



Universidad de Costa Rica

Sede Rodrigo Facio

Facultad de Derecho

"Fiscalización de los Fideicomisos que Involucran Fondos Públicos: análisis jurídico en busca de la eficiencia y transparencia de la figura y su proceso de fiscalización".

Tesis para Optar por el Grado de Licenciatura en Derecho

**María Isabel Rubí Fallas
Carné A65097**

**Mónica de Jesús Valverde Núñez
Carné A76678**

San José, Costa Rica,

Julio, 2015.



02 de julio del 2015
FD-AI-442-2015

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 las estudiantes: María Isabel Rubí Fallas carne A65097 y Mónica de Jesús Valverde Núñez, carne A76678 denominado: "Fiscalización de los fideicomisos que involucran fondos públicos: Análisis jurídico en busca de la eficiencia y transparencia de la figura y su proceso de fiscalización" 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 acuso 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.

Informante	Lic. Ronald Hidalgo Cuadra
Presidente	Dr. Andrés Montejo Morales
Secretario	MSc. Francisco Villalobos Brenes
Miembro	Lic. Marco Vinicio Alvarado Quesada
Miembro	MSc. Hubert Fernández Argüello

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **21 de julio del 2015**, a las 6:00 p.m. en la Sede Rodrigo Facio.

Atentamente,


Ricardo Salas Porras
Director



lcv
Cc: arch. expediente

17 de junio 2015

Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho
Dr. Ricardo Salas Porras
Director del Área de Investigación

Estimado señor:

Una vez analizado, revisado y corregido el Trabajo Final de Graduación, de las estudiantes María Isabel Rubí Fallas, carnet universitario A65097 y Mónica Valverde Núñez, carnet universitario A76678, título investigado “Fiscalización de los Fideicomisos que Involucran Fondos Públicos: análisis jurídico en busca de la eficiencia y transparencia de la figura y su proceso de fiscalización”, considero que cumple satisfactoriamente con los requisitos de fondo y forma exigidos por la normativa de la Facultad de Derecho y la Universidad de Costa Rica.

El trabajo aborda un tema de gran actualidad y relevancia para la Administración Pública, pues se utiliza la figura como una alternativa para la consecución de fines públicos. De lo cual se deriva amplia información relevante del tema, de manera útil para los operadores jurídicos.

En el capítulo introductorio, se realiza una serie de sistematizaciones de gran utilidad sobre el concepto mismo de fideicomiso, para luego dotarle de las particularidades cuando involucran fondos públicos. Estas construcciones contribuyen a aclarar los fundamentos de la figura para un posterior análisis crítico de la normativa regulatoria para la fiscalización eficiente de estos fondos.

Por ello, en mi calidad de Director del presente trabajo de investigación, otorgo mi aprobación para que sea expuesto y defendido por las sustentantes ante el Tribunal Examinador que oportunamente se designe al efecto.

Se suscribe atentamente,



Lic. Ronald Hidalgo Cuadra

Director

26 de junio de 2015

Dr. Ricardo Salas Porras
Director
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado señor:

Aprovecho la ocasión para saludarlo y dejar constancia de que en mi calidad de lector he revisado el trabajo final de graduación de las estudiantes Mónica Valverde Núñez y María Isabel Rubí Fallas, carnés números A76678 y A65097 respectivamente, intitulado **"Fiscalización de los Fideicomisos que Involucran Fondos Públicos: análisis jurídico en busca de la eficiencia y transparencia de la figura y su proceso de fiscalización."**

Esta investigación justifica las exigencias que se plantean en un trabajo final de graduación. La utilización adecuada de bibliografía, tanto nacional como extranjera, el estudio de análisis jurisprudencial, lo mismo que la valoración de precedentes de órganos como la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la República, un planteamiento muy completo sobre las diferentes aristas que plantea un tema de por sí complicado, principalmente por generar una valoración de una figura como lo es el fideicomiso, que tiene origen y práctica privada, pero usada en lo público. Es un tema de actualidad y se desarrollan temas no solo de tipo teórico-jurídico, sino que se trabajó con aspectos de control y vigilancia que se relaciona más con la ejecución de la figura. Tiene la virtud de analizar casos concretos de fideicomisos aprobados por la Asamblea Legislativa, lo cual le brinda una característica de actualidad.

En forma sobrada la investigación refleja un uso adecuado de fuentes bibliográficas, leyes, jurisprudencia, con una demostración de dominio sobre el tema, lo cual facilita su lectura.

Por lo indicado, considero que el trabajo citado cumple satisfactoriamente con todos los requisitos de forma y fondo establecidos por el Área de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, motivo por el cual extiendo la

aprobación respectiva, con el fin de que sea fijada fecha y hora para defender públicamente su investigación.

Atentamente

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'M' and 'V' followed by a vertical line.

Lic. Marco Vinicio Alvarado Quesada
Lector de Tesis

30 de junio 2015

Dr. Ricardo Salas Porras
Director
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado señor:

Me permito hacer de su conocimiento que, en mi calidad de lector, he leído y revisado el Trabajo Final de Graduación, de las estudiantes María Isabel Rubí Fallas, y Mónica Valverde Núñez, carnés número A65097 y A76678 respectivamente, titulado **“Fiscalización de los Fideicomisos que Involucran Fondos Públicos: análisis jurídico en busca de la eficiencia y transparencia de la figura y su proceso de fiscalización”**.

Considero, que el presente trabajo de investigación, cumple con los requisitos de fondo y forma establecidos por el Área de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, motivo por el cual extiendo mi aprobación para que se fije fecha y hora para defender públicamente su investigación.

Atentamente,



Msc. Hubert Fernández Argüello
Lector de Tesis

San José, 13 de junio del 2015

Señores

Facultad de Derecho

Área de Ciencias Sociales

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

Estimados Señores:

He revisado y corregido los aspectos referentes a la estructura gramatical, ortografía, puntuación, redacción y vicios del lenguaje del Tesis De Graduación para optar por el Grado de Licenciatura en Derecho denominada **“Fiscalización de los Fideicomisos que Involucran Fondos Públicos: análisis jurídico en busca de la eficiencia y transparencia de la figura y si proceso de fiscalización ”** elaborada, por las estudiantes María Isabel Rubí Fallas y Mónica Valverde Núñez , por lo tanto, puedo afirmar que está escrita correctamente, según las normas de nuestra Lengua Materna.

Respeté, a lo largo del trabajo, el estilo de los autores.

Atentamente,

Profesor


Carlos Manuel Barrantes Ramirez

Filólogo

Carné afiliado 16308(Colegio de Licenciados y Profesores)

Cédula 1-0312-0358

DEDICATORIA

“Dedico este esfuerzo y sus frutos a Dios, quién me ha dado entendimiento y fortaleza durante todo este proceso y proyecto de vida.

A mis padres que han estado detrás de cada meta alcanzada, por sus esfuerzos y consejos en cada momento. En especial dedico este logro a toda mi familia quienes han sido fuente de inspiración y soporte incondicional”.

María Isabel Rubí Fallas

“A mi familia, por su apoyo incondicional”.

Mónica Valverde Núñez.

AGRADECIMIENTOS

“Agradezco a Dios; por permitirme concluir esta meta, a mi familia; a por estar siempre a mi lado con su apoyo incondicional, a mis amigos; que siempre me impulsaron a seguir adelante.

A los profesores: Ronald Hidalgo, Marco Vinicio Alvarado y Hubert Fernández; por sus valiosos aportes, guía, comprensión, disposición y colaboración durante toda la investigación, haciendo posible este logro.

A mi compañera de tesis Mónica, por el apoyo, comprensión y esfuerzo durante todo éste camino.”

María Isabel Rubí Fallas

“A Dios; por permitirme finalizar este trabajo, y a mi compañera Isabel, por la comprensión y esfuerzo durante esta investigación”.

Agradezco a los miembros del Comité Asesor, por el tiempo dedicado, por sus valiosos aportes y la orientación que me brindaron en este trabajo.”

Mónica Valverde Núñez

TABLA DE CONTENIDOS.

Dedicatoria	i
Agradecimientos	ii
Tabla de abreviaturas	vii
Resumen	ix
INTRODUCCIÓN	1
<i>Justificación</i>	1
<i>Metodología</i>	10
<i>Problemática</i>	11
<i>Hipótesis</i>	12
<i>Objetivo general</i>	12
<i>Objetivos específicos</i>	13
<i>Plan de Trabajo y Cronograma</i>	13
CAPÍTULO I: GENERALIDADES SOBRE EL FIDEICOMISO PÚBLICO Y PRIVADO	15
SECCIÓN I: ANTECEDENTES HISTÓRICOS. -----	15
A. DERECHO ROMANO. -----	15
1. El fideicomiso de herencia (fideicomissum).	16
2. La Fiducia	17
3. Fiducia Cum Creditore.....	18
4. La Fiducia Cum Amico.....	19
B. FIGURAS PRELIMINARES AL FIDEICOMISO Y EL TRUST MODERNO. -----	19
1. Fiducia Germánica	20
2. El Uso Inglés.....	20
3. El Trust Anglosajón.	22

C.	EL FIDIECOMISO PÚBLICO Y PRIVADO EN AMÉRICA LATINA Y COSTA RICA. -----	25
	SECCIÓN II: ESTRUCTURA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO -----	27
A.	CONCEPTO. -----	27
B.	NATURALEZA JURÍDICA -----	31
1.	Teoría del mandato irrevocable.	32
2.	Teoría del patrimonio afectación.	33
3.	Teoría del desdoblamiento de la propiedad.	35
4.	Como negocio fiduciario.	35
5.	Como negocio jurídico.....	37
C.	NATURALEZA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO PÚBLICO -----	37
D.	ELEMENTOS PERSONALES -----	40
1.	Fideicomitente.	41
2.	Fiduciario.	44
3.	Fideicomisario	49
E.	ELEMENTOS MATERIALES -----	51
F.	TIPOS DE FIDEICOMISOS -----	58
1.	Fideicomisos de Administración.	58
2.	Fideicomisos de Titularización.	59
3.	Fideicomisos de Garantía.....	61
4.	Fideicomiso de Inversión.....	62
G.	TERMINACIÓN DEL FIDEICOMISO -----	65
	CAPÍTULO II: EL FIDEICOMISO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COSTARRICENSE.....	68
	SECCIÓN I: FUNDAMENTO NORMATIVO -----	68
A.	CONDICIONES LEGALES -----	68
B.	SUJETOS A QUIENES SE LES APLICAN LAS REGULACIONES DEL ARTÍCULO 14 DE LA LAFRPP-----	71
C.	ARTÍCULO 3 DE LA LEY DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA (LCA) COMO FUNDAMENTO LEGAL PARA CONSTITUIR DETERMINADOS FIDEICOMISOS-----	86

SECCIÓN II: DOTACIÓN PRESUPUESTARIA Y APLICACIÓN DE LA LEY DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA	93
A. APROBACIÓN PRESUPUESTARIA DE LOS FIDEICOMISOS	93
B. SELECCIÓN Y CONTRATACIÓN DEL FIDUCIARIO.....	109
C. CONTRATACIÓN DE BIENES Y SERVICIOS CON FONDOS FIDEICOMETIDOS.....	113
D. CONTRATACIÓN DEL RECURSO HUMANO	115
E. REFRENDO.	121
CAPÍTULO III: FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE FIDEICOMISOS QUE INVOLUCRAN FONDOS PÚBLICOS EN COSTA RICA	125
SECCIÓN I: FISCALIZACIÓN DE LOS FIDEICOMISOS PÚBLICOS.....	125
A. TIPOS DE FISCALIZACIÓN	125
B. ÓRGANOS DE FISCALIZACIÓN.....	127
1. Contraloría General de la República.....	127
2. Otras entidades fiscalizadoras.....	134
SECCIÓN II: EL CONTROL EN LOS FIDEICOMISOS PÚBLICOS.....	151
A. ÓRGANOS DE CONTROL DEL FIDEICOMISO PÚBLICO.....	151
1. Auditoría Interna.....	152
2. Comité de Vigilancia	156
3. Oficial de Cumplimiento	157
B. CONTROL CIUDADANO.....	158
1. Transparencia y Acceso a la Información.....	159
2. El papel del Foro de Occidente en la creación del Fideicomiso para la Construcción del Corredor Vial San José-San Ramón.....	165
C. CONTROL JUDICIAL.....	170
CAPÍTULO IV: FIDEICOMISO MEP-BNCR PARA LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA	192
SECCIÓN I: ASPECTOS GENERALES	192
A. GENERALIDADES DEL CONTRATO	192
B. CONTROL DEL FIDEICOMISO.....	204
SECCIÓN II: OBSERVACIONES RELEVANTES.....	209

A. MARCO NORMATIVO DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO SUSCRITO POR EL MEP. -----	209
B. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA-----	211
C. CUMPLIMIENTO DE PLAZOS PREVISTOS -----	214
D. TRANSPARENCIA EN LA INFORMACIÓN -----	218
CONCLUSIONES	221
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	229

TABLA DE ABREVIATURAS

- BCCR: Banco Central de Costa Rica
- BCR: Banco de Costa Rica
- BID: Banco Internacional de Desarrollo
- BNCR: Banco Nacional de Costa Rica
- CCSS: Caja Costarricense del Seguro Social
- CGR: Contraloría General de la República
- CONASSIF: Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero
- CPCA: Código Contencioso Administrativo
- DIEE: Dirección de Infraestructura y Equipamiento Educativo
- FIDOP: Fideicomisos de Desarrollo de Obra Pública
- ICAFE: Instituto del Café de Costa Rica
- ICE: Instituto Costarricense de Electricidad
- INFOCOOP: Instituto de Fomento Cooperativo
- JDPRNPMA: Junta Directiva del Parque Recreativo Nacional Playas de Manuel Antonio
- LAFRPP: Ley N° 8131, Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos
- LCA: Ley N° 7494, Ley de Contratación Administrativa
- Ley N° 3284: Código de Comercio
- LGAP: Ley N° 6627, Ley General de la Administración Pública
- LGCI: Ley N° 8292, Ley General de Control Interno
- LOCGR: Ley N° 7428 , Ley Orgánica de la Contraloría General de la República

- LRMV: Ley N° 7732, Ley Reguladora del Mercado de Valores
- MAGEFI: Manual General de Fiscalización Integral
- MEP: Ministerio de Educación Pública
- MIDEPLAN: Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica
- MINAE: Ministerio de Ambiente y Energía
- NTPP: Norma Técnica sobre Presupuesto Público
- PAO: Plan Anual Operativo
- PGR: Procuraduría General de la República
- RNVI: Registro Nacional de Valores e Intermediarios
- SIPP: Sistema de Información sobre Planes y Presupuestos
- SUGEF: Superintendencia General de Entidades Financieras
- SUGEVAL: Superintendencia General de Valores
- TIC: Tecnologías de la Comunicación e Información
- TSE: Tribunal Supremo de Elecciones
- UCR: Universidad de Costa Rica

RESUMEN

El fideicomiso público es una figura que está en apogeo. Ha sido utilizado con mayor frecuencia por la Administración Pública como instrumento celeré para la consecución del fin público. Sin embargo, puede dar pie a la evasión de controles y fiscalización, al crear un patrimonio separado de bienes.

De ahí la importancia de aproximarse a los fideicomisos financiados con fondos públicos y abordar la normativa que se ha instaurado en torno de este instrumento.

La hipótesis radica en que, ésta figura, propia del ámbito privado, ha sido trasladada al sector público, por lo que surge la duda sobre la existencia de un adecuado método de control, que permita supervisar los destinos de los fondos públicos invertidos y a la vez no obstruya el funcionamiento adecuado y celeré del instrumento. Por lo que se plantea la siguiente hipótesis: *Costa Rica no cuenta con un régimen legal de fiscalización de fondos públicos eficiente y adecuado para permitir el funcionamiento efectivo de los fideicomisos que involucran fondos públicos.*

El objetivo general es determinar si el sistema de fiscalización de los fideicomisos que involucran fondos públicos, presenta un grado de efectividad suficiente que permita un funcionamiento transparente y eficaz.

La metodología, se basó en la revisión bibliográfica de doctrina nacional y extranjera, relacionadas con la fiscalización de fondos públicos y la implementación del contrato de fideicomiso. Además, el estudio de pronunciamientos, normativa,

reglamentaciones, directrices, lineamientos y resoluciones que se relacionen con el tema.

Las conclusiones más importantes, advierten la evolución de esta figura, encontrando su transformación más reciente en el uso de los fideicomisos en el sector público, donde está sujeto al principio de legalidad.

Se señala que, sí existe suficiente normativa regulatoria y mecanismos de control, tanto externos como internos, que faciliten una fiscalización eficiente de los fideicomisos y los fondos públicos que manejen.

Sin embargo, en relación al planteamiento sobre si esta normativa es adecuada para permitir el funcionamiento efectivo del instrumento en análisis, se indica, que la creación de los fideicomisos al amparo del Artículo 14 de la LAFPP, perjudica la eficiencia y eficacia de la figura, al exigir una ley especial para la creación del fideicomiso, lo que politiza la figura, además de someterla a un proceso de aprobación legislativo.

También, en materia de aprobación presupuestaria, el negocio jurídico está sujeto a los mismos procesos presupuestarios que las instituciones públicas, sin que se adecue a sus necesidades especiales. Se identifica, además, una deficiencia en el tema de control ciudadano para este instrumento.

Por último, en razón de la constante innovación que gira en torno a los contratos de fideicomiso, el proceso de ajuste del ordenamiento a nuevas estructuras debe ser continuo y basado en la experiencia.

FICHA BIBLIOGRÁFICA

Rubí Fallas, María Isabel y Valverde Núñez, Mónica. *Fiscalización de los Fideicomisos que Involucran Fondos Públicos: análisis jurídico en busca de la eficiencia y transparencia de la figura y su proceso de fiscalización*. Tesis de Licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2015. xi y 245pp.

Director: Prof. Ronald Hidalgo Cuadra

Palabras claves: fideicomiso público, normativa, fiscalización, transparencia, información, órganos de control, principios de contratación.

INTRODUCCIÓN

Justificación

La importancia de nuevas formas de financiamiento, que se acoplen a las necesidades económicas estatales actuales, ha transformado los mecanismos para el desarrollo de la obra pública y la gestión de servicios a cargo del Estado. Se está ante una evolución en la cual se reemplazan institutos tradicionales de contratación administrativa, por formas asociativas donde convergen capitales públicos y privados, con el fin de satisfacer de manera eficiente el interés público.

Figura que está en apogeo es el fideicomiso público, utilizado por la Administración, como instrumento celeré para la consecución del fin público. Pero que, sin embargo, puede dar pie a la evasión de controles y fiscalización, al crear un patrimonio separado de bienes.

Este trabajo tiene como objetivo aproximarse a la figura del fideicomiso constituido o financiado con fondos públicos, en especial, en la forma de fiscalización de la figura; esto podrá hacerse mediante estudios de legislación nacional y doctrina que tome en cuenta el desarrollo de la figura en nuestro país.

En Costa Rica, actualmente, existe una crisis en la realización de obra pública, los sistemas existentes han dejado de funcionar de manera eficiente, no solo por la escasez de recursos financieros sino también por problemas de gestión por parte de las instituciones encargadas. En otras palabras la disponibilidad de fondos no está garantizando la ejecución eficiente de los recursos. (Loría & Umaña, 2014, 2014 pág. 3)

De manera que, al identificar causas para el rezago de la infraestructura se pueden señalar factores no financieros tales como falta de capacidad técnica, ausencia de

planificación, estructuras institucionales disfuncionales, débil capacidad gerencial de las unidades ejecutoras etc.

Ejemplo de los problemas técnicos se puede ver con la pérdida de una parte valiosa de personal técnico en el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, que ha visto salir colaboradores importantes en busca de oportunidades laborales. (Noruega, 2014). Se ha dicho que el MOPT cuenta con buenos equipos y laboratorios, pero poco personal capacitado. No se estimula la investigación, y existe mucha rigidez para premiar el buen desempeño de los funcionarios. Todo ello incide en una alta rotación del personal y una fuga de personal capacitado hacia el sector privado, que al final repercute en un lento avance de las obras (Loría & Umaña, 2014)

En relación a la ausencia de sistemas de planificación, se puede indicar que muchos de los proyectos de infraestructura en Costa Rica inician sin una adecuada planificación de las fases del proyecto, incluyendo costos, tiempos y productos entregables. Esta carencia lleva a que no se tenga una adecuada previsión de aspectos técnicos y no técnicos que inciden en la ejecución y que generan atrasos, como la oposición de grupos de interés y la materialización de riesgos no previstos, de diferente naturaleza (ambientales, políticos, institucionales, etc.). (Loría & Umaña, 2014).

La falta de planificación conlleva también descoordinación entre instituciones públicas. En el diseño de la obra no se contemplan adecuadamente los trabajos que deben realizar empresas públicas de servicios como electrificación y acueductos, lo que ocasiona por ejemplo la relocalización de los servicios públicos existentes, luego de terminada una obra. (Siu, 2014, párr. 10)

De igual forma, se deja de lado en la planificación la identificación de grupos involucrados que puedan verse afectados por los proyectos de infraestructura como

carreteras (ambientalistas, indígenas y asociaciones de vecinos). Que es una práctica fundamental para lograr consensos entre todas las partes, con el fin de que el diálogo prevenga conflictos sobre la marcha de la ejecución. (Loría & Umaña, 2014, pág. 9).

Otro aspecto que influye en la crisis que presenta la obra pública es la falta de autoevaluación y aplicación de las experiencias aprendidas en la ejecución de los proyectos, para evitar que se vuelvan a cometer los mismos errores y atrasos en la ejecución. Después de finalizado un proyecto no se prepara un documento que sirva como una memoria institucional de referencia para proyectos similares en un futuro.

Ante esta problemática, el fideicomiso (figura contractual que se origina en el Derecho Privado) comienza a tomarse como una verdadera opción que participe en la solución de los problemas de financiación y desarrollo Estatal.

Sin embargo, debe tomarse en cuenta, que de no existir un marco jurídico adecuado que regule la figura, esta puede desarrollarse de forma negativa, así lo hace ver Barboza Peñalva autor uruguayo al referirse a la figura:

“Si bien se ha destacado el gran valor que la adopción de esta figura ha tenido para el Estado y la realización de sus fines, así como lo positivo que su aprovechamiento es para la comunidad, también se advierte sobre las consecuencias negativas al crearse nuevas y costosas burocracias, empleo indiscriminado y consecuente desnaturalización de la especie, debido a un crecimiento desordenado, hasta a veces anárquico, sin normas que lo ordenen y sin controles adecuados dentro de la estructura administrativa (Barboza Peñalva, 2007, pág. 1)

En relación con la figura del fideicomiso, tomando en cuenta el origen del contrato de fideicomiso, éste tiene sus comienzos en Roma, época cuando existían dos formas típicas del *fideicomissum* y el *pactum fiduciae*. En términos generales, la principal característica de la figura en esta época fue el principio de buena fe. (Esquivel Favareto, 2012, pág. 2).

Posteriormente, la figura tiene una mayor evolución en el Derecho Anglosajón, con la figura del *trust*, más similar a la figura actual del fideicomiso y por lo tanto, parece ser la más apropiada para analizar la figura del Fideicomiso Público. El *trust* *consiste en la creación intencional de una relación fiduciaria, en donde el título legal de propiedad lo tiene el trustee* [fiduciario], *pero en beneficio de un tercero. El trust le impone deberes fiduciarios al trustee, que serán ejercidos en provecho del beneficiario.* (Barboza Peñalva, 2007, pág. 2).

Por su parte, respecto de la variante del fideicomiso dentro del sector público, el autor uruguayo, Barboza Peñalva (2007) establece que éste puede ser definido como un “*contrato por medio del cual la Administración, por medio de alguna de sus dependencias facultadas y en carácter de fideicomitente, trasmite la propiedad de los bienes del Estado, o afecta fondos públicos a un fiduciario, para realizar un fin lícito de interés público*” (pág. 8):

Por su parte, en Inglaterra existen los *charitable trust fund*, entendidos como fideicomisos para el financiamiento y desarrollo de infraestructura pública. De relevancia para el tema, puede mencionarse que estos se rigen por el principio de “*tan cerca como fuera posible*” (doctrina *cypres*), con esta doctrina se diferencia de los *trust* privados, pues cuando los bienes confiados no pueden utilizarse para el fin con el que fueron entregados en el plazo asignado o sobran fondos una vez cumplido el fin, estos deberán, previa aprobación judicial, ser implementados para alcanzar otro objetivo de interés público o benéfico. (Barboza Peñalva, 2007, pág. 3).

Aun cuando se cuenta con estos ejemplos en el derecho anglosajón, el verdadero desarrollo del fideicomiso público surge en Hispanoamérica, iniciando en Colombia y México, donde “*tanto auxilio puede prestar cuando la rigidez de los moldes contractuales*

impide y dificulta la solución eficaz a múltiples problemas jurídicos” (Barboza Peñalva, 2007, pág. 3).

El fideicomiso público es una gran oportunidad para el desarrollo y financiamiento no solo del Gobierno a nivel nacional, sino también, para gobiernos locales. En Uruguay y Panamá esta figura está autorizada de forma expresa en la Ley; en Panamá, el artículo primero de la Ley que regula los fideicomisos, autoriza la constitución de fideicomisos por parte del Estado; la norma se puede leer de la siguiente manera:

“Artículo 1.

El fideicomiso es un acto jurídico en virtud del cual una persona llamada fideicomitente transfiere bienes a una persona llamada fiduciario para que los administre o disponga de ellos en favor de un fideicomisario o beneficiario, que puede ser el propio fideicomitente.

Las entidades de Derecho Público podrán retener bienes propios en fideicomiso y actuar como fiduciarios de los mismos para el desarrollo de sus fines, mediante declaración hecha con las formalidades de esta Ley”. (Ley 1 del 5 de enero de 1984, por la cual se regula el fideicomiso en Panamá.).

Para Uruguay, la norma que autoriza la constitución de fideicomisos públicos, se encuentra en la Ley 17.703 (ley de fideicomisos), que señala:

Artículo 3º. (Habilitación de inversiones).- Cuando el fideicomiso tenga por fin la realización de una obra pública municipal, las Intendencias Municipales podrán constituirlo mediante la cesión de derechos de créditos de tributos departamentales, dándose cuenta a la Junta Departamental.

La Caja Notarial de Jubilaciones y Pensiones, la Caja de Jubilaciones y Pensiones de los Profesionales Universitarios, la Caja de Jubilaciones y Pensiones Bancarias y las Administradoras de Fondos de Ahorro Previsional podrán invertir en fideicomisos, siempre que su objeto refiera a actividades desarrolladas, bienes situados o derechos utilizados económicamente en la República, así como créditos originados en exportaciones realizadas desde el Uruguay.

Las Administradoras de Fondos de Ahorro Previsional podrán instrumentar a través de fideicomisos las inversiones previstas en el literal E) del artículo 123 de la Ley N° 16.713, de 3 de setiembre de 1995, y las que realicen en fideicomisos financieros se considerarán en el literal D) de dicha norma.

Por su parte, Costa Rica, además del fideicomiso común, regulado en el Código de Comercio, a nivel público, no lo tiene regulado de manera específica para el Estado, sin embargo, el artículo 14 de la Ley número 8131, Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, (en adelante LAFRPP), puede contener el fundamento para la implementación de este mecanismo de desarrollo. Para tal efecto, la norma exige para la creación de fideicomisos una ley especial que lo constituya.

Tratándose de universidades públicas, municipalidades y la Caja Costarricense del Seguro Social, este artículo no le es aplicable con base en el numeral 1° inciso d) de la LAFRPP. Sin embargo, cabe la posibilidad de que desarrollen la figura con fundamento en el artículo 3 de la Ley de Contratación Administrativa (en adelante LCA), cuando se emplee como un medio para alcanzar objetivos de contratación administrativa complejos.

De igual forma existen instituciones como el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), que tiene autorización expresa para constituir fideicomisos, al respecto la Ley 8668 indica, en su artículo 11, que 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 , los cuales deberán ser fiscalizados y supervisados por la Superintendencia Financiera correspondiente.

El Consejo Nacional de Vialidad, también encuentra una norma general que le autoriza a firmar contratos de fideicomiso. Así el artículo 21 de la Ley 7798, Ley de Creación del Consejo de Vialidad indica que éste está facultado para depositar sus ingresos en fideicomisos, que se establecerán en bancos comerciales del Estado

Continuando con el análisis doctrinario de la figura, dentro de los elementos necesarios, se establece, que para constatar la existencia de un fideicomiso público deben concurrir al menos tres circunstancias: que el Estado sea fideicomitente, que se transmitan

derecho o bienes estatales o se afecten ingresos públicos, que la transmisión sea para realizar un fin lícito de interés público. (Barboza Peñalva, 2007, pág. 5).

Sobre la transmisión de bienes estatales, este elemento provoca una turbulencia en el marco jurídico del fideicomiso, como contrato propio del derecho privado, aquí no hay una transmisión real de la propiedad, sino una separación de bienes. De manera que, para el caso de fideicomisos públicos o mixtos, los cuales involucran bienes públicos, la transparencia y rendición de cuentas son esenciales para que se acoplen a un sistema democrático.

Asimismo, existe discusión en cuanto a la naturaleza de la figura; se discute si al involucrar la participación estatal debe considerarse un contrato, una estructura administrativa, o una persona jurídica pública. El ordenamiento costarricense no reconoce personalidad jurídica al fideicomiso, por lo que no podría considerarse persona jurídica, como estructura administrativa estaría desnaturalizándose su función, por lo que estimar que continua siendo un contrato, parece ser la mejor opción. (Sandoval Ballesteros, 2007, pág. 20).

Para el ordenamiento costarricense, el fideicomiso, si bien tiene su origen en un contrato, funciona como un patrimonio autónomo independiente, quien puede actuar como tal a través de su fiduciario. (Artículos 634 y 644 del Código de Comercio)

Sobre el principio de especialidad de la administración o legalidad que establece que la administración solo está autorizada para realizar lo expresamente permitido por ley, éste también influye en el funcionamiento de los fideicomisos públicos.

No obstante, como lo señala el autor nacional Esquivel Favareto (2012) citando a Sánchez Soldi (1996): *“En esencia el fideicomiso no es un fin en sí mismo, sino que es un medio o vehículo apto para otorgar seguridades y garantías a un negocio subyacente*

determinado”(pág. 36), por lo que habría que determinar cuáles áreas del funcionamiento del fideicomiso constituido hay que regular, y cuáles sería mejor dejarlas a un margen de confianza, en pro de no caer en exceso de regulaciones, que imposibiliten el flujo normal de la figura.

Sobre las regulaciones y controles del fideicomiso, a nivel normativo, el artículo 661 del Código de Comercio costarricense, establece algunas limitaciones al fideicomiso, por ejemplo, la prohibición de fideicomisos con fines secretos.

La Contraloría General de la República debe ejercer un control y fiscalización sobre este tipo de instrumento con base en el artículo 14 de la Ley N° 8131, quien la obliga a refrendar los contratos y aprobar los presupuestos de los fideicomisos constituidos con fondos públicos.

De igual forma sus potestades para fiscalizar y vigilar la hacienda pública lo autorizan para dar seguimiento a todo aquel fideicomiso que involucre fondos públicos.

Además de la Contraloría General de la República, el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero (CONASSIF), la Superintendencia General de Entidades Financieras (SUGEF) y la Superintendencia General de Valores (SUGEVAL), poseen potestades normativas y de vigilancia sobre los fideicomisos que hagan uso del mercado de valores, como por ejemplo, los fideicomisos de construcción de obra pública que se financian a través de la titularización de valores.

Su función consiste en normar los términos en los que se realicen las emisiones de títulos de deuda y fiscalizar en cumplimiento de los requisitos que deben tener las sociedades encargadas de realizar la emisión, así como su obligación de proporcionar información veraz, clara y exhaustiva a los inversionistas.

Otras publicaciones referentes al tema del fideicomiso público, dan una visión crítica de la utilización de la misma en el país. Así el economista, Jorge Woodbridge (2008), publicó en la página web del periódico La Nación, una crítica a la inversión en infraestructura y la buena prestación de los servicios públicos en Costa Rica la cual está rezagada, lo que incide fuertemente en el desarrollo económico de un país, pues el atraso en estas materias tiene implicaciones en la productividad y la competitividad de las empresas.

Por otra parte, hasta el año 2014, los fideicomisos de construcción a través de obra pública, estuvieron detenidos por la existencia de *“una normativa conservadora”*, esto refiriéndose al Reglamento sobre Oferta Pública de Valores, *“que exige que los proyectos deban estar completamente contruidos como requisito previo a la captación de recursos en el mercado de valores, lo que obliga recurrir a los esquemas convencionales de financiamiento (bancario)”*, por lo que se desnaturaliza el mecanismo convirtiendo en una herramienta de repago de deuda. (Villalobos C, Federico. La Nación, 2008).

Actualmente, existen nuevos reglamentos, fundamentados en la reformas al Reglamento de Oferta Pública de Valores, que cambiaron está situación en pro de flexibilizar la utilización de la figura.

La publicación de la Contraloría General de la República *“Algunos aspectos de la función pública que usted debería conocer”* del año 2010, refiere sobre la aprobación de los presupuestos de los fideicomisos y la falta de competencia en los fideicomisos que no se regulen en la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, Ley N° 8131 del 18 de septiembre de 2001, por lo que deberá tomarse en cuenta para la evaluación del sistema de fiscalización.

Por último, en igual sentido se reconoce mediante resolución número 2188-2011 del Juzgado Contencioso Administrativo, al establecer que la figura del fideicomiso se

encuentra plenamente autorizada en el ordenamiento jurídico, ya que la Ley de Contratación Administrativa en su artículo 3, establece que cuando lo justifique la satisfacción del fin público, la Administración podrá utilizar, instrumentalmente cualquier otra figura contractual que no se regule en el ordenamiento jurídico-administrativo, posición que se mantiene actualmente.

Posición que además, había señalado en su oportunidad la CGR mediante oficio número 12168 (DCA 3708) del 14 de noviembre de 2008.

Lo cierto es que el fideicomiso es una modalidad, que se ha utilizado ampliamente en el sector público, que pese a ser un contrato de naturaleza privada, debe ajustarse a las normas de derecho público, esencialmente, a aquellas relacionadas con la protección de los fondos públicos que manejen en dichos instrumentos.

Esta clase de fideicomisos, como se analizará, deben constituirse con apego a las reglas de la Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos, Ley N° 8131 del 18 de setiembre de año 2001, la Ley 7494 de Contratación Administrativa y sus reformas; o por ley especial al defecto y contará con la fiscalización de la Contraloría General de la República, el Ministerio de Hacienda y la Superintendencias del Banco Central de Costa Rica, dependiendo de su estructuración.

Metodología.

La metodología para realizar la presente investigación consistió en la revisión bibliográfica de doctrina nacional y extranjera, la cual desarrolla temas relacionados con la fiscalización de fondos públicos y la implementación del contrato de fideicomiso en el sector público. De gran importancia fue la revisión de material digital sobre el tema de

fiscalización utilizando bases de datos como V-lex, Lexis Nexis, Palgrave, Wolters Kluwer, entre otras.

Se revisaron pronunciamientos emitidos por la Procuraduría General de la República, así como la normativa, reglamentaciones, directrices, lineamientos y resoluciones, que dieron los principales órganos de control y fiscalización, tales como el CONASIFF, la SUGEGF, la SUGEVAL y la Contraloría General de la República.

Además, las resoluciones judiciales emitidas por Sala Constitucional y el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, y que se relacionan con el tema.

Lo anterior con el fin de determinar la hipótesis planteada.

Problemática.

Actualmente, el Estado costarricense enfrenta una crisis en el desarrollo de infraestructura y obra pública derivada de la escasez de recursos financieros y de la deficiencia en la gestión de proyectos.

Lo anterior, tiene incidencia directa en el desarrollo económico del país; pues, como lo ha señalado el Banco Mundial, mejorar la infraestructura de los países en desarrollo es de vital importancia para reducir la pobreza, aumentar el crecimiento económico, social y lograr los objetivos de desarrollo.

Una infraestructura pública adecuada tiene una vinculación importante con el crecimiento económico, porque se convierte en un elemento fundamental de un entorno propicio para las inversiones y la falta de ellas suele considerarse como uno de los principales obstáculos para a la participación activa de parte del sector privado. (Banco Mundial, 2015)

Las figuras habituales de contratación actualmente no responden a los problemas que se presentan de forma eficaz.

Ante estas circunstancias, suenan atractivas nuevas formas e institutos a través de los cuales se puede cumplir con el deber asignado. Es por esto que, figuras como el fideicomiso, propia del ámbito privado, se han trasladado al sector público con el fin de realizar obras públicas o brindar servicios de una manera más eficiente.

Pero ante esta transformación del sistema habitual de inversión surge la duda sobre la existencia de un adecuado método de control, que permita supervisar los destinos de los fondos públicos invertidos y a la vez no se interponga ni obstruya con el funcionamiento adecuado y célere que estos institutos presuponen.

Por lo cual se plantea la siguiente interrogante:

¿Existe en Costa Rica un régimen legal de fiscalización de fondos públicos adecuado, eficiente y que permita el funcionamiento efectivo de las nuevas figuras de financiamiento y desarrollo de obra y servicios públicos, en específico de la fiscalización de los fideicomisos públicos?

Hipótesis.

Costa Rica no cuenta con un régimen legal de fiscalización de fondos públicos eficiente y adecuado para permitir el funcionamiento efectivo de los fideicomisos que involucran fondos públicos.

Objetivo general

❖ Determinar si el sistema de fiscalización de los fideicomisos que involucran fondos públicos, presenta un grado de efectividad suficiente que permita un funcionamiento transparente y eficaz.

Objetivos específicos

1. Describir las particularidades del negocio jurídico fiduciario público desde una perspectiva jurídica, considerando la eficiencia de la fiscalización en resguardo de la Hacienda Pública.
2. Categorizar la normativa que regula la figura del fideicomiso constituido con fondos públicos, así como su pertinencia para una adecuada fiscalización.
3. Determinar la forma como se lleva a cabo el proceso de fiscalización de fideicomisos, así como la intervención y responsabilidad de los diferentes sujetos de control.
4. Detectar una serie de riesgos asociados al proceso de fiscalización de los fideicomisos con que involucren fondos públicos de cara a un proceso eficiente y oportuno para la protección de la Hacienda Pública.

Plan de Trabajo y Cronograma

Para la elaboración del trabajo de investigación, se requirió inicialmente tres meses para recopilar información, tanto de doctrina, como de pronunciamientos, resoluciones y jurisprudencia relacionada con el tema.

Posteriormente, esta información se clasificó y sistematizó dividiendo la información propia de doctrina por una parte, y la información relacionada con el ordenamiento, tales como leyes, reglamentos, directrices, circulares, pronunciamientos y resoluciones administrativas y sentencias judiciales. Esta actividad tuvo una duración de tres meses.

Una vez clasificada y sistematizada la información se estudió y se procesó en un periodo de tiempo de tres meses.

A los anteriores tres meses se le sumó un mes, en el cual se realizaron visitas a las instituciones y funcionarios públicos con labores relacionadas a los temas por tratar, en especial, el tema de presupuesto público. Lo anterior, con el fin de aclarar dudas técnicas en la materia.

El proceso de redacción tardó dos meses en los dos primeros capítulos, dos meses en el capítulo II y IV y un mes más en las conclusiones.

CAPÍTULO I: GENERALIDADES SOBRE EL FIDEICOMISO PÚBLICO Y PRIVADO.

SECCIÓN I: ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

Para realizar el estudio de una figura jurídica del fideicomiso, es necesario entender sus antecedentes históricos; por ello, para iniciar este capítulo se hará mención a las figuras que dieron origen a lo que hoy se conoce como contrato de fideicomiso y su más reciente variante que involucra la administración y el erario. Si se conoce la historia, será más sencillo entender la esencia de esta figura y, por lo tanto, se podrá determinar de manera precisa su aplicación.

Históricamente, el fideicomiso suele relacionarse, por sus similitudes, con la figura mercantil conocida como Trust desarrollada en el Derecho Anglosajón; pero lo cierto es que se puede encontrar sus antecedentes más remotos en el Derecho Romano, donde fue utilizado desde la monarquía absoluta (450 a.c), continuando por la república y la fundación del Impero con Augusto (25 a.c) donde continuó en evolución hasta la muerte de Justiniano (565 d.c) época cuando cesó su uso. (Bello Knoll, 2011, pág. 20).

A. DERECHO ROMANO.

El Derecho Romano señala el *fideicomissum*, de naturaleza testamentario (Bello Knoll, 2011, pág. 20), como el antecedente histórico más próximo a lo que actualmente se conoce como fideicomiso. Sin embargo, también existía la fiducia, con una connotación contractual (Bello Knoll, 2011, pág. 20), la cual se manifestaba de dos formas: la “fiducia cum creditore” y la “fiducia cum amico”. Ambas instituciones; el fideicomiso y la fiducia,

guardan amplias semejanzas con el fideicomiso actual, por lo que es conveniente hacer referencia a éstas.

1. El fideicomiso de herencia (fideicomissum).

El fideicomiso testamentario, *-fideicomissum-* nació como un encargo mortis causa sin regulación jurídica, es decir era informal, razón por la que prevalecía en principio de buena fe (Esquivel Favareto, 2012, pág. 2), y surgió como solución a los estrictos requisitos que exigió el derecho romano para heredar, con los cuales eran excluidos de la *testamenti factio* los solteros, casados sin hijos y los esclavos. Esta institución es el antecedente más antiguo del fideicomiso como se conoce actualmente.

Por medio de esta figura, el testador encargaba a su heredero, quien se nombra fiduciario, cumplir una vez fallecido, con la voluntad que él indicase. La persona que resultara beneficiada se denominaba fideicomisario. El *fideicomissum* se consideraba informal, pues el testador para incorporar esta institución en su testamento debía utilizar la expresión que expresaba ruego, petición: "*rogó fideicomitto*", diferente en el legado que debía ser hecho con palabras imperativas. (Bello Knoll, 2011, pág. 23)

La principal consecuencia que se daba producto de su informalidad, era que no generaba obligación civil alguna, quedando a la voluntad del heredero su ejecución, situación que dio paso, a constantes abusos e incumplimientos.

En relación con los controles que se ejercían sobre esta figura, existieron ya avanzado su uso por la sociedad romana, pues hasta la llegada del Emperador Augusto, la figura del fideicomiso testamentario creaba una obligación moral; sin embargo, ante los evidentes incumplimientos, se le dio protección jurídica por medio de la "*conditio extra ordinem*", recurso administrativo ante los cónsules quienes contaban con las facultades

suficientes para que forzaran al cumplimiento de los fines encargados de forma coactiva (Caballé Martorell, 2002, pág. 45).

Tras, esta primera intervención para hacer ejecutar la voluntad de quien fallecía, se creó luego en la época de Claudio la figura del *praetor fideicomissarius*, para ocuparse de esta institución. (Esquivel Favareto, 2012, pág. 3).

2. La Fiducia

También en Roma, existió la fiducia, considerada como un acto contractual de buena fe, “*donde el dominus confiaba, es decir, entregaba en confianza, a otro sujeto distinto, un “usus” de un bien con el fin de garantía o de protección*” (Bello Knoll, 2013, pág. 29). Este era un contrato solemne de traslado de propiedad (mancipatio), pero además, se le unía un pacto de fe, llamado “*pactum fiduciae*”, con el cual la persona que recibía los bienes (*accipiens*), se comprometía a regresar los bienes a quien se los traspasó (*tradens*) o a una persona asignada por éste. La devolución ocurriría una vez cumplidos los fines para lo cual se realizó el contrato (Comisión Nacional de Valores, s.f, pág. 1).

