

26 de septiembre de 1996,

Licenciado
Aristides Romero Jr.
Contralor General de la República
E. S. D.

Señor Contralor:

Acusando recibo de su Nota NQ.2858-Leg de 27 de agosto de 1996 en nuestro Despacho, el día 2 de septiembre del presente, procedemos a dar respuesta a su consulta que tiene por objeto obtener nuestro criterio "sobre la aplicación de las normas de contratación pública (Ley 56 de 1995) y el ejercicio del control previo por parte de la Contraloría General de la República en la Caja de Ahorros". Puesto que nos solicita un dictamen sobre dos asuntos distintos, mas relacionados entre sí, nos permitimos contestarle cada interrogante por separado para luego vertir ciertas conclusiones al respecto:

I. De la aplicación de las normas de contratación pública (Ley 56 de 1995) por parte de la Contraloría General de la República en la Caja de Ahorros.

Según lo expresado en el artículo 1 de la Ley 56 de 1995, en referencia al ámbito de aplicación de la misma, ésta "se aplicará a las contrataciones que realicen el Estado, sus entidades autónomas o semiautónomas para: 1. La ejecución de obras públicas 2. Adquisición o arrendamiento de bienes 3. Prestación de servicios 4. Operación o administración de bienes 5. Gestión de funciones administrativas", y añade en su parágrafo que aquellas contrataciones que se rijan por leyes especiales (i.e. municipios, juntas comunales y locales), deberán aplicar esta Ley en forma supletoria (El resaltado es nuestro).

Ahora bien, de acuerdo a la Ley 87 de 23 de noviembre de 1960, Orgánica de la Caja de Ahorros, dicha institución es una entidad autónoma del Estado, por tanto debe conducirse, en cuanto a contrataciones públicas se refiere, por la Ley 56 de 1995. En su artículo 10 subraya los "Derechos y obligaciones de las entidades estatales contratantes", estipulando que "para la consecución de los fines de que trata el Artículo 8, será la obligación de las

entidades contratantes, obtener el mayor beneficio para el Estado o los intereses públicos, cumpliendo con las disposiciones de la Ley, su reglamentación y su pliego de cargos" (Subraya la Procuraduría).

En cuanto a las disposiciones de la Ley que deben cumplirse, podemos mencionar el artículo 15 "Principios en actuaciones contractuales de las entidades públicas". La norma subraya que "las actuaciones de quienes intervengan en la contratación pública se desarrollarán con fundamento en los principios de transparencia, economía, y responsabilidad, de conformidad con los postulados de la función administrativa". (Lo subrayado es nuestro).

Lo anterior le es aplicable a la Caja de Ahorros, pues, como mencionamos anteriormente, es una entidad autónoma del Estado, por ende, "la ejecución o reparación de obras nacionales, las compras que se efectúen con fondos del Estado, de sus entidades autónomas o semiautónomas o de los municipios, y la venta o arrendamiento de bienes que le pertenezcan, se harán, salvo las excepciones que determine la Ley, mediante licitación pública (Párrafo 1, artículo 15 -lo resaltado es nuestro-) Inclusive, dicha Institución contempla la figura de la licitación pública en el artículo 60 de su Ley Orgánica, por tanto no desconoce los mecanismos reglamentados por la Ley sobre contratación pública.

Podemos colegir del criterio jurídico adjuntado por su Institución que el punto de controversia a dirimir versa sobre la ejecución de una obra requerida por la Caja de Ahorros, a saber, la construcción de una nueva sucursal bancaria. Ciertamente es que la Junta Directiva del banco es la única facultada para autorizar la apertura de una sucursal bancaria, sin embargo, y tratándose de una futura construcción, ésta se enmarca dentro del contexto de "ejecución de obras públicas", ya que, cabe recordar, la Caja de Ahorros es una entidad estatal.

Por tanto, luego de que la Junta Directiva de la Caja de Ahorros determine donde es más conveniente abrir una nueva sucursal, debe contratar los servicios de los expertos en este tipo de obras. Tal cual citamos en un principio, la Ley 56 de 1995 reglamenta el proceder para estos actos, particularmente en su Capítulo III "Del contrato de obra". El artículo 82 "Del inicio de la ejecución de la obra", apunta los requisitos indispensables para que el proyecto, cualquiera que fuesen sus características, empiece a desarrollarse. Estos son:

