 22 de 9

Final de fiscal
Orgánica
facultad
aprobación
especifica
institución
semiautónoma
bienes, se
automático
Ministerio
evaluar,
especifica
públicas,
se traduce
solo se pu
DE ENTERRIA
de la Adm
cobertura
cuando la
previa su
Eduardo y
Administrativ
1990, pág.
Como
etapa prec
pública (C

facultades
su Ley
no tiene
cargos y
por las
onomas y
de
de procesamiento
mediante el
cargado de
cargos y
instituciones
pública. Esto
Legalidad;
dice GARCIA
de una
ativa: solo
tura legal
DE ENTERRIA,
Curso de Derecho
Madrid,

de abril de 1976, que se ha señalado como violentado. De igual forma el artículo 77 de la Ley 32 de 8 de noviembre de 1984, la cual adopta la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, establece diáfamanente, que en el caso de que el Contralor no apruebe las órdenes de pago contra el Tesoro Público y los actos administrativos que afecten un patrimonio por considerar que afectan el orden legal o económico, motivará sus razones y se lo hará saber al funcionario y organismo que emitió la orden o el acto administrativo; y si estos últimos insisten en el refrendo, el propio contralor enviará el caso a la Sala Contencioso-Administrativa, para que ésta decida si es viable o no el pago o el cumplimiento del acto".

Finalmente conceptuamos que a pesar de las facultades de fiscalización y vigilancia autorizados mediante su Ley Orgánica la Contraloría General de la República, no tiene facultad para intervenir en la etapa de evaluación, aprobación o desaprobación del pliego de cargos y especificaciones de los contratos celebrados por las instituciones públicas centralizadas, autónomas y semiautónomas, para la adquisición o arrendamiento de bienes, servicios, sistemas y consultoría de procesamiento automático de datos. Solo el Organismo Ejecutivo, mediante el Ministerio de Hacienda y Tesoro, es el encargado de evaluar, aprobar o desaprobar el pliego de cargos y especificaciones provenientes de las instituciones públicas, en lo que respecta a la licitación pública. Esto se traduce a lo que establece el Principio de Legalidad; solo se puede hacer lo que la ley prevé; y como dice GARCIA DE ENTERRIA y RAMON FERNANDEZ "el principio de la legalidad de la Administración opera, pues, en la forma de una cobertura legal de toda la actuación administrativa: solo cuando la Administración cuente con esa cobertura legal previa su actuación es legítima". (GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y RAMON FERNANDEZ, Tomas, Curso de Derecho Administrativo, Tome I, Editorial CIVITAS, S.A., Madrid, 1990, pág. 440).

Como vemos, la participación de la Contraloría en la etapa precontractual, de acuerdo con las normas de orden público (Código Fiscal y Ley Orgánica de la Contraloría

General de la República) y dice: "Las relaciones con los aspectos financieros que involucran las contrataciones, al punto de que no podrá anunciarse la licitación si no hay en el Presupuesto el crédito suficiente para verificarlo, previa consulta a la Contraloría General de la República" de la misma o mejor calidad y a un menor precio; razón adicionalmente conentario adicional, suponemos que las nuevas normas introducidas en los procedimientos de contratación pública, deben asegurar una mayor transparencia e igualdad de oportunidad entre las personas que participan en estos actos, nos referimos al artículo 12 de la Ley 31 de 30 de diciembre de 1994, del siguiente tenor literal:

Queda claro que la Contraloría puede y debe seguir participar "Artículo 12. Condiciónese el artículo, como en las Comisi47-A al Código Fiscal, con lo dispuesto en los artículo 47, numeral 9 del Código Fiscal, tal como quedó modi" Artículo 47-Art En la ley de 1994 y en el art 35, por el cual se reglaman los dibujos y los diseños y el libro I del Código de Precios, características objetivas, técnicas y de calidad, de los bienes o las obras que se han de contratar. No se exigirán marcas comerciales, patentes, diseños, tipos, logares de origen o productos determinados, salvo que o exista otro medio suficiente preciso e inteligible de describir las características de los bienes, o las obras que se han de contratar y con tal de que se incluyan en la descripción las palabras "o su equivalente" u otra expresión similar".

Concretam
siguiente
PRIMERA I
Atent
"2Po
Nacio
no s
sect

Por medio
Legislativa ap
Telecomunicaciones
al particular el
AN de F/2/h
"Art
enti
conv
Tele
INTR
vent
comp
de c

A pesar d
estatal en una
manteniendo su carácter de empresa de derecho público, se
lo dispuesto en el artículo 2º de la ley que preceptúa

Para formular las especificaciones, los planes, los dibujos y diseños que hayan de incluirse en la documentación de precalificación en el pliego de condiciones, o en otros documentos que se soliciten propuestas, ofertas o cotizaciones, a fin de dar a conocer las características técnicas y de calidad de los bienes o las obras que se han de contratar se utilizarán, de haberlos, las características los requisitos, los símbolos y la terminología normalizados....".

K PLETCHER

Con esta reforma se ha eliminado la posibilidad de que entes estatales establezcan requisitos subjetivos en pliegos de cargos que, solo pueden ser satisfechos por determinadas compañías que se pretendan favorecer, existiendo en el mercado productos y servicios similares de la misma o mejor calidad y a un menor precio; razón adicional para que la Contraloría se concentre en los aspectos financieros de las contrataciones, como son la verificación de la existencia de las partidas presupuestarias y de las garantías que se ofrezcan como fianzas provisionales.

Queda claro que la Contraloría puede y debe seguir participando tanto en los actos de contratación, como en las Comisiones Evaluadoras de conformidad con lo dispuesto en los artículo 47, numeral 9 del Código Fiscal, tal como quedó modificado por el artículo 11 de la Ley 31 de 1994 y en el artículo 26 del Decreto N°.33 de 1985, "Por el cual se reglamenta el Capítulo IV del Título I del Libro I del Código Fiscal, sobre Licitación Pública. Concurso de Precios, Solicitud de Precios y los respectivos Contratos con el Estado".

Concretamente las interrogantes que se nos plantean con las siguientes En estos términos expresamos a usted nuestra opinión, esperando haber absuelto debidamente su solicitud.

PRIMERA INTERROGANTE:
Atentamente,

"¿Por qué régimen legal se rige el Instituto Nacional de Telecomunicaciones, S.A., mientras no se haya vendido el 49% de las acciones al sector privado?"

LICDA. ALMA MONTENEGRO DE FLETCHER
Procuradora de la Administración.

Por medio de la Ley N°5 de 9 de febrero de 1995, la Asamblea Legislativa aprobó la reestructuración del Instituto Nacional de Telecomunicaciones, convirtiéndolo en una sociedad anónima. Sobre el particular el artículo 1° de esa Ley señala:

AMdF/2/hf.

"Artículo 1: Para los efectos de esta Ley, se entiende por proceso de reestructuración, la conversión del Instituto Nacional de Telecomunicaciones, en adelante denominado INTEL, en una sociedad anónima y la posterior venta, por parte del Estado, de acciones que compongan el capital social de esta sociedad, de conformidad con la presente Ley."

A pesar de que el artículo transcrito convirtió este ente estatal en una sociedad anónima, en la actualidad el mismo continúa manteniendo su carácter de empresa de derecho público, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2 ibidem, que preceptúa: