

Universidad de Costa Rica

Facultad de Derecho

“El control previo en el fideicomiso con fondos públicos”

Tesis para optar por el título de Licenciatura en Derecho

Paola Vargas Lepe

Carné: A76785

Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, San José

2014



20 de enero del 2014
FD-AI-007-2014

Dr. Alfredo Chirino Sánchez
Decano
Facultad de Derecho

Estimado señor:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), de la estudiante: Vargas Lepe Paola, carné A76785, denominado: "El control previo en el fideicomiso con fondos Públicos" fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuse de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que indica: **"EL O LA ESTUDIANTE DEBERA ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DIAS HABILES DE ANTICIPACION A LA FECHA DE PRESENTACION PUBLICA"**.

Tribunal Examinador

<i>Informante</i>	<i>Dr. Christian Campos Monge</i>
<i>Presidente</i>	<i>Dr. Marvin Carvajal Pérez</i>
<i>Secretaria (o)</i>	<i>MSc. Roberto Garita Navarro</i>
<i>Miembro</i>	<i>MSc. Rodrigo Campos Hidalgo</i>
<i>Miembro</i>	<i>Dr. Enrique Rojas Franco</i>

Por último, le informo que la defensa de la tesis será el **07 de febrero del 2014**, a las 5:00 p.m. en el Sala de replicas 5 piso Sede Rodrigo Facio.

Atentamente,

Andrés Montejo Morales
DIRECTOR

San José, 16 de enero del 2014

Señor
Dr. Andrés Montejo Morales
Director
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado director:

Me dirijo a usted para informarle que en mi condición de Director, he leído y revisado el borrador de la investigación **"El control previo en el fideicomiso con fondos públicos"**, de la egresada de esta facultad **Paola Vargas Lepe**, carné A76785 y encuentro que llena los requisitos de forma y fondo que se exigen para una investigación de esta naturaleza, por lo que le imparto mi aprobación a fin de que pueda continuarse con los trámites respectivos. Se trata de un análisis completo, bien estructurado e integrador.

Atentamente,



Dr. Christian Campos Monge
Director de tesis

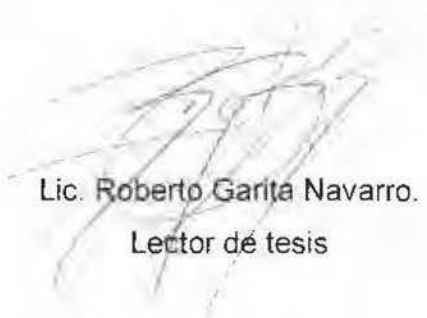
San José, 16 de enero del 2014

Señor
Dr. Andrés Montejo Morales
Director
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado profesor:

Respetuosamente me permito informarle que he leído con atención el trabajo final de graduación de la estudiante **Paola Vargas Lepe**, carné A76785, titulado "**El control previo en el fideicomiso con fondos públicos**". A partir de la lectura de dicho trabajo considero cumple con los requisitos necesarios de la Universidad y la Facultad. Asimismo, considero que este trabajo logra dar un valioso aporte para un tema de gran importancia para el país.

Atentamente,



Lic. Roberto Garita Navarro.
Lector de tesis


San José 16 de enero del 2014

Señor
Dr. Andrés Montejo Morales
Director
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado profesor:

Respetuosamente me permito informarle que he leído con atención el trabajo final de graduación de la estudiante **Paola Vargas Lepe**, carné A76785, titulado "**El control previo en el fideicomiso con fondos públicos**". A partir de la lectura de dicho trabajo considero cumple con los requisitos necesarios de la Universidad y la Facultad. Asimismo, considero que este trabajo logra dar un valioso aporte para un tema de gran importancia para el país.

Atentamente,



Dr. Marvin Carvajal Pérez.
Lector de tesis

San Rafael de Heredia, 11 de febrero de 2014

Señores
Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho

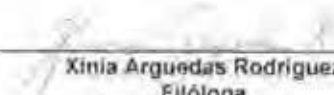
Estimados señores:

En mi calidad de filóloga, hago constar que he revisado la tesis para optar por el grado académico de Licenciatura en Derecho, bajo el título

El control previo en el fideicomiso con fondos públicos, elaborado por la estudiante Paola Vargas Lepe, carné: A76785

La revisión se hizo en la parte morfosintáctica, forma, estilo, redacción, puntuación y ortografía; por lo cual este trabajo está listo en tales aspectos para ser presentado ante la Universidad.

Atentamente,


Xinia Arguedas Rodríguez
Filóloga
Cédula No 1 458 488
Carné # 06032 del Colegio de
Licenciados y Profesores en Letras,
Filosofía, Ciencias y Artes
Teléfono: 22 37 61 66

Dedicatoria

A mis padres, la bendición más grande que Dios me dio,

A Eduardo,

Agradecimientos

Al Dr. Christian Campos Monge, al Dr. Marvin Carvajal y al Msc. Roberto Garita por su colaboración y apoyo desinteresado en el proceso de creación de este trabajo final de graduación.

Al Dr. Enrique Rojas Franco y al Msc. Rodrigo Campos Hidalgo, por su colaboración e interés en mejorar esta investigación.

A la Licda. Iliana Rodríguez, al Ing. José Mena y Lic. María del Rosario León, por su colaboración y amable atención.

Contenido

Dedicatoria	vi
Agradecimientos	vii
Tabla de abreviaturas	xii
Resumen	xiii
Ficha bibliográfica.....	xv
Introducción	1
i. Justificación	1
ii. Hipótesis	2
iii. Objetivos	2
iv. Metodología	3
v. Estructura.....	4
PRIMERA PARTE	5
MARCO TEÓRICO	5
Capítulo 1. Elementos fundamentales del fideicomiso.....	5
Sección I. Antecedentes	5
A. Fideicomiso.....	5
i. Concepto.....	6
i. Elementos del fideicomiso.....	7
a. Elemento objetivo	8
b. Elemento subjetivo	10
• Fideicomitente o fiduciante.....	10
• Fiduciario	11
• Fideicomisario y beneficiario	12
ii. Tipos de fideicomiso	13
a. Fideicomiso de garantía	13
b. Fideicomiso de administración de valores	14
c. Fideicomiso de inversión	15
d. Fideicomiso de desarrollo.....	15
e. Fideicomiso de titularización:.....	15
A. Contratación administrativa	16
Principios.....	20
a. Eficiencia y eficacia:.....	21

b. Libre concurrencia.....	21
c. Igualdad:	22
d. Publicidad	23
e. Legalidad:	24
f. Seguridad jurídica	25
g. Equilibrio de intereses.....	25
h. Buena fe	26
Sección II. Fideicomiso público	27
A. Concepto	27
B. Elementos objetivos y subjetivos	27
i. Elemento subjetivo.....	27
• El fideicomitente	28
• El fiduciario.....	30
• El fideicomisario	30
ii. Elemento objetivo.....	30
C. Características.....	30
Capítulo 2. La incidencia de los controles previos de fiscalización en el uso del fideicomiso público	34
Sección I. Fiscalización.....	34
A. Contraloría General de la República	34
i. <i>Antecedentes históricos</i>	34
i. Funciones antes de que las instituciones gasten el dinero (controles previos).....	38
1) La aprobación de presupuestos.....	39
2) Revisión de contratos	40
ii. Funciones después de que las instituciones gastan el dinero (controles posteriores)	41
1) Estudios a instituciones del Gobierno	42
2) Sanciones.....	43
A. La potestad fiscalizadora de la Contraloría General de la República en la contratación administrativa.	43
B. Tipologías de fiscalización <i>ex – ante</i> o <i>previa</i>	47
i. La aprobación de presupuesto	48
ii. Régimen recursivo	50

iii. Refrendo contralor	52
Sección II. Controles del fideicomiso actual	56
A. El control previo en el fideicomiso.....	56
B. Críticas al control previo	61
Parte segunda. Comprobación de la hipótesis.....	69
Capítulo tercero. La experiencia del Instituto Costarricense de Electricidad (ICE).....	69
A. Análisis del expediente 13-1306-1027-CA	69
Sección I. Proceso de conocimiento.....	70
A. Primera instancia.....	70
i. Parte actora: Instituto Costarricense de Electricidad	70
ii. Traslado de la demanda. Tribunal Contencioso Administrativo	81
iii. Contestación de Contraloría General de la República.....	82
iv. Contestación de parte demandada- Procuraduría General de la República	88
v. Convocatoria a Audiencia Preliminar.....	89
C. Medida cautelar	90
i. ICE presenta medida cautelar contra acto de anulación del acto de	
adjudicación de la Unidad Administradora del Proyecto RANGE	90
ii. Resolución de las dieciséis horas diecinueve minutos del dos de	
setiembre del año dos mil trece.....	91
iii. Solicitud de Lucent Technologies de Costa Rica.....	91
iv. Solicitud de pronto despacho presentada por la parte actora	92
v. Contestación de audiencia Procuraduría General de la República.....	92
vi. Resolución del Tribunal Contenciosos administrativo sobre la	
confidencialidad de la prueba aportada.....	93
vii. Contestación de audiencia Contraloría General de la República	94
viii. Resolución del Tribunal Contenciosos Administrativo 1996-2013 de las	
catorce horas quince minutos del veintitrés de setiembre del año dos mil trece	
96	
B. Apelación.....	96
i. Recurso de apelación interpuesto por el Instituto Costarricense de	
Electricidad	96
C. Conciliación	97
Sección II. Perspectiva de los sectores interesados.....	98
A. Entrevistas.....	98

i. Instituto Costarricense de Electricidad	99
ii. Unidad Ejecutora del Fideicomiso. Empresa GIP Ltda	104
iii. Contraloría General de la República	105
iv. Procuraduría General de la República	107
Conclusiones y recomendaciones.....	110
A. Conclusiones.....	110
A. Recomendaciones	119
Bibliografía.....	128
Anexos	132
Anexo 1. : Oficio 06172 (DCA-1467) de fecha 22 de junio de 2012 emitido por la División de Contratación Administrativa	132
Anexo 2: Oficio 08654 (DCA-1946) de fecha 22 de agosto de 2012 emitido por la División de Contratación Administrativa	144
Anexo 3: Oficio 13577 (DC-0596) de fecha 17 de diciembre de 2012 emitido por el Despacho Contralor.	153
Anexo 4: Entrevista Lic. Illiana Rodríguez Q., directora de Contratación Administrativa del Instituto Costarricense de Electricidad.....	162
Anexo 5. Entrevista al Ing. José Mena, gerente de Unidad Ejecutora.....	167
Anexo 6. Intentos de agendar entrevista con la Contraloría General dela República..	171
Anexo 7. Entrevista Lic. María del Rosario León Yanarella, procuradora, área de Derecho Público. Procuradora General de la República.....	174

Tabla de abreviaturas

CGR: Contraloría General de la República.

Cód. Com.: Código de Comercio.

CPCA: Código Procesal Contencioso Administrativo.

ICE: Instituto Costarricense de Electricidad.

INTOSAI: International Organization of Supreme Audit Institutions (Organización Internacional de las Entidades Fiscalizadoras Superiores).

LAFRPP: Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos.

LCA: Ley de Contratación Administrativa.

LFMEPST: Ley de fortalecimiento y modernización de las entidades públicas del sector de telecomunicaciones.

LGAP: Ley General de Administración Pública.

LOCGR: Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

PGR: Procuraduría General de la República.

RANGE: Fideicomiso para implementar el Proyecto Red de Acceso de Nueva Generación.

RLCA: Reglamento Ley de Contratación Administrativa.

RRCAP: Reglamento sobre el refrendo de las contrataciones de la administración pública.

SUTEL: Superintendencia de Telecomunicaciones.

Resumen

i. Justificación

El fideicomiso es una figura que lleva varios años de estar en boga en las investigaciones jurídicas. Tal figura ha probado ser de gran utilidad en la gestión de distintos proyectos; y, en el caso del sector público, no es la excepción. La predominancia de esta figura está relacionada con que las posibilidades de adecuarla a sus necesidades son tan amplias como el talento y la creatividad humana¹. Por esta razón, que esta figura ha tenido tal auge en los diversos campos del derecho privado, finanzas, comercio, entre otros.

Sin embargo, la inmersión del fideicomiso en el Derecho Público es relativamente nueva en Costa Rica, por esto se han llevado a cabo pocos proyectos con la figura del fideicomiso y no todas las instituciones o entes gubernamentales la conocen o tienen la capacidad de utilizarla y ejecutarla.

El tema es realmente novedoso, por cuanto es una figura con escasa regulación legislativa en el país, a contrario sensu han sido dictámenes y opiniones de la CGR y la PGR las que han marcado las pautas por seguir. En adición, la creciente demanda de la ciudadanía por las obras e infraestructura necesarias para enfrentar el atraso y las carestías que afronta la sociedad con el pasar de los años sea en la red vial nacional, cantonal, la infraestructura universitaria o educativa en general, la hospitalaria, entre otras. Finalmente, el creciente cuestionamiento de la figura de la concesión de obra pública por parte de los medios, podría abrir una ventana de oportunidad más grande a esta figura para la utilización en la construcción de obra pública.

ii. Hipótesis

La hipótesis de esta investigación considera que la aplicación de controles previos en la figura del fideicomiso, desnaturaliza la herramienta jurídica señalada, restándole validez como figura que podría dotar más eficiencia en la gestión de los proyectos de obra e infraestructura.

¹ "El negocio jurídico denominado en el Código de Comercio de Colombia, Fiducia Mercantil, tiene algo que en la actividad financiera resulta una rara característica, en efecto, en una función como la de intermediación financiera, tan sujeta a reglas, leyes, reglamentaciones y prácticas que dejan casi como única diferencia la calidad y el estilo de prestar los servicios – prácticamente iguales en todas las instituciones- la actividad fiduciaria ofrece una gama de posibilidades de servicio tan amplias como el talento y la creatividad humana. Las operaciones fiduciarias pueden ser tan diversas como lo son los posibles solicitantes de servicios fiduciarios; por lo tanto, cada día adquiere más importancia y jerarquía la función fiduciaria en el mundo de las finanzas..." Lozano de Cuellar, F. Ponencia: Fideicomiso, características y aplicación práctica en los sistemas de ahorro y préstamo, Colombia: s.e. 1990.

iii. Objetivo general

Determinar si los controles previos aplicados a la figura del fideicomiso público son eficaces, si tienen sustento normativo y es la herramienta ideal para implementar en grandes proyectos de obra e infraestructura pública.

iv. Metodología

El trabajo de investigación estará enfocado al análisis doctrinal, legal y jurisprudencial de la figura del fideicomiso en el sector público, de los controles de fiscalización previos aplicados a la misma desde su primera aplicación en el plano nacional hasta la actualidad. En particular dictámenes y opiniones emitidos por la Contraloría General de la República. También el análisis de un expediente judicial en el cual se analiza la procedencia o no del referendo en el proceso de contratación mediante un contrato de fideicomiso con fondos públicos. En adición, se consultará a diferentes profesionales y/o representantes de entidades públicas o privadas relacionadas con la contratación administrativa en Costa Rica para conocer su perspectiva del tema.

v. Conclusiones

Es de considerar que las normas aplicadas por CGR no pueden ser destinadas a la administración como una fórmula matemática sin analizar circunstancias en las cuales se encuentra la administración y la consecución del fin público, la cual es probablemente la más importante. La CGR debe encontrar ese balance entre una rigurosa fiscalización y la flexibilización de sus directrices teniendo como fundamento la consecución del fin público.

A pesar de las grandes ventajas que pueda tener el fideicomiso con fondos públicos como figura por utilizar en la contratación administrativa y consecuente mejoramiento de la infraestructura y proyectos para el progreso a nivel nacional, se puede concluir que la inseguridad jurídica y la burocracia excesiva contrarresta los beneficios de la figura, en adición al inoportuno e insuficiente estudio realizado en control previo por la CGR.

Y, por consiguiente, la hipótesis planteada es comprobada pues en efecto la aplicación de controles previos en la figura del fideicomiso, desnaturaliza la herramienta jurídica

señalada, restándole validez como figura que podría dotar de mayor eficiencia la gestión de los proyectos de obra e infraestructura.

Ficha bibliográfica

Vargas-Lepe, Paola. “EL CONTROL PREVIO EN EL FIDEICOMISO CON FONDOS PÚBLICOS”. *Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2013. vii y 176*

Director: Dr. Christian E. Campos Monge.

Palabras claves: fideicomiso, público, fiscalización, controles previos.

Introducción

“La elección del procedimiento de derecho común no puede tener sino una justificación: si la Administración, para atender un fin público, emigra del campo administrativo, es porque en la circunstancia ocurrente, el interés público no solo está porque en la circunstancia ocurrente, el interés público no solo está servido sino que incluso, está mejor servido por el Derecho Privado”- Jean Rivero

i. Justificación

El fideicomiso es una figura que lleva varios años de estar en boga en las investigaciones jurídicas, así mismo la figura ha probado ser de gran utilidad y por esta razón es utilizada frecuentemente en el ámbito jurídico en sus diferentes aspectos. La predominancia de esta figura está relacionada con que las posibilidades de adecuarla a sus necesidades son tan amplias como el talento y la creatividad humana². Por esta razón, esta figura ha tenido tal auge en los diversos campos del Derecho Privado, finanzas, comercio, entre otros.

Sin embargo, la inmersión del fideicomiso en el Derecho Público es relativamente nueva en Costa Rica, por esto se han llevado a cabo pocos proyectos con la figura del fideicomiso y no todas las instituciones o entes gubernamentales la conocen o tienen la capacidad de utilizarla y ejecutarla.

El tema es realmente novedoso, por cuanto es una figura con escasa regulación legislativa en el país, a contrario sensu han sido dictámenes y opiniones de la CGR y la PGR las que han marcado las pautas por seguir. En adición, la creciente demanda de la ciudadanía por la infraestructura necesaria para enfrentar el atraso y las carestías que afronta la sociedad con el pasar de los años. Finalmente, el creciente cuestionamiento de

² Ibíd. P. v.

la figura de la concesión de obra pública por parte de los medios podría abrir una ventana de oportunidad más grande a esta figura para la utilización en la construcción de obra pública.

El tema ha sido analizado por la Procuraduría General de la República, por la Contraloría General de la República, entre otros entes e instituciones enfocadas en el tema de gestión de proyectos por cuanto esto lleva a creer que la posibilidad de implementar la figura con mayor frecuencia y en más cantidad de instituciones públicas parece mayor.

No obstante, la hipótesis planteada por este trabajo de investigación pretende determinar que los controles previos han inhibido las ventajas evidentes que tiene la figura. Por medio de investigación documental y entrevistas a aquellos que conforman el elemento subjetivo del fideicomiso público en diferentes aspectos, se pretende confirmar dicha hipótesis.

Es decir, el eje central de la investigación si bien circunda el tema del fideicomiso público, en realidad versa en los controles previos que la misma tiene en su fiscalización *ex ante* y, por lo tanto, pretende determinar si se ajusta a las necesidades del modelo de desarrollo del país, si tiene lógica, si es razonable y se ajusta a las características de la figura. Específicamente en los procesos de compra realizados con la figura en estudio.

ii. Hipótesis

La hipótesis de esta investigación considera que la figura del fideicomiso público se adapta a las necesidades del desarrollo de infraestructura en Costa Rica, sin embargo, la imposición de controles previos en su uso ha limitado los muchos beneficios que podría tener a favor de la eficiencia en la gestión pública.

iii. Objetivos

-Objetivo general

Determinar si los controles previos aplicados a la figura del fideicomiso público son eficaces, si tienen sustento normativo y son la herramienta ideal para implementar en grandes proyectos de obra e infraestructura pública.

-Objetivos específicos

1. Explicar los conceptos básicos de la figura del fideicomiso, de la contratación administrativa y del fideicomiso con fondos públicos.
2. Analizar los controles previos que existen en la contratación administrativa y la aplicación de ellos en fideicomiso con recursos públicos en Costa Rica.
3. Identificar las necesidades y perspectivas de los sectores interesados sobre la viabilidad, eficacia y pertinencia de los controles previos de fiscalización en el fideicomiso con recursos públicos a través de un caso práctico.

iv. Metodología

El trabajo de investigación estará enfocado al análisis doctrinal, legal y jurisprudencial de la figura del fideicomiso en el sector público, de los controles de fiscalización previos aplicados a la misma desde su primera utilización en el plano nacional hasta la actualidad. En particular dictámenes y opiniones emitidos por la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la República.

Se estudiará un expediente en el cual el objeto de debate es la procedencia o no de los controles previos en el fideicomiso con fondos públicos impulsado por el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) en el proyecto llamado RANGE y adicionalmente se consultará a diferentes profesionales y/o representantes de entidades públicas o privadas relacionadas dicha contratación administrativa para conocer su perspectiva del tema, entre ellos personeros del ICE, Contraloría General de la República y Procuraduría General de la República

Finalmente, a través del análisis y con la información recopilada se pretende determinar si los controles previos determinados por la Contraloría son los que deberían utilizarse en el caso del fideicomiso público y de no ser así, proponer con base en el estudio realizado, opciones para sustituir los mismos por otros más eficaces.

v. Estructura

La tesis se compone de dos partes generales, la primera es un marco teórico, que a su vez se divide en dos capítulos. El primer capítulo versa sobre los elementos fundamentales del fideicomiso y se compone de dos secciones, la primera indica los antecedentes del fideicomiso público y la segunda las características del mismo. El segundo capítulo trata los controles previos que ejerce la entidad de fiscalización superior y la incidencia de estos en el uso del fideicomiso público. Este capítulo se abarcará segmentándolo en dos secciones, el primero considerando los controles previos ordinarios y el segundo, la aplicación de los mismos en el proceso extraordinario de contratación pública vía fideicomiso.

La parte segunda del trabajo final de investigación pretende analizar los conceptos estudiados en la parte que le antecede en un plano más práctico, es así que se estudiará el expediente 13-001306-1027-CA, el cual es un proceso contencioso administrativo en el que el ICE impugna criterios administrativos de la CGR donde se les impone la aplicación de controles previos al contrato de fideicomiso en el proyecto RANGE. También en la sección segunda de este capítulo se incluirán las perspectivas de los sectores interesados. En el título segundo se analizarán las experiencias y expectativas del elemento subjetivo del fideicomiso público y la segmentación de este título conllevará al estudio de los tres diferentes sectores en tres capítulos: la Administración Pública, el sector empresarial y el sector fiscalizador respectivamente. Finalmente en las conclusiones se analizará toda la información en conjunto para verificar si la hipótesis era correcta o no y se evaluará el escenario del fideicomiso público en Costa Rica, específicamente con respecto a la fiscalización que se realiza con respecto a este.

PRIMERA PARTE

MARCO TEÓRICO

“El Derecho Administrativo está orientado a la realización cotidiana de un auténtico milagro: hacer compatible el poder con la libertad, el interés público con el interés privado y asegurar la convergencia de tan dispares exigencias en un cierto punto de equilibrio. Y durante dos siglos contra todo pronóstico, el Derecho Administrativo ha convertido ese milagro en rutina”. –P. Well.

Capítulo 1. Elementos fundamentales del fideicomiso

Sección I. Antecedentes

A. Fideicomiso

El fideicomiso es una figura clasificada como un contrato moderno del Derecho Comercial. El contrato de fideicomiso ha sido harto discutido y estudiado por la doctrina nacional e internacional, así como revisado por los estrados judiciales en numerosas ocasiones y estancias. Sin embargo, es considerado pertinente la introducción teórica a esta figura, pues esta es el antecedente y base de la cual parte la el tema central de esta investigación.

El fideicomiso se define como una *“relación jurídica que se configura cuando una persona, el fiduciante, transmite la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra, el fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato o acto que de origen al fideicomiso –el beneficiario-, y a transmitirla al cumplimiento del plazo o condición aplicable al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario”*.³ Es a partir de esta

³ Cabanellas de Torres, Guillermo, *Diccionario Jurídico Elemental*. (Buenos Aires: Heliasta, 2006) p.164

definición que se puede determinar el desarrollo del tema y la estructura de esta sección. Se hará un estudio de las definiciones del fideicomiso dadas por doctrina, legislación y jurisprudencia. Posteriormente, se hará una breve reseña de los tipos de fideicomisos y finalmente se hará un análisis de los elementos objetivos y subjetivos del fideicomiso. De este desarrollo se pretende que la definición citada supra se comprenda a plenitud.

i. Concepto

El fideicomiso es “el contrato en el que el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, y encomienda la realización de ese fin a una institución fiduciaria”.⁴ Por lo anterior, se entiende que efectivamente el fideicomiso es un contrato moderno, con las características generales de un contrato, entre ellas, un acuerdo de voluntades. Esta definición agrega un aspecto importante para el desarrollo de la investigación, es sobre naturaleza de los sujetos que protagonizan el fideicomiso, estos pueden ser personas físicas o jurídicas, siempre y cuando se demuestre en el convenio o contrato la voluntad de las partes de formar parte de la relación jurídica. Esta definición también introduce el elemento objetivo que se desarrollará más adelante en esta sección, el fin del convenio lícito.

En Costa Rica la figura se encuentra regulada en el Código de Comercio, ley número 3284, en específico el capítulo XII de este cuerpo de leyes. El concepto que dispone el ordenamiento jurídico costarricense de esta figura del Derecho Privado está en el numeral 633, el cual dispone: “*Por medio del fideicomiso el fideicomitente trasmite al fiduciario la propiedad de bienes o derechos; el fiduciario queda obligado a emplearlos para la realización de fines lícitos y predeterminados en el acto constitutivo*”. De este concepto fácilmente se puede inferir las partes esenciales que interfieren en este contrato: fideicomitente, fiduciario y fideicomisario. Así como la naturaleza de su funcionamiento, en el cual básicamente el fiduciario recibe la propiedad fideicometida para utilizarla según lo estipulado en el acto constitutivo y el tipo de fideicomiso. En adición, esta definición introduce un eje transversal al fideicomiso como lo es la propiedad fideicometida, la cual contiene muchas aristas por analizar.

⁴ Athié, Amado, *Derecho Mercantil*. (México: McGrawHill. 2002) p. 245

Como se mencionó supra, la doctrina y la legislación ha definido la figura contractual del fideicomiso y la han incluido en su desarrollo en los últimos años. Así también lo ha hecho la jurisprudencia, que ha desarrollado de manera vasta y completa la figura en estudio. En este sentido, los estrados judiciales han definido en numerosas ocasiones el concepto del fideicomiso, sus tipos, elementos, entre otros. Sin embargo, existe una fuerte tendencia en los actos constitutivos de los fideicomisos a incluir cláusulas arbitrales, por lo que en su mayoría son laudos arbitrales los que han resuelto los casos relacionados con el fideicomiso.

i. Elementos del fideicomiso

Para comprender de forma integral los contratos de fideicomiso, es necesario abarcar el concepto por partes. Resulta pertinente, por lo tanto, hacer un análisis del elemento objetivo y el elemento subjetivo del contrato de fideicomiso.

Es de suma importancia para el desarrollo de la investigación y el estudio de la figura en un caso particular, comprender elementos esenciales como las obligaciones de las partes y el régimen legal especial que tiene la propiedad fideicometida; en ese sentido los tribunales judiciales han sido claros al determinar estos parámetros. En específico, la sentencia 00406 emitida por Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda, a las 11 horas 15 minutos del 13 de octubre del año 2000, analiza cómo en la teoría general del fideicomiso la propiedad o los bienes fideicometidos no se traspasan ni pertenecen a ninguna de las partes, sino que constituyen un patrimonio autónomo y cómo en diferente escala, de acuerdo con el contrato, pero en casos generales el fiduciario tiene responsabilidad al asumir la propiedad para ya sea su administración, inversión u otro, según sea el caso.

"II. (...) Se trata de la transmisión de bienes que forman un patrimonio autónomo finalizado a una actividad lícita. Así lo delimita el artículo 633 del Código de Comercio. Con esta transmisión no se crea una persona jurídica independiente, ni tampoco una "figura con personalidad jurídica restringida". Simplemente el fiduciario se convierte en propietario de los bienes que están afectos a una

actividad o finalidad lícita establecida y estos pasan a ser de su propiedad en calidad de fiduciario. Quien debe realizar la gestión indicada es el fiduciario y, en principio, la responsabilidad por los actos efectuados por él debe hacerse valer sobre los bienes fideicometidos. Por ello es que, en cuanto a sus obligaciones y atribuciones, el artículo 644 del Código de Comercio señala que es al fiduciario, el sujeto con capacidad jurídica, a quien corresponde realizar los actos necesarios para la obtención de los fines del fideicomiso. En todas las normas citadas por el apelante, contrario a la interpretación que este pretende darles, es el sujeto con capacidad jurídica denominado fiduciario quien actúa o ejerce los actos respectivos, no en representación de un "ente", sino en su condición de fiduciario. Es cierto, entonces, que se crea un patrimonio autónomo, pero no lo es que se trata de un sujeto, pues quien conserva tal calidad es precisamente el fiduciario. Por ello, no se puede accionar contra un "ente" al cual el ordenamiento jurídico no le ha conferido capacidad jurídica o de actuar. Si en la gestión del patrimonio fideicometido, realizada por el fiduciario, se han generado obligaciones, es a él, en calidad de tal, a quien debe demandarse".

La aclaración que se realiza sobre el patrimonio autónomo fideicometido es de gran preeminencia al analizar las ventajas de utilizar esta figura en el sector público de contratación administrativa, lo mismo porque no se confunde el patrimonio del fideicomiso con el del fiduciario y porque este último corre con responsabilidad del patrimonio a la hora de realizar un control posterior y determinarse algún mal manejo de los fondos públicos.

a. Elemento objetivo

"El objeto del contrato de fideicomiso, en general, debe consistir en una actividad económica con una finalidad determinada sobre la cual el Derecho construye una forma que

*le permite operar con una personalidad propia y diferenciada a quiénes la componen”.*⁵

El objeto del contrato de fideicomiso es mediante dicha figura entregar al fiduciario un bien dentro de un patrimonio fragmentado e individualizado con un fin específico que cumplir. El fideicomitente crea un patrimonio autónomo mediante el contrato de fideicomiso, es decir, el bien fideicometido no está incluido dentro del patrimonio del fideicomitente ni dentro del patrimonio del fiduciario (el cual, sin embargo, ejerce su representación bajo una ficción legal⁶). Consecuentemente la contabilidad, el régimen contributivo y la responsabilidad asumida por este es independiente del patrimonio personal de sus partes. Como indica Esquivel Favareto⁷, al tener la propiedad en un estado especial de excepción impide a sus acreedores personales tratar de ejecutar dichos bienes como garantía de su patrimonio personal, a pesar que este esté inscrito en el Registro a su nombre, pues dicha inscripción se hace en calidad de fiduciario⁸.

El artículo 634⁹ del Código de Comercio indica qué tipo de bienes es posible que se encuentren dentro del patrimonio del fideicomiso. Es decir, como señala Lisoprawski y Kiper toda clase de bienes disponibles –materiales e inmateriales- o derechos pueden ser objeto del contrato de fideicomiso, exceptuando los personales del constituyente¹⁰. Dichos bienes deben ser utilizados para fines lícitos y no pueden ser secretos¹¹, tal y como se mencionó supra en el artículo 633 de Código de Comercio.

Una ventaja del patrimonio del fideicomiso tal y como es concebido en la doctrina, es su capacidad de ajustarse a las necesidades de las partes, o sea, el patrimonio puede ser identificado claramente uno por uno e inclusive en el caso que provengan de diferentes patrimonios, además este puede ser adicionado por nuevos bienes o en general simplemente modificando el contenido del patrimonio, ya sea extrayendo o traspasando los mismos. El contrato de fideicomiso es por lo tanto dinámico, inclusive puede incluir bienes futuros e inciertos. No obstante, estos deben ser individualizables, en otras

⁵ Guersi, Carlos A.: *Cuantificación económica. Daños por gestión empresarial.*, Buenos Aires: Ed. Astrea, 2001. Citado por Ghersi, Carlos A.: fideicomiso. Universidad, Buenos Aires, 2006. P. 73

⁶ Paris, Hernando. *Los contratos privados en la jurisprudencia de casación.* (San José: El Cano, 2003) p. 178.

⁷ Esquivel Favareto, Juan C. *Fideicomiso civil y mercantil. Teoría General y Derecho Costarricense.* (San José. Juritexto, 2012) p. 65

⁸ Artículo 636.- El fideicomiso de bienes sujetos a inscripción deberá ser inscrito en el Registro respectivo. En virtud de la Inscripción el bien quedará inscrito en nombre del fiduciario en su calidad de tal.

⁹ Artículo 634.- Pueden ser objeto de fideicomiso toda clase de bienes o derechos que legalmente estén dentro del comercio. Los bienes fideicometidos constituirán un patrimonio autónomo apartado para los propósitos del fideicomiso

¹⁰ Kiper, Claudio M., y Silvio Lisoprawski. *Tratado de fideicomiso.* (Buenos Aires: Depalma, 2004.) P. 191

¹¹ Artículo 661.- Quedan prohibidos: a) Los fideicomisos con fines secretos.

palabras, el fiduciario tiene que tener certeza de los bienes que tiene a su disposición y el objetivo que se debe alcanzar con ellos.

b. Elemento subjetivo

El elemento subjetivo está conformado por las partes involucradas en el contrato de fideicomiso. Dichas partes entonces son generalmente tres: quien transfiere su propiedad, cuyo nombre es fideicomitente o fiduciante, y el fiduciario, quien recibe la propiedad para realizar con ella un fin lícito y el fideicomisario; sin embargo en algunos casos se puede prescindir del fideicomisario o beneficiario (en la práctica parecen ser el mismo sujeto, aunque algunas vertientes de la doctrina los diferencian), pues este puede coincidir *ab initio* o finalmente con el fideicomitente¹².

- Fideicomitente o fiduciante: El fideicomitente o fiduciante es quien establece el fideicomiso, por eso explica Romero-Pérez¹³ que también se le llama constituyente, por ser quien constituye el contrato y de quien depende inicialmente el sometimiento de su propiedad y su voluntad es la que se plasma dentro del contrato. Se deduce de lo anterior que el fideicomitente es no solo imprescindible, sino la parte de mayor trascendencia.

Este sujeto es quien instruye al fiduciario de lo que debe cumplir, según sus necesidades u objetivos, los cuales posteriormente se plasmarán en el *pacto fiduciae* o acto constitutivo del fideicomiso.

El fideicomitente debe ser una persona física o jurídica, con plena capacidad y en demostración de su voluntad. Además, como se mencionó supra, el bien que pretende ser incluido en el patrimonio debe ser lícito y disponible.

Dentro de las facultades o derechos del fideicomitente están establecer la finalidad del contrato de fideicomiso; indicar los bienes por fideicometer, el orden, prioridad y plazo de estos; ser notificado sobre la percepción de rendimientos, frutos, etc. por parte del

¹² Kiper, Claudio M., y Silvio Lisoprawski. *Tratado de fideicomiso*. (Buenos Aires: Depalma, 2004) P. 188.

¹³ Romero-Pérez. Jorge. *Contratos económicos modernos*. (San José: Editorama. 2004) P.114.

fiduciario¹⁴; así como todo movimiento o inversión realizado con el patrimonio fideicometido. También le es posible solicitar la remoción del fiduciario ante un posible incumplimiento¹⁵. El fideicomitente, además, tiene como prerrogativa nombrar un fiduciario sustituto y la libertad de nombrar varios fiduciarios para que trabajen de forma conjunta si así lo desea¹⁶. Finalmente, al ser el fideicomiso voluntad del fideicomitente, este tiene la potestad de revocar el contrato y retornar los bienes en el patrimonio del fiduciario a su patrimonio personal.

Así mismo, esta figura protagonista del contrato de fideicomiso debe transmitir los bienes o derechos al patrimonio autónomo del fideicomiso. En adición, debe reembolsar los gastos en que incurra el fiduciario y pagar los honorarios de este.

- **Fiduciario:** El artículo 637 del Código de Comercio enuncia que *“puede ser fiduciario cualquier persona física o jurídica, capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones. En el caso de personas jurídicas, su escritura constitutiva debe expresamente capacitarlas para recibir por contrato o por testamento la propiedad fiduciaria”*. Es decir, el fiduciario tiene que contar con capacidad y voluntad de contratar y debe recibir el patrimonio fideicometido para realizar los fines pactados en este, no obstante, como se mencionó supra, los bienes contenidos en el patrimonio del fideicomiso quedan a disposición del fiduciario, pero con ciertas restricciones dadas tanto por el contrato como por la normativa que regula la figura. El fiduciario tendrá, inclusive, los bienes fideicometidos inscritos a su nombre, pero estos serán en calidad de fiduciario.

El tema de la responsabilidad del fiduciario es bastante amplio y fácilmente da lugar a una investigación independiente, por lo cual se limitará a indicar que el Código de Comercio prevé diferentes escenarios de responsabilidad en los

¹⁴ Artículo 650.- De toda percepción de rentas, frutos o productos de liquidación que realice el fiduciario en cumplimiento de su cometido, dará aviso al fideicomisario en el término de los treinta días siguientes a su cobro. Dentro de ese término notificará toda inversión, adquisición o sustitución de bienes adquiridos; la notificación puede suprimirse por disposición expresa del fideicomitente o por la naturaleza del fideicomiso.

¹⁵ Artículo 645.- El fiduciario deberá emplear en el desempeño de su gestión el cuidado de un buen padre de familia. Será removido de su cargo el que no cumpliera con las disposiciones de este capítulo o las instrucciones contenidas en el acto constitutivo. Tal remoción la hará el juez competente a solicitud del fideicomitente o de cualquier interesado, por los trámites establecidos para los actos de jurisdicción voluntaria.

¹⁶ Artículo 638.- Si por cualquier causa faltare el fiduciario, el nombramiento del sustituto será hecho por el fideicomitente y en defecto de éste, por el juez civil de su jurisdicción a solicitud de parte interesada, siguiendo los trámites correspondientes a los actos de jurisdicción voluntaria.

Artículo 639.- El fideicomitente puede designar varios fiduciarios para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso y establecer el orden y las condiciones en que deben sustituirse.

artículos 630, 640 y 642. La confianza depositada en el fiduciario es la piedra angular de este contrato, pues el fideicomitente le entrega bienes de patrimonios personal, para su administración o disposición, que si bien existe normativa que regula su actuar, la confianza se mantiene como uno de los pilares de la figura. En este mismo cuerpo de leyes, se determinan en el artículo 644 las obligaciones y atribuciones de esta figura del fideicomiso. En el ordenamiento jurídico costarricense, el fiduciario cumple un cargo irrenunciable y su retiro solamente se puede dar por justa causa. El fiduciario y el fideicomitente de recaer en la misma persona induce una presunción de ilegalidad¹⁷, esta puede ser refutada con prueba que demuestre la veracidad de la contratación.

- Fideicomisario y beneficiario: Como se explicó, el fideicomisario y el beneficiario tienden a ser confundidos, pues en la práctica, en muchas ocasiones ambos roles se mezclan en una sola persona. La diferencia entre ambos sujetos la explica el autor Jorge Hugo Lascala de forma clara: *“Cuando consistiere en entregar los beneficios de los bienes a una persona y los bienes o el producido de su venta a otra, el que recibe los primeros será denominado beneficiario, y el que recibe los últimos, fideicomisario”*.¹⁸

Existe una vertiente de la doctrina que indica que no existe tal confusión, ya que ambas figuras cumplen exactamente el mismo rol y no hay diferencia entre ellas.¹⁹ Sin embargo, para la finalidad de esta investigación, este punto no es tan trascendente y serán considerados ambos términos como sinónimos.

El ordenamiento jurídico costarricense no permite en ningún caso que el fideicomitente y el fiduciario recaigan en la misma persona y en caso de que dicha situación se presente, el fideicomiso no podrá disfrutar de los beneficios hasta que la situación cambie²⁰.

El fideicomisario puede ser persona física o jurídica, puede ser una sola o un grupo de personas, siempre que tenga capacidad para recibir los beneficios del fideicomiso. El fideicomisario debe individualizarse desde el acto de constitución

¹⁷ Esquivel Ferrato. *Fideicomiso civil y mercantil*. Óp. Cit. P. 51

¹⁸ Lascala, Jorge H. *Práctica del fideicomiso*. Depalma. Buenos Aires. 2005, citado por Esquivel Favareto, Juan C. *Fideicomiso civil y mercantil*. (Juritexto. San José. 2012.).56

¹⁹ Entre ellos: Orelle, Hernando París, etc.

²⁰ Artículo 656 Código de Comercio.

preferentemente, pero al ser esta una figura dinámica, es posible modificar sus beneficiarios.

ii. Tipos de fideicomiso

Si bien existe un concepto generalizado del fideicomiso, no es posible enumerar sin lugar a error u omisión una cantidad definida de tipos de fideicomiso, pues la creatividad del jurista y las necesidades de las partes son los determinantes de la creación del fideicomiso. No obstante, tal y como indica Zepeda²¹, es importante acotar que ninguna de las clases enunciadas es “pura” y, por el contrario, existe una íntima relación entre cada una de ellas. A continuación, a modo de ejemplo se enunciarán varias modalidades en las cuales puede darse el contrato de fideicomiso, entre ellas: fideicomiso de garantía, de administración, de administración de cartera, de cobro de cartera, de inversión, de seguros, de desarrollo inmobiliario, de custodia, de titularización, de titularización hipotecaria, con fines benéficos, el mixto, el testamentario, financiero, alimentario, de acciones, entre otros²². Sin embargo, a continuación se hará una pequeña explicación de las más importantes en relación con el tema de estudio, tomando como parámetro la posibilidad de estos modelos de fideicomiso de ser utilizados por el Estado.

- a. *Fideicomiso de garantía*: Esta figura es utilizada para, tal y como lo indica su nombre, garantizar el crédito de una persona física o jurídica. Su uso ha venido a sustituir la figura de la hipoteca. Las condiciones del fideicomiso de garantía, como en el resto de los fideicomisos, dependen de las cláusulas que hayan pactado las partes.

Inclusive, indica París Rodríguez²³ que este tipo de fideicomiso ha tenido tal difusión que motivó una reforma al Código de Comercio²⁴ para asegurar su validez y eficacia.

²¹ Zepeda, Jorge A., *Perspectiva del fideicomiso*, en cuaderno 10 de la Biblioteca Felaban, Kelly, Bogotá, 1981, p.62, citado por Kiper, Claudio M., *Tratado de Fideicomiso*, Buenos Aires, Depalma, 2004. P.184.

²² Clasificación tomada de Esquivel Ferrato. *Fideicomiso civil y mercantil*. Óp. Cit. P. 180.

²³ París Rodríguez, H. *Los contratos privados en la jurisprudencia de casación*. Óp. Cit. P.

²⁴ Esta reforma se dio mediante la Ley No. 7731 del 17 de Diciembre de 1997, la cual adiciona al artículo 648 del Código de Comercio de la siguiente manera: “Puede Constituirse un fideicomiso sobre bienes o derecho en garantía de una obligación

La figura funciona bastante similar la hipoteca; el fideicomitente, quien es sujeto de un crédito, entrega mediante un fideicomiso la propiedad que desea dar en garantía al fiduciario, autorizándolo a ejecutar esta garantía mediante un remate en caso de falta de pago o incumplimiento en general.

En este sentido, la jurisprudencia ha indica el ejercicio del fideicomiso de garantía se manifiesta de la siguiente manera:

“... por el cual se trasfiere al fiduciario bienes para garantizar con ellos o con su producido el cumplimiento de ciertas obligaciones a su cargo o a cargo de terceros, designando como beneficiario al acreedor o a un tercero en cuyo favor, en caso de incumplimiento, se pagará una vez realizados los bienes, el valor de la obligación o el saldo insoluto de ella, conforme con lo previsto en el contrato... Al fiduciario se le transmitieron los bienes afectados en garantía para que, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, proceda a su venta o entregue en propiedad los bienes al beneficiario o a un tercero acreedor, según se haya previsto en el pacto fiduciario...”²⁵”

- b. *Fideicomiso de administración de valores:* En esta modalidad de fideicomiso, el fideicomitente transmite los bienes o derechos fideicometidos para que el fiduciario sea el que administre los mismos. En este caso el fiduciario es quien cumple el rol de un administrador y debe como un buen padre de familia tomar las decisiones y realizar las acciones pertinentes para conservar los bienes y de ser posible mejorar el rendimiento con la consecución de fines que se determinarían en el contrato.

Dentro de la especie de fideicomiso de administración existen una serie de subespecies que variarán de acuerdo con la finalidad más específica para la cual los bienes sean incluidos en régimen de fideicomiso, como por ejemplo, los

del fideicomitente con el fideicomisario. En tal caso, el fiduciario puede proceder a la venta o remate de los bienes en caso de incumplimiento, todo de acuerdo con lo dispuesto en el contrato”.

²⁵ Martorell, Ernesto Eduardo. *Tratado de los contratos de empresa*. Buenos Aires, Ediciones Depalma S.A., Tomo II, Contratos bancarios; 1.996, pág. 902) citado por Sentencia de la Sala Tercera de la Corte, Sentencia 00866, expediente: 98-202258-0306-PE de las 10 horas 30 minutos del 30 de agosto de 2002.

mencionados supra: la administración de cartera de créditos, cobro de cartera, seguros, etc.

Los tribunales judiciales se han referido sobre este tipo de fideicomiso: “Mientras que los fideicomisos de administración son: “...en los cuales se trasfiere la propiedad de los bienes a un fiduciario para que los administre conforme con lo establecido por el constituyente, destinado el producido, si lo hay, al cumplimiento de la finalidad señalada en el contrato... Esta especie de fideicomiso en estado puro es menos frecuente, siendo evidente que en la práctica los de inversión y los de garantía contienen elementos de administración...” (MARTORELL, óp. Cit., págs. 905 y 906)”²⁶

- c. *Fideicomiso de inversión*: Esta es considerada por Esquivel Favareto²⁷ como una modalidad más del fideicomiso de administración. Indica el autor citado que la diferencia esencial entre ambos fideicomisos es la especificidad del fideicomiso de inversión, pues en este el bien que se entrega al fiduciario consiste en instrumentos financieros y el fin específico es mejorar el rendimiento de los títulos valores, acciones o inclusive dinero en efectivo. La inversión realizada por este fideicomiso puede beneficiar a cualquiera de las partes, es decir. tanto al fideicomitente como a fideicomisario o al beneficiario.

- d. *Fideicomiso de desarrollo*: Este tipo de fideicomiso ha sido una respuesta o solución para las instituciones del Estado, que en busca de agilidad y eficacia, recurren a una figura del Derecho Privado para lograr beneficios en términos monetarios y de tiempo con el mejor interés de los fines públicos que se buscan satisfacer.

- e. *Fideicomiso de titularización*: Este es considerado por Esquivel Fajardo el más interesante de los contratos de fideicomiso, por su combinación de actuaciones por parte de terceros en la ejecución del contrato. “La titularización es un medio por el cual se colocan instrumentos creados por la propia actividad, cuya finalidad es levantar el capital necesario para la inversión de un desarrollo o una obra

²⁶ Ídem.

²⁷ Esquivel Ferrato. *Fideicomiso civil y mercantil*. Óp. Cit. P. 74.

especial”.²⁸ Los inversionistas recibirán títulos valores, por los cuales obtendrán rendimientos del dinero invertido, una vez acabado el plazo, el fiduciario devuelve el dinero invertido, con las ganancias del proyecto desarrollado o la obra construida. Este método también es utilizado en la contratación pública para la captación de recursos y su consecuente desarrollo de obras con fin públicos.

A. Contratación administrativa

El contrato público en términos sencillos y lógicos podría definirse como el acuerdo de voluntades que se rige por el Derecho Público. Sin embargo, el término va más allá de esta simple locución. La contratación administrativa es definida por Dromi como:

“toda manifestación bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas, de las cuales una actúa en ejercicio de la función administrativa. Es un acuerdo creador de relaciones jurídicas por el simple consentimiento de adhesión del particular a relaciones previamente establecidas por la Administración”²⁹.

Es así que si bien la contratación administrativa tiene como base la teoría de los contratos del Derecho Privado, su piedra angular en realidad versa sobre esa función administrativa, la cual tiene como objetivo la satisfacción del fin público. Dicho objetivo o finalidad por parte de la Administración dota a la misma de características particulares, como por ejemplo, las cláusulas exorbitantes.

Una de las características esenciales de la contratación pública es entonces la existencia de cláusulas exorbitantes, las cuales tienen como fundamento el interés público y le permiten a la administración gozar de ciertas prerrogativas, como por ejemplo, dirección, modificación, resolución, ejecución. “Los privilegios y prerrogativas de la Administración en materia contractual se evidencia en la relación de subordinación del particular co-contratante con respecto a la Administración contratante”.³⁰ La forma de materialización de dichos privilegios y prerrogativas de la Administración frente a los particulares, indica la

²⁸ Esquivel Ferrato. *Fideicomiso civil y mercantil*. Óp. Cit. P. 81

²⁹ Méndez Alvarado, Óp cit. P. 35.

³⁰ Briceño de Muci 2006, Óp. Cit. P.251.

autora Briceño de Murcia, son las cláusulas exorbitantes. La autora afirma que estas también son una forma de expresión de la potestad de autotutela, en el sentido que “le permiten a la Administración actuar de forma coactiva sin necesidad de intervención judicial, pudiendo, en consecuencia, modificar en contrato administrativo, interpretarlo e incluso rescindirlo por razones de interés general sin necesidad de intervención por parte del juez”. Cabe acotar que dicha potestad de autotutela no es una medida totalitaria del Estado, por cuanto es posible acudir a la vía judicial para analizar la legalidad del acto emitido por la Administración. Existe diversidad de cláusulas exorbitantes, sin embargo, se puede dividir en dos grandes grupos, según estas versen en contra o a favor de la Administración. Aquellas en contra son un caso de minoría, no obstante, las hay en contra de la Administración, pero siempre a favor del interés público. En la segunda categoría se pueden mencionar: potestad de extinción unilateral del contrato, facultad de modificar unilateralmente, potestad de interpretar unilateralmente el contrato y potestad de controlar y dirigir el contrato.

El proceso de contratación administrativa está regulado en el ordenamiento jurídico costarricense desde el tope de la pirámide normativa. La Constitución Política determina a la licitación pública como la figura predilecta por los constituyentes para establecer la forma de contratar y ejecutar las obras públicas por parte del Estado, Municipalidades e instituciones autónomas. Es así como en el artículo 182³¹ de la Constitución Política le otorgó trascendencia constitucional a la contratación pública por medio de la licitación. De hecho, este ha sido el medio utilizado en su mayoría para desarrollar la infraestructura en las últimas décadas. No obstante, además de este medio ordinario de contratación, existen otros tanto ordinarios como extraordinarios.

En este sentido, la Sala Constitucional mediante su voto N° 13910-2005 explica:

“En dicha norma (artículo 182 de la Constitución Política) la Sala distingue un “sistema ordinario” de contratación administrativa que antes de la promulgación de la Ley de

³¹ Artículo 182.- Los contratos para la ejecución de obras públicas que celebren los Poderes del Estado, las municipalidades y las instituciones autónomas, las compras que se hagan con fondos de esas entidades y las ventas o arrendamientos de bienes pertenecientes a las mismas, se harán mediante licitación, de acuerdo con la ley en cuanto al monto respectivo.

Contratación Administrativa vigente estaba conformado tanto por la licitación pública, pero también por lo que se llamó en su momento licitación privada. Se afirma igualmente que luego de la reforma legal citada, ese sistema ordinario de contratación quedó conformado en forma similar, es decir, por la licitación pública por una parte, junto a la cual subsisten mecanismos que la Sala entiende como equivalentes a la licitación privada, y que identifica –atendiendo en esto a su diseño legal- como licitación por registro y la licitación restringida (*ahora licitación abreviada*)”.³²

Entonces, se tiene que los métodos ordinarios de contratación son la licitación pública y la licitación abreviada. Esta clasificación corresponde a su aplicación de los principios constitucionales que rigen la contratación. En su punto opuesto, se encuentra la contratación extraordinaria que a *contrario sensu* y de forma excepcional omite la aplicación de ciertos principios básicos. Sin embargo, no hay que confundirlo con los tipos de licitación que toman los principios de una forma atenuada. Al respecto la misma sentencia ha explicado que:

“VII.- Ubicación de la contratación directa dentro del sistema de contratación administrativa. De otra parte, y separado conceptualmente de lo que recién se ha denominado como sistema ordinario de contratación administrativa, la Sala ha reputado constitucional y necesario que exista lo que cabe identificar como un sistema excepcional o excepcionado de contratación administrativa, el cual si bien no tiene mención expresa en el artículo 182 constitucional, sí resulta constitucionalmente admisible conforme ha sido expuesto en las sentencias de este órgano que se citan más abajo. La nota característica de esa excepcionalidad es la ausencia de una exigibilidad de apego y cumplimiento de los principios constitucionales de la contratación administrativa (...). Se trata pues en este caso de una diferencia que no radica entonces

³² *Sentencia de la Sala Constitucional número 13910-2005 de las quince horas y cuatro minutos del once de octubre del dos mil cinco.*

de una cuestión de “intensidad” o “atenuación” de aplicación de tales principios como sí ocurre en el caso de las subespecies de licitación privada (restringida y por Registro) que recoge nuestra actual Ley de la Contratación Administrativa como lo ha señalado la Sala. Más bien, es algo de mucho más fondo, a saber, la existencia de la posibilidad, - en circunstancias muy especiales- de obviar la aplicación de procedimientos licitatorios de cualquier naturaleza”.³³

Al ser la aplicación, atenuación u omisión de principios un punto importante para determinar el tipo de contratación es medular identificar los principios a que se alude y los elementos básicos de la contratación. De esta manera, será más sencillo identificar los variados tipos de contratación administrativa. Los diferentes principios rectores en el proceso de contratación serán analizados en breve.

La actividad de contratación administrativa es de tal magnitud y trascendencia en Costa Rica que existe normativa especializada que regula dicho tema. En particular la Ley 7494, denominada Ley de Contratación Administrativa (LCA) y el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa correspondiente N° 33411 (RLCA). En esta normativa, se define claramente el elemento objetivo y subjetivo de la contratación administrativa en el artículo primero³⁴.

El artículo primero indica que el elemento subjetivo de la contratación administrativa está conformado por el conjunto de los órganos del Poder Ejecutivo, el Poder Judicial y el Poder Legislativo, así como el Tribunal Supremo de Elecciones, la Contraloría General de la República, la Defensoría de los Habitantes, el sector descentralizado territorial e institucional, los entes públicos no estatales y las empresas públicas. En general, es utilizado el término de “Administración” para referirse a cualesquiera de los anteriores, sujetos activos de la contratación administrativa. Es decir, básicamente todo el aparato

³³ Ibid.

³⁴ Artículo 1.- Cobertura.

Esta Ley regirá la actividad de contratación desplegada por los órganos del Poder Ejecutivo, el Poder Judicial, el Poder Legislativo, el Tribunal Supremo de Elecciones, la Contraloría General de la República, la Defensoría de los Habitantes, el sector descentralizado territorial e institucional, los entes públicos no estatales y las empresas públicas.

Cuando se utilicen parcial o totalmente recursos públicos, la actividad contractual de todo otro tipo de personas físicas o jurídicas se someterá a los principios de esta Ley.

Cuando en esta ley se utilice el término "Administración", se entenderá que se refiere a cualquiera de los sujetos destinatarios de sus regulaciones.

estatal en su función de gestión pública será sujeto protagonista en la contratación administrativa.

Por otra parte, en el elemento objetivo se encuentra el objeto o finalidad que procura la figura, la cual se indica a grandes rasgos en el mismo artículo primero supra mencionado. Y es objeto de contratación administrativa la actividad contractual de personas físicas o jurídicas que involucren los recursos del Estado.

Es un alto porcentaje de la Administración la que se encuentra sometida a este régimen de contratación, con las excepciones dadas en los artículos 2, 2bis de la Ley de Contratación Administrativa, así como los artículos 1, 2 y del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Dentro de estas excepciones, se incluye la actividad ordinaria de la Administración, actividad contractual entre entes de Derecho Público, las que se excluyan por su escasa cuantía, las relaciones de empleo público y los empréstitos públicos, entre otros.

Entonces se tiene que cuando la Administración, en el sentido amplio, realice algún tipo de actividad contractual con recursos del Estado, se regirá esta contratación por un régimen jurídico especial de Derecho Público. En la especie el artículo tercero de LCA indica que no solo las normas, sino también los recién mencionados principios del Derecho Administrativo son de vital importancia para la regulación de la contratación administrativa.

Principios

Entre esos principios, para el Derecho imprescindibles en cuanto a la interpretación de las normas y de la aplicación de las mismas en casos específicos, que son utilizados de forma supletoria en el Derecho, se puede encontrar variedad según la jurisdicción, sin embargo, para la Sala Constitucional los siguientes principios en la práctica suplen vacíos, determinan criterios y se sitúan entre los más usados: libre competencia, igualdad, publicidad, transparencia y controles.

Dichos principios rectores han sido tomados en cuenta por parte de los juzgados y tribunales a la hora de la resolución de conflictos relacionados con la contratación

administrativa. Algunos de los principios analizados por la jurisprudencia son los siguientes:

a. Eficiencia y eficacia:

Como indica el Dr. Christian Campos Monge³⁵, los principios de eficiencia y eficacia son piedra angular de los procesos de contratación administrativa, pues obligan a sobreponer mandatos supremos dado que la legalidad constitucional, más que la letra de la ley, muchas veces ajena a la realidad social, ordena tutelar el interés general; ya sea, proteger un bien mayor como lo es la plena satisfacción de los ciudadanos que son, al final, los que directamente se favorecerán de la actuación eficiente de cada sujeto público.

La Sala Constitucional, en el voto 14421-2004, hace un análisis donde pondera el principio de legalidad con los principios de eficiencia y eficacia, aclarando el deber de equilibrar el uso de ambos principios, en lugar de interpretar todo con base en el principio de legalidad sin usar un razonamiento teleológico o funcional.

*“...los procedimientos administrativos de contratación son la sombra (forma) que debe seguir, irremisiblemente, el cuerpo (sustancia) que son los fines y propósitos del contrato administrativo de satisfacer el interés general...”*³⁶

b. Libre concurrencia: El Estado no tiene la posibilidad de imponer condiciones restrictivas en los procedimientos de contratación. Es decir, cualquier oferente que cumpla con los requisitos de las necesidades de la Administración cuenta con la posibilidad de concursar.

La doctrina, al realizar un análisis del principio en cuestión, ha indicado que la libre concurrencia:

“no es un principio absoluto, pues la normativa jurídica le impone ciertas limitaciones, dado que el interés público exige un control de la capacidad del concurrente. Dichas limitaciones

³⁵ Campos-Monge, C. 2007 *“La contratación pública y la corrupción”*.

³⁶ Sala Constitucional, voto 14421-2004 de las 11:00 horas del 17 de diciembre del 2004.

*o restricciones son: 1) exclusión de oferentes jurídicamente incapaces; es el caso de las sociedades o personas jurídicas no constituidas regularmente o de los concurrentes incapaces, menores, interdictos, etc.; 2) exigencia de honorabilidad profesional y comercial del proponente; por ello se excluyen los fallidos no rehabilitados, los anteriores adjudicatarios que no ejecutaron el contrato o si este se rescindió por su culpa, y 3) exigencia de honorabilidad civil, al preverse en los pliegos de condiciones o reglamentos de contrataciones, la exclusión de oferentes condenados penalmente o de funcionarios públicos incompatibles por su empleo para intervenir como proponentes”.*³⁷

El fin que tiene este principio, además de no favorecer a nadie en particular, es que la mayor cantidad de oferentes que puedan ofrecer sus servicios efectivamente lo hagan, de tal manera que la Administración tenga una amplia variedad de oferentes por escoger la que más se apege a sus necesidad bajo las condiciones que le resulten más favorables. Además, agrega el Dr. Campos Monge que en el caso de Costa Rica, otro escenario donde este principio puede ser omitido es el que plantea en artículo 2 de LCA, donde haya un solo oferente de un bien o servicio, en el cual el proceso que tiene sentido es una compra directa.

- c. *Igualdad*: La LCA indica que debe existir un trato igualitario entre los oferentes nacionales y los extranjeros. Sin embargo, desde la raíz constitucional del artículo 33, se tiene que el Estado no podrá actuar de manera discriminatoria contra nadie y por ningún medio. Este principio tiene una relación estrecha, pues la no discriminación y el trato igualitario pretenden una accesibilidad universal. En otras palabras, que la Administración debe garantizar la igualdad de participación de todos los oferentes, exigiéndole los mismos requisitos a todos y otorgándoles las mismas prerrogativas. Como se mencionó supra, no deben ser motivo de discriminación la ideología política, la religión profesada, la raza o cultura ni la clase social o económica. Este principio también reviste un límite a la potestad de

³⁷ Dromi, J. "Reforma del Estado y Privatizaciones" p.22. Buenos Aires: Astrea 1991.

las cláusulas exorbitantes, en el tanto estas no pueden ser aplicadas de forma discriminatoria en contra de algún contratante en particular; por el contrario, la Administración deberá ser ecuánime en su aplicación y justificar sus la aplicación de dichas cláusulas en el tanto versen contra el principio de igualdad.

- d. *Publicidad*: El principio de publicidad consiste en permitir que cualquiera tenga acceso a la información del proceso licitatorio, de forma amplia y generalizada. Lo anterior con el fin de que exista la mayor transparencia posible y consecuentemente para cualquier interesado se asegure que se cumplen dichos principios. Además, este principio permite que más posibles oferentes se enteren del proceso y puedan ofertar, creando más competencia y, por último, la posibilidad de precios más bajos.

“El principio de publicidad se ve cumplido básicamente cuando el negocio en sí es puesto en conocimiento de la colectividad (empresarios o potenciales oferentes) cuando se publica, sea en La Gaceta (es la regla) o en diarios de circulación nacional; lo que se publica es un resumen de lo que requiere la instancia que licita informando, además, dónde específicamente podrían recabarse mayores datos sobre el particular.”³⁸

En adición a esta publicidad inicial del cartel licitatorio, también debe haber publicidad del proceso, de las ofertas de los diferentes oferentes y cualquier acto de la administración que refiera al proceso de contratación.

Tal como lo indica Escrihuela Morales³⁹, existe un límite al principio de publicidad y transparencia y es marcado por el principio de confidencialidad para toda aquella información que los oferentes designen en sus proposiciones. Por ejemplo, en lo que afecte secretos técnicos o comerciales, como a determinados aspectos confidenciales de las ofertas.

³⁸ Campos Monge, C. Óp. Cit. P. 21.

³⁹ Escrihuela Morales, F. “La contratación del sector público” 210-215 (España: La ley 2011).

- e. **Legalidad:** El principio de legalidad es el principio rector del Derecho Administrativo y consecuentemente de gran influencia en la contratación administrativa, está previsto en los artículos 11 de la Constitución Política⁴⁰ y 11 de la Ley General de Administración Pública⁴¹ (LGAP). Este principio básicamente indica que los actos y los comportamientos de la Administración deben estar sometidos al ordenamiento jurídico. En el caso de la contratación administrativa, los procedimientos de selección del contratista deben estar definidos a priori en forma precisa, cierta y concreta.

*“Dentro del esquema normativo, señalábamos que el cartel es norma de rango legal. Si a ello sumamos que la Administración puede hacer solo aquello que las leyes le permiten expresamente, es decir, lo que llamamos principio de legalidad, tenemos que dentro de un concurso específico, el cartel encara aquel marco jurídico que limita el accionar de la entidad contratante. Es decir, dadas una especificaciones y requerimientos, propuesto un sistema de evaluación y unas normas de ejecución, no pueden cambiarse aquellas posteriormente en nada que pueda lesionar los intereses de cualquiera de los participantes en el concurso”.*⁴²

Es decir, el cartel limitará el accionar de la administración contratante, una vez que este haya sido publicado pues este es el requisito que da eficacia al cartel, anterior a esto la Administración puede modificar el cartel licitatorio tantas veces como sea preciso para adecuarse a las necesidades de la Administración. Con la salvedad que el cartel

⁴⁰ Artículo 11.-Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta constitución y las leyes. La acción para exigirles la responsabilidad penal por sus actos es pública. La Administración Pública en sentido amplio, estará sometida a un procedimiento de evaluación de resultados y rendición de cuentas, con la consecuente responsabilidad personal para los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes. La ley señalará los medios para que este control de resultados y rendición de cuentas opere como un sistema que cubra todas las instituciones públicas.

⁴¹ Artículo 11.-1. La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico y sólo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes.2. Se considerará autorizado el acto regulado expresamente por norma escrita, al menos en cuanto a motivo o contenido, aunque sea en forma imprecisa.

⁴² Solera Viquez, J. *El cartel de la licitación*. Investigaciones Jurídicas, S.A., San José, 2001, p.20 citado por Campos Monge, C. óp. Cit. P. 184.

publicado debe ser cierto, concreto y específico, con el propósito de encontrar con certeza aquel oferente que se apegue de manera más precisa a las necesidades que ha señalado a priori la administración vía el cartel licitatorio.

- f. *Seguridad jurídica*: El principio de seguridad jurídica deviene del principio de legalidad, ya que al tener un marco legal definido en el cual la Administración encuentra los límites de su actuar, los administrados y en el caso específico de la contratación administrativa, los oferentes tienen claridad de los procedimientos en los cuales participarán teniendo seguridad y garantía que el marco legal por el cual se lleva el proceso es invariable.

“...ciertamente, de aceptar a la subjetividad de los funcionarios encargados de las diferentes etapas del procedimiento, estaríamos aceptando la competencia por el mero afán de ganar un concurso haciendo uso de los recursos de la libre oferta y demanda en donde la calidad de lo que se ofrece se ve desterrado siendo la cacería de lo más barato, que no es necesariamente lo mejor; o lo más caro, que le aplica la misma posible consecuencia comprometiéndose la plena satisfacción del interés general y dando cabida a la posible presencia de la corrupción”⁴³

La seguridad jurídica es, por lo tanto, un principio que apela al interés del administrado y de la administración, al primero en función del interés general o fin público perseguido y al segundo en función de una administración limpia y transparente donde el objetivo primordial sea la satisfacción de la necesidad del Estado sin la influencia de intereses particulares de los contratistas o del funcionario público.

- g. *Equilibrio de intereses*: Como menciona el Lic. Mora Rodríguez⁴⁴, debe prevalecer en el proceso de contratación administrativa un equilibrio entre los derechos y obligaciones del particular y la administración. Es decir, que los derechos de ambas partes sean respetados y las obligaciones de ambas sean cumplidos, de manera que se llenen los intereses del oferente en recibir una remuneración por los servicios ofrecidos y el Estado satisfaga sus necesidades de atender el fin

⁴³ Campos Monge. C. Óp. Cit. P. 185.

⁴⁴ Méndez Alvarado. A. y Mora Rodríguez c. Elementos Fundamentales de la Contratación Administrativa. (San José: Poder Judicial. 1999) P. 30.

público. Este principio busca que se considere al oferente como un colaborador del Estado en la consecución de fines públicos.

- h. *Buena fe*: En adición al principio que antecede, con el propósito de que los intereses de las partes se mantengan en un equilibrio, ambos deben de actuar de buena fe.

Dicho principio debe ser base del actuar de las partes involucradas en la contratación administrativa en vista que el fin último de la función administrativa es el interés público y el contratista busca colaborar en este quehacer.

Esta función administrativa es aquella que realiza la Administración Pública en búsqueda de alcanzar un fin público. El artículo tercero de la LCA continúa enunciado la importancia de la satisfacción del fin público, que en una interpretación teleológica es la actividad del Estado y, por ende, la contratación administrativa tiene como propósito último satisfacer las necesidades de la sociedad. Es en atención a esta realidad que se le autoriza a utilizar, instrumentalmente cualquier figura contractual que no se regule en el ordenamiento jurídico-administrativo.

Estos son los principales principios que rigen la contratación administrativa, sin embargo, cabe anotar que existen otros principios que son aplicables, como por ejemplo: el formalismo de los procedimientos, la mutabilidad en el contrato, la intangibilidad patrimonial, el control de los procedimientos, entre otros.

De aquí es de donde proviene el objeto de la presente investigación, pues si bien se encuentra regulado el fideicomiso en el ordenamiento jurídico costarricense, es como figura del Derecho Privado. En otras palabras, el concepto de fideicomiso público no tiene la regulación deseada para desarrollarla como medio alternativo de desarrollo nacional pues con tales vacíos se ha incorporado a la senda de la contratación administrativa, pero con desventaja que es la Contraloría General de la República (CGR) la encargada de llenar todos estos vacíos por medio de consultas y dictámenes; interpretando los principios y aplicándolos al proceso extraordinario de fideicomiso público. La hipótesis de esta investigación versa en la falta de congruencia de estos dictámenes en relación con

ciertos aspectos de la regulación de la figura que se revisarán con mayor detenimiento en el siguiente capítulo.

Sección II. Fideicomiso público

En la sección primera se hace mención al fideicomiso y a la contratación pública, pero hasta el momento no se ha explicado cuál es su relación, en qué consiste dicha aleación relativamente reciente que se ha pretendido incorporar al Derecho Público, cuáles son sus elementos y por cuál razón se desea hacer uso de esta figura en el tema de contratación administrativa.

A. Concepto

El fideicomiso público es el contrato administrativo por el cual la Administración -en su sentido amplio- transmite a un fiduciario, un recurso público, con el fin que este lo utilice de forma legal y legítima según dicte la administración con el objetivo de satisfacer el interés público. Es así que se basa en la figura del contrato de Derecho Mercantil de fideicomiso, con los matices que le plantea el involucrarse con la Administración, es decir: la relación con los principios del Derecho Administrativo, en específico el principio de legalidad, la fiscalización necesaria por parte de la CGR, por tratarse de recursos públicos, entre otros detalles por analizar en breve, que lo diferencian del recién explicado fideicomiso privado.

B. Elementos objetivos y subjetivos

i. Elemento subjetivo

En principio, el fideicomiso público utilizará las mismas tres figuras que el Derecho Comercial, el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario; con la diferencia que existirán ciertas restricciones sobre quién puede cumplir que rol. En principio, deben cumplir los

mismos requisitos que su figura precedente, que las personas físicas y/o jurídicas tengan capacidad de actuar y manifiesten su voluntad.

- *El fideicomitente:* Es importante definir quiénes están en la potestad de utilizar la figura del fideicomiso en la contratación administrativa. Ya se mencionó que la Administración, pero exactamente cuáles entes del sector público tienen acceso a este procedimiento.

La atribución de utilizar la figura del fideicomiso público está dada más específicamente por el artículo 14 de la ley 8131, Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos (LAFRPP). La misma indica:

“ARTÍCULO 14.- Sistemas de contabilidad

Los entes establecidos en el artículo 1 no podrán constituir fideicomisos con fondos provenientes del erario de no existir una ley especial que los autorice. Dicha ley regulará las condiciones generales que se incluirán en el contrato de fideicomiso. Estos entes se sujetarán a la legislación vigente en lo relativo a la contratación tanto de bienes y servicios como del recurso humano necesario para la consecución de los objetivos. Asimismo, dichos contratos de fideicomiso serán de refrendo obligado por parte de la Contraloría General de la República, la cual, para todos los efectos y en acatamiento del mandato constitucional, deberá fiscalizar el uso correcto de los dineros, aprobar los presupuestos de ingresos y egresos, así como emitir las directrices atinentes a procurar un manejo sano de ellos”.

Dicha potestad es potencial, pues será desarrollada solo con un instrumento adecuado. Este único instrumento es la ley, además le impone mecanismos de fiscalización como el refrendo. Los entes, por lo tanto, que enuncia el artículo primero de la LAFRPP poseen una potestad de contratar vía fideicomiso solo una vez que cuenten con una ley específica para su caso personal, que regule la figura en su caso particular. Entre aquellos potenciales usuarios se encuentran los órganos y entes administradores o custodios de

los fondos públicos; entre ellos la Administración Central, constituida por el Poder Ejecutivo y sus dependencias, los Poderes Legislativo y Judicial, el Tribunal Supremo de Elecciones, sus dependencias y órganos auxiliares, la Administración Descentralizada y las empresas públicas del Estado, las universidades estatales, las municipalidades y la Caja Costarricense de Seguro Social, los entes públicos no estatales, las sociedades con participación minoritaria del sector público y las entidades privadas, en relación con los recursos de la Hacienda Pública que administren o dispongan, por cualquier título, para conseguir sus fines y que hayan sido transferidos o puestos a su disposición, mediante partida o norma presupuestaria, por los órganos y entes referidos en los incisos anteriores o por los presupuestos institucionales de los bancos del Estado.

Si bien existe esta autorización que faculta a utilizar la norma por estos medios, el supra citado artículo 3 de LCA permite que se utilice, instrumentalmente, cualquier figura contractual que no se regule en el ordenamiento jurídico, con tal que se cumpla el elemento objetivo de la figura. Así lo ha interpretado la CGR en reiteradas ocasiones:

“Este Despacho en el oficio 12168 (DCA-3708) del 14 de noviembre del 2008, luego de hacer referencia a lo dispuesto en el oficio 00739 (DCA-0323) de 30 de enero del 2008, señaló lo siguiente:

*“(...) En el citado oficio se consideró que esta situación era propia de aquellas administraciones que no estaban sometidas a lo señalado en el artículo 1 de la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos y no necesariamente para el caso de los Ministerios, que en tesis de principio si lo estaría. Sin embargo, este criterio se adiciona, **ya que independientemente de la entidad pública de que se trate por la particularidad del negocio, en todo caso resulta aplicable y suficiente sustento jurídico el artículo 3 de la Ley de Contratación Administrativa que autoriza la utilización de “cualquier figura contractual que no se regule en el ordenamiento jurídico-administrativo” como medio instrumental a fin de lograr la satisfacción del fin público perseguido y, se reitera, siempre y cuando no se utilice como una forma incorrecta de vaciar el contenido de la actividad sustantiva de la Administración***

respectiva, se respeten las funciones de control y fiscalización y se respete igualmente el régimen de prohibiciones para contratar con el Estado (...)”.

- *El fiduciario*: Básicamente lo que se ha mencionado en los criterios emitidos por la CGR, debe ser un banco o empresa del Sistema Bancario Nacional, que debe cumplir con todos los requisitos de ley y en definitiva debe haber sido elegida por un proceso transparente de acuerdo con lo planteado en la LCA.
- *El fideicomisario*: Las condiciones en las cuales se vaya a utilizar el fideicomiso y los parámetros que debe cumplir conforman el elemento objetivo.

ii. Elemento objetivo

El elemento objetivo del fideicomiso público parte de un fin lícito, tal y como en el fideicomiso comercial, con la gran diferencia que los bienes fideicometidos pertenecen a la Administración, ya sean una propiedad o fondos provenientes de un empréstito, indiferentemente son fondos públicos, parte de la Hacienda Pública y, por lo tanto, debe ser su fiscalización mucho más rigurosa y someterse a los principios del Derecho Público, como los mencionados supra, en especial el de legalidad y transparencia.

C. Características

En reiteradas ocasiones la CGR ha indicado mediante sus dictámenes que si bien un requisito esencial para la contratación administrativa vía fideicomiso es la autorización legal, vía legislación, para que cada Administración pueda ejercer el fideicomiso público. Este no es el único requisito, pues incluso cumpliendo este (que no es tan esencial pues el artículo 3 de LCA permite el acceso a cualquier tipo de contratación como se mencionó supra⁴⁵), existe otro requisito sin el cual la CGR no permite su uso sin una justificación que razone y justifique por qué este medio es el idóneo para conseguir y garantizar el fin público perseguido.

⁴⁵ Así lo indican los oficios 12168 (DCA-3708) y 0739 (DCA-0323), entre otros.

En general, la normativa de cada legislación habilitante se encargará de detallar las circunstancias en las cuales la Administración estará en capacidad de realizar un fideicomiso, sin embargo, en el caso que simplemente se indique de forma general o que la norma habilitante sea el artículo 3 de LCA; la división de contratación administrativa de la CGR ha interpretado que el fideicomiso abarca todos los tipos de fideicomiso referidos en la primera sección de este capítulo. Y a menos que haya alguna norma que lo impida, se puede contratar por medio de cualquiera de los siguientes fideicomisos⁴⁶: fideicomiso de administración, fideicomiso de inversión, fideicomiso de garantía, fideicomiso de titularización.

El fideicomiso público es aceptado por la CGR cuando se cumplan los supuestos anteriores y *“...siempre y cuando no se utilice como una forma incorrecta de vaciar el contenido de la actividad sustantiva de la Administración respectiva, se respeten las funciones de control y fiscalización y se respete igualmente el régimen de prohibiciones para contratar con el Estado”* (Contraloría General de la República, Oficio 00357).⁴⁷ O sea, que un ente no delegue sus funciones principales en un fiduciario, traspasando su actividad sustantiva a un tercero sin legitimación e investidura.

Así, se pretende que la figura de fideicomiso público no se use como un mecanismo que pretenda eludir la fiscalización y el control correspondiente a una actividad de contratación administrativa con fondos públicos, pues independientemente del proceso de contratación, tanto la CGR como la oficina fiscalizadora de la administración en particular tienen el deber de cumplir con el mandato constitucional de fiscalizar los procesos de contratación donde estén involucrados los fondos públicos y velar por su correcta ejecución y transparencia.

No se debe utilizar como una forma de administración paralela lejana a los métodos de fiscalización y sanción vigente, sino como un modo de contratación alternativa que sea más eficiente a la hora de alcanzar los fines públicos deseados.

⁴⁶ Ver: oficio No. 12168 (DCA-3708) del 14 de noviembre de 2008, esta Contraloría General mediante oficios CGR 1420 (FOE-AM-62) de 13 de febrero del 2002, CGR 7233 (DCA 2252 de 5 de julio del 2007 y CGR 739 (DCA-323) de 30 de enero del 2008

⁴⁷ División de Contratación Administrativa, del 19 de enero del 2012. Oficio 00357 (DCA-0094) Contraloría General de la República.

Y, finalmente, que se respete el régimen sancionatorio existente en el sistema de contratación costarricense, de tal manera que aquellas empresas inhibidas de contratar como sanción a faltas cometidas en antiguas contratadas, tampoco sean contratadas por este método. El fideicomiso público no puede ser un método de evadir y burlar los métodos de fiscalización y sanción establecidos por el ordenamiento jurídico para la contratación administrativa.

Por lo anterior, a pesar de la norma autorizante, antes de aprobarse la utilización de un fideicomiso público, debe de motivarse dicha decisión, como cualquier acto administrativo. Sin embargo, en dicha motivación deben constar estudios de factibilidad que justifiquen el uso de este método extraordinario de contratación, en lugar de los métodos ordinarios, así mismo debe haber un estudio razonado de los honorarios por pagar a quien funja como fiduciario, unidad ejecutora y asesor financiero *“...y en general sobre el esquema propuesto, que tiene una serie de costos relevantes relativos a comisiones y otros, de frente a otras posibilidades de financiamiento de las obras”*.⁴⁸

En específico, la escogencia y utilización del fideicomiso público sobre otros métodos de contratación típicos debe estar dirigida a la eficiencia en la contratación administrativa, con el objetivo último de satisfacer de una mejor manera el fin público perseguido, empleando de la mejor manera los recursos públicos. La CGR indica que la manera de asegurarse que será así es como se señaló anteriormente con un razonamiento jurídico y económico que demuestre que : *“(...) la decisión de constituir un fideicomiso con recursos públicos debe estar precedida de un análisis detallado por parte de la Administración, en donde se demuestre que mediante este contrato se atiende debidamente la finalidad a la que el mismo va dirigido, se logra cumplir con la misión que ha sido pactada y, en términos de costo/beneficio resulta más conveniente para el Estado su formalización. (...)”*.⁴⁹

La CGR ha resumido siete de los fines que **no** deben orientar el uso de fideicomisos constituidos con fondos públicos, tales como: *“(...) a) Evadir funciones sustantivas que corresponden exclusivamente a la Administración. b) Substraerse de los procedimientos*

⁴⁸ Oficio No. 01892 (DCA-704) del 26 de febrero de 2007.

⁴⁹ Memorando N° FOE-FEC-181 del 14 de noviembre de 2000 .

de contratación administrativa que la institución estaría obligada a cumplir. c) Prescindir de los procedimientos de aprobación presupuestaria. d) Evitar asumir cargas laborales o tributarias. e) Eludir parcialmente la fiscalización de los recursos públicos por parte de la Contraloría General de la República o de la Auditoría Interna del órgano o ente. f) Evadir topes presupuestarios para la creación de plazas. g) Pretender evitar el refrendo contralor. (...).⁵⁰

Finalmente, la Administración debe asegurarse en su lugar como fideicomitente de fiscalizar la buena gestión del fiduciario. Si bien existe responsabilidad del fiduciario sobre el patrimonio fideicometido, la responsable final para el Estado será el ente o Administración fideicomitente, *“no pudiendo desvincularse del manejo que se le dé a los mismos, sino que por el contrario debe ejercer una función de vigilancia constante y oportuna sobre los respectivos recursos”*.⁵¹ Por esto, además dentro del estudio de factibilidad, cada administración debe considerar si cuenta con la capacidad material como el recurso humano para asumir el rol diligente de fideicomitente.

En síntesis, la norma autorizante da una posibilidad potencial de recurrir al fideicomiso público. En adición a este, debe haber un estudio que identifique las razones por las cuales es en el mejor interés del país elaborar un fideicomiso en lugar de algún otro contrato para perseguir ese fin público en específico. La CGR debe asegurarse que existe un motivo ulterior para acceder al fideicomiso como alguno de los que se enumeró con anterioridad. Por último, es necesario que la Administración o ente que ejecute dicho fideicomiso se asegure que se cumpla con todo lo planteado en su planeamiento, con una fiscalización diligente y, de esta manera, que los fondos públicos sean utilizados para conseguir un fin público siguiendo los principios de transparencia y legalidad que rigen el proceso contratación administrativa.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Ibid.

Capítulo 2. La incidencia de los controles previos de fiscalización en el uso del fideicomiso público

Sección I. Fiscalización

A. Contraloría General de la República

i. Antecedentes históricos

En Costa Rica existen esfuerzos por salvaguardar los fondos públicos desde la época de la Colonia. Para el año 1825 el Pacto de Concordia denota en sus líneas la idea de utilizar la Hacienda Pública de forma consciente y buscar mecanismos de protección de la misma. A raíz del Pacto de Concordia, se crea el Tribunal de Cuentas, antecesor de la Contraloría General de la República, no obstante, en ese momento el Tribunal se encontraba adscrito al Congreso. Dentro de los antecedentes históricos de la Contraloría General de la República (CRG) se encuentran:

El Tribunal de Cuentas del año 1825 fue modificado “posteriormente se emitieron diferentes decretos que organizaron y reorganizaron una Contaduría Mayor, la cual se definía como un tribunal superior de cuentas que examinaba, glosaba y fenecía las cuentas que debían rendir los administradores, tesoreros y recaudadores de fondos públicos. Este tribunal de cuentas, que en sus orígenes fue competencia del Poder Ejecutivo, sufrió diversos altibajos en el transcurso del tiempo, llegando incluso a suprimirse”.⁵²

Casi un siglo después, en el año 1922, mediante la emisión de la Ley No. 8 del 26 de mayo, se creó la Oficina de Control, la cual también es un antecesor de la CGR y asumió las funciones de la Contaduría Mayor. Compartía la característica con la actual contraloría

⁵² “Antecedentes históricos de la CGR” Tomado de la página de la Contraloría General de la República, en la dirección electrónica http://cgrw01.cgr.go.cr/portal/page?_pageid=434_2930033&_dad=portal&_schema=PORTAL en fecha del 01 de enero del 2014.

que tenía rango constitucional. Sin embargo, esta se encontraba adscrita al Poder Ejecutivo y no al Legislativo como sucede hoy.

Veintitrés años después, en el año 1945, mediante Ley No.200 del 6 de setiembre del mismo año, cuando se creó el Centro de Control, que era una institución auxiliar del Poder Legislativo, con independencia de los demás poderes. Así como lo es actualmente la CGR, es el ente antecesor directo de la misma. Es así que tan solo cuatro años después en el año 1949, *“la Asamblea Constituyente convocada luego de la Guerra Civil de 1948 y su consecuente ruptura del orden constitucional, evaluó las funciones del Centro de Control y determinó la necesidad de que existiera un órgano que vigilara permanentemente la inversión, procedencia, manejo financiero, económico y legal de los fondos públicos. Es así como se incluyó en la Constitución Política actual un capítulo que creó a la Contraloría General de la República, entidad que tendría la finalidad de ser el freno y contrapeso legislativo en la ejecución y liquidación de presupuestos”*.⁵³

A pesar que con la Constitución Política de 1949 se crea la Contraloría General de la República, como se le conoce, no es hasta 1950 que se emite la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, que dio vida jurídica a la institución. Dicha ley entró a regir hasta el año 1951, año en que la CGR inicia sus funciones bajo la dirección de los señores Amadeo Quirós Blanco y Rodolfo Castaing Castro, contralor general y subcontralor general de la República, respectivamente. En conjunto, la Constitución Política de 1949, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y la Ley de la Administración Financiera de la República, emitida en 1951, conforman el principal marco legal del órgano contralor en sus inicios. Posteriormente, se agregarían a estas leyes,

⁵³ Ibidem.

entre muchas otras, la Ley General de la Administración Pública y la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento.⁵⁴

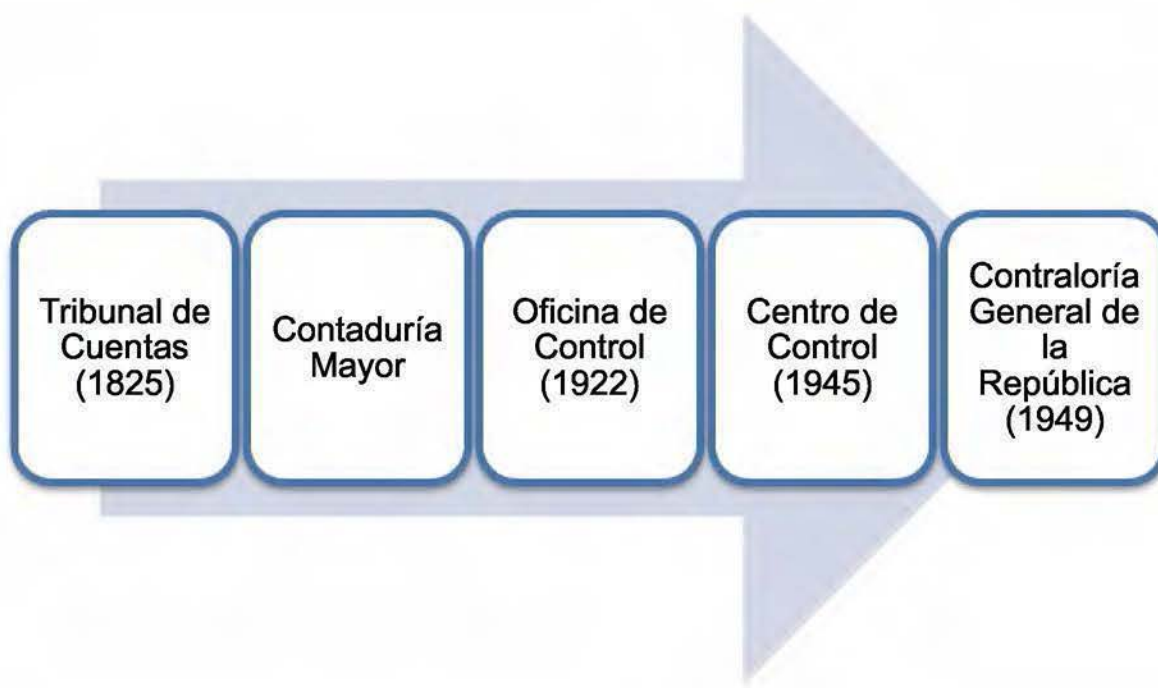


Ilustración 1. Antecedentes históricos de la CGR. Fuente: Elaboración propia

Como es posible analizar a partir de los datos que versan supra y se condensan en la ilustración anterior, el primer antecedente de la CGR data de 124 años antes, lo que permite colegir que la figura de un ente fiscalizador ha sido de suma importancia en Costa Rica y conjuntamente la figura tuvo un proceso de reforma y mejoramiento que continúa hasta el hoy con las diferentes reformas en la LOCGR, pero que definitivamente deja como arraigo en la idiosincrasia del costarricense y de la institución el deber de fiscalizar la Hacienda Pública.

ii. *Función de la Contraloría General de la República*

Como se mencionó en el apartado anterior, la Contraloría es creada conceptualmente en 1949 por la Constitución Política de Costa Rica, específicamente en el título XIII, titulado “La Hacienda Pública”, en el capítulo segundo que lleva el nombre de la Contraloría

⁵⁴ *Ibidem.*

misma. La Constitución Política en su artículo 183⁵⁵ designa a la Contraloría General de la República (CGR) como una institución auxiliar de la Asamblea Legislativa, cuyo objetivo es vigilar la Hacienda Pública, la cual además cuenta con absoluta independencia funcional y administrativa en el desempeño de sus labores.

Señala también el numeral 183 de la Constitución Política que la CGR está a cargo de un contralor y un subcontralor y que estos serán nombrados por la Asamblea Legislativa. En el numeral, asimismo, se regula el plazo de nombramiento del cargo y la forma y circunstancias en las cuales pueden ser removidos ambos jerarcas.

Seguidamente, en el numeral 184⁵⁶ del mismo cuerpo normativo, el constituyente describe a grandes rasgos los cuatro pilares de trabajo de la CGR; la fiscalización de los presupuestos, la aprobación de presupuestos de municipalidades e instituciones autónomas, las memorias de cada año con el detalles de funciones que se debe rendir ante la Asamblea Legislativa, examinar las cuentas de las instituciones y además brinda una tercera opción para que vía legislación se le asignasen las pertinentes.

⁵⁵ Artículo 183.- La Contraloría General de la República es una institución auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública; pero tiene absoluta independencia funcional y administrativa en el desempeño de sus labores.

La Contraloría está a cargo de un contralor y un subcontralor. Ambos funcionarios serán nombrados por la Asamblea Legislativa, dos años después de haberse iniciado el período presidencial, para un término de ocho años; pueden ser reelectos indefinidamente, y gozarán de las inmunidades y prerrogativas de los miembros de los Supremos Poderes.

El contralor y subcontralor responden ante la Asamblea por el cumplimiento de sus funciones y pueden ser removidos por ella, mediante votación no menor de las dos terceras partes del total de sus miembros, si en el expediente creado al efecto se les comprobare ineptitud o proceder incorrectos.

⁵⁶ Artículo 184.- Son deberes y atribuciones de la Contraloría:

1) Fiscalizar la ejecución y liquidación de los presupuestos ordinarios y extraordinarios de la República;

no se emitirá ninguna orden de pago contra los fondos del Estado, sino cuando el gasto respectivo haya sido visado por la Contraloría; ni constituirá obligación para el Estado la que no haya sido refrendada por ella;

2) examinar, aprobar o improbar los presupuestos de las Municipalidades e instituciones autónomas, y fiscalizar su ejecución y liquidación;

3) enviar anualmente a la Asamblea Legislativa, en su primera sesión ordinaria, una memoria del movimiento correspondiente al año económico anterior, con detalle de las labores del contralor y exposición de las opiniones y sugerencias que éste considere necesarias para el mejor manejo de los fondos públicos;

4) examinar, glosar y fenecer las cuentas de las instituciones del Estado y de los funcionarios públicos;

5) las demás que esta Constitución o las leyes le asignen.

Pero a través del portillo del inciso 5) del artículo 184 del cuerpo de leyes supra citado se ve la necesidad de crear la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, la cual señala los objetivos, funciones, atribuciones, procedimientos y organización de la CGR.

Así, durante los últimos 63 años la CGR ha utilizado de guía a la LOCGR, dicha ley indica en su artículo primero⁵⁷ su naturaleza jurídica y atribución general y considera que su función general es el control superior de la Hacienda Pública y rector del sistema de fiscalización.

De esta forma, el legislador en consecuencia del mandato del constituyente le da atribuciones de proteger la Hacienda Pública, incluidas todas las instituciones u entes del Estado. La CGR tiene como idea rectora garantizar a la sociedad costarricense la vigilancia efectiva de la Hacienda Pública. Dentro de esta vigilancia pública existe una gama de posibilidades que tiene el CGR en su funcionar.

iii. Tipos de control de la Contraloría General de la República

La Contraloría General de la República, como la institución encargada de vigilar el uso de los recursos públicos que utilizan las instituciones del Estado, tiene diversidad de funciones. No obstante, para analizarlas de forma sistemática se pueden dividir dichas funciones en dos grandes grupos: las funciones antes que las instituciones gasten el dinero, llamadas controles previos y las funciones después que las instituciones gasten el dinero, denominadas también controles posteriores.

i. Funciones antes de que las instituciones gasten el dinero (controles previos)

Los llamados controles previos se utilizan de forma preventiva para asegurar a la sociedad que la Administración Pública, es decir, no solo Gobierno central y los diferentes ministerios, sino que también las instituciones públicas, municipalidades, entes gubernamentales y cualquier otro que emplee los fondos públicos lo haga de forma

⁵⁷ Artículo 1.- Naturaleza jurídica y atribución general La Contraloría General de la República es un órgano constitucional fundamental del Estado, auxiliar de la Asamblea Legislativa en el control superior de la Hacienda Pública y rector del sistema de fiscalización que contempla esta Ley.

responsable y transparente. Dentro de este apartado de control previo o anterior, también llamado en latín control ex – ante; es posible identificar dos subapartados: la aprobación de presupuestos y la aprobación de contratos.

1) La aprobación de presupuestos

La CGR es la institución encargada de ejercer control de manera previa o preventiva con la aprobación de presupuesto. La razón teleológica tras esta función del órgano rector de fiscalización es que las instituciones o los jefes no despilfarran el dinero en proyectos donde no sea apreciable el fin público o no se encuentre dentro del actuar regular de dicha institución. Así, dentro del presupuesto anual se deben incluir las partidas en las cuales se planea invertir y el monto correspondiente a cada una de esas partidas. Una vez analizado el presupuesto, le corresponde a la CGR aprobar o improbar dicho presupuesto y consecuentemente el presupuesto o el dinero que reciben y procuran gastar será ejecutado como lo dicta el artículo 18⁵⁸ de LOCGR.

⁵⁸ **Artículo 18.- Fiscalización presupuestaria**

Corresponde a la Contraloría General de la República examinar para su aprobación o improbación, total o parcial, los presupuestos de los entes referidos en el artículo 184 de la Constitución Política, así como los del resto de la Administración descentralizada, las instituciones semiautónomas y las empresas públicas. Los entes públicos no estatales deberán cumplir con tal requisito cuando una ley especial así lo exija.

En caso de que algún presupuesto sea improbado regirá el del año inmediato anterior. Si la improbación del presupuesto es parcial, hasta tanto no se corrijan las deficiencias, regirá en cuanto a lo improbado del año anterior.

Los órganos, las unidades ejecutoras, los fondos, los programas y las cuentas que administren recursos de manera independiente, igualmente deberán cumplir con lo dispuesto por este artículo. La Contraloría General de la República determinará, mediante resolución razonada para estos casos, los presupuestos que por su monto se excluyan de este trámite.

La Contraloría General de la República fiscalizará que los presupuestos sean formulados y presentados para cada ejercicio, de conformidad con las disposiciones legales y técnicas.

Si la Contraloría atrasa la tramitación y aprobación de un presupuesto, continuará rigiendo el anterior hasta que la Contraloría se pronuncie.

Cuando se trate de programas o proyectos cuya ejecución se extienda más allá de dicho período, la entidad que formule el presupuesto deberá demostrar, a satisfacción de la Contraloría General de la República, que dispondrá de la financiación complementaria para terminar el programa y el proyecto respectivo.

(Así reformado por el inciso d) del artículo 126 de la Ley N° 8131 de 18 de setiembre del 2001,

Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos).

No obstante, solamente algunos de los presupuestos son aprobados por la Contraloría como lo dicta el artículo 18 citado con anterioridad y este refiere al artículo 184 donde se citan ciertos de los sujetos de fiscalización presupuestaria, los demás son dados por el mismo artículo e incluye: del resto de la Administración descentralizada, las instituciones semiautónomas y las empresas públicas; los entes públicos no estatales en algunos casos dados por ley.

Por su parte, existen ciertos sectores de la Administración que no necesitan dicha aprobación por parte de la Contraloría General, como lo son por ejemplo, los ministerios de ramo, el Poder Judicial, la Asamblea Legislativa, el Tribunal Supremo de Elecciones, la Defensoría de los Habitantes y los Regímenes de Pensiones.⁵⁹



Ilustración 2. Aprobación de presupuesto por parte de la CGR. Fuente: Elaboración propia

2) Revisión de contratos

Una vez analizado y aprobado el presupuesto de una institución, la CGR tiene la potestad de revisar los contratos de las diferentes partidas presupuestarias que se ejecutarán, antes de su ejecución. Este proceso de revisión de contratos es llamado refrendo

⁵⁹ Información tomada de la página de la Contraloría General de la República, de la dirección electrónica http://cgrw01.cgr.go.cr/portal/page?_pageid=434_2930074&_dad=portal&_schema=PORTAL, en fecha del 08 de enero de 2014.

contralor. El mismo es una herramienta de fiscalización creada desde el artículo 184 de la Constitución y se trata de un análisis sobre los contratos que instituciones de Gobierno firmen con empresas y personas que le vendan productos y servicios. El refrendo busca verificar que los contratos se rijan bajo el marco normativo existente. Así mismo, el refrendo funge como un requisito de eficacia del contrato administrativo⁶⁰, sin este el contrato no puede ser ejecutado. Esta figura de control previo se encuentra regulada en el reglamento sobre el refrendo de las contrataciones de la administración pública, número R-CO-44-2007 del 11 de octubre del 2007.

ii. *. Funciones después de que las instituciones gastan el dinero (controles posteriores)*

La CGR tiene bajo sus funciones de fiscalización otras en adición a las de control previo y son aquellas que se llevan a cabo posterior a la ejecución de un contrato o de la ejecución del presupuesto de una institución, en general son utilizadas después que el dinero de la hacienda pública ha sido ejecutado. Dichos controles son llamados controles posteriores o *ex – post*. Dentro de los controles que se aplican con el fin de cerciorarse que el uso de los fondos público fue llevado a cabo con transparencia y mejor interés del fin público,

⁶⁰ **Artículo 2.- Naturaleza del refrendo.**

El refrendo es un acto de aprobación, por lo que funge como un requisito de eficacia del contrato administrativo y no como un medio por el cual la Contraloría General de la República pueda anular de forma indirecta el acto de adjudicación ni el contrato administrativo. Por medio del refrendo, la Contraloría General de la República examina y verifica que el clausulado del contrato administrativo se ajuste sustancialmente al ordenamiento jurídico, en los términos previstos en el artículo 8° de este Reglamento.

Cuando la Contraloría General de la República deniegue el refrendo a un contrato administrativo, señalará a la Administración los defectos que deben ser subsanados, enmendados o corregidos para obtener el respectivo refrendo en un eventual trámite futuro.

En virtud de que los procedimientos de contratación administrativa y todos los aspectos relativos a la formación y perfección de los contratos administrativos están imbuidos por la celeridad y sumaria atención y satisfacción de las necesidades y requerimientos públicos, el análisis de legalidad que realiza la Contraloría General de la República en el refrendo está sujeto a los principios de eficiencia y eficacia desarrollados en el artículo 4 de la Ley de Contratación Administrativa y a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley General de la Administración Pública.

El refrendo no constituye un procedimiento administrativo destinado a resolver intereses contrapuestos de las partes o de terceros interesados, por lo que las gestiones que con ese propósito se interpongan durante el trámite, serán rechazadas de plano.

El refrendo no es un medio por el cual la Contraloría General de la República ejerce las potestades de realizar auditorías y de investigación, reguladas en los artículos 21 y 22 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. En consecuencia el análisis de legalidad se basa en una revisión del expediente administrativo aportado por la Administración, por lo que se presume la veracidad de la documentación en él incorporada, según el principio de buena fe que rige la actividad contractual pública, todo bajo la responsabilidad de los funcionarios de la Administración encargados de la conformación y remisión del expediente.

posterior a su ejecución se encuentran los estudios a instituciones del Gobierno y las sanciones.