1. Perfeccionamiento legal del contrato
2. Verificación legal del contrato
3. " presupuestaria "
4. " técnica "

5. Verificación física del lugar donde se realizarán las obras contratadas.

Importante advertencia expresa el articulado sobre el retraso en el inicio de la obra: si el mismo se debe a causa imputable a la entidad contratante, deberá pagar al contratista los aumentos en costos "experimentados durante el período que transcurre entre la finalización del término de que dispone la entidad para expedir la orden de proceder y la expedición de dicha orden". (El resaltado es nuestro)

El propio artículo en su primer párrafo establece, que antes de emitir la orden, la entidad contratante debe cumplir con los requisitos supracitados. Recalcamos la advertencia en cuanto al retraso, pues la Ley 56 de 1995 primeramente señala en su artículo 82, que "la fecha de inicio de la obra se establecerá dentro de los treinta (30) días siguientes a la del perfeccionamiento del contrato", si no se hubiere previsto fecha alguna en la orden de proceder para empezar con la construcción del proyecto.

Reiteramos nuestro pensar, coincidiendo con la opinión adjuntada por su Asesor Legal en el sentido que no es lógico impartir una orden de proceder sin el perfeccionamiento del contrato, formalismo inherente a la eficacia del mismo, de acuerdo a los artículos 1109 y 1131 del Código Civil y artículo 195 y siguientes del Código de Comercio, apoyo legal señalado por la misma Ley 56 de 1995 en su artículo 69 "De las disposiciones aplicables a los contratos públicos", conforme a las reglas del Derecho Público que destacan la necesidad de ciertos actos formales o solemnes para invectarles validez a los acuerdos celebrados por el Estado en la forma de contratos administrativos.

La Ley 56 de 1995 señala expresamente en su artículo 73, que los contratos serán refrendados por el Contralor General de la República; del verbo "refrendar", que significa "autorizar un despacho y otro documento por medio de la firma de persona hábil para ello" -DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, XIX Edic., Real Academia, Espasa Calpe, 1970.-

CONCLUSIÓN:

La Caja de Ahorros es una entidad estatal autónoma y debe acatar lo dispuesto en la Ley 56 de 1995 sobre contratación pública, puesto que su regulación aplica para estas instituciones del Estado, de acuerdo al artículo 1 de la Ley en mención, y al artículo 2 de la Ley Orgánica de la propia Caja de Ahorros.

De acuerdo al principio de responsabilidad, el servidor público (en este caso, persona al servicio de la institución

bancaria oficial que es la Caja de Ahorros) tiene la obligación de velar por el fiel cumplimiento de los fines de la contratación, pues es causal de nulidad absoluta de un contrato la prescendencia absoluta (valga la redundancia) del procedimiento legalmente establecido, aparte de cualquier otra causal que la Constitución o la ley señalen (artículo 18 y 60 de la Ley 56 de 1995).

No caben interpretaciones cuando la norma es rotunda en su exposición, y si especifica que el perfeccionamiento de un contrato público, en este caso de obra, se obtiene con el refrendo o autorización de la Contraloría, para luego dar cabida a la orden de proceder de la obra, sin menoscabo de los intereses del Estado que priman en dicho acto por ser éste el ente regularador, así tiene que ser, de lo contrario resultaría demasiado oneroso para las partes contratantes, toda vez que el contratista podrá estar iniciando la ejecución de una obra cuyo sustento jurídico (el contrato) es incierto.

Al dejar claro nuestro criterio sobre la aplicación de las normas de contratación pública por parte de la Contraloría General de la República en la Caja de Ahorros, y como quiera que el segundo aparte de la consulta elevada a nuestro Despacho trata del control previo, según lo alegado por la Caja de Ahorros, "un concepto derivado de la facultad de refrendar ejercida por la Contraloría General de la República", seguidamente hacemos la exposición de nuestro juicio, al respecto:

II. Del ejercicio del control previo por parte de la Contraloría General de la República en la Caja de Ahorros.

Según el parecer jurídico adjuntado por su respetado Despacho, y concordando con nuestra consecuente investigación, son varias las normas legales que facultan a la Contraloría General de la República para ejercer el control previo sobre todo acto de manejo de fondos y bienes públicos. Procedemos a enumerarlas brevemente, según el orden vigente de jerarquía de la ley en nuestro país:

1. Constitución Política Nacional: artículo 276 -De las funciones de la Contraloría General de la República-

2. Leyes dictadas en consecuencia de la Constitución: Ley 32 de 8 de noviembre de 1994 -Orgánica de la Contraloría General de la República;

Título III "Funciones generales", artículo 11 numeral 2; Título IV "Funciones especiales", Capítulo V "Del registro y control de los bienes patrimoniales"; Título V "De los órganos de administración", Capítulo I "Funciones del Contralor", artículo 55.