Además, se consideraba un acto inter vivos, y no mortis causa, como sí lo era el fideicomissum (Bello Knoll, 2011, pág. 23).

La fiducia implicaba dos negocios distintos uno personal, por la relación de confianza y por otro lado, la trasmisión real del bien, lo que refleja algunos de las principales contenidos característicos del fideicomiso actual: la enajenación de una parte del patrimonio destinado a una finalidad concreta y la relación de confianza existente entre quien entrega los bienes y quien los recibe.

De suma relevancia es destacar la formalidad de este contrato, característica que se mantiene en la actualidad, donde el fideicomiso debe constituirse por escrito, y es en la

letra del contrato donde se definen y delimitan los fines específicos para los cuales se ha creado.

La enajenación de los bienes se realizaba de manera formal por medio del *pacto fiduciae*; que se define como la relación obligacional que completa la transferencia del dominio del bien, donde el deber del fiduciario era hacer solo un uso limitado del bien adquirido para restituirlo luego al transmitente o a un tercero por aquel indicado. (Bello Knoll, 2011, pág. 35). En este contrato, se especificaban las condiciones en las que debía realizarse la devolución por parte del fiduciario al fiduciante y, por lo tanto, era de este pacto que se extraía, si se estaba en presencia de una *fiducia cum creditore* o de una *fiducia cum amico*, modos como se manifestaba la fiducia y los cuales serán brevemente desarrollados a continuación.

3. Fiducia Cum Creditore.

La “*fiducia cum creditore*”, puede relacionarse con la variante actual conocida como fideicomiso de garantía, figura negocial que se explicará más adelante. Ésta se utilizaba para garantizar el cumplimiento de obligaciones dinerarias a través del traspaso de un bien bajo condición de ser regresado a su original dueño una vez repuesta la suma de dinero adeudada. Si la obligación original no se cumplía, el acreedor tenía la facultad de apropiarse del bien.

Esta figura se consideraba contractual y además, era onerosa, implicaba un ofrecimiento de garantía de pago a favor del fideicomisario o acreedor. Se constituía de la siguiente forma: “*se entregaba en confianza un bien de modo que si el deudor pagaba se le restituía el mismo, y en caso contrario, se producía la venta del bien por parte del fiduciario para que el acreedor se cobrara con lo producido en esa venta*” (Bello Knoll, 2011, pág. 35).

4. La Fiducia Cum Amico.

Por su parte, la “fiducia cum amico”, se compara con el comodato actual, y consistía en que quien recibía el bien podía utilizarlo en su provecho de manera gratuita, y en virtud del pacto fiducia se comprometía a reintegrarlo una vez que hubiese alcanzado los fines.

Se consideraba más un contrato de gestión de cosa ajena, y se le identificaban en él las características del mandato, se generaba a título oneroso a favor del fiduciante y no del fiduciario y se practicaba comúnmente ante la ausencia del dominus, que era quien entregaba en fiducia (Rojas, 1983, pág. 32).

Este contrato iba más allá de la mera tenencia, pues concedía al “amigo” fiduciario la posibilidad de gestionar esos bienes, pudiendo negociar con ellos y defenderlos de ataques de terceros. Un dato curioso es que para entonces el *paeter familia* no solo fiduciaba sus bienes materiales, sino su familia entera (Bello Knoll, 2011, pág. 36).

B. FIGURAS PRELIMINARES AL FIDEICOMISO Y EL TRUST MODERNO.

En suma, tanto el *fideicomissum*, como la *fiducia* romana, en sus dos modos antes detallados, se consideran los antecedentes más remotos del fideicomiso actual. Sin embargo, la figura se ha desarrollado desde aquel entonces en diferentes jurisdicciones, tales como la germánica y la inglesa, que han dado características únicas a esta institución y la forma que se aplica hoy en día, principalmente en Latinoamérica. Sobre las principales figuras que han dado origen al fideicomiso y al trust moderno se pueden desarrollar las siguientes:

1. Fiducia Germánica.

La fiducia germánica no varía en su concepto y forma del *pactum fiduciae* utilizado en Roma; sin embargo, fue el Derecho Germánico, el que detectó abusos y limitó la figura con el fin de ordenar su función. Esto porque, más que una figura destinada a cumplir un fin, la fiducia se estaba convirtiendo en un instituto permanente, para lograr la continuación de la voluntad del fideicomitente en el tiempo (Esquivel Favareto, 2012, pág. 27).

En Roma el fiduciario, no tenía obligación más allá que la de devolver los bienes una vez cumplido el fin que determinaba el pacto *fiduciae*, existiendo solo una obligación personal de confianza; además, no se regulaba nada en relación al uso que el fiduciario debía dar a los bienes, razón por la cual cuando se llegaba al fin del contrato, en caso de incumplimiento por parte del enajenante (si traicionaba la confianza (Rojas, 1983, pág. 34)), no cabía otra acción más que la personal con el fin de recibir una indemnización por parte del fiduciario, pues la cosa enajenada se consideraba propiedad verdadera del fiduciario.

A diferencia de la fiducia romana, el Derecho Germánico limitó los poderes y facultades del fiduciario y en razón de los abusos cometidos, el Derecho Germánico les impuso serias limitaciones, y condicionó las facultades sobre los bienes enajenados, determinándolas a un único uso. De manera que, si se incumplía la obligación o se contrariaba el uso definido al efecto, se daba la posibilidad de rescatar la cosa, aun cuando se hubiese enajenado ésta a un tercero (Rojas, 1983, pág. 34).

2. El Uso Inglés.

El *use* consistía en la transmisión del dominio de un inmueble a una persona de confianza (*feoffe to use*) del transmitente, para que lo destinara al uso de un tercero (*cestui*

qui use) (Bello Knoll, 2011, pág. 44). La transmisión se utilizaba por disposición de última voluntad o por acto entre vivos.

Tuvo aplicación durante las cruzadas, cuando los cruzados decidían dejar sus bienes en custodia de un amigo de confianza. Tal como lo hacían los legionarios romanos a través de la fiducia cum amico, cuando partían en campaña. (Bello Knoll, 2011, pág. 42)

Además, de las cruzadas, se pueden identificar dos eventos históricos en Gran Bretaña, que propulsaron la utilización del *use* como figura que guarda altas similitudes con la fiducia y que también, es antecedente inmediato del *trust*: la “Ley de Manos Muertas” y la “Guerra de las Dos Rosas” (Rojas, 1983, pág. 35).

El instituto de manos muertas (1217 d.c), prohibía a las órdenes religiosas ser titulares de bienes inmuebles, razón por lo que adquirirían a través de terceros de confianza sus propiedades. En relación con la guerra civil conocida como la Guerra de las Dos Rosas, ocurrida entre 1455 y 1485, quienes participaron en ella habían transmitido su tierra a terceros quienes se comprometían a dar en uso a la tierra para provecho del otorgante y su familia o herederos evitando de esta manera, que los vencedores confiscaran las tierras de los vencidos. (Bello Knoll, 2011, pág. 40).

Para el Common Law y sus tribunales, el único y verdadero propietario era el *feoffee to use*, quien poseía la propiedad legal de los bienes confiados, no se reconocía legalmente ningún derecho al *cestui que use*, (el que entregaba los bienes al *feoffee to use* bajo condiciones determinadas). Por ello, se hizo necesaria la intervención del *Equity Jurisdiction*, debido al incumplimiento por parte de los *feoffes* del encargo encomendado y la consecuente traición de la confianza en ellos depositada. (Bello Knoll, 2011, pág. 42)

En Inglaterra el Equity Jurisdiction es un sistema jurídico paralelo al Common Law. En Inglaterra, los tribunales de Equity, surgen como necesidad de regular y solucionar los

conflictos cuando el Common Law no ofreciera un remedio legal adecuado para ello. El Equity buscaba dar soluciones equitativas a situaciones no contempladas en el tradicionalismo del Common Law tal como sucedía con los bienes dados a través de un *uso*. (Bello Knoll, 2011, pág. 39)

3. El Trust Anglosajón.

La figura del *trust* inglés, proveniente de los sistemas propios del *Common Law*, tiene su origen en Inglaterra y a grandes rasgos se define como una obligación de equidad, por medio de la cual una persona llamada *trustee*, debe usar una propiedad sometida a su control, que es llamada *trust property*, para beneficio de personas llamadas *cestui que trust*.

El *use* se convirtió en trust, cuando la obligación natural se convirtió en obligación jurídica reconocida por el *Equity Jurisdiction* (Bello Knoll, 2011, pág. 43). Aquí es cuando empieza a tomar relevancia la propiedad fiduciaria, distinta de la común. La propiedad legal corresponde al *feoffe to use*, que pasa a denominarse *trustee* y la propiedad de equidad pertenece al beneficiario, que pasa a denominarse *cestui que trust*.

En cuanto a definiciones, el derecho anglosajón, que tiende ser más práctico en comparación con los sistemas continentales que basan sus jurisdicciones en leyes y derecho codificado, evita dar una definición de trust y se centra en su estructura y funciones, concluyendo a menudo en que el trust no puede definirse, sino solo describirse, y a lo sumo, se pueden señalar sus características o elementos propios. No obstante, para efectos investigativos se pueden citar las siguientes definiciones sobre el trust:

“...consiste en una separación que hace una persona llamada *settlor*, de un conjunto de bienes de cualquier tipo (*muebles, créditos, inmuebles, etc.*) de su fortuna para confiarlos a otra persona llamada *trustee*, con la finalidad de que haga de ellas un uso prescrito en provecho de un tercero *Cestui Que Trust*.” (Rojas, 1983, pág. 35)

Otra definición es aquella que señala:

“...un trust es una obligación jurídica por la que un trustee (trustee) asume el deber de administrar una renta o capital de determinada manera, generalmente en beneficio de otra persona o grupo de personas (los beneficiarios). La persona que aportó los activos originales para el trust (el settlor) puede ser también trustee o beneficiario”. (Bello Knoll, 2011, pág. 45)

Modernamente, el trust se ha utilizado en Inglaterra y Estados Unidos para fines tan diversos como establecer fundaciones, administrar bienes, evitar juicios sucesorios, formar patrimonio de garantía, entre otros. (Bello Knoll, 2011, pág. 43).

El derecho inglés exige que dicha propiedad esté obligada por un tribunal de equidad, quien garantizará que ésta se administre en la forma legalmente dispuesta por el instrumento de trust o, a falta de prescripción específica oral o escrita, que se administre de acuerdo con principio de equidad. Lo importante es que se consiga el propósito por el cual se constituyó.

Según lo expuesto hasta aquí, de las figuras relacionadas con el fideicomiso mencionadas, el *trust* no escapa de su común denominador y es que, tanto la fiducia romana, como el *use* y la fiducia germánica, se basan en la confianza, es decir, la fe hacia el otro.

Sin embargo, esta figura incorpora una característica con la cual no se contaba en la época romana y ésta es el fraccionamiento de la propiedad. De esta forma, se distinguen en el *trust* el “*dominium legitimum*”, que hace del fiduciario un propietario formal y el “*dominium naturale*”, que conserva el enajenante de la propiedad. (Bello Knoll, 2011, pág. 44).

Este desdoblamiento no sucedía en el negocio fiduciario romano, donde la propiedad plena se transmitía al fiduciario por lo que el fiduciario quedaba solo con un

derecho personal. Tampoco en la fiducia romana se creaba un patrimonio separado y de afectación como sucede en el trust.

Ahora bien, de gran relevancia, para este estudio, es el hecho de que si bien, los antecedentes más remotos del contrato de fideicomiso se pueden identificar en el derecho romano, para identificar el origen del fideicomiso público, hay que situarse en el derecho anglosajón específicamente en Inglaterra con la figura del *charitable trust*, considerados de carácter público y cuyo cumplimiento podía ser exigido por el Ministerio Público. (Bello Knoll, 2011, pág. 47)

Los *charitable trust fund* se originaron en la Edad Media y pueden considerarse como el génesis de lo que hoy se conoce como fideicomiso público. En un inicio estos fondos estaban destinados para canalizar las donaciones a favor de las corporaciones religiosas, y ganaron popularidad en 1601, debido a la ley de usos caritativos. (Barboza Peñalva, 2008, pág. 2)

Los usos caritativos se caracterizaban por su carácter finalista (característica que se mantiene actualmente para la figura del fideicomiso) y de acuerdo con el fin para el cual se constituían se clasificaron en: “...para el alivio de la pobreza, para el adelanto de la educación, para el adelanto de la religión y beneficios de la colectividad”, (Barboza Peñalva, 2008, pág. 2) que abarcaba cualquier otro que no encajara en las tres anteriores clasificaciones.

En este tipo de trust, es importante separar el concepto de caridad que le da el uso popular, pues más allá de la posibilidad de constituir fideicomisos de beneficencia, el concepto involucra el beneficio de la colectividad por lo que se habilita la posibilidad de crear *charitable trust funds* con fin de desarrollar la infraestructura, como por ejemplo, carreteras. (Barboza Peñalva, 2008, pág. 4)

C. EL FIDIECOMISO PÚBLICO Y PRIVADO EN AMÉRICA LATINA Y COSTA RICA.

La figura del fideicomiso comienza su introducción en el territorio latinoamericano a principios del siglo XX, donde se tipificó dentro de la normativa civil-comercial como un contrato de carácter privado. . (Bello Kohl, 2011, pág. 70).

Es en Latinoamérica, donde luego de su aplicación en el ámbito privado, el fideicomiso comienza su camino y evolución hacia lo que hoy actualmente se conoce como fideicomiso público y que se ha impuesto como alternativa popular de contratación pública para el desarrollo e inversión de infraestructura pública. (Barboza Peñalva, 2008, pág. 1).

Los primeros países latinoamericanos en regular esta institución fueron Colombia (1923), y México (1924), países que asemejaron la figura al trust estadounidense por la constante inversión del país presente en su territorio.

Posteriormente, Panamá (1925), Chile (1925), Bolivia (1928), Costa Rica (1936) Uruguay (2003) y Argentina (1995) regularon la figura, en los cuales, primeramente, relacionaban la figura con el mandato o el depósito más que al trust anglosajón, pero poco a poco se alejaron de los límites que imponía el marco doctrinal- jurídico y apartándose de la tradición románica- germánica; legislaciones como la argentina y la colombiana lo acercaron al trust anglosajón adaptándolo a sus propios sistemas. (Bello Kohl, 2011, pág. 71).

La estructura legal del fideicomiso latinoamericano es distinta de la del trust o del fideicomiso romano, pero mantiene elementos de ambas figuras y, asimismo, lo han nutrido de características novedosas que lo hacen factible en los sistemas jurídicos de corte civil. (Bello Kohl, 2011, pág. 71).

La coincidencia de las legislaciones latinoamericanas radica en el carácter contractual del fideicomiso y como tal se le aplicarán los principios del derecho mercantil, (Sandoval Ballesteros, 2007, pág. 18) y una variación importante en Latinoamérica, es el hecho de que en la mayoría de los países latinoamericanos la función del fiduciario solo la puede ejercer una institución bancaria o financiera autorizada al efecto.

Sobre el origen del fideicomiso público, la figura encuentra mayor desarrollo doctrinario en México, país que utiliza con más frecuencia la institución como medio de inversión y manejo de la hacienda pública y que brinda gran cantidad de material doctrinario relacionado con su fiscalización, pues el país se ha visto obligado a mejorar sus controles ante el aumento de casos de corrupción y malversación de fondos públicos a través de la figura. (Bello Kohl, 2011, pág. 185).

Se puede afirmar que el verdadero desarrollo del fideicomiso público surge en Hispanoamérica, iniciando en Colombia y México, donde como lo indica Batiza (citado por Barboza Peñalva, 2008) *“tanto auxilio puede prestar cuando la rigidez de los moldes contractuales impide y dificulta la solución eficaz a múltiples problemas jurídicos”* (pág. 3)

En Costa Rica, la necesidad de nuevas formas de financiamiento, que se acoplen a las necesidades económicas estatales actuales, ha transformado los mecanismos para el desarrollo de la obra pública y la gestión de servicios a cargo del Estado. Se está ante una evolución en la cual se reemplazan institutos tradicionales de contratación administrativa, por formas nueva de gestión de los fondos públicos o de utilización mixta de capital público-privado, con el fin de satisfacer de manera eficiente el interés público.

Así, el Fideicomiso Público, es utilizado con mayor frecuencia por la Administración, como instrumento célere para la consecución del fin público, como la misma Procuraduría General de la República (PGR) lo ha establecido:

“hay importantes e innegables motivos de orden social y económico que justifican la creación de fideicomisos públicos, como un medio a través del cual el Estado puede consolidar recursos financieros provenientes de diversas fuentes para destinarlos a una multiplicidad de beneficiarios, regulando la aplicación de dichos recursos por medio del respectivo contrato de fideicomiso. (PGR, 2003, Dictamen C-398-2003)

Lo cierto es que en Costa Rica, actualmente existe una crisis en la realización de obra pública, los sistemas existentes han dejado de funcionar de manera eficiente debido al aumento burocrático (Hidalgo, 2011) y la escasez en los recursos públicos (Ruiz Ramón, 2015), tanto en el ámbito económico, como en el recurso humano institucional. El fideicomiso, figura contractual que ha tenido auge en el área del Derecho Privado, comienza a tomarse como una verdadera opción que solucione los problemas de financiación y desarrollo Estatal.

De ahí la importancia de reconocer cómo se ha entendido esta particular figura y su evolución conceptual que va desde su pertenencia al ámbito privado hasta su llegada al sector público. La necesidad de una mayor comprensión de la figura, lleva a desarrollar su estructura desde dos vertientes: por un lado, el desarrollo conceptual dentro de la doctrina, nacional e internacional y por otro el marco legal y tratamiento que le da el ordenamiento jurídico costarricense.

SECCIÓN II: ESTRUCTURA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO

A. CONCEPTO.

La doctrina ha entendido el fideicomiso como un negocio jurídico, siendo el elemento más sobresaliente la constitución de un patrimonio autónomo y que hace necesaria la participación de tres sujetos a saber el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario, en ese sentido, se ha indicado:

“La concepción doctrinaria la podemos tomar del autor Raúl Cervantes Ahumada que lo define como "un negocio jurídico por medio del cual el Fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, cuya titularidad se atribuye al fiduciario, para la realización de un fin determinado". (1) Nos ocuparemos en capítulos posteriores de tratar dos puntos importantísimos que se ubican dentro de esta concepción, por un lado la "titularidad" que ostenta el fiduciario sobre los bienes o derechos fideicometidos, y por otro la "autonomía" de estos respecto de los patrimonios tanto del Fideicomitente como de la entidad fiduciaria". (Comisión Nacional de Valores, s.f, pág. 6)

En igual sentido la Procuraduría General de la República resalta en sus dictámenes, dicha definición:

“El fideicomiso es un negocio jurídico comercial financiero, de naturaleza fiduciaria y dirigido a crear un patrimonio de afectación. El contrato de fideicomiso tiene como objeto la creación de un patrimonio autónomo para el cumplimiento de determinados fines. En ese sentido, es un negocio traslativo de la propiedad para disponer de bienes dentro de los límites y con sujeción a las modalidades previstas para el cumplimiento de los fines. Empero, se trata de una propiedad imperfecta o limitada. El fideicomiso se constituye para la ejecución de un encargo respecto de un bien, por lo que la facultad de disposición del fiduciario es reducida. (PGR, 2005, Dictamen C-297-2005)

Se puede citar una definición más exacta que retoma el fin lícito que debe imperar en la constitución de fideicomisos:

“De esta forma, en términos generales, podemos definir el fideicomiso como un negocio jurídico por medio del cual una persona, llamada fideicomitente, constituye un patrimonio autónomo que transfiere a una segunda persona, el fiduciario, para la realización de un fin lícito determinado en el contrato, y cuyos rendimientos o frutos le son destinados a un tercero designado, denominado fideicomisario. (Johanning Pérez, 2010, pág. 9)

Ante este panorama de múltiples definiciones, se quiere plasmar una definición propia, con los caracteres más importantes de este negocio, por lo que se puede afirmar que fideicomiso es un contrato **bilateral o multilateral**, pues se necesita la participación de al menos dos sujetos que son el fideicomitente y el fiduciario. De igual forma, es de carácter **real**, en tanto para su existencia y ejecución se necesita el traspaso del patrimonio

fideicomitidos a manos del fiduciario; de **tracto sucesivo**, pues no se agota en un solo acto; **formal** porque para su validez debe ser otorgado en documento privado o público, pero escrito y cuando esté constituido en parte con bienes inmueble. Es un contrato **consensual**, pues requiere el acuerdo expreso de las partes; **nominado o de causa típica** por estar contemplado en el Código de Comercio costarricense.

Asimismo, es necesario sumar el hecho de que mediante esta figura el fideicomitente crea y transfiere un patrimonio autónomo de afectación diverso al de las partes que participan en éste, para la realización de un fin lícito, a cargo del fiduciario quien debe ejecutar las acciones tendentes a la realización de la tarea encomendada, y cuyos beneficios se transfieren a una tercera persona denominada fideicomisario.

Sin embargo, dada la importancia y las particularidades del fideicomiso público, es relevante agregar otros elementos sustanciales que varían la definición tratándose de fondos públicos.

Así, como ejemplo, puede citarse la necesidad de que el fideicomiso público se ajuste al principio de legalidad, también, el requisito de una ley creadora en algunos de los casos, y el respeto de los controles y procedimientos que tienden a la protección de los fondos públicos; así como los principio de contratación administrativa.

En ese sentido, dicho contrato se sigue guiando por las pautas del Derecho Privado, sin embargo, como lo ha establecido la Procuraduría en cuanto a su tratamiento en el Sector Público: *“no puede obviar algunos lineamientos, como los relacionados con la intransferibilidad de potestades públicas y con las características de las relaciones de empleo que pueden surgir con motivo de la utilización de ese instrumento contractual.”* (PGR, 2007, Dictamen C-037-2006)

Para lograr un concepto de fideicomiso público, se debe hacer referencia a la doctrina extranjera, citando a Barboza Peñalva, (2008); podemos definir esta institución de la siguiente forma:

“Se describe al fideicomiso público como un contrato por medio del cual la Administración, por intermedio de alguna de sus dependencias facultadas y en carácter de fideicomitente, transmite la propiedad de los bienes del dominio público o privado del Estado, o afecta fondos públicos, a un fiduciario, para realizar un fin lícito, de interés público. Esta definición se aplica a todas las especies de fideicomisos públicos, no solo a las nacionales o federales, sino también a las provinciales y municipales.

Asimismo, destaca el carácter de fideicomitente de la Administración, haciendo hincapié en la transmisión de la propiedad de bienes del dominio público o privado del estado. Este aspecto de la definición es de suma importancia debido a que no estaremos ante un contrato de fideicomiso público cuando la Administración aparece como parte del contrato de fideicomiso sin ser el fideicomitente.

En resumen, para que hablemos de fideicomiso público es necesario que se den todos los elementos enunciados en la definición: 1) que la Administración sea fideicomitente, 2) la transmisión de la propiedad de bienes del Estado o afectación de fondos públicos y 3) la transmisión de los mismos a un fiduciario para realizar un fin lícito y de interés público.” (pág. 9)

Asimismo, los Tribunales de Justicia costarricense, han hecho referencia a esta figura en el sector público de la siguiente manera:

“si bien es cierto se rige bajo las mismas características que se otorgan en el numeral 633 y siguientes del Código de Comercio, así como lo relacionado con la doctrina en particular, el presente tiene la característica de ser público, es decir se califica como un fideicomiso público, por resultar como interviniente la administración central o descentralizada, además de existir sobre la base de fondos públicos” (Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda; 2011, Sentencia n° 2188-2011)

De manera que se perfila una serie de requisitos para que el fideicomiso sea considerado público; en ese sentido, existe participación necesaria de la Administración Pública, que se convierte en fideicomitente; existe, además, transmisión, o más bien, un traslado de bienes públicos creando un patrimonio separado y afectado a un interés público a satisfacer.

Además, se ha mantenido el criterio, por parte de la Contraloría General de la República y de la Procuraduría General de la República, que la Administración Pública se encuentra facultada para celebrar contratos de fideicomiso siempre y cuando no supongan la delegación de potestades administrativas, referidas de la actividad sustantiva del ente, ya que no sería factible la constitución de un fideicomiso para la realización de las funciones propias de la Administración fideicomitente, es decir, para la realización de las actividades para las cuales fue creada la respectiva Administración. (PGR, 1987, Dictamen C-252-87) (PGR, 1997, Opinión Jurídica OJ-055-97)(CGR, 2008, Oficio n° 00739 (DCA-323-2008))

Por último, la celebración de este tipo de contrato –estructura convencional- es solamente una fase dentro de todo el proceso. Pues el fideicomiso público, conlleva una serie de etapas en su creación y ejecución, iniciando con la viabilidad al fideicomiso, el cual se da por medios legislativos y con el que se fija el motivo de su constitución, procedimiento de selección de fiduciario, responsabilidades del fideicomitente, sus objetivos, obligaciones bilaterales entre el fideicomitente y el fiduciario, términos, condiciones a que se sujetará la contratación correspondiente, funcionamiento del Comité Especial de Control, plazo o condición entre otros. (Villagordoa Lozano, 1982).

B. NATURALEZA JURÍDICA

La naturaleza jurídica del fideicomiso es ampliamente discutida en la doctrina, que analiza esta figura desde ser considerada un negocio jurídico, un acto unilateral de la voluntad, un mandato irrevocable, y hay quienes la analizan desde el punto de vista de la constitución de un patrimonio autónomo, o incluso una forma de gestión de bienes.

Por otra parte, al ubicar su análisis dentro del Derecho Público, el cuestionamiento común en relación con su naturaleza es si esta se trata de un contrato, de una estructura administrativa o una nueva persona jurídica pública. A continuación, se presentará una

breve exposición de las principales teorías y cual se considera aplicable para el caso en estudio.

1. Teoría del mandato irrevocable.

Su principal exponente es el jurista panameño Ricardo Alfaro, quien a juicio de Villagordoa Lozano (1982), es un autor, al que, en este tema, se le ha restado crédito, al no entender el sentido en el que explica el fideicomiso como un mandato. El autor, trató de adaptar la figura del trust anglosajón a los sistemas latinoamericanos, de marcado corte romanista, por lo que asimiló éste a la figura del mandato y para ajustarlo al fideicomiso lo llamó mandato irrevocable, pues a diferencia del mandato común en principio el fideicomiso no puede revocarse una vez constituido.

Resulta necesario refrescar el concepto de mandato, con el fin de determinar si el fideicomiso es ajustable a tal categoría. En este sentido, se dice que el mandato es un contrato consensual, que consiste en un encargo realizado por parte del mandante, por medio del cual el mandatario, por cuenta propia y representación del mandante, realiza los negocios jurídicos que se le encomienden. (Brenes Cordoba, 1998, pág. 208).

A partir de esta definición, se realizan las siguientes críticas que desautorizan al fideicomiso como un mandato irrevocable:

- El fiduciario no actúa por cuenta y representación del fideicomitente, sino que actúa por cuenta propia, *“corre por todos los riesgos de negociación; y en nombre propio realiza todas las gestiones del caso* (Mora Rojas, 1964, pág. 98)
- Los beneficios de los negocios que realice el fiduciario, recaen en el patrimonio del fideicomisario, sea que éste coincida en el fideicomitente o a quien él designó como beneficiario. Lo contrario, sucede con el mandato donde los efectos

actos encargados recaen sobre el mandante de manera directa. (Jiménez Zeledón, 1994, pág. 59)

- A diferencia del fideicomiso, con el cual incluso se crea un patrimonio autónomo, con el mandato no existe una transmisión de derechos, por lo que no puede considerarse dentro de esta categoría.

El Código Civil costarricense, en su artículo 1278, supone que el mandato es revocable unilateralmente, y esto se puede hacer de manera sencilla, lo que no sucede en el fideicomiso, pues al existir traspaso de bienes y derechos para la realización de un fin, la titularidad de estos sale del poder del fideicomitente, por lo que éste no está facultado para fácilmente extinguir el contrato, el cual en principio obedece al fin para el que fue creado.

También, en razón de que los beneficios pueden ser de un tercero beneficiario, la lógica dice que para revocarlo deberá contarse con la autorización del fideicomisario.

Sumando algunas diferencias, se puede señalar que el mandato se extingue con la muerte del mandatario (artículo 1278 del Código Civil Costarricense), y que los acreedores pueden perseguir al mandante en razón de los actos ejecutados por el mandatario, lo que no sucede en el fideicomiso.

2. Teoría del patrimonio afectación.

Esta teoría concibe al fideicomiso como un patrimonio independiente, sin sujeto titular, el cual solo es necesario en el momento de la afectación y el traspaso de los bienes y derechos. Lepaulle (1932), autor francés que fue el principal exponente de esta teoría, define el trust como:

“una afectación de bienes garantizada por la intervención de un sujeto de derechos que tiene la obligación de hacer todo lo que sea razonablemente necesario para realizar la afectación y que es titular de todos los derechos que le sean útiles para cumplir dicha obligación (Lepaulle, 1932, pág. 116, citado por Villagordoa Lozano, 1982, pág. 92)

Esta concepción del fideicomiso como patrimonio afectación ha recibido diversas críticas entre ellas las siguientes:

- **Se trata de una mala interpretación del trust inglés.** El autor *Lepaulle*, con el fin de adaptar la figura al ordenamiento francés, ideó esta teoría al observar que en la práctica inglesa existía la posibilidad de crear un *trust* sin *settlor* (caso de los trusts constituidos por ley), sin *trustee* o con beneficiario inexistente. La principal crítica es que en cualquiera de los casos el sujeto siempre es indispensable, pues todo derecho se realiza y tiene sentido en razón de un sujeto (Pérez Vargas, 1994) por lo que no tiene sentido decir que el sujeto en el fideicomiso es meramente instrumental y existe en función de la buena ejecución del fideicomiso. (Jiménez Zeledón, 1994, pág. 63)

- **No puede existir un patrimonio sin sujeto.** Con el fideicomiso se crea un patrimonio autónomo, y patrimonio es aquel conjunto de derechos y obligaciones que solo pueden existir en función de un sujeto titular de estos derechos. Además, el fiduciario es titular de todos los derechos necesarios para llegar a la consecución del fin del fideicomiso. (Villagordoa Lozano, 1982, pág. 91).

Es preciso aclarar, que el ordenamiento nacional permite la existencia de patrimonios autónomos, tal es el caso de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, el haber sucesorio y el fideicomiso, sin embargo, si se habla de naturaleza jurídica entendida como la justificación primera de una disposición o figura legal, su origen y causa (Estévez, 1956 pág. 161), puede concluirse que el fideicomiso es un contrato, pues se forma del acuerdo de voluntades y posteriormente este contrato tiene como consecuencia la configuración de un patrimonio autónomo independiente.

3. Teoría del desdoblamiento de la propiedad.

Esta teoría entiende el fideicomiso como un desdoblamiento del derecho de propiedad originario; con la constitución del fideicomiso surgen dos titularidades distintas, la jurídica, perteneciente al fiduciario y la económica perteneciente al fideicomisario. Su principal exponente es el autor italiano Remos Franceschelli (Villagordoa Lozano, 1982, pág. 98).

Este concepto de la existencia de dos tipos de titularidad, se asemeja a lo que se entiende en el ordenamiento inglés como la propiedad jurídica, reconocida por el Common Law y la propiedad natural que reconoce el sistema de *Equity*. Esta hipótesis es sustentada por aquellos juristas que quieren adaptar la figura del trust a los sistemas de corte romanista. (Jiménez Zeledón, 1994, pág. 66).

Esta teoría se rechaza en nuestro ordenamiento, que adopta una concepción absoluta del derecho de propiedad (Jiménez Zeledón, 1994, pág. 67); además el artículo 633 del Código de Comercio Costarricense establece de manera expresa que al constituirse un fideicomiso, el fideicomisario traspasa al fiduciario la propiedad de los bienes que se afectan, y esta propiedad como derecho absoluto, consta de la titularidad, tanto jurídica como económica.

4. Como negocio fiduciario.

Los negocios fiduciarios, son considerados negocios jurídicos atípicos e innominados que surgen como respuesta al constante movimiento de nuestras sociedades, que ocasionan la inaplicación de las figuras jurídicas tradicionales exigiendo nuevas formas que se ajusten a las realidades del momento.

Se entiende como negocio fiduciario, aquél por medio del cual las partes “*se obligan a algo que no es realmente a lo que están obligados pero que sirve de soporte a la*

verdadera obligación(Jiménez Zeledón, 1994, pág. 72)”. Se trata de un negocio único formado por dos relaciones una real, que hace posible la transmisión del bien o derecho del fiduciante al fiduciario, y una relación obligatoria, por la que el fiduciario, se encuentra constreñido al fiduciante (Villagordoa Lozano, 1982, pág. 56).

Esta teoría entiende el fideicomiso como un negocio jurídico indirecto “*dado que existe un aspecto real, traslativo de dominio, que opera frente a terceros, y un aspecto interno de naturaleza obligatoria, que restringe los alcances de la transmisión anterior pero solo con efectos inter partes*” (Rojas, 1983, págs. 49-50). Esta teoría se rechaza por los siguientes postulados:

- El fideicomiso es un negocio único que deriva sus efectos del acto constitutivo o la ley, no sus relaciones internas o secretas. (Jiménez Zeledón, 1994, pág. 74).
- Mientras que en el negocio fiduciario los fines del negocio aparente se sustituyen por los efectos del negocio oculto, en el fideicomiso los fines deben necesariamente ser lícitos y predispuestos en el acto constitutivo del mismo.
- El fideicomiso es un negocio típico, nominado y en el cual se obligan las partes por las disposiciones del contrato en el cual se crea, en los términos indicados por el artículo 633 de nuestro Código de Comercio, por lo que no existe necesidad de llenar lagunas que el derecho no cubre, ni queda necesidad de utilizarlo como instrumento de un fin oculto, sobre todo cuando el fiduciario no puede exceder el fin perseguido.

5. Como negocio jurídico

Esta es la teoría que más se acondiciona a la realidad que engloba el fideicomiso, es desde el concepto de negocio jurídico (categoría general que absorbe al contrato) que se puede explicar de manera más ecléctica la figura del fideicomiso y es la teoría que compartimos.

Según Pérez Víctor (1994), el negocio jurídico se entiende como una programación objetiva de intereses, es una manifestación de la voluntad que busca un fin tutelado por el ordenamiento.

Ajustándose a esta teoría, Jiménez Zeledón (1994), nos da la siguiente definición de fideicomiso, la cual consideramos necesario citar textualmente:

“El fideicomiso es un negocio jurídico (programación objetiva de intereses) único y típico (unilateral, bilateral o plurilateral) en virtud del cual una persona física o jurídica (fideicomitente) transmite a otra (fiduciario) la propiedad de bienes o derechos (patrimonio separado del fideicomitente y del fiduciario), para la realización de fines lícitos y determinados señalados en el acto constitutivo, usualmente constituido en beneficio de un tercero (fideicomisario)” El resaltado es nuestro. (p.82)

Se estima que la conclusión a la que llega el autor, es lo suficientemente clara, concisa y aclara por qué se considera un negocio jurídico, teoría con la cual se concuerda.

C. NATURALEZA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO PÚBLICO

A pesar de que dentro del ámbito privado costarricense el fideicomiso se cataloga de manera clara como un negocio jurídico e incluso dentro de esta misma categoría como un contrato, al utilizarse la figura dentro del sector público, también entra en importancia el principio de legalidad y las normas de orden público que el negocio no puede pasar por alto, ni enajenar por medio de un acuerdo de voluntades.

El fideicomiso en el sector privado, según lo expuesto supra, es un negocio jurídico, el cual surge a la vida por medio de contrato escrito y acuerdo de voluntades. Sin embargo,

al trasladar la figura al sector público, las actividades y actos que ejerza la administración o ente público estarán determinados por la ley y la necesidad de un control estricto de la hacienda pública, razón por la que el negocio fiduciario deberá respetar las leyes de orden público antes de ser negociado con el fiduciario.

Barboza Peñalva (2014), señala que las características propias del sector público, ponen en duda la naturaleza de negocio antes expuesto, por lo que se plantea las siguientes interrogantes sobre su especie; ¿Es un contrato?, ¿una nueva estructura jurídica?, o ¿una nueva persona jurídica pública?

La legislación mexicana, ante el auge que ha tenido esta figura, se ha planteado la posibilidad de verlo como una estructura jurídica, esta idea responde al objetivo de facilitar su fiscalización, pues su uso se ha convertido en medio para facilitar la corrupción en el gobierno de dicho Estado. (Castañeda Niebla, pag.227).

Esta clasificación es criticada por Lisoprasky (2003), citado por Barboza Peñalva, (2011), quien dice que darle estatus de estructura administrativa trasciende de su carácter contractual y se estaría dejando de lado las partes que lo conforman (fiduciante y fiduciario).

Barboza Peñalva (2011 pág. 4) citando a Villagordoa (1982), indica que el fideicomiso público es producto de la evolución y, por lo tanto, se está ante una figura ambigua. La naturaleza del fideicomiso, continúa siendo el mismo, solo que ahora se rige por las normas del derecho administrativo, que le da nuevas y diferentes características, pues la figura se convierte, *“en un centro de imputación de deberes y derechos ajenos a sus partes”*.

Es decir, al constituirse dentro del régimen público, debe ajustarse al principio de legalidad, no solo respetando el contrato, sino las normas generales del ordenamiento.

Acertada es la cita realizada por Barboza Peñalva (2011) en la que expone la siguiente definición:

"entidad, unidad económica u organismo especial, el cual sin gozar de personalidad jurídica propia, constituye una nueva estructura administrativa, en virtud de la cual el Estado, representado por sus órganos administrativos en carácter de fideicomitente trasmite a un fiduciario la titularidad de ciertos bienes o derechos destinados a la realización de un fin lícito, determinado a favor de un fideicomisario, que puede ser uno o varios organismos públicos o privados, incluso sectores sociales, sujetándose a modalidades contenidas en el acto constitutivo y en las disposiciones legales aplicables a esta materia." (pág. 4).

En Costa Rica, el fideicomiso se puede interpretar como un contrato, que sin embargo, al involucrar el manejo de fondos públicos, requiere como requisito la autorización de Ley previa, ya sea en los términos del artículo 14 de la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuesto Público (Ley 8131), o su constitución a la luz del artículo 3 de la Ley de Contratación Administrativa (LCA), o bien, cualquier otra norma que así lo autorice.

De forma que, el fideicomiso público tiene una naturaleza negocial compleja, pues mantiene su carácter bilateral, "fiduciante-fiduciario" que se genera cuando el Estado que es el fiduciante, contrata bajo los términos permitidos en la ley que crea el fideicomiso, a quien vaya ser el fiduciario, que acorde con nuestra legislación siempre debe ser un banco o entidad financiera autorizada.

Pero además, se exige una autorización legal, donde nace el fideicomiso y que contemple los objetivos y pautas generales que se pretenden conseguir y es en el contrato en el cual se determinan los pormenores y las funciones de cada parte y unidad involucrada.

Asimismo, la naturaleza pública, concordando con la autora Bello Knoll, (2011), ocurre no solo por la intervención del Estado como fiduciante, sino también, por la intervención que realice en razón de que éste exista en pro del *cumplimiento de su fin*

último: el interés público.(pág. 226).

Así sucede en los países del Common Law, donde se constituyen trust públicos por razones de utilidad pública o interés general, que se someten a la tutela del Estado (Bello Knoll, 2011, pág. 963). Aquí, el interés público se incorpora a la causa, lo que entendemos sucede en todos los casos de fideicomiso público.

También, conforme con el artículo 1 inciso d) párrafo segundo de la LAFRPP, un fideicomiso financiado con fondos públicos, debe estar sujeto a la aplicación de esa misma ley, aun cuando se trate de un negocio llevado a cabo por instituciones u organizaciones privadas o entes públicos no estatales, que en principio están fuera del marco de aplicación de esta normativa.

En relación con lo anterior, se puede decir que un fideicomiso, también es público, cuando los fondos provienen de los recursos del Estado, especialmente cuando se transfieren por partida presupuestaria, aun cuando no involucre en sus sujetos una institución del Estado.

D. ELEMENTOS PERSONALES

En este contrato, se puede observar, la participación de al menos dos sujetos que son el fideicomitente y el fiduciario, la voluntad libre de ambas partes hace posible que nazca a la vida jurídica el fideicomiso. Asimismo, existe la posibilidad de la participación de una tercera persona denominada fideicomisario, que hace necesaria su identificación desde la suscripción del pacto constitutivo.

Ahora se verán las características más sobresalientes de estas tres personas integrantes de este negocio jurídico:

1. Fideicomitente.

Es el sujeto que posee en la esfera de su patrimonio ciertos bienes o derechos, que los transfiere constituyendo un patrimonio autónomo de afectación al fiduciario, para la realización de ciertos fines específicos, considerados como lícitos. Además, se requiere que la persona no sólo sea destinataria de derechos reflejo de su capacidad jurídica, sino que debe ostentar capacidad de actuar para que pueda obligarse ante terceros.

En relación con los requisitos que éste debe cumplir resulta útil realizar la siguiente cita:

“Con estas palabras se fija -nos dice Villagordoa Lozano- en primer término, que es necesario que el Fideicomitente tenga la capacidad de ejercicio suficiente para celebrar el contrato y en caso de que dicha capacidad se encuentre limitada, que e (sic) llenen los requisitos señalados en el derecho común o en la legislación especial, para poder ejercitar tal derecho. En segundo término, se establece que para ser Fideicomitente es necesario ser titular de los bienes o de los derechos sobre los cuales se va a realizar la afectación del fideicomiso. Este requisito es indispensable para poder realizar la transmisión de los bienes o derechos fideicometidos al fiduciario.”(Comisión Nacional de Valores, s.f pág. 8).

Dentro de los derechos con que éste cuenta, el Código de Comercio nacional, ofrece su regulación los siguientes:

- Nombrar quienes serán designados como fiduciarios, así como los sustitutos de ser necesario.
- En el caso de que se nombren varios fiduciarios establecer el orden y las condiciones en que deben sustituirse (artículos 638, 639 y 640 del Código de Comercio.)
- Establecer cuál es el fin del fideicomiso (artículo 633 del Código de Comercio.)

- Reclamar el cumplimiento de las obligaciones al fiduciario. (artículos 633, 644 y 645 del Código de Comercio)
- Podrá reservarse en el acto constitutivo ciertos derechos (artículos 659 y 660 del Código de Comercio)
- Señalar quienes figurarán como fideicomisarios y sus derechos. (artículos 654 del Código de Comercio)

Por otra parte, se establece la principal de sus obligaciones, natural a esta figura, y que consiste en traspasar los bienes fideicomitidos al fiduciario, a fin de que se puedan cumplir los fines del fideicomiso para los cuales se creó. (Artículos 633 y 662 del Código de Comercio).

Aunado a lo anterior, existen ciertas particularidades con respecto del fideicomiso constituido con fondos públicos, pues acá el fideicomitente será en principio la Administración Pública. Es decir, dicho sujeto es de naturaleza pública, aunque suscribe un contrato regido por la normativa privada, sin perjuicio claro está, de la aplicación de la Ley 8131 y los principios de contratación administrativa ajustables en cada caso concreto.

Se ha dicho que: *“generalmente un órgano desconcentrado de la administración central o una institución descentralizada ocupan ese rol [de fideicomitente]”* (Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, 2011, Sentencia 2188-2011) y el patrimonio autónomo recaerá sobre bienes de dominio público o bienes del Estado del que es titular.

Es de notar que en estos casos, cuando se trate de un fideicomitente en un fideicomiso público, éste debe ser un ente, y no un órgano, al menos que mediante una ley se les otorgue personería jurídica instrumental que le permita obtener la capacidad de actuar

en estos contratos y además debe gozar de legitimación para suscribirlo. Además, el fideicomitente debe ser el titular del patrimonio que se pretende transmitir.

Lo anterior, en tanto los entes públicos son Administración Descentralizada y a diferencia de los órganos, los entes cuentan con personalidad jurídica, la cual les da aptitud legal para ser sujetos de derechos y obligaciones. (CGR, 2000, Oficio Número 12649)

Tratándose de empresas públicas en manos del Estado, en el derecho comparado se ha indicado que no estaríamos en un caso de fideicomiso público:

“En los casos que el fideicomitente, sea una empresa privada estatal, entendemos que no se trataría de un fideicomiso público por que la entidad que lo lleva a cabo tiene carácter privado, aun siendo de propiedad estatal.” (Barboza Peñalva, 2008, pág. 11).

Esta posición no se ajusta a la legislación costarricense porque las empresas públicas también son titulares de fondos públicos y están sujetos a la fiscalización de la LAFRPP conforme a lo dispuesto en el artículo 1 inciso c).

Incluso, cuando entes públicas no estatales y o entidades privadas administren o dispongan de fondos provenientes de un presupuesto público, dirigidos a formar parte del patrimonio de un fideicomiso, éste se consideraría público y estaría sujeto a la Ley 8131, en los términos que establece el artículo 1 párrafo dos de la ley mencionada.

La legitimación de la institución pública para constituirse en fideicomitente proviene de la ley de creación de fideicomiso (cuando se aplica el artículo 14 de la LAFRPP), o bien, del artículo 3 de la Ley de Contratación Administrativa.

De igual forma, la autorización legal puede encontrarse en normas generales como el caso del ICE, que cuenta con autorización para crear fideicomisos conforme con la ley 8668, artículo 11. Esta norma, es una autorización general para suscribir contratos y no se refiere a un contrato fiduciario en específico.

Otro ejemplo es el caso del Consejo Nacional de Vialidad, también encuentra una norma general que le autoriza a firmar contratos de fideicomiso. Así el artículo 21 de la Ley 7798, Ley de Creación del Consejo de Vialidad indica que éste está facultado para depositar sus ingresos en fideicomisos, que se establecerán en bancos comerciales del Estado.

2. Fiduciario.

Es el sujeto quien recibe en propiedad fiduciaria, el dominio de los bienes fideicomitidos en el tanto se estima que lo obliga a actuar como si fuese el propietario, obligándose a realizar las acciones pertinentes para el cumplimiento de los fines pactados en la constitución del fideicomiso, se dice que es una propiedad limitada sobre los bienes, dado que sólo podrá hacer con éstos lo que se le ha encargado.

Concerniente al asunto de la titularidad que ostenta el fiduciario de los bienes transmitidos, Mariano Jiménez Zeledón establece la siguiente relación:

“(...) el fiduciario es propietario, y por tanto, el titular de los derechos reales que le han sido transmitidos, con las limitaciones del caso, para la realización de los fines del fideicomiso (...) En suma, la titularidad deviene en función de la propiedad que ha sido transmitida, por lo que no puede haber titularidad sin propiedad, y no puede haber propiedad sin un sujeto titular, que en el caso de la propiedad fiduciaria es el fiduciario (...)” (Jiménez Zeledón, 1994, pág. 65).

Cabe rescatar una serie de derechos que el ordenamiento reconoce al fiduciario:

- Puede designar, bajo su responsabilidad, a los auxiliares y apoderados que demande la ejecución de determinados actos del fideicomiso. (artículos 643 del Código de Comercio)
- Con preferencia a los demás acreedores, cobrar la retribución que le corresponda (artículos 644 inciso d) del Código de Comercio)

- Ejercitar los derechos y acciones necesarios legalmente para la defensa del fideicomiso y de los bienes objeto de éste (artículos 644 inciso e) del Código de Comercio)

- Una vez aceptado el cargo, podrá renunciar si es por justa causa que el fideicomitente, o el juez calificarán.

Por otra parte, se puede designar una gran cantidad de obligaciones que refiere, tanto al objeto del fideicomiso, como a las partes, debiendo actuar como un buen padre de familia con bienes propios:

- El fiduciario queda obligado a emplear los bienes o derechos que se le traspasen, para la realización de los fines lícitos. (artículo 633 del Código de Comercio)

- No delegar indebidamente sus funciones (artículos 647 inciso a) y 643 del Código de Comercio)

- Será responsable si aprueba, consciente o encubre una infracción al fideicomiso (artículo 641 inciso b) del Código de Comercio)

- Ejercer vigilancia razonable sobre los actos de los demás cofiduciarios (artículo 641 inciso c) del Código de Comercio)

- Llevar a cabo todos los actos necesarios para la realización del fideicomiso diligentemente (inciso a del artículo 644 y 645 del Código de Comercio).

- Identificar los bienes fideicometidos, registrarlos, mantenerlos separados de sus bienes propios y de los correspondientes a otros fideicomisos que tenga, e identificar en su gestión el fideicomiso en nombre del cual actúa; (inciso b del artículo 644 del Código de Comercio).

- Rendir cuenta de su gestión al fideicomisario o a su representante, y se rendirán esas cuentas salvo estipulación en contrario una vez al año. (inciso c del artículo 644 del Código de Comercio).
- Salvo justa causa, no renunciar a su cargo (artículo 646 del Código de Comercio)
- Se le prohíbe garantizar los rendimientos de los bienes fideicomitidos (artículo 647 del Código de Comercio)
- Si las instrucciones del fideicomiso en cuanto a las operaciones que implican adquisición o sustitución de bienes o derechos, o inversiones de dinero o fondos líquidos no fueren claras, o se hubieren dejado a su arbitrio, las inversiones -por ejemplo- deberán efectuarse en valores de la más absoluta y notoria solidez, no podrá invertir en valores con fines especulativos, o invertir en bienes raíces para revender. Si hace préstamos, deberá el fiduciario exigir garantía hipotecaria, no pudiendo prestar suma mayor del 60% del avalúo del inmueble, que deberá hacerse por peritos idóneos. (Artículo 648 del Código de Comercio).

Para el caso de fideicomisos públicos, si el proyecto está autorizado para colocar valores, debe tomar en cuenta la normativa emitida por la Superintendencia General de Valores, tema que se ampliará en otro apartado.

- Dará aviso al fideicomisario en el término de los treinta días de su cobro de toda percepción de rentas, frutos o productos de liquidación que realice el fiduciario en cumplimiento de su cometido. Así como dentro de ese término notificar toda inversión, adquisición o sustitución de bienes adquiridos; la notificación puede suprimirse por disposición expresa del fideicomitente o por la naturaleza del fideicomiso. (artículo 650 del Código de Comercio).

- El fiduciario debe pagar los impuestos y tasas correspondientes a los bienes fideicometidos. Si teniendo con qué pagar no lo hiciere, será solidariamente responsable. (artículo 651 del Código de Comercio).
- Una vez extinguido el fideicomiso, devolver los bienes a quien corresponda. (artículo 660 del Código de Comercio)

Al fiduciario es a quien le incumbe el efectivo cumplimiento del fin para el cual se constituyó el fideicomiso. Al respecto se refiere el Tribunal Segundo Civil, quien mediante sentencia número 00866-2002 de las 10:30 horas del 30 de agosto del 2002, que indica:

"II... 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 fideicomitidos. 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 éste 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. (El subrayado es nuestro)

Las funciones del fiduciario, se limitan al fin señalado en la ley, no es viable la incorporación de cláusulas contractuales que le faculten realizar actividades distintas de las requeridas para el cumplimiento del fin legal, ya que su actividad se encuentra, específicamente, enmarcada a ello y acorde con una sana administración de los recursos, no pueden utilizar el patrimonio fideicometido en gastos no contemplados por la Ley que autorizó la constitución del respectivo fideicomiso.

En cuanto al fideicomiso público, en nuestro país existe una carencia de regulación expresa que indique taxativamente quiénes pueden figurar como fiduciarios, sean personas privadas o entidades públicas, ya que el artículo 367 del Código de Comercio regula de manera general que puede ser fiduciario cualquier persona física o jurídica, capaz de adquirir derechos y obligaciones, que sin embargo, debería de especificarse aún más, ya que se podría ubicar a personas diferentes estructuras privadas manejando un fideicomiso aportado con fondos públicos.

Es importante mencionar el artículo 15 de la Ley 8204, que obliga a todo aquel que administre fideicomisos, a inscribirse frente a la Superintendencia General de Entidades Financieras (SUGEF), por lo que este registro es un presupuesto esencial que debe cumplir el fiduciario que se va a contratar.

Lo habitual, es que figure una entidad del Sistema Bancario Nacional, en especial uno de los Banco del Estado quienes cuentan con autorización expresa en la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional (artículo 116 inciso 7.) para ejercer como fiduciario, práctica que se encuentra dentro de sus operaciones ordinarias.

Parece recomendable que se contrate un Banco Estatal para esta función, en tanto cuenta con un mayor control estatal, está sujeto al principio de legalidad y sin duda cuenta con una vasta experiencia fiduciaria, al ser esta operación parte de su ejercicio ordinario. Lo anterior favorece la protección de la Hacienda Pública.

De igual manera, la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, en su artículo 116 inciso 7) establece la creación de los comités especiales como mecanismo de control de los fondos, no así en el ejercicio de labores sustantivas que han sido conferidas al fiduciario.

Ello implica que, con el establecimiento dichos comités pueden liberar de toda responsabilidad al Banco Fiduciario al sujetarse éste a sus disposiciones, tal y como se ha pronunciado el órgano contralor:

“Asimismo, debe llamarse la atención sobre la importancia que reviste el poder determinar las responsabilidades que cubren a cada uno de los órganos que conforman esta estructura. Sobre el particular, el artículo 116 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional autoriza la descarga de responsabilidad del fiduciario en aquellos casos en que exista un comité especial creado para el control en el manejo de los fondos, y él actúe según las directrices que esos comités le dicten. No obstante, en el presente caso se crean dos distintos órganos facultados para dictar instrucciones al fiduciario (...) con lo cual resulta difícil el sentar eventuales responsabilidades, máxime si se toma en consideración que las funciones de ambos no se encuentran detalladas y delimitadas en los documentos contractuales, como se observa (por ejemplo) en el último apartado del inciso I de la cláusula sexta del contrato de fideicomiso.” (CGR, Oficio 3422 -2001, 2001)

3. Fideicomisario

Es la persona que física o jurídica que recibe los beneficios de la gestión del fideicomiso y para el cual fue designado en el acto constitutivo. Con respecto de sí se considera parte contractual se ha establecido lo siguiente:

“importante observar que no se menciona en el Art. 633 del C de C [Código de Comercio], por lo que pareciera que nuestra legislación no lo contempla como una parte contractual, sino como un tercero beneficiario, aunque con algunos derechos específicos que le otorga el mismo C de C.” (Johanning Pérez, 2010, pág. 10)

En lo conducente, se mencionan los derechos particulares del fideicomisario:

- Requerir la remoción del fiduciario cuando proceda (artículo 645 y 654 inciso c del Código de Comercio).
- Recurrir al Juez en consulta sobre el alcance del acto constitutivo del fideicomiso (artículo 653 del Código de Comercio).

- Exigir del fiduciario el fiel cumplimiento de sus obligaciones (artículo 654 inciso a del Código de Comercio).
- Perseguir los bienes fideicomitidos para reintegrarles al patrimonio fideicometido, cuando hayan salido indebidamente de éste (inciso b del artículo 654 Código de Comercio).
- Cuando sea necesario, consultar al fideicomisario la toma de ciertas decisiones (artículo 657 del Código de Comercio).
- Ver el acto constitutivo en referencia a todos los demás derechos que en el mismo se le otorguen. Todos los demás derechos que el acto constitutivo del fideicomiso le otorgue (artículo 654 del Código de Comercio).

Con respecto de las obligaciones del fideicomisario, ellas obedecerán a las características de cada fideicomiso, ya que se pueden originar varios supuestos en el acto constitutivo, en el tanto se le pueden exigir o no contraprestaciones en el cumplimiento de ciertos actos para recibir los beneficios del fideicomiso.

Los beneficiarios del fideicomiso, cuando de fondos públicos se trata, pueden serlos particulares o la Administración Pública, pues lo que busca es la satisfacción de un fin considerado público.

Por último de forma general, es de notar que la ley no prohíbe, que el fideicomitente, sea a la vez fideicomisario. No obstante, por los conflictos de intereses que se podrían generar, sí está prohibido que en una misma persona física o jurídica, se confunda con la condición de fiduciario y fideicomisario.

E. ELEMENTOS MATERIALES

1. Objeto del Fideicomiso.

El objeto del fideicomiso, entendido como una cosa material o inmaterial (Pérez Vargas Víctor (1994) puede ser, como lo indica Código de Comercio en su artículo 634, toda clase de bienes y derechos que legalmente estén dentro del comercio.

Como requisitos del objeto del fideicomiso y a la luz de presupuestos objetivos que el autor Pérez Vargas (1994), enumera para referirse a la validez de un negocio, se pueden citar los siguientes:

a) Existencia y posibilidad física:

La existencia se refiere a la certeza de la cosa, que puede ser presente o futura, caso en el que los efectos se condicionan hasta el momento de la existencia de la cosa.

La posibilidad física, implica que en la realidad la cosa ya existe o puede llegar a existir.

b) Licitud o posibilidad jurídica:

El patrimonio que se va a otorgar en fideicomiso, debe estar posibilitado para el comercio de forma legal, es decir, autorizado por ley.

c) Determinabilidad:

Los bienes y derechos deben poder determinarse en su especie, cantidad, calidad, según corresponda (Pérez Vargas, 1994, pág. 231). Esta individualización de bienes, cobra importancia en tanto el patrimonio fideicometido debe separarse del patrimonio de las partes involucradas. (CGR, 2002, Oficio N° 1420(FOE-AM-62))

d) Valor exigible:

El negocio jurídico debe contar con la posibilidad de reducirse a un valor exigible; es decir, apreciable monetariamente.

2. Patrimonio Autónomo.

El negocio fiduciario es un negocio traslativo de la propiedad, en tanto, como bien lo indica la norma 634 del Código de Comercio, la constitución de fideicomiso, crea un patrimonio autónomo, el cual sale de la esfera jurídica del fideicomitente, pero no ingresa dentro del patrimonio propio del fiduciario.

Esta separación de patrimonio, implica la afectación de éste al cumplimiento de los fines acordados en el negocio pactado, es decir, que los bienes y derechos trasladados, deben ser utilizados únicamente para la consecución de los fines del negocio fiduciario.

Por lo anterior, al estar la propiedad fiduciaria sometida a las disposiciones contractuales y legales, se considera que esa propiedad transmitida es imperfecta (PGR, 2008, Opinión OJ-122-2008), limitada por las disposiciones que señala el contrato.

Sobre la variedad de bienes que pueden otorgarse en fideicomiso, resulta conveniente el siguiente análisis en el cual se ejemplifican algunos de los bienes susceptibles de afectación:

“serán objetos de fideicomiso bienes inmuebles, muebles, registrales o no, dinero, títulos valores etc., cuando se puedan individualizar”. “además los bienes no pueden entrar en el patrimonio del fiduciario confundiendo con los propios” “sobre los bienes fideicomitados se constituye una propiedad fiduciaria conformando un patrimonio separado del patrimonio fiduciario y del fiduciante. Cuando se trata de bienes registrables, los registros correspondientes deberán tomar razón de la transferencia fiduciaria de la propiedad a nombre del fiduciario”. “Este objeto puede ser: mediato, toda clase de bienes o derechos; inmediato, es la entrega de la propiedad de un bien para ser administrado a título de propietario. El objeto mediato y la propiedad fiduciaria se incrementan si así resulta del contrato. (México Fiscal: actualidad total, 2008, pág. 63 y 64)

En razón de lo anterior, el fiduciario no podrá disponer de los bienes que se le depositan en confianza, en tanto se esté violando el destino y el fin para el cual se creó el negocio fiduciario. (PGR, 2014, Dictamen C-032-2014)

Al respecto, el artículo 633 del Código de Comercio dispone:

“por medio del fideicomiso el fideicomitente trasmite al fiduciario la propiedad de bienes y derecho; el fiduciario queda obligado a emplearlos para la realización de fines lícitos y determinados en el acto constitutivo”

Ahora bien, tratándose de la transmisión de bienes o fondos públicos de las entidades u órganos que se instituyen como fideicomitentes, deben tomarse en cuenta ciertas consideraciones que restringen ese funcionamiento independiente del patrimonio, dentro del programa por desarrollar por el fideicomiso. Al respecto la PGR ha indicado:

*El contrato de fideicomiso es un contrato de naturaleza eminentemente privada en tanto su regulación se encuentra establecida en el Código de Comercio. Al constituir este contrato, las partes se someten a la legislación correspondiente, salvo disposición legal que ampare lo contrario. Además, los contratos que realice el fideicomiso son, en principio, operaciones sujetas al Derecho Privado. **No obstante, en tratándose de fideicomisos constituidos por los organismos públicos, esa sujeción debe ser matizada.** (...)La actividad de los entes públicos está sujeta al principio de legalidad. Como es sabido, dicho principio implica que la Administración sólo puede realizar los actos que están expresamente autorizados por el ordenamiento jurídico. Conforme lo cual podría establecerse que los entes públicos sólo pueden constituir fideicomisos si una norma legal expresamente los autoriza.”(PGR, 2012, Dictamen: C-186-2012)*

Para empezar, la transmisión de los bienes al fideicomiso público presupone el traslado de los fondos públicos, entendidos estos a la luz del artículo 9 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, como *“los recursos, valores, bienes y derechos propiedad del Estado, de órganos, de empresas o de entes públicos”*.

Por lo anterior, los fideicomisos deberán estar sujetos a la fiscalización y control correspondiente a los fondos públicos, pues aunque la Administración deja de gestionar los bienes una vez trasladados, conforme con el criterio de la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la República, el hecho de que se otorguen en fideicomiso no les anula su naturaleza de fondos públicos.

Al respecto, señala la CGR:

“Cuando estos fondos son transferidos en fideicomiso a un fiduciario, no por ello pierden su naturaleza de públicos, toda vez que el origen y destino (...) de los bienes fideicometidos tienen un carácter público.”(CGR, 2003, Oficio N° 10442 (FOE-AM-0434).

Y en este mismo sentido, agrega la PGR

“La necesidad de observar el ordenamiento jurídico y particularmente los fines del ente se presenta como imperiosa al considerar que, por medio del fideicomiso, el ente público permite que un tercero participe en la administración de parte de su patrimonio, que está constituido por fondos públicos. Fondos que no cambian su naturaleza por el hecho de que sean administrados vía fideicomiso.”(PGR, 2001, Dictamen Ne no 75-2001).

Por último, se debe hacer mención a la naturaleza de los bienes públicos que se van a transmitir en fideicomiso ya que permite conocer con mayor claridad el régimen jurídico de los bienes que conformarán el patrimonio separado y, por lo tanto, los requisitos que serán necesarios para efectuar su traspaso. (Barboza Peñalva, 2008).

Recuérdese que conforme con el artículo 261 del Código Civil, los bienes públicos se dividen en dos: los bienes demaniales, aquellos que están afectados al uso y servicio del público y los bienes patrimoniales del Estado, que están en principio sujetos al régimen de derecho privado. Al respecto señala el artículo:

ARTÍCULO 261.- Son cosas públicas las que, por ley, están destinadas de un modo permanente a cualquier servicio de utilidad general, y aquellas de que todos pueden aprovecharse por estar entregadas al uso público. Todas las demás cosas son privadas y objeto de propiedad particular, aunque pertenezcan al Estado o a los Municipios, quienes para el caso, como personas civiles, no se diferencian de cualquier otra persona.

Los bienes demaniales, no podrán otorgarse en fideicomiso, en tanto estos no cuenten con la desafectación por parte de la Asamblea Legislativa. Sobre los bienes demaniales, se pueden citar los siguientes criterios judiciales:

“SOBRE LOS BIENES DE DOMINIO PÚBLICO Y PRIVADO DEL ESTADO: (...). Sobre el tema, la Sala Constitucional ha expresado:—II.- EL CONCEPTO DEL DOMINIO PÚBLICO Y DE LOS MEDIOS JURÍDICOS PARA INTEGRARLO.- Por dominio público se entiende el conjunto de bienes sujeto a un régimen jurídico especial y distinto al que rige el dominio privado, que además de pertenecer o estar bajo la administración de personas jurídicas públicas, están afectados o destinados a fines de utilidad pública y que se manifiesta en el uso directo o indirecto que toda persona pueda hacer de ellos . La doctrina reconoce el dominio público bajo diferentes acepciones, como bienes dominicales, cosas públicas, bienes públicos o bienes demaniales. Sobre este concepto la Sala ha expresó en su Sentencia No. 2306-91 de las 14:45 horas del seis de noviembre de mil novecientos noventa y uno lo siguiente: El dominio público se encuentra integrado por bienes que manifiestan, por voluntad expresa del legislador, un destino especial de servir a la comunidad, al interés público. Son los llamados bienes dominicales, bienes demaniales, bienes o cosas públicas o bienes públicos, que no pertenecen individualmente a los particulares y que están destinados a un uso público, y sometidos a un régimen especial, fuera del comercio de los hombres. Es decir, afectados por su propia naturaleza y vocación. En consecuencia, esos bienes pertenecen al Estado en el sentido más amplio del concepto, están afectados al servicio que prestan y que invariablemente es esencial en virtud de norma expresa (...) (Tribunal Contencioso Administrativo, 2009, Sentencia N°35 – 2009SVII,)

De igual forma, en la resolución número 19 – 2009, Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VII. Dijo lo siguiente:

4.- SOBRE LOS BIENES DE DOMINIO PÚBLICO Y PRIVADO DEL ESTADO: (...) Los bienes de dominio público se caracterizan por ser inalienables, imprescriptibles e inembargables, en consecuencia fuera del comercio de los hombres”.

En cuanto a bienes patrimoniales o bienes privados del Estado, son aquellos bienes que no están afectados al uso público y se componen por una amplia variedad de bienes que pueden ser corporales, incorporales, muebles, inmuebles, etc.

Estos bienes no necesitan una desafectación legal para entrar dentro del movimiento comercial porque, si bien, sus titulares deben ajustarse al principio de legalidad en lo referente al manejo de los recursos, existe más libertad de disposición para movilizarlos comercialmente, previamente cumplidas las disposiciones legales vigentes.

Se quiere recalcar el hecho, de que la transmisión de bienes, que hace el ente fideicomitente, no afecta su naturaleza pública.

Lo anterior, en tanto el fideicomiso, no crea una persona jurídica distinta, ni transfiere la titularidad a una entidad privada, sino que crea una separación de bienes, separación que es temporal y restringida al cumplimiento de los fines y objetivos preestablecidos en el contrato y la ley. (PGR, 2001, Opinión OJ-072-2001)

La anterior aseveración se puede justificar desde el concepto de patrimonio que establece la teoría objetiva.

Esta teoría le reconoce al patrimonio, una individualidad jurídica propia y lo concibe como una afectación de una cierta cantidad de riqueza a un fin determinado reconocida por la sociedad y jurídicamente protegida. Al respecto Rodríguez (2009) señala:

Se explican así los llamados patrimonios especiales en cabeza de una persona y que coexisten con su patrimonio general por lo que constituirán excepción indudable a la afirmación según la cual la persona no puede tener más de un patrimonio y los denominados autónomos o separados que tienen relevancia jurídica en sí mismos considerados, sin requerir por lo tanto del sustento personal propio de la doctrina clásica. (pág. 197)

De manera que el patrimonio, en la concepción de la teoría moderna u objetiva, se ha definido tomando en cuenta el destino que en un momento dado tengan determinados bienes, derechos y obligaciones en relación con un fin jurídico, gracias a la cual se organizan en una forma autónoma (Rojina Villegas, 2008, pág. 15)

Se crea, por tanto, una masa autónoma de bienes, distinta de los patrimonios personales, masa que está sujeta a una organización jurídica especial para realizar un determinado fin.

Al respecto, la teoría objetiva dispone que como una persona puede tener diversos fines jurídico-económicos por realizar, o el derecho puede afectar en un momento dado un

conjunto de bienes para proteger ciertos intereses; pueden existir distintos patrimonios de una misma persona, que funcionan como una masa de bienes independientes a la persona y que pueden ser también transmitidos (Rojina Villegas, 2008, pág. 16).

Sobre la teoría objetiva y la independencia a una titularidad nos dice Cornú (1996):

“el lazo que une los elementos del patrimonio ya no es la identidad del titular (los bienes no se agrupan porque pertenecen todos a una misma persona o las deudas porque pesen sobre una misma cabeza). Lo que los une es la afectación común a la consecución de un mismo fin (actividad comercial, obra filantrópica, etc.): los elementos del activo en cuanto están ordenados a la realización del mismo fin; las deudas en cuanto han sido todas contraídas para la realización o con ocasión de esta actividad. Una vez despersonalizado el patrimonio encuentra su fin en una idea que constituye el cimiento de los elementos que lo componen”. (pág. 26)

Desde esta teoría se explica por qué la naturaleza de los bienes públicos transmitidos no cambia al ser separados y entregados a un fiduciario aun cuando puede ser una organización privada, pues los bienes o el patrimonio separado no dan lugar a una transmisión total de la titularidad, sino que se realiza dentro de un marco jurídico determinado y orientado a la ejecución de un fin público.

Esta teoría es la contraposición a la teoría subjetiva que expone al patrimonio como una consecuencia directa de la personalidad (Rodríguez, 2009 pág. 197), al respecto lo reconoce el Código Civil costarricense al exponer:

ARTÍCULO 294.- El patrimonio o total conjunto de los bienes y derechos de una persona, sólo puede transferirse a otra u otras personas por vía de herencia.

Esta norma, que recoge el uso de la teoría subjetiva del patrimonio, tiene sus excepciones tratándose de la creación de un fideicomiso, que supone un patrimonio independiente conforme con el artículo 634 del Código de Comercio.

Otros ejemplos de patrimonio autónomo además del fideicomiso son: el haber sucesorio (Villalobos Soto, 2008), la empresa individual de responsabilidad limitada (artículos 9 y 12 del Código de Comercio)

F. TIPOS DE FIDEICOMISOS

1. Fideicomisos de Administración.

El fideicomiso de administración, señala la CGR, es aquel en el cual el fiduciario se obliga a conservar, custodiar y gerenciar el patrimonio fideicometido, conforme en lo indicado en el contrato, y en procura del beneficio del fideicomisario y como ejemplos de este tipo de fideicomisos se menciona los testamentarios, de seguros de vida o accidentes, de educación, hospitalización, recreación, pensión y administración de cobro y pagos. (CGR, 2002, Oficio N° 1420-2002 (FOE-AM-62))

Este concepto lo reitera la PGR al establecer que este contrato tiene como objeto la transferencia de bienes para que sean administrados conforme lo establecido en el fideicomiso. Su objeto es la administración de los bienes para un fin determinado. (PGR, 2005, Dictamen C-297-2005).

Villegas (1996), define el fideicomiso de administración de la siguiente forma:

“Son aquellos en virtud de los cuales se transmiten al fiduciario ciertos bienes o derechos, para que este proceda a efectuar las operaciones de guarda, conservación o cobro de los productos o rentas de los bienes fideicometidos, entregando el producto al beneficiario” (Villegas, 1996 pág. 16)

El patrimonio autónomo se separa como se ha dicho, con el único propósito de que sea administrado y manejado de forma general; esta administración la realiza el fiduciario que en Costa Rica, por lo general es un Banco o entidad habilitada por SUGEF para desempeñar intermediación financiera (Esquivel Favareto, 2012, pág. 72). El fiduciario tiene el deber de conservar, custodiar y emplear el patrimonio afectado conforme en los

finas que especifica el contrato que lo suscribe; siempre procurando el beneficio del fideicomisario. (Johanning, 2010)

Por lo general, esta figura se considera como la forma genérica de los fideicomisos, que pueden convertirse en otro tipo, según sus fines que pueden ser más específicos. (Esquivel, 2012.pág72)

Cuando el patrimonio afectado proviene del erario público, debe tenerse especial cuidado, por cuanto el fideicomiso puede ser utilizado para delegar funciones propias de la Administración, creándose un funcionamiento paralelo al principio de legalidad. Los fideicomisos de administración, en estos casos, no deben contemplar operaciones que van más allá de la mera administración de los bienes trasladados, pues en este caso se convertirían en una administración paralela. Al respecto la CGR indica:

“[...] El desarrollo de programas, actividades, contacto con beneficiarios, asesoramiento y toma de decisiones que van más allá de un servicio meramente financiero, para adquirir matices de funciones sustantivas que pertenecen al ámbito de competencia de la entidad estatal que actúa como fideicomitente. Justamente en ese punto, a juicio de esta Contraloría, el contrato deja de ser un simple mecanismo de estrategia financiera para tornarse en una verdadera administración paralela, toda vez que aparece un sujeto ajeno al fideicomitente ejerciendo funciones que el ordenamiento le ha encomendado a la Administración Pública” (CGR, 2001, Oficio N° 1264 (DAGJ-783-2001)).

2. Fideicomisos de Titularización.

Por su parte, la CGR se refiere al fideicomiso de titularización como aquel que permite a un fideicomitente transferir activos a un fiduciario que es, por lo general, un agente de manejo o emisor encargado de procurar la titularización de esos activos con el fin de colocarlos en el mercado secundario. De esta forma los activos fijos o de lenta rotación, captan efectivo logrando así beneficios para un fideicomisario. Como ejemplos de este tipo de fideicomiso se encuentran la titularización de carteras, la titularización inmobiliaria (de

garantía, de participación, de proyectos de construcción, fondos inmobiliarios), y titularización de flujos de caja. (CGR, 2002, Oficio N° 1420-2002 (FOE-AM-62))

Se entiende por titularización, al proceso de financiamiento que consiste en ceder incondicionalmente a un patrimonio separado flujos, o activos y sus flujos, para respaldar valores que se venden a los inversionistas. (Ramírez Castro, 2009)

La titularización se adapta a un esquema financiero, cuando se constituye un patrimonio autónomo para respaldar la emisión de valores. El patrimonio fiduciario respalda el pago de los derechos conferidos a los titulares de los valores emitidos con cargo a dicho patrimonio. (PGR, 2008, Opinión Jurídica OJ-122-2008)

El fideicomiso de titularización, coloca bonos en inversionistas institucionales, por lo que es el principal recurso utilizado para transformar en efectivo, activos fijos. (Rodríguez Azuero, 2005, pág. 508.)

Por medio del fideicomiso de titularización, el fiduciario toma como base el valor real de los bienes afectados, que, por lo general, carecen de liquidez, con base en su valor emite títulos valores que coloca en el mercado bursátil, por ventanilla, o a través de la bolsa nacional de valores, con el fin de rescatar recursos líquidos, que según el caso, se trasladan al fideicomitente o los destinará a cumplir el fin del fideicomiso. (Drake. 2000, pág. 33).

Tiene como característica diferencial, el hecho de que involucra actuaciones de terceros ajenos a fideicomiso. La finalidad de este tipo de fideicomiso es levantar capital líquido necesario para la inversión en un desarrollo o una obra determinada. El contrato de fideicomiso determina, el plazo, rendimiento y posibilidad de reinversión de los títulos emitidos. (Esquivel, 2013, p 81).

Los fideicomisos de titularización se utilizan como un mecanismo de captación de fondos para el desarrollo de un proyecto. Por esta razón, se considera una buena opción

para el desarrollo de infraestructura pública, una alternativa a la que se puede acudir a condición de que se cumplan ciertas normas ya establecidas relacionadas con el manejo de fondos públicos y presupuesto nacional, tema que se analizará más adelante.

3. Fideicomisos de Garantía.

Este tipo de fideicomiso se constituye con la finalidad de obtener una obligación de tipo crediticia.

Habitualmente, el fideicomitente es una persona física o jurídica que se convierte en deudor en un préstamo y que entrega la propiedad en fideicomiso para garantizar con el producto del patrimonio fideicometido, el cumplimiento de las obligaciones pactadas.

El fin de este fideicomiso es que el fideicomisario va a estar en una situación que lo coloca como acreedor del fiduciario, de tal modo que si el fideicomitente no cumple con las obligaciones, pueda exigir al fiduciario ejecutar lo pactado para cancelar la deuda mediante la venta o remate del bien o propiedad en cuestión.

Por ejemplo, una persona, física o jurídica, adquiere un inmueble, o bien un crédito, cuyo pago se realizará a plazo. Como garantía de este pago al acreedor, el deudor trasmite la propiedad de uno o varios bienes a un tercero por medio de un contrato de fideicomiso. Si al vencimiento del plazo para el pago de la obligación, no se devuelve la suma que se adeuda, el tercero venderá el bien y con el precio obtenido pagará al acreedor.

En el ejemplo anterior, al crearse el fideicomiso de garantía, el deudor se convierte en fideicomitente, el acreedor en fideicomisario, y el tercero en el fiduciario que recibe la propiedad del inmueble para garantizar el cumplimiento de ciertas obligaciones de pago del fideicomitente.

Es por ello que el fideicomisario no va a actuar como un simple beneficiario, ya que más bien cuenta con interés legítimo y actual en la relación contractual original (el crédito).

Es importante mencionar que, el fideicomisario, no puede ser fideicomitente, pues se puede estar ante un posible fraude de acreedores en este supuesto, la Contraloría General de la República, se ha referido indicando que:

“En este caso el fideicomitente y el fideicomisario no deberían de formar parte del mismo grupo de interés económico, pues podría darse un fraude de acreedores.”(CGR, 2002, Oficio N° 1420 (FOE-AM-62))

Lo anterior, en tanto se crea un patrimonio separado que está protegido de las acciones y facultades que los acreedores del fideicomitente pueda tener contra el patrimonio de éste. Así, el fideicomitente podría estar evadiendo sus responsabilidades crediticias y dejándose en su beneficio una parte de su patrimonio que pudo haber respondidos por las obligaciones incumplidas.

Ahora bien, es de notar que dicho tipo fideicomiso no goza de mucha recepción en el sector público, ya que como se ha establecido:

“En el sector público, no es usual que la Administración Pública constituya este tipo de fideicomiso, de tal manera que traspase a un patrimonio fideicometidos bienes de su propiedad, con el fin de garantizar determinada deuda. Más Aún, en muchos casos, puede que no se encuentre jurídicamente autorizada la transferencia de determinados bienes a un fideicomiso de este tipo” (Johanning Pérez, 2010. pág. 13-17)

Lo anterior, cobra relevancia en relación con los bienes demaniales, los cuales no son embargables ni enajenables, y deben contar con una desafectación legal en caso de que se pretendan someter a este régimen.

4. Fideicomiso de Inversión.

El fideicomiso de inversión busca una eficiente administración de los recursos. En éste tipo de fideicomiso, el fideicomitente aporta un patrimonio para que el fiduciario pueda destinarlo a actividades productivas y que deriven rendimientos atractivos; por ejemplo,

utiliza el fondo entregado para la adquisición y negociación de títulos valores de emisores públicos y privados.

El fiduciario debe gestionar de manera adecuada el patrimonio entregado, para que de esta manera se pueda obtener, en condiciones de seguridad, la mayor rentabilidad, en beneficio del fideicomisario.

La Administración Pública, con este tipo de fideicomisos debe procurar agilidad y transparencia para alcanzar los fondos necesarios, destinados al fin.

Por ello es que uno de los deberes del fiduciario es, precisamente, velar por la seguridad y rentabilidad de las inversiones transitorias, y debe contar con todos los análisis financieros y demás análisis de riesgos que se requieran, pues está obligado a velar como un buen padre de familia por la seguridad y rentabilidad de dicha inversión transitoria, así como también, es responsable de que esa inversión se ajuste a todos los parámetros legales y demás disposiciones.

Para alcanzar dicha finalidad de recaudar los fondos de manera óptima, buscar la mayor rentabilidad, en condiciones de seguridad, y generar la liquidez, se hace necesaria la inclusión de disposiciones de control interno en fideicomisos con fondos públicos, ello con el objeto de contar con las medidas necesarias que proporcionen una seguridad razonable en la consecución de los objetivos institucionales, para conservar el patrimonio público contra pérdida, despilfarro, uso indebido, irregularidad o acto ilegal, donde se pueda exigir confiabilidad y oportunidad de la información, garantizar eficacia y eficiencia en los contratos y cumplir con lo preceptuado por el ordenamiento jurídico. Tomando por ejemplo el caso de los fideicomisos de inversión se ha dicho:

“(...) En esa misma Ley, deberían incluirse disposiciones básicas con respecto al sistema de control interno que resulten relevantes para el tipo de fideicomiso del que se trate. Así, por ejemplo, si se trata de un fideicomiso

de inversión, resulta aconsejable que la Ley establezca que, después de realizar la debida programación financiera, y una vez definidas las necesidades de administrar recursos liquidos para hacerle frente a las obligaciones de corto plazo, el patrimonio deberá ser invertido en carteras compuestas por títulos del sector público con riesgo soberano, bajo el principio de sana administración de los fondos públicos, velando en todo momento por la seguridad, rentabilidad y liquidez de dichos recursos. (...)” (CGR, 2003, Oficio N ° 7606 (DAGJ-961-2003))

Se pueden aludir a casos donde la Contraloría General no ha avalado la constitución de este tipo de fideicomisos, como ejemplo, en el contrato de fideicomiso MINAE-BCR, en el cual el órgano Contralor en el Refrendo, objeta la cláusula que permite invertir en fondos de inversión. Al respecto, indica:

“(...) 3. En la cláusula 4, punto 1 se establece que el Banco invertirá el capital objeto del fideicomiso en valores del Sector Público y también invertir en Fondos de Inversión con carteras de valores del 100% del Sector Público, de primera clase, de absoluta seguridad y liquidez, procurando obtener la mejor tasa de mercado. / Al respecto es necesario señalar que la inversión de recursos públicos –como el de especie- por medio fondos de inversión no ha sido avalada por esta Contraloría General y en tal sentido se expreso (sic) en el Oficio N° 2456 (FOE-SA-049) de 8 de marzo del 2001: “En consecuencia, en vista de que las entidades públicas están habilitadas para invertir por medio de puestos de bolsa y dado que éstos no pueden asumir funciones de administradores de fondos de inversión ni participar en su capital, se concluye que las entidades públicas no están autorizadas para colocar sus recursos en este tipo de fondos, salvo que exista norma de rango legal que en forma expresa autorice a la entidad a realizar inversiones en tales fondos (...)” (CGR, 2002, Oficio N° 10292 (DI-AA-2687)).

Esta posición se mantiene actualmente por parte de la Contraloría (Hidalgo Badilla, Félix, comunicación personal 2 de mayo de 2014).

Por otra parte, ha indicado ese mismo órgano contralor, que se hace necesario que los fideicomisos de inversión ejecuten las funciones encomendadas por la ley del fideicomiso a la Administración, en lo fundamental resulta contrario al bloque de legalidad trasladar funciones esenciales de la Administración a un fideicomiso:

“(...) Si bien existe fundamento legal para que el FONAFIFO administre sus recursos bajo la figura del fideicomiso, esta Contraloría General ha

advertido que el fideicomiso que se autoriza constituir en el artículo 49 de la Ley Forestal es un fideicomiso de inversión, razón por la que en los informes No. DFOE-AM-36, 37, 38 y 39/2004, relativos al estudio del Presupuesto Ordinario para el año 2005 de los Fideicomiso 551, 340, 544 y 550 FONAFIFO-BNCR se concluyó que no es posible que mediante esos fideicomisos se ejecuten las funciones encomendadas por la ley a ese Fondo. (...)” (CGR, 2005, Oficio N° 16945 (DFOE-AM-774)).

De igual forma, se reitera la obligación de ajustarse al principio de legalidad y en especial a los objetivos y fines indicados en la ley de creación.

G. TERMINACIÓN DEL FIDEICOMISO

El acto constitutivo del fideicomiso debe contener las causas de terminación del mismo, pero por lo general (Bello Knoll, 2011, pág. 126), las causas de finalización que se enlistan en el ordenamiento jurídico son:

- 1- Vencimiento del plazo por el que fue constituido.
- 2- La realización del fin para el que fue constituido.
- 3- Por hacerse imposible su realización, cuando por ejemplo, se han destruido todos los bienes fideicomitidos, debido a fuerza mayor o caso fortuito o cuando la indemnización a cargo del responsable no permite llevar a cabo la finalidad prevista en el contrato inicial(Drake, 2000, pág. 39)
- 4- Por convenio expreso entre el fideicomitente y fideicomisario.
- 5- Cuando los fideicomisos no reflejen su ejecución de acuerdo con su objetivo.
- 6- Por cumplimiento de la condición resolutoria.
- 7- Nulidad jurídica del contrato, aun cuando se oponga a la voluntad de las partes.
- 8- Por sentencia judicial que así lo declare.

En nuestro país, el Código de Comercio establece causas similares en el artículo 659:

ARTÍCULO 659.- El fideicomiso se extinguirá:

- a) Por la realización del fin que éste fue constituido, o por hacerse éste imposible;*
- b) Por el cumplimiento de la condición resolutoria a que está sujeto;*
- c) Por convenio expreso entre fideicomitente y fideicomisario. En este caso el fiduciario podrá oponerse cuando queden sin garantía derechos de terceras personas, nacidos durante la gestión del fideicomiso;*
- d) Por revocación que haga el fideicomitente, cuando se haya reservado ese derecho. En este caso deberán quedar garantizados los derechos de terceros adquiridos durante la gestión del fideicomiso; y*
- e) Por falta de fiduciario cuando existe imposibilidad de sustitución.*

Para el caso de fideicomisos públicos, deben agregarse cualquier otra condición resolutoria establecida en la ley especial que lo constituye, y también por motivos de legalidad y constitucionalidad en la forma como se constituyó el fideicomiso.

Además, de las causas antes señaladas, la legislación mexicana, establece como causa de extinción un plazo legal de los fideicomisos públicos de un máximo de 20 años, por lo que el transcurso del tiempo constituye una causa de terminación del fideicomiso, las causas existentes en este país pueden leerse a continuación:

“Por la realización del fin para el cual fue constituido, por hacerse esta imposible, por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto, por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependa, por no haberse realizado dentro de termino señalado al constituirse el fideicomiso, dentro del plazo de 20 años siguientes a su constitución, por convenio escrito entre fideicomitente, fiduciario y fideicomisario, en caso de haberse constituido en fraude de terceros una vez declarada la nulidad, por revocación hecha por el fideicomitente, cuando este haya reservado expresamente ese derecho al constituir el fideicomiso.” (México Fiscal: actualidad total, 2008, pág. 64).

