

25 de febrero de 1999

Proceso Contencioso
Administrativo de
Nulidad.

Concepto. Interpuesto por el Licdo. Gabriel Martínez en su propio nombre y representación para que se declare nulo, por ilegal, el acto administrativo expedido por el Contralor General de la República mediante AYUDA MEMORIA de 22 de septiembre de 1998.

Señor Magistrado Presidente de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia.

Con nuestro acostumbrado respeto, concurrimos ante Vuestro Despacho, con la intención de emitir formal concepto, en torno al Proceso Contencioso Administrativo de Nulidad, enunciado en el margen superior de la presente Vista Fiscal.

I- Intervención de la Procuraduría de la Administración.

La Procuraduría de la Administración interviene en el proceso, fundamentada en el artículo 348, numeral 1, del Código Judicial, según el cual, nos corresponde actuar en defensa de la legalidad.

II- Pretensiones de la demandante.

La parte actora requiere de Vuestra Sala, que se declare nulo, por ilegal, el Acto Administrativo expedido por el Contralor General de la República mediante AYUDA MEMORIA de 22 de septiembre de 1998.

Este Despacho, en un análisis preliminar, observa que el demandante está asistido por el derecho, por lo que solicitamos a los Señores Magistrados se sirvan acceder a las pretensiones consignadas en el libelo de la demanda.

III- Las disposiciones legales que se aducen como infringidas y su concepto.

a. El Artículo 111 de la Ley N°56 de 1995, que establece lo siguiente:

¿Artículo 111: Constitución de las Fianzas.

Las fianzas habrán de constituirse en efectivo, títulos de crédito del Estado, en fianzas emitidas por compañías de seguros o mediante garantías bancarias o en cheques librados o certificados.

Las compañías de seguros y los bancos a que se refiere este artículo, deben tener solvencia reconocida por la Superintendencia de Seguros o por la Comisión Bancaria Nacional, según sea el caso.

Con tal finalidad, dichas entidades remitirán anualmente, a la Contraloría General de la República, una lista de las compañías de seguros indicando, en cada caso, el monto de las obligaciones que pueden garantizar tales compañías de seguros o bancos.

La Contraloría General de la República queda facultada para rechazar cualquier fianza que no represente una adecuada garantía de cumplimiento del contrato, así como para exigir la sustitución de garantías otorgadas por bancos o compañías de seguros que no

se encuentren en capacidad económica comprobada de garantizar dichas obligaciones contractuales, por otras otorgadas por compañías de seguros o bancos que tengan la capacidad.

Las Fianzas emitidas por las compañías de seguros deben ser constituidas de acuerdo con el modelo, reglamentado mediante decreto, expedido por la Contraloría General de la República.¿

La parte actora plantea que, de acuerdo con lo establecido en la citada disposición legal, las Compañías de Seguros y los Bancos que emitan Fianzas a favor del Estado, para una contratación pública, deben tener solvencia reconocida solamente por las siguientes entidades:

a) En el caso de las Compañías de Seguros y las de Reaseguro, por la Superintendencia del Seguros y Reaseguros.

b) En el caso de los Bancos, la Comisión Bancaria Nacional, hoy día conforme la ley que regula la actividad bancaria, la Superintendencia de Bancos.

A su juicio, ambas entidades conforme dicho artículo deben remitir anualmente a la Contraloría General de la República, una lista de las Compañías de Seguros y los Bancos que gozan de solvencia, indicando en cada caso, el monto de las obligaciones que pueden garantizar.

Añade que la facultad que la norma en cuestión le otorga a la Contraloría General de la República se limita a:

1. Rechazar cualquier fianza que no represente una adecuada garantía de cumplimiento del contrato, facultad que ejerce al momento en que la Contraloría recibe la fianza remitida por la entidad contratante.

2. Exigir la sustitución de garantías otorgadas por Bancos o Compañías de Seguros, que no se encuentren en capacidad económica comprobada de garantizar las obligaciones contractuales; facultad que se ejerce cuando la Contraloría General ha aceptado una fianza que mantiene depositada, como garantía de algún contrato y el Banco o la Compañía de Seguros que la emitió, se encuentra incapacitado económicamente para garantizar las obligaciones contractuales.

Desde su perspectiva, resulta claro que esa disposición legal, en modo alguno faculta a la Contraloría General de la República para establecer parámetros, límites y condiciones que deben cumplir las fianzas que son emitidas a favor del Estado por las Compañías de Seguros y Reaseguros; lo que a su juicio deviene en una violación directa del artículo 111 de la Ley N°56 de 27 de diciembre de 1995.

b. El artículo 17, numeral 12, de la Ley N°56 de 27 de diciembre de 1995, que señala:

¿Artículo 17: Principio de Economía ¿

12. Las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales, ni otras formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan el pliego de cargos o leyes especiales¿.

El demandante considera que, de la citada disposición legal, se desprende que las autoridades involucradas en el proceso de selección de contratistas no pueden exigir formalidades o requisitos que no se encuentren consagrados en los pliegos de cargos o en las Leyes especiales.

Agrega que el Contralor General de la República, al establecer los parámetros, los límites y las condiciones a las Fianzas emitidas por las Compañías de Seguros y de Reaseguros, que son presentadas por los proponentes en un acto público o los contratistas del Estado, y que no se encuentran establecidas en ninguna disposición

legal, violó en forma directa el numeral 12, del artículo 17 de la Ley N°56 de 27 de diciembre de 1995.

c. El numeral 6, del artículo 16 de la Ley N°56 de 27 de diciembre de 1995, que indica:

¿Artículo 16: Principio de transparencia ¿

6. Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley ¿¿

Según el demandante, la norma jurídica señala que las autoridades involucradas en el proceso de contratación pública, no actuarán con desviación del poder y sólo ejercerán sus competencias para los fines previstos en la ley; por tanto, considera que los parámetros, las condiciones y los límites fijados por el Contralor General de la República, en el acto impugnado, constituyen una clara conducta de la desviación del poder, al no ejercer su competencia dentro de los fines previstos por el artículo 111 de la Ley N°56 de 1995, violándose, en forma directa, el numeral 6, del artículo 16 de la Ley N°56 de 27 de diciembre de 1995.

d. El numeral 4, del artículo 18 de la Ley N°56 de 27 de diciembre e 1995, que señala:

¿Artículo 18: Principio de Responsabilidad.

Los servidores públicos velarán por el cumplimiento de los siguientes puntos:

4. Las actuaciones de los servidores públicos estarán regidas por conducta ajustada al ordenamiento jurídico, y son responsables ante las autoridades por infracciones a la Constitución o la ley, y por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas.¿

La parte actora plantea que la norma establece, de manera clara e indubitable, uno de los Principios de Responsabilidad básicos en el proceso de contratación pública, como es la obligación de todos los Servidores Públicos involucrados en dichos procesos, a que sus actuaciones se ajusten al ordenamiento jurídico.

Consideran, además, que el acto administrativo que se impugna, al fijar las condiciones, los parámetros y los límites a las fianzas emitidas a favor del Estado, que son consignadas por los proponentes o contratistas en los diversos actos públicos y en las contrataciones administrativas, se viola de manera directa, el artículo 18 de la Ley N°56 de 1995.

e. El artículo 2 de la Ley 32 de 8 de noviembre de 1984, por la cual se adopta la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República que establece en su parte pertinente, lo siguiente:

¿Artículo 2: La acción de la Contraloría General se ejerce sobre todas las personas y organismos que tengan a su cargo la custodia o el manejo de fondos o bienes del Estado, de los Municipios, Juntas Comunales, empresas estatales, entidades autónomas y semi-autónomas, en el país o en el extranjero¿

Se excluye de la acción de la Contraloría las organizaciones sindicales, las sociedades cooperativas y demás entidades cuya vigilancia y control sean de competencia, de acuerdo con disposiciones legales especiales de otros organismos oficiales¿.

Según el demandante, lo dispuesto en la precitada norma jurídica, excluye del ámbito de acción de la Contraloría General de la República, a aquellas instituciones cuya fiscalización, vigilancia y control sean de competencia de otra entidad del Gobierno, como ocurre, según él, en el presente caso, en el que las Compañías de Seguros y de Reaseguros, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley N°59 de 29 de julio de

1996 y en la Ley N°63 de 29 de septiembre de 1996, llevan a cabo sus actividades bajo la fiscalización y control de la Superintendencia de Seguros y Reaseguros.

Se reitera que, al establecerse, a través del acto administrativo impugnado, unos parámetros, unas condiciones y unos límites a las fianzas emitidas por las Compañías de Seguros y de Reaseguros, la Contraloría General de la República se sale de su radio de acción e invade el campo de competencia de la Superintendencia de Seguros y Reaseguros y la Superintendencia de Bancos, violándose directamente el artículo 2 de la Ley N°32 de 1984.

f. El artículo 38 de la Ley N°59 de 29 de julio de 1996, que establece lo siguiente:

¿Artículo 39: Dentro de los primeros cuatro meses de cada año fiscal, las compañías de seguros deberán presentar a la superintendencia los estados financieros correspondientes al año inmediatamente anterior. Será obligatorio para las compañías de seguros publicar su estado de situación en un diario local de circulación nacional, por lo menos una vez al año¿

De igual forma, deberán presentar a la Superintendencia, dentro de los noventa días siguientes al cierre fiscal, dentro de los tres primeros meses del año, una certificación de los reaseguros o notas de coberturas y los últimos estados financieros públicos por sus reaseguradoras.¿

El demandante interpreta que el último párrafo del artículo 38, antes citado, establece la obligación de presentar certificaciones sobre reaseguros o notas de coberturas debe ser cumplida ante la Superintendencia de Seguros, dentro de los noventa días siguientes al cierre fiscal.

Que siendo ello así, cada vez que una Compañía de Seguros emita una Fianza a favor del Estado, por un monto superior al 10%, establecido en dicho documento impugnado, la Compañía de Seguros está obligada a presentar ante la Superintendencia de Seguros los Contratos vigentes con sus Reaseguradoras o las notas de cobertura, en abierta violación a lo estatuido en el artículo 38, de la Ley N°59 de 1996, que dispone la forma y los plazos en que las Compañías de Seguros deben presentar la certificación de sus reaseguros y notas de coberturas.

Y, que por ello, el acto administrativo impugnado viola, de manera directa, el artículo 38 de la Ley N°59 de 1996.

g. El artículo 44 de la Ley N°59 de 1996, que en su parte pertinente dice:

¿Artículo 44: En las fechas periódicas que fije el Superintendente, las compañías de seguros deberán acreditar ante su despacho la solvencia, conforme a la formula del cálculo aprobada por la Superintendencia. Esta podrá modificar la fórmula del cálculo del margen de solvencia cuando lo considere necesario, pero no más de una vez al año y publicará trimestralmente esta información en un periódico de circulación nacional¿¿

A juicio del demandante, de acuerdo con lo establecido en la citada excerta legal, es competencia de la Superintendencia de Seguros y Reaseguros establecer la fórmula para calcular la solvencia que las Compañías de Seguros deben acreditar ante dicho organismo. Por tal razón, lo establecido en los literales b y c del numeral 1, del acto administrativo emitido por el Contralor General de la República, invade competencia de la Superintendencia de Seguros, en lo que respecta a la fórmula y los plazos para establecer la solvencia económica de las Compañías de Seguros, lo que a su juicio, viola directamente el artículo 44 de la Ley N°59 de 1996.

h. El numeral 9, del artículo 10 de la Ley N°56 de 1996 que a la letra dice:

¿Artículo 10: Serán funciones del Superintendente, además de las señaladas específicamente en otros artículos de esta ley, las siguientes:¿

9. Determinar y velar que las compañías de seguros cumplan con los indicadores de solvencia y liquidez requeridos, y que el capital mínimo pagado se ajuste a los requerimientos de dichos indicadores¿.

Al consignar su inconformidad, el demandante planteó que, de acuerdo con esa disposición legal, es facultad del Superintendente de Seguros, velar porque las Compañías de Seguros cumplan con los indicadores de solvencia requeridos, pero, al establecerse en el acto impugnado emitido por el Contralor General de la República, ciertos mecanismos o parámetros para supervisar la solvencia económica de las Compañías de Seguros, se viola, de manera directa, el artículo 10, numeral 9, de la Ley N°56 de 1996, porque considera que el Contralor General de la República se atribuyó una función que no le competía.

i. El artículo 13 de la Ley N°63 de 19 de septiembre de 1996 establece, en su numeral 3, lo que a seguidas se copia:

¿Artículo 13: Son funciones de la Comisión además de las señaladas por la Ley y los reglamentos, las siguientes:¿

3. Velar porque las compañías de reaseguros cumplan con las obligaciones que establece la ley¿¿

El demandante esgrime que, según se dispone en esa norma jurídica, es función de la Comisión Nacional de Reaseguros velar porque las Compañías de Reaseguros cumplan con las obligaciones que establece la ley; de allí que no sea función ni competencia del Contralor General de la República, establecer criterios o parámetros para supervisar una Compañía de Reaseguros. Que, por ello, lo establecido en el numeral 2, del acto administrativo impugnado, en el sentido de que ¿Las Reaseguradoras Nacionales sólo podrán reasegurar hasta un monto igual al 10% del patrimonio y que para montos mayores deben presentar pruebas de sus retrocesionarios¿, viola en forma directa, el artículo 13, numeral 3, de la Ley N°63 de 1996.

Criterio de la Procuraduría de la Administración.

Nuestro criterio comprende el análisis conjunto de las normas invocadas, porque, como se ha observado, el demandante ha externado el concepto de la violación de manera sistemática, al reiterar el argumento en cada una de las disposiciones jurídicas citadas.

Este Despacho no concuerda con el criterio de la parte actora, al plantear su demanda.

Decimos esto, porque no se trata de un Acto Administrativo mediante el cual, la Contraloría General de la República ha pretendido abrogarse funciones que no le corresponden, incurriendo, incluso, en extralimitación de funciones y/o desviación de poder.

En segundo lugar, en ningún momento, el documento impugnado ha pretendido incursionar en el radio de acción que compete a la Superintendencia de Seguros o Reaseguros.

Nótese que uno de los fundamentos legales de la ¿Ayuda Memoria¿ proviene del artículo 51 de la Ley N°32 de 1984, Orgánica de la Contraloría General de la República, en la que se le faculta para ser depositaria y para pronunciarse sobre la suficiencia de

las garantías que se constituyan para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas con las entidades públicas.

Esa atribución, le permite a la Contraloría General de la República establecer los criterios o parámetros que considere prudentes, para que las fianzas (como forma de garantizar el cumplimiento de obligaciones) cuenten con el respaldo monetario necesario y evitar, de esa forma, que los reclamos que deban efectuar las entidades estatales, por incumplimiento de contrato, sean ilusorias.

Entendemos que dichos criterios deben ser adoptados por las entidades Aseguradoras y Reaseguradoras que pretendan emitir Fianzas, en los procesos de Contratación Pública, porque, de no ser así, posteriormente, pueden ser impugnadas por el ente fiscalizador, si a su juicio, las mismas no cumplen con el requisito de poseer o constituir suficientes garantías, para asegurar el cumplimiento de las obligaciones.

Las atribuciones de la Superintendencia de Seguros y Reaseguros están perfectamente definidas en la Ley N°59 de 29 de julio de 1996.

Las mismas tienen como objetivo:

1. Inspeccionar, investigar y comprobar, cuantas veces lo estimen conveniente, las operaciones comerciales de las empresas que se dediquen a esos menesteres;
2. Examinar los libros y archivos, ordenar correcciones y ajustes;
3. Solicitar y obtener balances, estados financieros, memorias o informes;
4. Velar por el cumplimiento de las disposiciones legales vigentes que les afectan;
5. Aplicar las sanciones que procedan;
6. Cuidar que se mantengan las reservas, las garantías y el capital mínimo;
7. Determinar y velar porque se cumplan con los indicadores de solvencia y liquidez que la Ley exige;
8. Que el capital pagado se ajuste a los requerimientos de dichos indicadores, entre otras.

La función fiscalizadora de la Contraloría General de la República, en nada contradice las atribuciones indicadas, precisamente porque cada una posee un ámbito de aplicación distinto.

Nótese que la atribución consignada en el artículo 51 de la Ley N°32 de 1984, está respaldada por lo expuesto en el párrafo cuarto, del artículo 111 de la Ley N°56 de 1995, de Contratación Pública, porque en él se establece que la Contraloría General de la República queda facultada para rechazar cualquier fianza que no represente una adecuada garantía de cumplimiento del contrato, lo que se logra únicamente, si se establecen unos parámetros que den certeza y confiabilidad en que las fianzas poseen el respaldo para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que se contraen con las entidades estatales.