3. Decreto de Gabinete 238 de 1970 "Por el cual se reforma el régimen bancario y se crea la Comisión Bancaria Nacional", Capítulo IX "De la inspección bancaria", artículo 75; Título III "Disposiciones finales", artículo 109, que preceptúa lo siguiente:

"Artículo 109: Sólo serán aplicables a los bancos oficiales las disposiciones contenidas en los capítulos V (De la liquidez bancaria), VII (De documentos e informes), VIII (De las prohibiciones y limitaciones), IX (De la inspección bancaria) *Todos contenidos en el Título II "Del régimen bancario"* ... siempre y cuando estas disposiciones no estén en conflicto con las leyes por las cuales se rigen estos bancos. No obstante lo anterior, los capítulos IV (Del encaje legal), VI (Del interés bancario), y los artículo 99 y 100 (horarios y días feriados) se aplicarán en todo caso a los bancos oficiales". (El resaltado y los paréntesis son nuestros)

Tomando en cuenta todos los preceptos constitucionales y legislativos citados, a continuación nos permitimos transcribir algunas acepciones recabadas del Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, compilado por el honorable jurista Guillermo CABANELLAS. Nuestro propósito es analizar el alegato vertido por la Caja de Ahorros, cuando expresa que "la vigilancia e inspección no pueden asimilarse al concepto de control previo". Veamos:

"Fiscalizar: Criticar, enjuiciar, inspeccionar ... Hasta la claudicación académica al respecto, fundada en el uso generalizado, este verbo era el mejor "antídoto" contra el propagado extranjerismo de 'controlar'".

"Fiscalización: acción o efecto de fiscalizar. Es uno de los innumerables sinónimos, y de los más adecuados casi siempre, para eliminar el 'anglogalicismo' de control, aún indultado ya por la Academia".

"Inspeccionar: Examinar, reconocer directa y cuidadosamente algo, sobre todo cuando se ejerce una jefatura o se es autoridad".

"Vigilancia: Cuidado, celo y diligencia que se pone o ha de ponerse en las cosas o asuntos de la propia incumbencia; como la custodia en que la vigilancia suele materializarse, tiende en

doble finalidad, a conservar un bien en ocasiones y a impedir un mal en otras. Es refuerzo o debe serlo del derecho; y amenaza para el delito, la falta o la negligencia".

"Control: Según los casos, es comprobación, fiscalización, inspección, intervención, Vigilancia." (El resaltado es nuestro) - CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico del Derecho Usual, Tomos IV y VIII-

CONCLUSIÓN:

Este Despacho es del criterio siguiente: la Caja de Ahorros, como banco oficial y entidad autónoma del Estado, debe someterse a la vigilancia del mismo (artículo 260 de la Constitución Política). El Estado, a través de la Contraloría General de la República, ejerce estas funciones de vigilancia e inspección, en fiel cumplimiento de lo regulado por nuestra Carta Magna. Como quiera que la Caja de Ahorros sostiene que el acto de refrendar se deriva de la facultad de control previo, cabe agregar la siguiente salvedad, y citamos del artículo 55, acápite C de la Ley 32 de 1984: "en cuanto a contratos que celebre la Nación y que impliquen erogación de fondos públicos o afectación de patrimonio público, es atribución del Contralor General de la República refrendar los mismos". Tal como subrayamos en el primer aparte, sin el respectivo refrendo, no se puede perfeccionar un contrato público; por ser la Caja de Ahorros una entidad pública, los contratos que celebre requieren del refrendo correspondiente para acatar lo reglamentado en la Ley 56 de 1995 sobre contratación pública.

Vale recordar que la Ley 56 de 1995, en su artículo 118 señala los artículos que quedan derogados con su entrada en vigencia, y agrega, "cualquier disposición que le sea contraria". Ciertamente es que el artículo 2 de la Ley Orgánica de la Caja de Ahorros señala que está "sujeta únicamente a la vigilancia e inspección del Organismo Ejecutivo", pero por lo antes sostenido, consideramos que esta disposición, no sólo rige con lo supracitado en la Ley 56 de 1995, sino también con lo amparado por la Constitución Política en su artículo 276. Sin embargo, es competencia única de la Corte Suprema de Justicia en Pleno, declarar el matiz inconstitucional de cualquier norma, por tanto, dicho precepto se considera legal y vigente hasta que se resuelva por esa vía lo contrario.

Esperando que la información suministrada sirva para aclarar el tema objeto de examen, se despide de usted con la seguridad de nuestro aprecio y consideración.

Atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/6/hf.