El plazo transcurrido para cumplir el fin, aun cuando éste no se realizará constituye una causa de extinción del fideicomiso. Otro punto a destacar, es que al realizarse los fines del fideicomiso este no es susceptible de repetirse en el tiempo (Drake, 2000. pág. 39)

Las causas principales de la terminación del fideicomiso, tienen efectos sobre la disposición de los bienes que una vez fuesen afectados, así el artículo 660 del Código de Comercio, por ejemplo, establece que los bienes deben regresar al fideicomitente, pero también, si es la voluntad del fideicomitente y así se establece en el acto constitutivo, los bienes pueden entregarse al beneficiario.

Pese a que existen distintas causas señaladas en la doctrina, además de las normas legales de cada ordenamiento, debe tomarse en cuenta que el acto constitutivo es la principal fuente del fideicomiso, por lo que las causas de extinción contenidas en él, pueden ser tan variadas como contratos distintos puedan existir. En este sentido, esta figura contractual, también, se extingue por el cumplimiento de la condición resolutoria a la que esté sujeto, por convenio expreso entre fideicomitente y fideicomisario, por revocación que haga el fideicomitente -cuando se haya reservado ese derecho-, así como por falta de fiduciario cuando exista imposibilidad de sustitución (artículo 659). (PGR, 2005, Dictamen C-228-2005).

CAPÍTULO II: EL FIDEICOMISO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COSTARRICENSE.

SECCIÓN I: FUNDAMENTO NORMATIVO

A. CONDICIONES LEGALES

Un primer punto de referencia es su regulación normativa, que se encuentra en el Código de Comercio, específicamente, en los artículos 633 al 662 por tratarse de un contrato típicamente mercantil, estas disposiciones regulan los derechos y obligaciones de las partes contratantes, ya sean del sector público o privado, con las particularidades dadas al fideicomiso público en cada contrato pactado. Resulta, entonces, que el contrato de fideicomiso se encuentra detalladamente regulado, tanto por el acto constitutivo, en el que se establecen sus fines, como por el Código de Comercio.

En lo fundamental, el artículo 633 precisa el concepto de este negocio:

“ARTÍCULO 633.- Por medio del fideicomiso el fideicomitente transmite 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” (Código de Comercio)

Asimismo, con respecto de los bienes que pueden ser objeto del fideicomiso, el artículo 634 establece:

“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.” (Código de Comercio)

Como se ha dicho, los bienes transferidos al fiduciario constituyen un patrimonio autónomo que lo individualiza de los bienes del fideicomitente. Sin embargo, implica la

transferencia de la propiedad, pero a título de confianza, para el cumplimiento de determinados fines.

Es de notar, entonces, que dichas definiciones encuentran en nuestro país una regulación expresa en el derecho privado, ya que en sus inicios se le consideró como un contrato de naturaleza eminentemente privada, lo cual como se verá ha tenido variantes, cuando de fondos públicos se trata.

En ese sentido, se ha indicado que el contexto tiene una complejidad indudable cuando aparece otro agente: La Administración Pública:

“la situación se vuelve más compleja cuando los bienes que se dan en fideicomiso son parte o el total de los recursos que tiene un órgano de la Administración Pública, donde los cometidos de la entidad son el cumplimiento de funciones administrativas propias de un ente público y, mediante el contrato de fideicomiso, se produce una transmisión de sus recursos públicos que el ente tiene asignados por ley, en propiedad fiduciaria en favor del fiduciario, con el objeto de lograr la consecución de un fin público propio del ente, teniéndose entonces que el fiduciario será, por ese acto de transmisión el administrador de esos bienes.” (CGR, 2001, Oficio N° 12121- 2001, (DI-AA-3040))

El fideicomiso público es una gran oportunidad para el desarrollo y financiamiento no solo del Gobierno a nivel nacional, sino también para gobiernos locales.

En Costa Rica, el fideicomiso público, se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico, concretamente en el artículo 14 de la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos. Esta norma, no es una autorización, sino más bien, una prohibición, que permite la creación del fideicomiso, solamente cuando medie una ley especial que lo constituya.

Además, el artículo 1 de la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos indica a quiénes es aplicable dicha norma, indicando que recae sobre el Gobierno Central, la Administración descentralizada; de igual forma, los entes públicos

no estatales y las empresas privadas cuando manejen fondos públicos trasladados por partida presupuestaria.

Lo cual evidencia el apego estricto de dichos entes públicos al señalado principio de legalidad, el cual indica que se puede realizar toda aquella conducta que está autorizado por una ley, es decir, se requiere una autorización legal para la creación de fideicomisos, para todos aquellos los órganos y entes administradores o custodios de los fondos públicos, indicados en el citado artículo 1 de la Ley de Administración Financiera.

De ahí, el criterio de la Contraloría General de la República, de que la Administración Pública puede constituir fideicomisos públicos, mientras que estos estén autorizados por ley que lo establezca expresamente:

Conforme criterio reiterado (oficio 5977 del 7 de mayo de 1992), este Despacho ha sostenido que, en principio, la Administración Pública puede proceder a constituir fideicomisos con sus recursos en el tanto así le esté autorizado por ley.

Lo anterior en razón de que el contrato de fideicomiso o “pactum fiducia” se puede definir como aquél en virtud del cual una persona recibe de otra un encargo respecto de un bien determinado cuya propiedad se le transfiere a título de confianza para que al cumplimiento de un plazo o condición, se destine según lo convenido. Resulta imperativo aquí aclarar, que si bien las facultades que correspondan al fiduciario son necesariamente restringidas, puesto que éste recibe los bienes o derechos para darles un destino determinado que debe constar en el acto constitutivo, lo cierto es que estamos ante una figura de propiedad imperfecta o limitada y ello en virtud de la misma declaración de la ley. (...)

De lo hasta aquí expuesto, hemos de desprender, que el fideicomiso como tal consiste en una administración de bienes, la cual por disposición de la misma ley, comporta el traslado de la propiedad de aquellos. Cabe señalar, que el fin o propósito para el cual se constituyó el fideicomiso, no puede confundirse con su propia naturaleza. Podrán existir fideicomisos de garantía, de inversión, de crédito, testamentarios, inmobiliarios, etc., pero el fideicomiso por sí mismo constituirá en todo momento una “administración de bienes o derechos”.

Así las cosas, y por llevar implícito el fideicomiso la característica del traslado de propiedad del bien fideicometido, tal y como lo expusimos en líneas precedentes, se requiere de autorización de ley para que una institución pública coloque parte de sus propios recursos, en un fideicomiso” (CGR, 2001, Oficio N° 12121- 2001, (DI-AA-3040))

En igual sentido, en la Ley de Contratación Administrativa, se establece como fundamento para utilizar este contrato, cuando se realicen funciones de contratación administrativa y sea satisfacer los fines públicos de la Administración, por lo que viene a señalar en su artículo 3, párrafo segundo:

“Cuando lo justifique la satisfacción del fin público, la Administración podrá utilizar, instrumentalmente, cualquier figura contractual que no se regule en el ordenamiento jurídico-administrativo.”

Además, de estas normas, cualquier otra norma especial que así lo autorice.

B. SUJETOS A QUIENES SE LES APLICAN LAS REGULACIONES DEL ARTÍCULO 14 DE LA LAFRPP

El contrato de fideicomiso es propio del derecho privado, sin embargo, se ha trasladado al sector público en aras de promover un uso eficiente de los recursos públicos y un cumplimiento más efectivo de los fines sociales de los que está encargada la Administración Pública.

Es importante tomar en cuenta que en el sector público, la administración tiene sus funciones limitadas por el principio de legalidad (Artículo 11 de la Constitución y 11 de la Ley General de la Administración Pública), en razón de este principio la Administración, Central y Descentralizada, solo puede hacer aquello que por ley este expresamente indicado.

En concordancia con este principio, los órganos y entes estatales, pueden hacer uso de la figura del fideicomiso solo si existe una autorización legal expresa que los habilite.

La Ley 8131, Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos (LAFRPP), en su artículo 14, habilita, en cierta forma, el uso de fideicomisos en el sector público. Sin embargo, como ya se señaló, el artículo 14 no es propiamente una

autorización para constituir fideicomisos; éste más bien contiene la prohibición general de ser utilizados a no ser que exista una ley especial que los constituya y de los parámetros generales para su funcionamiento. (PGR, Dictámenes: C-297-2005, C-296-2001, C-95-2002, C-201-2003)

Esa norma señala:

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.

Es importante aclarar que, el término “entes” que señala el artículo anterior, está mal utilizado, porque en los incisos a) y b) del artículo 1 de LAFRPP, se refiere a órganos y no a entes, por lo que sí se entiende el concepto en sentido estricto el artículo 14 no se aplicaría a los órganos del Gobierno Central, lo que es erróneo. (PGR, 2001, Dictamen C-296-2001)

El artículo 14 mencionado, responde al principio de legalidad, en el cual se encuentra inmersa la administración pública y su función principal es la de proteger los fondos públicos, pues evita que el negocio fiduciario se utilice como medio para evadir los controles presupuestarios existentes.

Para proteger los fondos públicos, además de la necesaria existencia de ley especial que autorice la creación de un fideicomiso, la norma mencionada somete aquellos

fideicomisos a los principios generales de la contratación administrativa y a la fiscalización realizada por la Contraloría General de la República.

Johanning (2010) se refiere a este punto y señala:

“Este artículo 14 de la LAFRPP exige una ley especial para la constitución de fideicomisos con fondos del erario, establece el sometimiento a la legislación vigente en lo relativo a la contratación de bienes y servicios y de recurso humano, la obligación de refrendar los contratos de fideicomiso, la aprobación presupuestaria por parte de la CGR y la posibilidad del Órgano Contralor de emitir directrices y ejercer las competencias de fiscalización correspondientes, para procurar un manejo sano de esta figura.” (pág. 5)

Sobre la constitucionalidad e importancia que tiene el artículo 14 de la LAFRPP, la Sala Constitucional mencionó, en el voto número 11607-2004 de 8:51 hrs. de 20 de octubre de 2004, que, sin quitar valor a la utilización del fideicomiso público como figura que ayuda a la consolidación de recursos financieros estatales y su inversión conforme con el interés social, si esto se hace sin la supervisión correspondiente, se violentaría la voluntad Constitucional de proteger los fondos públicos, en lo importante señaló la Sala:

“Por tal motivo, está claro para la mayoría de magistrados de esta sala, que la adición del hoy artículo 14 de la ley 8131 en modo alguno vino a trastocar la esencia y razón de ser del proyecto original; antes bien, lo completó y cimentó. Además, es indudablemente conforme con los principios generales de fiscalización presupuestaria sentados en la Constitución Política, así como con las competencias que ella también le señala a la Contraloría General de la República. De tal manera, no estima la Sala que por medio de ese ensanchamiento haya extralimitado la Asamblea Legislativa el ejercicio de su poder de enmienda, en los términos arriba explicados. Y, como corolario de lo anterior, tampoco se aprecia que existiera necesidad de someter el texto, así modificado, a una nueva ronda de consultas entre las diversas instancias interesadas”. (Sala Constitucional, Voto número 11607-2004)

Para determinar la legalidad de un fideicomiso, además del artículo 14 de la Ley 8131, es importante mencionar el artículo 66 que se refiere a la caja única y al artículo 127 inciso e) que derogó todo fideicomiso del Gobierno Central que irrespetara el principio de

caja única del Estado. Estas tres normas deben integrarse a la hora de analizar la legalidad de los fideicomisos financiados con recursos provenientes del Presupuesto Nacional.

De igual forma, para determinar el ámbito de aplicación de este artículo, es decir, quienes quedan sujetos a ésta, se debe acudir por referencia expresa de los artículos 14, 66 y 127 inciso) al artículo 1° de la misma ley, que indica:

ARTÍCULO 1.- Ámbito de aplicación: *La presente Ley regula el régimen económico-financiero de los órganos y entes administradores o custodios de los fondos públicos. Será aplicable a:*

a. La Administración Central, constituida por el Poder Ejecutivo y sus dependencias.

b. Los Poderes Legislativo y Judicial, el Tribunal Supremo de Elecciones, sus dependencias y órganos auxiliares, sin perjuicio del principio de separación de Poderes estatuido en la Constitución Política.

c. La Administración Descentralizada y las empresas públicas del Estado.

d. Las universidades estatales, las municipalidades y la Caja Costarricense de Seguro Social, únicamente en cuanto al cumplimiento de los principios establecidos en el título II de esta Ley, en materia de responsabilidades y a proporcionar la información requerida por el Ministerio de Hacienda para sus estudios. En todo lo demás, se les exceptúa de los alcances y la aplicación de esta Ley.

También esta Ley se aplicará, en lo que concierna, a 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.

Las disposiciones de esta Ley no serán aplicables a los bancos públicos ni al Instituto Nacional de Seguros, excepto en lo correspondiente al trámite de aprobación de sus presupuestos, así como a lo ordenado en los artículos 57 y 94 y en el título X de esta Ley.

(Así reformado el párrafo anterior por el artículo 51 de la Ley N° 8653 del 22 de julio de 2008)

Las normas técnicas básicas para aplicar esta Ley serán dictadas por los órganos competentes del Poder Ejecutivo, previa consulta a la Contraloría General de la República, la cual dictará las correspondientes a las universidades, municipalidades y los bancos públicos.

En cuanto al ámbito de aplicación de esta Ley, rigen las restricciones dispuestas en este artículo para el resto de las disposiciones establecidas.

Es por lo tanto, todo el Gobierno Central, que incluye la Administración Central, y sus órganos de desconcentración máxima, los entes descentralizados, y los demás Poderes de la República, así como las empresas estatales y el Tribunal Supremo de Elecciones, quienes están sujetos al artículo 14 de la ley 8131, a la supervisión de la CGR, los principios que rigen la contratación pública y la aprobación por ley especial cuando de suscribir un fideicomiso se trata.

Cabe resaltar, que el inciso d) de este artículo excluye a las universidades públicas, la Caja Costarricense del Seguro Social y las municipalidades, sin embargo, éstas si deberán atender a los principios generales de la LAFRPP, pero sobre este punto, se volverá más adelante.

Las instituciones públicas contenidas en el artículo 1° de la LAFRPP (exceptuando las descritas en el inciso d, los bancos públicos y el INS), por regla general siempre deben contar con una ley especial que “*regulará las condiciones generales que se incluirán en el contrato de fideicomiso*” (LAFRPP, artículo 14), sin embargo, existen casos en los que la institución pública, previo a la vigencia del artículo 14, ya contaba con una autorización legal para constituir un fideicomiso.

Para este tipo de situación la PGR concluyó que a pesar de que el artículo 127 inciso e) de la LAFRPP, deroga los fideicomisos existentes previamente, éstos continúan vigentes y no contradicen el artículo 14 mencionado, siempre y cuando se acople al artículo 14 y respete lo exigido en la norma (es decir que estos fideicomisos cuenten con la supervisión por parte de la Contraloría y respeto a los principios de la contratación administrativa y caja única del Estado).

En este sentido se refirió la PGR en el dictamen de 27 de julio de 2012 número C-186-2012, donde se analizó en caso del Instituto de Fomento Cooperativo. Esta institución

se encuentra autorizada por medio del artículo 157 de la Ley de Asociaciones Cooperativas para administrar recursos mediante fideicomiso, la norma específica dice lo siguiente:

“Artículo 157.- Para el cumplimiento de sus propósitos el Instituto Nacional de Fomento Cooperativo tendrá las siguientes funciones y atribuciones de carácter general:

(...).

s) Otorgar recursos en administración mediante fideicomiso, para fines de financiamiento, a las entidades cooperativas controladas por la Superintendencia General de Entidades Financieras, los bancos cooperativos y el Banco Popular y de Desarrollo Comunal. La Junta Directiva tendrá la responsabilidad de orientar los fideicomisos definiendo las políticas, los procedimientos y las tasas de interés que serán ejecutados por las entidades fiduciarias, para lograr la mayor eficiencia en el uso de los recursos y su seguridad. En todo caso, deberá designarse el comité especial previsto en el inciso 7) del artículo 116, de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, No. 1644, de 26 de setiembre de 1953 y sus reformas”. (Así adicionado el inciso anterior por el artículo 2 aparte b) de la ley N° 7841 del 29 de octubre de 1998)

Esta norma se emitió antes de la vigencia del artículo 14 y la consulta se realizó en razón de la derogación que dispone el artículo 127 inciso e) de la ley 8131, sin embargo, debe tomarse en cuenta que el artículo 127 solo se refiere a los fideicomisos constituidos por los órganos de los incisos a) y b) del artículo 1 de la ley 8131 y el INFOCOOP es un ente descentralizado.

Pese a lo anterior, la PGR aclaró algunos puntos que vale la pena señalar. Así, sobre la forma como el artículo 157 de la Ley de Asociaciones Cooperativas, autoriza la constitución del fideicomiso por parte del INFOCOOP, se cuestiona si ésta cumple con lo dispuesto en el artículo 14 de la LAFRPP, específicamente la sección que refiere: *“Dicha ley regulará las condiciones generales que se incluirán en el contrato de fideicomiso”*, la Procuraduría concluyó lo siguiente:

“La pretensión de que sea la propia ley autorizante la que establezca las condiciones generales que deberán incluirse en el contrato de fideicomiso no puede regir para la Ley 4179, por cuanto dicha pretensión surge a la vida jurídica a partir de la vigencia de la Ley 8131, 16 de

octubre de 2001. Por ende, con anterioridad el legislador no podía contemplar esa disposición. Además, si bien el artículo 14 se refiere a las condiciones generales, no establece parámetro alguno para determinar cuáles pueden ser esas condiciones. Condiciones que dependerán en mucho de la clase de fideicomiso que se autorice y, que en el fondo serán determinadas por el jerarca del ente respectivo. Por lo que la ausencia de regulación de esas condiciones generales en la ley autorizante no puede, en este caso, ser considerada una antinomia normativa, que determine la pérdida de vigencia del citado inciso s), artículo 157. (PGR, 2012, Dictamen C-186-2012).

De manera que, la PGR determinó que “no existe posibilidad de antinomia normativa”, y que el artículo 14 es complementario de la Ley de Asociaciones Cooperativas, sobre todo cuando esta institución está sometida a la Ley de Contratación Pública y a las regulaciones que debe ejercer la CGR. (PGR, C-186-2012)

Tal posición se reiteró en el dictamen C-032-2014, relacionado con el fideicomiso de la Junta Directiva del Parque Recreativo Nacional Playas de Manuel Antonio (JDPRNPMA), el cual tiene autorización expresa en la ley 8133 para crear fideicomisos de administración.

La ley 8133, al igual que la ley de Asociaciones Cooperativas, es general y no establece los parámetros sobre los cuales debe desarrollarse el fideicomiso y se publicó con anterioridad a la reforma realizada al artículo 14 de la LAFRPP; sin embargo, la PGR nuevamente considera que la norma no es contradictoria a la ley 8131, sino complementaria. Al respecto se cita el párrafo de conclusión relevante para este efecto:

“2-Por lo que la Administración puede constituir y mantener un fideicomiso en el tanto los recursos financieros ingresen a caja única del Estado y no sean administrados en contradicción con las normas de gestión de los recursos financieros establecidas por la Ley.

3-. Por su objeto, el fideicomiso de inversión no es compatible con el principio de caja única. De modo que la ley que autorice su constitución puede considerarse, concernida por el artículo 127 de la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos. Es decir, se presentaría una antinomia normativa que debe resolverse en favor de la prevalencia de esta última Ley.” (PGR, 2014, Dictamen, C-032-2014)

En ambos casos (Dictámenes: C-032-2014 y C-186-2012), coincide la PGR, al establecer que no existe antinomia entre las normas que autorizan el fideicomiso previo a la entrada en vigencia de la LAFRPP, siempre y cuando los fideicomisos no involucren la administración independiente de recursos provenientes del erario público, pues, en este caso, se estaría violentando el principio de caja única del Estado.

En relación con los entes descentralizados, como el caso del INFOCOOP, que en principio manejan fondos que no corresponden a la caja única, estos deberán respetar dicha norma, en aquellos casos en los que los fideicomisos se estén financiando con recursos provenientes del presupuesto público. (PGR, C-186-2012,)

Sobre este tema; además de los dictámenes antes mencionados, la PGR se ha referido de manera similar en los dictámenes C-201-2003, C-402-2005 y la opinión jurídica OJ 077-2005.

En razón de lo anterior, los entes descentralizados estatales y no estatales tienen como único requisito para crear un fideicomiso, la existencia de una ley previa que lo autorice y en los casos en que se estén financiando con fondos provenientes del Presupuesto Nacional, deberán respetar también la caja única del Estado, sobre este aspecto cabe citar el siguiente extracto emitido por la PGR:

*“Las cláusulas derogatorias de los incisos e) y f) del citado artículo 127 no resultan aplicables al Instituto Nacional de Fomento Cooperativo, **en tanto este es un ente descentralizado y sus ingresos, en principio, no son recursos del Estado que deban incorporarse a la caja única**”. Resaltado no es del original (PGR, 2012, Dictamen C-186-2012).*

En esta misma línea señala el dictamen C- 297-2005 del 16 de enero del 2005:

“En dicho dictamen manifestamos que la centralización de los ingresos concierne aquéllos del Gobierno, entendido este como los órganos y entes incluidos en los incisos a) y b) del artículo 1º de esta Ley. Lo que implica

que el principio abarca los recursos del Poder Ejecutivo y de sus órganos desconcentrados. La personalidad jurídica instrumental no es un obstáculo para que dicho principio se aplique a dichos órganos.”

Ahora bien, volviendo al tema del principio de caja única, es necesario aclarar que, en lo concerniente a los órganos de la Administración Pública señalados inciso a y b del artículo 1 de la ley 8831, la existencia de la ley especial que crea el fideicomiso conforme en el artículo 14, no es suficiente para determinar la legalidad de la figura y la aplicación del artículo 66 de la LAFRPP es obligatorio en todos los casos.

El artículo 66, desarrolla propiamente el principio de caja única del Estado y señala lo siguiente:

“Artículo 66 Caja Única- Todos los ingresos que perciba el Gobierno, entendido este como los órganos y entes incluidos en los incisos a) y b) del artículo 1º de esta Ley, cualquiera que sea la fuente, formarán parte de un fondo único a cargo de la Tesorería Nacional. Para administrarlos, podrá disponer la apertura de una o varias cuentas en colones o en otra moneda. Los recursos recaudados en virtud de leyes especiales que determinen su destino, se depositarán en cuentas abiertas por la Tesorería Nacional en el Banco Central de Costa Rica. Estos recursos financiarán total o parcialmente, según lo disponga la ley respectiva, el presupuesto de gastos del ente responsable de la ejecución del gasto. La Tesorería Nacional girará los recursos a los órganos y entes, de conformidad con sus necesidades financieras según se establezca en la programación presupuestaria anual.”

Antes de continuar, es importante resaltar que por “Gobierno” deben entenderse, también, los órganos que gozan de desconcentración máxima y personalidad jurídica instrumental (PGR, 2003, Dictamen C-201-2003).

La integración de estas dos normas (artículo 14 y 66 de la LAFRPP) es fundamental al determinar qué clase de fideicomisos están permitidos y cuáles órganos estatales o entes están habilitados para hacer uso de esta figura en respeto del principio de caja única del Estado.

El concepto de caja única, se entiende como una expresión del principio constitucional de universalidad presupuestaria, que indica que todos los fondos percibidos por el Gobierno Central deben ingresar en su totalidad al presupuesto nacional, este principio se desprende de los artículos 176 y 185 de la Carta Constitucional (Sala Constitucional, No. 4681-1997). Al respecto señala la PGR:

“El principio de caja única tiene su fundamento en el artículo 185 de la Constitución Política. Conforme el principio de caja única, que en realidad es una manifestación del principio de unidad presupuestaria, los fondos públicos deben ser necesariamente reunidos y administrados en común. Para lo cual se centralizan las diversas operaciones financieras, presupuestarias o extrapresupuestarias, que impliquen manejo o disposición de fondos públicos. El objetivo es facilitar el manejo transparente de los fondos públicos y posibilitar el control del Ministerio de Hacienda sobre las distintas operaciones financieras a cargo de esos fondos. (PGR, 2014 Dictamen: 032- 2014).

A la luz de lo dispuesto en el artículo 185 de la Constitución, la Tesorería Nacional (órgano desconcentrado del Ministerio de Hacienda), es el único que está facultado para percibir ingresos públicos y efectuar los pagos correspondientes a nombre del Estado. Respecto de este principio indica la Sala Constitucional lo siguiente:

“...este principio se justifica en las normas de la prudencia, control y sana administración de la hacienda pública (...), por cuanto se impone la necesidad de que todas la rentas dirigidas a financiar los gastos del Estado ingresen a un fondo indivisible y común, del cual también deberían ser retirados los recursos de las diversas erogaciones públicas” (Sala Constitucional, No. 007157-2005, voto salvado).

De manera que, todo ingreso que perciba los órganos del Gobierno Central y las instituciones mencionadas en los incisos a y b del artículo 1 de la ley 8131, debe depositarse en la Tesorería Nacional, quien deberá distribuir los ingresos, según las autorizaciones presupuestarias existentes, esto con el objetivo de la caja única es realizar un manejo transparente y facilitar el control por parte del Ministerio de Hacienda a través de la Tesorería Nacional. (PGR, 2005, Dictamen, C-297-2005)

Si los ingresos percibidos por el Gobierno Central, no ingresan al control de la Tesorería, el principio de unidad de caja es vulnerado, esto puede ocurrir cuando a través del fideicomiso la administración asigne los pagos y coloque los montos administrados, de tal modo que no es el Tesorero quien paga, sino que es un tercero. (PGR, 297-2005)

La violación de este principio, puede afectar la transparencia y manejo efectivo del recurso público, pues la figura del fideicomiso se puede utilizar para evadir los controles que se aplican a los montos provenientes del Presupuesto Público y, en ocasiones, incluso se ha utilizado para delegar funciones y responsabilidad asignadas propiamente a determinada Administración. Al respecto se refirió la PGR:

“Debe el fideicomiso garantizar que el tributo que se está administrando entre en la caja única del estado y este dentro del presupuesto nacional, no puede el fideicomisario por ejemplo recolectar el tributo y administrarlo sin que la Tesorería Nacional participe en su asignación presupuestaria. Destinar los recursos de manera directa al fideicomiso implica la violación de las leyes y normas que rigen el presupuesto.” (PGR, 2005, Opinión Jurídica OJ-077-2005).

La Sala Constitucional por su parte, hace referencia a este principio y la forma en cómo deben manejarse los fondos públicos que se administran por medio de fideicomisos y al resolver en su resolución N° 5500-2000 de 14:33 hrs. de 5 de julio de 2000, sobre la constitucionalidad de la Ley de Subsidio y Finiquito a Trabajadores de Estiba y Desestiba de Muelles (Ley Número 7955), manifestó:

“VII.- Violación de las competencias de la Tesorería Nacional y del principio de Caja Única del Estado. Se acusa también la violación de las competencias de la Tesorería Nacional, porque las normas que se cuestionan, en concreto el artículo 2, violenta el contenido del artículo 185 de la Constitución, al disponer que JAPDEVA traspase los fondos a favor del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social directamente a una cuenta corriente del Banco Nacional de Costa Rica, permitiéndose que el Ministerio disponga el pago del subsidio en forma directa. Esto implica que esa cartera ministerial reciba fondos y disponga de ellos automáticamente, excluyendo la participación de la Tesorería Nacional. Sobre el tema, se ha dicho que "... ya la jurisprudencia de la Sala Constitucional, de modo

consistente, se ha pronunciado acerca de la vigencia y fuerza del principio de "Caja única" del Estado, recogido de modo más directo por los artículos 176 y 185 de la Constitución Política. Por una parte, el primer artículo establece la necesidad de que el Presupuesto de la República comprenda -recoja- todos los ingresos probables y todos los gastos autorizados. El segundo, a su vez, manda que sea la Tesorería Nacional, el único órgano que tiene facultad legal para recibir rentas o cualquier otro tipo de ingresos, que estén dirigidos a las arcas nacionales" (sentencia número 919-99) Igualmente se ha pronunciado esta Sala en el sentido de que "es preciso señalar que se está respetando el principio establecido por el numeral 185 constitucional, según el cual la Tesorería Nacional es el centro de operaciones de todas las oficinas de rentas nacionales y es el único que tiene la facultad legal para hacer los pagos en nombre del Estado y recibir las cantidades de dinero provenientes de rentas o que por cualquier otro motivo ingrese a las arcas nacionales. Desde este punto de vista, es el Tesorero Nacional el único que puede girar dineros, aun cuando la autorización para ello provenga de otros funcionarios (sentencia número 4681-97)". Tal como ha sido resuelto en forma reiterada por la Sala, el principio de unidad de caja -que se encuentra estrechamente vinculado con el principio de universalidad mencionado en el considerando V de esta sentencia- determina que todos los ingresos públicos deben ser recaudados en la caja del Estado, para atender con esa universalidad de fondos las obligaciones estatales autorizadas por el Presupuesto. Los fondos deben ser centralizados en la Tesorería Nacional, siendo ésta el punto receptor de todos los ingresos que obtenga el Estado como consecuencia de la gestión de sus recursos financieros. Este principio es vulnerado cuando los recursos públicos no ingresan a la Tesorería, sino que, como en este caso, se depositan en la cuenta de un órgano financiado por el presupuesto, por lo que no es el Tesoro Público, sino el propio Ministerio de Trabajo, a través de una entidad bancaria, el que dispone su distribución. En consecuencia, la acción debe ser declarada con lugar en este extremo, toda vez que efectivamente se incurre en una violación de los principios rectores de la Hacienda Pública consagrados en los artículos 176 y 185 constitucionales".

La razón de ser de la caja única reside en manejar una buena técnica presupuestaria donde, cualquier recurso del Estado debe servir para pagar cualquier gasto, sin que pueda establecerse una relación de causalidad entre ingresos y gastos. (PGR, 2005, Opinión Jurídica OJ 077-2005).

Pese a lo anterior, debe aclararse que caja única no se opone a los ingresos percibidos por el Gobierno que cuenten con un destino específico asignado por ley. Los ingresos con destino específico, deben, de todos modos, entrar al Presupuesto Nacional con

el fin de ser asignados por la Tesorería, quien no puede asignar estos montos a un fin distinto del especificado legalmente, porque ello equivaldría a una modificación de la Ley por vía administrativa.

Además, la utilización de la caja única para violentar el destino específico de los recursos implicaría, en términos de la Ley General de Administración Pública (LGAP), una desviación de poder (artículo 131.3 de la LGAP). (PGR, 2005, Dictamen C-297- 2005)

Con base en lo anterior y, según lo expuesto por la PGR, *“por efectos de presupuestación, el fideicomiso, no sería en ningún momento un mecanismo para administrar los recursos con destino específico”* (PGR, 2002, Opinión Jurídica OJ-165) , por esto, los fideicomisos que se constituyen con recursos fiscales o provenientes de un tributo con destino específico no están autorizados para administrar estos recursos, que deberán de igual forma ingresar a caja única para ser asignados, según la técnica presupuestaria existente.

Con base en lo expuesto, se puede concluir que a pesar de que el artículo 14 establece que la Administración Central está autorizada para constituir fideicomisos cuando una ley así lo autorice, no puede una ley autorizar un fideicomiso que faculte la administración directa de los fondos públicos o recursos fiscales, por cuanto se vulnera un principio de rango constitucional, el de universalidad presupuestaria y caja única del Estado.

Los casos en los que se pretenda crear un fideicomiso de inversión, deben tener un análisis particular, dado que estos por su naturaleza, suponen la administración de los recursos y, por lo tanto, posibilitan que estos fondos no se integren a caja única, lo que deviene en inconstitucional. Esto ocurre, por cuanto el órgano o entidad pública asume las

funciones de la Tesorería Nacional y el fiduciario se encarga de determinar los pagos a realizar sin intervención de la Tesorería Nacional. Al respecto la PGR indica:

“La gestión de los recursos liquidados mediante un fideicomiso de inversión resulta contraria al principio de caja única y a las competencias propias de la Tesorería Nacional”. (PGR; 2007, Opinión Jurídica OJ-114-2007)

Es importante mencionar que la CGR, mediante informe DFOE-EC-23-2004 del 8 de setiembre del 2004 (Informe del Estudio Efectuado sobre la Administración del fideicomiso del fondo nacional de becas, FONABE), indicó al órgano evaluado (FONABE), que si se encuentra una forma de los recursos administrados en un fideicomiso de inversión ingresen a caja única, el fideicomiso puede continuar. El informe indica textualmente lo siguiente:

“Al respecto, se señala en ese oficio [TN-1124-2004, de la Tesorería Nacional]: “ A la luz del artículo 14 de la Ley de la Administración Financiera y Presupuestos Públicos No. 8131, existe la posibilidad de que existan fideicomisos a cargo de la Administración central y descentralizada, pero aquellos que estén a cargo del Gobierno Central deben armonizarse con la aplicación del principio de Caja Única contenido en el artículo 66./ Ante este panorama, jurídicamente resulta vinculante a FONABE ingresar sus dineros a la Caja Única, pero con la opción de mantener el fideicomiso.”

En el mencionado oficio se le informa al FONABE que a partir del año 2005 deberá incorporar los fondos que administra el Fideicomiso 478 FONABE – BNCR a la Caja Única. Además, la Tesorería Nacional ofrece a FONABE poner a su disposición su sistema de depósito automático para el depósito de las becas en las cuentas de los becarios.

Ante esta situación, el FONABE debe tomar las medidas pertinentes para ajustar el funcionamiento del fideicomiso a la aplicación del principio de caja única contenido en el artículo 66 de la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, ingresando sus dineros a la caja única del estado, con la opción de mantener el fideicomiso.

Sobre la posibilidad de delegar competencias a través de la creación de un fideicomiso, la CGR ha sido clara al determinar que no se puede convertir jurídicamente un fideicomiso en un órgano desconcentrado de determinada administración, pues la

administración no puede por medio de esta figura liberarse de las competencias asignadas por ley, el fideicomiso “es un negocio y no una entidad” que constituyendo simplemente un patrimonio autónomo administrado por un fiduciario para cumplir con lo establecido en el contrato de fideicomiso. (CGR, 2002, Oficio N° 1420-2002 (FOE-AM-62))

Por lo tanto, debe analizarse cuidadosamente la legalidad de los fideicomisos de inversión creados para los órganos contemplados en el inciso a y b del artículo 1° de la ley 8131, pues sus recursos siempre debe ingresar el dinero a la caja única respetando las funciones de la Tesorería Nacional y evitando una delegación de funciones.

En otro orden de ideas, es importante hacer referencia al inciso d) del artículo 1° de la ley 8131, que excluye a la Universidad de Costa Rica, las municipalidades y la Caja Costarricense de Seguro Social, del ámbito de aplicación de la LAFRPP, exceptuando lo referente a los principios generales que contenga la ley. La aplicación del artículo 14, según la CGR, no constituye parte de esos principios, por lo que esta norma no le es aplicable. (CGR, 2008, Oficio N° 739-2008 (DCA-0323))

No obstante, en atención al principio de legalidad a la que se encuentran sujetas todas las instituciones públicas, tanto la UCR y las municipalidades, así como la CCSS deben contar con autorización legal previa que les faculte a utilizar la figura del fideicomiso como herramienta que facilite el cumplimiento de sus funciones de una manera más ágil y eficiente. (CGR, 2008, Oficio N° 739-2008 (DCA-0323))

Si bien, el artículo 14 de la LAFRPP, no es quien da esta autorización, el artículo 3 de la Ley de Contratación Administrativa (LCA), es la norma que llega a cubrir esta función para las instituciones descritas en el inciso d) del artículo 1 de la ley 8131. Sin embargo, a la luz de este artículo, el fideicomiso se entiende como una pieza de un

movimiento de contratación administrativa, es decir, es una herramienta del negocio macro que busca cada Administración.

De conformidad con el artículo 1° inciso d) de la Ley N° 8131, a las universidades estatales, a las municipalidades y a la Caja Costarricense del Seguro Social, esa Ley les resulta aplicable: “[...] Únicamente en cuanto al cumplimiento de los principios establecidos en el título II de esta Ley, en materia de responsabilidades y a proporcionar la información requerida por el Ministerio de Hacienda para sus estudios”. Considerando que el contenido del artículo 14 no son principios, entendidos éstos como enunciados de carácter muy general que sirven de orientación o guía, sino que más bien se trata de una serie de disposiciones normativas generales, podría decirse entonces que las universidades estatales no se encuentran bajo el ámbito de aplicación de dicho numeral. Sin embargo, reiteramos que, tal y como se viene exponiendo, esto no quiere decir que mucho de lo allí dispuesto no deba ser observado por esas entidades, ya no por aplicación del citado artículo 14, sino por disposición de normas y principios a las que se encuentran sometidas estas entidades, dada su naturaleza de sujetos de derecho público. (CGR, 2003, Oficio N° 00739 (DCA-0323))

C. ARTÍCULO 3 DE LA LEY DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA (LCA) COMO FUNDAMENTO LEGAL PARA CONSTITUIR DETERMINADOS FIDEICOMISOS

De conformidad con el principio de legalidad ya expuesto, la creación de fideicomisos necesitan de una ley que los autorice, sin embargo, como se verá, dicho presupuesto admite excepciones.

Sobre el particular el artículo 3 de la Ley de Contratación Administrativa dispone en lo que interesa que, cuando lo justifique la satisfacción del fin público, la Administración podrá utilizar, instrumentalmente, cualquier figura contractual que no se regule en el ordenamiento jurídico-administrativo, lo que se utiliza como fundamento para la creación de fideicomisos:

*“Artículo 3.-Régimen jurídico.
La actividad de contratación administrativa se somete a las normas y los principios del ordenamiento jurídico administrativo.*

Cuando lo justifique la satisfacción del fin público, la Administración podrá utilizar, instrumentalmente, cualquier figura contractual que no se regule en el ordenamiento jurídico-administrativo.

En todos los casos, se respetarán los principios, los requisitos y los procedimientos ordinarios establecidos en esta Ley, en particular en lo relativo a la formación de la voluntad administrativa.

El régimen de nulidades de la Ley General de la Administración Pública se aplicará a la contratación administrativa.

Las disposiciones de esta Ley se interpretarán y se aplicarán, en concordancia con las facultades de fiscalización superior de la hacienda pública que le corresponden a la Contraloría General de la República, de conformidad con su Ley Orgánica y la Constitución Política.

Para el mejor ejercicio de sus potestades de fiscalización en la materia regulada en esta Ley, la Contraloría General de la República podrá requerir el criterio técnico de asesores externos; para ello, estará facultada para recurrir al procedimiento previsto en el inciso h), del artículo 2 de esta Ley, independientemente de la cuantía de la contratación. En caso de que tal requerimiento se formule ante un ente u órgano público, su atención será obligatoria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley orgánica de la Contraloría General de la República.” (La negrita es nuestra).

Como complemento del artículo anterior, es importante mencionar el artículo 4 de la ley mencionada anteriormente, en el que se subraya con especial énfasis que la actividad contractual de la Administración debe estar situada a la consecución de los fines propuestos orientados por los principios de eficacia y eficiencia:

“Artículo 4°—Principios de eficacia y eficiencia. Todos los actos relativos a la actividad de contratación administrativa deberán estar orientados al cumplimiento de los fines, las metas y los objetivos de la administración, con el propósito de garantizar la efectiva satisfacción del interés general, a partir de un uso eficiente de los recursos institucionales.

Las disposiciones que regulan la actividad de contratación administrativa, deberán ser interpretadas de la manera que más favorezca la consecución de lo dispuesto en el párrafo anterior.

En todas las etapas de los procedimientos de contratación, prevalecerá el contenido sobre la forma, de manera que se seleccione la oferta más conveniente, de conformidad con el párrafo primero de este artículo.

Los actos y las actuaciones de las partes se interpretarán en forma tal que se permita su conservación y se facilite adoptar la decisión final, en condiciones beneficiosas para el interés general. Los defectos subsanables no descalificarán la oferta que los contenga. En caso de duda, siempre se favorecerá la conservación de la oferta o, en su caso, la del acto de adjudicación.

Las regulaciones de los procedimientos deberán desarrollarse a partir de los enunciados de los párrafos anteriores.

Con respecto de los artículos anteriormente mencionados, se ha creado una teoría de referencia que los instituyen como marco legal para la constitución de fideicomisos constituidos con fondos públicos, ello cuando realicen funciones de contratación administrativa, por lo que no necesitan contar con una ley especial que lo autorice. En ese sentido, el órgano contralor ha interpretado con respecto de las finalidades diversas a las de contratación administrativa que debe de estar autorizada esta figura por ley:

“Por el contrario, aquellos fideicomisos que tengan finalidades distintas a ésta, necesariamente deberán estar autorizados por una ley específica para poder ser utilizados por la Administración. (...)” (CGR, 2001, Oficio N° 03432 (DI-AA-903),)

De ahí que se derive, que sólo permite como excepción la posibilidad de celebrar un contrato de fideicomiso si se pretende utilizar como un instrumento contractual, es decir, si se pretende obtener a través de él un bien o un servicio, siempre que para el interés general desde el cual debe actuar la Administración Pública, resulte más conveniente satisfacerlo por ese medio. Asimismo, deberán respetarse los principios, requisitos y procedimientos ordinarios establecidos en la legislación de contratación administrativa.

Como se observa, en tesis de principio debe existir una autorización legal para gestionar por parte de las entidades autorizadas fideicomisos constituidos con fondos públicos; sin embargo, y hecha una interpretación del citado artículo 3 de la Ley de Contratación Administrativa por la Contraloría General de la República, lo establece como una autorización legal a la Administración para celebrar, entre otros posibles contratos, los de fideicomisos, desde tales condiciones, se destaca en la especie que se trata, precisamente, de una ley destinada a reglar los procedimientos de contratación del Estado y este hecho le imprime a la referida autorización una connotación especial y particular.

Asimismo, se ha interpretado, para el caso concreto de fideicomisos de titularización, por ejemplo, que el artículo de referencia establece una habilitación legal para celebrar dicho contrato:

“En años recientes, más que pretender encontrar una autorización legal expresa, la CGR ha enfatizado el Art. 3 de la LCA, como la habilitación legal que posibilita a una institución pública para constituir fideicomisos, cuando estos vienen a ser un instrumento más de un complejo proceso, donde –tal y como ocurre en las titularizaciones– el fideicomiso por sí sólo no cumpliría sus fines sino(sic) viniera inserto en el engranaje de relaciones jurídicas y contratos que conforman el esquema financiero de una titularización. Así, en el oficio N° 739 (DCA-0323) del 30 de enero de 2008 se indicó lo siguiente:

“[...] Independientemente una entidad pública se encuentre o no bajo el ámbito de aplicación del citado artículo 14, no implica que se exima de la necesidad de contar con fundamento legal para proceder a disponer de su patrimonio en fideicomiso^[...]. Ello por cuanto, como se dijo, las entidades públicas se encuentran sujetas al principio de legalidad financiera para la disposición de sus recursos y de ahí que requieren de un fundamento jurídico en el cual sustentar estas transferencias. // Ahora bien, esta Contraloría General ha reconocido ese fundamento jurídico en el marco normativo que, para cada caso particular, sustenta los respectivos instrumentos jurídicos con los que se pueden valer las entidades públicas para el cumplimiento de sus fines institucionales, al amparo de las normas y principios que rigen las contrataciones administrativas. Por ello es que este Despacho ha considerado [sic] viable la aplicación de artículo 3° de la Ley de Contratación Administrativa, Ley N° 7494 del 2 de mayo de 1995, como fundamento legal para la constitución de fideicomisos en aquellas situaciones muy particulares en donde la creación de un fideicomiso se justifique como instrumento para la actividad de contratación administrativa^[...]. Es decir, la transferencia de recursos a un fideicomiso es amparable en el artículo 3° de la Ley N° 7494, cuando ello se constituya como un instrumento dentro de un negocio jurídico macro, donde ese fideicomiso sea una de sus partes y no el todo.^[...] // De ahí la importancia de considerar las particularidades del negocio jurídico de que se trate y, en este caso, el tipo del fideicomiso que estamos valorando. Es decir, a diferencia de un fideicomiso de administración —respecto del que podríamos decir que se basta por sí mismo—, el fideicomiso de titularización es un engranaje más de un complejo proceso de utilización de diferentes figuras jurídicas —más adelante se indican—, dentro de la que destaca la titularización en sí misma considerada. En estos casos el fideicomiso por sí sólo no cumpliría sus fines sino viniera inserto como un instrumento más, que se suma a otra serie de relaciones jurídicas y contratos que conforman el negocio. // [...] // De ahí que, como bien se expone en el punto 9° del Considerando III de este contrato, la Universidad

de Costa Rica constituye este fideicomiso al amparo del artículo 3° de la Ley de Contratación Administrativa, en tanto este es parte de un proceso de titularización en el cual ese fideicomiso es un instrumento del macro negocio, donde confluirán toda una serie de herramientas jurídicas para conformarlo. Por ello es que el mismo contrato de fideicomiso estipula la obligación de suscribir contratos de arrendamiento entre el fideicomitente y el fiduciario (ver cláusula 13° punto III), contratos de construcción (cláusula 13° punto II), la contratación del estructurador y patrocinador (cláusula 6°, inciso i., subinciso II, y cláusula 26°), y de una empresa calificadora y de una firma de auditores externos (cláusula 6°, inciso i., subincisos II y IV); conformado así todo un conglomerado complejo de instrumentos contractuales que permitirían llevar a cabo el fin último perseguido, que en este caso es darle a la Universidad de Costa Rica capacidad para atender necesidades en infraestructura para atender los fines públicos que por ley se le han conferido.” (Se agregó el subrayado). (Johanning Pérez, 2010, págs. 34-35)

De tal manera que, independientemente de la institución pública de que se trate, por la particularidad de este negocio, en la configuración de fideicomisos con fondos públicos, le resulta aplicable como fundamento 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 herramienta para lograr la satisfacción del fin público establecido, con el condicionante de que:

“...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.” (CGR, Oficio n° 12168 (DCA-3708), 2008.)

Asimismo, la Sala Constitucional se ha referido en el sentido de que las formas de los procedimientos de contratación administrativas deben de interpretarse desde un punto de vista flexible, para favorecer el cumplimiento de los fines, las metas y los objetivos de la Administración, con el propósito de garantizar la efectiva satisfacción del interés general, procurando un uso racional, debido y correcto de los fondos públicos. Sobre este particular se establece, lo siguiente:

“...las formas propias de los procedimientos de la contratación administrativa así como los recaudos de carácter adjetivo que establece el ordenamiento jurídico para la validez y eficacia de un contrato administrativo deben interpretarse de forma flexible en aras del fin de todo contrato administrativo, sin descuidar, claro está, la sanidad y corrección en la forma en que son invertidos los fondos públicos. Desde esta perspectiva, los procedimientos administrativos de contratación son la sombra (forma) que debe seguir, irremisiblemente, al cuerpo (sustancia) que son los fines y propósitos del contrato administrativo de satisfacer el interés general y, desde luego, procurar por el uso racional, debido y correcto de los fondos públicos. Por último, debe recordarse que los principios de la eficiencia y la eficacia en cuanto informan la organización y gestión administrativa tienen fuerte asidero constitucional (artículos – todos de la Constitución Política- 140, inciso 8, en cuanto le impone al Poder Ejecutivo el deber de “Vigilar el buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas”, el 139, inciso 4, en la medida que incorpora el concepto de “buena marcha del Gobierno” y el 191 al recoger el principio de “eficiencia de la administración”).

“...constituye un deber imperativo e insoslayable, impuesto por el constituyente originario al Estado y, en general a toda la Administración Pública –descentralizada funcional o por servicios, corporativa o territorial-, procurar un mayor bienestar de todos los habitantes del país a través de la organización y el estímulo de la producción y el más adecuado reparto de la riqueza (artículo 50, párrafo 1º, de la Constitución Política), siendo que el contar con una infraestructura de telefonía celular óptima y adecuada contribuye a hacer efectivos tales principios constitucionales rectores. Del mismo modo, la Constitución Política le impone a los poderes públicos velar por los derechos e intereses económicos de los consumidores y usuarios, tanto de los bienes o servicios privados como de los públicos (artículo 46, párrafo in fine), objetivo constitucional que se logra, parcialmente, al contar éstos con una adecuada red de comunicaciones inalámbricas.” (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto n° 14421-2004)

En conclusión, en cuanto a la autorización del artículo 3 para adoptar contrato de fideicomisos, opera atendiendo a la flexibilidad que debe inspirar las contrataciones del Estado para la consecución de los fines públicos, siendo que esta figura ha encontrado una gran acogida en el sector público para satisfacerlo por este medio, sin olvidar que deben de seguirse los principios, procedimientos y requisitos que establece la materia de contratación administrativa, sin olvidar la forma como sean manejados los fondos públicos.

En este sentido se hace referencia al oficio de CGR número 12168, del 14 de noviembre de 2008, que habilita la aplicación del artículo 3 de la LCA en el siguiente sentido:

“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.

Las disposiciones de esta Ley se interpretarán y se aplicarán, en concordancia con las facultades de fiscalización superior de la hacienda pública que le corresponden a la Contraloría General de la República, de conformidad con su Ley Orgánica y la Constitución Política.

Para el mejor ejercicio de sus potestades de fiscalización en la materia regulada en esta Ley, la Contraloría General de la República podrá requerir el criterio técnico de asesores externos; para ello, estará facultada para recurrir al procedimiento previsto en el inciso h), del artículo 2 de esta Ley, independientemente de la cuantía de la contratación. En caso de que tal requerimiento se formule ante un ente u órgano público, su atención será obligatoria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley orgánica de la Contraloría General de la República.” (La negrita no es del original).

Por su parte el artículo el artículo 4 de la misma ley contempla el principio de eficiencia y señala:

“Artículo 4°—Principios de eficacia y eficiencia. Todos los actos relativos a la actividad de contratación administrativa deberán estar orientados al cumplimiento de los fines, las metas y los objetivos de la administración, con el propósito de garantizar la efectiva satisfacción del interés general, a partir de un uso eficiente de los recursos institucionales.

Las disposiciones que regulan la actividad de contratación administrativa, deberán ser interpretadas de la manera que más favorezca la consecución de lo dispuesto en el párrafo anterior. (...)”

Este artículo posibilita la aplicación que este Despacho ha dado al artículo 3 supra citado ya que se interpreta el artículo de forma que favorece el cumplimiento de los fines, las metas y los objetivos de la Administración, con el propósito de garantizar la efectiva satisfacción del interés general. (Subrayado no es del original).

Asimismo, en relación con los fines que deben orientar la constitución de fideicomisos con fondos públicos, la CGR es firme en la posición de que dicha figura debe ir dirigida a contribuir a la eficiencia de la gestión pública sin que pueda verse ésta como un medio para evadir controles o para configurar una administración paralela. (CGR Oficio No. 00371 (FOE-AM-00013) del 16 de enero de 2004 y oficio No. 11596 (FOE-AM- 500) del 16 de octubre de 2003, CGR, 2008, Oficio Número 12168, (DCA-3708) y DCA-0391 del 22 de febrero de 2012).

SECCIÓN II: DOTACIÓN PRESUPUESTARIA Y APLICACIÓN DE LA LEY DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

A. APROBACIÓN PRESUPUESTARIA DE LOS FIDEICOMISOS

Este apartado plantea de forma breve los matices que en materia de aprobación presupuestaria presentan los fideicomisos públicos, principalmente, los constituidos a la luz del artículo 14 LAFRPP. Además, se hace mención al Presupuesto Nacional, como instrumento por medio del cual, se puede dotar de contenido presupuestario a los fideicomisos.

1. Generalidades sobre el Presupuesto Público

En principio, resulta útil definir qué se considera Presupuesto; al respecto las Normas Técnicas sobre Presupuesto Público N-1-2012-DC-DFOE (NTPP), documento emitido por la CGR indica:

“El Presupuesto es el instrumento que expresa en términos financieros el plan anual operativo, mediante la estimación de los ingresos probables y los egresos necesarios para cumplir con los objetivos y las metas establecidas para una organización”.

Asimismo, la CGR hace una definición que involucra la importancia del mismo en un Estado Democrático de Derecho refiriéndose a él cómo *“el instrumento por excelencia para la planificación, aprobación, ejecución y evaluación de la gestión de las instituciones públicas, etapas en las que se manifiesta con claridad el funcionamiento del sistema de frenos y contrapesos propio de aquellos Estados.”*(CGR, 2014a, pág. 11)

A nivel de Gobierno Central, el Presupuesto es el instrumento por medio del cual se indican prioridades de gastos y se asignan fondos a los ministerios del Poder Ejecutivo, la Asamblea Legislativa, la Defensoría de los Habitantes, el Poder Judicial y el Tribunal Supremos de Elecciones y se vuelve uno de los principales controles ejercidos para reguardar la Hacienda Pública. (Ministerio de Hacienda, s.f, pág. 4).

En Costa Rica, el proceso presupuestario tiene dos fases, uno a nivel de Gobierno Central, que involucra la participación del Ministerio de Hacienda y la Asamblea Legislativa y en el cual se aprueba el presupuesto de los Poderes de la República y el TSE. (Constitución Política, artículos 121 inciso 11 y 177).

Por otra parte, se tiene el proceso presupuestario de los entes descentralizados, cuya aprobación final corresponde a la CGR.

Lo anterior, con base en los artículos 183 y 184 de la Constitución Política de la República de Costa Rica que establecen a la Contraloría General de la República como institución auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública. Asimismo, en el inciso 2), del artículo 184, antes citado, se establece como deber y atribución de la Contraloría General examinar, aprobar o improbar los presupuestos de las municipalidades e instituciones autónomas y fiscalizar su ejecución y liquidación.

De igual forma, por disposición del artículo 14 de la LAFRPP, la CGR, también, tiene a cargo la aprobación presupuestaria de los fideicomisos públicos, en los que tienen participación como fideicomitentes las instituciones a las que aplica el artículo 14 de la LAFRPP y, además, debe aprobar los presupuestos de aquellos fideicomisos que involucren recursos asignados por partida presupuestaria, conforme con lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley Orgánica de CGR, aun cuando estos recursos sean administrados por sujetos privados.

En nuestro país, el ciclo presupuestario, tanto del Gobierno Central como de la Administración Descentralizada es anual iniciando el 1° de enero y finalizando el 31 de diciembre (Constitución Política, artículo 176). A lo largo de este proceso se identifican cuatro etapas: la formulación del presupuesto, su aprobación, su ejecución y la evaluación de éste, cada fase supone flujo flexible que reflejan la actividad financiera y presupuestaria del Gobierno. (Ministerio de Hacienda, s.f, pág. 5).

Es importante mencionar que dentro de los procesos presupuestarios, específicamente, en la etapa de formulación, las instituciones públicas deben elaborar sus proyectos de presupuesto público en concordancia con el Plan Anual Operativo (PAO), según lo regulado en la LAFRPP en su artículo 4.

El PAO, es el instrumento formulado en atención a las políticas y objetivos del Plan Nacional de Desarrollo como marco orientador del Gobierno de la República en materia económica y social (Reglamento a la LAFRPP, Artículo 2). Este Instrumento debe crearse tomando en cuenta las políticas macroeconómicas del BCCR y los lineamientos en materia presupuestaria que dicte el Poder Ejecutivo, conforme lo ordenado en el artículo 4 de la LAFRPP. (Villareal, Cordero, & Vargas, 2003).

Los requisitos de elaboración presupuestaria descritos, no son ajenos a los proyectos de creación de un fideicomiso público, los cuales comúnmente involucran una inversión económica significativa. De ahí, resulta lógico que dichos proyectos deban contar con el visto bueno del Banco Central de Costa Rica (BCCR), el Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica (MIDEPLAN) y el Ministerio de Hacienda, con el fin de que no se vea afectada la planificación macroeconómica del país y que se ajusten al proyecto al Plan Nacional de Desarrollo.

Para el caso de los fideicomisos autorizados por ley especial a la luz al artículo 14 de la LAFRPP; el MIDEPLAN, el Ministerio de Hacienda y el BCCR acostumbran emitir su dictamen favorable durante el proceso de formación de la ley, dictámenes que se pueden visualizar en el expediente legislativo (v.g Expediente Legislativo 14.577, pág. 74-76, Expediente Legislativo 18. 258, pág. 28-33).

Por esto, la aprobación de la ley de creación de fideicomiso, supone una adecuación del negocio fiduciario al Plan Nacional de Desarrollo y las políticas macroeconómicas del BCCR.

Tratándose de fideicomisos que buscan un financiamiento público debe tomarse en cuenta, las exigencias especiales para adquirir crédito, éstas son la autorización legislativa para empréstitos que contempla la Constitución Política en el artículo 121 inciso 15), la autorización del MIDEPLAN conforme con el artículo 10 de la Ley 5525, el dictamen favorable del BCCR (artículo 106 de la Ley 7558) y la autorización de la Autoridad Presupuestaria.

Cabe hacer mención a la sentencia número 05445- 99 de las 14 horas 30 minutos del 14 de julio de 1999, en la cual la Sala Constitucional, excluye a las municipalidades de la

aprobación previa por parte del MIDEPLAN contenida en el artículo 10 de la Ley de Planificación Nacional, al respecto se cita:

“En relación con este tema, también resulta inconstitucional la aplicación de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley de Planificación Nacional, número 5525, reformado por el artículo 7 de la Ley número 7010, a las corporaciones municipales, ya que en virtud de la autonomía constitucional que éstas ostentan, resulta improcedente someter a las corporaciones municipales al control ejercido por un órgano del Poder Ejecutivo (ahora Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica) a efecto de que éste autorice los créditos con capital y empresa extranjero de las entidades locales.”

Continuando con el tema de endeudamiento, una vez que haya realizado el acuerdo de cooperación internacional y se conceda el crédito, éste deberá asignarse mediante partida presupuestaria, pues conforme con el artículo 177 de la Carta Magna, los ingresos estatales provenientes del crédito público o cualquier otra fuente de financiamiento deben ser presupuestados a través del presupuesto extraordinario (Castillo Víquez, s.f pág. 164).

Estas aprobaciones no son exigidas solamente a las instituciones a las que les aplica la ley 8131, también aquellas que quedan excluidas de esta ley, según el inciso d) del artículo 1 de la Ley 8131. Dichas instituciones deben tomar en cuenta, lo establecido en el artículo 7 de la Ley de Contratos con Financiamiento Externo con Bancos Privados Extranjeros, que dice:

“ARTICULO 7.- Ninguna institución pública del sector descentralizado del Estado, ni empresa en la que el Estado o sus instituciones posean más del cincuenta por ciento de las acciones, podrá contratar créditos, externos o internos, si no cuenta con la autorización previa del proyecto elaborado por el Ministerio de Planificación Nacional, así como con el dictamen favorable del Banco Central de Costa Rica y con la autorización de la Autoridad Presupuestaria.

El dictamen que rinda el Banco, en relación con el crédito que se pretenda contratar, será vinculante con la respectiva institución o empresa.

Las autorizaciones de la Autoridad Presupuestaria y de MIDEPLAN, a las que alude este numeral, no serán exigibles para los bancos del Estado.”

Todos estos requisitos previos, que exigen la adecuación del presupuesto a las políticas económicas y planeación nacional, dejan ver la importancia de la elaboración del presupuesto que atiende a los fideicomisos públicos, en especial aquellos constituidos a la luz del artículo 14 de la LAFRPP. Para estos contratos, el Presupuesto se convierte en instrumento medular para el proyecto que se desea emplear, pues éste es el principal medio de control previo que se realiza en la figura.

Ahora bien, de relevancia en materia presupuestaria y fideicomiso público, es identificar el origen de los fondos fideicometidos, en especial cuando se originan en una partida presupuestaria.

Los bienes otorgados en fideicomiso, pueden provenir de distintas fuentes, bienes físicos y derechos pertenecientes a la administración, titularización de valores, empréstitos o crédito público e incluso de capital privado. Además, el capital fideicometido puede tener origen en la partida asignada directamente en el Presupuesto Nacional.

En relación con lo anterior, cabe mencionar que, si bien es cierto, los fideicomisos del Gobierno Central tendrán contenido económico autorizado mediante partida del Presupuesto Nacional; en tanto es el instrumento por el que se le asigna financiamiento (Fallas Mora & Quiroz Álvarez, 2007, pág 9); de igual forma puede suceder con aquellos fideicomisos de instituciones descentralizadas, que si bien, tienen la potestad de elaborar su propio presupuesto, pueden obtener transferencias del Presupuesto Nacional cuando así lo autorice su ley de creación.

Para mayor claridad, es preciso señalar que el Presupuesto Nacional incluye como parte de sus ingresos, todos los bienes percibidos por el Gobierno Central, ya sea mediante recaudación de impuestos, empréstitos, o crédito público, etc. (artículo 5 inciso a) de la LAFRPP, 176 de la Constitución Política). Por lo anterior, cuando una ley autoriza este tipo

de bienes o recursos como parte del patrimonio autónomo de un fideicomiso (de un órgano del gobierno, ente descentralizado, o empresa no estatal), la dotación de recursos al proyecto deberá formalizarse mediante aprobación de la partida presupuestaria correspondiente.

Ejemplo de lo anterior es el fideicomiso creado mediante la Ley 9153, Fideicomiso de Apoyo a los Productores de Café Afectados por el Roya, al cual su Ley de creación le autoriza a funcionar, entre otros, con fondos que el Ministerio de Hacienda debe dotarle (Ley 9153, Artículo 4 inciso a), para este caso en específico, luego de aprobada la ley de creación del fideicomiso, se aprobó su contenido presupuestario, mediante Ley de Presupuesto Extraordinario de Octubre 2013, la cual autorizó y asignó el capital necesario para la entrada en funcionamiento del proyecto de fideicomiso.

Según el artículo 102 de la ley 2762, el ICAFE es un ente público no estatal, por lo que está incluido en el inciso e) del artículo 1 de la LAFRPP.

Cuando el patrimonio del fideicomiso deba asignarse por medio del Presupuesto Nacional, las instituciones públicas deben estar atentas a las fechas de formulaciones presupuestarias ordinarias y extraordinarias que ocurren durante el ejercicio anual.

No sobra decir, que la autorización de la partida presupuestaria, presupone la aprobación mediante ley para crear el fideicomiso y la autorización en éste de entregar estos fondos públicos en propiedad fiduciaria. Específicamente, cuando se trata de los fideicomisos regulados por el artículo 14 de la LAFRPP.

El proceso de formulación que se mencionó anteriormente, ocurre entre los meses de setiembre y noviembre de cada año, donde las instituciones presentan sus anteproyectos ante las Dirección General de Presupuestos Públicos, para que éste los unifique y convierta en proyecto de ley, el cual debe ser aprobado por la Comisión de Asuntos Hacendarios a

más tardar el 1° de setiembre de cada año y luego por el Plenario Legislativo el 30 de noviembre de cada año. (Ministerio de Hacienda, s.f, pág. 7), en esta oportunidad se utilizaría la Ley Ordinaria de Presupuesto Nacional (Ministerio de Hacienda, s.f, pág. 3).

No obstante, durante la etapa de ejecución presupuestaria, el Presupuesto Nacional, puede flexibilizarse para considerar nuevas necesidades y proyectos. Los instrumentos que se usan para variar esas partidas son, el presupuesto extraordinario de la República y los decretos ejecutivos. (Ley 8131, Art 45).

Según lo autoriza el artículo 45 inciso b) de la Ley 8131, el Poder Ejecutivo, está autorizado para modificar el presupuesto ordinario, quedando reservado a la modificación de partidas por parte de la Asamblea Legislativa los siguientes ítems:

- i. Los que afecten el monto total del presupuesto.*
- ii. Los que conlleven un aumento de los gastos corrientes en detrimento de los gastos de capital.*
- iii. Las transferencias entre programas presupuestarios.*
- iv. Los que afecten el monto total de endeudamiento.*
- v. Las transferencias entre servicios no personales y servicios personales.*

Los anteriores, por lo tanto, quedan reservados a la aprobación mediante el presupuesto extraordinario.

Es importante identificar los fideicomisos que se financian con montos provenientes del Presupuesto Nacional, pues como se analizó en un apartado anterior, estos fondos deben respetar el principio de caja única del estado, sin importar la institución pública o privada de que se trate.

Además, cabe indicar que los artículo 8 de la LOCGR y 1 de la LAFRPP, señalan que los entes públicos no estatales, las sociedades con participación minoritaria del sector público, o las entidades privadas, que administren fondos públicos asignados por norma o partida presupuestaria, se consideran titulares de Hacienda Pública en cuanto a esos fondos

específicos, por lo cual están bajo el control y fiscalización de la CGR. Estos fondos son aquellos transferidos por partida presupuestaria de las instituciones mencionadas en los incisos a), b) c) y d) del artículo 1 de la LAFRPP (PGR, 2001, Dictamen C-296-2001).

Cuando estas instituciones administran fondos públicos asignados por partida presupuestaria, estarán sujetos a las disposiciones de la LAFRPP en relación con estos montos, deberán respetar la caja única y lo dispuesto en el artículo 14 de la LAFRPP.

Por lo anterior, una vez que los fideicomisos cuenten con el patrimonio necesario para entrar en función, cuando se trata de fondos públicos provenientes del Presupuesto Nacional, deberán manejar sus fondos a través de la Tesorería Nacional, en caja única. Al respecto se ha dicho:

“Durante la etapa de ejecución presupuestaria, las instituciones públicas o privadas que hayan obtenido sus recursos mediante partida del Presupuesto Nacional deben mantener sus recursos en caja única del estado, y los fondos se irán girando conforme a la programación financiera que presente el destinatario de estos fondos. (Fallas Mora & Quiroz Álvarez, 2007, pág. 36)

A manera de ejemplo, la Tesorería Nacional, mediante oficio TN-653-2014, estableció que el ICAFE, debería manejar los fondos del fideicomiso de Apoyo a los Productores de Café Afectados por el Roya, a través de caja única del estado, y se girarían sus fondos de acuerdo con la programación de gastos con la que cuente el fideicomiso.

Conforme con el artículo 2 del Reglamento de la LAFRPP, programación financiera se entiende como el proceso mediante el cual se mantiene el equilibrio entre los ingresos efectivos y los gastos autorizados por el presupuesto, donde la Dirección General del Presupuesto Nacional, junto con la Tesorería Nacional, aprueban las cuotas de gasto del ejercicio económico vigente. Lo anterior, con fundamento en el artículo 43 de la LAFRPP.

2. Aprobación del presupuesto del Fideicomiso.

Como ya se mencionó, para el caso de las instituciones públicas sujetas al artículo 14 de la Ley 8131, una vez que el Fideicomiso cuente con contenido presupuestario, el Fiduciario y el Fideicomitente deberán formular su proyecto de presupuesto para la ejecución anual y presentarlo ante la CGR para su aprobación, así lo dispone el artículo 14 de la LAFRPP. Este presupuesto se presenta de manera independiente al de la institución fideicomitente. (CGR, 2007a, pág. 51)

Los proyectos de presupuesto deben enviarse dentro fechas de aprobación presupuestaria para las instituciones autónomas que ocurren, primero el 30 de setiembre, fecha máxima para presentar el proyecto de presupuesto inicial, luego podrán presentar proyectos de presupuesto extraordinario desde el 1° de enero hasta el último día hábil de setiembre de cada año. (CGR, 2014, Nota N°DFOE-ST-0038-2014).

Para la formulación de los presupuestos, los responsables deberán tomar en cuenta el marco legal que rige este proceso presupuestario ante la CGR, el cual se conforma, principalmente, por la LAFRPP, el decreto número 33446-H “Criterios y Lineamientos Generales sobre el Proceso Presupuestario del Sector Público”, Normas Técnicas sobre Presupuesto Público emitidas por la CGR, entre otros criterios y directrices emitidas por el Ministerio de Hacienda o la CGR.

La institución fideicomitente es la encargada de presentar el presupuesto ante la CGR; sin embargo, cabe aclarar que, si bien, es la institución fideicomitente la encargada de enviar el proyecto, tanto esta parte como el fiduciario son responsables por velar en el cumplimiento del bloque de legalidad del presupuesto y elaborar el proyecto presupuestario. Además, se ha exigido al fiduciario hacer constar que conoció plan anual y el presupuesto. (CGR, 2007a).

Es práctico indicar que la CGR entiende plan anual, como: “

“El instrumento formulado en concordancia con los planes de mediano y largo plazo, en el que se concreta la política de la institución a través de la definición de objetivos, metas, y acciones que se deberán ejecutar durante el año, se precisan los recursos humanos, materiales y financieros necesarios para obtener los resultados esperados y se identifican las unidades ejecutoras responsables de los programas de ese plan. “Normas Técnicas sobre Presupuesto Público (N-1-2012-DC-DFOE))

El presupuesto del fideicomiso cobra importancia, en tanto contiene las instrucciones y el marco definitivo sobre el que actuaría el fiduciario en el periodo vigente.

Tratándose del plan anual de un fideicomiso, se quiere resaltar el hecho de que se está frente a un contrato, no un órgano o ente descentralizado; por lo que partiendo de que el contrato es el marco que limita las funciones, atribuciones y fines de la herramienta fiduciaria, debe suponerse que involucra por sí solo una programación de objetivos fines y acciones que deberá cumplirse conforme con la voluntad contractual. (CGR, 2014, Nota N°DFOE-ST-0038-2014)

Ahora bien, para el proceso de aprobación presupuestaria, el fideicomitente, por medio de Sistema de Información sobre Planes y Presupuestos (SIPP) envían el proyecto presupuestario respectivo para aprobación por parte de la CGR, este sistema es de uso obligatorio conforme con la NTPP 4.2.12. A través de él la CGR da su aprobación y las instituciones podrán enviar toda la documentación necesaria del proceso.

Como parte de la transparencia informativa en materia de presupuestos, se puede recalcar la importancia de la existencia del SIPP, sobre todo cuando este se encuentra accesible al público por medio de la página web de la CGR, en éste sistema, se pueden visualizar todos los documentos que se involucran en el proceso presupuestario: presupuestos iniciales, extraordinarios, modificaciones, informes de ejecución y los resultados esperados y los alcanzados, tomados del Plan Anual.

Esta información, aun cuando está disponible, requiere de un conocimiento técnico básico en materia presupuestaria, así lo indica la misma página web, sin embargo, se hace la aclaración de que si no entiende se puede comunicar a la institución para recibir asesoría.

No obstante, de la revisión realizada a la página web que muestra este sistema, se identificó que ésta se encuentra duplicada y puede visualizarse tanto en la dirección <<http://cgrw01.cgr.go.cr/apex/f?p=127:1:0::NO>>, como en la dirección <<http://cgrw01.cgr.go.cr/apex/f?p=102:1:0::NO>>, ambas responden al nombre de Sistema de Información sobre Planes y Presupuestos (SIPP), sin embargo, presentan diferencias y no contienen los mismos documentos, lo que puede llevar a confusión.

El o los documentos de proyecto presupuestario que se envían a través del SIPP, conforme con la NTPP2.1.4, deben incluir los objetivos, metas, e indicadores de la planificación anual que se pretenden ejecutar en el año. El plan operativo, por supuesto, debe ser coherente con el contrato de fideicomiso y la ley especial que lo constituyó, con el fin de respetar el principio de legalidad financiera. Además, deberán respetar los lineamientos presupuestarios vigentes y los clasificadores de ingresos y egresos.

Cuando se envía el proyecto de presupuesto a través del SIPP, debe enviarse, también, la certificación que declare el cumplimiento del bloque de legalidad que debe cumplir el proyecto inicial y las variaciones que pueda tener conforme con la NTPP 4.2.12 inciso c) ii).

Esta certificación tiene un modelo que puede obtenerse de la página web de la CGR, el envío de la certificación a través del SIPP, es requisito esencial para la aprobación del presupuesto (CGR, 2014, Nota N°DFOE-ST-0038-2014). Debe tomarse en cuenta que dichos modelos no son exhaustivos y que conforme con la NTPP 3.3, serán las partes del

fideicomiso las responsables por el cumplimiento del bloque legal, por lo que deberá esta certificación ajustarse a la realidad de cada ente. Al respecto se ha dicho:

“...el jerarca y los titulares subordinados serán responsables por el cumplimiento del bloque de legalidad, en relación con el proceso de planificación y presupuestación...así como de establecer los mecanismos de control interno que respalden su gestión y garanticen, en principio, el manejo adecuado de los recursos públicos...” (Indicaciones para la formulación y remisión a la Contraloría General de la República del presupuesto institucional (DFOE-ST-0038-2014))

Es conveniente mencionar cómo las NTPP definen bloque de legalidad, al respecto señala que es *“el conjunto de normas jurídicas, escritas y no escritas, a cuya observancia se encuentra obligada la Administración Pública, el cual comprende tanto la ley como las normas de rango superior, igual o inferior a ésta, incluidos los principios generales y las reglas de la ciencia o de la técnica”*. (NTPP N-1-2012-DC-DFOE)

En el modelo de certificación de cumplimiento del bloque de legalidad, la CGR, enumera los siguientes ítems que deben ser cumplidos en el proyecto de presupuesto inicial y sus variaciones (estos, como se dijo, no son exhaustivos):

1. Incorporación del contenido presupuestario para financiar las partidas y subpartidas de gastos necesarios para el funcionamiento de la institución durante todo el año (principio de universalidad), de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 176 de la Constitución Política y los artículos 4 y 5 inciso a) de la Ley No 8131.
2. Determinar si cuenta con certificación de la C.C.S.S. en la cual conste que se encuentran al día en el pago de las cuotas patronales y obreras de esta Institución o que existe, en su caso, el correspondiente arreglo de pago debidamente aceptado, según lo dispuesto en el artículo 74 de la Ley Constitutiva de la C.C.S.S., N° 17 y sus reformas.

3. Inclusión de la asignación presupuestaria para el pago del seguro de riesgos del trabajo, según lo dispuesto en el artículo 331 del Código de Trabajo, Ley N° 2 y sus reformas.

4. Inclusión del contenido presupuestario suficiente, para cumplir con las órdenes emitidas por la Sala Constitucional, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 41 y 48 de la Constitución Política.

5. Inclusión del contenido presupuestario suficiente, cuando ha vencido el plazo de tres meses para atender las obligaciones derivadas de resoluciones judiciales, conforme con lo dispuesto en el artículo 78 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa N° 3667 o acorde con lo dispuesto en el artículo 168 inciso 2) del Código Procesal Contencioso Administrativo, Ley N° 8508 , según corresponda.

6. Inclusión del contenido presupuestario requerido para la transferencia al Fondo de Capitalización Laboral, conforme lo dispuesto en la Ley de Protección al Trabajador N° 7983.

7. La entidad está al día con el envío de la información a la Autoridad Presupuestaria y al Banco Central de Costa Rica, cuando corresponda, según lo indicado en el artículo 36 de la Ley para el equilibrio financiero del sector público, N° 6955.

8. El documento presupuestario fue aprobado por la instancia interna competente, conforme con lo establecido en la Ley General de la Administración Pública (LGAP), No 6227 (especialmente en los artículos 70 y 129 y siguientes).

Estos rubros los contiene la certificación de verificación de requisitos del bloque de legalidad que deben cumplir el presupuesto inicial y sus variaciones de los entes y órganos

sujetos a la aprobación presupuestaria de la CGR, certificación, que a su vez, aclara sobre la responsabilidad de la institución en los siguientes términos:

“Esta Certificación deberá ser completada y emitida bajo la entera responsabilidad del funcionario designado formalmente, por el jerarca superior o titular subordinado, como responsable del proceso de formulación presupuestaria, de conformidad con lo establecido en las Indicaciones para la formulación y remisión a la Contraloría General de la República del presupuesto institucional.

El citado funcionario está en la obligación de conocer integralmente el proceso presupuestario de manera que se encuentre en condición de certificar cada ítem contenido en ella. Asimismo, deberá hacer las revisiones y verificaciones del caso para garantizar la veracidad de la información que se consigna en su certificación. El certificar datos o información que no sea veraz acarreará las responsabilidades y sanciones penales (artículos 359 y 360 del Código Penal), civiles y administrativas (previstas principalmente en la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos No 8131 y la Ley General de Control Interno No 8292)”

La CGR señala que los componentes que verifican el cumplimiento del bloque de legalidad presupuestaria, debe adjuntarse a los documentos presupuestarios para incluirse en el expediente respectivo, donde quedarán disponibles para la fiscalización de la CGR o la Auditoría Interna. (CGR, 2014, Nota N° DFOE-ST-0038-2014)

Por otra parte, resulta útil enumerar los principales motivos de improbaciones presupuestaria, los cuales fueron identificados por la CGR mediante el informe de Diagnóstico de la fiscalización ejercida por la Contraloría General de la República en fideicomisos constituidos con fondos públicos (2007), de manera que pueden citarse los siguientes:

- 1- Las partidas que intentan modificar las funciones de las partes que se han definido en el contrato de fideicomiso. Debe aclararse que quedan excluidas las partidas que se dirijan a la contratación de servicios, esenciales para la consecución del fin del fideicomiso.

- 2- Gastos no autorizados por ley, con base en el principio de legalidad financiera.
- 3- Creación de plazas sin el visto bueno de la Autoridad presupuestaria.
- 4- Gastos dirigidos a unidades técnicas que no existen.
- 5- Cuando los viáticos que forman parte de la comisión del fiduciario se intentan pagar por aparte al patrimonio separado.
- 6- Presupuesto del comité de fideicomisos que se pretende financiar con el patrimonio fideicometido. Estos son funcionarios, por lo general, de la administración fideicomitente por lo que su partida presupuestaria debe incluirse en el presupuesto de la institución.
- 7- Gastos o partidas que pretendan financiar estructuras propias de la Administración fideicomitente, es decir, cuando se vea que se están delegando funciones que no son del fideicomiso.
- 8- Gastos injustificados técnica y jurídicamente.
- 9- Inversiones que no se ajustan al Plan Nacional de Desarrollo ni están dentro del Plan de inversión pública.
- 10- Actividades que no corresponden al fin del fideicomiso.
- 11- Falta de contenido presupuestario.

Por último, es preciso señalar que conforme con el artículo 34 de la Ley Orgánica de la CGR, las resoluciones en materia de aprobación presupuestaria no son recurribles en vía administrativa, cualquier objeción se presenta ante este mismo órgano.

Para concluir este apartado, es importante hacer una breve referencia al caso especial de las universidades públicas, municipalidades y la CCSS, en tanto, estas

instituciones no están sometidas a la LAFRPP. Éstas, sin embargo, pueden firmar negocios fiduciarios con base en el artículo 3 de la Ley de Contratación Administrativa.

Para estas excepciones, si bien, la CGR aprueba el presupuesto anual de estas instituciones, para los fideicomisos que suscriban con base en la LCA, no existe necesidad de aprobación presupuestaria en el sentido que establece el artículo 14 de la LAFRPP, pues estas instituciones no están sujetas a dicha norma. Sí estarán sujetas al control y la fiscalización propia del ejercicio de la CGR.

B. SELECCIÓN Y CONTRATACIÓN DEL FIDUCIARIO

En primera instancia, el artículo 637 del Código de Comercio instituye como supuesto general que puede ser fiduciario cualquier persona física o jurídica, capaz de adquirir derechos y obligaciones, que sin embargo, debería de especificarse aún más, ya que se podría ubicar a personas diferentes estructuras privadas manejando un fideicomiso aportado con fondos públicos.

Ahora bien, ya que el fideicomiso es, también, considerado una operación bancaria complementaria o accesoria a la intermediación financiera, lo normal es que este negocio sea realizado con una entidad financiera. De ahí que, el fiduciario es, generalmente, un Banco del Sistema Financiero Nacional.

Expresamente, la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, en su artículo 116, inciso 7), permite que los bancos comerciales, específicamente, los Bancos del Sistema Bancario Nacional puedan constituirse en fiduciarios, conforme con las regulaciones del Código de Comercio.

Es parte del giro financiero del banco comercial la realización de contratos de fideicomiso, lo que explica la experiencia profesional de los bancos en este negocio.

Además, el artículo 116 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional establece disposiciones específicas en orden al banco actuando como fiduciario, que son importantes tratándose de un fideicomiso con fondos públicos.

El Sistema Bancario Nacional está formado por los bancos comerciales del Estado: Banco Nacional de Costa Rica, Banco de Costa Rica, Banco de Crédito Agrícola de Cartago, Banco Popular, y los Bancos privados como Banco Cathay, Banco Bac San José, Banco BCT, Banco Citibank de Costa Rica, Banco CMB, Banco Davivienda, Banco Soluciones Bansol, Banco General, Banco Improsa, Banco Lafise, Banco Promerica y Scotiabank.

Se ha considerado que si el Estado recurre a la figura del fideicomiso para administrar recursos líquidos, lo aconsejable es que seleccione el fiduciario entre los bancos estatales.

Lo anterior porque se facilitaría el proceso de contratación del fiduciario pues aplicaría la excepción del artículo 2 inciso c) de la LCA al respecto se indica en el oficio número DCA 3205 del 2 de diciembre de 2014, que da criterio jurídico sobre el proyecto de ley para la creación del Fideicomiso para la Construcción del Corredor vial San José-San Ramón:

“Al respecto se advirtió, que en caso de tratarse de un banco público, podría seleccionarse al fiduciario por medio de la excepción que contempla el inciso c) del artículo 2 de la Ley de Contratación Administrativa, en cuanto a la actividad contractual entre entes de derecho público. En caso contrario, para efectos de contratar con un banco privado, deberá realizarse un procedimiento de licitación pública para la selección del fiduciario.

Se reitera esta consideración a los señores legisladores, en la medida que si bien la realización de un procedimiento de licitación pública se convierte en el procedimiento más transparente, competitivo y garantista, es claro también que implica tiempos importantes que requieren de una adecuada planificación y depurado perfil de las condiciones del concurso; pues de lo contrario podría ocurrir que la selección del fiduciario implique

mayores dilaciones que repercuten en los plazos de atención de este proyecto”(lo subrayado no es del original).

De todos modos, si se decide contratar a un banco privado del Sistema Bancario Nacional, se mantiene el control sobre los administradores de este tipo de contrato, pues se encuentran inmersos dentro de una regulación y fiscalización de sus actividades por parte de la Superintendencia General de Entidades Financieras, de igual forma los bancos estatales.

La normativa no es tan clara y restrictiva, lo que permite la participación de otros Bancos Privados, los cuales no cuentan con todas las prohibiciones y experiencia en materia pública que permita impedir que el fideicomiso presente situaciones indebidas, lo que puede ser obstáculo en la transparencia de su ejercicio.

En opinión de la CGR, es la ley de creación la que debe definir quién puede ser fiduciario, tesis que se defiende a continuación:

“En consecuencia, teniendo presente la característica que poseen los recursos que se entregan en propiedad fiduciaria (fondos públicos), es necesario que el legislador, cuando autoriza vía ley que se constituya un contrato de esta naturaleza, determine las características que debe contar el sujeto que pueda resultar fiduciario, los controles que sobre el mismo se ejercen y las responsabilidades a las que se encuentran sometidos. En todo caso, cuando ello sea lo más apropiado, esta Contraloría General estima que resultaría conveniente que la ley que se emita en tal caso, condicione que el fideicomiso que se autoriza constituir con esos fondos públicos, únicamente podrá hacerse en los bancos del Sistema Bancario Nacional (tal y como efectivamente algunas leyes así lo han dispuesto).” (CGR, 2002a, pág. 29).

Por otra parte, si la que es contratada como fiduciaria es otra entidad diferente de los bancos del Sistema Bancario Nacional, debe establecerse claramente en la ley que autoriza su constitución los mecanismos pertinentes de control, de rendición de cuentas e información, que le permitan a los órganos de control, hacer una fiscalización efectiva

sobre estos fondos, para así reducir los riesgos que proceden de la administración de fondos públicos.

Sobre el procedimiento por el cual la Administración debe guiarse para seleccionar al fiduciario, debe realizarse de acuerdo con la mejor oferta entre las recibidas, a partir de la invitación que se realice, con la necesidad de dirigirse mediante el concurso público (licitación restringida, licitación pública, entre otros.).

Si la ley no define los criterios de selección para escoger esa mejor oferta, debe considerar parámetros, tales como experiencia de la entidad, monto de honorarios que percibirá por concepto de gestión del patrimonio fideicometido, entre otros puntos relevantes, para así garantizar la más adecuada administración de los fondos constituyentes del fideicomiso.

Para determinar cuál proceso de contratación es adecuado, también se debe tomar en cuenta el artículo 31 de la Ley de Contratación Administrativa, sobre la estimación del contrato, lo que es un parámetro contundente para determinar si se puede realizar por licitación pública, abreviada o contratación directa.

En torno a los criterios emitidos por la Contraloría General, cabe tomar en cuenta una serie de disposiciones en la contratación del fiduciario que deben quedar plasmadas en el contrato de fideicomiso constituido con fondos públicos, a fin de garantizar una correcta aplicación y funcionamiento de dicho negocio jurídico.

También se debe establecer y autorizar de forma específica en la ley constitutiva la creación de la unidad técnica, sino se interpreta que deben ser pagados los costos de dicha unidad con los honorarios del fiduciario.

“(...) aquí se permite al fiduciario crear una Unidad Técnica, de apoyo de manejo operativo al fideicomiso, y cuyos costos serán asumidos por el fideicomiso. Si la intención es crear dicha Unidad Técnica como un órgano

administrativo más del fideicomiso (además del Comité, la fiscalía y el director ejecutivo) tal disposición no resulta aceptable puesto que la ley No. 8147 no contempló dicha figura. Ahora bien, si la intención es facultar al fiduciario para que establezca una unidad técnica para ofrecer un mejor servicio, esta cláusula debe aclararse en esos términos, y donde – obviamente – los gastos de dicha unidad deben ser cubiertos con los honorarios que se le pagan al fiduciario, aspecto que también debe quedar clarificado en el contrato. (...)” (CGR, 2003, Oficio N° 08649 (DI-AA-1936)

C. CONTRATACIÓN DE BIENES Y SERVICIOS CON FONDOS FIDEICOMETIDOS.

El artículo 14 de la LAFRPP refiere que los fideicomisos se sujetarán a los principios de Contratación Administrativa para la contratación, tanto de bienes y servicios como del recurso humano necesario para la consecución de los objetivos.

Ante el cuestionamiento de si un Fiduciario puede contratar bienes y servicios para el Fideicomiso que maneja con fondos públicos con apego a la Ley de Contratación Administrativa. El artículo 14 de la LAFRPP indica que no está obligado en cuanto a la regulación de su actuación.

En ese orden de ideas, el fideicomiso está sujeto a los principios de la contratación administrativa en tanto los bienes que integren el patrimonio fideicometido sean fondos públicos.

De ahí que, los contratos de bienes y servicios o de otra naturaleza que el banco fiduciario realice en cumplimiento de los propósitos y finalidades del contrato de fideicomiso están sujetos a los principios de contratación administrativa, mas no a los procedimientos regulados en la Ley de Contratación Administrativa. En ese sentido, se ha dispuesto:

“Empero, en el tanto en cuanto la actividad contractual se desarrolle respecto de bienes públicos, debe estarse a lo dispuesto en el segundo

párrafo del artículo 1 de la Ley de la Contratación Administrativa. Por consiguiente, si se está en presencia parcial o totalmente de recursos públicos, la actividad contractual se debe someter a los principios de dicha Ley de Contratación. A contrario sensu, aun cuando están en presencia “recursos públicos” la contratación no tiene necesariamente que someterse a los procedimientos de contratación administrativa.

Ahora bien, la aplicación de los principios se impone aun cuando el fideicomiso sólo parcialmente utilice fondos públicos, tal como resulta conceptualizado el término por el artículo 9 de la Ley de la Contraloría General de la República. Lo anterior es importante en razón del origen del patrimonio fideicometido que nos ocupa. En efecto, conforme lo antes señalado, el Fideicomiso ha recibido del ICE el derecho de uso de los terrenos, puede recibir los bienes muebles imprescindibles para el fin del fideicomiso y que debieron de haber sido descritos en el Anexo V. Estos bienes que se traspasan en propiedad fiduciaria son públicos y por ese solo hecho resulta aplicable lo dispuesto en el párrafo de mérito. En consecuencia, los principios, pero no los procedimientos, de la Ley de Contratación Administrativa son aplicables a las contrataciones que el fiduciario deba realizar. (PGR, 2005, Opinión Jurídica OJ-077- 2005.)

Resulta relevante hacer otra salvedad en el tanto no se puede cargar al fideicomiso los pagos por concepto de arrendamiento de bienes si no se encuentra contemplado en la ley que lo autoriza:

“(…) resulta improcedente lo establecido en esta cláusula con respecto a la posibilidad de pagar con recursos del fideicomiso la contratación de arrendamientos de bienes muebles e inmuebles, ya que tal posibilidad no está contemplada en la Ley No.8147. Llama la atención que en la resolución RC-691-2002 del 25 de octubre del 2002, en la cual este Órgano Contralor resolvió un primer recurso de apelación al acto de adjudicación del fiduciario, se indica que el Banco Crédito Agrícola de Cartago reconoció que en la oferta era necesario cotizar un espacio físico para la ubicación del fideicomiso, lo cual implica, lógicamente, que tales gastos estaban incluidos dentro de la cotización y por lo tanto deben ser cubiertos por el fiduciario con sus honorarios. (...)” (CGR, Oficio n° 08649 (DI-AA-1936), 2003

La CGR reiteró este criterio y ha advertido a los bancos fiduciarios que no es posible cargar al patrimonio fideicometido gastos que deben ser cubiertos con el monto pactado por concepto de honorarios. (CGR, 2008, oficio No. 04698 (DCA 1495))

Por ello, la remuneración del personal y demás costos que impliquen las unidades, departamentos o secciones que mantenga el Banco fiduciario para cumplir con las funciones a las que se comprometió en el contrato de fideicomiso, deberán ser cubiertos con los honorarios que se le pagan y no mediante reducciones adicionales al patrimonio fideicometido. (CGR oficio N° FOE-AM-122, N° 8649 (DI-AA-1936) 14301 (FOE-AM-0585) y el informe DFOE-EC-23/2004 del 8 de septiembre de 2004.

De ahí, la posibilidad de pagar sólo los gastos autorizados en la Ley para el cumplimiento de sus objetivos, en resguardo del principio de legalidad.

D. CONTRATACIÓN DEL RECURSO HUMANO

En el tema de contratación del recurso humano en los términos que menciona el artículo 14 de la LAFRPP, debemos indicar que en principio, la relación de empleo se establece entre el fideicomiso y el colaborador; no entre éste y la Administración Pública. Para tener claro el tema de contratación del recurso humano, es preciso indicar que entorno al contrato fiduciario, es posible distinguir tres relaciones de empleo diferentes. Los supuestos de relación laboral se indican a continuación:

- Funcionarios de la misma entidad fideicomitente, que se enmarcan dentro del personal de la Administración.

En estos casos, el régimen laboral es el propio de esa institución pública, y el personal es funcionario público con las investiduras formales del caso.

Este personal es externo al fideicomiso y tiene, por lo general, una función controladora, como ejemplo se puede citar las unidades supervisoras que se crean por las leyes especiales de fideicomisos con la función de velar por el cumplimiento de los intereses del fideicomitente.

El régimen normativo aplicable a estas relaciones y contrataciones de personal es de derecho público.

- Colaboradores de la empresa que se contrata como entidad fiduciaria.

Para estos casos, entiéndase, todo aquel empleado que forme parte de la planilla ordinaria del sujeto administrador del fideicomiso, como empresa y no en su calidad de fiduciario.

Aquí, el régimen jurídico aplicable a la relación laboral, depende de la naturaleza de la institución fiduciaria. Es decir, si el fiduciario es una entidad privada, sus empleados son contratados y se someten a la luz del régimen laboral privado, pero sí en cambio el fiduciario es una institución pública y sus colaboradores cuentan con investidura pública, están sometidos al régimen del servicio civil.

Para el caso de los Bancos del Estado, debe indicar que los colaboradores que mantienen una relación laboral con el Banco en su carácter personal, no son considerados como funcionarios públicos conforme con el artículo 112 inciso 2) de la Ley General de Administración Pública, que refiere:

Artículo 112 (...) 2. Las relaciones de servicios con obreros, trabajadores y empleados que no participan de la gestión pública de la Administración, de conformidad con el párrafo 3º, del artículo III [sic], se regirán por el derecho laboral o mercantil, según los casos.

- Por último, se tiene el caso de los empleados o colaboradores contratados directamente por el fideicomiso como tal.

Esta contratación está autorizada de forma general en el numeral 14 de la LAFRPP, por lo que se abre la posibilidad de contratar otros empleados que no pertenezcan ni a la Administración Fideicomitente, ni al Fiduciario, pero que su puede mantener una relación laboral relacionada al contrato. (PGR, 2007, Dictamen 037-2007)

Frecuentemente, suele entenderse que ese cuerpo laboral es contratado por el fideicomiso; por lo que se origina una ficción jurídica, es decir, hay ficción en tanto el contrato de fideicomiso y la constitución del patrimonio autónomo no crean una entidad independiente con personalidad jurídica.

En razón de lo anterior, será necesario que el fiduciario aparezca como patrono del personal contratado en dicha calidad de fiduciario y no a título personal.

Es importante mencionar que los pagos y gastos que generen estos colaboradores, se cancelan con los fondos del fideicomiso, por lo que debe tomarse en cuenta que estos pueden ser contratados únicamente cuando así lo autorice la ley, es decir debe ser un gasto autorizado. Al respecto de los gastos que puede ejecutar el fideicomiso con sus fondos, es conveniente citar la posición de la CGR que indica:

“(...) en el inciso d) de dicha cláusula se permite al fiduciario documentar, formalizar, idealizar desembolsos por medio de abogados y notarios que asigne el fideicomiso, honorarios que serán cubiertos en partes iguales por el fideicomiso y los beneficiarios. Sin embargo, si se toma en consideración que tales funciones son obligaciones del fiduciario dentro de su papel de administrador los gastos por dichas contrataciones las debe asumir el fiduciario con los honorarios que se le pagaran como retribución; por lo tanto tal disposición debe modificarse en ese sentido.” (CGR, 2003, Oficio número 08649 (DI-AA-1936))

Además, en la cita anterior la Contraloría General hace mención a la prohibición que existe de contratar personal a través del fideicomiso, con la finalidad de que sustituya las funciones propias y a las que se obligó el fiduciario.

De igual forma, este ente Contralor se ha referido a la imposibilidad de utilizar el contrato de fideicomiso para trasladar competencias que son propias de la Administración al indicar: “[...] *Al respecto debe recordarse que el contrato de fideicomiso es precisamente eso, un contrato – [...] –; por tanto no es posible, mediante un contrato de fideicomiso,*

constituir una entidad o un órgano con funciones que son propias de la Administración Pública, [...].” (CGR, 2003 Oficio N° 8589 (DAGJ-1072-2003).

A mayor abundamiento de este último punto, en cuanto el contrato de fideicomiso contemple la posibilidad de que el fiduciario pueda contratar personal, debe corresponder al fin establecido por la ley que autoriza el fideicomiso como parte del principio de legalidad.

Al respecto se ha dicho:

“(...) se contempla la posibilidad al fiduciario de contratar personal, bienes y servicios, hacer pago de planillas, donaciones y transferencias, todo con recursos del fideicomiso, sin embargo tal disposición no es aceptable ya que la Ley No. 8147 no autoriza a utilizar dichos recursos para esos fines. (...)” (CGR, Oficio n° 08649 (DI-AA-1936,) 2003)

En general, no es posible que mediante la contratación de personal con recursos del fideicomiso se deleguen funciones que le corresponden al fiduciario, lo cual, también, se encuentra vedado por el artículo 643 del Código de Comercio.

Asimismo, el personal contratado por el fideicomiso, no desde ninguna circunstancia ejercer función pública, ni adjudicarse las potestades del fideicomitente, esencialmente, debe mencionarse la prohibición de trasladar a los trabajadores del fideicomiso beneficios o derechos que sean exclusivos de los empleados del sector público, como por ejemplo, convenciones colectivas, suscritas por los funcionarios del fideicomitente.

De relevancia en tema, se puede citar el oficio n° FOE-AM-122, 2006 emitido por la CGR que señala:

“Empleados contratados por el fideicomiso mediante una ficción jurídica que reputa al fideicomiso como patrono.

“Hay situaciones particulares donde, mediante una ficción jurídica, se reputa al fideicomiso como ‘patrono’ de un grupo de personas contratadas directamente con recursos del respectivo fideicomiso, aunque jurídicamente lo más correcto es reputar al Banco Fiduciario como ‘patrono en su condición de Fiduciario del fideicomiso específico. (...) los ‘empleados del

fideicomiso', son aquellos que se podrían contratar directamente con recursos del patrimonio fideicometido en determinadas circunstancias, donde los propios fines del fideicomiso requieren de la contratación de alguna persona, según se contemple en el contrato y en la ley que autorizó la constitución del fideicomiso (en el caso de los fideicomisos con fondos públicos).

Piénsese, por ejemplo, en un fideicomiso cuyo fin es hacer un estudio poblacional en una determinada zona geográfica y que para ello es preciso contratar por un período de tres meses a estudiantes universitarios para que realicen una serie de encuestas en la población objeto de estudio”

En este caso, el personal contratado no se incorpora a la planilla del Banco Fiduciario, sino que su remuneración se cancela directamente de los fondos del fideicomiso. No gozan de los beneficios, incentivos o derechos propios de los empleados del Fiduciario o de la institución fideicomitente, que en el caso en estudio sería el Ministerio de Agricultura.

Este grupo de personas, no desempeña sus labores para la institución pública fideicomitente, ni para la entidad fiduciaria, aunque su función pueda repercutir positivamente en beneficio de esas partes. Su relación de empleo se rige por las normas del Derecho Laboral, y es la entidad fiduciaria la que funge como patrono en condición de Fiduciaria.

Como ya se explicó, la posibilidad de realizar este tipo de contratación es excepcional, y por ende, existe una serie de restricciones y limitaciones al respecto. La Contraloría General de la República, se refirió a algunas de ellas en los siguientes términos:

“En cuanto este personal ‘del fideicomiso’ es necesario tener en cuenta algunas precisiones:

a) Estas personas no podrían ejecutar labores o funciones de carácter permanente que le correspondan al Fiduciario o a la entidad pública fideicomitente, no sólo porque no laboran ni para uno ni para la otra, sino también por cuanto, según los principios que informan los artículos 633, 644 inciso a), 659 inciso a) y 661 inciso c) del Código de Comercio, los fideicomisos son negocios jurídicos en virtud de los cuales el Fiduciario se obliga a la realización de un fin en un determinado plazo. De ahí que no implica por tanto una actividad permanente del Fiduciario, sino que se enmarca en el espacio temporal que se le ha establecido al Fiduciario para que cumpla el fin del fideicomiso. De ahí que las contrataciones de personal se verán siempre delimitadas tanto por el fin propuesto, como por el espacio temporal para el cumplimiento de ese fin.”

“b) El personal que sea contratado ‘por el fideicomiso’ no puede bajo ninguna circunstancia ejercer función pública, pues tal ejercicio corresponde fundamentalmente a los servidores de la institución fideicomitente. De otra manera podrían estarse delegando funciones públicas en el fideicomiso, sobrepasando su condición de mero instrumento contractual para la gestión de un patrimonio (...)”

c) No pueden trasladarse a los trabajadores del fideicomiso beneficios o derechos que sean exclusivos de los empleados del sector público, tales como: la retribución económica contemplada en el artículo 15 de la Ley

contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública, Ley N° 8422 del 6 de octubre de 2004; los aumentos por concepto de anualidades; el llamado salario escolar; entre otros.
d) La posibilidad de estas contrataciones deberá estar establecidas tanto en el contrato respectivo como en la ley que autorizó la constitución del fideicomiso, donde se contemplen como una actividad necesaria para el cumplimiento del fin de ese negocio jurídico, siendo estas contrataciones una decisión de exclusiva responsabilidad del Banco Fiduciario.” (El resaltado es nuestro)

Por lo tanto, se puede concluir respecto del tema de la contratación del recurso humano por parte del fideicomiso lo siguiente:

- 1- Que el artículo 14 de la LAFRPP, prevé la posibilidad de que el fideicomiso contrate personal y cree relaciones labores independientes las que le obligan solamente al fideicomiso como tal.
- 2- Que al no contar el fideicomiso con personalidad jurídica, quien se constituye como patrono es la entidad fiduciaria en esa calidad y no a título personal.
- 3- Que para que el fideicomiso como tal pueda contratar personal, el gasto que conlleva la contratación debe estar autorizado por la ley de creación y además, el personal contratado no puede sustituir las funciones ni asumir las obligaciones para las que fue contratado el fiduciario bajo el principio de confianza.
- 4- De igual forma, el personal que la ley autorice contratar, no es considerado un funcionario público, ni se puede beneficiar de régimen al que estén sometidos los funcionarios de la institución fideicomitente.
- 5- Por último, se debe indicar que en vista de que las actuaciones del fideicomiso destinadas a cumplir los objetivos encomendados se rigen por el derecho común, las contrataciones que realice estarán de igual forma regidas por el derecho laboral privado.

E. REFRENDO.

El refrendo es función sustancial de la Contraloría General de la República. Este es un requisito de eficacia jurídica de los contratos que así lo requieran, por lo que hasta otorgado éste, no pueden ejecutarse.

Esta obligación es de rango Constitucional, conforme con el artículo 184. Además, el artículo 20 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, prevé como deber del órgano contralor refrendar las contrataciones que realice el Estado, así como aquellas que determinen las leyes especiales.

También, el artículo 2 del Reglamento de Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, reitera este deber de la CGR de refrendar o no los contratos que suscriba la Administración, y los define como un acto de aprobación por medio del cual se realiza un análisis de legalidad.

De esta manera, no solo el constituyente, sino también, el legislador, confiere a la Contraloría General de la República mecanismos eficaces que facilitan ese control en diversos niveles, como lo es el refrendo, para combatir precisamente aquellos actos de corrupción e irregularidades que de una u otra forma atentan contra la adecuada tutela de la Hacienda Pública.

En este sentido, tal y como lo establece el artículo 14 de la LAFRPP y en relación con las instituciones incluidas el artículo 1 de esa misma ley, una vez suscrito el contrato de fideicomiso, este debe someterse obligatoriamente al refrendo contralor.

Asimismo el artículo 3 del Reglamento de Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, establece el refrendo para la constitución de fideicomisos:

*“Artículo 3.- Contratos administrativos sujetos al refrendo
Se requerirá refrendo en los siguientes casos:*

(...)6) 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.”

Es indispensable aclarar que, para aquellas entidades que no se regulen por el artículo 14 de la Ley de Administración Financiera de la República y de Presupuestos Públicos, no están exentas del refrendo contralor, ya que se presenta como una competencia otorgada por la Constitución Política derivada del artículo 184 inciso a), siempre que se presenten los supuestos fácticos indicados en el Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y en el Reglamento sobre Refrendo.

Por otra parte, el control que se realiza mediante el refrendo es de legalidad; función que ejerce la Contraloría General. Con respecto de la interpretación que hace de los documentos, criterios técnicos que sustentan la solicitud de refrendo, se ha indicado lo siguiente:

“Asimismo, dentro del esquema de refrendo previsto en nuestra legislación, la Contraloría General de la República, no valida los criterios técnicos contenidos dentro del expediente administrativo, que fungen finalmente como sustento de la contratación. Este órgano de control superior, únicamente verifica la existencia de dichos criterios y el apego de la tramitología del procedimiento de contratación al bloque de legalidad. Lo anterior, en la medida que le corresponde a los propios funcionarios de la respectiva Administración –en razón de su idoneidad técnica- asumir dichos análisis, por lo que a esta Contraloría General le corresponde en el análisis de legalidad, la verificación de que se haya realizado dicha labor pero no el fondo de esas valoraciones.

Por lo tanto, tal y como lo dispone el artículo 9 del supra citado reglamento, el análisis de legalidad efectuado por este órgano se limita a los aspectos detallados en el mencionado artículo 8 de la misma normativa. Consecuentemente, se presume la legalidad de los demás aspectos no contemplados dentro del análisis referido, los cuales son de exclusiva

responsabilidad de la Administración. Lo anterior, sin detrimento de una revisión futura, que en el ejercicio de las potestades de fiscalización, pueda llevar a cabo este órgano contralor.” (CGR, 2012, Oficio Número 1694 (DCA-0391-2012))

El contenido de la Ley es esencial para ese control de legalidad, ha de coexistir una serie de elementos a ser definidos por la ley que autoriza la constitución de un fideicomiso con fondos públicos a efectos de que se pueda refrendar el contrato suscrito, es ideal que sea clara e incluya:

1. La identificación precisa de las partes del fideicomiso, es decir, fideicomitente, fiduciario y fideicomisario; deben quedar plenamente definidas con el señalamiento de sus condiciones o las de sus apoderados. En forma especial es necesario aclarar que la identificación clara del fideicomisario resulta de suma importancia, o bien detallar los elementos que permitan su determinación en el curso del contrato. A manera de ejemplo, se hace referencia a cualquier acuerdo en que el fideicomisario sea beneficiario de asistencia social.
2. El objeto, el cual va a ser el patrimonio que se va a fideicometer.
3. La finalidad que debe regularse y precisarse cuáles son los propósitos del fideicomiso, para que el fiduciario conozca sus parámetros de acción y no incurra en ambigüedades.
4. La responsabilidad de las partes, el plazo contractual, el régimen de empleo del fideicomiso.
5. Los mecanismos de control en el contrato respectivo deben pactarse controles relacionados con el manejo de los fondos afectos al fideicomiso.
6. Las responsabilidades tributarias.

7. Las causas de extinción y de sustitución del fideicomiso bajo ambas causales, sea extinción o sustitución del fideicomiso. (CGR, 2000, Memorando n° FOE-FEC-181)

Así lo ha interpretado la Contraloría General en sus múltiples oficios que otorgan o deniegan el refrendo, del contenido necesario de varios elementos para optar por la aprobación de este requisito:

“(...) Así, el contrato o convenio de fideicomiso entre el fideicomitente y Fiduciario debe ser refrendado por la Contraloría General de la República, sin embargo, es menester señalar, que del proyecto de ley, tal y como está concebido, no se desprenden los elementos necesarios, para lograr el refrendo contralor, precisamente en cuanto a sujetos, objeto, obligaciones, responsabilidades, fines, condiciones generales y específicas, patrimonio fideicometido, controles y aspectos sobre la fiscalización de los fondos públicos incluidos en el negocio jurídico. / Por eso, es necesario que el proyecto de ley, incorpore esos elementos del negocio jurídico a efectos de que se pueda dar la respectiva aprobación sobre el eventual convenio o contrato de fideicomiso que nacerá a la vida jurídica. (...)” (CGR, 2006, Oficio Número 10578 (DAGJ-1264-2006))

De manera que, si la ley es escueta, se dificultaría la aprobación del contrato y la revisión de la legalidad, pues los objetivos y metas quedarían a manos de interpretaciones arbitrarias.

En consecuencia, cuando el contrato de fideicomiso es constituido por entes u órganos públicos, se requiere que el contrato que venga a refrendo, cumpla con una serie de elementos mínimos ajustados a los objetivos que contempla la Ley de creación y el ordenamiento en general, para que se le otorgue eficacia al negocio.

Se puede ver que el refrendo configura un mecanismo de protección del erario público, en tanto ejerce la función de control como componente esencial de la gestión adecuada del Estado y garantiza a la colectividad un interés que demanda transparencia y uso adecuado en la administración de los fondos públicos.

CAPÍTULO III: FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE FIDEICOMISOS QUE INVOLUCRAN FONDOS PÚBLICOS EN COSTA RICA

SECCIÓN I: FISCALIZACIÓN DE LOS FIDEICOMISOS PÚBLICOS.

A. TIPOS DE FISCALIZACIÓN

En el ámbito público, la disposición de fondos se encuentra restringida a una serie de límites, partiendo del principio de legalidad establecido, tanto en el artículo 11 de la Constitución Política y el 11 de la Ley General de Administración Pública, sin perjuicio de la sujeción de las normas de control presupuestario, eficiencia, de contratación administrativa, de control interno, entre otras, en materia de Hacienda Pública. No puede obviarse el control, rendición de cuentas y la fiscalización que pesa sobre este tipo de fondos, que son aporte de la ciudadanía y de interés público.

Por lo que, una de las prerrogativas de la Administración es, precisamente, fiscalizar el adecuado uso de los fondos públicos, otorgados por ley a diferentes instancias como rectores en esta materia. Tal como lo señala el artículo 183 constitucional, la Contraloría General de la República es establecida como institución auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública, siendo el órgano rector del ordenamiento de control y fiscalización superior, por lo que sus disposiciones, directrices y políticas son obligatorias para los sujetos de fiscalización.

Lo anterior, sin perjuicio de otras entidades a las que, como se verá más adelante, se le otorgan competencias para fiscalizar y dictar políticas en diversos ámbitos como el financiero y el mercado de valores.

La visión que se busca por parte del órgano contralor es, precisamente, la fiscalización integral, pues abarca una serie de actividades dentro de las cuales destacan tres grandes procesos, los cuales son, la fiscalización operativa y evaluativa, el desarrollo institucional y la Asesoría y Gestión Jurídica.

Cabe destacar la fiscalización operativa y evaluativa, pues es donde se concentra la mayor cantidad de trabajo de campo y de las cuales se obtienen insumos del proceso práctico para la adecuada comprobación del cumplimiento del resguardo de los fondos públicos por parte de los sujetos fiscalizados.

De acuerdo con el Manual de Fiscalización Integral, en la sección Naturaleza de los Principales Procesos que Ejecuta la Contraloría General punto 08, el proceso de fiscalización operativa se define de la siguiente forma:

Es el proceso de fiscalización que se desarrolla utilizando una metodología cuyo propósito fundamental es demostrar el buen uso de los recursos de la Hacienda Pública a partir del análisis de procesos, programas, actividades o procedimientos en los que se utilizaron tales recursos. Se denomina "operativa" por cuanto se centra en operaciones (financieras, administrativas) o procesos de trabajo, teniendo como parámetro de referencia los resultados que generan; es decir, es una fiscalización más puntual y específica. La fiscalización operativa comprende la ejecución de auditorías de estados financieros, auditorías operativas y estudios especiales. Las primeras tienen como propósito determinar si los estados financieros de una entidad u órgano representan razonablemente su situación financiera y sus resultados de operación, de conformidad con los principios de contabilidad aplicables al Sector Público u otros generalmente aceptados. Las auditorías operativas están encaminadas.

En el mismo sentido, el Manual mencionado, en cuanto a la fiscalización evaluativa establece:

Es el proceso de fiscalización que se desarrolla utilizando una metodología cuyo objetivo es evaluar el rendimiento de los fiscalizados en términos de los resultados esperados, del impacto y del costo-beneficio del producto generado por los programas o procesos de trabajo, y en definitiva de una real y efectiva rendición de cuentas. Algunos propósitos básicos de la fiscalización evaluativa, son evaluar el impacto social, económico,

político, jurídico y ambiental de un proyecto o conjunto de proyectos que pretenden una solución a un problema importante de nuestra sociedad; apoyar los procesos de planificación nacional, toma de decisiones y control político, así como la emisión y reforma de legislación; y proponer las medidas preventivas y correctivas significativas derivadas de las citadas evaluaciones.

Los productos de la fiscalización evaluativa estarán dirigidos prioritariamente a la Asamblea Legislativa, a quien corresponde legislar y ejercer el control político; a las autoridades del Gobierno de la República y los niveles superiores de la Administración Pública que efectúan o participan en la planificación nacional o sectorial y dirigen las actividades del Sector Público; y a la ciudadanía, que tiene el derecho de conocer y exigir que se informe cómo se están empleando los recursos público.(punto 10 y 11)

De ahí, que la CGR utiliza diferentes metodologías, normativa y planes de trabajo, para llevar a cabo su función fiscalizadora; esta actividad puede generar una serie de informes, por medio de los cuales se detectan debilidades puntuales en los procesos llevados por la Administración; lo anterior, facilita la emisión de las disposiciones necesarias para subsanar y corregir tales defectos.

B. ÓRGANOS DE FISCALIZACIÓN

1. Contraloría General de la República

Es importante tener presente que la Contraloría General de la República, dentro del ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, tiene amplias potestades para fiscalizar el uso correcto de los recursos públicos fideicometidos.

En consecuencia, el legislador dotó a ese Órgano de rango constitucional mediante los artículos 183 y 184 de la Constitución Política de la República de Costa Rica, estableciéndola como institución auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública, con absoluta independencia funcional y administrativa en el desempeño de sus labores.

Para esos efectos, es necesario tener presente que esa fiscalización debe realizarse conforme con los lineamientos que este mismo Órgano Contralor determine en el ejercicio de su independencia funcional y administrativa, pero sobre todo, desde su rectoría del ordenamiento de control y fiscalización superior.

La Sala Constitucional se ha referido al tema afirmando: *“La Contraloría General de la República está obligada a actuar siempre, para fiscalizar todo lo concerniente a la Hacienda Pública (artículo 183 constitucional). El artículo 184 id. Le otorga "deberes" y "atribuciones" y no una facultad discrecional para actuar en el campo de su incumbencia”* (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 1518-E-1994)

De este modo la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República No. 7428 de 07 de setiembre de 1994, es clara al establecer que: *“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”* y para una mejor comprensión de la amplitud de la competencia de la Contraloría, su Ley Orgánica dispone en el ordinal 4 que: *“La Contraloría General de la República ejercerá su competencia sobre todos los entes y órganos que integran la Hacienda Pública”*.

Por ende, cabe indicar lo expresado por la Sala Constitucional:

“DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA COMO ÓRGANO FISCALIZADOR DE LA HACIENDA PÚBLICA.- En diversas ocasiones este Tribunal se ha manifestado en torno a la importante función que realiza la Contraloría General de la República –órgano constitucional adscrito a la Asamblea Legislativa en lo relativo al manejo de la hacienda pública–. Así, es con fundamento en lo dispuesto en los artículos 183 y 184 de la Constitución Política que se le ha delegado la importante función de la fiscalización superior, jurídica y financiera del manejo de la hacienda pública; de manera que se trata de una competencia dada por mandato constitucional, por lo que se ha indicado que se trata de una competencia que el legislador no puede desconocer, rebajar, disminuir, suprimir o

atribuírsela a otros órganos públicos, sino que está en la obligación de reconocer a fin de no quebrantar las normas y principios constitucionales que rigen esta materia. Es así como estas competencias, aun cuando tienen su origen en las normas constitucionales supra-citadas, están desarrolladas en las leyes, tales como la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, número 7428, Ley de Creación de la Autoridad Presupuestaria, número 6821, Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, número 8131, Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la función pública, número 8422, Ley de la Contratación Administrativa, número 7494(...)" (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto n°6611-2007)

En adición a lo anterior cabe mencionar la posición de la Sala Constitucional, acerca de los controles ejercidos por la Contraloría General de la República en la función local:

XXI.- DEL CONTROL FISCAL, FINANCIERO Y CONTABLE A QUE ESTÁN SUJETAS LAS MUNICIPALIDADES POR PARTE DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. La Contraloría General de la República es un órgano constitucional auxiliar de la Asamblea Legislativa, con competencia expresas para la fiscalización y vigilancia de la hacienda pública -artículo 183 de la Constitución Política-, a la que le corresponde la verificación de la correcta utilización de los fondos públicos, lo que se concreta en un control de la legalidad en la administración financiera del Estado y sus instituciones -incluyendo a las municipalidades-, labor que desempeña con absoluta independencia y objetividad, en tanto no cabe, en principio, el control de discrecionalidad, sino únicamente el de legalidad, al examinarse la conformidad de lo actuado con el ordenamiento jurídico, no el dictado ni intención de la Administración. En síntesis, este control se reduce a la verificación del cumplimiento de los presupuestos de legalidad aplicables, con prescindencia de toda alusión a las cuestiones de política o de mera conveniencia u oportunidad en la administración controlada, así como de la eficiencia y rentabilidad de la administración financiera; desde luego, mientras la conveniencia o inoportunidad no rebasen los límites más allá de los cuales se convertiría en ilegalidad de conformidad con los criterios normalmente reconocidos respecto de los límites de la discrecionalidad. En términos generales, este mecanismo de control contiene siempre un ingrediente lógico, que es la verificación de la conformidad del acto o actividad con un patrón normativo de conducta, y una medida consecuente, que constituye un verdadero acto de voluntad, dirigido a permitir o impedir los efectos de la actividad controlada, según que sean correctos o contrarios a derecho. La jurisdicción de la Contraloría sobre las municipalidades es inescapable y obligatoria por dictado constitucional, en virtud de lo dispuesto en los artículos 183 y 184, competencia que ha sido reconocida con anterioridad por este Tribunal de manera tal que no implica una infracción a la autonomía de los gobiernos

locales. (...)" (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto n°5445-1999)

Por otra parte, la Contraloría General cuenta con la rectoría del ordenamiento de control y fiscalización de los fondos públicos, que se encuentra dispuesta –entre otros- en los numerales 10, 11 y 12 de la Ley 7428 que señalan:

“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.”

“ARTÍCULO 12.- ORGANO 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. (...) (El subrayado es nuestro).

Estas normas se deben complementar con lo dispuesto en el párrafo tercero del numeral 20 de la LOCGR, que se refiere a la potestad del órgano contralor para efectos de reglamentar lo referente a la aprobación de actos y contratos:

“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". (El subrayado es nuestro).

En particular, la Contraloría cuenta con competencia para fiscalizar los fideicomisos, cuando, se utilice como instrumento de gestión por parte de sujetos públicos, teniendo como requisito ineludible el incorporar en su aplicación el marco normativo de derecho público, en especial de Hacienda Pública, que parte desde una visión de eficiencia en la gestión pública, sin que pueda utilizarse la figura como mecanismo de evasión de controles.

De ahí, que en la aplicación de los fideicomisos constituidos con fondos públicos se debe derivar de la aplicación de los principios constitucionales y legales de eficiencia, eficacia, legalidad, legalidad financiera, responsabilidad administrativa, control público y rendición de cuentas, lo anterior como complemento de la normativa que rige en la materia, no sólo del Código de Comercio, sino entre otras la Constitución Política, la Ley General de la Administración Pública, la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, la Ley de Contratación Administrativa, la Ley de Control Interno, la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública y leyes especiales que regulan el caso concreto.

Como bien lo ha señalado esta Contraloría General en diversos oficios, dicha regulación normativa, encuentra sentido en el tanto el patrimonio fideicometido se encuentra constituido por fondos públicos destinados a un fin específico y, en tanto, tales sujetos al principio de legalidad financiera, mediante el cual se instituye la reserva de ley para la disposición de fondos públicos, según lo dispuesto por los artículos 11 y 140 inciso 8) de la Constitución Política y 11 de la Ley General de la Administración Pública.

Consecuentemente, por un lado las cláusulas del contrato de fideicomiso no pueden apartarse del marco legal que rige el respectivo fideicomiso y por otro, el fiduciario, como titular del patrimonio fideicometido, debe considerar en su gestión el bloque de legalidad atinente. (CGR, 2006, Oficio N° FOE-AM-0122) (CGR, 2009, Oficio n° 1959 (DAGJ-0229-2009))

Por otra parte, en cuanto a los controles y la fiscalización que puede ejercer la Administración Pública, se indica por parte de la Sala Constitucional, que existen tres formas diferentes, referidas al control anterior, posterior y concomitante:

*La doctrina más calificada señala que el control o fiscalización que se realice en la Administración Pública puede ser clasificado desde tres puntos de vista fundamentales: a) en cuanto a momento o tiempo en que se realiza con relación al acto o comportamiento, lo que reviste carácter preventivo o represivo, según sea el caso; el cual, también, puede presentarse de tres maneras diferentes: el **control anterior ("a priori")**, que en realidad funciona a modo de autorización para el acto o contrato y actúa como condicionante de validez, de manera que cuando el acto sometido al examen no sea conforme a lo debido, proceda, según sea el caso, la suspensión o sustitución; **el control posterior ("a posteriori")**, que es en realidad una aprobación de lo actuado por la Administración, y constituye un requisito de eficacia del acto; y el **control concomitante**, que se verifica en todo el proceso, a modo de una verdadera fiscalización de la actuación de los entes públicos, constituyéndose en requisitos de validez y eficacia al mismo tiempo; b) en cuanto a la iniciativa del control, si es a petición de parte (recursos) o actuación de oficio (vigilancia); y c) en cuanto al objeto que se pretenda lograr con el control o fiscalización, si es de legitimidad o legalidad, si se pretende impedir o reprimir la violación de normas legales, o de oportunidad, en cuanto examina la conveniencia o mérito de lo actuado. (El destacado es nuestro). (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto n°5445-1999)*

De ahí, que en específico, resulta necesario señalar los tipos de controles que ejerce la Contraloría, en el marco de la fiscalización.

El Manual General de Fiscalización Integral (MAGEFI), es el instrumento que describe y regula, cómo se llevan a cabo los procesos en esta Institución, orientados a

cumplir con su tarea encomendada de fiscalización de la Hacienda Pública; se encuentran dos tipos de controles.

Por un lado, se encuentra el control previo, que se define como:

“La fiscalización previa es el conjunto de controles ejecutados por la CGR de manera precedente a las actuaciones de los sujetos pasivos antes de que éstas se hayan consumado o antes de que se adquieran obligaciones jurídicas o financieras.

Mediante la fiscalización previa la CGR conoce, verifica y se pronuncia mediante acto razonado sobre el cumplimiento del marco jurídico y el marco jurisprudencial y doctrinal aplicable con respecto a una propuesta del sujeto pasivo, otorgándole validez o eficacia jurídica según corresponda, y permitiendo su ejecución.”(CGR, Manual General de Fiscalización, 2011).

De ahí, que dentro de las acciones, previamente que se pueden ejecutar guiadas para el logro de resultados, se encuentra; la aprobación o aprobación de presupuestos de fideicomisos y la intervención de la CGR en materia de Contratación Administrativa, con especial referencia, al refrendo de contratos.

Por otro lado, se tienen los controles posteriores, que se realizan cuando ya se ha efectuado el gasto para reforzar la efectividad del control y fiscalización de la Hacienda Pública:

“La fiscalización posterior se refiere al control externo propio de las Entidades de Fiscalización Superior, respecto de la conformidad de la gestión o resultados del sujeto pasivo fiscalizado con los principios establecidos en el marco jurídico, jurisprudencial, técnico y doctrinal. Dicha fiscalización es posterior en el sentido de que se lleva a cabo después de la realización de las operaciones que ejecuta el sujeto fiscalizado.”(CGR, Manual General de Fiscalización Integral, 2011).

En ese sentido, se pueden mencionar como controles posteriores que ejecuta la CGR, el dictar disposiciones, instrucciones y órdenes de acatamiento obligatorio. Además, la posibilidad de emitir informes con conclusiones, recomendaciones, prevenciones,

instrucciones y órdenes, potestad de realizar auditorías e investigaciones, control de ingresos, sanción por desobediencia y la atención de las denuncias.

2. Otras entidades fiscalizadoras.

a) Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero.

El Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero, CONASSIF, es la entidad que emite las regulaciones de funcionamiento de las Superintendencias Generales del país. En vista de que los fideicomisos nacionales, por lo general, se administran por un banco o entidad financiera que ejerce sus funciones de fiduciario, es importante tomar en cuenta su papel en la regulación de estos contratos.

Dentro de las funciones del CONASSIF, relevante para el tema en desarrollo, se puede citar su obligación de Aprobar la normativa que deben ejecutar la Superintendencia General de Entidades Financieras, la Superintendencia General de Valores, la Superintendencia General de Seguros y la Superintendencia de Pensiones.

Además, dentro de las facultades fiscalizadoras que interesan, está su potestad de suspender o revocar la autorización otorgada a los sujetos regulados por las diferentes Superintendencias o la autorización para realizar la oferta pública, cuando el sujeto respectivo incumpla los requisitos de ley o los reglamentos dictados por el Consejo Nacional, cuando la continuidad de la autorización pueda afectar los intereses de ahorrantes, inversionistas, afiliados o la integridad del mercado.

De igual forma, el CONASIFF es la última instancia para agotar la vía administrativa, cuando se apelen decisiones tomadas por las superintendencias o las referentes al mercado de valores.

Las funciones encomendadas por la Ley al CONASSIF, se caracterizan por ser, esencialmente, de potestad normativa, función que se le atribuye para el dictado de los reglamentos o normas generales que el ordenamiento jurídico del sector financiero requiera.

Esta entidad toma un papel relevante con respecto de los fideicomisos de construcción de obra pública, que están sujetos por su actividad, a la regulación de la SUGEVAL, pues será el CONASSIF quien aprueba la normativa que emita la superintendencia.

b) Superintendencia General de Entidades Financieras

El artículo 15 de la ley 8204 establece que aquellos que se dediquen a la administración de fideicomisos estarán obligados a inscribirse ante la Superintendencia General de Entidades Financieras.

Con esto, se establece el primer requisito de selección del fiduciario, que deberá estar inscrito en SUGEF. Este requisito es criticado por el autor Esquivel Favareto (2012), quien menciona que muchos fideicomisos no implican una administración de recursos financieros que la ley por error del legislador omitió hacer la diferencia entre los que administran y los que no lo hacen o administran bienes, pero no recursos financieros.

En el proceso de crear un sistema de control para los fideicomisos se ha dejados de lado la variedad de figuras que pueden existir y que no deberían caer en la regulación legal. La consecuencia de esta omisión es la necesaria interpretación de la ley y la generación de reglamentos que la amplíen. La norma omite dar las pautas para determinar quiénes deben necesariamente inscribirse en SUGEF.

Lo ideal sería que la ley definiera qué tipo de recursos administrados son los que un fideicomiso tiene a su cargo, para que deban inscribirse en SUGEF. Puesto que la finalidad de la ley es la regulación de la administración de recursos de terceros. Pero la redacción final de la norma es ambigua.

Esquivel Favareto (2012) cuestiona la capacidad de la SUGEF para regular fideicomisos que sean administrados por terceros ajenos al Sistema financiero Nacional e indica que esta institución debería fiscalizar exclusivamente a ese sector. La falta de recursos, capacidad y malos recursos electrónicos que se reflejan en un mal desempeño de la entidad.

La crítica realizada pierde importancia para los casos de los fideicomisos públicos, dado que, el fiduciario es, por lo general, un banco estatal que, según la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, están bajo fiscalización de la Superintendencia General de Entidades (artículo 7), lo que aumenta los controles en beneficio de la Hacienda Pública.

Asimismo, en cuanto a la función de SUGEF, la CGR indica lo siguiente:

Ahora bien, es necesario tener presente que la SUGEF no distingue si los contratos de fideicomiso que poseen las entidades que supervisa fueron constituidos o no con fondos públicos, es decir, el control de la SUGEF se dirige a la prestación del servicio bancario, independientemente de si los contratos de fideicomiso son suscritos con sujetos públicos o privados.

En ese sentido, se deberá coordinar con la SUGEF para conocer más de cerca la forma en que ejerce esta función en particular, y valorar la posibilidad de que, a través de ella, se puedan fiscalizar algunos aspectos concretos de los fideicomisos que les resultara aplicables el artículo f de la LAFRPP, para evitar con ello una duplicidad en la fiscalización, y obtener mayor colaboración entre los componentes del Ordenamiento de Control y Fiscalización Superior de la Hacienda Pública. (CGR, 2002a, pág. 43 y 44)

En la realidad la función de la SUGEF como fiscalizador de los fideicomisos públicos es casi nula, siendo que ésta tiene un papel muy pasivo con respecto de los fideicomisos, pues realiza más un control del fiduciario como entidad financiera y se encarga de evaluar los riesgos de esta entidad.

A pesar de ello, el CONASIFF, entiende dentro de las funciones de la SUGEF, *identificar los riesgos que surgen por la participación de las entidades fiscalizadas en fideicomisos, incluyendo los riesgos del fideicomitente y del fideicomisario, así como la*

necesidad de efectuar análisis de escenarios y pruebas de situaciones extremas que permitan la adopción de planes de contingencia y mitigación de riesgos. (CONASSIF, sesión 882-2010, 2010).

c) Superintendencia General de Valores

La Superintendencia General de Valores (SUGEVAL), tiene fundamento en la Ley Reguladora del Mercado de Valores (LRMV), norma que le encomienda mantener la transparencia de los mercados de valores, la formación correcta de los precios en ellos y la protección de los inversionistas. Al respecto señala el artículo 3 de esta norma:

“Creación y funciones

Créase la Superintendencia General de Valores, denominada en esta ley la Superintendencia, como órgano de máxima desconcentración del Banco Central de Costa Rica. La Superintendencia velará por la transparencia de los mercados de valores, la formación correcta de los precios en ellos, la protección de los inversionistas y la difusión de la información necesaria para asegurar la consecución de estos fines. Regirá sus actividades por lo dispuesto en esta ley, sus reglamentos y las demás leyes aplicables.

La Superintendencia regulará, supervisará y fiscalizará los mercados de valores, la actividad de las personas físicas o jurídicas que intervengan directa o indirectamente en ellos y los actos o contratos relacionados con ellos, según lo dispuesto en esta ley.

Con el propósito, de cumplir sus fines se pueden identificar tres áreas por medio de las cuales la SUGEVAL lleva a cabo sus funciones, las cuales se mencionan a continuación:

a) Regulación: La SUGEVAL emite distintos reglamentos, con el fin de marcar de forma clara los requisitos, obligaciones, derechos y procedimientos de los participantes en el mercado de valores.

Es deber de la SUGEVAL, aprobar los estatutos y reglamentos de bolsas de valores, sociedades de compensación y liquidación, centrales de valores y sociedades clasificadoras de riesgo. En relación con esta obligación de emitir reglamentos, también, la ley autoriza al

Superintendente de esta entidad para suspender temporalmente estos reglamentos, modificarlos o revocarlos cuando sea necesario para proteger al público inversionista o tutelar la libre competencia, conforme con los criterios generales y objetivos que definan los reglamentos dictados por el CONASSIF. (Artículo 8 de la LRMV)

De interés en el tema de fideicomisos públicos, cabe mencionar las siguientes normas emitidas por esta entidad:

- Reglamento sobre financiamiento de proyectos de infraestructura;
- Reglamento sobre el proceso de titularización
- Reglamento sobre sociedades fiduciarias que administren fideicomisos emisores de valores de oferta pública.
- Reglamento sobre la oferta pública de valores.

Estas normas son recientes y se han emitido con el objetivo de flexibilizar el marco regulatorio de la titularización. Sobre este punto se volverá más adelante.

b) Fiscalización: con el fin de verificar el cumplimiento de la normativa, por parte de los regulados, se lleva a cabo el monitoreo e inspección oportuna del mercado de valores y sus participantes.

Dentro de las principales funciones de fiscalización se puede mencionar las siguientes:

- Autorizar la emisión de valores cuando la ley lo indique y según las normas reglamentarias emitidas por la superintendencia (artículo 10 LRMV)
- Autorizar fondos de inversión (artículo 74 LRMV)
- Ejercer su potestad sancionadora (artículo 168 LRMV)
- Imponer, a las entidades fiscalizadas, las medidas precautorias y las

sanciones previstas en el título IX de esta ley, salvo las que le corresponda imponer al Consejo Nacional.

– Autorizar el funcionamiento de los sujetos fiscalizados y la realización de la oferta pública e informar al Consejo Nacional sobre tales actos.

– Solicitar al Consejo Nacional la suspensión, intervención y revocación de la autorización del funcionamiento de los entes supervisados y la suspensión o revocación de la autorización de la oferta pública.

– Exigir, a los sujetos fiscalizados, toda la información razonablemente necesaria, en las condiciones y periodicidad que determine, por reglamento el Consejo Nacional, para cumplir adecuadamente con sus funciones supervisoras del mercado de valores. Para ello, sin previo aviso podrá ordenar visitas de auditoría a los sujetos fiscalizados. La Superintendencia podrá realizar visitas de auditoría a los emisores, con el fin de aclarar la información de las auditorías. Sin embargo, cuando el emisor coloque valores en ventanilla, la Superintendencia podrá inspeccionar los registros de las colocaciones de los emisores y dictar normas sobre la manera de llevarlos

c) Otra función importante es la difusión de información y educación al público, esto se hace con el propósito de ofrecer al inversionista la información necesaria para que pueda tomar sus decisiones, se llevan a cabo actividades de educación y se dispone de una serie de productos y servicios informativos.

Al respecto, puede mencionar la obligación que tiene la SUGEVAl de llevar de forma actualizada un Registro Nacional de Valores e Intermediarios, que tiene la intención

de garantizar la transparencia del mercado y la protección del inversionista. En este sentido, el artículo 6 de la LRMV señala:

Artículo 6.- Inscripción

Todas las personas físicas o jurídicas que participen directa o indirectamente en los mercados de valores, excepto los inversionistas, así como los actos y contratos referentes a estos mercados y las emisiones de valores de las cuales se vaya a realizar oferta pública, deberán inscribirse en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios, conforme a las normas reglamentarias que dicte al efecto la Superintendencia. La información contenida en el Registro será de carácter público. Los inversionistas que tengan participación accionaria significativa de acuerdo con los términos de esta ley, deberán comunicarlo de inmediato a la Superintendencia.

La Superintendencia reglamentará la organización y el funcionamiento del Registro, así como el tipo de información que considere necesaria para este Registro y la actualización, todo para garantizar la transparencia del mercado y la protección del inversionista.

La Superintendencia deberá velar porque la información contenida en ese Registro sea suficiente, actualizada y oportuna, de manera que el público inversionista pueda tomar decisiones fundadas en materia de inversión.

En pro de esta tarea de distribución de la información el artículo 8 de la LRMV, faculta a la SUGIVAL para realizar lo siguiente:

- Exigir, a los sujetos fiscalizados, información sobre las participaciones accionarias de sus socios, miembros de la junta directiva y empleados, hasta la identificación de las personas físicas titulares de estas participaciones y hacerla pública a partir del porcentaje que disponga reglamentariamente el Consejo Nacional.
- Exigir mediante resolución motivada, a los sujetos fiscalizados, sus socios, directores, funcionarios y asesores, información relativa a las inversiones que, directa o indirectamente, realicen en valores de otras entidades que se relacionan con los mercados de valores, en cuanto se necesite para ejercer sus funciones supervisoras y proteger a los inversionistas de los conflictos de interés que puedan

surgir entre los participantes en el mercado de valores.

- Exigir, a los sujetos fiscalizados, el suministro de la información necesaria al público inversionista para cumplir con los fines de esta ley.
- Suministrar al público la más amplia información sobre los sujetos fiscalizados y la situación del mercado de valores, salvo la relativa a las operaciones individuales de los sujetos fiscalizados, que no sea relevante para el público inversionista, según lo determine el Consejo Nacional mediante reglamento.

Ahora bien, para efectos de esta investigación, el papel de la SUGEVAL cobra importancia dentro de los fideicomisos de titularización creados para el desarrollo de obra pública, figura que es utilizada en nuestro país para financiar la construcción de infraestructura pública y que surge como alternativa para eliminar la deficiencia que ha tenido el país en el desarrollo de esta área.

De ahí, surge la importancia de analizar la participación que tiene la SUGEVAL en la fiscalización y control del funcionamiento de los fideicomisos públicos.

Lo anterior, porque de conformidad con la Ley Reguladora del Mercado de Valores, Ley 7732, específicamente, en su numeral tercero, es a la Superintendencia a la que le corresponde regular, supervisar y fiscalizar los mercados de valores y la actividad de aquellas entidades o personas físicas que intervengan en este mercado.

En uso de su potestad normativa, los principales aportes por parte de la SUGEVAL han sido la promulgación del reglamento sobre financiamiento de proyectos de infraestructura; el reglamento sobre el proceso de titularización y el reglamento sobre sociedades fiduciarias que administren fideicomisos emisores de valores de oferta pública. Todos publicados en La Gaceta número 190 del 3 de octubre de 2014, y actualmente, se encuentra vigente.

Estas reglamentaciones, simplificaron las regulaciones existentes y acabaron con el conflicto que se venía dando con los fideicomisos de desarrollo de obra pública, el cual se detalla a continuación.

Anteriormente a las reformas y reglamentos mencionados, se entendía que la SUGEVAL había puesto un muro a la utilización de fideicomisos de titularización para construcción de obra pública.

Los fideicomisos de desarrollo de obra pública conocidos como FIDOP, se encontraban estancados debido a que la SUGEVAL, refutó el diseño que se pretendía utilizar con el fideicomiso firmado entre el Banco Nacional y la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS).

La SUGEVAL consideró que para el esquema utilizado no existían activos o flujos que se pudieran trasladar al fideicomiso, y que sirvieran como garantía para pagar la deuda contraída con los inversionistas. (Fernández, 2010)

Esta paralización, se debió a que el Reglamento sobre Oferta Pública de Valores, que regulaba estos fideicomisos en sus artículos 73-98, exigía que las obras estuviesen creadas en el momento de emitir títulos de deuda. Esto, según la interpretación que la SUGEVAL realizó del artículo 60 del mencionado reglamento. (Fernández, 2010)

Lo anterior, suponía que el fideicomiso para crear la infraestructura encomendada, debería optar por créditos corrientes estando vedada la posibilidad de adquirir el financiamiento inicial a través de los mecanismos de titularización.

Por lo anterior, se tenía la opinión de que si el fideicomiso iniciaba una titularización estaría incurriendo posteriormente en un repago de deuda, al respecto se puede citar:

Por otra parte, la gran expectativa generada por la figura de fideicomisos de desarrollo de obra pública ha chocado contra una normativa sumamente conservadora (Reglamento sobre Oferta Pública de Valores, artículos 73-98). Esta exige que los proyectos (por ejemplo, el TREM) deban estar completamente construidos como requisito previo a la captación de recursos en el mercado de valores, lo que obliga recurrir a los esquemas convencionales de financiamiento (bancario), convirtiendo el mecanismo en una simple herramienta de repago de deuda. Además, cuando una dependencia del Poder Ejecutivo desee ejecutar un proyecto mediante fideicomiso, la normativa exige contar con aprobación legislativa, lo que sin duda politiza y entraba el instrumento. (Villalobos, 2008, párr. 9)

Desde este supuesto, se entiende que existe repago de deuda, en los casos en los que la titularización se estuviera empleando como herramienta principal para obtener la liquidez necesaria para la construcción. En este caso, la emisión de títulos no sería el mecanismo más adecuado, pues se estaría pagando, en última instancia, la deuda de los títulos y los créditos ordinarios utilizados para el desarrollo de la obra en perjuicio de la Hacienda Pública.

Determinar si existe o no repago de deuda con la emisión de títulos valores, dependerá del esquema específico que utilice cada fideicomiso. Parece que en protección de la Hacienda Pública, la emisión de títulos debe hacerse con el objetivo de financiar la construcción de las obras y facilitar la ejecución de proyecto encargado al fideicomiso y no para pagar los créditos utilizados que provienen de mecanismos financieros convencionales.

Lo anterior, porque si se paga el financiamiento inicial con la liquidez que produzcan los títulos valores, se incrementarían los costos de manera considerable. Los costos de la Administración para pagar el proyecto, no solo tendrían que cubrir el capital y los intereses de la deuda inicial, sino también, la adquirida por la emisión de los títulos.

Por lo tanto, los fideicomisos de titularización de obra pública, resultan útiles, en tanto permiten que, por medio de la emisión de títulos valores con respaldo en los recursos

futuros que generaría la infraestructura a construir, se pueda captar el ahorro nacional para su financiamiento y que luego mediante una unidad ejecutora debidamente seleccionada, se construyan las obras encomendadas para satisfacer el fin público.

Volviendo al tema de la interpretación del artículo 60 realizada por la SUGEVAL; el criterio generó discusiones, en tanto el ICE ya tenía experiencia en la ejecución de obra pública mediante titularización de valores emitidas por el fideicomiso, por ejemplo, en los fideicomisos de titularización para la construcción de los proyectos hidroeléctricos de Cariblanco, Peñas Blancas y Garabito. (Fernández, 2010)

En realidad, el esquema que planteaban los fideicomisos del ICE y el que planteaba la CCSS era distinto. Principalmente, porque el ICE, tenía suscrito un contrato de arrendamiento que lo obligaba a pagar los alquileres en el plazo indicado en el acuerdo, estuvieran o no listas las construcciones.

En estos fideicomisos del ICE, los flujos que produce el contrato de arrendamiento es lo que permitía hablar de titularización, la CCSS por su parte no tenía los activos que se estaban trasladando y conforme con el contrato de arrendamiento, en el momento de la entrega, la institución tenía la posibilidad de rechazar el producto, por lo que se creaba inseguridad. (Navarro& Roldán, 2013, pág89)

Todo este embrollo, vio luz verde con las recientes reformas al Reglamento de Oferta Pública de Valores y la emisión de los reglamentos sobre financiamiento de proyectos de infraestructura; sobre el proceso de titularización y sobre sociedades fiduciarias que administren fideicomisos emisores de valores de oferta pública, que se emitieron en octubre de 2014.

Los reglamentos se emitieron a raíz de la reforma aprobada mediante el artículo 11 del acta de la sesión 571-2006, celebrada el 20 de abril del 2006 y el artículo 8 del acta de

la sesión 881- 2010, celebrada el 17 de setiembre del 2010, realizada en el Reglamento sobre la Oferta Pública de Valores, especialmente, en lo referente a los temas, con valores provenientes de procesos de titularización y con fideicomisos de desarrollo de obra pública.

La SUGEVAL determinó que las reformas eran necesarias para que no se limitara en surgimiento de nuevos esquemas alternativos de financiamiento de proyectos de infraestructura. Sobre todo la limitación que exigía un arrendamiento para cada estructuración que se pretendía.

Asimismo, los cambios realizados se orientaron a mantener revelación y transparencia en los proyectos y su estructura de financiamiento y gestión. Se permiten diferentes vehículos de estructuración, opciones distintas de contratos de arrendamiento como ancla de estructuración, entre otros aspectos.

Es importante mencionar que los participantes se encuentran sujetos a la normativa prudencial, sancionatoria y de remisión de información periódica establecida por la Superintendencia General de Valores y deben estar autorizados e inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios, con el fin de garantizar un balance entre la flexibilidad de las figuras y la protección del inversionista. (Reglamento sobre sociedades fiduciarias que administren fideicomisos emisores de valores de oferta pública).

A continuación y de relevancia para este tema de estudio, es de utilidad mencionar los mecanismos de control y fiscalización a cargo de la SUGEVAL que contienen los reglamentos mencionados en relación con el tema de fideicomisos públicos:

a) Reglamento sobre financiamiento de proyectos de infraestructura:

Este reglamento se enfoca en definir la forma como los vehículos con fin especial (entre ellos los fideicomisos) emitirán los bonos, establece los requisitos y la documentación necesaria con la que deben contar con el fin de reducir el riesgo e informar

de la forma más veraz y detallada al Inversionista.

Sobre las características del fiduciario el reglamento exige que la empresa esté constituida y domiciliada en Costa Rica. Además, deben ser administrados por los bancos sujetos a la supervisión de SUGEF, por el Instituto Nacional de Seguros o por las sociedades fiduciarias, autorizadas e inscritas en el RNVI.

De igual forma, se exige que cuando se utilice el fideicomiso como mecanismo de estructuración, el fiduciario no debe ejecutar directamente las actividades propias del proceso de diseño, construcción, equipamiento, mantenimiento, vigilancia e inspección de las obras. En este caso, se debe contratar un administrador o administradores del proyecto, que se encarguen de la ejecución y contratación de estas actividades.

Dentro de las disposiciones más relevantes, se encuentra la mencionada en el artículo cuatro, la cual habilitó a los FIDOP para emitir bonos en cualquiera de los estados del proyecto y no hasta la conclusión de las obras civiles. Sobre este punto incluye la siguiente restricción

Artículo 4. Condiciones de los proyectos

b. Una vez registrada la primera emisión de valores de oferta pública, no se pueden incorporar al vehículo nuevos proyectos o nuevas obras que no formen parte de la concepción inicial del proyecto. Las obras producto de imprevistos necesarias para el proyecto se consideran parte del concepto inicial del proyecto.

Las obligaciones de proporcionar de información clara para proteger al inversionista se amplían en los requisitos que se exigen para el prospecto de emisión de títulos. De relevancia en este punto se puede señalar el Artículo 17 y 23 de la norma que se analiza. Al respecto exigen:

- 1- Que el prospecto de emisión revele el plan de inversión y la estructura de financiamiento del proyecto, el aporte patrimonial inicial y la justificación de dicha

estructura.

2- Debe además, revelar las fuentes de financiamiento alternativo a las que podría recurrir el proyecto en caso de que no se cumpla a cabalidad el plan de inversión y la estructura de financiamiento, así como las condiciones generales que deben reunir las operaciones de crédito que se formalicen con posterioridad a la autorización de oferta

Según el artículo 23 el prospecto debe contener la siguiente información:

- a. La emisión, el vehículo de propósito especial, el proyecto y sus características generales, y la naturaleza de las obras a desarrollar.
- b. La identificación de los participantes del proyecto.
- c. Información sobre el estudio de factibilidad financiera, la estructura de financiamiento, aspectos de mercado, técnico y legal, y los estudios, permisos y autorizaciones requeridos para la ejecución del proyecto.
- d. La estructura de gestión y control del vehículo, los riesgos asociados y su gestión.
- e. La forma jurídica o estructura utilizada para incorporar activos tangibles o intangibles al vehículo de propósito especial, los participantes y los riesgos asociados, cuando los proyectos se efectúen en el extranjero.

Asimismo, se debe revelar las autorizaciones y permisos requeridos para el proyecto detallando los obtenidos, así como el lugar donde la documentación de estos puede ser consultada por el público inversionista. Adicionalmente, en el prospecto se deben especificar los permisos y autorizaciones pendientes y describir el proceso para su obtención, el estado actual de los trámites, así como los riesgos de no conseguirlos u obtenerlos parcialmente, detallando las posibles consecuencias para los inversionistas en

cada caso.

El emisor de los títulos debe mantener la información suministrada en el prospecto debidamente actualizada. De igual forma, el fiduciario debe estar en una constante identificación, revelación y gestión de riesgos durante la vigencia de las emisiones.

El Artículo 16, de este reglamento exige la presentación de informes a la SUGEVAL con una periodicidad trimestral, más un informe del avance del proyecto, a los cuales los inversionistas tendrán acceso. Sobre el contenido de estos informes dice el artículo:

Los informes de avance se deben referir al menos a la actualización de los participantes designados para el desarrollo de las obras, la actualización de la información sobre estudios efectuados, aspectos de mercado, técnicos, legales y financieros, estado de la obra física, avance del proyecto en relación al informe anterior y al cronograma inicial del proyecto, así como el análisis de costos del avance real en relación con el plan de inversión planteado inicialmente.

Se exige, además un estudio de factibilidad financiera, que incorpore las proyecciones financieras de los flujos de caja estimados que generará el proyecto, del estado de situación y del estado de resultados integral, para un plazo que abarque la totalidad de los valores que se pretenden emitir sustentados en dichas proyecciones e incluir escenarios de sensibilización. Asimismo, debe incluir los supuestos que respaldan las proyecciones y las situaciones que podrían afectar el comportamiento estimado de los flujos.

Es notoria la exigencia de información clara, veraz y actualizada que se hace a los fiduciarios, pues habilitándose la posibilidad de dar en garantía ingresos futuros, la SUGEVAL debe verificar que el riesgo de inversión se mantenga a un nivel razonable y que el inversionista cuenta con las herramientas adecuadas para tomar su decisión.

b) Reglamento sobre el proceso de titularización:

Este Reglamento establece las condiciones y limitaciones que deberán considerar los procesos de titularización estructurados por medio de universalidades, fideicomisos y fondos de inversión.

Es relevante mencionar los requisitos que este reglamento impone a los encargados de administrar esos vehículos financieros en tanto creemos que deben ser tomados en cuenta para la contratación del fiduciario en los fideicomisos públicos autorizados para titularizar.

Inicialmente, en el artículo 15) se establece que las únicas personas autorizadas para administrar los vehículos de propósito especial siguientes entidades:

- a. En el caso de las universalidades, por las sociedades titularizadoras autorizadas e inscritas en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios (RNVI.)
- b. En el caso de los fideicomisos de titularización, por los bancos sujetos a la supervisión de la SUGEF, el Instituto Nacional de Seguros, las sociedades titularizadoras y las sociedades fiduciarias autorizadas e inscritas en el RNVI.
- c. En el caso de los fondos de titularización, por las sociedades administradoras de fondos de inversión inscritas en el RNVI.

De igual forma se exige que la sociedad o empresa cuente con un capital social mínimo, suscrito y pagado de ciento veinticinco millones de colones (¢125.000.000). Este monto es actualizado cada año con base en el Índice de Precios al Consumidor mediante acuerdo de alcance general de la Superintendencia General de Valores.

Asimismo, la sociedad o empresa contratada debe contar con la estructura organizativa, el recurso humano y tecnológico, los mecanismos de control interno y los

procedimientos que le permitan a la sociedad brindar sus servicios, de conformidad con los lineamientos establecidos por la Superintendencia.

Es necesario además, que cuente con una unidad de gestión de riesgos, interna o externa, que cumpla con las disposiciones establecidas en el Reglamento de gestión de riesgos.

Además, exige la constitución de un comité de selección y vigilancia encargado de velar por la calidad de la selección y posterior gestión de los activos titularizados. Al respecto señala el artículo 16):

Este comité deberá ser un cuerpo colegiado integrado por personas con experiencia en la administración de activos similares a aquellos objetos de la titularización, de las cuales al menos una debe ser independiente del grupo financiero al que pertenezca la entidad administradora del vehículo de titularización y el originador.

Los administradores de los vehículos de propósito especial deben conservar la documentación de respaldo del proceso de verificación que llevaron a cabo para el cumplimiento de estos requisitos. El comité deberá llevar actas de sus reuniones, en los términos establecidos por la Superintendencia mediante acuerdo de alcance general.

El reglamento exige a la empresa administradora estructurar y documentar sistemas de control interno, que permitan la identificación, la cuantificación, la administración y el seguimiento de los riesgos que está asumiendo y los mecanismos de gestión.

Además, la empresa administradora deberá mantener la documentación por medios físicos o electrónicos de los vehículos de propósito especial que administra por un plazo mínimo de cinco años contados a partir del vencimiento del contrato de fideicomiso

Asimismo, deberán suministrar a los inversionistas información oportuna y veraz sobre su situación financiera y la de los vehículos de propósito especial que administra.

c) Reglamento sobre sociedades fiduciarias que administren fideicomisos emisores de valores de oferta pública:

Mediante este reglamento, la SUGEVAL está encargada de realizar el registro de las personas jurídicas que desean constituirse como administradoras de fideicomisos, al respecto el artículo 9 le encarga la revisión de las solicitudes y la verificación de la información y documentación que deben aportar exigida por el reglamento.

Asimismo, la SUGEVAL, deberá autorizar la desinscripción de las sociedades y brindar un informe mensual al CONASSIF sobre las autorizaciones conferidas y sobre las solicitudes denegadas y su fundamento, así como los archivos de solicitudes que se realicen con indicación del plazo transcurrido para su aprobación.

Como se puede ver, el control a cargo de la SUGEVAL recae sobre los temas relacionados al mercado de valores y protección del inversionista, por lo que no se observa una duplicación de funciones con respecto de la fiscalización que ejerce la Contraloría General. El mismo ente contralor ha determinado que las funciones se encuentran claramente diferenciadas en el ámbito de competencia de cada institución, siendo conveniente que se creen espacios de coordinación y retroalimentación mutua (CGR, 2007a, pág. 46)

SECCIÓN II: EL CONTROL EN LOS FIDEICOMISOS PÚBLICOS.

A. ÓRGANOS DE CONTROL DEL FIDEICOMISO PÚBLICO.

Cabe hacer mención a las diferentes instancias que de una u otra cuentan con la responsabilidad de ejercer control sobre los fideicomisos.

1. Auditoría Interna

La Ley General de Control Interno (LGCI), N° 8292 del 31 de julio de 2002, regula las responsabilidades de los diferentes actores en el ámbito del Sector Público, configurándose como la referencia legal básica para una comprensión uniforme del control interno.

En el sector público, el objetivo fundamental del Sistema de Control Interno, es brindar una seguridad razonable del logro de los objetivos institucionales en apego a la legalidad.

Para permitir la eficiencia, los mecanismos de control deben de estar integradas a la gestión organizacional, de manera que se vea como una herramienta útil y naturalmente vinculada con la forma de hacer las cosas, para el logro de los objetivos, en el cual garantice calidad de la información, la confiabilidad, la oportunidad y la utilidad.

La responsabilidad fundamental sobre el sistema de control interno recae en los jefes y titulares subordinados de las instituciones, quienes son directamente responsables del mantenimiento, perfeccionamiento y la evaluación de éstos sistemas.

Igualmente, los funcionarios de cada institución, de conformidad con las responsabilidades que competen a cada puesto de trabajo, deben realizar de manera oportuna, efectiva y observando las regulaciones técnicas y jurídicas aplicables, las acciones pertinentes que les correspondan y atender los requerimientos para el debido diseño, implantación, operación, y fortalecimiento de los distintos componentes funcionales del Sistema de Control Interno.

Asimismo, el jefe y los titulares subordinados, pueden y deben solicitar la orientación de la auditoría interna, dado que ésta es especialista en la materia.

De este modo de importancia se tiene que la administración activa, debe ejecutar una serie de acciones diseñadas para brindar seguridad para lograr proteger y conservar el patrimonio público contra cualquier pérdida, despilfarro, uso indebido, irregularidad o acto ilegal, ello dada la importancia que se ha conferido a la protección de la Hacienda Pública y del reconocimiento del control interno como “primera línea de defensa” para la salvaguarda del patrimonio institucional y la prevención y detección de errores y fraudes.

Le corresponde, también, exigir confiabilidad y oportunidad de la información, garantizar eficiencia y eficacia de las operaciones que es congruente con el principio constitucional de eficiencia (artículo 11 de la Constitución Política) y cumplir con el ordenamiento jurídico y técnico en observancia del principio de legalidad, dentro del marco del contrato de fideicomiso que se establezca.

Dentro de estas responsabilidades de la Administración Activa, la Contraloría General de la República ha indicado en su oficio del Área de Fiscalización de Servicios Públicos Generales:

“...en relación con el refrendo concedido a la contratación de marras, procedemos a efectuar las siguientes observaciones y condicionamientos a los que queda sujeta la aprobación otorgada por este despacho, cuya verificación será responsabilidad exclusiva de la persona que ocupe el cargo de Director Nacional del ICODER, o en su defecto quien ejerza ese cargo. En caso de que ése no resulte competente para verificarlas, será su responsabilidad instruir a la dependencia que corresponda, ejercer el control sobre los condicionamientos señalados a continuación...”; no releva de manera alguna a la administración activa de velar porque el contrato se ejecute adecuadamente y los objetivos del mismo sean alcanzados, sin perjuicio de las actividades que lleve a cabo la Auditoría Interna según se indicará adelante.”(CGR, 2011, Oficio N° 01227(DCA-0270)

En materia de fideicomisos, continúa refiriendo el oficio de dicha área de fiscalización acerca del cumplimiento de las disposiciones de la Ley General de Control Interno por parte del fiduciario y de la administración fideicomitente:

“En este orden, debe el fiduciario, al igual que la administración fideicomitente, cumplir con las disposiciones contenidas en la LGCI, siendo entonces que dentro de la administración fiduciaria el jerarca respectivo y sus titulares subordinados son responsables por el establecimiento y mantenimiento de un mecanismo de control interno adecuado de los recursos que se le han trasladado en propiedad fiduciaria, el cual en todo momento le deberá permitir la rendición de cuentas a la entidad fideicomitente. Asimismo, la Auditoría Interna del fiduciario desempeña un rol en los términos del artículo 22 de la LGCI, lo cual no es óbice para que se lleven a cabo otras actividades de control. Por otra parte, se establece además como una de las obligaciones del fiduciario, el contratar una firma de auditoría externa para que realice la auditoría” (CGR, Oficio N° 3884(DFOE-PG-142), 2013)

De lo expresado anteriormente se deduce que la administración fideicomitente debe cumplir con lo que dicta la LGCI, al igual que el fiduciario, a quien le corresponde administrar el patrimonio del fideicomiso, pues debe acatar lo dispuesto en la ley de marras, desde esa perspectiva dentro de la administración fiduciaria el jerarca respectivo y sus titulares subordinados son responsables por el establecimiento y mantenimiento de un mecanismo de control interno de los recursos que se le han trasladado en propiedad fiduciaria, el cual en todo momento le deberá permitir la rendición de cuentas a la entidad fideicomitente.

Lo que suscita una especial importancia de que la ley que autorice la creación de un fideicomiso y el contrato respectivo, contengan cláusulas concretas sobre el tema de responsabilidades de dichos comités, de frente a la responsabilidad general de fiduciario.

Con respecto del tema de las potestades y deberes de la Auditoría Interna de cada una de las instituciones, concretamente en el caso de los fideicomisos establece el artículo 22 de la Ley General de Control Interno:

Artículo 22. —Competencias. Compete a la auditoría interna, primordialmente lo siguiente:

a) Realizar auditorías o estudios especiales semestralmente, en relación con los fondos públicos sujetos a su competencia institucional, incluidos fideicomisos, fondos especiales y otros de naturaleza similar. Asimismo,

efectuar semestralmente auditorías o estudios especiales sobre fondos y actividades privadas, de acuerdo con los artículos 5 y 6 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en el tanto estos se originen en transferencias efectuadas por componentes de su competencia institucional.

De ahí, su responsabilidad en la verificación dentro de sus planes de trabajo, incluir lo relativo a estudios especiales sobre el uso de los recursos fideicometidos, en cuanto al cumplimiento del marco de control diseñado por la administración activa, si resulta suficiente, y a la proposición permanente de medidas correctivas en caso de requerirse.

Lo que deriva su responsabilidad en el contexto institucional si no lleva a cabo pertinentemente dichos procesos y servicios de asesoría, advertencia y fiscalización que conlleven la emisión de recomendaciones, sugerencias y advertencias relevantes y oportunas para reforzar los cinco componentes funcionales (seguimiento, actividades de control, sistemas de información, valoración del riesgo, ambiente de control).

En cuanto al contenido de las cláusulas que deben establecerse en este tipo de contrato sobre auditorías, debe tomarse en cuenta, la obligación del fiduciario de realizar auditorías internas periódicas y la facultad del fideicomitente o del fideicomisario, de contratar de su propio peculio la realización de auditorías externas, para la fiscalización del fideicomiso, así lo señala López Draque al destacar el contenido de estas cláusulas:

“Se indica en esta cláusula la obligación del fiduciario, de realizar auditorías internas periódicas, sobre su gestión como Fiduciario. Además, se establece la facultad del Fideicomitente o del Fideicomisario, de contratar, por lo menos una vez al año, auditorías externas, de su propio peculio, para la fiscalización de la administración y ejecución del Fideicomiso (López Draque, 2000).

En conclusión, las responsabilidades que se establecen en la LGCI, para los diferentes actores dentro de la administración pública, no varían abordando el tema de fideicomisos; por lo que, tanto la Administración activa, las auditorías internas, así como los respectivos fiduciarios, no deben pasar por alto todos los mecanismos que se establecen

para velar por el adecuado manejo de los fondos que se disponen en un fideicomiso y por ello orientados a realizar estudios periódicos sobre el adecuado funcionamiento del fideicomiso.

2. Comité de Vigilancia

Este comité es un órgano auxiliar que fiscaliza el funcionamiento del fideicomiso, de acuerdo con lo que se establezca en los contratos respectivos, con el objetivo de realizar una vigilancia de la gestión de los activos administrados, correcta gestión del fideicomiso y sus programas, observar el fiel cumplimiento de las finalidades de los contratos y normativa que resulte aplicable.

En específico cabe indicar, que el artículo 116 inciso 7) la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, instauro la posibilidad de crear dichos comités para el control de los fondos, en los siguientes términos: *“(...) En el contrato respectivo puede convenirse en el establecimiento de controles en cuanto al manejo de los fondos afectos al fideicomiso. Si se establecieran "Comités Especiales" con ese propósito el fiduciario al sujetarse a sus disposiciones, descargará su responsabilidad en cuanto a la respectiva transacción (...)”*

Se integra un grupo de profesionales que cuenten con cierta experiencia en el desarrollo y administración de los proyectos o actividades que se requieran realizar.

Es relevante que los contratos respectivos, definan con claridad las responsabilidades y la autoridad que se les confiere a dichos funcionarios, con el objetivo de poder solicitar cuentas por sus acciones u omisiones en el desempeño de sus labores, se debe estipularla normativa de control interno que le sea aplicable a estos órganos.

Además, se debe plantear una serie de funciones concretas, entre las cuales se consideran importantes la de someter a conocimiento del fideicomitente y fiduciario, los informes de gestión del fideicomiso cada cierto tiempo, informar situaciones importantes

que tengan incidencia sobre la operación del fideicomiso y remisión de cualquier otra información que se estime oportuna para la buena marcha del contrato.

Estos órganos colegiados deben ejercer las atribuciones tendientes a girar lineamientos, aprobar políticas y directrices, conceder autorizaciones, tomar ciertas decisiones de relevancia para la buena administración y fiscalización transparente de las actividades del fideicomiso

3. Oficial de Cumplimiento

En cuanto al oficial de cumplimiento, se puede decir que es un funcionario, cuya designación se encuentra encomendada a la institución financiera, con la finalidad de vigilar el cumplimiento de los procedimientos y programas en cuanto a materia de legitimación de capitales se refiere, y además, tiene la función ser un enlace con las autoridades competentes.

Así lo dispone el acuerdo SUGEF 12-10, que es normativa establecida para el cumplimiento de la Reforma Integral Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo, en su artículo 2 establece la definición:

“Oficial de cumplimiento: Funcionario que la institución financiera deberá designar con el objetivo de vigilar el cumplimiento de los programas y procedimientos internos en materia de legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo quien a su vez servirá de enlace con las autoridades competentes.”

Asimismo, se dispone la existencia de un Comité de Cumplimiento, quien es el encargado de apoyar y vigilar al Oficial mencionado:

Artículo 31. Del Comité de Cumplimiento

Cada uno de los sujetos fiscalizados por las Superintendencias deben nombrar un órgano de apoyo y vigilancia al Oficial de Cumplimiento, denominado Comité de Cumplimiento, el cual debe ser establecido en forma permanente, por acuerdo de la

junta directiva u órgano colegiado equivalente, y debe reportar directamente a dicho órgano colegiado.

Cabe referir que la misma normativa dispone, que dicho Comité deberá estar integrado como mínimo por cuatro miembros del sujeto fiscalizado, a saber; el Gerente General, un miembro de la junta directiva u órgano colegiado equivalente, un funcionario de alto nivel del área operativa del sujeto fiscalizado y el Oficial de Cumplimiento.

Dentro de las funciones más importantes de la Oficialía de Cumplimiento, establecidas en dicho acuerdo se encuentran: ser enlace directo entre el sujeto fiscalizado y el órgano supervisor correspondiente, así como, con cualquier otra autoridad competente; además vigilar porque existan registros adecuados de los clientes del sujeto fiscalizado, realizar un monitoreo constante de las operaciones de los clientes, tendiente por identificar transacciones sin fundamento económico o legal evidente, o que se salen de los patrones habituales establecidos por el sujeto fiscalizado, con el fin de prevenir que se efectúen transacciones con fines ilícitos.

También, se dispone remitir, al menos cada tres meses, un informe al Comité de Cumplimiento, preparar y comunicar, con absoluta independencia, al órgano competente las operaciones sospechosas. Es responsabilidad del Oficial de Cumplimiento, o en su ausencia del Oficial adjunto de Cumplimiento, validar y enviar los reportes respecto de transacciones en efectivo únicas y múltiples y transferencias desde o hacia el exterior.

B. CONTROL CIUDADANO.

El tema del control ciudadano está estrechamente relacionado con el derecho constitucional de acceso a la información y con la obligación de transparencia a la que está sometida toda institución pública.

Este tema, sumado al ejemplo práctico de la participación ciudadana que ha intervenido en la creación del Fideicomiso para la construcción del corredor vial San José - San Ramón será objeto de análisis en este apartado.

1. Transparencia y Acceso a la Información.

La transparencia institucional es la base para prevenir la corrupción en las instituciones públicas y se fomenta a través de la facilidad que puedan proporcionar las instituciones al ciudadano para acceder a esa información. (Taitelbaum, Ofelia, 2012, párr. 3)

Cabe mencionar que una transparencia real, no sólo involucra la disponibilidad de la información al ciudadano, sino que además, esta información debe ser clara y comprensible materialmente. También, una administración transparente implica una difusión y comunicación de los informes y demás material al público en general. (Fallas Mora & Quiroz Álvarez, 2007, pág. 45).

Garantizar un acceso efectivo a la información, permite un control ciudadano más participativo, lo que a su vez, fomenta la existencia de una democracia real, pues solo estando informado de las acciones e intenciones del gobierno, el ciudadano podrá contribuir de forma provechosa en la toma de decisiones. Al respecto, es de relevancia citar lo señalado por la Sala Constitucional en ese sentido:

“(...) en el actual Estado Social de Derecho, encontramos como uno de sus principios fundamentales o estructurales el derecho de información y a la información para la efectiva participación de los ciudadanos en la toma de decisiones políticas. Tradicionalmente se ha conceptualizado el objeto de esta garantía constitucional del derecho de información como el intercambio de ideas que originan una discusión pública donde se forma la opinión personal que junto con las demás conformarán la opinión pública. En materia del medio ambiente debemos trasladar este concepto sobre el derecho de información a una nueva perspectiva que tiene todo individuo o colectividad de solicitar información y de ser informado por cualquier ente

estatal que no puede ser obstruida por las instituciones estatales referentes a cualquier proyecto que pueda afectar el goce de su derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Es entonces esta, la garantía que le permitirá participar a cualquier individuo o colectividad, haciendo uso de los intereses difusos del acceso a la participación, dentro de los procesos de toma de decisiones que afecten ese derecho, pues de lo contrario sería ilusorio y la norma constitucional resultaría superflua. Es en consecuencia obligación del Estado democrático, preservar esa libre comunicación formadora de la voluntad política del pueblo, y es a través de esa interrelación entre los receptores pasivos de la información o de quienes la demandan, que se realiza no sólo el pluralismo político, sino la intervención de un pueblo en la formación de proyectos que puedan afectar sus derechos fundamentales.” (Sentencia n.º 2238-1996, del 14 de mayo de 1996)

En nuestro país, ese derecho de acceso a la información está regulado a nivel constitucional en el artículo 30, que dispone lo siguiente:

Artículo 30.- Se garantiza el libre acceso a los departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público. Quedan a salvo los secretos de Estado.

Además, el artículo 27 constitucional que indica:

Se garantiza la libertad de petición, en forma individual o colectiva, ante cualquier funcionario público o entidad oficial, y el derecho a obtener pronta respuesta.

La garantía de que estas normas sean respetadas es la forma más sencilla de asegurar una rendición de cuentas clara y efectivamente suministrada al ciudadano, porque a través de un gobierno transparente y una exposición sencilla de la información, la administración pueda probarle al ciudadano la gestión efectiva de los recursos y el cumplimiento de sus funciones. (Villareal, et al, 2003 pág. 3).

Sobre el derecho de acceso a la información y el contenido de este derecho, la Sala Constitucional se ha pronunciado diciendo:

“(…). El contenido del derecho de acceso a la información administrativa es verdaderamente amplio y se compone de un haz de facultades en cabeza de la persona que lo ejerce tales como las siguientes: a) acceso a los departamentos, dependencias, oficinas y edificios públicos; b) acceso a los archivos, registros, expedientes y documentos físicos o

automatizados –bases de datos ficheros-; c) facultad del administrado de conocer los datos personales o nominativos almacenados que le afecten de alguna forma, d) facultad del administrado de rectificar o eliminar esos datos si son erróneos, incorrectos o falsos; e) derecho de conocer el contenido de los documentos y expedientes físicos o virtuales y f) derecho de obtener, a su costo, certificaciones o copias de los mismos.”(Sentencia Número 136-2003 15 de enero de 2013)

De igual forma, sobre las facultades de quien hace uso el ejercicio de este derecho se pronunció de la siguiente forma:

“(…) El derecho a la información es uno de los derechos del ser humano y está referido a una libertad pública individual cuyo respeto debe ser propiciado por el propio Estado. Este derecho, es a la vez, un derecho social cuya tutela, ejercicio y respeto se hace indispensable para que el ciudadano tome parte activa en las tareas públicas y pueda así participar en la toma de decisiones que afectan a la colectividad. En ese sentido, es un derecho humano inalienable e indispensable en la medida en que se parte de que información significa participación. De esta manera, si la información es requisito para que el ciudadano individualmente considerado adopte decisiones, informar, a la vez, es promover la participación ciudadana. El derecho de la información distingue tres facultades esenciales de quienes lo ejercen: la facultad de recibir, la facultad de investigar y la facultad de difundir informaciones. (...)”. (Sentencia n.º 3074-2002, del 2 de abril del 2002)

Asimismo, se debe hacer referencia a la importancia de la transparencia en materia de presupuesto, que como se ha explicado es el instrumento base del control económico y de gestión pública. Al respecto, el Reglamento a la ley 8131, menciona los siguientes principios generales que instruyen una gestión transparente de los recursos:

Rendición de cuentas: Obligación de todo jerarca y funcionario de los entes u órganos que conforman el Sistema de Administración Financiera del Sector Público, consistente en informar y demostrar, con objetividad y transparencia, los resultados de la gestión institucional.

Es una obligación periódica de informar al pueblo sobre las decisiones adoptadas, los motivos por los que se toman dichas decisiones y los costos generados. Esta

información debe entregarse de forma completa, oportuna, veraz y pertinente. (Villareal, et al, 2003, pág. 18)

Principio de Transparencia: se aplica a un mercado financiero o a una operación que no tiene partes ocultas que limiten el libre ejercicio de las leyes de la oferta y la demanda y en el cual se puede verificar la correcta formación de precios.

Principio de Publicidad: el brindar a terceros la más amplia información sobre los presupuestos públicos, el uso de los recursos públicos a través de los medios y sistemas de información disponibles, los valores, sus emisores y las características de las operaciones y servicios, en aras de la transparencia que debe prevalecer en el manejo de la Hacienda Pública, como garantes que abonen a la seguridad jurídica, a la eficiencia y a la eficacia.

Lo anteriormente expuesto, cobra importancia no solo a nivel general del Gobierno, sino que también atiende importancia en la gestión de recursos afectados a propiedad fiduciaria.

Los fideicomisos deberán respetar el derecho que tiene la población de informarse sobre el avance de los proyectos, los funcionarios e inversionistas involucrados, el origen de los recursos económicos y la forma como se emplean para que de esta manera pueda involucrarse y participar en la mejora de la democracia.

Lo anterior, en tanto en materia de fondos públicos, prevalece la responsabilidad gubernamental y rendición de cuentas. (Sandoval Ballesteros, 2009 pág. 235).

Para asegurar un efectivo control ciudadana, la transparencia de las distintas organizaciones, implica la existencia de normas y prácticas claras en las diferentes etapas del proceso presupuestario, además de la disponibilidad de la información de forma “oportuna, útil, clara, y exhaustiva respecto a las finanzas públicas y los distintos componentes” (Ruiz Ortega, 2014 párr. 1)

Actualmente, para lograr este objetivo de transparencia debe tomarse en cuenta el desarrollo de la tecnología informática, que facilita la universalidad del acceso a informes, gestiones y demás documentos que reporten el estado de la función pública y la gestión de los recursos.

En este sentido, resulta útil referirse a la existencia de políticas para fomentar el Gobierno Abierto, las cuales buscan fomentar gobiernos más transparentes, eficaces y responsables.

En el año 2012, Costa Rica se unió a la Alianza para el Gobierno Abierto, comprometiéndose formalmente a esta iniciativa multilateral que tiene como objetivo *“obtener compromisos concretos de los gobiernos para combatir la corrupción, empoderar a la ciudadanía con su participación en las decisiones del país y aprovechar las nuevas tecnologías para fortalecer la gobernabilidad.”*(Open Government Partnership, 2015)

La alianza impulsa el uso de las Tecnologías de la Comunicación e Información (TIC) para el fortalecimiento del derecho de acceso a la información y la transparencia y en plan de acción de nuestro país se incluye el objetivo de potenciar y fortalecer plataformas virtuales como Gobierno Digital (www.gob.go.cr), el portal que consiste en un buscador que presenta toda la información gubernamental de Costa Rica totalmente indexada. Sin embargo, en la actualidad es incompleta y no todas las instituciones públicas participan de él.