1) Estudios a instituciones del Gobierno

La CGR tiene dentro de sus potestades de control posterior la posibilidad de realizar estudios financieros a las instituciones de Gobierno o auditorías, en las cuales debe revisar la legalidad y eficacia de las funciones que el ordenamiento jurídico dicta a cada una de ellas. En este sentido versan los artículos 21, 22 y 26 de LOCGR⁶¹, otorgándole la potestad al ente superior de fiscalización que audite o investigue la institución de oficio al menos una vez al año o a solicitud de algún ciudadano por denuncia o de algún parlamentario de la Asamblea Legislativa. El resultado de dichas auditorías le permite a la CGR corregir lo malgastado en los próximos presupuestos e iniciar investigaciones contra los posibles responsables, lo cual da lugar a su siguiente función de control posterior.

⁶¹ Artículo 21.- Potestad de realizar auditorías

La Contraloría General de la República podrá realizar auditorías financieras, operativas y de carácter especial en los sujetos pasivos.

Dentro del ámbito de su competencia, la Contraloría General de la República podrá acordar con las entidades fiscalizadoras superiores de otros países, la realización de auditorías individuales o conjuntas, en uno o en varios de ellos, con las salvedades que imponga cada legislación.

Artículo 22.- potestad de investigación

La Contraloría General de la República podrá instruir sumarios administrativos o realizar investigaciones especiales de oficio, a petición de un sujeto pasivo o de cualquier interesado.

La Contraloría General de la República también deberá instruir sumarios o realizará investigaciones especiales, cuando lo soliciten los órganos parlamentarios de la Asamblea Legislativa o cuando lo soliciten conjuntamente al menos cinco diputados.

Artículo 26. —Potestad sobre auditorías internas. La Contraloría General de la República fiscalizará que la auditoría interna de los entes y órganos sujetos a su competencia institucional, cumpla adecuadamente las funciones que le señala el ordenamiento jurídico que la regula; coordinará, como mínimo, una actividad anual para fortalecer su gestión. El resultado de dichas fiscalizaciones deberá ser informado directamente al jerarca de la institución y al auditor interno, quienes estarán obligados a tomar las medidas necesarias para su acatamiento o, en su defecto, a plantear su oposición, dentro de un plazo máximo de quince días hábiles.

Presentada la oposición, la auditoría interna dispondrá de un plazo máximo de treinta días hábiles, contados a partir del recibo del informe de la Contraloría, para fundamentar debidamente su oposición.

Recibida la fundamentación de la oposición, la Contraloría General de la República tendrá un plazo máximo de treinta días hábiles para resolver el conflicto planteado y deberá notificar, de inmediato, al ente u órgano discrepante, lo resuelto en este asunto.

(Así reformado por el inciso a) del artículo 45 de la Ley N° 8292 de 31 de julio del 2002, Ley de Control Interno)

2) Sanciones

Una sanción es una pena por un delito o falta, es decir, una medida que impone la autoridad, en este caso la CGR por infracción a disposiciones imperativas o abstención ante deberes positivos⁶². Las sanciones o castigos que impone la CGR son resultado de actos ilegales en el manejo de dinero y otros bienes del Estado. Los funcionarios responsables de manejar los dineros del mismo deben hacerse responsables de los dineros que se encuentran a su cargo.

En este sentido, el capítulo V de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República discurre sobre las sanciones y responsabilidades. LA CGR tiene potestad para ordenar y recomendar sanciones, así como sancionar a por desobediencia del órgano competente, retirarle las credenciales a un funcionario, entre otras.

A. La potestad fiscalizadora de la Contraloría General de la República en la contratación administrativa.

El artículo 184, como se mencionó supra, le da la atribución en el inciso primero de fiscalizar la ejecución y liquidación de los presupuestos ordinarios y extraordinarios. De esta manera, la CGR tiene el mandato constitucional de fiscalizar la Hacienda Pública.

*“Por motivo de su propia esencia y en ejercicio de su función de fiscalización superior, la Contraloría General está obligada a efectuar una comparación del acto o de la conducta administrativa y, de esa comparación, extraer un juicio acerca de la legitimidad del caso contemplado, cuya conclusión es inseparable del juicio de responsabilidad del funcionario público”.*⁶³

Por este mandato constitucional, la fiscalización de la CGR es ineludible, es necesaria la aprobación y fiscalización por parte de la institución para ejecutar el proceso de contratación administrativa.

⁶² Cabanellas de las Torres, Diccionario jurídico elemental. Buenos Aires. Heliasta:2006.

⁶³ Gamboa Chaverro, R. “La potestad sancionadora de la Contraloría General de la República.” *Revista Fiscalización y gestión pública* 1. (1994): P.48.

La CGR ha tenido claridad en su rol históricamente como institución de control y su finalidad de control de los fondos públicos en general, la cual consiste en:

*“La institución de control es inmanente a la economía financiera pública. El control no representa una finalidad en sí mismo, sino una parte imprescindible de un mecanismo regulador que debe señalar, oportunamente, las desviaciones normativas y las infracciones de los principios de legalidad, rentabilidad, utilidad y racionalidad de las operaciones financieras, de tal modo que puedan adoptarse las medidas correctivas convenientes en cada caso, determinarse la responsabilidad del órgano culpable, exigirse la indemnización correspondiente o adoptarse las determinaciones que impidan o, por lo menos, dificulten la repetición de tales infracciones en el futuro”.*⁶⁴

Es clara la trascendencia de este control realizado por la CGR, la hacienda pública debe ser utilizada de manera racional, sin despilfarros y con la consciencia que la finalidad de la misma es satisfacer el fin público, dicha institución es parte vital para el control de los fondos públicos y de mantener coherencia entre el presupuesto y los gastos públicos.

En cada caso donde hay erogación de fondos públicos existe fiscalización por parte de la CGR, sin embargo, los métodos de fiscalización varían según la circunstancia en la que esté siendo utilizado el erario público. Por ejemplo, en el caso de contratación pública o de realización de obras públicas mediante el proceso del fideicomiso se dan procesos de fiscalización específicos.

En general, la INTOSAI (Internacional Organization of Supreme Audit Institutions) considera que en los contratos de obra pública las instituciones de fiscalización superior que velan por el e buen uso de la Hacienda Pública, como es el caso de CGR en Costa Rica, cuentan con las siguientes prerrogativas:

“Art. 21 Contratos públicos y obras públicas

1. Los recursos considerables que el Estado emplea para contratos públicos y obras públicas justifican un control especialmente escrupuloso de los recursos empleados.

⁶⁴ Artículo 1° De la “Declaración de Lima sobre las Líneas Básicas de la Fiscalización”. Emitida en el IX Congreso de la INTOSAI (Internacional Organization of Supreme Audit Institutions).

2. La subasta pública es el procedimiento más recomendable para obtener la oferta más favorable en precio y calidad. De no convocarse una pública subasta, la Entidad Fiscalizadora Superior debe investigar las razones de ello.

3. En el control de las obras públicas, la Entidad Fiscalizadora Superior debe procurar que existan normas apropiadas que regulen la actividad de la administración de dichas obras.

4. El control de las obras públicas no sólo abarca la regularidad de los pagos, sino también la rentabilidad de la obra y la calidad de su ejecución (subrayado no es del original).

Los anteriores cuatro son extraídos de la Declaración de Lima. En esta se hace un consenso general de las regulaciones básicas que corresponden a una entidad fiscalizadora de la Hacienda Pública. La Constitución Política otorga el mandato constitucional de cuidar el gasto de las arcas del Estado a la CGR y esto viene a ser reiterado en la Declaración de Lima e inclusive enfatiza que el control ejercido debe ser escrupuloso, o sea, con duda o recelo y en definitiva con exactitud. No debería existir margen de error cuando se trata del erario público. El tercer punto indica que la CGR debe velar porque no hayan vacíos o lagunas en la normativa aplicable a la contratación de bienes y servicios. En este aspecto, como se analizará más adelante, parece ser que la CGR ha fallado, pues en lugar de llenar esos vacíos con leyes y reglamentos, lo ha hecho con opiniones y resoluciones, las cuales son vinculantes para el sujeto pasivo, pero permiten que sean modificadas continuamente por el mismo ente superior fiscalizador. Esta situación crea además inseguridad jurídica tanto para las administraciones que podrían tener interés en implementar un proceso innovador como para aquellos oferentes que deseen ayudar a la Administración Pública a conseguir el fin público. Esta situación es merecedora de atención por parte de la CGR, máxime considerando que la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República prevé en su artículo 23⁶⁵ la capacidad de esta institución de dictar reglamentos necesarios para que el proceso de contratación, entre otros, sean comprendidos por el marco legal necesario para su funcionamiento.

⁶⁵ Artículo 23.- POTESTAD REGLAMENTARIA La Contraloría General de la República tendrá la potestad exclusiva para dictar los reglamentos autónomos de servicio y de organización, en las materias de su competencia constitucional y legal.

Finalmente, el órgano superior de fiscalización debe no solo buscar que el medio de contrato de bienes y servicios se ajuste al marco legal aplicable, según sea el caso, sino que también debe velar porque los pagos se den según pactados, de tal manera que la Administración no se vea perjudicada ni tampoco perjudique al oferente que colabora en la construcción del fin público. Es decir, que la obra esté remunerada según su calidad, la cual debe ser óptima, entre otros factores. No obstante, esta última prerrogativa concierne también al control interno ejercido por la administración contratante, gestora del proceso de contratación, pues contrario a lo que cree la población media de Costa Rica, el refrendo no analiza costos u oportunidad, sino que simplemente el plano legal.

Es importante acotar que los otros tres si se refieren a fiscalización de control externo y no los de control interno. Se debe diferenciar brevemente entre ambos; los dos son métodos de control de los fondos públicos por parte del Estado, la diferencia entre ellos radica en que parte del Estado ejerce este control y en que parte de la fiscalización se concentra en cada uno. El control interno es definido⁶⁶ como “el plan de organización y el conjunto de métodos y medidas adoptadas dentro de una entidad para salvaguardar los recursos, verificar la exactitud y veracidad de la información financiera y administrativa, promover la eficiencia en las operaciones, estimular la observancia de la política prescrita y lograr el cumplimiento de las metas y objetivos programados”. En otras palabras, es la fiscalización que realiza cada ente, institución y la Administración Pública en sus respectivos procesos de adquisición de bienes o servicios públicos.

Por su parte, el control externo, que realiza la CGR y es el objeto de estudio de la presente investigación, es aquel utilizado como “el conjunto de procedimientos, medidas y métodos coordinados, aplicados por un organismo superior de control, con el propósito de evaluar la situación financiera, los resultados de las operaciones, comprobar el cumplimiento de las disposiciones legales y el logro de las metas y objetivos programados, con el máximo grado de eficiencia, efectividad y economía de las entidades sujetos a control”.⁶⁷

En Costa Rica, como se mencionó, dicho órgano superior de control es la CGR, el cual realiza control externo sobre los contratos administrativos o de obra pública, este es a su

⁶⁶ Manual sobre normas técnicas de auditoría para la Contraloría General de la República y las entidades y órganos sujetos a su fiscalización.

⁶⁷ Instituto Latinoamericano de Ciencias Fiscalizadoras (ILACIF) citado por Ministerio de Hacienda de Costa Rica. Tomado de la dirección electrónica: <http://www.hacienda.go.cr/.../EL%20CONTROL%20SUPER...%E2%80%8E>.

vez dividido en dos etapas, una fiscalización ex ante o previa y una ex post o posterior, como se indicó de previo. En el siguiente apartado se tratará con mayor detalle la fiscalización ex ante, la cual es precisamente el objeto de estudio y cuestionamiento en la presente investigación.

B. Tipologías de fiscalización ex – ante o previa

El control previo, también llamada fiscalización previa o control ex ante, es parte del control externo realizado por la CGR en su función de contralora de la Hacienda Pública. La típica aproximación al tema del control externo hacendario, y pudiera decirse que en general al de la gestión pública, es el enfoque del problema burocrático⁶⁸. La burocracia es definida por la Real Academia de la Lengua Española en una de sus acepciones como la administración ineficiente a causa del papeleo, la rigidez y las formalidades superfluas.

La CGR en uso de sus atribuciones dadas por la Constitución Política y con el propósito de fiscalizar los fondos públicos como fin último, considera que la fiscalización externa, incluida en ella la ex ante, no es un fin en sí mismo ni un sinsentido de papeleo, sino una herramienta tanto para los gobernantes como para el pueblo gobernado "(...)para contar con elementos de juicio profesionales que les permitan exigir a los funcionarios públicos la explicación acerca del cumplimiento de sus tareas, al tiempo que contribuye a que estos últimos cuenten también con insumos para valorar la adopción oportuna de medidas correctivas que mejoren su accionar".⁶⁹

De lo anterior se extrae lo que se ha venido reiterando dentro de la importancia de las funciones de la CGR, en específico en su función de control de la contratación de bienes y servicios con fondos públicos, la importancia del control exterior. No obstante, en qué consiste esa parte del control exterior llamada control previo y cuál es su importancia y su aporte al proceso de fiscalización exterior.

⁶⁸ Costa Rica. Contraloría General de la República. *Memoria Anual 2008*. "La Contraloría General y su instrumental de control: aportes al debate actual" (San José: La Contraloría, 2009) p.19.

⁶⁹ *Ibid.* P.20.

El control previo es definido por la INTOSAI en la Declaración de Lima e indica que es el llevado a cabo antes de la realización de las operaciones financieras o administrativas. Indica que el control previo ejercido por una entidad de fiscalización superior implica la ventaja de poder “impedir un perjuicio antes de producirse este, pero la desventaja de comportar un trabajo excesivo y de que la responsabilidad basada en el Derecho Público no esté claramente definida”⁷⁰. Por último, indica que son las circunstancias y necesidades de cada país las que determinan si una entidad de fiscalización superior ejerce un control previo.

El objetivo primordial del control previo es, por lo tanto, impedir un perjuicio **antes** que este se produzca, evitando que haya un perjuicio en el erario público o en la consecución del fin público, es decir, que este no sea satisfecho. Pero parte del control previo, como se analizará en la sección segunda de este segundo capítulo, se hace posterior a que la Administración y el oferente ya han invertido tiempo y dinero en el proceso, que puede ser desperdiciado a raíz del control previo ejercido por la CGR.

La función de fiscalización previa es confundida a menudo con la función de revisión de los presupuestos de los próximos períodos de los entes e instituciones públicas, cuando en realidad al referirse al control previo de fiscalización se presupone que se interviene activamente en la ejecución del presupuesto y en la tramitación de los documentos respectivos⁷¹. O sea, no se puede limitar el control previo a la simple aprobación de presupuesto, pues el control previo abarca muchas otras acciones por parte de la CGR. Como se mencionó; en adición a la aprobación de presupuesto, el régimen recursivo y el refrendo.

i. La aprobación de presupuesto.

La aprobación del presupuesto, como se explicó líneas atrás, es la autorización de las partidas presupuestarias por parte de la CGR. El órgano fiscalizador puede darle su visto bueno, aprobándolo, improbandolo o al aprobarlo parcialmente.

⁷⁰ “Declaración de Lima sobre las Líneas Básicas de la Fiscalización”. Emitida en el IX Congreso de la INTOSAI (Internacional Organization of Supreme Audit Institutions).

⁷¹ Ministerio de Hacienda. “El control superior de la hacienda pública y sus antecedentes históricos en Costa Rica.” Tomado de: <http://www.hacienda.go.cr/centro/datos/Articulo/EL%20CONTROL%20SUPERIOR%20DE%20LA%20HACIENDA%20P%20C3%20Y%20SUS%20ANTECEDENTES%20HIST%20RICOS%20EN%20COSTA%20RICA>.

La finalidad de este método de control previo es asegurar a la ciudadanía que los fondos públicos serán gastados solo una vez que el proceso de aprobación haya sido completado y, por lo tanto, dichos fondos sean utilizados de forma correcta, en la consecución de un fin público.

La aprobación del presupuesto se realiza anualmente por las instituciones cuyo presupuesto corresponde ser aprobado por la CGR (ver ilustración 2). El artículo 19 de LOCGR⁷² determina la fecha en la cual se debe presentar el nuevo presupuesto anual y la fecha de liquidación del mismo, es decir, un informe en el que se indican las partidas manejadas con detalles de su uso y las que no, determinando así mismo el porcentaje del presupuesto utilizado y en caso de que lo hubiese, las partidas presupuestarias sin ejecutar. De esta forma, la CGR utiliza las liquidaciones anteriores para establecer la capacidad de las instituciones de ejecutar su presupuesto y aprobar total o parcialmente nuevos presupuestos. Dichas liquidaciones también sirven para controlar el erario público y para que los llamados a tomar decisiones institucionales y estatales los utilicen en el estudio de necesidades y realidad del país.

La aprobación del presupuesto y el visado no son aplicables a la contratación de bienes y servicios por fideicomiso. Respecto del visado, se puede indicar que luego de un estudio de la actividad efectuada por la CGR, en este tipo de control previo, se emitió el “Reglamento sobre el visado de gastos con cargo al presupuesto de la República” y el “Instructivo sobre aspectos mínimos por considerar en el análisis de los documentos de ejecución presupuestaria en el proceso de visado”, con los cuales se delegó dicho control a la Administración, a través de este se les indicó pautas y acompañamiento para efectuar dicha verificación.

⁷² Artículo 19.- FECHA PARA PRESENTAR PRESUPUESTOS Y LIQUIDACIONES

Todas las entidades que por ley están obligadas a presentar presupuestos a la Contraloría General de la República, lo harán a más tardar el 30 de setiembre y presentarán la liquidación correspondiente a más tardar el 16 de febrero de cada año. La presentación tardía o incompleta de los presupuestos o sus liquidaciones, a la Contraloría, podrá dar origen a la aplicación de las sanciones por desobediencia, establecidas en el capítulo V de esta Ley, según corresponda en cada caso.

Por medio de un reglamento, la Contraloría General de la República determinará los requisitos, procedimientos y condiciones, que regirán para efectuar modificaciones a los presupuestos que le corresponda aprobar, conforme con el artículo 184 de la Constitución Política.

ii. *Régimen recursivo*

El régimen recursivo o forma de reclamar un acto administrativo que se crea perjudicial o agravante con el objetivo de que se revoque o reforme. Existen ciertos regímenes recursivos que recaen en la CGR, como un control previo del proceso de contratación administrativa a causa de la jerarquía impropia que se da en los procesos de contratación. Dicha jerarquía impropia está prevista en la Ley de Contratación Administrativa, capítulo IX de Recursos, donde se expresa que cabrá un recurso de objeción⁷³ contra el cartel, el cual en el caso de licitación pública se interpone ante la Contraloría General de la República. Así mismo, el recurso de apelación contra los actos de adjudicación cuando exista una correspondencia entre el monto y la administración en relación con lo señalado en el artículo 84⁷⁴ de la Ley de Contratación Administrativa.

⁷³ Artículo 81. —**Plazo y órganos competentes.** Contra el cartel de la licitación pública y de la licitación abreviada, podrá interponerse recurso de objeción, dentro del primer tercio del plazo para presentar ofertas.

El recurso se interpondrá ante la Contraloría General de la República, en los casos de licitación pública, y en los demás casos, ante la administración contratante.

⁷⁴ **Cobertura del recurso y órgano competente.** En contra del acto de adjudicación podrá interponerse el recurso de apelación, en los siguientes casos:

- a) En las administraciones citadas en el inciso a) del artículo 27 de esta Ley, cuando el monto de la adjudicación impugnada sea igual o superior a los ciento cincuenta y dos millones de colones (¢152.000.000,00).
- b) En las administraciones citadas en el inciso b), del artículo 27 de esta Ley, cuando el monto de la adjudicación impugnada sea igual o superior a los ciento siete millones ochocientos mil colones (¢107.800.000,00).
- c) En las administraciones citadas en el inciso c), del artículo 27 de esta Ley, cuando el monto de la adjudicación impugnada sea igual o superior a los setenta y siete millones cien mil colones (¢77.100.000,00).
- d) En las administraciones citadas en el inciso d), del artículo 27 de esta Ley, cuando el monto de la adjudicación impugnada sea igual o superior a los cincuenta y seis millones cuatrocientos mil colones (¢56.400.000,00).
- e) En las administraciones citadas en el inciso e), del artículo 27 de esta Ley, cuando el monto de la adjudicación impugnada sea igual o superior a los cuarenta millones seiscientos mil colones (¢40.600.000,00).
- f) En las administraciones citadas en el inciso f), del artículo 27 de esta Ley, cuando el monto de la adjudicación impugnada sea igual o superior a los treinta y cuatro millones ochocientos mil colones (¢34.800.000,00).
- g) En las administraciones citadas en el inciso g), del artículo 27 de esta Ley, cuando el monto de la adjudicación impugnada sea igual o superior a los veinticuatro millones de colones (¢24.000.000,00).
- h) En las administraciones citadas en el inciso h), del artículo 27 de esta Ley, cuando el monto de la adjudicación impugnada sea igual o superior a los diecisiete millones cuatrocientos mil colones (¢17.400.000,00).

Cada uno de estos recursos cuenta con un plazo en el cual la Contraloría General de la República deberá resolver dichos recursos. En el caso del recurso de objeción, el plazo es de diez días hábiles⁷⁵ y en el caso del recurso de apelación⁷⁶, es de treinta o cuarenta días hábiles según sea el caso. El recurso de objeción incluso da lugar a silencio positivo en caso de no ser resuelto en el plazo establecido. Por su parte, el recurso de apelación permite a la Contraloría General de la República aumentar el plazo de cuarenta días hábiles a veinte días hábiles en el caso de la licitación pública y diez días hábiles en el caso de la licitación abreviada.

i) En las administraciones citadas en el inciso i), del artículo 27 de esta Ley, cuando el monto de la adjudicación impugnada sea igual o superior a los once millones seiscientos mil colones (¢11.600.000,00).

j) En las administraciones citadas en el inciso j), del artículo 27 de esta Ley, cuando el monto de la adjudicación impugnada sea igual o superior a los cinco millones ochocientos mil colones (¢5.800.000,00).

(Los límites económicos establecidos en los incisos del a) al j) fueron modificados por resolución de la Contraloría General de la República R-CO-7 del 15 de febrero de 2008).

Para efectos de la aplicación de los límites anteriores, únicamente se tomará en consideración el monto impugnado. En el caso de licitaciones compuestas por varias líneas, se sumarán los montos adjudicados de las líneas que se impugnen. Si se trata de contratos continuados, se tomará en cuenta el monto adjudicado para el plazo inicial, sin considerar prórrogas eventuales. En licitaciones con cuantía inestimable cabrá el recurso de apelación. En los concursos promovidos de conformidad con lo previsto en el primer párrafo del artículo 1º de esta Ley, resultarán aplicables los límites establecidos en los anteriores incisos. En las adjudicaciones derivadas de autorizaciones basadas en razones de urgencia, no procederá recurso alguno.

El recurso deberá ser presentado ante la Contraloría General de la República, dentro de los diez días hábiles siguientes a la notificación del acto de adjudicación en los casos de licitación pública. Cuando se trate de licitaciones abreviadas o de concursos promovidos de conformidad con el segundo párrafo del artículo 1 de esta ley, el recurso deberá presentarse dentro de los cinco días siguientes a la notificación del acto de adjudicación.

Los montos de apelación citados en este artículo serán ajustados de conformidad con los criterios establecidos en el artículo 27 de esta ley.

⁷⁵ Artículo 83.-Resolución. El recurso de objeción deberá resolverse dentro de los diez días hábiles siguientes a su presentación. Si no se resuelve dentro de este plazo, la objeción se tendrá por acogida favorablemente.

⁷⁶ Artículo 89. —**Plazo para resolver.** En los casos de licitaciones públicas, el recurso de apelación deberá ser resuelto dentro de los cuarenta días hábiles siguientes al auto inicial; en dicho auto se conferirá a la Administración y, a la parte adjudicataria, un plazo de diez días hábiles para que se manifiesten sobre los alegatos del apelante y aporten las pruebas respectivas. Cuando se trate de licitaciones abreviadas o de concursos promovidos de conformidad con el segundo párrafo del artículo 1º de esta Ley, el plazo de resolución será de treinta días hábiles y el emplazamiento será por cinco días hábiles.

En casos muy calificados, cuando para resolver el recurso haya sido necesario recabar prueba para mejor resolver que, por su complejidad no pueda ser rendida dentro del plazo normal de resolución, mediante decisión motivada podrá prorrogarse el período hasta por otros veinte días hábiles, en los casos de licitaciones públicas, y por diez días hábiles, cuando se trate de licitaciones abreviadas o de concursos promovidos de conformidad con el párrafo segundo del artículo 1º de esta ley.

El propósito del régimen recursivo en los procesos que según el artículo 84 LCA citado supra es que tanto la conformación del cartel como la escogencia de oferente que brindará servicios o bienes a la Administración se haga bajo los principios generales que rigen la contratación administrativa, como la transparencia, la igualdad, entre otros citados en el primer capítulo de esta investigación. De tal manera que, por ejemplo: si un cartel tiene alguna especificación técnica innecesaria para cumplir el fin público y restringe la participación de otros oferentes, la misma pueda ser removida y así garantizar mayor cantidad de ofertas y, por lo tanto, conseguir la oferta más idónea en pro alcanzar el fin público perseguido por la Administración pública. Así mismo es un mecanismo que procura evitar situaciones donde se de cualquier tipo de corrupción o situaciones anómalas entre los oferentes y los funcionarios a cargo del proceso de contratación. Esta es la razón de ser de la jerarquía impropia en el régimen recursivo de procesos de contratación administrativa por montos altos.

iii. Refrendo contralor

El último de los elementos que conforma el control previo es el refrendo. Esta es una de las condiciones legales más importantes para que un contrato con el Estado tenga eficacia jurídica, este proceso además es el último paso antes de que el contrato pueda ejecutarse en un proceso donde se analiza todo el contenido del proceso de contratación. El refrendo ha sido definido por la CGR como:

“El refrendo es el acto administrativo por el cual se constata la legitimidad y otorga eficacia al contrato administrativo, dando lugar a que se produzcan sus efectos propios, sea que adquiera ejecutoriedad. Se erige así el refrendo como un acto aprobatorio, por cuanto se realiza sobre contrataciones ya perfeccionadas, que sin embargo no se han ejecutado.

Bajo este concepto, el refrendo constituye un requisito de eficacia jurídica de forma tal que hasta que no se cumpla con dicho trámite,

*los contratos obligados a este se ven imposibilitados jurídicamente de surtir efectos jurídicos y, por lo tanto, no pueden ejecutarse”.*⁷⁷

En el análisis que realiza la CGR para emitir el refrendo que dota de eficacia al contrato, se debe verificar que los requisitos normativos concuerden con las cláusulas contractuales, esto de acuerdo con lo indicado en el numeral octavo de RRCAP⁷⁸. Entre

⁷⁷ Contraloría General de la República, Unidad de Autorizaciones y Aprobaciones, oficio N°12121 (DI-AA-3040) del 22 de octubre del 2001.

⁷⁸ **Artículo 8.- Alcance del análisis de los contratos.**

El análisis que realiza la Contraloría General de la República para determinar la procedencia del refrendo de un contrato administrativo es de legalidad y no de oportunidad o conveniencia. Asimismo, dicho análisis no implica una revisión integral del expediente de la contratación, sino que se circunscribe a la verificación de los siguientes aspectos:

- 1) Que exista contenido presupuestario para cubrir el precio contractual, según lo dispone el artículo 8 de la Ley de Contratación Administrativa.
- 2) Que para la selección del contratista se haya seguido el procedimiento ordinario de concurso o la excepción de contratación directa que corresponda según el ordenamiento jurídico vigente. Debe entenderse que el análisis de legalidad que realiza la Contraloría General de la República para determinar la procedencia del refrendo, no implica la revisión de la legalidad del proceso de evaluación y selección del contratista, salvo en lo expresamente dispuesto en este artículo, pues para tales efectos las partes legitimadas cuentan con las vías recursivas ordinarias.
- 3) Que estén incorporados en el expediente administrativo de la contratación, los estudios técnicos que sustenten la selección del objeto contractual y los demás términos del cartel, cuando así lo requiera el ordenamiento jurídico. Cuando no consten los citados estudios, deberán incorporarse en la nota de remisión a la que se refiere el artículo 12 de este Reglamento, las razones que justifiquen la decisión administrativa de adjudicar el objeto contractual en los términos sometidos a refrendo. Es entendido que la solución técnica adoptada por la Administración es de su entera discrecionalidad y responsabilidad, por lo que la Contraloría General de la República se limitará a verificar la existencia de los estudios requeridos por el ordenamiento jurídico o de las razones que expliquen su ausencia, pero acrediten la necesidad de la contratación en los términos adjudicados.
- 4) Que las partes tengan la capacidad jurídica para acordar y suscribir las obligaciones contenidas en el contrato. Deberá incorporarse en el expediente una certificación de que el contratista se encontraba al día en sus obligaciones con la Caja Costarricense de Seguro Social, al momento de suscribir el contrato.
- 5) Que consten en el expediente de la contratación las garantías requeridas por la ley y el cartel del concurso para las etapas de transición y de ejecución contractual, según estén previstas en el contrato, así como las especies fiscales que correspondan según el ordenamiento jurídico.
- 6) Que los derechos, obligaciones y demás condiciones incluidas en el contrato, se ajusten a los términos del cartel y sus modificaciones, a la oferta adjudicada y sus aclaraciones, así como a los términos del acto de adjudicación y de los estudios técnicos que lo sustentan, en el entendido de que el análisis de refrendo no implica en absoluto una revisión de la corrección de los estudios técnicos en cuestión, la cual es de entera responsabilidad de los funcionarios o consultores de la Administración que los suscriben. Cuando en el contrato se incluyan términos que difieran de los estipulados en los documentos señalados anteriormente, en la nota de remisión a la que se refiere el artículo 12 de este Reglamento se deberá señalar el sustento técnico, financiero y jurídico del cambio, según corresponda.
- 7) Que los derechos, obligaciones y demás condiciones incluidas en el contrato, resultan sustancialmente conformes con la Ley de Contratación Administrativa, el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa y la normativa especial que regule la materia objeto del contrato administrativo según corresponda. Con esa finalidad y sin perjuicio de las precisiones que haga la Contraloría General de la República en su análisis, la Administración identificará en la nota de remisión a la que se refiere el artículo 12 de este Reglamento, el marco jurídico especial aplicable a la relación contractual sometida al trámite de refrendo. En el caso de los contratos administrativos de

esos requisitos por verificar se encuentra la existencia de recursos en el presupuesto para pagar el precio contratado y que se haya utilizado el proceso correspondiente para la selección del contratista, ya sea que se haya seguido el procedimiento ordinario de licitación pública, el de licitación abreviada o bien que conste la excepción de contratación directa u otros contratos extraordinarios.

También debe analizarse en el refrendo que en el expediente administrativo consten los estudios técnicos, legales y financieros o de razonabilidad de precios, como lo indica el artículo 9⁷⁹ del RRCAP; así mismo, como todo acto de la administración debe estar justificado en su motivación de adjudicación.

En adición a esto, deben tomarse en cuenta cuestiones generales del contrato, como por ejemplo, que este tenga la voluntad y capacidad material y jurídica de obligarse mediante un contrato. Además de cuestiones que por política nacional se le solicitan a cualquier persona física o jurídica que contrate con el Estado como no estar moroso con la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS) y en general cualquier otro requisito pedido por

entes, empresas y órganos públicos cuya actividad contractual esté regida por principios de contratación y no por los procedimientos ordinarios de selección del contratista regulados en la Ley de Contratación Administrativa y en su Reglamento, el análisis de refrendo verificará el cumplimiento de la legislación y normativa especiales que regulan su actividad contractual.

- 8) Que el precio del contrato se ajuste a los términos del avalúo administrativo, en los casos previstos y según los términos dispuestos en el ordenamiento jurídico.

⁷⁹ Artículo 9.- Presunciones y responsabilidad de la Administración.

El análisis de legalidad que realiza la Contraloría General de la República para determinar la procedencia del refrendo, se circunscribe a los aspectos detallados en el artículo anterior. Por lo tanto, bajo la exclusiva responsabilidad de la Administración se presume la legalidad de los demás aspectos no abordados en el análisis descrito, los cuales están sujetos a la fiscalización posterior facultativa y en general a las vías ordinarias de impugnación de los actos y contratos, tanto en sede administrativa como judicial.

Es responsabilidad exclusiva de la Administración constatar la razonabilidad del precio, aspecto que no será abordado en el análisis de legalidad del refrendo, pero estará sujeto a la fiscalización posterior facultativa. Cuando los estudios técnicos incorporados en el expediente señalen la no razonabilidad del precio, deberán acreditarse las razones técnicas y jurídicas que sustenten la decisión de proseguir con la contratación. La procedencia de esas razones forma parte del ámbito de responsabilidad de la Administración y está sujeta a la fiscalización posterior facultativa.

Corresponde a la Administración y al contratista garantizar, según sea el caso, el cumplimiento de los permisos, licencias, estudios y en general cualesquiera otros requisitos previstos en el ordenamiento jurídico para la ejecución del objeto contractual, sin que tales aspectos sean verificados durante el trámite de refrendo. Por lo tanto, el otorgamiento del refrendo sin que la Contraloría General de la República incluya condicionamientos o recordatorios relativos al tipo de requisitos de ejecución antes señalados, en modo alguno exime a las partes de su cumplimiento.

parte del cartel y por el ordenamiento jurídico en general, en otras palabras, que no haya ninguna contradicción grave entre el contrato y el marco jurídico aplicables.

La importancia del refrendo se debe a dos factores, el mandato constitucional que obliga a fiscalizar la ejecución del presupuesto y da lugar a las atribuciones que otorgue la ley. En este mismo sentido, el artículo 20⁸⁰ de la Ley Orgánica de la CGR señala que el plazo en que debe efectuarse el refrendo es de 30 días hábiles. Este parece ser el primer indicio que la efectividad del refrendo no es la que se pretende y pasa a ser un control de legalidad burocrático que simplemente atrasa el proceso de contratación y consecuentemente el alcance al fin público persiguido. Esta apreciación se profundizará en la sección segunda del presente capítulo.

Es importante acotar que el refrendo está posibilitado por medio de su reglamento a ser utilizado de una manera alternativa a la recién explicada, esto se encuentra reglado por el artículo 15 RRCAP⁸¹, de tal manera que previa autorización y revisión de la CGR, el cartel

⁸⁰ Artículo 20.- **potestad de aprobación de actos y contratos**

Dentro de un plazo que no podrá exceder de treinta días hábiles, la Contraloría aprobará los contratos que celebre el Estado y los que por ley especial deben cumplir con este requisito. No están sujetos a este trámite obligatorio, los contratos de trabajo ni los que constituyan actividad ordinaria, de conformidad con la ley. La falta de pronunciamiento dentro de este plazo da lugar al silencio positivo.

La Administración obligada deberá gestionar y obtener la aprobación, previamente a dar la orden de inicio de ejecución del respectivo contrato.

La Contraloría General de la República determinará, reglamentariamente, las categorías de contratos que, por su origen, naturaleza o cuantía, se excluyan de su aprobación; pero, en este caso, podrá señalar, por igual vía, cuáles de estas categorías estarán sometidas a la aprobación por un órgano del sujeto pasivo.

En todos los casos en que un acto o contrato exija legalmente la aprobación de la Contraloría General de la República o de otro ente u órgano de la Hacienda Pública, la inexistencia o la denegación de la aprobación, impedirán la eficacia jurídica del acto o contrato y su ejecución quedará prohibida, so pena de sanción de nulidad absoluta.

Cuando la ejecución se dé, mediante actividades o actuaciones, estas generarán responsabilidad personal del servidor que las ordene o ejecute.

⁸¹ Artículo 15.- **Habilitación de trámite alternativo de revisión previa.**

En los casos de contratos sujetos al refrendo según los términos de este Reglamento, la Contraloría General de la República podrá autorizar a la Administración la aplicación de un trámite alternativo de revisión previa que sustituya el refrendo, según las siguientes reglas:

- 1) El trámite de revisión previa deberá realizarse antes de la recepción de ofertas.
- 2) Solo aplicará cuando el cartel incorpore los términos integrales del futuro contrato, con la salvedad de los aspectos derivados de la oferta adjudicataria. De esta manera, se podrá prescindir del refrendo en el tanto la Administración no varíe los términos del contrato revisado en etapa previa por la Contraloría General de la República. Cuando haya existido variación a dichos términos, deberá someterse el contrato a refrendo, para lo cual la Administración especificará en la nota de remisión referida en el artículo 12 de este Reglamento, los cambios concretos operados así como su sustento técnico, financiero y jurídico, según corresponda.
- 3) Este tipo de trámite aplicará a categorías contractuales y no se establecerá para casos de contratos específicos aislados.

podría ser refrendado de forma previa, pero esto solo aplica para los casos donde se cumplan los supuestos del artículo 15 citado supra.

Sección II. Controles del fideicomiso actual

A. El control previo en el fideicomiso

En el caso del fideicomiso, se debe autorizar la partida presupuestaria y confirmar que exista correspondencia entre la partida y lo que se pretende contratar, sino que a partir del artículo 14 LAFRPP que se había analizado en el primer capítulo, también se deben acatar las disposiciones que la materia emita la CGR. Debe haber una autorización expresa legal para la constitución del fideicomiso. Es decir, una ley que no solo lo habilite a constituir una contratación con fondos públicos vía un fideicomiso sino que la regulación debe ser más amplia:

“En este sentido, es importante acotar que tal regulación debería abarcar aspectos esenciales relacionados con los elementos básicos del negocio jurídico fiduciario (...). Es decir, la ley debería establecer parámetros de la identificación las partes contractuales, así como cualquier otro aspecto que para el tipo concreto de fideicomiso que se quiera utilizar se haga necesario incorporar esa ley. En esa misma ley deberían incluirse

-
- 4) La Administración interesada en someterse a este trámite alternativo de revisión previa deberá solicitarlo por escrito a la Contraloría General de la República, con la indicación de las razones que lo sustentan, la o las categorías contractuales a las que se pretende aplicar, la etapa del procedimiento en la que se produciría la revisión de la Contraloría General de la República y el formato de cartel que se pretende utilizar, con identificación del esquema contractual incorporado.
 - 5) La Contraloría General de la República analizará la solicitud y la resolverá dentro de los cuarenta días hábiles contados a partir del día siguiente de su recepción. En caso de aceptarse la solicitud, la Contraloría General de la República emitirá la resolución motivada de autorización del trámite alternativo de revisión previa y dispondrá el procedimiento por seguir. Una vez comunicada la resolución de la Contraloría General de la República, la Administración deberá publicar en el Diario Oficial el acuerdo de aplicación del trámite alternativo de revisión autorizado por la Contraloría General, dictado por el órgano competente; en la publicación deberá incluirse el texto integral de la parte dispositiva de la resolución de la Contraloría General. El citado trámite podrá aplicarse a partir de la publicación en el Diario Oficial. La Administración deberá especificar en el cartel del concurso respectivo, si aplicará o no el trámite alternativo autorizado. La omisión de dicha especificación, hará presumir que el cartel se someterá al trámite alternativo de revisión previa autorizado.

disposiciones básicas con respecto al sistema de control interno que resulten relevantes para el tipo de fideicomiso que se trata”.⁸²

La amplitud de las regulaciones que enmarque dicha ley habilitante del fideicomiso con fondos públicos determinará la posibilidad de la Administración en un futuro de utilizar el esquema de fideicomiso a su conveniencia y necesidad o en caso contrario un modelo que podría no adaptarse al proyecto que desee ejecutar la Administración. En este sentido sería pertinente incluir en la ley habilitante ciertos puntos básicos en relación con el contrato, su control interno y externo, entre otros; con el propósito de dar seguridad jurídica a los diferentes sectores involucrados, ya que esto beneficiaría no solo a la Administración, sino que también al sector financiero y privado que quisiera involucrarse en el apoyo a proyecto ejecutados por la Administración. No obstante, la regulación no puede ser demasiado concreta, debido a que esto eliminaría la flexibilidad de la figura, pudiendo caer en el error de crear un modelo que no sea apto para las necesidades de la misma.

Si bien en la mayoría de los fideicomisos el artículo 14 LAFRPP indica que el presupuesto debe ser aprobado por la Contraloría General de la República, en el supuesto que exista una ley que dé lugar al fideicomiso y regule su funcionamiento, el legislador podrá otorgarle las prerrogativas que considere pertinentes, como por ejemplo, el caso de la SUTEL.

“(…) se desprende que el acuerdo de las partes no tendría la virtud suficiente como para otorgar mayores atribuciones que las señaladas por Ley a este órgano contralor (Sala Constitucional, sentencia No. 5120-95). Por lo tanto, debe entenderse que el contrato de fideicomiso sí supone para la Superintendencia la obligación de remitir a la Contraloría General el presupuesto con un carácter informativo, que formaría parte del control posterior que le corresponde realizar sobre su debida ejecución.”⁸³

La aprobación del presupuesto, como se deduce del extracto anterior, variará según el fideicomiso sea realizado por un ente o institución que cuente con una norma que lo

⁸² Johanning Pérez, A. *Variables relevantes para la fiscalización presupuestaria que realiza la Contraloría General de la República de los fideicomisos constituidos con fondos públicos*. (San José: Universidad de Costa Rica, 2003) p.27.

⁸³ División de Contratación Administrativa, Contraloría General de la República. Oficio N° 1694 del 22 de febrero del 2012. (DCA-0391).

regule o si se realiza con base en el artículo 14 LAFRPP y 3 LAC, llenando las lagunas jurídicas con resoluciones, opiniones e integración con las normas de Derecho Público y Privado que sean aplicables. No obstante, aún en el escenario que se presenta en el párrafo anterior, en el cual la SUTEL está eximida de aprobación presupuestaria por parte de la Contraloría General de la República en vista de su marco normativo aplicable, la Contraloría General de la República le solicita remitir el presupuesto con “carácter informativo”. Lo anterior, a pesar de que la Contraloría General protagonizará un control posterior.

En relación con el régimen recursivo aplicable al fideicomiso, la CGR ha indicado que:

“(…) la ejecución contractual de dichos fideicomisos se regirá por los principios de contratación administrativa y no por los procedimientos establecidos en la Ley de Contratación Administrativa, y como parte de la sujeción a los principios se encuentra el control jerárquico impropio por parte de la Contraloría General, que ha sido dispuesto por la Sala Constitucional en razón del origen público de los fondos con que se financien total o parcialmente las contrataciones y del origen constitucional de nuestras facultades de control y fiscalización. De esa forma, partiendo de ese supuesto, para el caso de fideicomiso de administración como el analizado en este caso, la tramitación de las objeciones o apelaciones, cuando en razón de monto correspondiera a la Contraloría General, se tramitaría de acuerdo con los procedimientos fijados en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento.”⁸⁴

Bajo esta tesitura expuesta por la División de Contratación Administrativa de la CGR, al fideicomiso con fondos públicos también se encuentra bajo el marco normativo recursivo de jerarquía impropia de la Contraloría General.

Con respecto al régimen recursivo además de su aplicación y las instancias aplicables también es importante conocer los plazos que serán aplicables en el caso de un fideicomiso, este tema asimismo se encuentra regulado por una resolución de la CGR,

⁸⁴ División de Contratación Administrativa. Oficio N°00357 del 19 de enero del 2012. (DCA-0094).

pues como se ha advertido anteriormente, a falta de una norma que regule integralmente el fideicomiso con fondos públicos, se ha utilizado normas como las antes mencionadas, en adición a resoluciones de la Contraloría General y en unos pocos casos las instituciones o entes públicos han creado su propia normativa que regula en su caso particular la utilización de la figura. De esta manera, en el tema de los plazos para recurrir, la CGR ha indicado:

“(...) le resultarán aplicables los plazos que regulan el recurso de apelación para aquellos entes, empresas u órganos públicos cuya actividad se rija por los principios de contratación administrativa. De manera tal que existirá un plazo de 5 días hábiles a partir de la notificación del acto de adjudicación, para su presentación ante este órgano contralor, que contará con un plazo de 30 días hábiles a partir del auto inicial para emitir la resolución final. Lo anterior deberá constar en el cartel de los procedimientos que se promuevan (...).”⁸⁵

Finalmente, en relación con el refrendo, la reforma realizada mediante la resolución R-DC-31-2012, al Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública (Publicado en el Alcance Digital N° 32 de La Gaceta 55 del 16 de marzo del 2012), indicó entre otras cosas en su considerando cuarto lo siguiente:

“V. —Que mediante Resolución R-CO 44-2007 de las nueve horas del once de octubre del dos mil siete, se aprobó el Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, el cual constituye una herramienta normativa apropiada para la regulación de este control previo. No obstante, luego de la aplicación que se acerca a los cinco años, se hace necesario ajustarlo en cuanto a ámbito de aplicación, en aras de ajustar este control previo externo a las condiciones actuales de la realidad en relación con las estimaciones de los negocios y su variada complejidad”.

⁸⁵ Contraloría General de la República, oficio N° 01227 (DCA-0270) del 08 de febrero del 2012.

Así, la CGR reconoce mediante esta resolución las condiciones actuales de contratación, los montos de contrato y la cantidad de contrataciones que se realizan con fondos públicos; a pesar de esto la sigue considerando apta como control previo, sin tomar en cuenta que no son de la misma magnitud que en el momento en el cual el constituyente los contempló en la Constitución Política. Indica que el ajuste lo hace en razón de las condiciones actuales de la realidad en relación con las estimaciones de los negocios y su complejidad, pero en la realidad que menciona la resolución sigue siendo insuficiente para la realidad que afronta la administración. Esto por cuanto en el siguiente considerando menciona que iniciará un sistema mixto de refrendo donde las Administraciones refrendarán los contratos de montos bajos y la CGR aquellas de mayor monto y que los contratos que por su tipología puedan considerarse altamente complejos serán, así mismo, refrendados, como por ejemplo: el fideicomiso.

Así mismo, el artículo 3⁸⁶ de RRCAP indica de forma taxativa los contratos que deben ser refrendados, incluyendo en varios de sus incisos escenarios donde el contrato de

⁸⁶ Artículo 3º—**Contratos administrativos sujetos al refrendo.** Se requerirá el refrendo en los siguientes casos: (el subrayado en los siguientes párrafos no corresponde con el original)

1) Todo contrato administrativo derivado de la aplicación del procedimiento de licitación pública, en el tanto el precio contractual alcance el límite inferior vigente para la aplicación de la licitación pública del estrato superior inmediato de aquel en el que se encuentra ubicada la Administración contratante, según lo establecido en el artículo 27 de la Ley de Contratación Administrativa. En el caso de las instituciones ubicadas en el estrato A, se aplicará el monto mínimo para tramitar una Licitación Pública de ese mismo estrato más un diez por ciento. Igualmente procederá en el caso de contratos de cuantía inestimable provenientes de licitaciones públicas, únicamente cuando se trate de contratos de fideicomiso, concesiones de obra pública con o sin servicio público, concesión de gestión de servicios públicos, así como aquellos que incorporen las modalidades de convenio marco y consignación.

2) Todo contrato administrativo derivado de procedimientos de contratación directa autorizados por la Contraloría General de la República con fundamento en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento, en el tanto así lo disponga la Contraloría General en la autorización respectiva.

3) Todo contrato administrativo derivado de la aplicación de las excepciones de oferente único, establecida en el inciso d) del artículo 2º de la Ley de Contratación Administrativa, y de objetos que requieren seguridades calificadas, dispuesta en el inciso h) del artículo 131 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, en el tanto el precio contractual alcance el límite inferior vigente para la aplicación de la licitación pública del estrato superior inmediato de aquel en el que se encuentra ubicada la Administración contratante, según lo establecido en el artículo 27 de la Ley de Contratación Administrativa. En el caso de las Instituciones ubicadas en el estrato A, se aplicará el monto mínimo para tramitar una Licitación Pública de ese mismo estrato más un diez por ciento. Igualmente procederá en el caso de contratos de cuantía inestimable, únicamente cuando se trate de contratos de fideicomiso, concesiones de obra pública con o sin servicio público, concesión de gestión de servicios públicos, así como aquellos que incorporen las modalidades de convenio marco y consignación.

4) Todo contrato o convenio específico celebrado con sujetos de derecho público internacional para la realización de proyectos en el tanto impliquen actividad contractual y medie disposición total o parcial de fondos públicos y que se sustenten en tratados internacionales o convenios, estos últimos aprobados o no por la Asamblea Legislativa. Quedan excluidos del refrendo los empréstitos o contratos exclusivamente de financiamiento, así como los contratos producto de procedimientos especiales regulados en las leyes que aprueban empréstitos salvo que en ellos se indique que aplica la Ley de Contratación Administrativa

5) Todo contrato o convenio celebrado entre dos o más entes, empresas u órganos públicos, en el tanto tengan por objeto el otorgamiento de concesiones, la constitución de fideicomisos o la realización de proyectos bajo el tipo contractual de alianza estratégica. Los demás contratos o convenios interadministrativos no referidos en este inciso o en general en el

fideicomiso se encuentra obligado a obtener el refrendo por parte de la Contraloría General como requisito de eficacia.

B. Críticas al control previo

Como se analizaba en el primer apartado de la sección segunda de este capítulo, inclusive estando bajo un marco jurídico distinto al común, como es el caso que se cita de la SUTEL (Superintendencia de Telecomunicaciones), en el cual la institución no debe tener su presupuesto autorizado por la CGR, el órgano contralor insiste en solicitar su presupuesto en carácter informativo, aún bajo el conocimiento que este será analizado en un control posterior efectuado por el mismo ente contralor. En vista a los hechos explicados, es inevitable que se cree la interrogante sobre el objetivo que tienen estos mandatos de la Contraloría, se plantea la cuestión de si estos controles previos tienen alguna efectividad, si cumplen su cometido y, mucho más importante, si benefician o perjudican a la Administración a cumplir su fin público.

articulado de este Reglamento, no estarán sujetos a refrendo. Es responsabilidad exclusiva de los jefes de las Administraciones involucradas, adoptar las medidas de control interno de conformidad con la Ley General de Control Interno para garantizar que estas relaciones interadministrativas se apeguen estrictamente a la normativa vigente.

6) Todo contrato administrativo de entes, empresas y órganos públicos cuya actividad contractual esté regida por principios de contratación y no por los procedimientos ordinarios de selección del contratista regulados en la Ley de Contratación Administrativa y en su Reglamento, en el tanto el precio contractual alcance el límite inferior vigente para la aplicación de la licitación pública del estrato superior inmediato de aquel en el que se encontraría ubicada la Administración contratante, según lo establecido en el artículo 27 de la Ley de Contratación Administrativa. En el caso de las entidades contratantes que se hubiesen ubicado en el estrato A, se aplicará el monto mínimo para tramitar una Licitación Pública de ese mismo estrato, más un diez por ciento. Igualmente requiere refrendo cuando sea imposible estimar la cuantía en virtud de la naturaleza del negocio, siempre y cuando se trate de contratos de fideicomiso, concesiones de obra pública con o sin servicio público, concesión de gestión de servicios públicos, así como aquellos que incorporen las modalidades de convenio marco y consignación.

Para efectos de la aplicación de este artículo, en la estimación del precio del contrato se considerará únicamente el plazo original del contrato y no sus eventuales prórrogas.

La Contraloría General de la República podrá excluir del trámite de refrendo cualesquiera de los contratos señalados en las disposiciones anteriores si en el conocimiento de un recurso de apelación contra el acto de adjudicación respectivo, así lo estima más conveniente al interés público en virtud de la naturaleza de la relación contractual, lo cual deberá quedar debidamente motivado en la resolución correspondiente.

Mediante resolución publicada en el Diario Oficial, la Contraloría General de la República podrá ampliar las categorías contractuales sujetas a refrendo, para sectores o casos específicos de entes, empresas u órganos públicos.

No estarán sujetos al refrendo los demás contratos o convenios no referidos en este artículo o en las demás disposiciones de este Reglamento, sin perjuicio de las exclusiones concretas que se estipulen en los artículos siguientes, en virtud del régimen especial de esas exclusiones.

Si bien existe un mandato constitucional que obliga y dota a este ente de fiscalización superior a controlar y fiscalizar cualquier contratación realizada con fondos públicos, en la acepción dada por el artículo 9⁸⁷ de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República; también es necesario para una mejor gestión pública que el órgano superior de fiscalización no tome acciones sin un estudio concienzudo de la teleología de las mismas. Es importante que se tome en cuenta que la realidad socioeconómica del país no es la misma vivida por los constituyentes y la interpretación histórica de ciertas prerrogativas a la Contraloría General de la República no solo es insostenible, sino también cuestionable. Esta afirmación se refiere a la supuesta potestad ineludible por parte de la CGR de llevar a cabo un control previo, sin permitir sustituirlo por control posterior. Este tema será profundizado en el capítulo tercero, pues justamente es el voto 08-11210 admite la constitucionalidad de la Ley 8660, la cual elimina el refrendo en el caso de fideicomisos realizados por el ICE y, a su vez, admite la posibilidad que la CGR efectúe control posterior y omita el refrendo, dejándolo a discrecionalidad del legislador.

A esta parte recursiva del control previo se le han realizado también varias críticas generales, entre ellas, que se utiliza por los oferentes no adjudicados para traer a discusión temas precluidos, que aunque sean rechazados por el órgano fiscalizador, tienen un perjuicio en el elemento tiempo del proceso, pues existe una imposibilidad material de la Contraloría General de la República de resolver dichos recursos de forma más expedita. Sin embargo, en el caso preciso del fideicomiso a pesar de ser un recurso extraordinario, se le aplican todos los controles previos ordinarios, provocando de esta manera una afectación a la figura e inhibiendo el mayor atractivo de la figura, su rapidez. La razón principal de utilizar esta figura en la contratación de bienes y servicios es que este proceso es más expedito en su gestión y, por lo tanto, le facilita a la Administración la consecución del fin público.

Como se mencionó en la sección primera del capítulo, el refrendo parece ser un proceso burocrático cuyo verdadero aporte y eficacia no parece ser tan claro. En este sentido incluso se ha pronunciado la CGR, admitiendo que el refrendo como control previo no

⁸⁷ Artículo 9.- **fondos públicos**

Fondos públicos son los recursos, valores, bienes y derechos propiedad del Estado, de órganos, de empresas o de entes públicos.

genera tantos aportes como se pretende y su aporte al momento de ser refrendado el contrato deriva en perjudicial:

Una discusión similar debiera operar en materia del refrendo de los contratos administrativos. Este mecanismo de control previo reviste una serie de problemas importantes, que ya han sido advertidos en memorias anuales anteriores. Pero cabe reiterar su problema fundamental, que es su ubicación en el proceso de adquisición de los bienes y servicios. Se trata de un requisito de eficacia de obligaciones válidas ya adquiridas. Es decir, es una revisión de legalidad que se produce cuando ya ha pasado el proceso de planificación de la compra, el procedimiento de selección del contratista, la rendición de garantías y la formalización del contrato. Esto implica que a esas alturas del proceso ya la Administración e incluso el propio contratista han incurrido en gastos importantes, pero en el caso de la Administración supone además que ya se han consumido muchos meses, en algunos casos años, sin lograr adquirir ya materialmente los productos esperados. Desde esta perspectiva, el análisis de legalidad en fase de refrendo se ve seriamente comprometido, pues cualquier vicio que pudiera detectarse, aun de grados relevantes, debe ser ponderado a la luz de todo lo expuesto, lo que supone para el Órgano Contralor entrar a validar actuaciones que en estricto sentido debieran estar sujetas al control posterior y a la consecuente rendición de cuentas por parte de los funcionarios encargados, o por el contrario proceder a declarar los vicios y con ello dilatar el proceso de ejecución contractual. Cualquiera que sea el escenario de solución, lo actuado compromete el ejercicio independiente de los procesos de fiscalización posterior”.⁸⁸

⁸⁸ Costa Rica. Contraloría General de la República. *Memoria Anual 2008*. “La Contraloría General y su instrumental de control: aportes al debate actual” (San José: La Contraloría, 2009) p.27.

Lo anterior también es una apreciación que se deriva de la lógica, los procesos de contratación en el país son muchos y muy variados, existen los sumamente técnicos, que escapan de los conocimientos de los funcionarios que realizan el refrendo, misma situación que acontece en el caso del régimen recursivo. Al momento de enfrentarse a un recurso como jerarca impropio de la Administración, ha optado en muchos casos por indicar que es la Administración Pública la que conoce sus necesidades, por cuanto las especificaciones técnicas que esta exija son probablemente las adecuadas para suplir los requisitos necesarios para alcanzar el fin público previsto con esa contratación.

En el escenario donde han pasado meses o años en el proceso de contratación, entre recursos, consultas y demás expedientes administrativos interminables, en un plazo de 30 días funcionarios de la CGR deben analizar todo el proceso llevado hasta el momento y analizarlo en relación al marco jurídico vigente. Sin realizar un análisis más profundo sobre la calidad del trabajo o relación de este con su precio, entre otros muchos factores por analizar. En este sentido, la CGR también ha admitido que los plazos mantenidos a través del tiempo se han vuelto cortos en cuanto a lo complejo de los contratos que ahora se pretenden ejecutar.

Es importante además mencionar que la celeridad que el propio legislador ha inyectado a los plazos que aplican al trámite de refrendo, supone que la CGR cada vez tenga menos tiempo para hacer análisis integrales y dar su aprobación a contrataciones muy complejas cuya consolidación tomó a la Administración largos períodos y considerables recursos especializados. Contratos de concesión de infraestructura pública y sus modificaciones, complejos negocios de adquisición de tecnología y documentos contractuales relativos a adquisiciones en el ámbito de obras y servicios para la prestación de servicios de salud, deben ser valorados en plazos de quince o veinte días hábiles, aunque la Administración pudo haber requerido más de un año y cantidades importantes de recursos para concretarlos. La asimetría de condiciones es total y actúa en detrimento del

mecanismo de control, por lo que es razonable discutir la conveniencia de mantenerlo”.⁸⁹

En adición se ha criticado que el referendo ha venido a diluir la responsabilidad de la Administración Pública gestionante, en lugar de permitir que esta se responsabilice de todo el proceso y sea esta administración la llamada a rendir cuentas en el control posterior ante la CGR en el momento que esta efectuará el control posterior. Y en el caso que existiese la situación donde sanciones fueran aplicables, la cantidad de funcionarios responsables sería menor, facilitando la aplicación de dicha sanción.

“No obstante, la CGR considera que ha llegado el momento de hacer una valoración profunda acerca de la pertinencia de esta figura de control previo, para definir si debe llegarse a una reforma del artículo 184 de la Constitución Política. En nuestro criterio el referendo actual no reviste un alcance que justifique su existencia, distrae el ámbito de responsabilidad de la Administración y compromete la acción de fiscalización posterior por parte de la CGR. Se trata de un mecanismo de control más propio de los sistemas de control interno a cargo de la propia administración, que el Constituyente elevó a nivel de la Carta Fundamental en el contexto de la primera mitad del siglo pasado, cuyas condiciones y características son muy diferentes a las actuales. Si se estima necesaria la participación previa de la CGR en algún tipo de negocios estratégicos, debiera ser en una fase inicial del procedimiento de contratación administrativa, cuestión que puede ser diseñada a nivel legal y reglamentario, sin recurrir al texto constitucional”.⁹⁰

El referendo se vuelve repetitivo e innecesario, es un visto bueno en relación únicamente con el ordenamiento jurídico, como se mencionó. Sin embargo, también es menester considerar que la Unidad Interna de Asesoría Jurídica y la Proveeduría ya han realizado

⁸⁹ Ídem.

⁹⁰ Ídem. Pg. 28.

procedimientos de control, como lo indican los artículos 8⁹¹ y 12 del Reglamento sobre el refrendo de las contrataciones de la administración pública (RRCAP) y se responsabilizan por los mismos, entonces no existe un mayor aporte por parte de la Contraloría General, sino simplemente una reiteración de lo ya analizado por parte de la administración interna y consecuentemente un procedimiento innecesario por carecer de innovación y de verdadero aporte al proceso. El refrendo es la repetición de un acto ya realizado por la Administración interna.

Se ha optado por la figura del fideicomiso con fondos públicos en varios casos a nivel nacional por ser un proceso más expedito, que brinda beneficios a la Administración Pública al agilizar la gestión y procurar la satisfacción del fin público, y si bien la aplicación del fideicomiso fue exitosa en casos de como proyectos importantes para el país. Como por ejemplo, en el ámbito de energía, el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) contrato fideicomisos para los proyectos de Peñas Blancas y Cariblanco y el Proyecto Térmico Garabito.

No obstante, el sector energía no ha sido el único beneficiado por los contratos de fideicomiso, sino que según la memoria anual de la Contraloría General de la República⁹², también se han gestionado fideicomisos de titularización para el desarrollo de infraestructura de la Caja Costarricense de Seguro Social y de la Universidad de Costa Rica. Así como para el infraestructura de interés turístico en la provincia de Puntarenas. Todos los proyectos hasta ahora gestionados han sido ejecutados por las instituciones o entes públicos y estas han contratado como fiduciarios al Banco Nacional y al Banco de Costa Rica.

En general, parece ser el contrato de fideicomiso con fondos públicos una opción innovadora y ágil para la gestión pública, con las advertencias ya hechas por el órgano

⁹¹ Artículo 8º—**Visto bueno de la unidad interna de asesoría jurídica.** Todos los contratos o convenios que celebre la administración sujetos al refrendo contralor, deberán contar con el visto bueno de la unidad de asesoría jurídica, o en su defecto, de una unidad interna designada por el jerarca para esta tarea, en el que se haga constar la conformidad del contrato con el ordenamiento jurídico. Tal unidad deberá tener total independencia con respecto de la proveeduría y en ningún caso podrá recaer en la auditoría interna de la institución.

Artículo 12. —**Responsabilidades.** Si a pesar de la inexistencia o denegación del refrendo la ejecución contractual se realice mediante actividades o actuaciones, estas generarán responsabilidad personal del servidor que las ordene o ejecute así como de quienes pudiendo impedirlo no lo hicieron. Igual disposición será aplicable para el caso de modificaciones a los elementos esenciales del contrato, ejecutadas sin contar con el refrendo contralor.

⁹² Contraloría General de la República. Memoria Anual 2007 "Proyectos de infraestructura pública: insumos para una reflexión impostergable". (San José, La Contraloría: 2008). P. 15.

superior de fiscalización, donde la misma pretende evitar que se utilice para evadir mecanismos de fiscalización y control u otras tantas situaciones para las cuales la figura no es idónea, cuando su verdadera idoneidad se encuentra en ser una herramienta de gestión para la Administración.

No obstante su eficacia comprobada en los ejemplos anteriores, el órgano superior de fiscalización se encuentra empeñado a apegarse a los mandatos constitucionales de control y fiscalización, según su interpretación del mandato constitucional, haciendo caso omiso de las necesidades contemporáneas y el voto 08- 11210 de la Sala Constitucional.

Como se comentó en el primer capítulo, el fideicomiso con fondos públicos está sometido a los principios rectores de la contratación administrativa, entre ellos, el principio de legalidad. Como se indicó, este principio supone que la figura podrá desarrollarse de acuerdo con una naturaleza, siempre y cuando se apegue al ordenamiento jurídico, en específico al del Derecho Público.

“En consecuencia, la interpretación adecuada de las normas jurídicas es determinante para éxito de la gestión pública. Si el ejercicio de interpretación jurídica es rígido e inflexible, es probable que la Administración no encuentre las soluciones que le permitan satisfacer las necesidades públicas de manera eficiente y eficaz. Cuando eso sucede, la tendencia consecuente es la huida del Derecho Administrativo, que implica la búsqueda de esquemas orgánicos y funcionales regidos por el Derecho Privado.

Por lo tanto, el reto actual de los creadores y operadores del Derecho Administrativo, es lograr un equilibrio entre límite y habilitación, que permita la actuación administrativa según los requerimientos actuales.

Sobre este tema, el autor Eberhard Schmidt-Assmann señala:

“Por el contrario, y una vez asegurado que el Derecho Administrativo limita y racionaliza el poder, se trata más bien de garantizar el adecuado cumplimiento y ejecución de los objetivos, y de facilitar la acción administrativa y su eficacia.

En suma, pues, el Derecho Administrativo ha de satisfacer una doble finalidad: la ordenación, disciplina y limitación del poder, al tiempo que la eficacia y efectividad de la acción administrativa⁹³”.

“ 94

Por lo tanto, si bien la huida del Derecho Público ya resulta inevitable, pues no solo es inminente, sino que existen muchos defensores de esta vertiente, es ahora donde la Administración y en específico el órgano contralor superior deben de cumplir esa doble finalidad que mencionaba Schmidt-Assmann, interpretando las normas con la flexibilidad suficiente, de tal manera que no se pierda el control, pues los fondos públicos no pueden perder supervisión, pero a la vez permitiendo que la Administración satisfaga con intereses y alcance el fin público que persigue en beneficio de la colectividad. Si bien no es una tarea fácil, es necesario que se actúe con esta finalidad, pues tal como plantea la hipótesis de esta investigación, se propondrá analizar un caso en concreto y desde la perspectiva interna de los sujetos protagonistas en el siguiente capítulo, la CGR ha determinado su misión en el control, dejando de lado la procura de alcanzar el fin público, por ejemplo, imponiendo métodos de control previos, que no brindan un verdadero aporte a la fiscalización del erario y entorpecen los procesos de contratación, volviendo ordinarios los procesos extraordinarios de contratación como lo es el fideicomiso con fondos públicos.

⁹³ Schmidt-Assmann, E., La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema, Marcial Pons, Madrid, 2003, pág. 26. Citado por Contraloría General de la República. "Proyectos de infraestructura pública: insumos para una reflexión impostergable". San José, 2007. P. 17.

⁹⁴ Contraloría General de la República. Memoria Anual 2007 "Proyectos de infraestructura pública: insumos para una reflexión impostergable". (San José, La Contraloría: 2008). P. 17.

Parte segunda. Comprobación de la hipótesis

Capítulo tercero. La experiencia del Instituto Costarricense de Electricidad (ICE)

A. Análisis del expediente 13-1306-1027-CA

En el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, del Segundo Circuito Judicial de San José, se tramita el expediente 13-001306-1027-CA. La parte actora en este proceso es el ICE y las partes demandadas son el Estado, representado por la Procuraduría General de la República y la Contraloría General de la República. Así mismo, se intentó incorporar al proceso por considerar tener interés en el mismo Lucent Technologies Costa Rica. El objeto de dicho proceso es impugnar tres oficios dictados por la CGR, en relación con el proceso de contratación vía fideicomiso con fondos públicos, contratado por el Instituto Costarricense de Electricidad. Los oficios que busca impugnar el ICE son: 06172 (DCA-1467)⁹⁵ de fecha 22 de junio de 2012 emitido por la División de Contratación Administrativa, el oficio 08654 (DCA-1977)⁹⁶ de fecha 22 de agosto de 2012 emitido por la División de Contratación Administrativa y el oficio 13577 (DC-0596)⁹⁷ de fecha 17 de diciembre de 2012 emitido por el Despacho Contralor. Dicho proceso fue iniciado en el mes de febrero del año 2013 y al momento de ser incluido en esta investigación, no ha sido finalizado. Cuando se estudia el mismo, se pueden identificar cuatro etapas procesales importantes: primera instancia, segunda instancia o apelación, medida cautelar y finalmente un intento de conciliación por las partes. Se analizarán los argumentos de las partes en cada una de estas instancias o incidencias y la repercusión del tiempo transcurrido a través de este proceso.

⁹⁵ Ver anexo 1.

⁹⁶ Ver anexo 2.

⁹⁷ Ver anexo 3.

Sección I. Proceso de conocimiento

A. Primera instancia

i. Parte actora: Instituto Costarricense de Electricidad

Como se indicó, se interpone el proceso de conocimiento que impugna tres oficios de la CGR sobre los procesos de contratación vía fideicomiso con fondos públicos por parte del ICE, en relación específicamente con el proceso de control externo que realiza la Contraloría General, en su fase previa, concretamente en cuanto al refrendo contralor y la Ley de fortalecimiento y modernización de las entidades públicas del sector telecomunicaciones, Ley número 8660.

El ICE, en su condición de actor del proceso, incoa la demanda contra los oficios mencionados supra y realiza una solicitud de trámite preferente, en virtud de tal como lo dicta el artículo 60 del CPCA, ser un proyecto de gran interés y trascendencia para el interés público. Este interés público, de suma importancia a la hora de analizar un proceso de contratación administrativa, es el desarrollo de tecnologías de telecomunicaciones avanzadas en el país y en apego al numeral cuatro del Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones⁹⁸, dictado por el Gobierno de la República, indica expresamente: “Garantizar tecnologías modernas, inteligentes, confiables y flexibles que aseguren la convergencia de redes y servicios”. En el proyecto RANGE tiene como “objetivo fundamental desarrollar una red de acceso que permita el trasiego de altos anchos de banda con el fin de brindar a la población costarricense los servicios de Nueva Generación (voz, datos y video) que se requieren en atención al avance tecnológico, que contempla, entre otras cosas, la implementación de una red de acceso FTTx con tecnología GPON y la instalación de soluciones mixtas (fibra-cobre) con nodos de acceso multiservicio (MSAN), que permita brindar servicios de voz, datos y video, a clientes del tipo residencial incluyendo unifamiliares y multifamiliares- y clientes comerciales

⁹⁸ El plan nacional de desarrollo de telecomunicaciones es posible accederlo mediante la dirección electrónica <http://www.infocom.cr/downloads/docs/Info%20sector%20telecom/FONATEL%20-%20contexto.%20opciones%20y%20recomendaciones%206-09.pdf>

(PYMES), agrupados en zonas del Área Metropolitana de la provincia de San José (red de acceso FTTx) y a nivel nacional (soluciones mixtas)".⁹⁹

En cuanto al objeto del proceso, el ICE indica que la razón de la impugnación de dichos oficios es que crean inseguridad jurídica al ser ambiguos, lo cual consecuentemente incide en la ejecución de dicho proyecto. Este, como se mencionó supra, es de gran trascendencia a nivel nacional, tanto para el ICE como para los usuarios del mismo, es decir, el interés público.

Según señala en su escrito de demanda, los bancos internacionales como el BCIE, de los cuales se requería financiamiento, consultaron sobre la necesidad de que dicho contrato se refrendara, situación que dio lugar a una consulta formal ante la CGR. El resultado o contestación de esta primera consulta es el primero de los oficios impugnados, el cual en concreto dicta:

“En vista de lo cual, no puede eximirse a los contratos de fideicomiso del refrendo contralor por disposición expresa de una norma de rango reglamentario, que no tiene ni siquiera habilitación legal y mucho menos arraigo constitucional”.¹⁰⁰

El ICE planteó un recurso de reconsideración en relación con dicho oficio, el cual fue declarado sin lugar y como última fase para agotar la vía administrativa, el instituto interpuso un recurso de apelación contra dicha resolución ante el despacho de la Contralora General. Sin embargo, dicho recurso también fue declarado sin lugar por parte de esta instancia administrativa.

Ante el recién mencionado cuadro fáctico, se presenta la demanda que tiene como argumentos ocho pilares a saber, en los cuales fundamenta la misma.

- La potestad constitucional de la CGR en materia de refrendos: Indica que, como se ha analizado anteriormente, en esta investigación la potestad/deber de la CGR en el tema de fiscalización de los fondos públicos es conocido e irrefutable. Así mismo, señala que existen diversas modalidades de control. A partir de dichas potestades, la CGR emite un reglamento de refrendo señalando su alcance. Sin

⁹⁹ Ibidem

¹⁰⁰ Oficio 06172 (DCA-1467)¹⁰⁰ de fecha 22 de junio de 2012 emitido por la División de Contratación Administrativa de la Contraloría General de la República

embargo, hace la importante acotación que la reforma realizada el año 2012 modificó la sujeción del refrendo a las contrataciones mediante fideicomiso con los artículos 3, incisos 3 y 5. No obstante, la parte actora considera que dicha norma no le aplica al ICE por dos razones: la primera porque se refieren a las excepciones del trámite de concurso público contenidas en el artículo 2 LCA, el cual no es aplicable para el ICE y la segunda es que el ICE cuenta con un régimen especial dado por la Ley 8660.

- La regulación especial de la contratación para el ICE: La Ley 8660 mencionada supra, modifica la contratación que realice ICE, esto con objetivo que la institución pueda competir ante la apertura de las telecomunicaciones. El artículo 20¹⁰¹ de dicha normativa indica que la LCA será utilizada solo en forma supletoria. En esta ley especial que aplica al ICE se establece que el ejercicio de potestades de fiscalización de la CGR, principalmente bajo la modalidad de control posterior; mientras que el control previo se realizaría solo con el refrendo en los casos dados por los artículos 22¹⁰² y 29¹⁰³ de la Ley 8660. En adición la parte actora cita el voto 2008-011210 de la Sala Constitucional donde la misma dicta:

¹⁰¹ Artículo 20.- Regulación de la contratación

La adquisición de bienes y servicios que realice el ICE estará sometida a las disposiciones especiales contenidas en esta Ley y en su Reglamento. La Ley de Contratación Administrativa, N.º 7494, de 1º de mayo de 1996, sus reformas, y su Reglamento se aplicarán de manera supletoria.

La adquisición de bienes y servicios, que realicen las empresas del ICE constituidas como una sociedad anónima, quedarán excluidas de la Ley de Contratación Administrativa.

El ICE y sus empresas contarán con una Junta de Adquisiciones Corporativa cuyo objetivo es ejecutar los procedimientos de contratación administrativa correspondientes, incluyendo la adjudicación y las impugnaciones. La Junta se regirá por su reglamento autónomo.

Las resoluciones con efecto suspensivo que se dicten en sede administrativa o en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y Civil de Hacienda en materia de contratación administrativa serán excepcionales. Para efectos de proteger el interés público, cuando se solicite la suspensión del acto, al solicitante se le fijará una caución, sin perjuicio de que el ICE y sus empresas, según corresponda, aporten la contra cautela o garantía que se le fije. Una vez rendida la contra cautela o garantía se levantará de oficio la suspensión del acto.

La Contraloría General de la República ejercerá sus competencias bajo la modalidad de control posterior.

¹⁰² Artículo 22.- Procedimientos ordinarios de concurso

El ICE utilizará los procedimientos ordinarios de licitación pública y de licitación abreviada, de conformidad con las disposiciones de este capítulo; asimismo, podrá aplicar el régimen especial de contratación directa.

“XVII.- INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 183 CONSTITUCIONAL AL ESTABLECERSE LA MODALIDAD DEL CONTROL POSTERIOR. Concretamente cuestionan el artículo 20, párrafo

En el Reglamento de esta Ley, podrán fijarse reglas especiales relativas a la estructura y los requisitos de los procedimientos ordinarios de concurso citados, en el tanto se respeten los principios constitucionales de la contratación administrativa.

El ICE, considerado individualmente, utilizará el procedimiento de licitación pública para contrataciones, cuya cuantía sea igual o superior a la suma derivada de multiplicar el presupuesto de adquisiciones de bienes y servicios no personales de la entidad, por el factor que resulte de dividir la cuantía señalada para la licitación pública en el inciso a) del artículo 27 de la Ley general de contratación administrativa, entre el presupuesto de referencia aplicable al ICE, considerado individualmente, dispuesto en el mismo numeral. Si de la aplicación de este párrafo resultan límites inferiores a los establecidos en el artículo 27 de la Ley N.º 7494, Contratación administrativa, se utilizarán los indicados en dicha Ley.

Se aplicará el procedimiento de licitación abreviada, para contratos cuya cuantía se ubique entre el monto para contratación directa señalado en el inciso a) del artículo 27 de la Ley N.º 7494, Contratación administrativa y la cuantía para la licitación pública, que resulte de la aplicación de la fórmula expresada en el párrafo anterior.

El presupuesto de referencia es el que se debe aplicar al ICE, considerado individualmente, de conformidad con el artículo 27 de la Ley N.º 7494, Contratación administrativa, con sus ajustes vigentes.

¹⁰³ Artículo 26.- Recursos

El recurso de objeción contra el cartel de una licitación pública o abreviada se interpondrá dentro del primer cuarto del plazo para presentar ofertas ante la Contraloría General de la República, en los casos de licitación pública y, en los demás casos, ante la Administración contratante. Este recurso deberá resolverse dentro de los diez días hábiles siguientes a su presentación. Transcurrido el plazo señalado, se tendrá por acogido el recurso.

En el caso del ICE, solo cabrá recurso de apelación cuando se trate de licitación pública. En los demás casos, se aplicará recurso de revocatoria.

Todo recurso de apelación deberá ser tramitado por la Contraloría General de la República, según las reglas previstas para la licitación abreviada en la Ley N.º 7494, Contratación administrativa, de 1º de mayo de 1996, y sus reformas. En los casos de las adjudicaciones compuestas por varias líneas, se sumarán los montos adjudicados de las líneas que se impugnen. Si se trata de contratos continuados, se tomará en cuenta el monto adjudicado para el plazo inicial, sin considerar las prórrogas eventuales. En las licitaciones de cuantía inestimable, cabrá el recurso de apelación ante el órgano contralor.

Sin detrimento de lo dispuesto en la Ley N.º 7494, Contratación administrativa, en cuanto a las sanciones de inhabilitación, cuando se demuestre que un recurso de apelación ha sido interpuesto de mala fe, para obstruir o impedir el curso normal del procedimiento contractual iniciado, la Contraloría General de la República, de oficio o a instancia del ICE, previo debido proceso y mediante resolución razonada, sancionará al apelante, con inhabilitación para contratar con la administración o empresa afectada, por un período de dos (2) a cinco (5) años. La sanción podrá levantarse excepcionalmente, a efecto de contratar los bienes o servicios en los que haya dependencia tecnológica comprobada o que el oferente sea proveedor único de dicho bien o servicio. La sanción se fijará en función del daño y perjuicio causados al ICE y a la prestación de los servicios que brinda.

Cuando, por el procedimiento, no proceda el recurso de apelación, podrá solicitarse la revocatoria del acto de adjudicación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en que se notificó, ante el mismo órgano que dictó el acto.

No procederá recurso de revocatoria contra las contrataciones directas de escasa cuantía.

Cuando se demuestre que un recurso de revocatoria ha sido interpuesto de mala fe, para obstruir o impedir el curso normal del procedimiento contractual iniciado, la administración contratante aplicará lo dispuesto en el segundo párrafo del numeral anterior.

5°, del proyecto el cual se ubica en el Capítulo IV denominado “Régimen especial de contratación administrativa”, el cual dispone lo siguiente “La Contraloría General de la República ejercerá sus competencias bajo la modalidad del control posterior”. El punto medular de este extremo de la consulta consiste en determinar si el constituyente originario o el poder reformador establecieron con rango constitucional un control o fiscalización a priori. El título XIII de la Constitución se denomina “Hacienda Pública” siendo que el capítulo II se intitula “La Contraloría General de la República” y se conforma por los artículos 183 y 184. En el artículo 183 constitucional ciertamente se la asigna a la Contraloría General de la República la “vigilancia de la Hacienda Pública”, no obstante este precepto no dispone expresamente que el control en materia de contratación administrativa debe ser a priori o ex ante, deja abierta la posibilidad, también, de una supervisión o fiscalización a posteriori, precisamente la textura abierta del precepto constitucional le permite al legislador optar, en el ejercicio de su libertad de configuración, por una modalidad de control preventivo o posterior. El artículo 184 constitucional hace un elenco de las competencias constitucionales de la Contraloría General de la República, siendo que en ninguno de sus incisos se refiere el control en materia de contratación administrativa, este tema puede ser ubicado en la cláusula residual del inciso 5° al disponer que es atribución de la Contraloría “Las demás que esta Constitución o las leyes le asignen”, consecuentemente el establecimiento del tipo o modalidad de control en materia de contratación administrativa es una cuestión que está librada a la libertad de conformación del legislador. Bajo esta inteligencia, la modalidad del control posterior en materia de contratación contenido en el proyecto de ley no infringe el Derecho de la Constitución”.¹⁰⁴

¹⁰⁴ Sala Constitucional. Voto 2008-011210 de las quince horas del dieciséis de Julio del dos mil ocho.

En adición a lo anterior, este régimen especial del ICE le permite desaplicar normativa con el fin de conseguir mayor flexibilidad a la gestión, entre ellas la LAFRPP¹⁰⁵.

- La aplicabilidad del reglamento sobre el refrendo de las contrataciones de la Administración Pública al ICE: En este apartado la parte actora propone aclarar la aplicación del refrendo a las diversas modalidades de contrato según lo disponen sus diferentes artículos. Pues si bien el artículo 29 de la Ley de fortalecimiento y modernización dispone la aplicación del refrendo contralor para las licitaciones públicas. Si bien no se determina de manera expresa que esto será así solo en cuanto este tipo de contratación, existen otros artículos que regulan con mayor claridad los demás contratos. Como los que se mencionaron anteriormente: los artículos 20, 23 que determinan a todas luces que en régimen de fiscalización para los fideicomisos gestionados por el ICE tendrían únicamente un control posterior por parte de la CGR, con el fin de agilizar la gestión de la institución.
- La potestad del ICE para constituir fideicomisos: En el artículo 11¹⁰⁶ de la Ley n°8660 faculta al ICE a suscribir contratos de fideicomiso de cualquier tipo, tal como se indicó en el primer capítulo de la investigación. Señala que la actividad contractual estará sometida a los principios constitucionales, es decir, lo realizado por el fiduciario en su gestión simplemente estará sujeto a dichos principios sin

¹⁰⁵Con una excepción dada por el artículo 17 inciso b) de la Ley 8660.

¹⁰⁶ Artículo 11.- Contratos de fideicomiso

Para el cumplimiento de sus fines, el ICE y sus empresas están facultados para suscribir contratos de constitución de fideicomisos de cualquier índole, dentro del territorio nacional y fuera de él.

Además, los fideicomisos constituidos en el país tendrán la fiscalización y supervisión de la Superintendencia Financiera correspondiente, mientras que a los constituidos fuera del territorio nacional se les aplicarán, en esta materia, las disposiciones de la legislación del país donde fueron constituidos.

La actividad contractual de tales fideicomisos constituidos en el país estará sujeta a los principios constitucionales de la contratación administrativa. Los presupuestos de ingresos y egresos de estos fideicomisos, serán enviados a la Contraloría General de la República, para efectos informativos.

En el caso de los fideicomisos constituidos en el territorio nacional, el ICE y sus empresas podrán elegir libremente el fiduciario, entre los bancos del Sistema Bancario Nacional; para ello, este último deberá cumplir los requerimientos que dispongan el ICE y sus empresas, y coadyuvar en la consecución del interés público e institucional.

someterse a todos los procesos de fiscalización ordinarios. Recordando también que si bien en su mayoría los fiduciarios deben escogerse por proceso de contratación ordinaria, en relación obviamente con la cuantía del proceso y el artículo 22 LCA¹⁰⁷, en el cual se deben respetar las prohibiciones realizadas anteriormente a contratistas, dicha norma de régimen especial de la institución le permite evitar dicho proceso y consecuentemente contratar directamente, siempre y cuando se efectúe dicho contrato con un ente del Sistema Bancario Nacional.

- La responsabilidad de la Administración en la aprobación en sus propios fideicomisos: el artículo 23¹⁰⁸, inciso g) de la Ley de fortalecimiento de ICE, n°8660

¹⁰⁷ Artículo 22. —**Ámbito de aplicación.** La prohibición para contratar con la Administración se extiende a la participación en los procedimientos de contratación y a la fase de ejecución del respectivo contrato.

Existirá prohibición sobreviniente, cuando la causal respectiva se produzca después de iniciado el procedimiento de contratación y antes del acto de adjudicación. En tal caso, la oferta afectada por la prohibición no podrá ser adjudicada; se liberará al oferente de todo compromiso con la Administración y se le devolverá la respectiva garantía de participación.

Cuando la prohibición sobrevenga sobre un contratista favorecido con una adjudicación en firme, la entidad deberá velar con especial diligencia porque se ejecute bajo las condiciones pactadas, sin que puedan existir en su favor tratos distintos de los dados a otros contratistas en iguales condiciones.

El funcionario sujeto a la respectiva prohibición deberá abstenerse de participar, opinar o influir, en cualquier forma, en la ejecución del contrato.

El incumplimiento de esta obligación se reputará como falta grave en la prestación del servicio.

Existirá participación directa del funcionario cuando, por la índole de sus atribuciones, tenga la facultad jurídica de decidir, deliberar, opinar, asesorar o participar de cualquier otra forma en el proceso de selección y adjudicación de las ofertas, o en la etapa de fiscalización posterior, en la ejecución del contrato.

La participación indirecta existirá cuando por interpósita persona, física o jurídica, se pretenda eludir el alcance de esta prohibición. Para demostrar ambas formas de participación se admitirá toda clase de prueba.

(Así reformado por el artículo 65 de la Ley N° 8422 Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, de 6 de octubre de 2004).

¹⁰⁸ Artículo 23.- Excepciones a los procedimientos ordinarios de concurso.

Además de las excepciones a los procedimientos ordinarios de concurso previstas en el marco normativo general de la contratación administrativa, el ICE podrá aplicar las siguientes causales de exclusión:

- a) Los acuerdos celebrados con empresas públicas de otros países.
- b) La venta, en el mercado nacional e internacional, de servicios de asesoría, consultaría, capacitación y cualquier otro producto o servicio afín a sus competencias.

y el artículo 112,¹⁰⁹ inciso s) del reglamento a dicha ley adicionan suficiente fundamento para que la administración sea la única responsable en el caso de efectuarse un fideicomiso. Debido a que se indica que se excepcionan los procedimientos ordinarios de concurso en el caso, por ejemplo, de los contratos de fideicomiso, además se indica expresamente que no se requerirá autorización de órganos o entes externos. En otras palabras, esta decisión de excluir al contrato de fideicomiso de procedimientos ordinarios, como por ejemplo, los diferentes controles de fiscalización externa previa, quedan bajo la responsabilidad de la administración. Ergo, la administración es responsable de decidir de la contratación y no debe suscribir el contrato de fideicomiso a al refrendo, pues no debe sujetar al proceso ordinario.

- Análisis constitucional sobre la exoneración del refrendo de contratos de fideicomiso del ICE: durante la tramitación del proyecto de ley de la actual Ley n°8660 de fortalecimiento y modernización de las entidades públicas del sector

c) La actividad de contratación que, por razones de seguridad, urgencia, emergencia u oportunidad, sea necesaria para garantizar la continuidad de los servicios o para introducir mejoras o nuevas tecnologías a sus productos o servicios.

d) Los contratos de ayuda desinteresada con personas físicas, organizaciones no gubernamentales o entidades privadas o públicas, nacionales o extranjeras.

e) La adquisición de bienes, obras o servicios que, por su gran complejidad o su carácter especializado, solo puedan obtenerse cuando exista un número limitado de proveedores o contratistas, de manera que por razones de economía y eficiencia, no resulte adecuada la aplicación de los procedimientos ordinarios.

f) En los casos en que la administración, habiendo adquirido el equipo tecnológico, decida adquirir más productos del mismo contratista, por razones de normalización o por la necesidad de asegurar su compatibilidad, teniendo en cuenta si el contrato original satisfizo adecuadamente las necesidades de la administración adjudicadora, si el precio es razonable y, especialmente, si se descartó la existencia de mejores alternativas en el mercado.

g) La contratación de fideicomisos

La aplicación de las causales anteriores será de responsabilidad exclusiva de la administración, sin que se requiera autorización de órganos o entes externos. La administración deberá dejar constancia, en el expediente de cada caso concreto, de las razones que sustentan la aplicación de la causal de exclusión de los procedimientos ordinarios de concurso, lo cual queda sujeto a la fiscalización posterior facultativa de la Contraloría General de la República.

¹⁰⁹ Artículo 112. —Objetos de naturaleza o circunstancia concurrente incompatibles con el concurso. La Administración, podrá contratar de manera directa los siguientes bienes o servicios que, por su naturaleza o circunstancias concurrentes, no puede o no conviene adquirirse por medio de un concurso público.

- s) La contratación de fideicomisos: El ICE podrá suscribir contratos de constitución de fideicomisos de cualquier índole dentro del territorio nacional o fuera de él. En el caso de los fideicomisos constituidos en el territorio nacional el ICE y sus empresas podrán elegir libremente el fiduciario entre los bancos del Sistema Bancario Nacional, para ello el fiduciario deberá cumplir los requerimientos que disponga el ICE y sus empresas y coadyuvar en la consecución del interés público e institucional. Las condiciones del fideicomiso serán definidas en el prospecto de cada uno de los fideicomisos.

telecomunicaciones, los diputados realizaron consulta facultativa sobre la constitucionalidad de dicho proyecto. En esta consulta los magistrados de la Sala Constitucional analizaron, entre otros puntos, la viabilidad de exonerar al ICE de procesos ordinarios, como el refrendo contralor, como efectivamente lo señala en la actualidad la ley.

“...Es preciso señalar que el desarrollo del refrendo contralor como una forma específica de aprobación, en el ejercicio de la tutela administrativa o dirección intersubjetiva ejercida por la Contraloría General de la República, que dota de eficacia a determinados actos, es una cuestión de legalidad ordinaria, salvo los supuestos genéricos en que el constituyente ordinario lo impone. Consecuentemente, si en el caso de los contratos de fideicomiso se deben enviar los presupuestos de ingresos y egresos a la Contraloría General de la República para efectos informativos es una cuestión en la que el legislador ordinario tiene discrecionalidad o libertad de conformación. De otra parte, la Contraloría General de la República a partir de la recepción de esa información está plenamente facultada para incoar cualquier investigación si detecta alguna irregularidad...”¹¹⁰ (el destacado no es del original).

En otras palabras, no se desconoce ni por la administración, la ley o la Sala Constitucional la potestad de fiscalización que posee la CGR sobre los fondos públicos y consecuentemente cualquier contratación realizada con los mismos. No obstante, lo que se le solicita a la CGR es que realice esta fiscalización de manera posterior con la finalidad que permita contratar al ICE de manera más expedita con el objetivo de poder competir con los otros oferentes de servicios de telecomunicaciones, los cuales son de capital privado y, por lo tanto, pueden realizar contratos con la eficacia que caracteriza esos contratos.

¹¹⁰ Sala Constitucional de Costa Rica, Corte Suprema de Justicia, Voto N° 08-11210 de las 15 horas del 16 de julio del 2008.

Mediante el voto n° 08-11210 la Sala Constitucional da soporte a lo manifestado por el legislador en la ley n°8660, en los cuales diferentes artículos ya mencionados como el 11, 23 g), 29 hacen especial referencia al régimen extraordinario del contrato de fideicomiso. Pero además a la desaplicación para el Instituto Costarricense de Electricidad de la Ley N°8131, la cual obliga a refrendar los contratos de fideicomiso.

Este mismo voto además explica como el control posterior externo no disminuye ni menoscaba las potestades constitucionales de fiscalización atribuidas al órgano contralor y que el órgano contralor puede utilizar otras muchas formas de fiscalizar.

-Análisis de los oficios impugnados por la CGR: Uno de los mayores argumentos de la CGR para sostener el refrendo en contra de lo dispuesto por la Ley 8660 es el mandato constitucional que le otorga la potestad de fiscalización.

La CGR ha indicado que la exigente de requisito de refrendo para los contratos de fideicomiso llevados a cabo por el ICE están fundamentados en un reglamento y no en una ley. En este caso señala la parte actora que como lo indica la Sala Constitucional en el voto n° 08-011210, “se debe considerar al refrendo contralor como una forma específica de aprobación que dota de eficacia a determinados actos es una cuestión de mera legalidad”. Es decir, la potestad de fiscalización indiscutible de la CGR no es determinadamente ex ante o ex post, lo cual no ha sido establecido, pero lo puede ser mediante ley o reglamento, sin haber reserva de ley en este tema. La parte actora insiste que la División de Contratación Administrativa de la CGR incurre en error en su dictamen al omitir el análisis de los artículos previamente analizados de la ley ya que evidentemente la base normativa no es un reglamento, sino la Ley 8660, la cual también es asistida por su reglamento.

En su lugar, indica la parte actora, la División de Contratación Administrativa de la CGR sustituye el análisis integral de la Ley 8660 por el análisis del artículo 29¹¹¹ de la misma,

¹¹¹ Artículo 29.- Refrendo

El trámite de refrendo de las licitaciones públicas del ICE deberá ser resuelto por la Contraloría General de la República, en un plazo que no podrá exceder de veinte (20) días hábiles, a partir de la fecha en que la solicitud haya sido presentada ante el órgano contralor.

Los requisitos para la solicitud del refrendo se establecerán en el Reglamento de refrendo de las contrataciones, emitido por el órgano contralor, conforme a las disposiciones especiales establecidas para el ICE en esta ley.

comprendiendo que el artículo sobre el plazo de refrendo para las licitaciones pública será aplicado para cualquier contrato, dicha interpretación carece de fundamento y, como se ha dicho en reiteradas ocasiones, de análisis integral. El artículo 29 es una norma que establece la aplicación del refrendo para el ICE, la cual indica una *lista numerus clausus* (licitaciones públicas) y no *numerus apertus* de a qué contratos les es aplicable el refrendo. Lo anterior en vista que solo a los contratos realizados mediante licitación pública es intencionado por la Ley 8660 que se dé un refrendo.

La Ley N°8660 del ICE no busca dotar a la institución de la herramienta de fideicomiso, pues el ICE ya contaba con esta herramienta. La finalidad de la ley es permitir contratar más libremente y, como consecuencia, volver las herramientas de contratación más eficaces; en el caso del fideicomiso, permitir un régimen específico en los controles previos que pudiesen ser omitidos y en su lugar quedarse únicamente una fiscalización posterior.

Finalmente, la parte actora arguye que la CGR no tiene competencia para hacer análisis de legalidad o constitucionalidad de leyes y reglamentos vigentes, que en caso de considerar que fuese así debe ir al órgano competente para alegarlo, Tribunal Contencioso Administrativo y Sala Constitucional respectivamente, ya que los criterios de este ente fiscalizar carecen de esta potestad.

- Análisis legislativo y constitucional de la Ley 8660 con respecto a no enviar a refrendo contralor los contratos de fideicomiso: en este apartado se analizó el expediente N° 16397 de la Asamblea Legislativa, que incluye debate legislativo, además del análisis de constitucionalidad del proyecto de ley.

“El dictamen afirmativo de mayoría emitido el 20 de junio del 2007, por parte de la Comisión Especial de la Asamblea Legislativa, en el apartado 3.3.2 que se refiere al Régimen Especial de Contratación Administrativas de las Entidades Públicas del Sector de Telecomunicaciones a folios 5232 y 5233, en primer término establece los supuestos

Los contratos y convenios que no requieran refrendo contralor, estarán sujetos a la aprobación de la Unidad de Asesoría Jurídica Institucional del ICE; esta última resolverá con independencia del criterio de la Proveduría y de la Auditoría Interna. El procedimiento interno de aprobación será establecido reglamentariamente.

No estarán sujetas al refrendo las modificaciones contractuales que realice el ICE. Será responsabilidad exclusiva de la administración garantizar la legalidad de las modificaciones citadas, aspecto que estará sujeto a la fiscalización posterior facultativa de la Contraloría General de la República.

de excepción a los procedimientos ordinarios de contratación, incluyéndose expresamente en el punto 4, los contratos de fideicomiso.

Expresamente en relación con el refrendo en los contratos la comisión dictaminó: *“En lo que toca a los refrendos de contratos se reitera que el refrendo será sobre aspectos de legalidad y no de eficiencia, oportunidad ni sobre aspectos técnicos, al tiempo que se indica que dicho trámite deberá ser resuelto por la Contraloría General en un plazo que no podrá exceder los veinte días hábiles, lo anterior en el caso de las licitaciones públicas toda vez que los contratos y convenios que no requieran refrendo contralor estarán sujetos a la aprobación de la Unidad de Asesoría Legal del ICE o sus empresas”*^{112n, 113}.

De lo anterior se desprende a todas luces que el espíritu de legislador era eximir al ICE de someter los contratos de fideicomiso al refrendo contralor. Sin embargo, si de la lectura de la norma y de los antecedentes en el expediente legislativo no se tiene certeza de la teoría que mantiene el ICE, este considera que el voto salvado de la Sentencia 2008-011210 de la Sala Constitucional, de los magistrados Armijo Sancho y Cruz Castro permiten deducir que en efecto fue un tema de discusión y que la mayoría de magistrados de la Sala Constitucional, después de analizar dicha ley, no encontraron ningún roce o traslape con las normas fundamentales del país.

ii. Traslado de la demanda. Tribunal Contencioso Administrativo

Mediante resolución de las trece horas y quince minutos del trece de mayo del dos mil trece, se rechaza la solicitud de trámite preferente por considerar que no se cumplen los presupuestos necesarios. Es así que la jueza tramitadora Cindy Chavarría Hernández estima el asunto como un proceso de conocimiento y no de trámite preferente.

¹¹² Dictamen afirmativo de mayoría emitido el 20 de junio del 2007, por parte de la Comisión Especial de la Asamblea Legislativa.

¹¹³ Escrito de demanda presentado por parte del ICE el 18 de febrero del 2013 en el expediente n° 13-001306 -1027-CA.

iii. Contestación de Contraloría General de la República

En su contestación, la CGR se apersona dentro de sus consideraciones y plantea ciertas variantes, por ejemplo, que en adición al inciso e) mencionado supra en el artículo 2 de la Ley 8660, también se debe abarcar el inciso g) que indica debe ser un objetivo de la ley garantizar la rendición de cuentas y la evaluación de resultados por parte del ICE y sus empresa y, por lo tanto, no se puede excluir la aplicación de los artículos 11 y 184 inciso 1) de la Constitución Política de Costa Rica y de lo anterior se deduce que el refrendo como control previo debe aplicarse sin distinción a todos los sujetos pasivos de la fiscalización.

Considera que de la Ley 8660 no se encuentra alguna norma que disponga de forma clara y sin lugar a dudas que los contratos de fideicomiso no estén sujetos al refrendo contralor y en ninguna norma se excluye el control previo de forma explícita. En este sentido, la CGR señala que no existe norma de rango legal que excluya de forma rotunda el refrendo y, por consiguiente, el desarrollo reglamentario de dicha ley implementado mediante decreto ejecutivo N° 35148-MINAET no puede establecer regulaciones que modifiquen de forma expresa o implícita la aplicación del refrendo contralor. Y en adición dicho reglamento versa en contra del reglamento sobre refrendo de las contrataciones de la Administración Pública que emite la CGR, la cual según aducen tiene prevalencia por sobre las regulaciones de otros órganos y entes que conforman la Administración Pública. Esta afirmación es sustentada por la interpretación que hace dicho órgano de su independencia como órgano contralor y la Ley 7428, Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en concreto los artículos 10, 11, 12 y 20, de este último en especial su párrafo tercero¹¹⁴.

¹¹⁴ Artículo 10.- ordenamiento de control y fiscalización superiores

El ordenamiento de control y de fiscalización superiores de la Hacienda Pública comprende el conjunto de normas, que regulan la competencia, la estructura, la actividad, las relaciones, los procedimientos, las responsabilidades y las sanciones derivados de esa fiscalización o necesarios para esta.

Este ordenamiento comprende también las normas que regulan la fiscalización sobre entes y órganos extranjeros y fondos y actividades privados, a los que se refiere esta Ley, como su norma fundamental, dentro del marco constitucional.

Artículo 11.- finalidad del ordenamiento de control y fiscalización superiores

Así mismo, como sustento a su posición contraria a la de la parte actora, interpreta la CGR que a *contrario sensu* y acorde con lo señalado en los votos de la Sala Constitucional 5947-98 de las 14:32 horas del 19 de agosto de 1998 y 9524-1999 de las 9:06 horas del 3 de diciembre de 1999, los contratos llevados a cabo con fondos públicos por la Administración, especialmente aquellos de mayor cuantía, serán sujetos al refrendo contralor y de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política de Costa Rica, es ente superior fiscalizador quien determine por medio de reglamento especial para qué contrato no será necesario cumplir con ese trámite ante el órgano contralor, así mismo la Ley Orgánica le brinda la potestad de establecer sobre qué tipo de contrato se debe

Los fines primordiales del ordenamiento contemplado en esta Ley, serán garantizar la legalidad y la eficiencia de los controles internos y del manejo de los fondos públicos en los entes sobre los cuales tiene jurisdicción la Contraloría General de la República, de conformidad con esta ley.

