

28 de marzo de 1996.

Su Excelencia
Doctor
FRANCISCO SANCHEZ CARDENAS
Ministro de Vivienda
E. S. D.

Distinguido señor Ministro:

Mucho nos place darle respuesta a la consulta que ha formulado a este Despacho mediante Nota No. DMV/311-96, fechada el 11 de marzo último. Merece destacarse que la solicitud de opinión viene acompañada del criterio jurídico de la asesoría legal adscrita a la entidad consultante, sobre el punto en consulta, cumpliéndose con dicho requisito establecido en la Ley.

Específicamente se cuestiona lo siguiente:

"1. Si de acuerdo al Contrato de Fideicomiso celebrado por el BANCO HIPOTECARIO NACIONAL con la sociedad anónima denominada ECONOMIA, PLANIFICACION Y DESARROLLO, S.A., (ECONOPLADE, S.A.), según consta en la Escritura Pública No. 262-36-4087 de 26 de mayo de 1995, de la Notaría Especial del BANCO HIPOTECARIO NACIONAL, debe el Banco someter a la consideración previa del Consejo Económico Nacional (CENA) y Consejo de Gabinete lo estipulado en su cláusula Sexta...

2. Si de conformidad con lo previsto en la cláusula anterior, basta solamente con que la Junta Directiva del BANCO HIPOTECARIO NACIONAL otorgue su consentimiento para que pueda efectuarse el aumento hasta un tope de cinco por ciento (5%)".

Sobre este tema su despacho conceptúa que el contrato de fideicomiso celebrado entre el Banco Hipotecario Nacional y la empresa denominada Economía, Planificación y Desarrollo, S.A., en adelante identificados con las siglas BHN y ECONOPLADE, S.A., respectivamente, se enmarca dentro de una relación de derecho privado, porque a pesar de estar involucrado en ese negocio jurídico una entidad pública, el BHN está autorizado por su Ley

Orgánica para realizar este tipo de contratación. Y al haber sido contemplado en dicho contrato, mediante su cláusula sexta, la probabilidad de aumento del precio de las viviendas (mejoras) de ocurrir incrementos en los costos de construcción por alza del precio de los materiales, mano de obra y costos financieros, hasta un cinco por ciento, previa aprobación del BHN, no siendo necesario además de ese consentimiento "el concepto favorable del CENA y Consejo de Gabinete".

Estamos de acuerdo con el criterio jurídico señalado, sin embargo, consideramos necesario mencionar otros factores que gravitan en este asunto y que sustentan la opinión de que no es necesario la autorización del CENA y del Consejo de Gabinete, en el asunto sometido a nuestra consideración.

Se trata que según los antecedentes de la relación jurídica entre ECONOPLADE, S.A. y el BHN, se concedió a este último exención de licitación pública y se autorizó la contratación directa tanto del "compromiso de financiamiento a promotores de vivienda a través de préstamos individuales" y "un contrato de fideicomiso" cuyos montos, en ese orden, corresponden a B/. 8,680.500.00 y B/. 750.000.00, conforme consta en la G.O. No. 22.788, de 23 de mayo de 1995, en que apareció publicada la Resolución de Gabinete No. 140, de 15 de mayo de 1995, que autoriza la indicada exención.

A nuestro juicio, también sirve de sustento a dicho criterio el hecho de que mediante Resolución de Gabinete No. 141, de 15 de mayo de 1995, se emitió concepto favorable a los referidos contratos, acto administrativo que también fue publicado en la gaceta oficial señalada.

Es insoslayable la función del CENA como organismo consultivo y asesor del Organismo Ejecutivo, del Consejo de Gabinete y de las entidades públicas descentralizadas en lo que concierne a asuntos financieros del sector público, de allí que el artículo 2 del Decreto Ejecutivo No. 75, de 30 de mayo de 1990, mediante el cual se crea el CENA, establezca lo siguiente:

"Artículo 2: En adición a las finalidades principales señaladas en el artículo anterior, el Consejo Económico Nacional deberá emitir opinión o conceptos sobre los siguientes aspectos de las finanzas públicas del Gobierno Central, entidades autónomas, semiautónomas y empresas estatales:

- a) Contratación de empréstitos públicos,
- b) Emisión de bonos, pagarés y demás valores del Estado,
- c) Solicitudes de Créditos adicionales, sean Extraordinarios o Suplementales, al

fideicomiso que consta en la Escritura Pública No. 262-36-4087, de 26 de mayo de 1995, levantada por la Notaría Especial de BHN, ha contemplado en la cláusula sexta que "si los costos de construcción aumentasen por aumentar el costo de materiales, de la mano de obra o de los costos financieros, el precio de venta de las viviendas, o sea de las mejoras, previsto originalmente entre el FIDEICOMITENTE-FIDUCIARIO -o sea, el BHN- y el FIDEICOMISARIO -es decir, ECONOPLADE, S.A.- podrá aumentarse por éste hasta un tope de cinco por ciento (5%), previa aprobación del FIDEICOMITENTE FIDUCIARIO".

Vistas así las cosas, y encontrándose esta contratación dentro del giro normal de las operaciones esencialmente financieras que efectúa el BHN como emanación legítima de las funciones que le asigna la Ley y bajo el amparo de la Constitución Política, abrigamos el criterio de que para proceder a cumplir con la cláusula antes copiada sólo es necesario que se materialicen u ocurran en la realidad los supuestos allí contemplados (aumentos de los costos en la construcción de las mejoras", para a su vez previa aquiescencia del BHN, mediante los mecanismos internos del mismo, se pueda proceder a elevar los precios observando los límites establecidos en la cláusula y que fuera libremente pactada entre el promotor ECONOPLADE, S.A. y el BHN.

Con todo, el requisito de la ingerencia o intervención del CBNA regulado por el decreto que crea el organismo ha sido prácticamente cumplido al tomar en consideración que dentro del mecanismo de coordinación y supervisión racional que ejerce el Organo Ejecutivo y el Consejo de Gabinete en este tipo de relaciones jurídicas, además de la Contraloría General de la República, que implican disposición de fondos públicos, se ha eximido a la institución bancaria de los procedimientos previos que involucran la contratación pública, en este caso del mecanismo de licitación pública, y se le autorizó a que contratara directamente sobre los objetos ya señalados.

Por último, déjenos mencionarle que la nueva Ley que norma la contratación pública (Ley 56 de 1995), en su artículo 2, dispone expresamente que "aquellas entidades públicas que la Ley autorice, se regirán por las normas de derecho privado, para la adquisición de bienes o servicios, o en sus relaciones contractuales con terceros, salvo las normas previstas en sus respectivos instrumentos de creación". Estas empresas -señala la norma- celebrarán los contratos para la adquisición de bienes y servicios con fundamento en el principio de libertad de concurrencia. Y algo muy importante en el presente asunto que consiste en que las disposiciones de la presente Ley en materia de contratación pública de tales entidades, tendrán carácter subsidiario, siendo de aplicación preferente, a esta Ley, las disposiciones especiales relativas a la contratación de tales organismos y las del Código Civil y del Código de Comercio, compatibles con el régimen jurídico

26 de mayo de 1995, levantada por la Notaría Especial de BHN, ha contemplado en la cláusula sexta que "si los costos de construcción aumentasen por aumentar el costo de materiales, de la mano de obra o de los costos financieros, el precio de venta de las viviendas, o sea de las mejoras, previsto originalmente entre el FIDEICOMITENTE-FIDUCIARIO -o sea, el BHN- y el FIDEICOMISARIO -es decir, ECONOPLADE, S.A.- podrá aumentarse por éste hasta un tope de cinco por ciento (5%), previa aprobación del FIDEICOMITENTE FIDUCIARIO".

Vistas así las cosas, y encontrándose esta contratación dentro del giro normal de las operaciones esencialmente financieras que efectúa el BHN como emanación legítima de las funciones que le asigna la Ley y bajo el amparo de la Constitución Política, abrigamos el criterio de que para proceder a cumplir con la cláusula antes copiada sólo es necesario que se materialicen u ocurran en la realidad los supuestos allí contemplados (aumentos de los costos en la construcción de las mejoras", para a su vez previa aquiescencia del BHN, mediante los mecanismos internos del mismo, se pueda proceder a elevar los precios observando los límites establecidos en la cláusula y que fuera libremente pactada entre el promotor ECONOPLADE, S.A. y el BHN.

Con todo, el requisito de la ingerencia o intervención del CERNA regulado por el decreto que crea el organismo ha sido prácticamente cumplido al tomar en consideración que dentro del mecanismo de coordinación y supervisión racional que ejerce el Organismo Ejecutivo y el Consejo de Gabinete en este tipo de relaciones jurídicas, además de la Contraloría General de la República, que implican disposición de fondos públicos, se ha eximido a la institución bancaria de los procedimientos previos que involucran la contratación pública, en este caso del mecanismo de licitación pública, y se le autorizó a que contratara directamente sobre los objetos ya señalados.

Por último, déjenos mencionarle que la nueva Ley que norma la contratación pública (Ley 56 de 1995), en su artículo 2, dispone expresamente que "aquellas entidades públicas que la Ley autorice, se regirán por las normas de derecho privado, para la adquisición de bienes o servicios, o en sus relaciones contractuales con terceros, salvo las normas previstas en sus respectivos instrumentos de creación". Estas empresas -señala la norma- celebrarán los contratos para la adquisición de bienes y servicios con fundamento en el principio de libertad de concurrencia. Y algo muy importante en el presente asunto que consiste en que las disposiciones de la presente Ley en materia de contratación pública de tales entidades, tendrán carácter subsidiario, siendo de aplicación preferente, a esta Ley, las disposiciones especiales relativas a la contratación de tales organismos y las del Código Civil y del Código de Comercio, compatibles con el régimen jurídico de tales entidades públicas y con el interés público que se

de tales entidades públicas y con el interés público que se persigue mediante el mecanismo contractual por parte del Estado".

Resguardados como observo que están los intereses del BHN en la presente relación jurídica, ya que retiene en fideicomiso el bien inmueble sobre el cual se realiza el proyecto por el promotor, con las correspondientes garantías reales también a su favor para proteger su crédito, es decir, tutelado el interés público de que habla el artículo 2 reseñado, y encontrándose esta operación dentro del giro normal que autoriza la Ley al BHN, opino que no es necesario nuevamente el previo concepto del Consejo de Gabinete ni del CENA en este asunto para proceder a cumplir con lo pactado entre la empresa ECONOPLADE, S.A. y el BHN.

Sin otro particular, y esperando haber absuelto adecuadamente este interesante cuestionamiento, quedo de usted con las más atentas muestras de aprecio y consideración.

LCDA. ALMA MONTENEGRO DE FLETCHER
Procuradora de la Administración