De igual forma, señala la norma, la Contraloría puede exigir la sustitución de garantías otorgadas por las Compañías de Seguros o Reaseguros que no se encuentren en capacidad económica comprobada, por otras Compañías de Seguros o Reaseguros que sí la tengan.

Un aspecto que es determinante, es el hecho que el párrafo final del artículo 111 de la Ley de Contratación Pública es claro al indicar que las Fianzas emitidas por las Compañías de Seguros deben ser constituidas, de acuerdo con el modelo expedido por la Contraloría General de la República, tal como se hizo en el caso sub júdice.

Ahora bien, hay un detalle de tipo formal que debió acatarse; y es que, el Acto Administrativo debió ser emitido, unitariamente, por la Contraloría General de la República, a través de un DECRETO.

Dicho requisito formal no fue acatado por la Contraloría General de la República, lo que trae como consecuencia la nulidad del Acto Administrativo impugnado, que se denomina *¿Ayuda Memoria¿*.

En situaciones similares, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha procedido a declarar la nulidad de un acto administrativo que no ha cumplido con dicho requisito.

Por considerarlo prudente, procedemos a citar la parte medular de la Sentencia fechada 7 de mayo de 1998, por la cual se declaró nulo el Resuelto N°397 de 25 de noviembre de 1993; veamos:

¿Tal como lo establece el numeral 14, del artículo 179 de la Constitución Política y el ordinal 11, del artículo 629, en concordancia con el ordinal 1°, del artículo 638, ambos del Código Administrativo, la reglamentación de las leyes corresponde privativamente al Presidente de la República y al Ministro del Ramo respectivo, a través de los decretos ejecutivos o decretos reglamentarios de ejecución, por eso no puede el Ministerio de Gobierno y Justicia mediante un Resuelto reglamentar una Ley y menos aún rebasarla estableciendo plazos, requisitos y sanciones no contempladas en la Ley ni en su Reglamento, tal como ha sucedido en el presente caso.

En el orden de preferencia de las normas dictadas en asuntos nacionales primero está la ley, después el reglamento o decreto reglamentario y por último las órdenes superiores o resueltos.

El resuelto es un grado legítimo de ordenamiento inferior al del las leyes y decretos reglamentarios que tiene fundamento constitucional¿

Por tanto, a juicio de la Sala, el artículo 18 de la Ley 14 de 1993 debe ser reglamentado mediante un Decreto Ejecutivo y no mediante un resuelto como el N°397 de 1993 que ha sido impugnado.

Si bien la ley 14 de 1993, en su artículo 18, reconoce `el derecho de concesión a las personas jurídicas bajo cuya organización¿ presten el servicio los transportistas que laboraban como tales, cuando entró en vigencia dicha Ley, ésta también exige que el servicio se preste cumpliendo una serie de requisitos de los cuales estos transportistas no están eximidos, y que ameritan una reglamentación por un Decreto Ejecutivo.

Finalmente, la Sala estima que no le asiste la razón a¿ cuando afirma que el Ministerio de Gobierno y Justicia no tiene facultad para dictar el resuelto impugnado, ni para reglamentar la Ley 14 de 1993, y que compete al Ente Regulador (Dirección Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre) reglamentar la Ley. La Sala hace esta afirmación porque el artículo 6 de la Ley N°14 de 1993 establece que para los efectos de esta Ley, el Ente Regulador será el Ministerio de Gobierno y Justicia, por intermedio de la Dirección Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre (DNTT), y según el artículo 19 de la Ley N°14 de 1993, es al Ente Regulador al que corresponde preparar los contratos de concesión definitiva.

Por consiguiente, la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA QUE SON ILEGALES, los Resueltos N°397 de 25 de noviembre de 1993, y N°153 de 31 de mayo de 1994, dictados por el Ministerio de Gobierno y Justicia, para reglamentar el artículo 18 de la Ley 14 de 1993.¿

Siendo así, a este Despacho le corresponde solicitar a los Señores Magistrados de la Sala Tercera de la Corte, que se sirvan declarar la nulidad del Acto Administrativo denominado *¿Ayuda Memoria¿*, por haberse adoptado en un instrumento jurídico distinto al señalado en la Ley.

Pruebas: Aceptamos las presentadas.

Derecho: Aceptamos el invocado.

Del Señor Magistrado Presidente,

Licda. Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración

AMdeF/5/mcs.

Licdo. Víctor L. Benavides P.
Secretario General