Artículo 12.- órgano rector del ordenamiento

La Contraloría General de la República es el órgano rector del ordenamiento de control y fiscalización superiores, contemplado en esta Ley.

Las disposiciones, normas, políticas y directrices que ella dicte, dentro del ámbito de su competencia, son de acatamiento obligatorio y prevalecerán sobre cualesquiera otras disposiciones de los sujetos pasivos que se le opongan.

La Contraloría General de la República dictará, también, las instrucciones y órdenes dirigidas a los sujetos pasivos, que resulten necesarias para el cabal ejercicio de sus funciones de control y fiscalización.

La Contraloría General de la República tendrá, también, la facultad de determinar entre los entes, órganos o personas sujetas a su control, cuáles deberán darle obligada colaboración, así como el marco y la oportunidad, dentro de los cuales se realizará esta y el conjunto razonable de medios técnicos, humanos y materiales que deberán emplear.

Artículo 20.- potestad de aprobación de actos y contratos

Dentro de un plazo que no podrá exceder de treinta días hábiles, la Contraloría aprobará los contratos que celebre el Estado y los que por ley especial deben cumplir con este requisito. No están sujetos a este trámite obligatorio, los contratos de trabajo ni los que constituyan actividad ordinaria, de conformidad con la ley. La falta de pronunciamiento dentro de este plazo da lugar al silencio positivo.

La administración obligada deberá gestionar y obtener la aprobación, previamente a dar la orden de inicio de ejecución del respectivo contrato.

La Contraloría General de la República determinará, reglamentariamente, las categorías de contratos que, por su origen, naturaleza o cuantía, se excluyan de su aprobación; pero, en este caso, podrá señalar, por igual vía, cuáles de estas categorías estarán sometidas a la aprobación por un órgano del sujeto pasivo.

En todos los casos en que un acto o contrato exija legalmente la aprobación de la Contraloría General de la República o de otro ente u órgano de la Hacienda Pública, la inexistencia o la denegación de la aprobación, impedirán la eficacia jurídica del acto o contrato y su ejecución quedará prohibida, so pena de sanción de nulidad absoluta.

Cuando la ejecución se dé, mediante actividades o actuaciones, estas generarán responsabilidad personal del servidor que las ordene o ejecute.

contar con una aprobación por parte de su órgano interno del sujeto fiscalizado sobre la legalidad del acto.

En este sentido, la Contraloría General cita el considerando de la Sentencia 9524-1999 citada supra en relación con la trascendencia del refrendo contralor y la aplicación del mismo a la Administración Pública sin excepción alguna:

“I.- DEL REFRENDO EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA COMO COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL ÓRGANO CONTRALOR CONSTITUCIONAL. Quedó claro en la sentencia recurrida –número 05947-98, de las catorce horas treinta y dos minutos del diecinueve de agosto de mil novecientos noventa y ocho-, que el refrendo de la contratación administrativa a cargo de la Contraloría General de la República es de aplicación a toda la Administración Pública, con lo que se incluye no solo a los órganos que se financian con el plan de gastos de la Administración Central, sea la Asamblea Legislativa, Poder Ejecutivo (presidente de la República y ministro respectivo), el Poder Judicial, el Tribunal Supremo de Elecciones, la Contraloría General de la República y la Defensoría de los Habitantes, sino también a los órganos descentralizados y desconcentrados de la Administración Pública (...).

(...); así, es competencia exclusiva de la Contraloría General de la República, el diseñar diversos mecanismos y modos para efectuar el control de la contratación administrativa, en razón del monto, la materia y la institución pública que realice la contratación, conforme con los principios que la propia Constitución Política da y obviamente dentro del marco legal que le confiere su propia Ley Orgánica. Por ello, resulta acertada la afirmación del representante de la Contraloría General de la República en su gestión, al considerar que es constitucionalmente posible que en atención a la naturaleza, objeto y cuantía de la contratación de que se trate, este órgano establezca condiciones razonables y proporcionadas a la facultad que el artículo 184

constitucional le otorga para refrendar los contratos del Estado, con miras a no crear mecanismos que afecten una expedita gestión administrativa, y en atención al interés público; toda vez que el refrendo debe entenderse como parte de las atribuciones de fiscalización de la hacienda pública que le corresponde en exclusiva a la Contraloría, para cuyo ejercicio posee absoluta independencia funcional y administrativa, en virtud de lo dispuesto en el propio artículo 183 de la Carta Fundamental, motivo por el cual puede definir los alcances, mecanismos y procedimientos de fiscalización superior, incluso frente al legislador, si este afecta su independencia, según se anotó con anterioridad en la sentencia número 00998-98".¹¹⁵ (El subrayado no corresponde al original, es autoría de la CGR en su escrito de contestación).

El extracto de la sentencia de la Sala Constitucional supra citado es un pilar más de la fundamentación de la Contraloría General con el fin de asegurar que la Asamblea Legislativa mediante la Ley 8660 ni el ICE por medio de su correspondiente reglamento tenían competencia de regular el refrendo contralor, pues por mandato constitucional el único autorizado para analizar la procedencia o no del mismo es la CGR; y que en definitiva el refrendo es de aplicación a toda la Administración, inclusive entes, instituciones o empresas públicas.

La Contraloría considera que el constituyente originario dotó al órgano para el cumplimiento efectivo de sus cometidos constitucionales, previendo injerencias de otros entes o poderes estatales, en virtud de obtener una fiscalización eficiente sobre la legalidad de los contratos donde se dispongan recursos estatales.

En adición indica el órgano contralor que la potestad de reglamentar en relación con el refrendo o cualquier otro trámite o proceso que le corresponda a este ente, lo anterior en virtud del artículo 23¹¹⁶ de la Ley orgánica de la Contraloría General de la República.

De manera que la CGR considera que no es excluida explícitamente por la Ley 8660 y el ICE no tiene competencia vía decreto ejecutivo o reglamento interno¹¹⁷ de regular un tema

¹¹⁵ Sala Constitucional, voto n° 9524-1999 de las 9:06 horas del 3 de diciembre de 1999.

¹¹⁶ Artículo 23.- POTESTAD REGLAMENTARIA

La Contraloría General de la República tendrá la potestad exclusiva para dictar los reglamentos autónomos de servicio y de organización, en las materias de su competencia constitucional y legal.

cuya competencia le pertenece exclusivamente a la CGR y en relación con la Ley 8660 cree que no es posible que contradiga el mandato constitucional al tratar de limitar las potestades que la Constitución otorga al órgano contralor.

Apoyan lo anterior mediante la posición doctrinaria de Rubén Hernández del Valle, “por mayoría de razón, tampoco puede esta clase de Reglamento innovar el ordenamiento jurídico, reformando o derogando normas de rango superior, o interpretar auténticamente normas legales. Tampoco puede violar los que la ley dispone o permitir lo que ella prohíbe. Dentro de este orden de ideas, el Reglamento ejecutivo no puede crear nuevas obligaciones un suprimir derechos contenidos en la ley que regula”.¹¹⁸

La Contraloría, como parte demandada de este proceso, señala que no resulta discrecional o disponible para este ente excluir a un sujeto pasivo del control previo externo, con ocasión las interpretaciones que hace el ICE de la ley 8660.

Consecuentemente, la CGR determina que los contratos de fideicomiso se encuentran sujetos al control previo externo, ejecutado por la Contraloría General, en específico el que se debate en este proceso, el refrendo contralor. Este es un requisito de eficacia ineludible, en caso de omitirse el mismo su ejecución será prohibida y tendrá sanción de nulidad, según el artículo 20 LOCGR citado supra.

La CGR hace la salvedad en su escrito de contestación que el legislador excluyó mediante la Ley 8660 el requisito de refrendo contralor a las modificaciones contractuales, las cuales deberán ser garantizadas por la Administración interna.

En los argumentos de la parte actora, indica la demandada, se esgrime que el artículo 17 inciso b) de la Ley 8660 señala que no se debe aplicar la Ley 8131 Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos y es a través de esta última ley, específicamente los artículos 57 y 94, que se exige el refrendo en la Administración Pública y, por lo tanto, no es aplicable el refrendo al ICE.

¹¹⁷ Reglamento interno del ICE, aprobado por el Consejo Directivo de la Institución.

¹¹⁸ Hernández Valle, Rubén. El Derecho de la Constitución, San José. Juricentro, 2004, p.629.

No obstante, arguye la CGR que son los incisos 3¹¹⁹ y 5 del artículo 3 del Reglamento de Refrendos de las Contrataciones de la Administración Pública¹²⁰, redactadas a partir del mandato constitucional del artículo 184 de la carta fundamental.

Seguidamente, la CGR agrega que coincide con lo dispuesto en el voto salvado de los magistrados Armijo Sancho y Cruz Castro, citados por la actora, correspondientes al voto citado también supra, n° 11210-2008 de las 15 horas del 16 de julio de 2008 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido que resulta inconstitucional reducir las funciones de control del órgano contralor en materia de control previo.

Finalmente, respecto a lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 8660 den relación a que los fideicomisos constituidos tendrán la fiscalización y supervisión de la “Superintendencia Financiera Correspondiente”, la CGR menciona que esto no excluye el control de parte del órgano superior de fiscalización, debido a que el artículo 14¹²¹ de LOCGR estipula que la Auditoría General de Entidades Financieras, como órgano contralor, no exime la fiscalización de la Contraloría General.

“Artículo 3º—Contratos administrativos sujetos al refrendo. Se requerirá el refrendo en los siguientes casos:

(...)

3) Todo contrato administrativo derivado de la aplicación de las excepciones de oferente único, establecida en el inciso d) del artículo 2º de la Ley de Contratación Administrativa, y de objetos que requieren seguridades calificadas, dispuesta en el inciso h) del artículo 131 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, en el tanto el precio contractual alcance el límite inferior vigente para la aplicación de la licitación pública del estrato superior inmediato de aquel en el que se encuentra ubicada la Administración contratante, según lo establecido en el artículo 27 de la Ley de Contratación Administrativa. En el caso de las Instituciones ubicadas en el estrato A, se aplicará el monto mínimo para tramitar una Licitación Pública de ese mismo estrato más un diez por ciento. Igualmente procederá en el caso de contratos de cuantía inestimable, únicamente cuando se trate de contratos de fideicomiso, concesiones de obra pública con o sin servicio público, concesión de gestión de servicios públicos, así como aquellos que incorporen las modalidades de convenio marco y consignación.

(...)

5) Todo contrato o convenio celebrado entre dos o más entes, empresas u órganos públicos, en el tanto tengan por objeto el otorgamiento de concesiones, la constitución de fideicomisos o la realización de proyectos bajo el tipo contractual de alianza estratégica. Los demás contratos o convenios interadministrativos no referidos en este inciso o en general en el articulado de este Reglamento, no estarán sujetos a refrendo. Es responsabilidad exclusiva de los jefes de las Administraciones involucradas, adoptar las medidas de control interno de conformidad con la Ley General de Control Interno para garantizar que estas relaciones interadministrativas se apeguen estrictamente a la normativa vigente.

(...)”

¹²⁰ Reglamento R-CO-44-2007 de las 9:00 horas del 11 de octubre de 2007 y sus reformas.

¹²¹ Artículo 14.- De la auditoría general de entidades financieras

La Auditoría General de Entidades Financieras estará sometida a la fiscalización de la Contraloría General de la República. En materia de su competencia constitucional y legal, las decisiones de la Contraloría General de la República prevalecerán sobre las de la Auditoría General de Entidades Financieras.

En cuanto al proceso, la Contraloría solicitó que según el artículo 69 CPCA se realice un trámite sin audiencias por ser un proceso de “puro derecho”.

iv. Contestación de parte demandada- Procuraduría General de la República

La Procuraduría General de la República considera improcedentes las pretensiones del ICE con base en los siguientes fundamentos: cree que la demanda es improcedente en cuanto a esta institución y, por lo tanto, debería dirigirse solo en contra de la CGR. Indica que en este caso, se debe aplicar el numeral 12¹²², acápite 5), inciso 2) CPCA en cuanto a que no existe legitimación *ad causam* pasiva a favor del Estado. En este sentido, el Tribunal Contencioso Administrativo ha corroborado dicha tesis de la PGR, es específica la sección sexta, que por medio de la resolución 1499-2009 de las 7 horas 30 minutos del 3 de agosto del 2009, declaró:

“(…) El Estado interpuso la defensa de falta de derecho y de legitimación pasiva de conformidad con el artículo 12, inciso 5) del Código Procesal citado. Con base en esta norma, la Contraloría General de la República debe demandarse conjuntamente con el Estado únicamente cuando el proceso tenga por objeto la conducta administrativa del órgano contralor relacionado con el ejercicio de su competencia constitucional y legal. En el presente asunto, el proceso tiene por objeto una conducta administrativa de la Caja Costarricense de Seguro Social sometida a control de la CGR en el ejercicio de sus potestades de fiscalización o tutela superior de la Hacienda Pública, por lo que debe aplicarse el inciso

¹²² Artículo 12.- Se considerará parte demandada:

(...)

5) La Contraloría General de la República:

a) Conjuntamente con el Estado, cuando el proceso tenga por objeto la conducta administrativa de aquella, relacionada con el ejercicio de su competencia constitucional y legal.

b) Conjuntamente con el ente fiscalizado, cuando el proceso tenga por objeto una conducta administrativa sometida a su control, en el ejercicio de sus potestades de fiscalización o tutela superior de la Hacienda Pública.

(...)

b) del acápite 5 del numeral 12 citado y demandarse al órgano contralor conjuntamente con el ente fiscalizador, sea la Caja Costarricense de Seguro Social. El acogimiento de esta excepción hace innecesario el análisis de las otras defensas interpuestas por la representación estatal (...)."

La representación estatal insiste en que no hay motivo alguno para que sea parte demandada en este proceso.

No obstante lo anterior, aduce que los oficios en el proceso impugnados se ajustan a derecho, que la CGR es el órgano fiscalizador de la Hacienda Pública y que las funciones de esta comprende a toda aquella actividad de contratación administrativa que desarrolle la Administración Pública y por esto puede emitir criterios bajo los cuales se han de tramitar los procesos contractuales de la Administración Pública.

De tal forma que las disposiciones que dictamine el Órgano Contralor son de acatamiento obligatorio para la Administración Pública. Reitera además su apoyo al oficio impugnado n°06172-2012¹²³, en especial al punto tres de dicha resolución.

v. Convocatoria a Audiencia Preliminar

El Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda en su resolución de las ocho horas y cincuenta y dos minutos del diecisiete de setiembre del año dos mil trece, la jueza Cindy Chavarría Hernández da trámite al proceso; una vez apersonadas en tiempo y forma todas las partes, se convoca a audiencia de conciliación y de no ser fructífera esta, se convoca a audiencia preliminar.

¹²³ Ver anexo 1.

C. Medida cautelar

i. *ICE presenta medida cautelar contra acto de anulación del acto de adjudicación de la Unidad Administradora del Proyecto RANGE*

El Instituto Costarricense de Electricidad interpone una medida cautelar provisionalísima *prima facie* contra la resolución número R-DCA-511-2013 de las 13:00 horas del 26 de agosto del 2013. Lo anterior en vista del acto de anulación del proyecto RANGE, llevado a cabo mediante la nulidad del proceso interno de adjudicación sin siquiera haber declarado la nulidad del Contrato de Fideicomiso ICE- RANGE/BCR, en razón del no refrendo de dicho contrato, por lo que de forma indirecta anula en contrato de fideicomiso y cualquier otro que deviniese de este. Lo anterior por el fondo del proceso analizado en el expediente de marras, cuyo fondo es definir cómo se ha mencionado hasta el momento si los contratos de fideicomiso ejecutados por el ICE son sujeto al refrendo contralor a la luz de la Ley 8660 y su respectivo reglamento.

El ICE indica que cumple con los presupuestos del artículo 21 CPCA, incluyendo los tres elementos esenciales: *fumus boni iuris*, *periculum in mora* y la ponderación de todos los intereses en juego. Señala que las consecuencias de la anulación del contrato son muchas, entre ellas: desde junio del 2012 se había realizado una emisión privada de valores por dos millones de dólares norteamericanos, con el fin de financiar las operaciones, en el escenario que se mantuviese la nulidad de los contratos, tanto el ICE como el Banco de Costa Rica, como fiduciario podrían enfrentar demandas millonarias por parte de los inversionistas que compraron los bonos de esta emisión. Además económicamente esta situación está perjudicando el ICE ya que a pesar de no poder proseguir con el proyecto debe pagar mensualmente por intereses de emisión siete millones trescientos cincuenta mil colones.

Adicionalmente, existen consecuencias de la anulación ante las relaciones contractuales ya establecidas en proceso de formalización, entre ellas: con la unidad administradora del proyecto RANGE y Huawei Technologies Costa Rica SA. También se presenta un crédito comercial suscrito con el Banco Nacional de Costa Rica, en abril del año 2013 por el monto de treinta mil ochocientos millones de colones con el objetivo de financiar el proyecto RANGE, al mes de junio ya se habían desembolsado ciento cincuenta y siete

millones de colones, al igual que con la emisión privada de valores, el repago del crédito alegan, depende de los flujos que generaría el contrato de arrendamiento, por esto la anulación que se impugna hace imposible la cancelación de lo adeudado. Así mismo, el contrato de arrendamiento suscrito entre el fideicomiso y el ICE, la credibilidad de los fideicomisos de obra pública y las consecuencias para el ICE y el país por el no desarrollo del proyecto RANGE se suman al peligro de mantener la nulidad impuesta por la CGR.

ii. Resolución de las dieciséis horas diecinueve minutos del dos de setiembre del año dos mil trece

La jueza Cindy Chavarría Hernández rechaza mediante dicha resolución la solicitud de medida cautelar que presentó el ICE. Lo anterior en vista que la medida cautelar presentada no cumple con los requisitos del artículo 25 CPCA. En adición se les otorga plazo a los demandados para que contesten dicha solicitud de acuerdo con el artículo 24, inciso primero del mismo cuerpo de leyes.

iii. Solicitud de Lucent Technologies de Costa Rica

La empresa Lucent Technologies de Costa Rica, se apersona al proceso con el fin de ser tenido como parte en la medida cautelar interpuesta. Lo anterior en vista que el recurso de apelación presentado por esta empresa ante la División de Contratación Administrativa de la CGR, contra el acto de adjudicación del Concurso de Ofertas 01-2013 para la implementación de la *Red de Acceso de Nueva Generación* ("RANGE").

A dicha apelación administrativa se le dio curso y luego de instruido el expediente, la División de Contratación Administrativa de la CGR declaró mediante resolución R-DCA-511-2013, la nulidad absoluta del concurso de ofertas número 01-2013 del Fideicomiso ICE-RANGE/BCR, por falta de refrendo del fideicomiso. De esta manera, si se acepta la medida cautelar, según la tesis de la empresa, debería de seguir el proceso del análisis del recurso interpuesto por la empresa, por lo que su interés es tangible.

iv. Solicitud de pronto despacho presentada por la parte actora

El día 16 de febrero se presenta la solicitud de pronto despacho de la medida cautelar interpuesta el día 2 de febrero por parte del ICE, reitera además la urgencia del caso, los severos perjuicios económicos que genera, la conducta administrativa que se pide se suspenda de forma cautelar, el perjuicio del atraso del trámite de la presente medida cautelar; todo esto advierte sobre el impacto del proceso en la economía del ICE y la importancia de su pronta resolución.

v. Contestación de audiencia Procuraduría General de la República.

En contestación a la audiencia dada por la solicitud de medida cautelar por parte del actor, el Instituto Costarricense de Electricidad, la PGR se presenta a referirse a dicha audiencia concedida. En esta circunstancia, la representante del Estado insiste en alegar que existe una falta de legitimación *ad causam* pasiva. Seguidamente, en relación con la medida cautelar, considera que es improcedente, pues hace un análisis de los supuestos necesarios para otorgar la medida cautelar y determina a partir de dicho análisis que se encuentra una inexistencia de la instrumentalidad, gravedad y urgencia como características necesarias de procedencia de la solicitud de medida cautelar. Además indica que se presenta una identidad del objeto entre la solicitud de la medida cautelar y la del proceso principal, lo cual no es de recibo. También considera que la CGR tiene competencia de conocer recursos de apelación en procesos de contratación y consecuentemente declarar la nulidad absoluta de los actos, de acuerdo con el artículo 28¹²⁴ de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. La potestad de la

¹²⁴ Artículo 28.- declaración de nulidad Dentro del ámbito de su competencia, la Contraloría General de la República, de oficio o por reclamo del titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo, podrá declarar la nulidad absoluta, evidente y manifiesta, que advierta en los actos o contratos administrativos de los sujetos pasivos, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 173 de la Ley general de la Administración Pública, y sin perjuicio de las potestades anulatorias de la Administración activa.

Cuando alguien que no sea titular de un derecho subjetivo ni de un interés legítimo, presente una denuncia, la intervención de la Contraloría será facultativa.

La anulación o desaprobación de un acto o de un contrato administrativo por vía de recurso, en ejercicio de tutela administrativa, se registrará por sus propias reglas.

La Contraloría, siguiendo los procedimientos propios del respectivo recurso, podrá declarar de oficio la nulidad de un acto o de un contrato administrativo recurrido, por motivos no invocados por el recurrente, solo cuando la nulidad sea absoluta.

CGR de declarar la nulidad de un acto dada por el artículo cita supra, en unión al artículo 20 del mismo cuerpo de leyes donde define que la falta de aprobación de la CGR, devendrá en nulidad absoluta, lo cual genera para la PGR la claridad que dicha declaratoria de nulidad ha sido llevada en apego al ordenamiento jurídico.

vi. Resolución del Tribunal Contenciosos administrativo sobre la confidencialidad de la prueba aportada

Que la parte actora interpuso con su medida cautelar la solicitud de manejar de forma confidencial la prueba, por motivos estratégicos, comerciales y de competencia. Restringiendo el acceso público a dicha prueba y exigiendo legitimación de quien solicite su acceso a la misma y sea utilizada estrictamente para los fines del proceso. De esta manera, la juzgadora hace un resumen de las leyes de forma general a específica que regulan la confidencialidad de los documentos y la información en el ordenamiento jurídico. Así, hasta llegar al artículo 35¹²⁵ de la ley 8660, la cual cita la actora en su solicitud de confidencialidad. No obstante, en su análisis la juzgadora llega a la conclusión que dicho artículo no es aplicable a la actora en vista que esta es una institución pública al igual que el Banco de Costa Rica, que ambas se rigen por el principio de legalidad y son concedoras que la actividad que realizan es pública, tanto por sus funciones como por los fondos públicos que utilizan. Respecto al segundo párrafo del mismo artículo, la juzgadora indica “que las empresas participantes en el concurso de ofertas, se deben considerar usuarias o clientes o empresas del ICE, porque estas vendrían a ser eventualmente “contratistas” y en la actualidad simplemente son “oferentes”, por el tipo de relación con la licitante, los clientes o usuarios vendrían a ser los destinatarios del servicio que estas empresas contratadas por el ICE presten”¹²⁶. Además no se acreditó que la información pueda ser clasificada como confidencial por secreto industrial, comercial o

¹²⁵ Artículo 35.- Manejo de información confidencial La información que el ICE y sus empresas obtengan de sus usuarios y clientes, será de carácter confidencial y solo podrá ser utilizada y compartida entre el ICE y sus empresas, para los fines del negocio. Su conocimiento por parte de terceros queda restringido, salvo cuando así lo solicite una autoridad legalmente competente, justificando su necesidad y por los medios respectivos.

Es confidencial la información relacionada con las actividades del ICE y sus empresas, calificada por estas como secreto industrial, comercial o económico, cuando, por motivos estratégicos, comerciales y de competencia, no resulte conveniente su divulgación a terceros.

¹²⁶ Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda. Resolución de las trece horas y diez minutos del dieciséis de setiembre del año dos mil trece.

económico. En razón de lo anterior la jueza Cindy Chavarría Hernández rechaza la solicitud de la actora de declarar la prueba aportada como confidencial.

vii. Contestación de audiencia Contraloría General de la República

La posición de la Contraloría General indica que la nulidad declarada en la resolución impugnada se basa en la carencia de refrendo contralor en el contrato de fideicomiso. Considera que la resolución impugnada se basa en votos constitucionales que gozan de carácter vinculante, tal como lo estipula el artículo 13¹²⁷ de la Ley de Jurisdicción Constitucional. El órgano contralor también cree poseer la competencia exclusiva para regular la aplicación del refrendo y que la resolución se fundamenta en una aplicación conforme con el principio de legalidad, así como con base en normas constitucionales y reglamentarias, además de la independencia de la CGR dada por la carta fundamental.

También alega el órgano contralor que la medida de suspensión no presenta la necesaria instrumentalidad para con los alcances del proceso contencioso administrativo, es decir, con la aplicación de dicha medida no es tangible un beneficio real para el ICE, pues los oficios impugnados en el proceso principal tan solo se relacionan de forma indirecta con el tema planteado por la medida cautelar, no existe ningún nexo de causalidad directo, entre las pretensiones del proceso base y la medida cautelar solicitada, a efecto de garantizar la una posible sentencia definitiva, una vez que se adopte la resolución de fondo en el presente proceso. Menciona que el contrato en discusión no es eficaz por carencia de refrendo, por lo que bajo ninguna circunstancia estaría correcto continuar con la implementación del proyecto.

Señala, además, la CGR que el ICE no cumple con los elementos de la tutela cautelar en su medida cautelar. Indica la Contraloría que el ICE no cuenta con apariencia de buen derecho en razón que la resolución cuyos efectos se desean suspender mediante la medida cautelar no fue considerada dentro de la demanda inicial y en vista que por jerarquía normativa no es posible acatar un reglamento sobre una ley o la misma Constitución Política. Indica también que la falta de refrendo no sería posible sin que esto

¹²⁷ Artículo 13. La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma.

represente una actuación disconforme a la supremacía de la Constitución Política y un riesgo inminente para los fondos públicos, por ejecutarse un contrato ineficaz. Finalmente, considera que el ICE carece de una, pues procedió con el procedimiento de licitación a pesar de conocer el criterio vinculante de la Contraloría General de la República.

Explica también el representante de la CGR que los perjuicios alegados por el ICE son achacables solo a esa administración, en razón de sus decisiones administrativas, las cuales se encuentran en contraposición con lo dispuesto en el ordenamiento de control y fiscalización de los fondos públicos.

Alega, asimismo, la contraloría que aplicar la medida de suspensión de los efectos de la resolución impugnada implicaría desconocer el principio de legalidad y con ello el ordenamiento de Fiscalización y Control Superior de la Hacienda Pública, según lo dispone la Ley Orgánica de la CGR, específicamente en los numerales 10 y 11¹²⁸; y si bien es importante para el país el desarrollo de los servicios del proyecto RANGE, en este caso lo es más relevante es el respeto por la legalidad, la regularidad constitucional y el uso de los recursos públicos conforme con la ley.

¹²⁸ Artículo 10.- ordenamiento de control y fiscalización superiores

El ordenamiento de control y de fiscalización superiores de la Hacienda Pública comprende el conjunto de normas, que regulan la competencia, la estructura, la actividad, las relaciones, los procedimientos, las responsabilidades y las sanciones derivados de esa fiscalización o necesarios para esta.

Este ordenamiento comprende también las normas que regulan la fiscalización sobre entes y órganos extranjeros y fondos y actividades privados, a los que se refiere esta ley, como su norma fundamental, dentro del marco constitucional.

Artículo 11.- finalidad del ordenamiento de control y fiscalización superiores

Los fines primordiales del ordenamiento contemplado en esta Ley, serán garantizar la legalidad y la eficiencia de los controles internos y del manejo de los fondos públicos en los entes sobre los cuales tiene jurisdicción la Contraloría General de la República, de conformidad con esta Ley.

viii. *Resolución del Tribunal Contenciosos Administrativo 1996-2013 de las catorce horas quince minutos del veintitrés de setiembre del año dos mil trece*

En la resolución de las catorce horas quince minutos del veintitrés de setiembre del año dos mil trece, la jueza Cindy Chavarría Hernández se refiere en primera instancia a la solicitud de medida cautelar por parte del ICE. En esta, analiza lo alegado por las partes en referencia a la apariencia de buen derecho y concluye que no existe apariencia de buen derecho en razón que una ley y la Constitución se encuentran por encima de la norma reglamentaria que le habilita. También indica la juzgadora que se carece de instrumentalidad y urgencia, que falta la demostración de apariencia de buen derecho y no se tiene evidenciada la demostración de un daño grave, consecuentemente no advierte la juzgadora la existencia de un eventual peligro en la demora del proceso. Considera la juzgadora que sí se advierte lesión grave al interés público de acoger la presente medida cautelar, dada la no demostración de un daño grave.

Dado lo explicado anteriormente, la inexistencia de los presupuestos básicos, se procede a disponerse el rechazo del mismo. Adicionalmente se rechaza la solicitud de intervención como tercero interesado por parte de Lucent Technologies de Costa Rica, SA.

B. Apelación

i. *Recurso de apelación interpuesto por el Instituto Costarricense de Electricidad*

En vista de lo planteado en la resolución N°. 1996-2013 de las 14:15 horas del 23 de setiembre del 2013, mediante la cual se denegó la medida cautelar solicitada por la parte actora y con fundamento en el artículo 30 del Código Procesal Contencioso Administrativo¹²⁹. El ICE argumenta en su escrito que la jueza no acredita la apariencia de buen derecho en contra de la línea que ha venido sosteniendo el Tribunal Contencioso Administrativo en este tema, en el particular aduce la parte actora que es la parte contraria a la que corresponde demostrar la no concurrencia del presupuesto de apariencia de buen derecho en vista de que el trámite es *sumario*

¹²⁹ Artículo 30.- Contra el auto que resuelva la medida cautelar cabrá recurso de apelación, con efecto devolutivo, para ante el Tribunal de Casación de lo Contencioso-Administrativo, el cual deberá interponerse en el plazo de tres días hábiles.

cognitio, por sus características como proceso cautelar, en la cual el juez no valora el fondo del asunto. La fundamentación esgrimida por la juzgadora no revela conocimiento de la demanda, la cual evidentemente es conexas con la medida cautelar, además la misma reviste un prejuicio en relación con el fondo del asunto en el cual cuestiona la no aplicación del artículo 6 LGAP, esto evidentemente es intrascendente para el asunto y denota la falta de análisis de la demanda interpuesta y la medida cautelar en estudio. En cuanto al peligro en la demora, la juzgadora sustenta que al no haber buen derecho, no es posible peligro en la demora y la responsabilidad de los daños recae sobre la administración. La juzgadora omite referirse a la prueba suficiente y contundente que presenta la parte actora, en la cual alega que acredita las consecuencias financieras inmediatas.

Por último, con respecto a las razones dadas por el *a quo* para no tener acreditado la ponderación de intereses en juego, nuevamente la juzgadora no da por acreditado un presupuesto por la no concurrencia de otro. Señalan los representantes del ICE que contrario a una adecuada técnica jurídica mediante una medida cautelar la jueza está resolviendo el fondo del asunto o, lo que es más grave, adelantando criterio con respecto al caso.

C. Conciliación

Mediante escrito de 30 de octubre del 2013, oficio DJ-0864-2013, se presenta ante el Tribunal Contencioso Administrativo la aprobación por parte de la Contralora General de la República de la autorización para aplicar medida alterna de resolución en el proceso judicial N° 13-001306-1027-CA, en esta se presenta un acuerdo para conciliar el proceso judicial bajo los siguientes términos:

- Se mantiene la validez y eficacia de los oficios impugnados en el proceso de conocimiento, que señalan el deber contar con el refrendo contralor en los contratos de fideicomiso constituidos por el ICE al amparo de la Ley 8660 "Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones". Así mismo, se mantiene la validez y la eficacia de la resolución N° R-DCA-511-2013 de las 13 horas del 26 de agosto del 2013, por medio de la cual se anuló el concurso de ofertas para "Contratar una empresa que

implemente el proyecto RANGE: Red de Acceso de Nueva Generación”, todos emitidos por la Contraloría General de la República.

- La presentación del contrato de fideicomiso del proyecto ICE-RANGE/BCR suscrito entre el Banco de Costa Rica y el ICE con fecha del 10 de abril del 2012, ante la CGR para someterla al refrendo contralor.
- El desistimiento de la demanda en todos sus extremos y respecto de todas las partes, por parte del ICE.
- El pago de costas por cada una de las partes y la renuncia de cualquier reclamación posterior sobre el objeto del proceso.

Actualmente el proceso se encuentra en proceso de homologación por parte del Tribunal Contencioso y Civil de Hacienda, por lo cual se echa de menos el análisis del Tribunal en relación al fondo del asunto. Sin embargo, en análisis versará en cuanto a lo alegado por las partes, pues este expone no solo la postura de las mismas, sino que además permite ejemplificar la trascendencia y actualidad del tema en discusión. Con el fin de hacer más rica la tesis de conocimiento, se buscó el aporte de los sectores interesados, el cual será analizado en la siguiente sección.

Finalmente, en el capítulo cuarto se utilizará el marco teórico de los primeros dos capítulos, en relación con el tercero que emplea un ejemplo práctico, actual y de gran importancia en el plano de la contratación administrativa para generar un análisis donde se deduzcan conclusiones y recomendaciones.

Sección II. Perspectiva de los sectores interesados

A. Entrevistas

Una vez analizado el caso práctico en la presente investigación, se decidió no limitarse a lo que decía el papel, las impresiones que se percibieran del expediente, sino que buscar la perspectiva de los representantes de los diferentes sectores interesados. Por esta razón, se pretendieron agendar reuniones con representantes del Instituto Costarricense

de Electricidad, la Unidad Ejecutora de los Fideicomisos del ICE, la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la República y el Banco de Costa Rica como fiduciario.

Estas fueron las partes involucradas en el expediente analizado supra y protagonistas del conflicto alrededor del proyecto RANGE. Sin embargo, a pesar de los esfuerzos realizados para darle valor agregado al análisis que se busca efectuar con este proyecto de investigación, la colaboración de la Contraloría General de la República fue nula. No existió el más mínimo interés en dar entrevistas o brindar información sobre el tema investigado, lo cual hizo que no se pudiese cumplir el cometido de comprender con mayor claridad la perspectiva de esta institución. No obstante, sí se obtuvo colaboración por parte de los demás involucrados, haciendo posible la redacción de esta sección tal como fue el cometido de la investigación.

i. Instituto Costarricense de Electricidad¹³⁰

En el Instituto Costarricense de Electricidad se realizó una entrevista a la directora de Contratación Administrativa, la licenciada Iliana Rodríguez Quirós. La licenciada Quirós vino a dar un valor agregado de gran importe a la investigación, explicando la posición del instituto ante el tema de controles previos en el caso específico del expediente analizado supra.

Como se mencionó, el ICE interpuso un proceso en la vía contenciosa administrativa con el objeto de impugnar tres resoluciones emitidas por la CGR, cuyo contenido indicaba que a pesar del contenido de la Ley 8660, Ley de fortalecimiento y modernización de telecomunicaciones, los contratos de fideicomisos deberían ser sometidos a refrendo contralor.

El sustento normativo del ICE es bastante complejo, pero una vez analizado, es factible comprender el sustento de su tesitura en la cual consideran que sus contratos realizados vía fideicomiso no serán sometidos a refrendo contralor. Complejo en el tanto es necesario entender la concatenación de ideas que efectúa el Instituto en su fundamentación y es preciso comprender que la interpretación de normas se basa en más

¹³⁰ Ver anexo 4. Entrevista a Licda. Iliana Rodríguez Quirós, Directora de la Dirección de Contratación Administrativa del Instituto Costarricense de Electricidad.

aspectos que la literalidad de la norma, temas como la teleología o el espíritu del legislador son de gran trascendencia a la hora de realizar la interpretación de una norma como la que se discute, que no cuenta con la claridad necesaria para carecer de ambigüedad en su interpretación y consecuente aplicación.

De tal forma que para analizar la fundamentación, considerada en esta investigación correcta, es necesario partir por la creación de la Ley 8660, llamada Ley de fortalecimiento y modernización de las entidades públicas del sector de telecomunicaciones. Dicha ley fue promulgada con el fin de dotar de armas al ICE para poder competir en la apertura del mercado de telecomunicaciones. Esta competencia es contra empresas de capital privado, las cuales tienen mucha más facilidad para contratar, en contraposición del ICE, donde la burocracia evita la gestión eficaz de proyectos. Para solventar el problema de excesiva burocracia, el legislador creó una ley especial para, entre otros factores, solventar este problema generado al ICE con la apertura del mercado de telecomunicaciones. Por consiguiente, la ley que rige al ICE es la ley especial creada por el legislador para la institución en los términos ya conocidos.

Específicamente el artículo 20 de la Ley 8660 indica que la contratación administrativa por el ICE se regirá por dicha ley, que se excluyen los procedimientos mencionados anteriormente de la LCA y esta será aplicada solo de forma supletoria.

Sin embargo, lo que pasa por alto la CGR y la PGR en su tesis es que si bien no hay norma que de forma literal indique que al fideicomiso no ha de aplicársele refrendo, existen otras como el artículo 20 en cuestión que de forma expresa indican a la CGR que la forma de fiscalización exterior deberá ser por control posterior. En vista que el refrendo forma parte del control previo, *a contrario sensu* la ley no prevé control previo para los contratos ejecutados por el ICE como norma general.

No obstante, la Ley 8660 sí indica como forma excepcional en el régimen especial del ICE cuáles contratos podrán ser sometidos a refrendo contralor, este es el caso de la licitación pública y la contratación directa. Es en estos casos previstos por los artículos 22 y 29 que el legislador otorga la excepción al control posterior, pues son figuras ordinarias con controles previos establecidos.

El artículo 29 hace una estipulación de los contratos sometidos a refrendos, dicha estipulación a ciertos contratos, entre los cuales no se menciona el fideicomiso, sino la

licitación pública. Esta norma a contrario de lo que interpreta la CGR y la PGR es una norma *numerus clausus*, lo cual no da lugar a una interpretación extensiva y no existe nada en la norma que permita interpretar que el referendo está regulado para otras figuras que no sea el fideicomiso con fondos públicos.

Otro artículo que ayuda a fundamentar la tesitura del ICE, que es respaldada por la investigación, es el 23 inciso g). El artículo 23 de la Ley 8660 dicta que además de las excepciones a los procedimientos ordinarios de concurso previstas en el marco normativo general de la contratación administrativa, el ICE podrá aplicar como causal de exclusión la contratación de un fideicomiso, o sea, el contrato por medio de fideicomiso es razón suficiente para no seguir los procedimientos ordinarios de contratación administrativa. Dentro de los procedimientos que pueden ser excluidos está como consecuencia el referendo, el cual es un procedimiento ordinario de contratación administrativa.

En el escenario planteado, donde se considera existe ambigüedad de una norma, no le corresponde a la CGR hacer interpretaciones de la legalidad o constitucionalidad de una norma, acción que llevó a cabo dentro de los oficios impugnados en el proceso.

Otro elemento para realizar una interpretación certera es el dictamen afirmativo de la Comisión Especial de Contratación Administrativa de la Asamblea Legislativa, donde claramente se reafirma el espíritu del legislador en la norma específica, en relación con la posibilidad de eliminar el control previo y sustituirlo con control posterior.

Finalmente, el argumento de la constitucionalidad de la norma que avala el control posterior en la contratación administrativa llevada a cabo por el ICE, emanado de un voto de la Sala Constitucional, el cual es vinculante para la CGR, y deslegitima el tan trillado argumento de la CGR que el referendo contralor es dado por mandato constitucional.

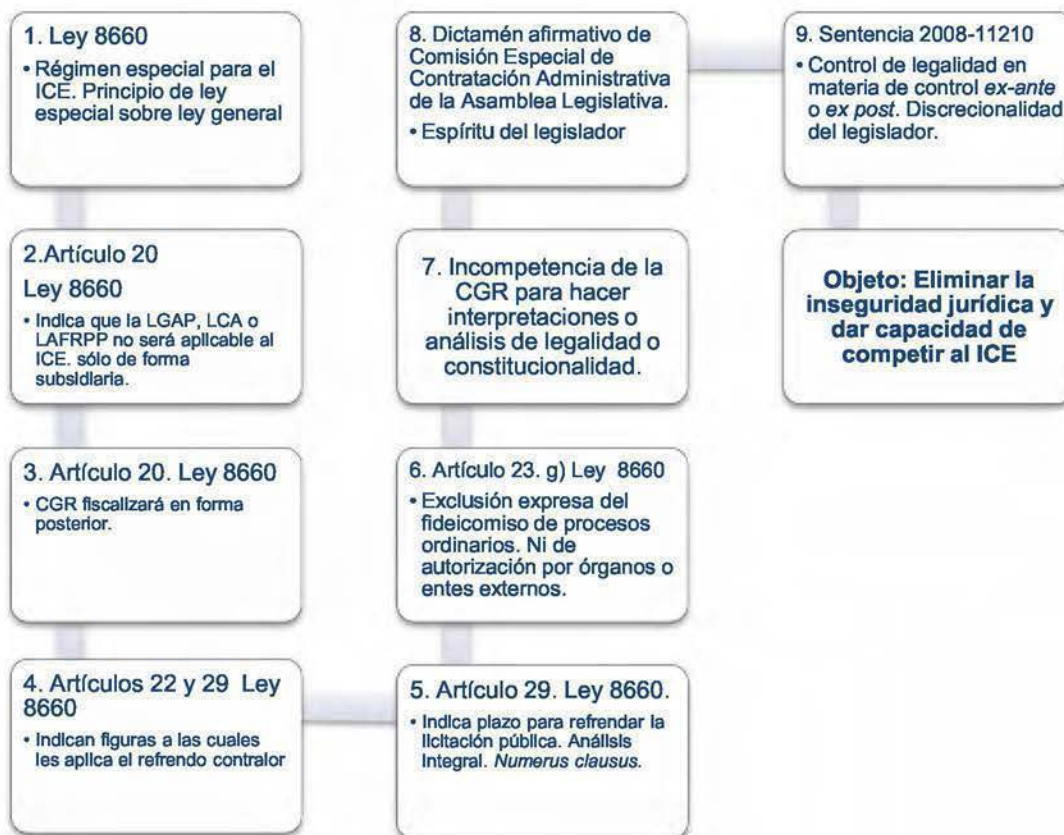


Ilustración 3. Fundamentos de demanda ICE. Fuente: Elaboración propia

El gráfico muestra con claridad los fundamentos, recién explicados, de la demanda presentada por el ICE, que se constituyen en tres pilares, a saber: su régimen especial, dentro de los cuales se encuentra una diversidad de artículos que apoyan su tesis, el voto de la Sala Constitucional 08-11210 en cual se indica que es constitucional un control *ex – post* y el tema queda a discreción del legislador; finalmente la interpretación originaria de la Ley 8660, dada por las actas en las cuales se vislumbra el espíritu del legislador al redactar dicha ley.

La Licda. Rodríguez considera que: “el fideicomiso es una herramienta de contratación administrativa que tiene ciertas ventajas, una es que se rige por los principios de contratación administrativa nada más, por razones financieras porque se hace fuera de balance”.¹³¹ Por esta razón, el ICE ha realizado varias contrataciones exitosas vía fideicomiso. El ICE inicia el proceso del fideicomiso en el entendido que la ley vigente,

¹³¹ Rodríguez Quirós, Illiana Directora de la Dirección de Contratación Administrativa del ICE (2013).

aplicable era la 8660, con la seguridad jurídica que dicha ley le brinda a la institución. Esta seguridad se ve diezmada con las resoluciones que emite la Contraloría, en el sentido que esta desconoce la legislación del fideicomiso como figura extraordinaria y le aplica los controles previos de las figuras ordinarias de contratación.

No obstante, como lo indicó la Licda. Rodríguez, este es el único de los controles previos objetado por la institución, pues esta ve con buenos ojos el régimen recursivo previo a la aprobación del contrato y en el entendido que una vez aprobado el contrato, es la unidad ejecutora la que resolverá cualquier recurso o disyuntiva que se presente.

También indica la Licda. Rodríguez que esta tesitura de la Contraloría General de la República, plasmada en las tres resoluciones recurridas, contraviene por completo el espíritu del legislador no solo en relación con los artículos señalados supra, como el numeral 29 que regula el plazo del refrendo exclusivamente en licitaciones públicas, sino en general el espíritu y el propósito de la Ley 8660 que era colocar a las instituciones del Estado en una posición donde la apertura del mercado de telecomunicaciones no significase su quiebra por falta de herramientas para competir, es decir, proponía una mayor eficacia para los procedimientos de desarrollo del ICE con una fiscalización de los fondos públicos, sin embargo, dicha fiscalización debe ser posterior si se pretende seguir el cometido de la ley.

En relación con la conciliación, de la cual el expediente no brinda más que los cuatro puntos base de la misma. La licenciada explica que esta decisión fue tomada por los jefes del ICE, lo anterior en vista que el proyecto RANGE era necesario ejecutarlo inmediatamente y el proceso llevaba varios meses sin vislumbrarse ninguna decisión.

Es así que a pesar de ser un contrato cuya ejecución ya había iniciado, la CGR de forma excepcional sometió el contrato a refrendo y se prevé que el mismo esté listo para reanudar su ejecución pronto. Esto a pesar que la CGR anuló todas sus actuaciones y será necesario retrotraer el proceso al inicio del mismo. Se podría creer que es un pulso ganado por la Contraloría, en vista que la conciliación básicamente acepta las pretensiones de esta, no obstante, es posible considerar que es un pulso perdido por la sociedad costarricense, lo anterior debido a que en entrevista con la licenciada Rodríguez, esta anuncia que probablemente el ICE no continuará con contrataciones por fideicomiso público y siendo esta una herramienta con un potencial muy grande para solventar el tan necesario vacío infraestructura nacional, como lo han indicado tanto profesionales, en

diversos medios y con tantas virtudes como lo señalaba la licenciada Rodríguez supra, parece ser que el pulso lo pierde la sociedad costarricense.

Es tiempo que la contralora General de la República, la división de contratación administrativa, dé la legitimidad de las actuaciones citadas, pues en el marco de esta investigación, dichas opiniones no solo son desprovistas de sustento normativo, sino que además versan contra la real posibilidad del ICE a competir contra otras empresas en el campo de las telecomunicaciones. Se podría inclusive afirmar que de continuar atrasando y trabando su desarrollo, el ICE no podrá seguir compitiendo, al no poder desarrollar proyectos que ofrezcan a sus clientes mejores condiciones en las telecomunicaciones.

ii. Unidad Ejecutora del Fideicomiso. Empresa GIP Ltda¹³²

La entrevista fue realizada al ingeniero civil José Miguel Mena, quien es Gerente de la empresa GIP Ltda., dicha empresa ha sido la unidad ejecutora en todos los fideicomisos llevados a cabo por el ICE. Es necesario aclarar que la unidad ejecutora es no es dependiente del ICE, sino que es una empresa dedicada a fiscalizar la ejecución del contrato de fideicomiso y, en este sentido, es necesario contemplar su perspectiva. Para el gerente de la unidad, el fideicomiso es de mucha utilidad al resolver dos problemas esenciales relacionados con la infraestructura: la falta de dinero y la falta de capacidad de gestión de las instituciones estatales.

Para el ingeniero Mena, el refrendo ha sido una figura cuya filosofía, bajo la cual fue construida, tiene mucho sentido, sin embargo, con la implementación de contratos modernos ha caído en obsoleta. Considera que debido a la especialidad de las instituciones estatales como el ICE, resulta difícil para la Contraloría comprender la tecnicidad inmersa en estos contratos y en razón de lo anterior, indica que las sugerencias que conlleva el refrendo, normalmente condicionado por parte de la CGR, es clara evidencia de la falta de comprensión por parte del órgano superior fiscalizador.

Indica también el gerente de la Unidad Ejecutora de los proyectos del ICE que tanto el sistema recursivo como el refrendo contralor producen grandes atrasos en el desarrollo de los proyectos y señala que en vista que la Sala Constitucional ha indicado que el control posterior es constitucional, la CGR debería enfocarse en realizar un exhaustivo control ex

¹³² Ver anexo 5. Entrevista con el Ing. José Miguel Mena Gerente de Unidad Ejecutora GIP LTDA.

– *post*, con el fin también de permitir al ICE, competir y llevar a cabo sus proyectos de una forma más eficaz.

iii. Contraloría General de la República

Tal como se indicó supra, a pesar de los diferentes esfuerzos realizados para obtener una perspectiva más amplia de la Contraloría General de la República como protagonista de la misma, dichos esfuerzos no lograron obtener una respuesta positiva para colaborar con la presente investigación.¹³³ En vista de lo anterior, se hará un análisis de la perspectiva de la CGR con base en los documentos emitidos por el órgano rector al respecto, sin la oportunidad de acceder a información adicional que podrían otorgar sus funcionarios en función del crecimiento intelectual.

La CGR alega que un objetivo de la Ley 8660 es garantizar la rendición de cuentas y la evaluación de resultados por parte del ICE y sus empresa y considera, por lo tanto, que no se puede excluir la aplicación de los artículos 11 y 184 inciso 1) de la Constitución Política de Costa Rica y de lo anterior deducen que el refrendo como control previo debe aplicarse sin distinción a todos los sujetos pasivos de la fiscalización. No obstante, esta interpretación es basada en una falacia, pues el ICE nunca evitó la rendición de cuentas o la evaluación de resultados, simplemente considera que para poder competir de una manera más eficiente, sería mejor fiscalizar los contratos ejecutados por la institución de manera posterior, tesis apoyada por la Sala Constitucional en el voto 2008-11210, en el cual los magistrados de dicha Sala indican que es constitucional el control posterior, como lo plantea la Ley 8660 y en caso que el legislador deseara que la normativa versara, se encontraba con toda la potestad discrecional para así hacerlo. Además que tal como lo menciona el ICE en sus fundamentos, los únicos competentes para interpretar una ley en este sentido o un artículo de la Constitución Política es el Tribunal Contencioso Administrativo y la Sala Constitucional, respectivamente, es así que desconocer el voto supra citado de la sala es imposible, pues como se indicó, los votos de la Sala Constitucional son de aplicación *erga omnes* o, lo que es lo mismo, respecto a todos. Por lo tanto, no es posible que la CGR ignore dicho voto.

¹³³ Anexo n° 6.

Considera además que de la Ley 8660 no se encuentra alguna norma que disponga de forma clara que los contratos de fideicomiso no estén sujetos al refrendo contralor. Si bien, lo admitió la directora de la Dirección de Contratación Administrativa del ICE en la entrevista que la redacción no es la más feliz, pues adolece de claridad, el establecer que en ninguna norma se excluye el control previo de forma explícita, es correcto, pero dicha norma es complementada con un reglamento ejecutivo, el cual funciona en relación con la ley específica cualquier duda que pueda surgir, además de las otras herramientas como el dictamen afirmativo de la comisión de la Asamblea Legislativa donde se vislumbra el espíritu del legislador. En este sentido, señala la CGR que no existe norma de rango legal que excluya de forma rotunda el refrendo y, por consiguiente, el desarrollo reglamentario de dicha ley, implementado mediante decreto ejecutivo N° 35148-MINAET, no puede establecer regulaciones que modifique de forma expresa o implícita la aplicación del refrendo contralor.

Existe un dato importante que arguye la CGR y no es contrarrestado por el ICE y es que en adición dicho reglamento versa contra el reglamento sobre refrendo de las contrataciones de la Administración Pública que emite la CGR y tal como dictan los artículos 10, 11, 12 y 20 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, este tiene prevalencia por sobre las regulaciones de otros órganos y entes que conforman la Administración Pública.

Así mismo, como sustento a su posición los contratos llevados a cabo con fondos públicos por la Administración, especialmente aquellos de mayor cuantía, serán sujetos al refrendo contralor y de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política de Costa Rica, sin embargo, el hecho que esté sujeto no significa que sea un requisito *sine qua non* donde la CGR no pueda ejercer la fiscalización, *a contrario sensu* esta potestad será determinada por la CGR y no es un mandato constitucional ineludible como lo plantea la CGR. En lo que si lleva la razón el órgano fiscalizador es que se deben fiscalizar los fondos públicos, pero esta fiscalización puede ser posterior a la ejecución del contrato, como lo indicaron los magistrados en el voto 2008-11210 de la Sala Constitucional.

También, es importante acotar que la CGR ha quedado rezagada en la generación de reglamentos que regulen el tema, pues en la actualidad existe diversidad de contratos modernos que están siendo utilizados por la Administración, contratos extraordinarios, cuyos beneficios serán desperdiciados si la Contraloría no actualiza sus sistemas de fiscalización.

La Contraloría considera que el constituyente originario dotó al órgano para el cumplimiento efectivo de sus cometidos constitucionales, previendo injerencias de otros entes o poderes estatales, en virtud de obtener una fiscalización eficiente sobre la legalidad de los contratos donde se dispongan recursos estatales.

En adición, indica el órgano contralor que la potestad de reglamentar en cuanto al refrendo o cualquier otro trámite o proceso que le corresponda a este ente, lo anterior en virtud del artículo 23¹³⁴ de la Ley orgánica de la Contraloría General de la República.

De manera que la CGR considera que al no ser excluida explícitamente por la Ley 8660 y al no tener competencia el ICE vía decreto ejecutivo o reglamento interno¹³⁵ de regular un tema cuya competencia le pertenece exclusivamente a la CGR y respecto a la Ley 8660 considera que no es posible que contradiga el mandato constitucional al tratar de limitar las potestades que la Constitución otorga al órgano contralor.

La Contraloría como parte demandada de este proceso cree que no resulta discrecional o disponible para este ente, excluir a un sujeto pasivo del control previo externo, con ocasión de las interpretaciones que hace el ICE de la Ley 8660. Consecuentemente la CGR determina que los contratos de fideicomiso se encuentran sujetos al control previo externo, ejecutado por la Contraloría General, en específico el que se debate en este proceso, el refrendo contralor. Este es un requisito de eficacia ineludible, en caso de omitirse el mismo, su ejecución será prohibida y tendrá sanción de nulidad, según el artículo 20 LOCGR citado supra.

Finalmente, en relación con lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 8660 en relación con que los fideicomisos constituidos tendrán la fiscalización y supervisión de la “Superintendencia Financiera correspondiente”, la CGR señala que esto no excluye el control de parte del ente superior de fiscalización, pues el artículo 14 de LOCGR menciona que la Auditoría General de Entidades Financieras como órgano contralor no exime la fiscalización de la Contraloría General.

*iv. Procuraduría General de la República*¹³⁶

¹³⁴ Artículo 23.- POTESTAD REGLAMENTARIA

La Contraloría General de la República tendrá la potestad exclusiva para dictar los reglamentos autónomos de servicio y de organización, en las materias de su competencia constitucional y legal.

¹³⁵ Reglamento interno del ICE, aprobado por el Consejo Directivo de la Institución.

¹³⁶ Ver anexo 7. Entrevista a la Lic. María del Rosario León Yanarella. Procuradora.

La procuradora asignada al proceso en estudio fue la Licenciada María del Rosario León Yanarella, quien accedió a colaborar en la investigación.

La licenciada León explica que se interpuso en primera instancia una defensa previa de indebida integración de la Litis. Señala la procuradora que la litisconsorcio pasiva necesaria para ese caso había sido mal planteada, pues en este tema en particular la Procuraduría General de la República no debió haber sido codemandada, según lo explica el numeral 12 inciso 5) subinciso b) del CPCA. La PGR consideró que al versar la demanda en actuaciones propias de la CGR y sin existir pretensión que se relacione con el actuar de la PGR o del Estado en su acepción en sentido estricto, como Gobierno central, no debía ser demandada por actuaciones cuya competencia le son ajenas.

No obstante, la PGR continuó su defensa en el sentido que lo planteó la CGR, considerando que no le asistía el derecho al ICE en sus alegaciones. Lo anterior por cuanto señalaba que no existía claridad en la norma para autorizar la falta de refrendo del ICE. Así lo interpreta también la CGR y si bien la misma directora del área de Contratación Administrativa del ICE admitió que la redacción de la Ley 8660 no es la idónea y consecuentemente no hay ningún artículo que expresa y claramente defina que están los contratos de fideicomiso del ICE eximidos de refrendo contralor, este debe seguir aplicándolo según la LOCGR y el RRCA.

A pesar de las explicaciones de la licenciada León sobre su perspectiva del proceso y la necesidad imperante de la CGR de continuar con el mandato constitucional de fiscalizar tanto *a priori* como *a posteriori*, la curiosidad sobre la posibilidad de la PGR como órgano superior consultivo técnico-jurídico de la Administración Pública; representante judicial del Estado; asesor de la Sala Constitucional; Notario del Estado; y facilitador de información jurídica a la sociedad podía eventualmente estar en desacuerdo con la posición de la CGR, aunque claramente no es el presente caso. Ante tal cuestionamiento, la licenciada explicó que por las diferentes competencias que tenían ambas instituciones, la PGR no podía contradecir o corregir en algún tema consultado o disputado, ya sea en vía administrativa o en vía judicial. Lo anterior en vista que podría considerarse que la CGR al no tener capacidad de interpretación constitucional o legal, pues no es el órgano competente, la PGR pudo haberse allanado o de alguna manera indicado a la CGR que se estaba excediendo en su competencia. A esta última interrogante, la licenciada León explicó que se necesitaba autorización de la Procuradora General de la República para

allanarse en una demanda y que en caso de actuar diferente a como lo hizo, hubiese estado fuera de sus competencias.

De esta forma, con base en este proceso lógico de razonamiento de la procuradora, esta decide que resulta admisible la posición del órgano contralor, en el tanto se da una aplicación lógica a las normas propias que regulan el caso particular del ICE en lo que a contratos de fideicomiso se refiere, esto sin obviar lo antes indicado respecto a la idoneidad de la CGR, que en definitiva es el competente para emitir criterios en esta materia.

Conclusiones y recomendaciones

A. Conclusiones

La presente investigación tenía como meta identificar si la hipótesis planteada encontraba asidero en la teoría y en la práctica legal costarricense. Es decir, si existía normativa suficiente y casos donde efectivamente se confirmara la hipótesis de este proyecto, la cual cree que la aplicación de controles previos en la figura del fideicomiso desnaturaliza la herramienta jurídica señalada, restándole validez como figura que podría dotar de mayor eficiencia la gestión de los proyectos de obra e infraestructura.

Con el objetivo general de determinar si los controles previos aplicados a la figura del fideicomiso público son eficaces, si tienen sustento normativo y si es la herramienta ideal para implementar en grandes proyectos de obra e infraestructura pública; se inició el trabajo de investigación. Se determinaron tres objetivos específicos, el primero explicar los conceptos básicos de la figura del fideicomiso; respondiendo a este objetivo se elabora el primer capítulo, analizando los conceptos básicos de un fideicomiso.

Dentro de la elucidación de la teoría general del fideicomiso se determinó que la propiedad o los bienes fideicometidos no se traspasan ni pertenecen a ninguna de las partes, sino que constituyen un patrimonio autónomo y en términos generales el fiduciario tiene responsabilidad al asumir la propiedad para su administración, inversión u otro. Este tema tiene gran preeminencia al analizar las ventajas de utilizar esta figura en el sector público de contratación administrativa, lo mismo porque no se confunde el patrimonio del fideicomiso con el del fiduciario y porque este último corre con responsabilidad del patrimonio a la hora de llevar a cabo un control posterior y determinarse algún mal manejo de los fondos públicos.

Es necesario hacer la acotación que la responsabilidad del fiduciario no menoscaba la responsabilidad de la administración la cual debe contar con suficiente recurso humano para gestionar una fiscalización constante y veraz.

También al analizar el marco teórico de la figura de fideicomiso fue posible identificar una ventaja del patrimonio del fideicomiso tal y como es concebido en la doctrina, es su capacidad de ajustarse a las necesidades de las partes, es decir, el patrimonio puede ser identificado claramente uno por uno e inclusive en el caso que provengan de diferentes patrimonios, además este puede ser adicionado por nuevos bienes o en general simplemente modificando el contenido del patrimonio, ya sea extrayendo o traspasando los mismos. El contrato de fideicomiso es, por lo tanto dinámico, inclusive puede circunscribir bienes futuros e inciertos. Dicha ventaja podría ser funcional para la Administración, la cual puede iniciar un contrato de fideicomisos con una cantidad de recursos insuficientes, proyectándose con el presupuesto de un próximo periodo.

Sin embargo, tal como lo planteaba la Directora de la Contratación Administrativa del ICE, también es útil esta figura para realizar proyectos sin tener el presupuesto, pues fideicomisos como el de titularización permiten captar fondos y desarrollar la obra necesaria.

Por su parte, en relación con la contratación administrativa se tiene como base la teoría de los contratos del Derecho Privado, su piedra angular en realidad versa sobre esa función administrativa, la cual tiene como objetivo la satisfacción del fin público. Dicho objetivo o finalidad por parte de la Administración dota a la misma del uso de principios rectores de la contratación administrativa, los cuales tienen como designio el mejor uso de los bienes y los procesos de contratación para alcanzar el fin público.

Entonces, se tiene que los métodos ordinarios de contratación son la licitación pública, la licitación abreviada y contratación directa de escasa cuantía. Esta clasificación corresponde a dos referencias básicamente: los límites de contratación y la cuantía del negocio, y la naturaleza del objeto contractual. En su punto opuesto, se tiene a la contratación extraordinaria que a *contrario sensu* y de forma excepcional omite la aplicación de ciertos principios básicos. Dentro de los procesos de contratación extraordinarios, se tiene el fideicomiso con fondos públicos. En los procesos extraordinarios no se deberían aplicar controles ordinarios, como se ha mencionado a lo largo de la investigación, específicamente el control ordinario que parece no cumplir con

su objetivo y carecer de efectividad. Sino que su aplicación también debería ser extraordinaria siempre respetando los principios rectores de la contratación administrativa y el marco normativo de la contratación, en lo que se refiere a prohibiciones, sanciones y transparencia.

Se tiene también que esos principios para el derecho son imprescindibles en cuanto a la interpretación de las normas y de la aplicación de las mismas en casos específicos, que son utilizados de forma supletoria en el Derecho. Pero en el caso de los procesos extraordinarios son el único sustento para sus acciones y la única guía para el proceso, lo anterior en vista del vacío existente en su regulación. Así, presentándose dicha laguna normativa es que los principios rectores han sido tomados en cuenta por parte de los juzgados y tribunales a la hora de la resolución de conflictos relacionados con la contratación administrativa, especialmente en procesos extraordinarios como lo es el proceso de fideicomiso con fondos públicos.

De aquí es de donde proviene el objeto de la presente investigación, pues si bien se encuentra regulado el fideicomiso en el ordenamiento jurídico costarricense, lo está como figura del Derecho Privado, la cual ha sido utilizada por la Administración Pública, en la llamada huida del derecho público. Es decir, el concepto de fideicomiso público no tiene la regulación deseada para desarrollarla como medio alternativo de desarrollo nacional, sino simplemente la Administración ha conseguido una licencia para acceder a ella, pero bajo supuestos inconstantes. Con tales vacíos se ha incorporado a la senda de la contratación administrativa, pero con la variante que es la Contraloría General de la República (CGR) la encargada de llenar todos estos vacíos por medio de consultas y dictámenes; interpretando los principios y aplicándolos al proceso extraordinario de fideicomiso público. Esta variante tiene sus ventajas y sus desventajas, como desventaja se determinó que existe inseguridad jurídica ante los pronunciamientos no siempre congruentes de la CGR, mientras que como ventaja la figura de la contratación administrativa se adapta a las necesidades de la administración y esta puede variar, pues no se encuentra un solo modelo para ser aplicado en general. De esta forma, la administración puede elaborar contratos con el diseño tan creativo como su necesidad e imaginación le dicten.

El fideicomiso público, se determinó, es el contrato administrativo por el cual la Administración -en su sentido amplio- transmite a un fiduciario un recurso público, con el

fin que este lo utilice de forma legal y legítima según dicte la administración con el objetivo de satisfacer el interés público. Por lo tanto, se basa en la figura del contrato de Derecho Mercantil de fideicomiso, con los matices que le plantea el involucrarse con la Administración, es decir: la relación con los principios del Derecho Administrativo, en específico el principio de legalidad, la fiscalización necesaria por parte de la CGR, por tratarse de recursos públicos.

Se estableció en el trabajo investigativo teórico que en reiteradas ocasiones la CGR ha indicado mediante sus dictámenes que si bien un requisito esencial para la contratación administrativa vía fideicomiso es la autorización legal, para que cada Administración pueda ejercer el fideicomiso público, este no es el único requisito, pues incluso cumpliendo dicho requerimiento esencial, también existe otra posibilidad dada por el artículo 3 de la Ley de Contratación Administrativa para acceder a cualquier tipo de contratación.

Sin embargo, se encuentra otro requisito, en cualquiera de los dos casos mencionados con anterioridad, sin el cual la CGR no permite su uso: es necesaria para la aprobación de la implementación de un contrato de fideicomiso, además de una norma habilitante, la justificación que razone y justifique por qué este medio es el idóneo para conseguir y garantizar el fin público perseguido.

El fideicomiso público es aceptado por la CGR cuando no sea una forma que un ente o institución estatal delegue sus funciones principales en un fiduciario, traspasando su actividad sustantiva a un tercero sin legitimación e investidura. Tampoco cuando lo que se busque sea eludir la fiscalización de la CGR o algún otro resultado que no sea una forma eficaz de alcanzar un fin público.

A través del análisis de políticas y regulaciones, se determinó que la norma autorizante da una posibilidad potencial de recurrir al fideicomiso público. En adición a este, debe haber un estudio que identifique las razones por las cuales es en el mejor interés del país elaborar un fideicomiso en lugar de algún otro contrato para perseguir ese fin público en específico. La CGR debe asegurarse que no existe un motivo ulterior para acceder al fideicomiso como alguno de los que se enumeró anteriormente. Por último, es necesario que la Administración o ente que ejecute dicho fideicomiso se asegure que se cumpla con todo lo esbozado en su proyección, con una fiscalización diligente y, de esta manera, que

los fondos públicos sean utilizados para conseguir un fin público siguiendo los principios de transparencia y legalidad que rigen el proceso contratación administrativa.

El segundo objetivo consistía en analizar los controles previos presentes en la contratación administrativa y la aplicación de ellos en fideicomiso con recursos públicos en Costa Rica. Este objetivo fue planteado en el segundo capítulo.

En primera instancia, fue importante determinar el rol de la Contraloría General de la República como la institución encargada de vigilar el uso de los recursos públicos que utilizan las instituciones del Estado. Para analizar las funciones de forma sistemática, se dividió el total en dos grandes grupos: controles previos y controles posteriores.

A través de esta división fue posible determinar que los llamados controles previos se utilizan de forma preventiva para asegurar que el uso de los fondos públicos se haga de forma responsable y transparente. Sin embargo, de acuerdo con relativamente recientes sucesos a nivel nacional es posible decir que a pesar de la aplicación de tales controles previos que se han dado desde hace más de 60 años por parte de la Contraloría, los hechos delictivos a raíz de la corrupción no han sido prevenidos con dichos controles, inclusive en los últimos años se han denunciado malversación de fondos públicos por montos millonarios en procesos de contratación administrativa que han contado con refrendo contralor. Dicha situación deja en evidencia que estos controles públicos no cumplen con su cometido de prevenir y asegurar que el uso de fondos públicos se haga de forma responsable y transparente. Lo anterior probablemente porque el refrendo contralor no es un control idóneo u oportuno.

La CGR tiene bajo sus funciones de fiscalización otras en adición a las de control previo y son aquellas que se llevan a cabo posterior a la ejecución de un contrato o de la ejecución del presupuesto de una institución, en general son utilizadas después que el dinero de la Hacienda Pública ha sido ejecutado. Dichos controles son llamados controles posteriores o *ex – post*. Dentro de los controles que se aplican con el fin de cerciorarse que el uso de los fondos público fue llevado a cabo con transparencia y el mejor interés del fin público, posterior a su ejecución, se encuentran: los estudios a instituciones del Gobierno y las sanciones. Sin embargo, también a través de recientes sucesos a nivel nacional es posible percatarse que la fiscalización posterior no es tan rigurosa como debería y la

aplicación de la normativa en relación con sanciones ha dado lugar a impunidad en razón al uso indebido de fondos públicos.

El control externo realizado por la CGR en su función de contralora de la hacienda, sobre todo en cuanto a la gestión pública, da la percepción a la población que es burocrática, es decir, administración ineficiente a causa del papeleo, la rigidez y las formalidades superfluas. En el mismo sentido que se ha venido indicando que el sometimiento del refrendo no es oportuno, pues en el momento en que un contrato se somete a refrendo contralor, ya la Administración y el licitante han incurrido en una serie de gastos irreparables y en caso de no refrendarse el contrato, no solo vuelve al método de control contraproducente, sino que anacrónico.

Se comprobó, así mismo, que el objetivo primordial del control previo es, por lo tanto, impedir un perjuicio, *antes* que este se produzca, en el erario público o en la consecución del fin público, es decir, que este no sea satisfecho. No obstante, al ser el refrendo un estudio de legalidad y no de oportunidad o costo, evita que no sea un control contrario al ordenamiento jurídico, pero no evita crear un perjuicio a la Administración, antes que se vean afectados los fondos públicos.

En relación con la aplicación de dichos controles previos al fideicomiso, se expuso que la aprobación del presupuesto y el visado no son aplicables a la contratación de bienes y servicios por fideicomiso. Respecto del visado, se puede indicar que luego de un estudio de la actividad realizada por la CGR, en este tipo de control previo, se emitió el “Reglamento sobre el visado de gastos con cargo al presupuesto de la República” y el “Instructivo sobre aspectos mínimos a considerar en el análisis de los documentos de ejecución presupuestaria en el proceso de visado”, con los cuales se delegó dicho control a la Administración; a través de este se les indicó pautas y el acompañamiento para efectuar dicha verificación.

En cuanto a la aprobación del presupuesto en el fideicomiso, se expuso que variará según el fideicomiso sea realizado por un ente o institución que cuente con una norma que lo regule o si se efectúa con base al artículo 14 LAFRPP y 3 LAC, llenando las lagunas jurídicas con resoluciones, opiniones e integración con las normas de Derecho Público y Privado que sean aplicables. No obstante, aún en el escenario en que está eximida de aprobación presupuestaria por parte de la Contraloría General de la República en vista de su marco normativo aplicable, la Contraloría General de la República le solicita remitir el

presupuesto con “carácter informativo”. Sin embargo, este tipo de actuaciones como la solicitud del presupuesto, a pesar de no contar con soporte o fundamento normativo, no se considera para efectos de esta investigación perjudicial, por cuanto no dilata el proceso, permite que se realice el proyecto sin la burocracia innecesaria y da elementos a la CGR para llevar a cabo un control y fiscalización más rigurosa de forma posterior.

En el proceso de indagación se encontró que el propósito del régimen recursivo en los procesos que según el artículo 84 LCA citado supra es que tanto la conformación del cartel como la escogencia de oferente que brindará servicios o bienes a la Administración se haga bajo los principios generales que rigen la contratación administrativa, como la transparencia y la igualdad. Además, se busca garantizar mayor cantidad de ofertas y conseguir la oferta más idónea en pro alcanzar el fin público perseguido por la Administración Pública. Así mismo, es un mecanismo que procura evitar situaciones donde se de cualquier tipo de corrupción o situaciones anómalas entre los oferentes y los funcionarios a cargo del proceso de contratación. En este proceso también se determinó que para asegurar los objetivos mencionados con anterioridad, esta es la razón de ser de la jerarquía impropia en el régimen recursivo de procesos de contratación administrativa por montos altos, pues la CGR trabaja bajo el supuesto que es en estos contratos, los de mayor monto, en los que se tiende a producir mayor malversación de fondos públicos.

Se determinó y es de gran importancia para esta investigación que la CGR ha reconocido que las condiciones actuales de contratación, los montos de contrato y la cantidad de contrataciones que se realiza con fondos públicos es de forma exponencial a través de los años. Inclusive con estos datos la CGR sigue considerando al refrendo contralor apto como control previo, sin tomar en cuenta que no son de la misma magnitud que en el momento en que el constituyente los contempló en la Constitución Política.

Es la opinión de la investigadora que corresponde realizar un ajuste en las políticas de control previo del ordenamiento jurídico costarricense, específicamente en referencia al refrendo contralor. En razón de las condiciones actuales: del tamaño del estado, la cantidad de contratos que se ejecutan, con las estimaciones de los negocios y su complejidad, deberían de eximir ciertos contratos que por su tipología, por considerarse altamente complejos y delegar este refrendo a la Administración, que ya los conoce y que en definitiva será la responsable ante la CGR en el control posterior.

Se determinó también a través de la investigación que si bien existe un mandato constitucional que obliga y dota este ente de fiscalización superior a controlar y fiscalizar cualquier contratación realizada con fondos públicos, también es necesario para una mejor gestión pública que el órgano superior de fiscalización no tome acciones sin un estudio concienzudo de la teleología de estas. Se explicó que la supuesta potestad ineludible por parte de la CGR de realizar control previo, que no le permite sustituirlo por control posterior es incorrecta, pues el voto 08-11210 admite la constitucionalidad de la Ley 8660 y consecuentemente, la posibilidad que la CGR efectúe control posterior y omita el refrendo, dejándolo a discrecionalidad del legislador. Es decir, la competencia de orden constitucional dada a la CGR es simplemente la de fiscalizar la Hacienda Pública, la determinación de qué tipo de control ejercerá el órgano contralor es de competencia legal. Siendo la aplicación del refrendo o de otro tipo de controles un tema que le compete regular de forma exclusiva al legislador.

En el mismo sentido, se explicó que el proceso de control de refrendo se ha criticado, pues este ha venido a diluir la responsabilidad de la administración pública gestionante, en lugar de permitir que esta sea la única responsable de todo el proceso y la CGR dedicarse a realizar un control posterior exhaustivo. En el caso que existiese la situación donde sanciones sean pertinentes, la cantidad de funcionarios responsables sería menor facilitando la aplicación de dicha sanción.

El refrendo se vuelve repetitivo e innecesario, es un visto bueno en relación únicamente con el ordenamiento jurídico, como se mencionó anteriormente. Sin embargo, también es menester considerar que la Unidad Interna de Asesoría Jurídica y la Proveeduría ya han realizado procedimientos de control y se responsabilizan por los mismos, entonces no existe un mayor aporte por parte de la CGR, sino simplemente una reiteración de lo ya analizado por parte de la administración interna y consecuentemente un procedimiento por completo innecesario por carecer de innovación y de verdadero aporte al proceso. El refrendo es la repetición de un acto ya efectuado por la Administración interna.

Se ha optado por la figura del fideicomiso con fondos públicos en varios casos a nivel nacional por ser un proceso más expedito, que brinda beneficios a la administración pública al agilizar la gestión y procurar la satisfacción del fin público, y si bien la aplicación del fideicomiso fue exitosa en casos de como proyectos importantes para el país. Como por ejemplo en el ámbito de energía, el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) contrato fideicomisos para los proyectos de Peñas Blancas y Cariblanco y el Proyecto

Térmico Garabito, actualmente los atrasos innecesarios y burocráticos que parecen más un pulso de poder que otra cosa han perjudicado la ejecución de contratos de fideicomiso como RANGE, a tal grado que el ICE está considerando no realizar más proyectos con este medio contractual.

En general, parece ser el contrato de fideicomiso con fondos públicos una opción innovadora y ágil para la gestión pública, con las advertencias ya hechas por el órgano superior de fiscalización, donde la misma pretende evitar que se utilice para evadir mecanismos de fiscalización y control u otras tantas situaciones para las cuales la figura no es idónea, cuando su verdadera idoneidad se encuentra en ser una herramienta de gestión para la Administración.

No obstante su eficacia comprobada en los ejemplos anteriores, el órgano superior de fiscalización se encuentra empeñado apegarse a los mandatos constitucionales de control y fiscalización, según su interpretación del mandato constitucional, haciendo caso omiso a las necesidades contemporáneas y el voto 08- 11210 de la Sala Constitucional.

Es necesario que el órgano contralor no olvide su mandato constitucional, lo debe hacer interpretando las normas con la flexibilidad suficiente, de tal manera que no se pierda el control, pues los fondos públicos no pueden perder supervisión, pero a la vez permitiendo que la Administración satisfaga con intereses y alcance el fin público que persigue en beneficio de la colectividad. Si bien no es una tarea fácil, es necesario que se actúe con esta finalidad, pues tal como plantea la hipótesis de esta investigación, la CGR ha determinado su misión en el control, dejando de lado la procura de alcanzar el fin público, por ejemplo, imponiendo métodos de control previos que no brindan un verdadero aporte a la fiscalización del erario y entorpecen los procesos de contratación, volviendo ordinarios los procesos extraordinarios de contratación como lo es el fideicomiso con fondos públicos.

Finalmente el tercer objetivo versaba sobre la identificación de las necesidades y perspectivas de los sectores interesados sobre la viabilidad, eficacia y pertinencia de los controles previos de fiscalización en el fideicomiso con recursos públicos a través de un caso práctico. Este objetivo fue alcanzado mediante el estudio realizado en el tercer capítulo.

El caso analizado, en el cual el ICE impugnaba criterios emitidos por la CGR que versaban en el sentido que a pesar de la Ley 8660, el ICE debía someter a refrendo sus contratos de fideicomiso. En definitiva, la CGR genera inseguridad jurídica con la incongruencia de sus criterios, ya que en procesos de fideicomiso anteriores llevados ejecutados por ICE no había exigido refrendo contralor, además ignora el voto 08-11210 de la Sala Constitucional que admite se sustituya el control previo por el posterior y determina que lo plasmado en la Ley 8660 es constitucional.

Si bien la redacción de la ley no es la más clara, en definitiva los elementos como la voluntad del legislador inteligible en las actas de aprobación de la comisión de la Asamblea Legislativa apoyan la tesis fundamentada del ICE.

En definitiva, es de considerar que las normas aplicadas por CGR no pueden ser destinadas a la Administración como una fórmula matemática sin analizar circunstancias en las cuales se encuentra la Administración y la consecución del fin público, la cual es probablemente la más importante. La CGR debe encontrar ese balance entre una rigurosa fiscalización y la flexibilización de sus directrices teniendo como fundamento la consecución del fin público.

En vista a las conclusiones mostradas con anterioridad, donde a pesar de las grandes ventajas que pueda tener el fideicomiso con fondos públicos como figura por utilizar en la contratación administrativa y consecuente mejoramiento de la infraestructura y proyectos para el progreso a nivel nacional, se puede concluir que la inseguridad jurídica y la burocracia excesiva contrarresta los beneficios de la figura, en adición al inoportuna e insuficiente estudio realizado en control previo por la CGR. Por consiguiente, la hipótesis planteada es comprobada pues en efecto la aplicación de controles previos en la figura del fideicomiso, desnaturaliza la herramienta jurídica señalada, restándole validez como figura que podría dotar de mayor eficiencia la gestión de los proyectos de obra e infraestructura.

A. Recomendaciones

En el análisis y proceso investigación fue posible idear conceptualmente ciertas opiniones de la investigadora con el fin de solventar la problemática planteada en el trabajo de

investigación. Teniendo como comprobada la hipótesis que da lugar a afirmar que los controles previos, en específico el refrendo no deberían ser aplicados en los contratos de fideicomiso con fondos públicos y que en el caso expuesto en el tercer capítulo el Instituto Costarricense de Electricidad llevaba razón al proponer que su tesis en la cual los contratos de fideicomiso no deben ser refrendados con fundamento en la Ley 8660; se pueden dilucidar las siguientes recomendaciones y sugerencias en cuanto a la aplicación de controles previos en los contratos de fideicomisos con fondos públicos.

- Sobre el control en el fideicomiso con fondos públicos en general:
 - El valor agregado de los controles previos: En el análisis de los controles previos se determinó que la aprobación de presupuesto era parte de los controles previos, pero dentro de la investigación, no se logró encontrar argumentos contra este control. Parece ser una herramienta útil para la planificación y el control de gasto en unión con otras posteriores.
Por otra parte, el régimen recursivo, si bien busca que se cumplan los principios rectores de la contratación mediante la jerarquía impropia de la CGR, parece ser que no siempre tiene en ente rector de fiscalización los elementos suficientes de juicio para tomar una decisión fundamentada con criterio técnico, por lo que fundamenta su criterio en que la Administración conoce sus necesidades, dando lugar a recursos donde en un gran porcentaje le da la razón a la Administración. Tanto en el caso de las objeciones donde se denota en el cuadro siguiente que un 46% de declarado parcialmente con lugar y un 39% fue declarado sin lugar o rechazado.

Fallos emitidos en objeción al cartel por instituciones más recurridas en 2012

Institución Licitante	Tipo de fallo						Total general				
	Anulados	Con lugar	Parcialmente con lugar	Rechazados	Sin lugar						
BANCO POPULAR Y DE DESARROLLO COMUNAL	0%	1	6%	6	38%	5	31%	4	25%	16	100%
CAJA COSTARRICENSE DE SEGURO SOCIAL	0%	3	7%	16	36%	17	38%	5	11%	45	100%
CONSEJO NACIONAL DE VIALIDAD	0%	1	8%	7	54%	4	31%	1	8%	13	100%
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-PODER JUDICIAL	0%	1	8%	7	54%	4	31%	1	8%	13	100%
INSTITUTO NACIONAL DE VIVIENDA Y URBANISMO	0%	11	19%	23	38%	8	11%	7	12%	57	100%
JUNTA ADMINISTRATIVA PORTUARIA Y DE DESARROLLO ECONOMICO DE LA VERTIENTE ATLANTICA (JAPDEVA)	0%	3	27%	1	9%	4	36%	3	27%	11	100%
MINISTERIO DE HACIENDA	0%	3	17%	8	44%	7	33%	0%	0%	18	100%
MINISTERIO DE JUSTICIA Y PAZ	0%	3	18%	8	47%	4	24%	2	12%	17	100%
MINISTERIO DE SEGURIDAD PUBLICA	0%	0%	9	75%	1	8%	2	17%	12	100%	
MUNICIPALIDAD DE SAN JOSE	0%	0%	2	25%	5	63%	1	13%	8	100%	
TOTAL GENERAL	4	2%	26	12%	97	46%	57	27%	26	210	100%

Fuente: División de Contratación Administrativa.

Ilustración n°4. "Fallos emitidos en objeción al cartel por instituciones más recurridas en el 2012". Fuente: Memoria Anual CGR. 2012

Por su parte, el recurso de apelación a la adjudicación de algún acto no es muy diferente, la Memoria Anual del 2012 redactada por la CGR indica que:

"En el año 2012, la Contraloría General tramitó 436 recursos de apelación al acto de adjudicación, de los cuales un 63% fueron rechazados en un plano promedio de 10 días hábiles, 17% declarados con lugar, 15% declarados sin lugar, 2% declarados parcialmente con lugar, 1% se acogió el retiro por parte del interesado, y para un 2% se dictó la nulidad absoluta".¹³⁷

En el caso del refrendo contralor verdaderamente no se respeta el plazo estipulado en la ley pues, según comentaban varios entrevistados, la CGR tiene la costumbre de solicitar documentos el día antes que venza el plazo, con el fin de suspenderlo. Finalmente, al otorgar el refrendo normalmente lo hace de forma condicionada a que todo lo que diga el expediente sea cierto, se encuentre en concordancia y bajo el respeto de la ley. Es decir, la CGR no asume responsabilidad del control, la delega nuevamente a la Administración y

¹³⁷ Contraloría General de la República. Memoria Anual 2012. San José, La Contraloría: 2013.

su control interno, que debe realizar así mismo un control de legalidad; qué tan profundo y qué tanto aporte brinda a la fiscalización de los fondos públicos el refrendo, si, como se mencionó en el desarrollo del trabajo, los grandes escándalos relacionados con fondos públicos en los últimos años fueron sometidos a control de refrendo. ¿No es hora entonces de dejar la tradición de lado y eliminar ese “control” que no aporta nada a la fiscalización y quita tiempo y recursos a la CGR? Los recursos que podrían ser utilizados se mencionan en la siguiente recomendación.

- Control posterior más riguroso: Tradicionalmente se ha comprendido que el control es competencia exclusiva de la CGR, lo cual evidentemente no ha dado los frutos deseados. Es necesario un cambio de paradigma en el cual el control interno sea preeminente. Con la Ley General de Control Interno se da un paso hacia ese sentido en el cual las diferentes Administraciones Públicas asumen el control previo en sus procesos de contratación. Sin perjuicio que en caso de ser necesario algún tipo de auxilio por parte de la CGR, este se tome como órgano asesor de las administraciones, considerando que este es el órgano de fiscalización superior y en definitiva en caso de duda, este será el más capacitado para solventar cualquier problema que pueda presentarse.

Retomando la idea principal, si se capacitara mejor a las administraciones y se les otorgara la responsabilidad absoluta de ejercer un control previo, este sería más expedito y eficaz, pues como se mencionó y lo ha admitido la CGR en sus memorias y dictámenes: la complejidad de ciertos contratos hacen que su refrendo en un plazo tan corto como el impuesto por el legislador no sea un control que verdaderamente evite que se genere un perjuicio a los fondos públicos.

También, como se ha mencionado, el control de refrendo no cumple su cometido, de prevenir un perjuicio a los fondos públicos, en vista que es un control de legalidad y no de costo u oportunidad. Es lógico que de hacerse un refrendo que sea la Administración quien ha venido trabajando en el proyecto que lo realice, considerando esta vez costo y oportunidad pues además la intervención de la CGR con el refrendo se hace en un momento en que la Administración y el contratista han incurrido en muchos gastos, ha transcurrido

mucho tiempo y la necesidad de alcanzar el fin público es necesaria e imprescindible.

Sin embargo, la propuesta no es simplemente traspasar el un control previo más completo (incluido estudio de costo y oportunidad en el refrendo) al control interno, sino que el control externo se dedicaría además de la aprobación de presupuesto y el régimen recursivo (secciones del control previo externo que se consideran en esta investigación necesarias), a un control posterior exhaustivo y riguroso. Dicho control posterior deberá tener sanciones severas.

La regulación de los fondos públicos es necesaria, pero también es importante que los mecanismos de fiscalización sean efectivos y no se cumplan solo por cumplir un requisito o llevar a cabo un mandato constitucional. Es necesario que la CGR considere si el control previo, en específico el refrendo está cumpliendo con su objetivo de prevenir el perjuicio a la Hacienda Pública. De no ser así, es vital replantearse su accionar y buscar una solución que mejore el control y beneficie a la sociedad.

- Regulación diferenciada entre instituciones pequeñas e instituciones con estructura de formación más consolidada: como se mencionaba en la primera recomendación, no es la misma situación la que se presenta en todas las instituciones y entes públicos, por esto la CGR debería establecer diferenciación no solo de acuerdo con el monto del contrato para aplicar un refrendo, sino también según su estructura, por ejemplo, en municipalidades donde su equipo legal y técnico no es tan consolidado al tener pocos profesionales, no solo es recomendable el control previo por parte de la CGR, sino que es imprescindible su asesoría en caso que cierta institución sin experiencia comprobada y estructura consolidada pretenda involucrarse en un contrato complejo, como por ejemplo, un fideicomiso. Tampoco se propone que todas las instituciones inicien la ejecución de fideicomisos sin discriminación, es necesario recordar la acotación hecha en el primer capítulo, donde además de norma habilitante, es necesario un estudio de factibilidad para implementar un contrato de fideicomiso.

No obstante, es necesario que la CGR haga diferenciación entre instituciones con capacidad, experiencia y estructura suficiente para realizar contratación con mayor capacidad de emisión y otras que necesitan su ayuda. Lo anterior

sin olvidar un control posterior riguroso y la aplicación de sanciones en caso de alguna anomalía en el uso de fondos públicos.

- Refrendo previo: El artículo 15 del Reglamento sobre el refrendo de contrataciones en la Administración Pública¹³⁸ prevé la posibilidad de la aplicación de un trámite alternativo de revisión previa que sustituya el refrendo. Este proceso podría ser implementado con mayor frecuencia y consecuentemente el refrendo podría ser más oportuno y eficaz, siempre y cuando se respeten las reglas enumeradas en el artículo 15 citado supra.
- Sanciones mayores y más eficientes: Con el fin de complementar un control posterior efectivo, es necesario que las sanciones sean mayores y más

¹³⁸ **Artículo 15.- Habilitación de trámite alternativo de revisión previa.**

En los casos de contratos sujetos al refrendo según los términos de este Reglamento, la Contraloría General de la República podrá autorizar a la Administración la aplicación de un trámite alternativo de revisión previa que sustituya el refrendo, según las siguientes reglas:

- 1) El trámite de revisión previa deberá realizarse antes de la recepción de ofertas.
- 2) Solo aplicará cuando el cartel incorpore los términos integrales del futuro contrato, con la salvedad de los aspectos derivados de la oferta adjudicataria. De esta manera, se podrá prescindir del refrendo en el tanto la Administración no varíe los términos del contrato revisado en etapa previa por la Contraloría General de la República. Cuando haya existido variación a dichos términos, deberá someterse el contrato a refrendo, para lo cual la Administración especificará en la nota de remisión referida en el artículo 12 de este Reglamento, los cambios concretos operados así como su sustento técnico, financiero y jurídico, según corresponda.
- 3) Este tipo de trámite aplicará a categorías contractuales y no se establecerá para casos de contratos específicos aislados.
- 4) La Administración interesada en someterse a este trámite alternativo de revisión previa deberá solicitarlo por escrito a la Contraloría General de la República, con la indicación de las razones que lo sustentan, la o las categorías contractuales a las que se pretende aplicar, la etapa del procedimiento en la que se produciría la revisión de la Contraloría General de la República y el formato de cartel que se pretende utilizar, con identificación del esquema contractual incorporado.
- 5) La Contraloría General de la República analizará la solicitud y la resolverá dentro de los cuarenta días hábiles contados a partir del día siguiente de su recepción. En caso de aceptarse la solicitud, Contraloría General de la República emitirá la resolución motivada de autorización del trámite alternativo de revisión previa y dispondrá el procedimiento por seguir. Una vez comunicada la resolución de la Contraloría General de la República, la Administración deberá publicar en el Diario Oficial el acuerdo de aplicación del trámite alternativo de revisión autorizado por la Contraloría General, dictado por el órgano competente; en la publicación deberá incluirse el texto integral de la parte dispositiva de la resolución de la Contraloría General. El citado trámite podrá aplicarse a partir de la publicación en el Diario Oficial. La Administración deberá especificar en el cartel del concurso respectivo, si aplicará o no el trámite alternativo autorizado. La omisión de dicha especificación hará presumir que el cartel se someterá al trámite alternativo de revisión previa autorizado.

eficientes, de tal forma que no quedé delito impune en contra de la Hacienda Pública.

Dentro de las sanciones es imprescindible que hayan sanciones reales, que afecten la esfera privada de quien perpetra un delito contra los fondos públicos, como privación de libertad y el pago de daños y perjuicios al Estado, con tipos normativos que sea efectivos en la aplicación de la sanción.

Estas acciones tendrían efectos como en el Derecho Penal, donde la teoría preventiva general indica que las sanciones tendrán efectos en la sociedad de dos sentidos: el negativo, la aplicación de penas a quien utilice los fondos de forma irregular y atente contra el bien jurídico de la Hacienda Pública será procesado y consecuentemente sancionado, esta sanción generará en el resto de funcionarios públicos y sociedad en general aversión a la conducta por miedo a obtener una sanción; y en el sentido positivo, en el cual las personas reafirman las expectativas de cumplimiento de las normas jurídicas que cualquier persona tiene y se ven quebrantadas cuando terceras personas cometen un delito.

Lo anterior en vista que quien atenta contra la Hacienda Pública, atenta contra la sociedad a mayor escala y con efectos más duraderos que quien comete delitos como hurto o robo, pues quien perjudica a la Hacienda Pública perjudica también la consecución del fin público que se persigue, limita las posibilidades del desarrollo al Estado y genera el sentimiento de impunidad para los delitos de cuello blanco, todo lo anterior genera perjuicios a la sociedad desde lo más profundo. Por lo anterior, se deben instaurar sanciones severas y efectivas.

- Legislación especial: al ser uno de los perjuicios más grandes la inseguridad jurídica por el vacío normativo en relación con los contratos de fideicomiso con fondos públicos, sería importante regular la materia a través de una ley que abarque los temas más importantes y de mayor discordia, como los controles, la ejecución de los mismos, su presupuesto, su régimen recursivo antes y después de implementado el fideicomiso, entre otros mencionados en la

investigación. Sin embargo, sería importante que esta fuese una ley marco que regulara los rasgos generales del contrato y permitiera aun así a la administración implementar su creatividad a sus necesidades para realizar un contrato de fideicomiso a la medida que realmente sea una herramienta para llevar a cabo proyectos de infraestructura de forma más eficaz y expedita.

- En relación con el caso en estudio ICE-CGR/PGR: lastimosamente el caso que se estudió en el tercer capítulo de la investigación carece de sentencia por parte del Tribunal Contencioso Administrativo, ya que en su lugar se llegó a un acuerdo conciliatorio en vista que era insostenible para el ICE el litigio, pues el costo en relación con el beneficio del proyecto RANGE era muy alto. Sin embargo, se considera que en el caso específico del ICE, la situación podría verse solventada con una recomendación, la cual no depende de la institución, así que esta se encuentra a la merced de la voluntad de la Asamblea Legislativa, de permitirle utilizar la Ley 8660 para alcanzar el objetivo de esta normativa, la competencia ante la apertura del mercado de telecomunicaciones.
- Interpretación auténtica: en este sentido es importante determinar cuál es el objeto de una interpretación auténtica:

"El objeto de la interpretación es el texto legal como portador del sentido en él depositado, de cuya comprensión se trata en la interpretación. "Interpretación" es, si nos atenemos al sentido de las palabras, la separación, difusión y exposición del sentido dispuesto en el texto, pero, en cierto modo, todavía oculto. Mediante la interpretación "se hace hablar" a este sentido, es decir, este es enunciado con otras palabras más claras, expresado más precisamente y hecho comunicable. Al efecto es característico para el proceso de la interpretación que el intérprete solo quiere hacer hablar al texto, sin añadir o preterir cosa alguna...."¹³⁹

La interpretación auténtica tiene como finalidad dar seguridad jurídica y certeza a los usuarios de la normativa. En este caso la propuesta es implementar la interpretación auténtica del artículo 29 de la Ley 8660 para definir si los contratos de fideicomiso suscritos por el ICE se deben someter a refrendo contralor o no.

¹³⁹ .K, LARENZ: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, 1980, p. 309. Citado por dictamen 273 de la Procuraduría General de la República del 17 de setiembre del 2003 (C-273-2003).

Al respecto es importante determinar quién es el competente para interpretar de forma auténtica la norma. Ante un texto ambiguo que genera diferenciación entre la interpretación de los operadores del Derecho, es importante que quien creó la norma defina cuál es la interpretación correcta con el fin de generar seguridad jurídica a la hora de utilizar la norma referida.

“Dado que solo interpreta auténticamente el autor de la norma, se deriva que el único órgano competente para interpretar una ley es la propia Asamblea Legislativa. Cabe recordar que el artículo 121 de la Carta Política, le atribuye al Parlamento como potestad exclusiva el “dictar las leyes, reformarlas, derogarlas y darles interpretación auténtica, salvo lo dicho en el capítulo referente al Tribunal Supremo de Elecciones”. Puede, entonces, decirse que interpretar en forma auténtica una ley es parte de la potestad legislativa.”¹⁴⁰

En vista de lo anteriormente expuesto, la recomendación para el caso estudiado sería la interpretación auténtica por parte de la Asamblea Legislativa, la cual definiría sin lugar a dudas la sujeción o no de los contratos de fideicomiso suscritos por el ICE al referendo contralor. Pero como se mencionó a lo largo del capítulo tercero, no se comparte la postura de la CGR en ignorar el mandato del legislador por la Ley 8660 y obligar a la institución a someter el contrato a referendo. Sin embargo, más que eso se lamenta la automatización del proceso de control previo, en específico el de referendo, el cual sigue siendo aplicado por la CGR como fórmula mágica que resolverá las deficiencias del sistema de contratación, cuando verdaderamente no se hace un autoexamen de la eficacia de sus controles. Parece ser que en realidad la ambición de la CGR es demostrar su autoridad ante las otras instituciones y entes estatales, en lugar de una visión que procure el mejor uso de los recursos de la mano del desarrollo y el progreso del país.

¹⁴⁰ Dictamen 273 de la Procuraduría General de la República del 17 de setiembre del 2003 (C-273-2003).

Bibliografía

Jurisprudencia

Comisión Especial de la Asamblea Legislativa. «Dictamen afirmativo de mayoría .» San José, 2007.

Contraloría General de la República, Unidad de Autorizaciones y Aprobaciones Oficio N° 12121 (DI-AA-3040), 22 de Octubre de 2001

Contraloría General de la República, División de Contratación Administrativa, Oficio N°1694 (DCA-0391) 22 de Febrero de 2012

Contraloría General de la República, División de Contratación Administrativa, Oficio N°00357 (DCA-0094) 19 de Enero de 2012.

Contraloría General de la República. División de Contratación Administrativa Oficio N° 01227 (DCA-0270), 08 de Febrero de 2012.

(Contraloría General de la República, División de Contratación Administrativa, Oficio n° 98654 (DCA-1977) 22 de Agosto de 2012

Contraloría General de la República, Despacho Contralor Oficio n° 13577 (DC-0596), 17 de Diciembre de 2012

Contraloría General de la República, División de Contratación Administrativa, Oficio n° 06172 (DCA-1467) 22 de junio de 2012

Expediente n° 13-001306-1027-CA Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda,

Laudo Arbitral. (Arbitral: Hernando Paris R, Rodrigo Oreamuno B., Luis Alberto Guillen D., diecisiete horas del catorce de junio de 2002).

Sala Constitucional Voto n° 9524-1999, 9:06 horas del 3 de Diciembre de 1999.

Sala Constitucional voto N° 998-1998, once horas con treinta minutos del dieciséis de febrero de 1998

Sala Constitucional, *voto 14421-2004*, 11:00 horas del 17 de Diciembre de 2004

Sala Constitucional *voto número 13910-2005*. , de las quince horas y cuatro minutos del once de octubre de 2005.

Sala Constitucional Voto 2008-11210, 15 horas del 16 de Julio de 2008

Sala Tercera de la Corte *Suprema de Justicia*, *Sentencia 00866* . Expediente: 98-202258-0306-PE, 10 horas 30 minutos del 30 de agosto de 2002

Tribunal Segundo Civil Sección II *Sentencia 00406*. Expediente 00-000-365-0011-CI, 13 de Octubre de 2000

Doctrina

Athié, Amado. *Derecho Mercantil*. México: McGraw Hill, 1997.

Briceño de Muci, Claudia. «Las cláusulas exorbitantes en la contratación administrativa.» *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, 2006: 250-258.

Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario jurídico elemental*. Buenos Aires: Heliasta, 2006.

Campos Monge, Christian. «La contratación pública y la corrupción.» *Revista de Ciencias Jurídicas*, 2007: 171-218.

—. «Control previo.» *Memoria Anual 2012*. San José: La Contraloría, 2013.

Contraloría General de la República. «La Contraloría General y su instrumental de control: aportes al debate actual.» En *Memoria anual 2008*, 19-35. San José: La Contraloría, 2009.

—. «Manual sobre normas técnicas de auditoría para la Contraloría General de la República y las entidades y órganos sujetos a su fiscalización.» s.f.

Contraloría General de la República. «Proyectos de infraestructura pública: insumos para una reflexión impostergable.» En *Memoria anual 2007*, 4 - 25. San José: La Contraloría, 2008.

Dromi, J. *Reforma del Estado y Privatizaciones*. Buenos Aires: Astrea, 1991.

Escihuela Morales, Francisco Javier. *La contratación del sector público*. Madrid: La Ley, 2011.

Esquivel Favareto, Juan C. *Fideicomiso civil y mercantil. Teoría general y derecho costarricense*. San José: Juritexto, 2012.

Gamboa Chaverro, R. «La potestad sancionadora de la Contraloría General de la República.» *Revista Fiscalización y Gestión Pública*, 1994: 48.

Gherzi, Carlos A. . *Fideicomiso*. Buenos Aires: Universidad, 2006.

Hernández del Valle, Ruben . *El derecho de la Constitución* . San José: Juricentro, 2004.

sobre las líneas básicas de la fiscalización.» *IX Congreso de la INTOSAI*. 1977.

Johanning Pérez, Adolfo G. *variables relevantes para la fiscalización presupuestaria que realiza la Contraloría General de la República de los fideicomisos constituidos por fondos públicos*. . San José: Proyecto Final de GRaduación presentado como requisito parcial para optar por el grado de Magíster en Administración de Negocios., 2003.

Kiper, Claudio M., y Silvio Lisoprawski. *Tratado de fideicomiso*. Buenos Aires: Depalma, 2004.

Lozano de Cuellar, Florencia. *Fideicomiso, característica y aplicación práctica en los sistemas de ahorro y préstamo*. Colombia: Ponencia. Fotocopia? , 1990.

Méndez Alvarado, Ana Beatriz. *Elementos Fundamentales de la Contratación Administrativa*. San José: Poder Judicial, 1999.

Paris Rodríguez, Hernando. *Los Contratos Privados en la Jurisprudencia de Casación*. San José: El Cano, 2003.

Romero-Pérez, Jorge Enrique. *Contratos Económicos Modernos*. San José: EDITORAMA, 2004.

Fuentes de internet

Contraloría General de la República . *Contraloría General de la República*. s.f.
http://cgrw01.cgr.go.cr/portal/page?_pageid=434,2930033&_dad=portal&_schema=PORTAL (último acceso: 08 de Enero de 2014).

Contraloría General de la República. *Contraloría General de la República*. s.f.
http://cgrw01.cgr.go.cr/portal/page?_pageid=434,2930074&_dad=portal&_schema=PORTAL (último acceso: 08 de Enero de 2014).

Ministerio de Hacienda. «www.hacienda.go.cr.» s.f.
<http://www.hacienda.go.cr/centro/datos/Articulo/EL%20CONTROL%20SUPERIOR%20DE%20LA%20HACIENDA%20P%20C%20ABLICA%20Y%20SUS%20ANTECEDENTES%20HIST%20RICOS%20EN%20COSTA%20RICA> (último acceso: 11 de Octubre de 2013).

SUTEL. «Cámara de infocomunicación y tecnología.» 3 de Junio de 2009.
www.infocom.cr (último acceso: 03 de Diciembre de 2013).

Legislación

Código de Comercio

Código Procesal Contencioso Administrativo.

Constitución Política de Costa Rica.

International Organization of Supreme Audit Institutions (INTOSAI). «Declaración de Lima

Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos.

Ley de Contratación Administrativa.

Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector
Telecomunicaciones.

Ley de Jurisdicción Constitucional.

Ley General de Administración Pública.

Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

Reglamento de la Ley de Contratación Administrativa.

Reglamento R-CO-44-2007 de las 9:00 horas del 11 de Octubre de 2007.

Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública.

Entrevistas

Mena, Ing. Jose Miguel, entrevista de Paola Vargas Lepe. *Gerente Unidad Ejecutora GIP Ltda.* (12 de Diciembre de 2013).

León, Lic. Maria del Rosario, entrevista de Paola Vargas Lepe. *Procura área de derecho público* (10 de Enero de 2014).

Quirós, Licda. Illiana Rodríguez, entrevista de Paola Vargas Lepe. *Directora de la Dirección de Contratación Administrativa del ICE* (09 de Diciembre de 2013).

Anexos

Anexo 1. : Oficio 06172 (DCA-1467) de fecha 22 de junio de 2012 emitido por la División de Contratación Administrativa

DIVISIÓN CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Al contestar referirse
al Oficio N° **06172**

22 de junio de 2012
DCA-1467

Señor:
Alejandro Soto Zurro
Gerente General
INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD

Estimado señor:

Asunto: Se manifiesta criterio con relación a la obligatoriedad de someter al referendo de la Contraloría General de la República los contratos de Fideicomiso que el ICE constituya con fundamento en el artículo 11 de la Ley No. 8660 "Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector de Telecomunicaciones".

Dicho criterio se emite en respuesta a su Oficio No. 0150-0864-2012 de fecha de 28 de mayo del 2012, por medio del cual solicita el criterio de este Despacho sobre la obligatoriedad o no, de someter al referendo de la Contraloría General de la República, los contratos de fideicomiso que el ICE constituya con fundamento en el artículo 11 de la Ley No. 8660 "Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector de Telecomunicaciones".

Se adjunta criterio legal emitido mediante oficio No. 256-083-2012 de fecha 28 de mayo del 2012.

I- Motivo de la consulta.

El Instituto Costarricense de Electricidad, en adelante ICE, consulta si existe obligatoriedad o no, conforme al ordenamiento jurídico vigente, de someter al referendo de la Contraloría General los contratos de fideicomiso que dicho Instituto constituya con fundamento en el artículo 11 de la Ley No. 8660 "Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector de Telecomunicaciones".

En el criterio legal, emitido por la División Jurídica Institucional del ICE, que se adjunta se señala que en el caso del ICE, en consideración al régimen especial de contratación administrativa que le rige, los contratos de fideicomiso que suscriba no están sujetos al referendo contratista.

Al respecto, se señala que los artículos 183 y 184 de la Constitución Política otorgan a la Contraloría General de la República incontestables competencias constitucionales en materia de fiscalización sobre la Hacienda Pública. La fiscalización debe ser entendida como las potestades de control, en sus diferentes modalidades, que en la práctica el órgano contratista ha desplegado mediante diversos mecanismos, bajo las modalidades conocidas como control previo o bien control posterior, este último como aquel en virtud del cual la Administración actúa en

necesidad de someterse a revisiones previas a su actuación, pero luego se ejercitarán las facultades de revisión y control.

Respecto de lo cual, se indica que, al amparo de nuestro ordenamiento jurídico la Contraloría General no tiene limitación alguna para ejercer dichas facultades de fiscalización mediante el control posterior, inclusive sin necesidad de que alguna norma de rango inferior así lo requiera.

Continúa señalando el criterio legal que, el Reglamento sobre el Referendo de las Contrataciones de la Administración Pública es una herramienta para ejercer la potestad de fiscalización mediante el control previo. En el cual se establece en su artículo 3 incisos 3 y 5, que los contratos – con excepción del ICE – están sujetos al referendo contratador. Siendo que consideran que dicho Reglamento sólo aplica al ICE en el caso de las licitaciones públicas según los topes que se establecen en el artículo 3 inciso 1) dado que para el ICE existe un régimen especial de contratación, aprobado por la Ley No. 8660.

Al respecto, se indica que en el artículo 20 de la Ley 8660 se modifica el régimen normativo, aplicable al ICE, creando uno especial, en el que se establece que sólo en ausencia de norma que regule una situación particular, se aplicaría de forma supletoria la Ley de Contratación Administrativa.

La actividad fiscalizadora de la Contraloría General, en dicha legislación especial, retoma la competencia constitucional que le asiste al órgano contratador para establecer que el ejercicio de las potestades de fiscalización se hará principalmente bajo la modalidad de control posterior, con la salvedad de los referendos, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 22 y 29 de la Ley No. 8660, en materia de licitaciones públicas.

Además, se señala que, el legislador dispuso derogar, para el caso del ICE, algunas leyes, entre ellas la ley No. 8131 "Ley Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos" (con excepción de los artículos 57 y 94), referencia normativa que se realiza, porque justamente en el artículo 14 de dicha ley, es donde se establece la obligación de someter los contratos de fideicomiso que suscriba la Administración Pública, al referendo contratador, en vista de lo cual se concluye que el ICE no tiene la obligación de someter sus contratos de fideicomiso al referendo contratador.

Aunado a lo anterior, se menciona que, el artículo 29 de la Ley 8660 establece que, para las licitaciones públicas que promoviera el ICE se mantendrá, además de las competencias de fiscalización y control que monta la Contraloría General durante toda la actividad institucional, el control a priori mediante el mecanismo del referendo contratador, todo de previo a iniciar la ejecución contractual. No obstante lo anterior, se indica que, al tener una lectura de dicha disposición, debe reconocerse que ciertamente no emuncia de manera expresa que sólo esa modalidad de contratación, o sea los contratos derivados de licitaciones públicas, requieren del referendo, más bien la redacción de la norma pareciera prior el énfasis en otros aspectos como el plazo.

En vista de lo cual, destacan el artículo 168 del Reglamento a la Ley 8660, Decreto Ejecutivo No. 15148-MINAFIT, pues en él sí se establece, de manera absolutamente clara, que únicamente requieren referendo contratador las contrataciones derivadas de una licitación pública cuyo monto supere el tope establecido. Y siendo que las contrataciones de fideicomiso que hace el ICE, devuelto para ello en el artículo 11 de la Ley 8660, están exceptuadas del procedimiento de licitación pública, de conformidad con lo establecido en el artículo 23 de la Ley 8660, en el que se expresa a la institución de la necesidad de obtener ulteriores

asignaciones o apropiaciones de órgano o entes externos, limitando a la responsabilidad exclusiva de la Administración, la aprobación de esos contratos, se emplea en el criterio legal que los contratos de fideicomiso que suscriba el I.C.T., no requieren refrendo contrario.

Asimismo, en relación con alegada exoneración del refrendo de los contratos de fideicomiso, en el criterio legal se hace referencia al voto No. 11210-08 de las 15-00 horas del 16 de julio del 2008, respecto del cual se indica que el refrendo contrario para los fideicomisos suscritos por el I.C.T. es innecesario por disposición de ley, cuya constitucionalidad ya fue analizada por el Tribunal competente en dicha resolución.

Finalmente se indica en el criterio legal, que los contratos derivados del contrato de construcción de fideicomiso no requieren refrendo de la Contraloría General, ya que de conformidad con el artículo 29 de la Ley 8666 y 166 de su Reglamento, así como del numeral 69 del Reglamento Interno de Contratación Administrativa, solo requieren de refrendo general los contratos derivados de licitación pública, por lo que a partir de dicha normativa se infiere también que todos los contratos derivados de fideicomisos están igualmente excluidos. Lo anterior, amando al principio de que lo accesorio sigue a lo principal.

II.- Criterio de la División.

1. Sobre los alcances de nuestro pronunciamiento.

De pronto a emitir el criterio solicitado, es necesario aclarar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de nuestra Ley Orgánica y en el Reglamento R-DC-197-2011 de las ocho horas del 13 de diciembre del 2012, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 214 de fecha 20 de diciembre del 2012, anualmente se atienden las consultas que versen sobre materias propias de las competencias constitucionales y legales otorgadas a este órgano controlador, siempre que no se trate de situaciones concretas que debe resolver la institución solicitante.

No debe perderse de vista que la función consultiva de este órgano controlador consiste en emitir criterios jurídicos que planteen disposiciones y consideraciones desde una perspectiva general, a efectos de que la Administración consultante pueda valorar las circunstancias específicas de la situación concreta que le ocupa a la luz de los lineamientos que en términos generales se brindan.

2. El rango constitucional de las competencias de la Contraloría General de la República.

En atención a la consulta planteada, resulta necesario señalar que la Contraloría General de la República como órgano constitucional del Estado, auxiliar de la Asamblea Legislativa, tiene como función fundamental la vigilancia de la Hacienda Pública, por lo que sus competencias derivan directamente de la Constitución Política. Lo anterior, de conformidad con lo establecido en el artículo 183 de la norma constitucional.

Este enunciado inicial ha sido sostenido a nivel jurisprudencial por parte de la Sala Constitucional, quien ha indicado que:

“La Contraloría General de la República como su Ley Orgánica anterior (Ley No. 438 de 7 de noviembre de 1994) es un órgano de naturaleza constitucional, auxiliar de la Asamblea Legislativa cuya función general es el control superior de la Hacienda Pública y la dirección del sistema de fiscalización establecido en la ciudad

ley. Ejerce principalmente las atribuciones específicas que la Constitución le confiere en el artículo 184. El inciso 5º del citado artículo constitucional dispone que son deberes y atribuciones de la Contraloría (en tanto que la Constitución y las leyes lo asignan). Esa disposición no puede interpretarse como una autorización dada al legislador para que agregue atribuciones que otorgue a la Contraloría de su propia y exclusiva competencia, o la otorgue con la asignación de otras atribuciones por consenso o su especialidad orgánica. El legislador no puede legítimamente desfigurar o distorsionar el diseño constitucional del órgano al punto de que éste no se reconozca suprimiendo competencias constitucionales, otorgándole otras propias de otros órganos, o confiéndole competencias que no son propias de dicho órgano, transforme el diseño básico del órgano establecido en la Constitución.” (Resolución No. 5119-95)

Al respecto, dentro de las competencias constitucionalmente otorgadas a este órgano controlador, y sobre la cual recae el objeto de la consulta, se encuentra el referendo, el cual deriva específicamente del numeral 184 inciso 1) de la Constitución Política, que reza:

Deberes y atribuciones de la Contraloría:

- 1) Fiscalizar la ejecución y liquidación de los presupuestos ordinarios y extraordinarios de la República.

No se emite ninguna orden de pago contra los fondos del Estado sino cuando el gasto respectivo haya sido validado por la Contraloría, ni constituye obligación para el Estado la que no haya sido referendada por ella.” (El subrayado no corresponde al original)

De conformidad con la norma constitucional transcrita, no constituye obligación para el Estado la que no haya sido referendada por la Contraloría General, siendo entonces, por derivación constitucional dicha figura de aplicación para toda la Administración Pública, sin que la norma realice distinción alguna.

El referendo entonces, constituye un acto de aprobación, que funge como un requisito de eficacia del contrato administrativo. A través del cual, la Contraloría General ejerce una fiscalización o control sobre los actos de la Administración Pública, que puedan comprometer la Hacienda Pública. Lo cual fue claramente reconocido por la Sala Constitucional quien indicó:

***REFERENDO CONTRALOR EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.** La norma sustantiva del referendo otorgado por la Contraloría General de la República, en su función esencial de auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública (artículo 183 de la Constitución Política), no constituye precepto a nivel constitucional. En efecto, el artículo 184 inciso 1º de la Constitución Política, al señalar las competencias constitucionales de ese órgano de fiscalización superior, indica en la conducción que: “1) No se emite ninguna orden de pago contra los fondos del Estado sino cuando el gasto respectivo haya sido validado por la Contraloría, ni constituye obligación para el Estado la que no

Además, en sentido similar, la Sala Constitucional ha mantenido el criterio del rango constitucional de las competencias otorgadas a la Contraloría General, ver: los casos 1998-98, 5947-VI, 12029-2003, 2199-2004.

haya sido referendado por ella". El referendo es una manifestación específica de la figura dogmática de la aprobación, por lo que comparte las características de este (tanto en el sentido de fungir como un requisito de eficacia que se produce, desde una perspectiva temporal, ex post y la subsistencia del acto fiscalizado, siendo para el caso particular, el acto administrativo bilateral o plurilateral, en que se produce un contrato administrativo). El referendo, constituye también, una expresión jurídica particular de la denominada línea administrativa o de la dirección intersubjetiva que es propia de un Estado centralizado o unitario como el Costarricense que ejerce el ente público mayor (Estado), respecto de los entes menores o descentralizados (funcionalmente, territorialmente o corporativamente) y, más concretamente, de un control sobre los actos que realicen éstos. A través del referendo, la Contraloría General de la República ejerce una fiscalización y control sobre los actos de los jueces pasivos que puedan comprometer la Hacienda Pública o los presupuestos públicos, como una forma de garantizar la corrección, transparencia y legalidad de los gastos en que puedan incurrir." (Sala Constitucional Resolución No. 14421-2004)

En vista de lo anterior, es claro entonces, que el referendo controlador deriva directamente de propia Constitución Política, sin que sea necesario que una norma de rango inferior establezca la potestad a favor de la Contraloría General.

El referendo controlador tiene como finalidad esencial el evitar que las obligaciones contraídas por las administraciones públicas en los contratos administrativos, debidamente formalizadas, sean conculcadas al ordenamiento jurídico administrativo y que, por consiguiente, se produzca una ilegalidad en la disposición de los fondos públicos, comprometiéndose así la hacienda pública, control que sólo es posible de forma previa, ya que su finalidad misma es preventiva.

En este sentido, no obstante que estamos frente a una regla de principio constitucional, es importante mencionar que la Sala Constitucional delimitó los alcances de dicha competencia para la Contraloría General de la República, de manera que pueda regular todos los aspectos relativos a su ejercicio¹⁵. Al respecto, es prudente recordar que en atención a los principios de eficiencia, eficacia y transparencia, este órgano controlador ha revisado y ajustado dicho control, de modo que se cumplan a cabalidad los propósitos para los que fue creado.

Aunado a lo cual, también la Sala Constitucional ha indicado que así como la norma constitucional refiere a la legislación ordinaria para que ésta establezca las diversas modalidades de la contratación administrativa en razón de su objeto, es así como la Contraloría General, en el ejercicio de sus competencias constitucionales, de fiscalización de la Hacienda Pública, tiene la competencia exclusiva de determinar los mecanismos y modos para efectuar el control de la contratación administrativa. Al respecto, la Sala Constitucional indicó:

"Y en este sentido, debe tenerse en cuenta que así como la norma constitucional refiere a la legislación ordinaria para que ésta establezca las diversas modalidades de la contratación administrativa en razón de su objeto, configurándose así la licitación pública, la licitación privada, contratación directa y demás con procedimientos propios, según la clasificación dada por la Ley de la Administración Financiera de la República, número 11 93 de dos de mayo del mil novecientos noventa y uno derogada por la Ley de la Contratación Administrativa número 494 de dos de mayo del mil novecientos noventa y cinco.

¹⁵ Sentencia de la Sala Constitucional No. 994-08.

introducida y reformada por Ley número 362 de veintidós de julio de mil novecientos noventa y seis, que establece el régimen clasificatorio: licitación pública, licitación por registro, licitación restringida, compra y contratación directa, así, la competencia exclusiva de la Contraloría General de la República, el diverso diverso mecanismo y modo para efectuar el control de la contratación administrativa, de razón del monto, la materia y la constitución pública que realice la contratación, conforme a los preceptos que la propia Constitución Política da y otorga dentro del marco legal que le confiere su propia Ley Orgánica. Por ello, resulta orientada la afirmación del representante de la Contraloría General de la República en su gestión al considerar que es constitucionalmente posible que en atención a la naturaleza, objeto y cuantía de la contratación de que se trata, que reúna aquellas condiciones razonables y proporcionadas a la facultad que el artículo 184 constitucional le otorga para referendar los contratos del Estado, con miras a no crear mecanismos que impliquen una especie gestión administrativa, y en atención al mismo punto, toda vez que el referendo debe considerarse como parte de las atribuciones de fiscalización de la hacienda pública que le corresponde en exclusiva a la Contraloría, para cuya efectividad posee absoluta independencia funcional y administrativa, en virtud de lo dispuesto en el propio artículo 183 de la Carta Fundamental, mismo por el cual puede definir los alcances, mecanismos y procedimientos de fiscalización supeditados frente al legislador, si éste otorga su independencia, según se amala con anterioridad en la sentencia número 00099-06” (Sentencia de la Sala Constitucional No. 9524-09).

Por lo que, la Contraloría General tiene la competencia para que, en atención a la naturaleza, objeto y cuantía de la contratación de que se trata, establezca condiciones razonables y proporcionadas a la facultad constitucionalmente otorgada en el artículo 184 para referendar los contratos de la Administración Pública.

Atribución que es contemplada en la propia Ley Orgánica de la Contraloría General de la República en su artículo 20, en el cual se plasma y da contenido al artículo 184 Constitucional, estableciéndose que el órgano contralor aprobará los contratos que celebre el Estado y los que por ley especial deben cumplir con ese requisito, a quien le corresponderá determinar, reglamentariamente, las categorías de los contratos, que por su origen, naturaleza o cuantía, se excluyan de su aprobación. Lo cual, es normado por el órgano contralor mediante el Reglamento sobre el Referendo de las Contrataciones de la Administración Pública, Reglamento No. R-CD-41.

Concordante con lo anterior la Contraloría General, en el ejercicio de sus competencias en materia de referendo, mediante el artículo 3 del Reglamento sobre el Referendo de las Contrataciones de la Administración Pública, ha establecido los contratos administrativos que están sujetos al referendo contralor, norma que constituye el referendo para toda la Administración Pública, mediante el cual se determina la necesidad de contar con dicho requisito de eficacia.

Cabe así, entonces referir que la competencia de la Contraloría General para conocer del trámite de referendo de los contratos de la Administración Pública, incluyendo con ellos los contratos administrativos suscritos por el ICE, deriva de la Constitución Política, y no de la Ley, inamovible que se comenta con lo señalado por este órgano contralor ante la propia Asamblea Legislativa al pronunciar el criterio sobre el proyecto de ley de la actual “Ley de Modernización y Fortalecimiento de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones”, al iniciar que:

“Contrato resulta ser el tratamiento que deben tener los contratos de fideicomiso, como tales, y que sólo cuando el proyecto incluya la aplicación de la Ley No. 8660, dichos contratos estarán sujetos al referendo por parte de la Contraloría General por tratarse de una competencia de carácter constitucional que deriva del numeral 184 inciso a) de la Constitución Política, desarrollada en materia de Referencia y el Reglamento de Referendo. Como se mencionó al referirnos a este tema no es el caso para los contratos que derivan de la ejecución del fideicomiso, pues ya el referendo que se le confiere al contrato de fideicomiso, le asegura cumpliendo para desplegar su efecto jurídico, pudiendo el fiduciario llevar a cabo todas las actuaciones necesarias para dar cumplimiento a los objetivos definidos por el fideicomiso.”

3. Referendo contrario de los contratos de fideicomiso del ICE, alcances de la Ley 8660.

En vista de que la Ley 8660 “Ley de Modernización y Fortalecimiento de la entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones”, establece regímenes especiales de contratación administrativa¹⁰, resulta necesario analizar las normas atinentes al referendo contrario, tomando en consideración que del artículo 184 de la Constitución Política se deriva la competencia de la Contraloría General para conocer el trámite de referendo de los contratos administrativos, incluyendo los suscritos por el ICE.

En el artículo 29 de la Ley 8660, se regula a nivel legal, el tema de referendo, mismo que señala:

“El trámite de referendo de los contratos públicos del ICE deriva de un asunto por la Contraloría General de la República, en un plazo que no podrá exceder de treinta días hábiles a partir de la fecha en que la entidad haya sido presentada ante el órgano contratante. Los requisitos para la solicitud del referendo se establecerán en el Reglamento de referendo de las contrataciones emitido por el órgano contratante, conforme a las disposiciones especiales emitidas para el ICE en esta Ley. Los contratos y convenios que no requieran referendo, conforme a lo que se establece en la aprobación de la Unidad de Análisis Jurídico Institucional del ICE, esa última resolverá con independencia del criterio de la Procuraduría y de la Auditoría Interna. El procedimiento interno de aprobación será establecido reglamentariamente. No estarán sujetos al referendo las modificaciones contractuales que realice el ICE. Será responsabilidad exclusiva de la administración garantizar la legalidad de las modificaciones e incluso aquellos que estén sujetos a la fiscalización posterior facultativa de la Contraloría General de la República.”

De conformidad con lo establecido en el artículo transcrito, la Contraloría General tiene un plazo de 20 días para conocer el trámite de referendo de la licitaciones públicas del ICE, sin que de manera expresa se indique que sólo esa modalidad de contratación, o sea los contratos derivados de licitaciones públicas, requieren del referendo contrario, como lo afirma el propio transcrito en el criterio legal ignorado. La literalidad de dicha norma, más que categorizar los contratos sujetos a referendo hace referencia al plazo de las Licitaciones Públicas y otros detalles, más no excluye, salvo el caso de las modificaciones contractuales de dicho requisito.

¹⁰ Título 01583 (IAAON-0166-2007) de fecha 16 de febrero del 2007.

¹¹ De conformidad con la literalidad del artículo 29 de la Ley 8660.

Es importante señalar que para unificar tan sensible tema (posibles distinciones de las competencias constitucionales de la Contraloría General) no es posible sustentarse únicamente en la interpretación, ni siquiera literal de una norma. Más bien, para poder hacer ajustes a esas competencias se requiere de una norma clara, expresa y contundente por parte de la propia Contraloría General en la normativa dictada por ella (con sustento en el mandato dado por la propia Sala Constitucional).

En abono a lo anterior, y para el caso expuesto por parte del ICE es necesario realizar una interpretación armónica o integral de nuestro ordenamiento y del propio texto de la Ley 8660, para esclarecer la posible oscuridad de la norma de cita.

Al respecto, se debe interpretar de forma integral lo establecido en el artículo 29 con lo establecido en el artículo 34 de la Ley 8660, que en lo que resulta pertinente, indica:

"El ICE y sus empresas administrarán y estarán sujetos a las resoluciones y disposiciones que emitan las agencias y entes enumerados en este artículo, de conformidad con el ordenamiento y dentro del límite de sus competencias.

" 4. La Contraloría General de la República se remitirá los documentos presupuestarios para su aprobación de conformidad con el numeral 18 de la Ley No. 7428 de 7 de noviembre de 1994 y sus reformas; también se remitirán los solicitudes de refrendo de contratos, para la verificación de su legalidad." (El subrayado no corresponde al original).

Lo visto de lo cual, el ICE está sujeto a las resoluciones que emita la Contraloría General, teniendo que remitir las solicitudes de refrendo de sus contratos, para la verificación de su legalidad, sin que se delimita a rango legal, el tipo de contratos que requieren o no refrendo control. Por lo que de la interpretación armónica de ambas normas a la luz de la Constitución Política, no puede interpretarse que solo los contratos producto de Licitaciones Públicas requieren refrendo.

Por lo que, en atención a las normas transcritas de la Ley 8660, y en interpretación armónica de la Constitución Política, para determinar en el caso del ICE, cuáles contratos requieren refrendo de esta Contraloría General hay que acudir al Reglamento sobre refrendo de las contrataciones de la Administración Pública, específicamente al numeral 3 de dicho reglamento:

Lo anterior por cuanto, es interpretación de la propia Sala Constitucional, en apego a lo establecido en el numeral 184 de la Constitución Política, que corresponde a la Contraloría General, en ejercicio de su competencia exclusiva, como se señaló *supra*, determinar en atención a la naturaleza, objeto y cuantía de la contratación de que se trata, los contratos que requieren o no del requisito de eficacia que se otorga con el refrendo control, no pudiendo regularse mediante otro instrumento normativo emanado de otra Administración, ya que ella constituiría una limitación a una competencia constitucionalmente otorgada a este órgano controlador.

Ahora bien, en el caso específico de los contratos de fiduciarios del ICE, la ley 8660 establece en el artículo 11 la facultad de dicho instituto para suscribir dichos contratos, en cumplimiento de sus fines, sin que en dicha norma se exponga de forma expresa el requisito de eficacia del refrendo control, es decir no existe disposición alguna de refrendo a los contratos de fiduciarios en la Ley 8660, como de seguido se expone:

En el criterio legal aportado por el Instituto, se indica que los contratos de fideicomiso no requieren referendo porque son exceptuados del procedimiento de licitación pública, mediante el artículo 23 de la Ley 8660, y como considera que solo los contratos de licitación pública requieren referendo, los de fideicomiso no lo requerirán, posición que no tiene sustento constitucional ni legal como se explicó arriba, ya que en el caso del ICE no solo los contratos producto de licitaciones públicas requieren referendo, sino que se deberá acudir al Reglamento de Referendos para determinarlo.

En este sentido, una vez aclarado lo anterior, y siguiendo la misma línea de pensamiento desarrollada a lo largo de este oficio, es preciso indicar que el requisito de referendo en los contratos de fideicomiso, no deriva del artículo 14 de la Ley No. 8111 "Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos", por lo que aun y cuando en el artículo 17 de la Ley 8660, se desaplica dicha ley, el referendo controlador, como se explicó deriva de una competencia otorgada por la Constitución Política a la Contraloría General, desarrollada en la Ley Orgánica y en el Reglamento de Referendo, posición que fue señalada por este órgano unificar a la Asamblea Legislativa desde la discusión del proyecto de ley.

Consecuentemente, en el caso el requisito de referendo es de rango constitucional, y la Ley 8660 no estableció dispensa del referendo en el caso de los contratos de fideicomiso, estos están sujetos a dicha aprobación, de conformidad con la categorización definida por la Contraloría General en el Reglamento de Referendos, específicamente en el artículo 3 incisos 3) y 5), que señalan respectivamente:

3.- Todo contrato administrativo derivado de la aplicación de las excepciones de oferta única, establecida en el inciso d) del artículo 2º de la Ley de Constitución Administrativa, y de objeto que requieren seguridades calificadas, dispuesta en el inciso b) del artículo 131 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, en el caso el precio contractual alcance el límite inferior vigente para la aplicación de la licitación pública del estrato superior inmediato de aquel en el que se encuentra ubicada la Administración contratante, según lo establecido en el artículo 2º de la Ley de Contratación Administrativa. En el caso de las instituciones ubicadas en el estrato A, se aplicará el monto mínimo para tramitar una Licitación Pública de ese mismo estrato más un diez por ciento. Igualmente procederá en el caso de contratos de compra insumible, únicamente cuando se trate de contratos de fideicomiso, suministro de obra pública con o sin servicio público, concesión de gestión de servicios públicos, así como aquellos que incorporen las modalidades de convenio único y consorcio.

Y así:

4.- Todo convenio o convenio celebrado entre dos o más entes, empresas y órganos públicos, en el tanto tengan por objeto el otorgamiento de concesiones, la constitución de fideicomiso o la realización de proyectos bajo el tipo contractual de alianza estratégica. Los demás contratos o convenios interadministrativos no estarán sujetos a referendo. Es responsabilidad exclusiva de los jefes de las Administraciones involucradas, adoptar los medios de control interno de conformidad con la Ley General de Control Interno para garantizar que sus relaciones interadministrativas se ajusten estrictamente a la normativa vigente.

¹⁰Oficio No. 1885 (OAG/04166-2007) de fecha 16 de febrero del 2007.

No obstante lo anterior, resulta oportuno revisar, la referencia normativa al artículo 168 Decreto Ejecutivo 35148 “Reglamento al Título II de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones” y al artículo 69 del Reglamento Interno de Contratación Administrativa aprobado por el Consejo Directivo del ICE, que se validan en el criterio legal, respecto de los cuales se indica que establecen de modo expreso que sólo requieren de refrendo controlador los contratos derivados de licitación pública.

Al respecto, considera este órgano controlador que, como se ha desarrollado en el presente oficio y ha sido la línea jurisprudencial mayoritaria de la Sala Constitucional, el refrendo deriva de la Constitución Política y no de norma legal, no obstante, en el caso del ICE, la norma legal que crea el régimen especial, no eximió de refrendo los contratos de fideicomiso, ni tampoco es posible interpretarlo de ese modo; sino que, es mediante un decreto ejecutivo y un reglamento interno, que se dispone que el refrendo en el caso del ICE solo es necesario para los contratos producto de licitación pública, normas que van más allá de lo establecido por la norma legal que les da sustento.

Y es que, tratándose de la potestad reglamentaria, debe respetarse las competencias que dentro de la ley se encuentran fijadas, las cuales delimitan dicha potestad, ya que su ejercicio debe estar autorizado por una norma, por lo menos de rango legal que la habilite (véase en ese sentido a Ernesto Jineza Lobo, Tratado de Derecho Administrativo I, Biblioteca Jurídica Dike, 2002, pág. 157), por lo que no puede ser que con base a un Reglamento, no emitido por el órgano constitucionalmente competente, es decir la Contraloría General, se delimiten las competencias que le fueron constitucionalmente otorgadas y se defina cuales contratos administrativos no están sujetos al refrendo.

Al respecto, es preciso señalar, como lo afirma la Sala Constitucional, que cualquier interpretación o norma que limite la competencia constitucional otorgada a la Contraloría General resulta *per se* inconstitucional, que en ese sentido indica:

“No cabe la menor duda que el constituyente originario erigió a la Contraloría General de la República en un órgano rector de fiscalización superior de todos los asuntos que atañen a la Hacienda Pública. Ésa es su competencia genérica y originaria, de modo tal que cualquier desarrollo legislativo debe conformarse con ella para fortalecerla y extenderla en proporción con los fines propuestos y supuestas por el constituyente originario. Cualquier norma, disposición o interpretación que redunde en un cercenamiento, limitación o desnaturalización de la competencia constitucional básica y fundamental de la Contraloría General de la República -fiscalización de la Hacienda Pública- resulta per se inconstitucional.” (Voto No. 2199-2004).

En vista de lo cual, no puede eximirse a los contratos de fideicomiso del refrendo controlador por disposición expresa de una norma de rango reglamentario, que no tiene un siquiera habilitación legal y mucho menos artículo constitucional.

4. Contrato de fideicomiso y la actividad extracontractual derivada del contrato de fideicomiso.

Al respecto, es necesario diferenciar entre la constitución de un contrato de fideicomiso y la actividad contractiva de los fideicomisos. La primera como se indica supra, si está sujeta al refrendo de la Contraloría General.

Ahora bien, en lo que respecta a los contratos que derivan de la ejecución del fideicomiso, es decir la actividad contractual desplegada por el fiduciario, como este órgano controlador lo ha señalado en pronunciamientos anteriores, dicha actividad está sujeta sólo a los principios generales que rigen la contratación administrativa, y ello en razón de la naturaleza pública que resertran los recursos fideicomisarios.¹ Lo cual, es conforme con lo establecido en forma expresa por la ley 4660 en su numeral 1), que indica: “La actividad contractual de los fideicomisos constituidos en el país, estará sujeta a los principios constitucionales de la contratación administrativa”.

Aunado a lo anterior, este órgano controlador al emitir criterio sobre el proyecto de la ley 4660, indica: “... en el caso para los contratos que derivan de la ejecución del fideicomiso, pues ya el referido que se le confiere al contrato de fideicomiso, le estaría facultando para desplegar sus efectos jurídicos, mientras el fiduciario lo use o como las actuaciones necesarias para darle cumplimiento a los objetivos destinados por el fideicomitente.” (Oficio No. 01583 (IAC)-0166-2007) de fecha 16 de febrero del 2007).

Así las cosas, los contratos de ejecución derivados de la actividad –un contrato de fideicomiso, no requieren del refrendo contratador.

De la anterior forma dejamos resuelta su consulta.

Atentamente,

Lic. German Brenes Rosalín
Gerente de División

Licda. Pamela Tenorio Calvo
Fiscalizadora Asociada

Oficio No.
01-0007
21. Febrero 2007
Calle 29 de Septiembre, 25

¹Resolución No. 01-0007 del 21 de febrero del 2007 y Resolución No. 01-0007 del 21 de febrero del 2007, ambas de fecha 21 de febrero del 2007, y Resolución No. 01-0007 del 21 de febrero del 2007, ambas de fecha 21 de febrero del 2007, y Resolución No. 01-0007 del 21 de febrero del 2007, ambas de fecha 21 de febrero del 2007.

Anexo 2: Oficio 08654 (DCA-1946) de fecha 22 de agosto de 2012 emitido por la División de Contratación Administrativa

DIVISIÓN CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Al contestar referirse
al Oficio N° **08564**

22 de agosto de 2012
DCA-1946

Señor
Alejandró Soto Zúñiga
Gerente General
INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELÉCTRICIDAD

Estimado señor:

Asunto: Se reanuda la solicitud de reconsideración al oficio No. 6172 (DCA-1467) de fecha 22 de junio del 2012, sobre la obligatoriedad de someter al referendo de la Contraloría General de la República los contratos de fideicomiso que el ICE constituya con fundamento en el artículo 11 de la Ley No. 8660 "Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector de Telecomunicaciones" y se traslada al Despacho de la Señora Contralora.

Dados respuesta a su oficio No. 0150-1096-2012 de fecha 5 de julio del 2012, recibido en esta Contraloría General en fecha 6 de julio del 2012, por medio del cual solicita reconsideración al oficio No. 6172 (DCA-1467) de fecha 22 de junio del 2012.

I. Motivo de la consulta.

El Instituto Costarricense de Electricidad, en adelante ICE, solicita reconsideración al oficio No. 6172 (DCA-1467) de fecha 22 de junio del 2012, mediante el cual se emite criterio señalando la obligatoriedad de someter al referendo de la Contraloría General de la República los contratos de fideicomiso que el ICE constituya con fundamento en el artículo 11 de la Ley No. 8660 "Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector de Telecomunicaciones".

Al respecto, el Instituto indica que sea conscientes que en virtud de lo establecido en los artículos 183 y 184 de la Constitución Política, la Contraloría General tiene por mandato constitucional la función de vigilancia de la Hacienda Pública. Igualmente reconoce el rol fiscalizador de la Contraloría que le faculta en cualquier momento a investigar, exigiendo al ICT, en la obligación de brindar toda la información que se le solicite, lo es conteste con uno de los principales objetivos del ICT que el legislador estableció con la promulgación de la Ley No. 8660 y constitucionalmente sea lo dispuesto en su artículo 2.

No obstante lo anterior, indican que la Sala Constitucional en el voto 2008-011210, contempló la regulación del referendo controlador como una forma específica de aprobación que dada de eficacia y determinados actos es una cuestión de mera legalidad. Es decir si bien es cierto resulta claro que la Contraloría General conserva y mantiene su potestad constitucional de fiscalización, el constituyente no indicó que los controles debían ser "ante o ex post", de manera que concluyera que se encuentran en presencia de un tema que no debe entenderse que su desarrollo sea reserva de Ley. Asimismo señalan que la misma Sala ha manifestado que es una facultad que le asiste al legislador ordinario y no únicamente a la Contraloría como se señala en el oficio No. 06172.

El Tribunal continúa diciendo que la potestad de definir si el control será previo o posterior, alegan fue reconocido por la misma Contraloría ante la Comisión Legislativa encargada de este proyecto, respecto de lo cual se cita un extracto de lo manifestado por el Lic. Carlos Andrés Arguedas Vargas en su comparecencia ante la comisión.

Además reiteran que la potestad del legislador de definir el tipo de control a aplicar al ICL, quedó plasmada expresamente a nivel legal en el artículo 20 de la Ley No. 8660.

Asimismo, mencionan que en el dictamen afirmativo de mayoría, emitido el 20 de junio del 2007 por parte de la Comisión Especial de la Asamblea Legislativa, en el apartado 3.3.2 que se refiere al Régimen (Específico) de Contratación Administrativa de las Entidades Públicas del Sector de Telecomunicaciones, en primer término establece los supuestos de excepción a los procedimientos ordinarios de contratación incluyendo expresamente en el párrafo A, los contratos de fideicomiso.

Al respecto, al analizar el tema del referendo, dicha Comisión en ningún momento cuestiona que dicho control sea necesario para otros procedimientos distintos al que expresamente se indica en el texto de la norma, es decir licitaciones públicas.

Aludido a lo anterior, indican que el espíritu del legislador fue eximir del trámite de referendo controlador a otros procesos de contratación distintos al de licitación pública, entre ellos el contrato de fideicomiso. No obstante indica que si a juicio del órgano controlador de la lectura del artículo 29 no se desprende de forma clara que sólo las licitaciones públicas sean las que requieren contar de previo con el referendo controlador, cualquier asunto de duda queda completamente aclarado con sólo hacer una lectura de lo resuelto por la sala en el voto 2008-011210 y especialmente del voto salvado de minoría de los Magistrados Arnulfo Sandojo y Cruz Castro, que sirve para concluir que la posición que impuso es que los fideicomisos no requieren contar con el referendo controlador.

Así las cosas, si bien es cierto que el Reglamento sobre el Referendo de las Contrataciones de la Administración Pública, establece en su artículo 3 incisos 3) y 5) una serie de disposiciones a efecto de determinar los tipos de contratos administrativos que se encuentran sujetos a referendo controlador, lo cierto es que esa aplicación "armoniosa" que se señaló en el oficio de la Contraloría General, debe efectuarse apegada a derecho y tomando en cuenta el rango de cada norma. Para tales efectos, el artículo 6 de la Ley General de la Administración Pública, dispone que la jerarquía de las fuentes del ordenamiento jurídico administrativo se encuentra sujeta a un orden preestablecido, en el cual una Ley Especial como es el caso de la Ley No. 8660 se encuentra en un rango superior a lo dispuesto reglamentariamente en materia de referendo.

En ese mismo sentido, indican que en los artículos 168 y 168 bis del Reglamento al Título II de la Ley No. 8660 son consistentes y precisos en ratificar que únicamente las Licitaciones Públicas requieren contar con el refrendo de la Contraloría General.

Finalmente el Instituto indica que, la posición del ICE ampliamente conocida y como corroborada por la Contraloría General, e identifican concretamente el Fideicomiso con el BCR para la Torre de Telecomunicaciones durante todos estos años ha sido enviar a refrendo/contratar únicamente las contrataciones públicas.

En vista de lo cual, solicita se reconsidere la posición vertida mediante oficio No. 6172 (DCA-1467) de fecha 22 de junio del 2012, sobre la obligatoriedad de someter al refrendo de la Contraloría General de la República los contratos de fideicomiso que el ICE suscriba con fundamento en el artículo 1) de la Ley No. 8660 "Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector de Telecomunicaciones", y en el caso de no compartir la posición de ICE se eleve el asunto al conocimiento y consideración de la Contraloría General.

B. Criterio de la División

Este órgano controlador en atención a la consulta formulada por el ICE, en el oficio No. 0150-0864-2012 de fecha 28 de mayo del 2012, emitió criterio mediante oficio No. 6172 (DCA-1467) de fecha 22 de junio del 2012, en el cual indicó que los contratos de fideicomiso que suscriba el Instituto con fundamento en el artículo 1) de la Ley No. 8660 "Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector de Telecomunicaciones", deben someterse al refrendo de la Contraloría General de la República.

Lo anterior, con fundamento en que, la Contraloría General como órgano constitucional del Estado, tiene la función fundamental de la vigilancia de la Hacienda Pública, por lo que sus competencias derivan directamente de la Constitución Política, de conformidad con lo establecido en el artículo 183 de la norma constitucional; siendo que dentro de sus competencias constitucionalmente otorgadas, se encuentra el refrendo, el cual deriva específicamente del numeral 184 inciso 1 de la Constitución Política, según el cual no constituirá obligación para el Estado la que no haya sido refrendada por la Contraloría General, siendo entonces, por derivación constitucional dicha figura, de aplicación para toda la Administración Pública, sin que la norma resulte distinción alguna.

Al respecto, en el oficio de reconsideración, el ICE manifiesta no desconocer que la Contraloría General tiene por mandato constitucional la función de vigilancia de la Hacienda Pública, no obstante omite referirse a lo dispuesto por el artículo 184 inciso 1 de la Constitución Política, e interpreta que el refrendo es una forma específica de aprobación que es cuestión de mera legalidad.

Y es que más allá de la discusión constitucional de las atribuciones de la Contraloría General, siendo la posición de esta División que el refrendo tiene asidero constitucional, es preciso indicar que aún siguiendo la tesis del Instituto, no existe norma de rango legal, que disponga que sólo las contrataciones públicas en el caso del ICE requieran refrendo.

Así las cosas, en la Ley 8660 "Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector de Telecomunicaciones" en el artículo 29, el cual aborda la figura del referendo, no se indica que solo los contratos producto de licitaciones públicas requieran referendo, por lo que resulta necesario referir lo señalado por este órgano controlador mediante oficio No. 6172 (DCA-1467) de fecha 22 de junio del 2012, *"De conformidad con lo establecido en el artículo transcrito, la Contraloría General tiene un plazo de 20 días para conocer el trámite de referendo de las licitaciones públicas del ICE, sin que de manera expresa se indique que sólo esa modalidad de contratación, o sea los contratos derivados de licitaciones públicas, requieran del referendo controlador, como lo afirma el propio Instituto en el criterio legal alegado. La Literalidad de dicha norma, más que categorizar los contratos sujetos a referendo, hace referencia al plazo de las Licitaciones Públicas y otros detalles, más no excluye, salvo el caso de las modalidades continuadas, de dicho requisito."*

Ahora bien, en relación al alegado espíritu del legislador, indicado por el ICE, de los extractos transcritos en el oficio, así como de las propias actas legislativas, no se puede vislumbrar, al igual que del propio artículo 29 de la Ley 8660, que la voluntad de los legisladores, fuera excluir del requisito de referendo a todos aquellos contratos que no derivaran de una licitación pública, por lo que desde este enfoque hermenéutico tampoco se puede concluir que solo los contratos derivados de una licitación pública requieran referendo.

En ese mismo orden de ideas, y atendiendo al extracto que se referencia del Lic. Carlos Argüedas, es preciso aclarar que dichas manifestaciones responden a interrogantes y planteamientos que a la interior de la comisión los Diputados realizaron, el criterio de este órgano controlador en relación al proyecto de ley, y específicamente al tema que nos ocupa, se vertieron mediante oficio No. 1585 (DAC-1166-2007) de fecha 16 de febrero del 2007, al indicar que

"Contrario a lo que se alega, el legislador no debió privar los contratos de fiduciarios como tales, ya que aun cuando el proyecto creó la aplicación de la Ley No. 8131, dichos contratos estarán sujetos al referendo por parte de la Contraloría General por tratarse de una competencia de carácter constitucional que deriva del numeral 199 inciso d) de la Constitución Política, desarrollada en nuestra Ley Orgánica y el Reglamento de Referendo. Como se mencionó al referirnos a este tema, no es el caso, para los contratos que derivan de la ejecución del fiduciario, pues en el referendo que se le somiere al contrato de fiduciario, se estaría facultando para desplegar sus efectos jurídicos, pudiendo el fiduciario llevar a cabo todas las actuaciones necesarias para darle cumplimiento a los objetivos definidos en el fiduciario."

Asimismo, en relación con la referencia que refiere el Instituto del artículo 29 de la Ley No. 8660, si bien dicha norma establece que *"La Contraloría General de la República ejercerá sus competencias, bajo la modalidad de control posterior"*, ello no puede considerarse como la definición, a nivel legal, para interpretar que solo los contratos producto de un procedimiento de licitación pública requieran referendo. Ya que tal y como se desprende de la lectura integral de la Ley No. 8660, este órgano controlador realiza control previo sobre las contrataciones del ICE, así de conformidad con lo regulado en dicha ley.

En ese orden de ideas, el artículo 26 de la citada ley, regula el régimen recursivo, indicando que el recurso de oposición contra el fallo de una licitación pública o abreviada se interpondrá

dentro del primer cuarto del plazo para presentar escritos ante la Contraloría General de la República, en los casos de licitación pública y, en los demás casos, ante la administración contratante. Asimismo establece el mismo numeral, que en el caso de las licitaciones Públicas habrá recurso de Apelación y será resuelto por este órgano controlador. Lo cual evidencia que este órgano controlador tiene, a nivel legal, en la ley No. 8660, competencias de control previo sobre los procedimientos de contratación administrativa del ICE, por lo que el artículo 20 en referencia debe de ser leído acorde con la integridad de la Ley 8660.

Aunado a lo cual, se reitera que el referendo es una atribución otorgada a la Contraloría General de rango constitucional, que no depende de una habilitación legal para su ejercicio, por lo que no existe norma legal que lo contemple, y según lo entendió este órgano controlador la competencia suficiente para su trámite.

Por otra parte, la referencia que hace el ICE en relación con el voto de minoría de la resolución No. 2008-011210 de la Sala Constitucional suscrito por los Magistrados Armijo Sánchez y Cruz Castro, el mismo no resulta un elemento sobre el cual se pueda realizar una interpretación del artículo 29 de esta, y mucho menos pretender, con una lectura en sentido contrario, entender la posición de los magistrados en el voto de mayoría. El voto de minoría, lo que denota es simplemente la posición que tienen los magistrados Armijo Sánchez y Cruz Castro, no pudiéndose dar otro uso.

Y es que, como lo indicó este órgano controlador, resulta sumamente sensible el tema de analizar las posibles distribuciones de competencias constitucionales de la Contraloría General, no pudiéndose buscar interpretaciones amplias, toda vez que como, ha indicado la propia Sala Constitucional *"Cualquier norma, disposición o interpretación que redunde en un cercenamiento, limitación o desnaturalización de la competencia constitucional básica y fundamental de la Contraloría General de la República - vigilancia de la Hacienda Pública - resulta por sí inc constitucional."* (Voto No. 2169-2004).

Además, en relación con la referencia referida por el ICE sobre los artículos 168 y 168 bis del Reglamento al Título II de la Ley No. 8660, si bien en el artículo 168 se establece que *"De conformidad con el artículo 29 de la Ley No. 8660 únicamente requerirá referendo de la Contraloría General los contratos de licitaciones públicas del ICE, en los demás casos, estarán sujetos a aprobación interna"*, dicha norma reglamentaria va más allá de lo dispuesto a nivel legal, y es que tratándose de la potestad reglamentaria, debe respetarse las competencias que dentro de la ley se encuentran contempladas.

Asimismo, es preciso resaltar que en el presente caso, no existe un choque entre normas de igual rango, es decir la Ley No. 8660 - específicamente artículo 29- no se contraponen a la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República -específicamente artículo 20-, ya que la competencia otorgada a la Contraloría General para otorgar el referendo a los contratos que efectúa la Administración Pública, deriva de la Constitución Política no de su ley orgánica, en vista de lo cual no es oportuno señalar que la ley especial priva. Aunado a lo cual, como ya se evidenció, en la Ley No. 8660 no se establece que solo los contratos derivados de licitaciones públicas requieran referendo.

De conformidad con lo anterior, la Comisión Política otorga la competencia constitucional a la Comisión Ejecutiva del referendo y esta a su vez dicta el reglamento sobre referendo, siendo dicha normativa la norma que define la figura del referendo. No pudiendo referirse, como lo indica el artículo 11 de la Ley No. 6060, Reglamentos que se refieren a una sola de las que regule la materia, por demás de la ley No. 6060, Reglamento que se refieren a una sola de las referidas por el 11.

1. En consecuencia debe tenerse en cuenta que así como la norma constitucional establece la figura del referendo, la Ley No. 6060, Reglamento que se refieren a una sola de las referidas por el 11, es la norma que define la figura del referendo y esta a su vez dicta el reglamento sobre referendo, siendo dicha normativa la norma que define la figura del referendo. No pudiendo referirse, como lo indica el artículo 11 de la Ley No. 6060, Reglamentos que se refieren a una sola de las que regule la materia, por demás de la ley No. 6060, Reglamento que se refieren a una sola de las referidas por el 11.

Al respecto, la Sala Constitucional indicó:

Abora bien, el Reglamento sobre el Referendo de las Comarcas de la Administración Pública (Decreto No. 1149) es una norma que define la figura del referendo y esta a su vez dicta el reglamento sobre referendo, siendo dicha normativa la norma que define la figura del referendo. No pudiendo referirse, como lo indica el artículo 11 de la Ley No. 6060, Reglamentos que se refieren a una sola de las que regule la materia, por demás de la ley No. 6060, Reglamento que se refieren a una sola de las referidas por el 11.

El oficio No. 6172 (DCA-1467) de fecha 24 de junio del 2012, lo que realizó es una interpretación de la normativa vigente, de forma armoniosa con la Constitución Política que como base de nuestro ordenamiento jurídico, contrasta el referente principal para la interpretación de las normas; siendo relevante indicar lo contemplado en el artículo 10 del Código Civil, en relación con la interpretación y aplicación de las normas jurídicas:

Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas.

Finalmente, en relación con el argumento señalado por el ICE, en el sentido de que este órgano controlador ya tenía conocimiento de la posición del ICE, a saber que solo los contratos derivados de licitaciones públicas requieren referendo, dicho alegar lo mencionan diciendo que: *"concretamente el fideicomiso con el BCR para la Torre de Telecomunicaciones que ha sido fiscalizado (e por) por la Contraloría General de la República y en ningún momento nos han señalado la falta de referendo del contrato."*

Al respecto, es preciso indicar que la auditoría que se realizó en un procedimiento, ya si depende mucho de la razón por la cual se origina, es decir, si responde a una denuncia puntual, a una investigación oficiosa u otro, asimismo, los alcances de la auditoría o control posterior no son exhaustivos sino que se centran en los temas de interés de conformidad con lo que se quiere indagar. Lo anterior implica, que un procedimiento de contratación administrativa, puede ser auditado en un solo aspecto, y ello no implica de modo alguno que sobre lo que no se emite criterio este siendo avalado por esta Contraloría General.

En relación con la fiscalización preteritor que menciona el ICE que se efectuó en el Fideicomiso con el BCR para la Torre de Telecomunicaciones, debe aclararse que la División de Fiscalización Operativa y Evaluativa realizó el informe No. DFOE-ED-IE-11-2010 de fecha 16 de julio del 2010, cuyo objeto lo era un estudio especial relacionado con el alquiler de edificios en el Instituto Costarricense de Electricidad, en dicho informe se indica que el mismo responde: *"Con el propósito de atender una consulta presentada ante esta Contraloría General, este órgano controlador realizó ciertas acciones comprendidas por el Instituto Costarricense de Electricidad en relación con el alquiler de edificios para albergar parte de sus oficinas."* Para mayor claridad el objetivo del estudio fue el: *"Determinar la razonabilidad de las erogaciones efectuadas por el ICE en el alquiler de edificios para albergar sus instalaciones."* (Informe No. DFOE-ED-IE-11-2010 de fecha 16 de julio del 2010.)

En dicho informe se abordó, junto con el título inmueble, el arrendamiento del Edificio de la Torre de Telecomunicaciones: *"procedimiento contractual No. 2008C21-001022-PREV que corresponde a una contratación directa por excepción amparada al artículo 131 inciso f) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa y cuyo objeto de contratación es el arrendamiento con opción de compra del edificio Centro Empresarial La Sabana (CELS) ubicado en Sabana que."* (Informe No. DFOE-ED-IE-11-2010 de fecha 16 de julio del 2010.)

El amonestamiento para la ejecución de la opción de compra del edificio Centro Empresarial La Sabana, fue referenciado en dicho informe sin que se iniciara la contratación, al punto de indicarse en el propio informe que: *"Según información verbal suministrada por funcionarios lo"*

División de Finanzas: el fideicomiso administrará los recursos provenientes del Banco Popular de Desarrollo Comunal, ya que también a través de un proceso concursal, fue la entidad bancaria que ofreció las mejores condiciones de financiamiento para que el ICE ejecute la compra del inmueble mediante un crédito tradicional.

En vista de lo cual, no existe un ayol de parte de esta Contraloría General de la República, sobre el no referido del contrato de fideicomiso para el financiamiento de la opción de compra de la Torre de Telecomunicaciones.

Así las cosas, esta División rechaza la solicitud de reconsideración al oficio No. 6172 (DCA-1467) de fecha 22 de junio del 2012, y mantiene el criterio sobre la obligatoriedad de someter al referido de la Contraloría General de la República los contratos de fideicomisos que el ICE constituya con fundamento en el artículo 11 de la Ley No. 8060 "Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector de Telecomunicaciones", por lo que, a solicitud del Insttuto, traslada al Despacho de la Señora Contralora para que resuelva en alzada la solicitud del ICE.

Atentamente,

Lic. German Brenes Roselló
Gerente de División

Licda. Pamela Tenorio Calvo
Fiscalizadora Asociada

PTU:00-
MCI:250-
C/Azencia Casero
A:2012060600-03

Anexo 3: Oficio 13577 (DC-0596) de fecha 17 de diciembre de 2012 emitido por el Despacho Contralor.



AL CONTESTAR REFERASE

AL N°

13577

DC-0596

**R-DC-137-2012. CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. DESPACHO
CONTRALOR.** San José, a las nueve horas del dieciséis de diciembre de dos mil once.

Recurso de apelación en subsidio interpuesto por el señor Alejandro Soto Zúñiga, Gerente General del Instituto Costarricense de Electricidad en contra del oficio 0172 de 22 de junio de 2012.

RESULTANDO

I. Que mediante oficio 0150-0169-2012, el señor Alejandro Soto Zúñiga, Gerente General del Instituto Costarricense de Electricidad consultó a la División de Contratación Administrativa "al respecto de la posibilidad consultiva recibida en el artículo 29 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y de conformidad con la disposición en el artículo 8 del Reglamento sobre la Inspección y Atención de Consultas dirigidas a la Contraloría General de la República, (texto final) cuando para que se represente proceda o cuando exista en materia de la obligación o de asistencia de cumplimiento, fortaleza o grado, de manera interpretativa de la Contraloría General de la República los contratos de fiducianaria que el ICE suscribiera con fundación en el artículo 11 de la Ley No. 8660 "Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector de Telecomunicaciones." Para tal efecto, se anexa el oficio DC-250-003-2012 de fecha 28 de mayo de 2012, en el que consta el criterio jurídico emitido por la Dirección Jurídica Institucional.

II. Que mediante oficio 0172 de 22 de junio de 2012 (DC-0167), la Dirección de Asesoramiento Administrativo, emitió criterio de relación con la obligatoriedad de atender al requerido de la Contraloría General los contratos de fiducianaria que el ICE suscribiera con fundación en el artículo 11 de la Ley 8660 Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector de Telecomunicaciones. En la que interviene en el citado oficio se menciona: "...El requerido consultó con respecto consultivo, que, como se ha mencionado en el presente oficio y tal como lo indica precedentemente en materia de la alta Constitucional, el requerido deriva de la Constitución Política y en la misma forma, se observa, en el caso del ICE, la misma ley que crea el régimen





expresión de voluntad de ciertos órganos de funcionamiento, la misma se podría interpretar de cualquier otro que se considere un decreto legislativo o una resolución interna, que se dispone que (El Tribunal y el resto del TC sólo es facultado para los asuntos previstos de forma expresa pública o privada en sus atribuciones establecidas por la misma ley que los crea).¹⁰ Y es que la naturaleza de la potestad reclamada, debe respetarse (la competencia que el texto de la ley se atribuya a ciertos órganos delimita dicha potestad, en que su ejercicio debe estar autorizado por una norma, por la misma de rango legal que la habilita (debe en ese sentido la Comisión Andino Lobo, Tratado de Derecho Administrativo, 3.ª Edición, Jurisdat Libros, 2002, pag. 157), por lo que en primer lugar que son leyes o sus reglamentos, no emitidos por el órgano correspondiente competente, es decir, la Contraloría General, se delimitan las competencias que le fueron constitucionalmente otorgadas y se delimita cuáles materias administrativas no está sujeta al referendo.¹¹ Al respecto es preciso señalar como lo afirma la Sala Constitucional que conduce a interpretarse el texto que tanto la competencia constitucional asignada a la Contraloría General resulta ser de naturaleza constitucional, que en ese sentido señala: “No cabe la menor duda que el control y fiscalización ejercido por la Contraloría General de la República en un órgano rector de fiscalización superior de todos los aspectos que afectan a la Hacienda Pública. Era ex su competencia general y ordinaria de hecho al que garantizar desarrollo regular de la actividad con una plena independencia y autonomía en su gestión en los fines programados y expuestos por el constituyente originario. Caudales normativos disposiciones o interpretaciones que recaen en las competencias limitadas y desnaturalización de la competencia constitucional básica y fundacional de la Contraloría General de la República –“Fiscalización de la Hacienda Pública”– resulta por inconstitucional” (1999 An. 2499-2004). En vista de lo cual, no puede extenderse a los contratos de subsistencia del referendo controlado por disposiciones estímulos de una norma de rango reglamentario que no figura tal situación habilitadora legal y desde un punto constitucional...”

III. Que el Acto administrativo fue comunicado al Instituto Costarricense de Electricidad el 20 de junio de 2012.

IV. Que mediante escrito presentado el 5 de julio de 2012, el señor Alejandro Mora Zúñiga presentó a la División de Contratación Administrativa, solicitud de recomendarlo por la anterior razón.





la que consiste en mantener el contrato dentro de lo que es el cumplimiento de la acción Comprobatoria.

V. Que mediante oficio 8564 de 22 de agosto de 2012 (DCA-1946) la División de Contratación Administrativa recibió la solicitud de reevaluación del oficio 8172/2012 y trató el expediente a sus Despacho.

VI. Que mediante oficio DCA-1977 de 24 de agosto de 2012, la División de Contratación Administrativa remitió el expediente a sus Despacho.

VII. Que mediante oficio 0159-1557-2012, presentado el 30 de agosto de 2012, el señor Soto Zúñiga expone los argumentos dentro del tiempo que expuso comentarios adicionales.

CONSIDERANDO

I. Admisibilidad. El oficio fue comunicado al JCE el 26 de junio de 2012 y el juez se presentó el 3 de julio, es decir, fuera del plazo de tres días dispuestos para los recursos ordinarios de reposición y apelación en subsidio. No obstante, por la importancia del tema y en razón del motivo (hecho por la División de Contratación Administrativa), nos referimos los argumentos expuestos.

II. Sobre el fondo. La entidad expone los siguientes argumentos como sustento de su petición de reconsideración. **El Sobre la naturaleza legal del contrato.** La entidad manifiesta que el cumplimiento de todos sus deberes debe ser previo a posiciones, el tema debe ser regulado legal y/o reglamentariamente, así que debe entenderse que es reserva de ley. La Sala Constitucional señala que es una función que le asiste al legislador ordinario, en procura de dar a la administración de la flexibilidad que requiere y no sólo a la Contraloría General, como señala el artículo 72. La libertad del legislador es más que notable cuando en casos de necesidad de regular y flexibilidad la actividad del legislador con la inclusión en su régimen de abstrata competencia. **Criterio del Despacho.** Según la tesis de la División de Contratación Administrativa y que este Despacho comparte, la base de la contratación contractual o referida con el contrato es reconocida por la Sala Constitucional en la resolución 14471-2005 de los once meses del diciembre de diecinueve de dos mil cinco. Efectivamente, el artículo 154 de la Constitución Política dispone que constituye competencia para el Estado implementar aquella que hoy, para referirse que el órgano contratador y los recursos públicos son por naturaleza, más sobre





de acuerdo de derechos y obligaciones, de dar y hacer y por supuesto de no hacer. Esto sin perjuicio de que el desarrollo del mecanismo propiamente tal que se vincula por referendo y como se aprueba, resulta un tema relevante, en materia insustancial, al legislador ordinario, tal y como se concreta en el artículo 20 de la Ley Orgánica de la Contraloría General y con mayor detalle o normativa reglamentaria, como es también el caso del Reglamento sobre el referendo de las contrataciones de la Administración Pública. Lo relevante en el presente es el contenido de que por iniciativa legal no pueden revocarse las competencias constitucionalmente asignadas. Tampoco debe entenderse que como el referendo es un asunto de facultad, ello le niegue la base constitucional, porque son aspectos autónomos. En el caso del artículo de la Ley 8988 Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones incorpora entre un grupo determinado de unidades ciertas reglas particulares, en relación a la apertura de procesos para el mercado de las telecomunicaciones, como por ejemplo, planes de referendo más cortos, siendo que uno de sus objetivos es flexibilizar y ampliar los mecanismos y procedimientos de contratación. Flexibilización que en todo es expresa no podrá entenderse en detrimento de las competencias de fiscalización asignadas a la Contraloría General, en la ley orgánica pero también en el artículo 3 de la Ley de Contratación Administrativa, cuando se dice que: “Las disposiciones de esta Ley se interpretarán y se aplicarán en concordancia con las facultades de fiscalización otorgadas a la Contraloría General de la República por la Constitución y la Constitución Política”, se trata de dos principios que coexisten y que deben interpretarse de forma armónica. Así citando el Instituto en su recurso preventivo que el artículo 20 de la Ley 8988 establece que la Contraloría General ejerce sus competencias bajo la modalidad de control posterior, el legislador no eliminó el control que se ejerce vía referendo, sino que más bien lo regula en una norma especial, el artículo 29 siguiente. Examen que es propio de ejecución contractual, pero posterior a la forma de la decisión por parte de la Administración y que incide en los efectos jurídicos que el contrato debe desplegar.

2) Sobre la necesidad de referendo controlador en las licitaciones públicas y la exclusión en los demás casos. Cuando en la Asamblea Legislativa se discute el texto de la Ley 8988, en el día de mañana se comentará los supuestos de excepción a los procedimientos ordinarios de contratación, efectuándose de forma sucesiva un control de constitucionalidad. El Acuerdo da un extracto de la Comisión Especial de la Comisión Legislativa, en sus sesiones. “En lo que respecta a



«*efectos de contrato de venta que el referido será sobre aspectos de legalidad y de eficiencia, oportunidad al sobre aspectos técnicos al monto que se indica que debe ser como debe y conviene por la Contraloría General en un plazo que no podrá exceder los veinte días hábiles siguientes en el caso de la obra (iniciativa pública, cada vez que los contratos y contratos que no requieran retención cuantía superior a la producción de la Unidad de Adquisición Legal del M.C. no se aplica)».* De lo anterior la entidad entiende que el espíritu del legislador fue eximir del control general los procesos ánteros a los de licitación pública, entre ellos, los fidejatos, pero así como está previsto dentro de las excepciones a los procedimientos ordinarios de compra previenen en el artículo 27 de la Ley 8669. A efecto del órgano controlador del artículo 29 de la Ley 8669 no se desprende que sólo las licitaciones públicas sean las que requieran control previo con el referido, en tanto a lo que el recurrente señala que existiera motivo de duda se desmeca con la resolución de la Sala Constitucional 2508-011211, en especial el voto salvado de los magistrados Américo Sánchez y César Castro. **Criterio del Despacho.** El punto central en esta oportuna es la inobservancia de ciertas normas consuadas en la Ley 8669. De inicio se tiene que el artículo 11 de la Ley de esta permite la constitución de fidejatos tanto dentro como fuera del país, siempre que la norma se escape de definir, en ningún sentido, el tema del referido, teniendo en cuenta que la constitución de fidejatos requiere norma habilitante, el interés de la disposición es emitir el resorte legal de tal posibilidad, debido a que el artículo 14 de la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, que también la permite, no le aplica aplicable a A.C. y sus empresas. Más adelante, el artículo 29 se escape plenamente del tema del "referido". En ese sentido, se dice que el trámite de referido de las licitaciones públicas habilitar respecto dentro del plazo de veinte días hábiles, un procedimiento que los ventaneros de trámite aplicables al caso del Sector Público, en caso de licitaciones públicas, pues en los restantes procedimientos el plazo es de veinte días hábiles. De igual forma, el mismo de la disposición se centra más en un tema de plazo para promover con ello una mayor claridad en el trámite. Ahora bien, existe una distinción que se precisa tener en cuenta. La licitación pública es un mecanismo de selección del contratista, de la misma forma en que versa la licitación abreviada o la contratación directa. Pero el fidejato es un tipo de contrato independiente del procedimiento, por el cual se haya seleccionado el fidejante. Por esa razón, no es posible interpretar que como lo muestra el voto al referido de las licitaciones públicas, los fidejatos en resultados de ofertas, porque en



mercado de otras materias, uno procedimental el otro sustantivo. Dicha configuración del sur que el artículo 29 de este mercado el trámite de referendo de las licitaciones públicas, se encuentra en el artículo 52 de la Ley de Contratación Administrativa, que en lo que resulta de interés establece: “... La Comisión General de la República deberá resolver la existencia de reservas de los contratos cuando este es un caso particular, dentro de un plazo de sesenta días hábiles, cuando se trate de licitación pública y de veinte días hábiles, en los casos restantes.” (caso reformado por Ley 8511 de 16 de mayo de 2006). La norma distingue el referendo de los contratos, produce de licitaciones públicas y de los otros procedimientos pero sustenta la existencia de plazos diferenciados para uno y otro trámite, pero en el caso del artículo 29 se incorpora un único plazo y no se hace ninguna distinción adicional ni tampoco se refiere a una aprobación interna a cargo de la entidad, debido a lo cual no es evidente la intención de excluir del referendo a los contratos derivados de otros procedimientos de selección distintos a la licitación pública. Verifican además de legalidad en un contrato, por ejemplo el existe del contrato o los términos del contrato y la existencia de voluntad presupuestaria es una obligación inherente a los contratos, de ahí que en aquellos casos en que el contrato no debe someterse a referendo controlado debe ser la propia entidad la que garantice que tal control se ha efectuado, control al que en su momento rindió la Comisión Especial de la Asamblea Legislativa. Referir al control que debe ejercerse en cada una de las entidades públicas no es un precepto determinante para afirmar que no se requiere del referendo. El voto del Sr. Magistrado Sr. Juan Sánchez y Cruz Castro consideró una opinión diferente, relevante pero que no necesariamente se convierte en parámetro de constitucionalidad, ni tampoco de interpretación del texto legal. Todo lo contrario, ese mismo control interpreta el artículo 29 en apego a lo señalado en el artículo 184 de la Constitución Política.

3) **Sobre la jerarquía de las normas.** Según la jerarquía de las normas, la regulada en ley especial, concretamente en la 8066 prevalece sobre el Reglamento de Referendo de las Comisiones de la Administración Pública. **Criterio del Despecho.** Ciertamente, según la jerarquía de las normas (artículo 6 de la Ley General de la Administración Pública) la ley prevalece sobre normativa reglamentaria, cuando regulen un tema de forma distinta, situación que en el presente asunto no se da, porque se trata más bien de una línea de interpretación que la entidad hace derivar de la ley. Así lo muestra la siguiente tabla:





4) **Sobre el medio para desplantar la normativa vigente.** Durante el trámite de discusión de la actual ley 8660 (exponiente legislativo No. 16397) el órgano controlador emitió una posición negativa a que los fideicomisos fueran excluidos del referendo consultivo, pese a lo cual el texto finalmente aprobado es que sólo las licitaciones públicas requieren contar con referendo consultivo, no con los fideicomisos. En esta línea están los artículos 165 y 166 bis del Reglamento al Título II de la ley 8660 sin consecuencias en materia que involucra los fideicomisos públicos requieren referendo. Agradezco al representante que *“... respetuosamente manifestamos que si con el órgano Contraloría General del comando de la mercadería aprobada hace más de tres años, recomendamos que se aplique en los tres niveles y constituciones respectivas, todo en observancia del principio de igualdad jurídica que debe regir en estos casos, dado que consideramos que no es posible desplantar la normativa vigente basada en un oficio”.* **Criterio del Despacho.** Este órgano controlador no discrepa del sentido final de la ley 8660, sino de la interpretación que de los mismos hace el legislador, lo que es un aspecto técnico que tiene un alto impacto de índole técnico, incluso en tanto que no se cuestiona en la posibilidad legal de que para elegir un fideicomitente se recurre a un llamado público, sea a un proceso licitatorio, con lo cual aún bajo la tesis del artículo, los contratos son tramitados licitatoriamente a referendo. Por lo común, para cumplir un fideicomiso no se requiere dicho procedimiento, pero legalmente ello es posible.

5) **Sobre los comentarios expuestos mediante oficio 0150-1357-2012.** La tesis que la entidad ha mantenido hasta el momento es que los contratos sujetos a la licitación pública, incluyendo los contratos de fideicomiso, están excluidos del requisito de referendo consultivo. Esta posición ha sido ampliamente conocida por la Contraloría General y nunca ha sido cuestionada. Durante todo este tiempo, los contratos que se han otorgado a través de referendo han sido los provenientes de la licitación pública, también que el trámite de otorgado contratos de fideicomiso con el Banco de Crédito Rural para la Torre de Telecomunicaciones y el fideicomiso con el Proyecto SANGU, posición que ha sido sostenida en distintas reuniones con funcionarios de la Contraloría General. Por otra parte, el caso Despacho también el criterio expuesto en el oficio 0172 al momento sostiene que se aclara que la obligación de referendo surge a partir de la emisión del estado oficio, es decir, del 22 de mayo de 2012 en que entra los contratos actualizando las licitaciones. Esto porque antes de esa fecha no se conocía la posición del órgano controlador. **Criterio del Despacho.** Se observa que alude a “licitación pública”, entendiéndose en un sentido procedimental y no restringido a las





servicios de fiduciarios es un aspecto sumativo que guarda relación ya no con el presupuesto, sino con el tipo de contrato que se trata, tal y como se podría hablar de alquiler, compraventa, entre otros. El ejercicio de nuestra competencia consultiva al amparo del artículo 29 de la Ley Orgánica de la Contraloría General despliega sus efectos hacia el futuro. En ese sentido, el Reglamento sobre la recepción y atención de consultas dirigidas a la Contraloría General de la República (resolución R-DC-107-2011 de las pocas horas del mes de diciembre de 2011) prevé que los dictámenes sean vinculantes para los sujetos consultados y surten efectos a partir de su publicación (artículos 7 y 13). No obstante, debe tenerse en cuenta que la obligación para el titular de someter a refrendo consistió en las contribuciones en surge del oficio 6172/2012, aún de las disposiciones constitucionales y legales vigentes. No se trata de un cambio de criterio de este órgano controlador que obligue a un desistimiento del tema. En consecuencia la situación legal de los fiduciarios celebrados por la entidad y no sometidos en su momento a refrendo es un tema que debe ser analizado y resuelto por esta Administración.

POR TANTO,

Con base en las consideraciones de hecho y de derecho que sirven de sustento a esta resolución, artículos 183 y 184 de la Constitución Política, 15 y 13 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, se **RECHAZAR** el recurso de apelación en subsidio presentado por el señor Alejandro Soto Zúñiga, entonces Gerente General del Instituto Costarricense de Electricidad en contra del oficio 6172 del 22 de junio de 2012, manifestándose al interesado que los artículos de fiduciarios deben someterse al trámite de refrendo.

NOTIFIQUESE.

Marta P. Aguado Zúñiga

Marta P. Aguado Zúñiga
CONTRALORA GENERAL DE LA REPUBLICA



MA-011602
 DC-1477/2012
 Cc: 2012000040-50
 At: 12519-10462-25524/2012



Anexo 4: Entrevista Lic. Illiana Rodríguez Q., directora de Contratación Administrativa del Instituto Costarricense de Electricidad.

1. ¿Considera usted que el fideicomiso público es una herramienta óptima de contratación administrativa? Explique.

En el ICE históricamente ha utilizado el fideicomiso como una herramienta de contratación administrativa por considerar que tiene ciertas ventajas, una es que se fije por los principios de contratación administrativa nada más, por razones financieras porque se hace fuera de balance, sin embargo en los últimos años hemos tenido algunas diferencias con la Contraloría General de la República porque la opinión del ICE es que el tema del fideicomiso está excluido de los trámites que requieren refrendo de la Contraloría y así lo hemos hecho desde que salió la ley 8660, donde sólo las licitaciones públicas requieren refrendo. El ICE históricamente ha hecho muchos fideicomisos, exitosos, inclusive la misma CGR ha reconocido que el ICE tiene músculo en ese tema. Sin embargo todo empezó cuando en el fideicomiso del Reventazón, donde la parte financiera externa insistieron en saber si los contratos de fideicomiso tenían refrendo. El ICE les contestó que no pero como condicionamiento les pidieron solicitar el criterio, hicimos la consulta y la CGR indicó que si necesitaban refrendo. Entonces el ICE no ha estado de acuerdo y ha hecho un proceso, agotaron la vía, explicaron, incluyeron el voto de la Sala Constitucional, el cual es clarísimo, inclusive hay un voto de minoría donde se dice que no se está de acuerdo que los fideicomisos no vayan a refrendo. Definitivamente la línea que se tenía era que sólo las licitaciones públicas lo tuvieran (el refrendo). La Contraloría tenía una opinión diferente que no conocíamos que si las hubiéramos conocido todo hubiese sido distinto. También tenemos normas específicas en el reglamento de la ley 8660, la ley del ICE, los artículos 668 y 668 bis, de este reglamento que es un reglamento ejecutivo, dada por el presidente y el ministro de nuestro ramo, dadas no ahora sino hace mucho. En estos artículos dice que el fideicomiso no requiere contar con refrendo contralor. “De conformidad con el 29 de la ley 8660 únicamente requerirá refrendo de la Contraloría los contratos de licitaciones públicas en los demás casos se requerirá aprobación interna según su interno que regula la aprobación interna”. Precisamente le damos no le damos la aprobación interna por ser el fideicomiso público un tema muy financiero. Pero hay diferentes categorías, porque el ICE maneja al año 5000 contrataciones, y es imposible darle aprobación interna a todo, entonces

establecemos ciertas categorías y hay una intervención importante de la parte legal: tanto en el estudio de ofertas, como en los dictámenes, como en la asesoría durante el proceso de ejecución contractual.

El resto de la administración pública, por lo menos dentro de lo que yo no conozco ha habido una preocupación pues no han sabido manejar la figura del fideicomiso. El fideicomiso debe realizarse una vez consideradas las razones, el beneficio en la ejecución del fideicomiso, según los principios de contratación administrativa.

A raíz que no hubo acuerdo con la CGR en ese tema, nosotros establecimos un proceso contencioso administrativo en contra de la contraloría para ver la legalidad, no por establecer un roce directo con ellos pero si porque considerábamos que la normativa nos amparaba a nosotros. Sin embargo luego de un acercamiento que se hizo con la CGR, se llegó a un acuerdo en aras de preservar RANGE, porque RANGE es un proyecto que tiene muchas implicaciones a nivel país, dar velocidad a mucha más capacidad, fibra óptica en ciertas zonas. Entonces como estaba viéndose afectado a raíz de eso RANGE.

Nosotros hemos hecho fideicomisos antes. Por ejemplo el edificio de la torre de telecomunicaciones es un fideicomiso que hizo el ICE, en el entendido que los fideicomisos no requerían refrendo, la CGR lo fiscalizó de forma posterior, nos pidieron documentos y nunca nos dijeron que hubiera alguna anomalía, por eso mayor nuestra sorpresa cuando nos llegan a decir el tema del refrendo que no fue algo que se preveía.

La Sala Constitucional analizó una consulta facultativa por parte de los legisladores cuando se discutía la aprobación de la ley 8660 dijo que no era inconstitucional que el control sea *posteriori*. La filosofía de la ley 8660 es para que el ICE pueda competir, la filosofía es déjenos trabajar y luego haga una ejecución posterior fuerte, fiscalice lo que quiera luego. La misma Sala dice eso no es inconstitucional y siempre la CGR dice que el refrendo tiene rango constitucional. Obviamente y si usted lee la Constitución habla de un tema financiero, habla de dinero, pero se alargó más a lo que consideraba, sin embargo no es inconstitucional el control posterior, esto fue lo que dijo la Sala y es lo que orienta la ley 8660 y es por esto que se estableció que sólo las licitaciones públicas requerían refrendo. El voto de las seiscientas mil líneas también es un voto muy famoso, yo casualmente fui la asesora legal de ese voto, fue cuando Ericsson trajo unos equipos aquí y la CGR creyó que era ejecución anticipada, entonces se anuló y se llevó hasta la Sala y

la Sala explicó el ámbito de refrendo, el control de legalidad. Indicó que el refrendo no era un medio para venir a anular actuaciones por otra vía.

En el caso de RANGE a raíz que pone una empresa un recurso, que no lo hice ante la instancia correspondiente, porque los recursos los ven ante la Unidad Ejecutora, entonces la CGR entró a conocer y anula la adjudicación de ese concurso, pero dice que lo anula porque el contrato de fideicomiso no tiene refrendo. Entonces es una manera indirecta de hacer una anulación al refrendo, que el voto de las 600 mil líneas explicó claramente que no se podía hacer, ahí hubo un contrasentido, por eso nosotros presentamos el proceso contencioso.

Sin embargo dado el interés público que hay inmerso en el proyecto de RANGE y ante una decisión que tomo la administración superior se llegó a un acuerdo con la CGR.

Es importante recordar que si bien el refrendo de rango constitucional, la sala indicó que si es de rango constitucional pero que este es un tema de mera legalidad que se puede reglamentar, permitiendo que el ICE reglamente el tema del refrendo, opinión que la CGR no comparte, pero el problema es que nosotros caemos como en medio. Y otro problema es que la PGR que es parte en el asunto no contestó el asunto dándole la trascendencia requerida. Lo que nos preocupa mucho es la inseguridad jurídica que esto propicia, porque como hace uno para asesorar responsablemente si las normas pueden cambiar del día a la noche su significado. El artículo polémico es el que habla del régimen especial de contratación administrativa, el artículo 29 dice el plazo de refrendo de 20 días hábiles para las licitaciones públicas y dice que no serán sometidas a refrendo las modificaciones contractuales, eso sí lo dice de forma clara en la ley. Pero como en la ley no quedó "sólo las licitaciones públicas" sino que dice "el trámite de refrendo en las licitaciones públicas", a pesar que en el reglamento de la ley se aclara y si usted lee la exposición de motivos y todo lo que se conversó va en esa orientación, que si usted ve el voto de la Sala va en esa misma orientación, en otro de los artículos explica que el control para el ICE será posterior. Todo apuntaba a eso, pero la redacción del 29 no fue la más feliz, eso se solucionaría con una interpretación auténtica, pero es un problema ponerse de acuerdo en el ambiente pre-electoral, nosotros valoramos eso y a pesar que hay mucha gente dispuesta el articular todo esto para la interpretación auténtica se vuelve medio confuso. Entonces por el momento ese procedimiento se manejó de esa manera porque así lo dispuso la Administración Superior del ICE. Y ahora se está analizando para refrendo un contrato que está ejecutado.

2. ¿Considera usted que los controles previos son necesarios para una correcta administración de los fondos públicos?

Si usted me pregunta con base en mi experiencia yo creo que no es inconstitucional que el control sea posterior, me parece que la CGR debería orientarse a hacer una fiscalización posterior más rigurosa. En el caso del ICE, pero me preocupa el caso de instituciones pequeñas que no tienen una asesoría legal adecuada, no tienen suficiente respaldo. En el gremio uno a veces se percata que existe poca rigurosidad en las Instituciones, en los controles de ciertas instituciones. El caso del ICE es particular, pues por ejemplo: tenemos una única proveeduría, una única dirección de contratación administrativa, el know-how se encuentra concentrado y se maneja con más conocimiento de causa y con antecedentes. En el ICE además se tiene un reglamento interno de contratación administrativa que tiene roles y responsabilidades, todo viene en forma clara a quién le corresponde cada cosa, cada año se busca fortalecer dicho reglamento, etcétera. Considero que en el ICE hay bastante rigurosidad y hay conocimiento en el control interno. Se debe preocupar cuando es una administración con poca o nula asesoría legal, sin embargo Mer-Link, la plataforma de compras electrónicas que se decidió por decreto y que utiliza toda la administración pública, tiende a la transparencia, democratiza el sistema de compras. La contratación administrativa es un materia muy especializada que lleva muchos años de práctica y aun así aparecen situaciones nuevas e imprevistos. Pero en el control interno el ICE es muy riguroso y por eso creo que el control previo debería suprimirse y analizar las razones por las cuales la administración hace algo y preguntar si no se sabe.

3. ¿Considera que los controles previos perjudican o benefician a la Administración para cumplir los fines públicos?

Lo perjudica en ese aspecto, porque a veces atrasa los procesos de contratación. Claro que en los casos, como se mencionó antes en que la administración no tiene una estructura sólida hay un riesgo. Por lo tanto en estos casos es necesario. Específicamente referido al refrendo, porque hay permisos especiales para contratar que tiene la administración, esas cosas que creo que siempre es bueno que se

mantengan. El ICE tiene muchas maneras de contratar por ejemplo pero en general es bueno que si Ud. quiere hacer una contratación de las excepciones que dice la ley de contratación administrativa, hay que pedirle permiso a la CGR para contratarlo y que se entienda como es que...

En cuanto a régimen recursivo considero que no cae mal ese tipo de control previo.

4. ¿Qué considera que podría mejorar en caso de eliminarse el control previo externo?

Los plazos, yo no creo que esté tan mal. Pero por ejemplo hay una posibilidad de revisar los carteles antes, y da un tipo de refrendo previo y esto sería muy bueno. Que se diera antes de hacer el contrato, no una vez hecho todo, pues no se trata de venir a ver quién es el culpable sino fortalecer la contratación administrativa. Promover la capacitación, Ver los carteles antes. Hay una excepción en el reglamento de aprobaciones internas donde viene esa posibilidad. Los plazos no están tan mal, si pasa en la práctica que hay atrasos, si debería elevar las categorías para concentrarse en algunos casos, sin embargo tampoco todo es monto también la complejidad del asunto. Las categorías dependen de la Institución y la experiencia que tengan. El primer reglamento de refrendo que hubo, que fue cambiado radicalmente a partir del voto de las 600 mil líneas, donde antes se partía del hecho que la administración estaba equivocada. Ahora se presume que la administración está en lo correcto. Las medidas deberían versar en capacitar a los involucrados en el tema, ver los carteles antes, hay mejores prácticas en la administración pública que no se promueven, por ejemplo el Banco Nacional fueron los primeros que empezaron con entrega según demanda, esto debería promoverse a los demás. Podrían utilizarse un solo esquema en temas que instituciones tengan más musculo que para que las demás no cometan los mismos errores. Para evitar que no se ejecute el presupuesto o cuestiones así que no deberían suceder.

Anexo 5. Entrevista al Ing. José Mena, gerente de Unidad Ejecutora.

1. ¿Considera usted que los controles previos son necesarios para una correcta administración de los fondos públicos?

Yo no soy abogado, pero bueno abogado me han explicado la figura del refrendo. Y el refrendo como muchas cosas tiene bases filosóficas muy buenas pero terminan siendo anacrónicas. Para mí el refrendo es anacrónico. ¿Por qué? Porque para mí la complejidad de los negocios que hace el Estado es muy grande, es como tener una proveeduría como en los años '50's, dando todo lo que el Estado necesita. Esto no se puede utilizar, cada vez los negocios son más complejos. Entonces es muy difícil que un grupo como Contratación Administrativa, tenga todo el conocimiento para autorizar un determinado contrato. Eso por un lado, por otro lado hay pronunciamientos de la Sala, en los cuales ha quedado muy claro el tema del refrendo, y la Contraloría no debe entrar a revisar oportunidad, pertinencia, etc. Así las cosas, déjeme decirle que la mayoría de negocios malos que ha hecho el Estado, fueron refrendados por la Contraloría. ¿Por qué? Porque probablemente aunque eran un "chorizo", eran legales. ¿Entonces para qué sirve el refrendo? Ese es el primer aspecto. El segundo aspecto es que la Contraloría no se limita a dar o no dar un refrendo, sino que normalmente lo da condicionado, entonces entra en una serie de consideraciones que la mayoría de las veces están absolutamente fuera de lugar. Por los comentarios que tiene el refrendo uno ve, a todas luces, que no entendieron el negocio. Porque esos negocios, no son negocios jurídicos y los que están ahí son abogados. Por ejemplo: Muchos de estos son proyectos que tienen sentido desde la teoría del "Project finance" que es financiamiento de proyectos, que son proyectos entre gerencia de proyectos, ingeniería de construcción e ingeniería financiera. Entonces no son necesariamente temas jurídicos. Entonces hay que entender el negocio como un todo para encajarlo en la legalidad. En un negocio no se va a encontrar una violación flagrante a las leyes, por lo que el refrendo cada vez más pierde sentido.

Yo estoy de acuerdo con que el refrendo no puede venir a juzgar oportunidad o pertinencia, porque no tienen el conocimiento apropiado para entrar en esas

valoraciones. Es la Administración la que conoce sus necesidades y tiene su especialidad.

Por eso yo creo que si bien la institución del refrendo puede tener fundamentos teóricos, ya se vuelve obsoleta para una administración que cada vez tiene que contratar bienes y servicios más complicados y complejos, y hacer negocios diferentes.

Yo siento que la Contraloría, al final de los '70s llego a entender el tema de precios unitarios, entre otros, pero ya cuando entramos a temas de BLT's, leasing y otros contratos modernos se empezó a perder un poco, porque no tiene especialistas en esas áreas y sin embargo son los responsables de autorizar o no autorizar.

Nosotros tuvimos en RANGE una experiencia terrible, porque la ley 8660, que es la ley de fortalecimiento del ICE, establece básicamente que los fideicomisos no están sujetos a refrendo, bajo esta tesitura, se firma el proyecto, se empieza a ejecutar y nos apelaron el concurso de suministro ante la Contraloría. La CGR acogió el recurso y terminó diciendo que el fideicomiso era nulo por falta de refrendo. El ICE demandó por daños y perjuicio.

El espíritu del legislador para mí, es que si el ICE va a estar en competencia, no debería estar sujeta a la Contraloría. Porque la CGR es un elefante blanco y además lento. Es decir, una apelación presentada en junio que se resuelve a finales de setiembre, nos dejó "varados" todo ese tiempo, el resultado fue nefasto porque ** del fideicomiso. ¿Y cómo se puede competir así con la empresa privada?

Ahora, con la CGR para mí es un dogma de fe, salvo que se haga una constituye, el tema del refrendo es un tema que no van a soltar. Sin embargo tener que autorizar negocios del Estado es un problema, si se autoriza un negocio malo, el pueblo no entiende porqué terminó pasando eso. Pues la CGR no ve temas de oportunidad ni conveniencia.

En la consulta de constitucionalidad que se hace sobre la ley 8660, el magistrado, creo que es Jinesta habla sobre el tema del control, e indica que el constitucionalista no dijo si el control debía ser anterior o posterior.

2. ¿Considera que los controles previos perjudican o benefician a la Administración para cumplir los fines públicos?

Para mí los controles tienen todo el sentido del mundo, los internos y los externos. Pero el control tiene que ser ex – post. Además los referendos de alguna manera diluyen la responsabilidad interna, por lo que se evita la elusión de responsabilidad.

No son herramientas adecuadas para la gestión de proyectos, tal vez si lo sea para una pequeña municipalidad con poca experiencia e incipiente en el tema

3. ¿Considera que los controles previos deberían ser aplicados al fideicomiso con fondos públicos?

No, porque no solamente se refrenda o no. Sino que la CGR emite un refrendo condicionado. Es decir, opina y obliga a aplicar el régimen recursivo de la contratación administrativa. Es decir, cualquier contratación que devenga de ese contrato de fideicomiso debe seguir con el régimen recursivo ordinario de contratación administrativa y no así el que se encuentra en el reglamento del ICE, que es vía la unidad ejecutora, así por ejemplo quedó el de Reventazón.

Los principios de la ley de contratación deben ser cumplidos, pero el comité de vigilancia que dispone el reglamento de adquisiciones, es el encargado de llevar a cabo esta tarea. Este es un órgano independiente del ICE y del Banco que vigila la actuación de todo el fideicomiso. Este tiene competencia para supervisar al ICE, al Banco e inclusive a la unidad ejecutora en caso de alejarse de lo pactado en el contrato. Además este comité funciona como instancia en alzada en las apelaciones de concursos y estudios de ofertas. De esta manera se cumple con el principio de doble instancia. La ventaja de esto son los plazos, pues el gerente de la unidad ejecutora en caso de apelación, convoca al comité de vigilancia y este con mayor prontitud se referirá, dándole prioridad y exclusividad al proceso. Y la

CGR ha cogido la “maña” de utilizar el refrendo para modificar materia sustancial, en lugar de simplemente indicar si el contrato es o no es legal.

4. ¿Considera que los controles previos afectan la satisfacción del fin público?

El problema es que desarmamos al Estado y su capacidad de gestión, por eso no es de sorprender que ni si quiera se pueda cambiar una platina, hay que devolverle herramientas de trabajo al Estado.

Además de la inseguridad jurídica que genera los cambios de tesis de la CGR, por ejemplo nosotros realizamos muchos proyectos sin el régimen recursivo de contratación administrativa. Es con el refrendo del proyecto de Fideicomiso Reventazón, y es en el refrendo que indican que deben utilizar otro régimen recursivo.

5. ¿Qué considera que podría mejorar en caso de eliminarse el control previo externo?

Si el país de verdad quiere apostar por los fideicomisos: los bancos necesitan tener departamentos de fideicomiso, con la capacidad de gestionar este tipo de fideicomisos. Esa habilidad no la tiene ningún fiduciario en el país. Se trabaja con los Bancos del Sistema Bancario Nacional.

Vigilar las administraciones, fiscalizar ex – post y en caso de encontrar algún fallo recurrir a la potestad sancionatoria

Anexo 6. Intentos de agendar entrevista con la Contraloría General de la República



Pao Vargas <paovargasl@gmail.com>

Consulta sobre proyecto final de graduación

1 mensaje

Paola Vargas L. <paovargasl@gmail.com>
Para: laura.chinchilla@cgr.go.cr

9 de diciembre de 2013, 14:50

Buenos días doña Laura:

Mi nombre es Paola Vargas, soy estudiante egresada de la facultad de Derecho de la UCR y me encuentro actualmente realizando mi proyecto final de graduación, este consiste en una investigación sobre la fiscalización previa en el fideicomiso con fondos públicos.

Doña Laura, deseaba solicitarle si pudiese colaborar en mi proyecto a través de una entrevista, para el capítulo tercero en el cual trabajo actualmente. Quería analizar la perspectiva de los sectores involucrados en los procesos de contratación mediante fideicomisos con fondos públicos.

¿Será posible agendar una entrevista para la próxima semana?

Le agradezco de antemano su pronta respuesta,

—

Paola Vargas L.



Paola Vargas <paovargas1@gmail.com>

Proyecto final de graduación

Paola Vargas L. <paovargas1@gmail.com>
Para: karen.salas@cgr.go.cr

3 de diciembre de 2013, 8:01

Buenos días doña Karen:

Mi nombre es Paola Vargas, soy estudiante egresada de la facultad de Derecho de la UCR y me encuentro actualmente realizando mi proyecto final de graduación, este consiste en una investigación sobre la fiscalización previa en el fideicomiso con fondos públicos.

Doña Karen, deseaba solicitarle su ayuda para comunicarme con la Licda. Marlene Chinchilla Camiol, con el fin que, doña Marlene pudiese colaborar en mi proyecto a través de una entrevista, para el capítulo tercero en el cual trabajo actualmente. Quería analizar la perspectiva de los sectores involucrados en los procesos de contratación mediante fideicomisos con fondos públicos.

¿Será posible agendar una entrevista para la próxima semana?

Le agradezco de antemano su pronta respuesta,



Paola Vargas <paovargas1@gmail.com>

Proyecto final de graduación

Paola Vargas L. <paovargas1@gmail.com>
Para: marlene.chinchilla@cgr.go.cr

4 de diciembre de 2013, 9:50

Buenos días doña Marlene:

Mi nombre es Paola Vargas, soy estudiante egresada de la facultad de Derecho de la UCR y me encuentro actualmente realizando mi proyecto final de graduación, este consiste en una investigación sobre la fiscalización previa en el fideicomiso con fondos públicos.

Doña Marlene, deseaba solicitarle si pudiese colaborar en mi proyecto a través de una entrevista, para el capítulo tercero en el cual trabajo actualmente. Quería analizar la perspectiva de los sectores involucrados en los procesos de contratación mediante fideicomisos con fondos públicos.

¿Será posible agendar una entrevista para la próxima semana?

Le agradezco de antemano su pronta respuesta,

—

Paola Vargas L.



Paola Vargas <paovargasl@gmail.com>

Proyecto final de graduación

Paola Vargas L. <paovargasl@gmail.com>
Para: marco.alvarado@cgr.go.cr

6 de diciembre de 2013, 14:50

Buenos días don Marco:

Mi nombre es Paola Vargas, soy estudiante egresada de la facultad de Derecho de la UCR y me encuentro actualmente realizando mi proyecto final de graduación, este consiste en una investigación sobre la fiscalización previa en el fideicomiso con fondos públicos.

Don Marco, deseaba solicitarle su ayuda en mi proyecto a través de una entrevista, para el capítulo tercero en el cual trabajo actualmente. Quería analizar la perspectiva de los sectores involucrados en los procesos de contratación mediante fideicomisos con fondos públicos.

¿Será posible agendar una entrevista para la próxima semana?

Le agradezco de antemano su pronta respuesta.



Paola Vargas <paovargasl@gmail.com>

Consulta sobre proyecto de tesis

Paola Vargas L. <paovargasl@gmail.com>
Para: carol.hernandez@cgr.go.cr

9 de diciembre de 2013, 14:21

Buenos días doña Carol:

Mi nombre es Paola Vargas, soy estudiante egresada de la facultad de Derecho de la UCR y me encuentro actualmente realizando mi proyecto final de graduación, este consiste en una investigación sobre la fiscalización previa en el fideicomiso con fondos públicos.

Doña Carol, deseaba solicitarle su ayuda para comunicarme con el Lic. Elart Ortega, con el fin que, don Elart pudiese colaborar en mi proyecto a través de una entrevista, para el capítulo tercero en el cual trabajo actualmente. Quería analizar la perspectiva de los sectores involucrados en los procesos de contratación mediante fideicomisos con fondos públicos.

¿Será posible agendar una entrevista para la próxima semana?

Le agradezco de antemano su pronta respuesta,

—
Paola Vargas L.

Anexo 7. Entrevista Lic. María del Rosario León Yanarella, procuradora, área de Derecho Público. Procuradora General de la República

1. ¿Por qué la PGR no aprovechó esta oportunidad para externar su criterio y en lugar de eso tomar una posición que eludía el tema?

El CPCA establece en el artículo 12 inciso 5 que la CGR puede ser demandada, en el inciso que refiere como órgano fiscalizador y ente público fiscalizado, que es el segundo, la PGR no tiene ninguna competencia. Lo que diga la PGR no es vinculante porque no tiene ninguna competencia en el área de fiscalización de la hacienda pública. En relación a este artículo hay posiciones encontradas, inclusive en el Tribunal Contencioso Administrativo pero la Sala I ha sido de la teoría que cuando se trata del inciso b) no tiene “vela en el entierro”; entonces nos han acogido las defensas de falta de legitimación, etc. Lo que podemos es apoyar a la CGR en lo que esta dice.

2. ¿Pero también podrían no estar de acuerdo con la CGR?

Podría ser, pero nosotros no lo vamos a decir. Porque la CGR se tiene que defender. Yo en este caso particular, y es mi opinión personal, no la institucional pues el criterio institucional es emitido por la Procuradora General, creo que la CGR tiene razón y que los contratos deben ser sometidos a refrendo.

3. Entonces una vez delegado el expediente, ¿el procurador debe contestar con la opinión institucional?

No, con la de la CGR, porque yo no puedo contradecir a la CGR, estamos defendiendo una misma causa, entonces yo no puedo litigar contra la CGR, ambos somos parte demandada. Para poder allanarme a la demanda, tendría que pedir permiso. Y eso no es algo que se dé en la PGR. En realidad esta no es materia que le competa a la PGR. Además no se dan generalmente tener posición

antagónica con la PGR. Es que la Procuraduría es el órgano superior consultivo de la administración pública y analiza muchos temas que la CGR no analiza, pues su competencia es fiscalización de la hacienda pública y punto. Además a nivel jurisdiccional no puedo contradecir un criterio de la CGR, todavía a nivel administrativo sería la Procuradora quien determine. Pero aun así la Procuradora probablemente considere que no es de su competencia y remita la consulta a la CGR. El ICE lo que está impugnando son actuaciones administrativas de la CGR y la PGR no puede referirse a estas actuaciones por estar fuera de su competencia. Las competencias se encuentran reguladas en la ley de creación de cada una de las instituciones.

4. ¿Por qué considera que en este caso particular la CGR llevaba la razón?

Yo considero que a pesar del voto de la sala el control debe ser previo, por las consecuencias que pueda tener. Porque si los contratos no son refrendados, son ejecutados y se llega a control posterior, donde se encuentra algún vicio de nulidad. A pesar de las sanciones a mí me parece que debe haber un control previo.

Además considero que las instituciones públicas a la hora de realizar sus contratos son particulares, muchas veces. Y en ese caso me parece que el control de legalidad es importante.

La ley está muy escueta, el ICE lo interpretó. La ley no es clara. Para mí la CGR tiene mayor fundamento legal para sustentar su posición. Son fondos públicos y la CGR tiene la potestad de fiscalizar.