A nivel nacional y de importancia para el resguardo del deber de transparencia y el ejercicio del derecho a la información se puede citar la Red Interinstitucional de Transparencia, a cargo de la Defensoría de los Habitantes, la cual pretende convertirse en un compromiso activo por parte de las instituciones públicas costarricenses con el fortalecimiento de la transparencia y la rendición de cuentas en Costa Rica.

Esta red puede ser accesada a través de la web en la siguiente dirección <http://dhr.go.cr/transparencia/>, la red contiene un listado de las instituciones públicas o de interés público que participan y refiere a las páginas webs donde cada organización expone sus informes de rendición de cuentas.

El objetivo de la red es *“garantizar el derecho humano y constitucional de acceso a la información; visibilizar la administración de los recursos públicos de forma actualizada, comprensible y transparente; promover la participación ciudadana y la rendición de cuentas; recuperar la confianza de las y los habitantes en las instituciones públicas y prevenir actos de corrupción”* (Red Interinstitucional de Transparencia, 2014).

Se pretende con esta Red que las y los habitantes tengan acceso de forma ágil, unificada y amigable, a la información en relación con las finanzas de las instituciones públicas, conociendo cómo se administran los recursos públicos, en ella se pretende habilitar información tal como presupuestos, ingresos, egresos, inversiones, planillas, licitaciones, contrataciones, compras, proveedores, planes operativos, informes de labores y auditoría, actas, acuerdos, convenios, proyectos, etc.

En palabras de Echandi (2008), la incorporación de las diversas instituciones públicas a la red de transparencia permitirá el fortalecimiento de la institucionalidad costarricense y la lucha contra la corrupción.

Otra página web de importancia en esta materia es la página de Transparencia a cargo de la CGR, en ella se expone de manera general y a través de gráficas, los objetivos logrados por determinando proyecto, un fideicomiso, por ejemplo, o de instituciones descentralizadas. Además, contiene información sobre la ejecución presupuestaria, gastos, y resultados.

Este enlace, sin embargo, no se direcciona desde la página principal de la CGR y puede verse a través de la siguiente dirección: “<http://cgrw01.cgr.go.cr/apex/f?p=10263:2:0:::>”.

La CGR, también maneja el Sistema de Información sobre Planes y Presupuestos, en el cual las instituciones tramitan la aprobación presupuestaria a cargo de la CGR, este sistema pone a disposición del público toda clase de documentos relacionados con el proceso presupuestario: presupuestos iniciales, extraordinarios, modificaciones, informes de ejecución etc.

Al igual que la aplicación de transparencia, el sistema no se direcciona desde la página principal de la CGR, para visualización del público por lo que hay que ingresar a ésta de manera directa a través de la siguiente dirección página “<http://cgrw01.cgr.go.cr/apex/f?p=127:1:11387205289576::NO::>”.

Las páginas mencionadas a cargo de la CGR, son de vital importancia en el tema de estudio, porque en las mismas se manejan los documentos presupuestarios y demás informes de los fideicomisos a cargo de la supervisión de esta institución.

2. El papel del Foro de Occidente en la creación del Fideicomiso para la Construcción del Corredor Vial San José-San Ramón.

La participación ciudadana en el gobierno, es la base para la creación de una democracia de alta calidad. Las instituciones deben ofrecer las oportunidades de participación en la deliberación, aprobación, ejecución y evaluación de las políticas públicas, lo que incluye influencia en las decisiones sobre prioridades, condiciones, cobertura y calidad de las intervenciones estatales. (Dirección Regional para América Latina y el Caribe, 2001 pág. 344)

Dichas actuaciones, ejercen un importante papel en el control de las actividades del Estado; forman parte de la fiscalización ciudadana que generan valor agregado al informar inquietudes, observaciones, emitir opiniones y pedir cuentas de los gestores públicos.

Es de notar que dicha intervención, se hace efectiva en el proyecto de carretera San José-San Ramón. En retrospectiva, la comunidad ramonense se organizó como Foro de Occidente con el propósito de hacerle frente a la pretendida concesión a favor de la empresa brasileña OAS, quién realizaría la construcción vial que va de San Ramón a San José, y su respectiva explotación mediante el cobro del peaje.

Dicho movimiento fue tomando fuerza, amplia difusión y empatía con la población en general. El descontento también tuvo respaldo de integrantes de partidos políticos, funcionarios públicos, la prensa y grupos de interés. Ante este panorama la presidenta de la República, Laura Chinchilla Miranda, el 22 de abril del 2013 anuncia en cadena de radio y de televisión, la determinación de ordenar el fin del contrato de concesión con OAS. (Grupo Fundador Foro de Occidente, 2013 pág. 2)

Algunas de las razones, que motivaron tal oposición, se basaban en que el diseño era muy poco funcional con las necesidades actuales de tránsito. También había una falta de consulta previa participativa a las comunidades circundantes. Se indicó, que era un contrato muy permisivo a favor del concesionario y con eventual perjuicio para la ciudadanía, pues permite un sobreprecio en las tarifas de los peajes para facilitar una acelerada recuperación de la inversión de OAS y con ello alargar por muchos años los beneficios a esta empresa. Se comparó con otras carreteras que indican costos de construcción significativamente más baratos. (Grupo Fundador Foro de Occidente, 2013 pág. 3)

El proceso de construcción de esta carretera en particular, ha tenido amplias discusiones, ya que es una necesidad fundamental para el desarrollo de infraestructura vial del país, y cuyo impacto recae directamente sobre los usuarios que a diario transitan dichas carreteras.

En busca de una solución real, el proyecto ha encontrado una amplia participación activa de la población costarricense; no es sólo de oposición, sino que genera propuestas para la ejecución de esta infraestructura vial en términos funcionales.

Para julio de 2013, la propuesta del grupo Fundador del Foro de Occidente integrado por once vecinos se materializó con la creación, de un documento que contiene la propuesta de ejecución del Corredor Vial San José – San Ramón. (Grupo Fundador Foro de Occidente, 2013)

De relevancia, en el documento se detalla que la figura a utilizar sería precisamente la del fideicomiso público, se brindan opciones de financiamiento (crédito, titularización de valores), factores que minimizan el riesgo. Prevé que tanto el fiduciario como la Unidad Ejecutora sean fiscalizados por los órganos que se designen en el contrato. Se establece el rediseño con 4 carriles en el trayecto San Ramón Alajuela y de 8 de Alajuela a San José, la inclusión de radiales, proyección social, exoneración de tributos y un plazo de duración de 30 años.

Algunas de las ventajas que se señalan, es la delegación de funciones específicas en el fideicomiso, que permitiría realizar el proyecto a muy corto plazo; aclara que la propuesta es viable financiera, técnica y jurídicamente para la construcción de las obras, y permite una proyección social de las comunidades. Se describe, que el fideicomiso se consolida como una opción adicional para el desarrollo de obra pública en el país, lo que brinda mayores posibilidades de progreso.

En dicho documento, se indica que existe viabilidad económica, con fundamento en el estudio de costos planteados por el Lanamme UCR, se proyecta en un total de ida y vuelta los vehículos livianos pagarían ¢1200, los autobuses ¢2400, los camiones: ¢3000 y los camiones pesados ¢7600. Dichos montos, se han establecido como un considerable ahorro para los costarricenses, con respecto al proyecto de concesión anterior.

La propuesta fue presentada a la Presidencia y a la Asamblea Legislativa, lo cual fue prosperando hasta que en el mes de febrero del 2014 se comisionó, por parte de la Ex Presidenta de la República al Ex Ministro de Planificación para que, en coordinación con el Ministerio de Obras Públicas y los ciudadanos proponentes analizara la viabilidad de la propuesta. Lo interesante es que se originó un proceso con participación de la sociedad civil, y profesionales de diferentes entidades públicas que finalmente formularon una propuesta de texto sustitutivo. (Asamblea Legislativa, Expediente n° 18887)

Entre los temas que generaron preocupación, se resalta la factibilidad técnica y financiera, para garantizar la sostenibilidad del proyecto. Según el proyecto de ley propuesto la obra se dividirá en dos fases. La primera etapa contiene la ampliación de toda la carretera principal y la segunda, la construcción de las radiales.

La Contraloría General de la República, al respecto destacó lo referido por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte en su oficio DMOPT-5161-2014, en cuanto a la incorporación de nuevas radiales como parte del objeto del fideicomiso, pues a criterio de éste implicaría una modificación no analizada en los estudios técnicos y financieros que soportan la factibilidad económica de la obra propuesta.

En ese sentido, el órgano contralor avala tal posición: *“Sobre el particular, si bien toma nota esta Contraloría General que según el texto dictaminado las radiales serán desarrolladas, en principio, como parte de la segunda etapa del proyecto, lo cierto es que*

al no existir estudios ni siquiera preliminares que demuestren la factibilidad de su ejecución, se coincide con el Ministerio en cuanto a que el impacto en el costo de las obras y de la tarifa de peaje resulta incierto.” (CGR, 2014. Oficio N° 13343(DCA-3205))

La Procuraduría, recalca que la tasa del peaje debe ser adecuada a las necesidades sociales, pero debe cubrir el valor de la obra, en los siguientes términos: *“Es importante, ciertamente, que la tasa de peaje sea accesible, moderada, por lo que cabría considerar que debe responder a principios de solidaridad y bienestar sociales. Empero, tampoco puede dejarse de lado la necesidad de cubrir los costos financieros que el proyecto acarrea.”* (PGR, 2014 Opinión Jurídica, OJ-072-2014)

Se ha reconocido la influencia ciudadana en el proceso que llevará a la de construcción de la carretera en cuestión; lo cual obtuvo como resultado la emisión de la Ley 9292 denominada “Desarrollo de Obra Pública Corredor Vial San José-San Ramón y sus radiales mediante fideicomiso”, del 23 de febrero del 2015. De ahí que se ha establecido:

“Esta ley nace de una fuerte demanda ciudadana que puede llevar a buen puerto, por cuarta vez y veinte años después, la construcción de una de las vías de mayor tránsito en Centroamérica, con recursos del sistema financiero nacional y bajo la premisa de que el fideicomiso permitirá ejecutar la obra de forma más eficiente.” (Matamoros, 2015)

El artículo 1 de la ley autoriza al Ministerios de Obras Públicas y Transporte y al Consejo Nacional de Vialidad la constitución del fideicomiso, con alguno de los bancos del Sistema Bancario Nacional, en los siguientes términos:

Se autoriza y faculta al Poder Ejecutivo, por medio del Ministerio de Obras Públicas y Transportes (MOPT) y del Consejo Nacional de Vialidad (Conavi), para que constituya un fideicomiso de interés público con alguno de los bancos del Sistema Bancario Nacional, a efectos de planificar, diseñar, financiar, construir, operar y dar mantenimiento a la obra pública con servicio público denominada "Corredor vial San José-San Ramón y sus radiales", la cual comprende el trayecto e infraestructura necesaria y complementaria que comunica a la ciudad de San José, en el cantón Central

de San José, con la ciudad de San Ramón, en el cantón de San Ramón de la provincia de Alajuela (...)

Sin embargo, los cuestionamientos de la ley trascienden aún aprobado el texto definitivo. El Banco Nacional descartó la participación en el concurso para administrar el proyecto, pues alegó deficiencias en la Ley 9292, en cuanto no es seguro que el peaje cubra el total de la obra (se manejaron cifras preliminares para el cobro del peaje entre ¢2.900 y ¢3.500). Al respecto se indicó:

“El problema es que no hay claridad sobre la inversión, evaluó el Banco, pues no existen diseños ni estudios técnicos y financieros. Los estudios de la primera etapa –del trayecto principal– corren por cuenta del administrador del fideicomiso; los de la segunda –de las radiales– los debe hacer el MOPT.

Sin esa información es imposible realizar las estimaciones financieras que demuestren que el peaje alcanzará para pagar la deuda requerida para la obra.” (Sequeira, 2015).

Las posiciones son diversas, *“Carlos Segnini, ministro de Obras Públicas y Transportes, descartó que la posición del Banco Nacional con respecto al fideicomiso de ampliación de la carretera San José-San Ramón vaya a afectar la confianza de los inversionistas.”*(Bosque, 2015)

En la medida en que no se tenga un panorama claro, y generen posibles conflictos financieros, se debe continuar con los análisis con la finalidad de tomar acciones tendientes a evitar inconvenientes y atrasos con la ejecución del contrato.

C. CONTROL JUDICIAL.

Si bien es cierto el control que ejercen las distintas instituciones en el sector público es de gran importancia para mantener la legalidad en el funcionamiento de los fideicomisos, no se puede dejar de lado la potestad que se mantiene en vía jurisdiccional de controlar los posibles conflictos que surjan de la utilización de esta figura.

De importancia es el papel de la Sala Constitucional y también el del Tribunal Contencioso Administrativo, quienes cuentan con competencia para revisar la constitucionalidad y la legalidad de la figura dentro de su campo de acción.

1. Sala Constitucional

La Sala Constitucional, puede ejercer el control de constitucionalidad sobre los fideicomisos públicos a través de distintos mecanismos, tales como: la consulta facultativa de constitucionalidad (artículo 96 de la Ley de Jurisdicción Constitucional), el recurso de amparo y la acción de inconstitucionalidad.

A través de la consulta facultativa contemplada en la ley de Jurisdicción constitucional, por ejemplo, el proyecto de ley para la creación de un fideicomiso puede ser objeto de revisión con el fin de aclarar si la ésta guarda respeto de los principios y normas de rango constitucional.

Al respecto de la consulta se puede citar el caso referente al proyecto sobre la reforma integral a la Ley 8634, “Ley del Sistema de Banca para el Desarrollo y Reforma a otras leyes”.

Esta consulta legislativa facultativa, se analizó en el Expediente: 14-10687-0007-CO, y fue evacuada mediante sentencia número 13570-2014 de las once horas con cuarenta y cinco minutos.

En la sentencia se declara inconstitucional el artículo 21 del proyecto de Ley que menciona: *“El fiduciario será un banco estatal seleccionado discrecionalmente por el consejo Rector, siguiendo criterios de oportunidad, conveniencia, razonabilidad, y racionalidad”*

En esta sentencia se analizan temas sobre los principios de rendición de cuentas, control de fondos públicos y evaluación de resultado y la infracción a los principios de contratación administrativa.

Al respecto se refiere diciendo que bajo ningún concepto, la selección del fiduciario para administrar el Fideicomiso Nacional para el Desarrollo se puede eximir de los procedimientos de contratación administrativa y que estos principios sean obviados por principios tales como *“oportunidad, conveniencia, razonabilidad y racionalidad”* lo que transgrede el artículo 182 de la Constitución Política, sino, además, los principios constitucionales mencionados tales como *“la transparencia en el manejo y gestión de los fondos y recursos públicos, la publicidad en la participación de los oferentes, la objetividad en la selección de los adjudicatarios y la libre concurrencia e igualdad de todas las personas física o jurídicas técnicamente idóneas o calificadas para prestar los servicios”*.

Otra consulta de constitucionalidad relevante es la que se realizó mediante expediente 99-007925-0007-CO y resuelta en la sentencia número 1999-09530 de las nueve horas con quince minutos del tres de diciembre de mil novecientos noventa y nueve de la Sala Constitucional

La anterior fue Consulta legislativa facultativa de constitucionalidad y se refiere a las supuestas violaciones contenidas en los artículos 6, 16, 27 y 28 del proyecto de ley número 13511, Ley Reguladora del Servicio Público de Transporte modalidad Taxi. El artículo relevante para esta investigación es el número 27, sobre la Administración de recursos y que disponía:

“Los recursos financieros serán administrados por el Consejo y el Tribunal. Al administrarlos podrán intervenir dentro del Sistema Bancario Nacional, en condiciones de máxima seguridad financiera. Dichas inversiones se efectuarán solo en títulos de las entidades y empresas del sector público. Asimismo, podrá constituirse un fideicomiso en un banco del Sistema Bancario Nacional con experiencia en este campo, el cual se encargará de administrar el fondo.

Los recursos que se obtengan como producto de las inversiones solo podrán destinarse específicamente a cumplir las finalidades señaladas en esta ley, no a gastos administrativos, los cuales deberán sujetarse al presupuesto correspondiente”

La Sala concluyó que el mismo era inconstitucional porque existía una violación al principio de caja única del Estado, según el cual todos los ingresos o recursos públicos han de incorporarse al Presupuesto de la República y ser manejados por la Tesorería Nacional.

La sentencia indica que:

“Desde este punto de vista la Sala estima que si el artículo 24 dispone que las fuentes de financiamiento del Consejo y del Tribunal procederán, principalmente, de los presupuestos ordinarios y extraordinarios de la República y de los cánones que se cobren por las concesiones y los permisos del transporte remunerado de personas en la modalidad buses y taxis, cánones que serán cobrados con fundamento en el principio de servicio al costo según el cual a la hora de fijar las tarifas y los precios de los servicios públicos se deberán contemplar únicamente los costos necesarios para prestar el servicio que permitan una retribución competitiva y garanticen el adecuado desarrollo de la actividad, no es posible entonces que el artículo 27 establezca la posibilidad de invertir los recursos financieros que obtenga el Consejo y el Tribunal por cuanto ello implicaría que tales órganos estarían obteniendo ganancias para las cuales no está muy claro su destino final, toda vez que los gastos necesarios para la ejecución de las funciones que les han sido asignadas a esos órganos, se podrían cubrir perfectamente con el presupuesto de la República que se les asigne y con los cánones que se cobren precisamente para cubrir los costos administrativos. Por tales razones, la Sala estima que en cuanto a este aspecto, en el artículo 27 del proyecto consultado, existe una inconstitucionalidad por violación del principio de caja única del Estado”

También las leyes que autorizan el fideicomiso pueden ser objeto de una acción de inconstitucionalidad, a manera de ejemplo se hace referencia de la acción resuelta mediante

resolución número 2006-009170 de las dieciséis horas treinta y seis minutos del veintiocho de junio del dos mil seis, que declara inconstitucional la forma en que se administran los fondos a través del fideicomiso público n°544 FONAFIFO del Banco Nacional de Costa Rica amparado en la Ley Forestal (artículo 47) Al respecto indica la Sala:

IX.- SOBRE LA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE CAJA UNICA DEL ESTADO.- *Se acusa también la violación de las competencias de la Tesorería Nacional, porque las normas que se cuestionan, en concreto el artículo 11, violenta el contenido del artículo 185 de la Constitución, al disponer que los recursos provenientes de la aplicación del canon por vertidos ingresarán a una cuenta especial creada para tal fin en el fideicomiso n°544 FONAFIFO del Banco Nacional de Costa Rica. Esto implica que se disponga de esos fondos excluyendo la participación de la Tesorería Nacional. Sobre el tema, se ha dicho que "... ya la jurisprudencia de la Sala Constitucional, de modo consistente, se ha pronunciado acerca de la vigencia y fuerza del principio de "Caja única" del Estado, recogido de modo más directo por los artículos 176 y 185 de la Constitución Política. Por una parte, el primer artículo establece la necesidad de que el Presupuesto de la República comprenda –recoja– todos los ingresos probables y todos los gastos autorizados. El segundo, a su vez, manda que sea la Tesorería Nacional, el único órgano que tiene facultad legal para recibir rentas o cualquier otro tipo de ingresos, que estén dirigidos a las arcas nacionales" (sentencia número 919-99) Igualmente se ha pronunciado esta Sala en el sentido de que "es preciso señalar que se está respetando el principio establecido por el numeral 185 constitucional, según el cual la Tesorería Nacional es el centro de operaciones de todas las oficinas de rentas nacionales y es el único que tiene la facultad legal para hacer los pagos en nombre del Estado y recibir las cantidades de dinero provenientes de rentas o que por cualquier otro motivo ingrese a las arcas nacionales. Desde este punto de vista, es el Tesorero Nacional el único que puede girar dineros, aun cuando la autorización para ello provenga de otros funcionarios (sentencia número 4681-97)". Tal como ha sido resuelto en forma reiterada por la Sala, el principio de unidad de caja –que se encuentra estrechamente vinculado con el principio de universalidad mencionado en el considerando V de esta sentencia- determina que todos los ingresos públicos deben ser recaudados en la caja del Estado, para atender con esa universalidad de fondos las obligaciones estatales autorizadas por el Presupuesto. Los fondos deben ser centralizados en la Tesorería Nacional, siendo ésta el punto receptor de todos los ingresos que obtenga el Estado como consecuencia de la gestión de sus recursos financieros. Este principio es vulnerado cuando los recursos públicos no ingresan a la Tesorería, sino que, como en este caso, se depositan en la cuenta de un fideicomiso, por lo que no es el Tesoro Público, sino este fideicomiso, a*

través de una entidad bancaria, el que dispone su distribución. En consecuencia, la acción debe ser declarada con lugar en este extremo, toda vez que efectivamente se incurre en una violación de los principios rectores de la Hacienda Pública consagrados en los artículos 176 y 185 constitucionales. Con base en lo expuesto el artículo 11 del Decreto Ejecutivo N° 31176-MINAE de 22 de abril de 2003, en el tanto dispone que “Los recursos provenientes de la aplicación del canon por vertidos ingresarán a una cuenta especial creada para tal fin en el fideicomiso N° 544 FONAFIFO Banco Nacional de Costa Rica del Fondo de Financiamiento Forestal (FONAFIFO) (...)”, viola el principio de caja única conforme al cual la recaudación y pago de los ingresos debe centralizarse en la Tesorería Nacional, que es el centro de operaciones de todas las oficinas y rentas nacionales; único con facultad legal para pagar a nombre del Estado y recibir los recursos que por cualquier otro motivo deban ingresar a las arcas nacionales (artículo 185 de la Constitución Política).

Esta posición sobre el rango constitucional y la vigencia de la caja única del Estado ha sido reiterado por la Sala Constitucional en sentencias más recientes, al respecto se pueden consultar la Resolución 2013-007228 a las catorce horas treinta minutos del veintinueve de mayo de dos mil trece y la Resolución número 2011-015760 de las nueve horas y cuarenta y tres minutos del dieciséis de noviembre del dos mil once, ambas de la Sala Constitucional.

Por último, mediante el recurso de amparo, la sala Constitucional ha protegido el derecho fundamental de acceso a la información, con respecto de este tema se puede hacer mención de la resolución 11871-2012 de las 16 horas y un minuto del 28 de agosto de 2012, recurso interpuesto contra ICE y Banco de Costa Rica.

El alegato principal del caso mencionado gira en torno a la negación por parte del Banco de Costa Rica, en su calidad de fiduciario, de entregar documentación relacionada con el estado actual del proyecto, presupuestos actualizados y flujos de inversiones, copia de todos los informes mensuales que el Banco de Costa Rica, como Fiduciario, haya rendido al

Instituto Costarricense de Electricidad, y copia de todos los "Informes de Labores" que la empresa GIP Ltda., en su condición de Unidad Administradora de Proyecto del Fideicomiso P.H Toro 3, haya rendido mensualmente al Fiduciario.

La Sala le da razón a la parte recurrente y declara con lugar el recurso, ordenando al Presidente Ejecutivo del Instituto Costarricense de Electricidad y al Gerente General del Banco de Costa Rica, suministrar la información solicitada.

Como se refleja de lo expuesto, los controles de constitucionalidad existentes en el ordenamiento son aplicables a los fideicomisos públicos, desde el momento de formación de la ley y hasta y durante la ejecución de los mismos.

2. Jurisdicción Contenciosa Administrativa y Civil de Hacienda.

El artículo 49 de la Constitución Política da fundamento a la jurisdicción contenciosa administrativa que tiene como fin garantizar la legalidad de los actos y la función administrativa del Estado, sus instituciones y demás entidades de derecho público, protegiendo *“al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados”*.

Ésta es la base constitucional que habilita a los Tribunales Contencioso Administrativos para ejercer control en materia de fideicomisos públicos.

Lo anterior, porque, como se ha analizado, el fideicomiso público está sometido durante todo su ciclo de vida al principio de legalidad que atañe a la Administración Pública. Asimismo, la suscripción de contrato de fideicomiso per se, más los actos que conlleva la figura; incluidas las contrataciones que ejecute para alcanzar sus fines, generarán a su paso una gama de derechos subjetivos e intereses legítimos que pueden, ante una eventual transgresión o conflicto, ser dilucidados en la sede jurisdiccional mencionada.

La protección a la que se hace referencia se regula, específicamente, en el artículo 1 del Código Procesal Contencioso Administrativo (CPCA), numeral que amplía el artículo 49 constitucional y que dispone:

ARTÍCULO 1.-

1) La Jurisdicción Contencioso-Administrativa, establecida en el artículo 49 de la Constitución Política, tiene por objeto tutelar las situaciones jurídicas de toda persona, garantizar o restablecer la legalidad de cualquier conducta de la Administración Pública sujeta al Derecho administrativo, así como conocer y resolver los diversos aspectos de la relación jurídico-administrativa.

2) Los motivos de ilegalidad comprenden cualquier infracción, por acción u omisión, al ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.

3) Para los fines de la presente Ley, se entenderá por Administración Pública:

a) La Administración central.

b) Los Poderes Legislativo, Judicial y el Tribunal Supremo de Elecciones, cuando realicen funciones administrativas.

c) La Administración descentralizada, institucional y territorial, y las demás entidades de Derecho público.

Ahora bien, para el tema de fideicomisos públicos que se analiza, resulta relevante el artículo 2 inciso a) del CPCA que indica:

ARTÍCULO 2.- *La Jurisdicción Contencioso-Administrativa y Civil de Hacienda también conocerá lo siguiente:*

a) La materia de contratación administrativa, incluso los actos preparatorios con efecto propio, así como la adjudicación, interpretación, efectos y extinción, cualquiera que sea su naturaleza jurídica.(...).

De manera que, la Jurisdicción Contenciosa Administrativa conocerá la materia de contratación y en este sentido estará incluido el tema de fideicomisos públicos desde el proceso de selección del fiduciario hasta la ejecución del contrato de fideicomiso y, además, las contrataciones que este patrimonio autónomo realice.

Resulta útil señalar que como requisito previo para acceder a la vía jurisdiccional, es obligatorio agotar vía administrativa cuando el tema en discusión se refiere a los procesos

de concurso y licitación utilizados en la contratación pública (Villalobos Soto, 2008, pág. 44). Al respecto se cita el Voto 3669-2006 de la Sala Constitucional, que indica:

“VII.- AGOTAMIENTO PRECEPTIVO IMPUESTO POR EL TEXTO CONSTITUCIONAL (...) *El constituyente originario estableció varias hipótesis en que el agotamiento de la vía administrativa resulta preceptivo, al entender que el órgano o instancia que revisa o fiscaliza un acto administrativo determinado es una garantía de acierto, celeridad y economía para el administrado. En tales circunstancias, se encuentran los numerales (...) y 184 en cuanto le reserva a la Contraloría General de la República la jerarquía impropia de los actos administrativos dictados en materia de contratación administrativa. En estos dos supuestos, al existir norma constitucional que le brinda cobertura al agotamiento preceptivo de la vía administrativa no puede estimarse que sea inconstitucional ese presupuesto obligatorio de admisibilidad de un proceso contencioso-administrativo.*

Es preciso recalcar que el agotamiento de la vía administrativa es preceptivo únicamente para la fase de formación del contrato, es decir, cuando se está en proceso de selección del contratista, no así cuando se trate de la fase de ejecución de éste. Para mayor claridad, se cita la resolución número 25-2014 de las nueve de la mañana del veintisiete de marzo del año dos mil catorce, emitida por el Tribunal Contencioso Administrativo que indica:

“el agotamiento de la vía administrativa es facultativo, por regla general, con las salvedades de ley, que lo instituyen como preceptivo. De allí que en el sub litem, si bien estamos en presencia de una contratación administrativa, en realidad este apartado del conflicto se refiere a la fase de ejecución contractual, y el ejercicio de las potestades sancionatorias inmersas en la relación bilateral sinalagmática (ya no estamos en la etapa de formación de la voluntad administrativa para escoger al contratista, en los casos de concurso público, en cuyas etapas -objeción al cartel y adjudicación- se entendería preceptivo el recurso ordinario). Por ello, tratándose de un diferendo entre las partes que ocurre a consecuencia de la imposición de una o múltiples sanciones contractuales (multa por incumplimiento o cláusula penal por atraso, según sea el caso), la impugnación del acto administrativo ante aquella sede, deviene facultativa. (...) (Incisos 6 y 7 del art. 31 CPCA). (Subrayado no es del original).

Concretamente, en materia de contratación administrativa, el agotamiento de la vía Administrativa lo lleva a cabo la CGR en su condición de jerarca impropio o bien la Administración contratante según la cuantía (artículo 91 de la LCA).

Este agotamiento de vía lo efectúa el órgano encargado con la resolución de los recursos interpuestos, ya sea contra el pliego de condiciones (objeción al cartel) o los recursos que caben contra el acto de adjudicación como lo prevé la LCA en sus artículos 81 y 84.

El agotamiento de la vía administrativa tiene rango constitucional y en relación con el papel que ocupa la CGR, se puede hacer mención del siguiente extracto jurisprudencial en materia contenciosa:

*“Como se observa, en palabras de la citada Sala, el motivo por el cual el constituyente mantuvo este requerimiento para accionar [el agotamiento de la vía administrativa], es que el órgano o instancia al que se encomendó la revisión o fiscalización del acto final, tiene una posición que da al administrado algún grado de acierto, celeridad y economía en el acogimiento de sus reclamos y tesis. Esto se debe a que es externo, o se halla fuera de la Administración que emitió ese acto final, y cuenta por tanto con una especialidad técnica, con imparcialidad y objetividad. En el primer caso, el de los acuerdos municipales, el órgano judicial; en el segundo, la Contraloría General de la República, órgano de la Asamblea Legislativa, con absoluta independencia funcional y administrativa (precepto 2 de su Ley Orgánica, no. 7492). (...) En esta línea, establece el CPCA, canon 31, que el agotamiento es facultativo salvo para lo dispuesto en los artículos 173 y 182 de la Constitución Política, normas –en ese orden- referidas a los recursos contra las decisiones de los entes municipales y al procedimiento licitatorio para los contratos de ejecución de obras públicas, compras con fondos del Estado, Municipalidades e instituciones autónomas, ventas y arrendamientos de bienes que a ellos pertenezcan. **Norma cuya aplicación ha de complementarse con el mandato 184.5) de la Carta Fundamental, en la línea expresada por la Sala Constitucional, en el sentido de que el agotamiento es preceptivo en los procedimientos de contratación administrativa en que el órgano contralor es quien resuelve los recursos ordinarios. Esto es, cuando en las licitaciones públicas y abreviadas, por el monto de la adjudicación, le corresponde conocer los recursos de objeción contra el cartel y de apelación contra el acto final de la selección, tal y como se desprende de los cánones 84 y 91 de la LCA.**”* (Resaltado es nuestro) (Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de

Hacienda, Sentencia número 000117-F-TC-2013. San José, a las ocho horas cuarenta y cinco minutos del doce de diciembre de dos mil trece)

Esta tesis, será aplicable en materia de fideicomisos público tanto para el proceso de selección del fiduciario como para las contrataciones que el fideicomiso realice dentro de la fase de ejecución. El primer caso (selección del fiduciario) en tanto se trata de los procesos licitatorios ordinarios que realiza la Administración y el segundo supuesto (contratos que realice el fideicomiso) porque estos patrimonios autónomos están sujetos al régimen recursivo de la LCA.

Recuérdese que si bien las contrataciones que el fideicomiso efectúe no están sujetas a los procesos de contratación ordinarios, sí lo están a los principios generales que indica la Ley de Contratación Administrativa, incluyendo aquí la facultad de recurrir los actos del proceso de contratación que por ser contrarios a los principios generales transgredan sus intereses legítimos.

Estos principios son: el de libre concurrencia, igualdad de trato entre los oferentes, la publicidad, la seguridad jurídica, la legalidad y transparencia, la buena fe, el equilibrio de intereses, mutabilidad del contrato, intangibilidad patrimonial y control en los procedimientos. (Tribunal Contencioso Administrativo, Sentencia número 113-2014).

Así, en relación con las contrataciones que realice el fideicomiso y atendiendo al principio de control de los procedimientos, la Contraloría General conocerá de los recursos de apelación u objeciones, aplicando los procedimientos fijados en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento. En relación con el tema el Órgano Contralor ha indicado:

“En relación con los plazos que le resultarían aplicables tratándose del régimen recursivo en un contrato de fideicomiso: “(...) 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 (...).”(CGR, 2012, Oficio N° 01227 (DCA- 0270)).

El régimen recursivo resulta indispensable tratándose de fiscalización de fondos públicos en tanto garantiza la aplicación de estos principios del derecho, convirtiéndose en medio de control para proteger la legalidad de los actos de la entidad fiscalizada y los derechos e intereses legítimos del ciudadano involucrado.

A través de los recursos se pueden identificar situaciones de corrupción que violen el principio de igualdad y legalidad a la que está sujeto el fideicomiso.

Ejemplo de este régimen recursivo aplicado lo encontramos en el proceso de fideicomiso del MEP-BNCR para la construcción de infraestructura educativa ha sido objeto de apelación en torno a la adjudicación inicial que se dio en el proceso de selección de la unidad ejecutora, por ejemplo la resuelta mediante oficio número R-DCA-178-2015 del 3 de marzo de 2015.

En oficio mencionado se resuelve la apelación interpuesta por las concursantes Novatecnia (nombre comercial) y Consultécnica S.A, contra el acto de adjudicación por considerar que no se justificó la calificación realizada a las ofertas presentadas por sus empresas respectivas y que el Fideicomiso no tuvo por subsanadas algunas de las prevenciones de aclaración realizadas sobre la oferta cuando en realidad sí se habían atendido. La apelación se da con lugar y se da por agotada la vía administrativa.

Asimismo, se puede indicar que la jurisdicción contenciosa ya ha analizado la materia contractual proveniente del ejercicio propio de fideicomiso, a continuación se mencionan dos ejemplos, que si bien no tocan el tema en relación al proceso de concurso

público, dejan ver que éste tipo de contratación también es objeto de conocimiento de ésta sede:

- Expediente número 04-001218-0163-CA: en este proceso figuró como demandado el Fideicomiso 07-2002-FID del BANHVI (quien tiene autorización legal para constituir fideicomisos en el artículo 5 inciso e) de su ley de creación, Ley 7052) el objeto del proceso versa sobre el incumplimiento contractual por parte del fideicomiso sobre el crédito suscrito entre éste y la parte demandante. Éste proceso fue resuelto mediante sentencia número 113 - 2014 de las nueve horas diez minutos del veintinueve de agosto del dos mil catorce del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, sentencia que se refiere a la legitimación que tiene el fideicomiso para ser parte en un proceso contencioso, tema al que se volverá más adelante.

- Expediente número 08-000165-1027-CA: en este proceso de conocimiento interpuesto por Grupo RG Alquimia Mega Tecnología S.A contra el Banco Nacional, se tuvo integrada la litis con el fideicomiso 539-MAG-SFE- BNCR (autorizado por Ley 7664, Ley de Protección Fitosanitaria) en tanto se encargó de rescindir el contrato suscrito por éste con la parte actora por razones de incumplimiento. El proceso fue resuelto mediante sentencia 210 -2011-V, a las quince horas con treinta y cinco minutos del nueve de Agosto del año dos mil once del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, sentencia que analiza el tema sobre la interpretación contractual, que se verá más adelante.

Ahora bien, una vez agotada la vía administrativa, la jurisdicción contenciosa podrá conocer todos los actos preparatorios con efecto propio y la adjudicación.

Los actos preparatorios con efecto propio, son aquellos que si bien no finalizan el proceso concursal afectan los intereses legítimos de los concursantes. En este sentido, es útil citar el siguiente extracto jurisprudencial:

*“VIII.- El cartel de una licitación pública o abreviada es un acto preparatorio con efecto propio. Establece los requerimientos, derechos, obligaciones y plazos por las que se regirá el concurso, el contrato mismo y su posterior ejecución. De esta manera prepara la adopción del acto final, esto es, del acto adjudicatario. Constituye así el primer filtro del procedimiento, al definir cuáles son las condiciones y requisitos mínimos que deberán cumplir los oferentes para que sus plicas sean consideradas por la Administración contratante y sean sometidas al sistema de valoración y puntaje. En consecuencia, aún y cuando es de trámite, tendiente a que se seleccione un contratista, lo cierto es que, desde esa fase, **esa voluntad administrativa afecta los intereses legítimos de potenciales oferentes, su esfera jurídica.** Es por esta razón que en el canon 81 de la LCA se estatuye que en su contra procederá el recurso de objeción dentro del primer tercio del plazo para presentar ofertas. Según se trate de una licitación pública o abreviada, se presentará y corresponderá resolverlo a la Contraloría General de la República (CGR) o a la Administración licitante, en ese orden. Dispone el mandato 82 ibídem que lo interpondrá todo potencial oferente, cuando estime existen vicios de procedimiento, violaciones a los principios fundamentales de la contratación o algún quebranto al ordenamiento que regula esta materia. Asimismo, dicho precepto concede legitimación para plantearlo a toda entidad constituida para velar por los intereses de la comunidad donde se ejecutará el contrato o donde surtirá sus efectos. La finalidad de este recurso es que la Administración verifique –y en caso de hallarlos- rectifique y corrija los yerros que apunten los recurrentes en el pliego, y así allanar el camino para la adopción del acto final. Por este motivo es que se le ha reconocido como un mecanismo de depuración del proceso y como otra forma en que los potenciales oferentes colaboran con la licitante y velan por la corrección del procedimiento, con miras a satisfacer su interés en convenir con la entidad.”* (Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sentencia número 000117-F-TC-2013. San José, a las ocho horas cuarenta y cinco minutos del doce de diciembre de dos mil trece)

Dentro de los principales actos preparatorios con efecto propios se pueden mencionar los siguientes: la objeción de resolución al cartel (artículos 81-83 de LCA), actos de calificación y precalificación de ofertas (artículo 51 LCA), declaratoria de concurso

desierto (artículo 29 y 42 bis LCA), el refrendo (artículo 32, LCA) y cualquier otro que afecte de forma directa los intereses legítimos de los oferentes.

A manera de aclaración, es importante indicar que si bien estos actos preparatorios no son el acto final del proceso concursal, para ser conocidos en la sede jurisdiccional, también deberán agotar vía administrativa, dentro del régimen recursivo propuesto para ellos en la LCA y su reglamento:

*“IX.- Por otra parte, conviene destacar que la materia de contratación administrativa tiene una particularidad que impone en determinadas hipótesis, como paso previo para acudir a la jurisdicción, se agote preceptivamente la vía administrativa. Es decir, se trata de supuestos en los que se exige la interposición de los recursos ordinarios que reconozca el ordenamiento jurídico contra el acto **final o preparatorio con efecto propio** y el pronunciamiento de la Administración.”* (Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sentencia número 000117-F-TC-2013. San José, a las ocho horas cuarenta y cinco minutos del doce de diciembre de dos mil trece)

Ahora bien, sobre la legitimación para acudir a la sede contenciosa administrativa en la fase de formación contractual, se debe atender lo dispuesto en el artículo 82 y 85 de la LCA.

Con respecto del artículo 82, que se refiere a la legitimación para objetar el cartel, exige que quien tenga la intención de objetar sea un oferente potencial o bien cualquier entidad legalmente constituida para proteger los intereses de la comunidad donde la contratación vaya a surtir efectos.

De igual forma el artículo 85 de la LCA dispone que: está legitimado para interponer recurso de apelación cualquier persona que ostente un interés legítimo, propio y directo.

Sobre el tema de la legitimación en fase de concurso público se hace referencia a la siguiente resolución judicial que trata el tema de la legitimación:

VII.- Se observa, por la reiteración literal apuntada, que la disconformidad gira en torno a la falta de legitimación que decretó el Tribunal. Al respecto, en la sentencia dispusieron los juzgadores que si bien la empresa actora sí objetó el cartel, lo que interesa es que “una vez resuelto (...), el "oferente potencial" debe participar en el proceso licitatorio, para mantener actual su interés en el mismo y para poder cuestionar, si es del caso, la adjudicación que eventualmente se haga. Esto se deriva de lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley de la Contratación Administrativa. En el presente caso, aunque la demandante objetó el cartel, posterior a la resolución del recurso de objeción, no participó más en el procedimiento licitatorio. (...) al no haber presentado la oferta respectiva, por su propia voluntad tomó la decisión de no participar en el proceso licitatorio y por esta razón, carece de todo interés en el resultado del mismo, motivo por el cual carece también de legitimación para impugnar, en esta etapa, el cartel y mucho menos para reclamar daños.”(Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sentencia número 000117-F-TC-2013. San José, a las ocho horas cuarenta y cinco minutos del doce de diciembre de dos mil trece)

En igual sentido, se debe atender a lo dispuesto en el CPCA, sobre la legitimación activa, en concreto se señala el artículo 10 inciso a), el cual indica que podrá acudir a la vía judicial, quien invoquen una afectación a un interés legítimo o un derecho subjetivo.

Ahora bien, alejándonos de la fase concursal y formación del contrato, el artículo 2 inciso a), también permite que la jurisdicción contenciosa conozca la materia contractual en fase de ejecución.

De manera que, además, de ejercer un control de legalidad de los actos previos del proceso de contratación administrativa, donde se evalúan los actos administrativos (cartel, adjudicación etc.) cuando los acuerdos entren en ejecución, también, podrán ser objeto de contención y conocerse en los tribunales respectivos, los conflictos que surjan en la interpretación, la eficacia y la extinción de contrato (artículo 2 inciso a del CPCA).

Para tal efecto pueden acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa, los sujetos de derecho indicados en los numerales 9 y 10 del CPCA.

En especial, el artículo 9 del CPCA indica:

ARTÍCULO 9.- *Tendrán capacidad procesal ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y Civil de Hacienda, además de los sujetos que la ostenten de conformidad con la legislación común:*

a) Los menores de edad, cuando puedan hacerlo en forma directa, sin necesidad de que concurra su representante.

b) Los grupos, las uniones sin personalidad o los patrimonios independientes o autónomos, afectados en sus intereses legítimos, sin necesidad de estar integrados en estructuras formales de personas jurídicas. Para el reclamo de daños y perjuicios en los supuestos de este apartado, será necesario comprobar la titularidad de la situación jurídica lesionada de quien demanda. Igual regla se aplicará para los supuestos contenidos en los apartados c) y d) del artículo 10 de este Código. (El resaltado no es del original)

A través del artículo señalado, el Código Procesal Contencioso Administrativo reconoce la acción por intereses difusos, que puede estar representados por grupos informales como por ejemplo grupos vecinales (Villalobos Soto, 2008, pág. 40)

Para aclarar el concepto de intereses difusos, se puede citar la resolución N°1321-2013, de las 15 horas 05 minutos del 1° de octubre de 2013 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia al identificar en la, que indica:

“VI.- En el amplio espectro de los intereses, donde en un extremo se tienen los generales y en el otro, los individuales, los difusos se colocan en un punto intermedio y en la medida en que se especifican, se ubican los colectivos y, luego los corporativos. De esa forma los intereses difusos aun pudiendo ser relevantes para un sujeto, trascienden hacia una dimensión supra-individual, extendiéndose a un conjunto más o menos extenso y amorfo de personas, no organizadas formalmente, que pueden ser vinculadas a un bien jurídico tutelado como punto de referencia objetivo (ambiente natural, salud, patrimonio cultural, hacienda pública, etc.), o unidas a partir de una determinada condición subjetiva(por ejemplo, una característica física, origen étnico o una necesidad social). Al respecto, esta Sala lo ha entendido como un interés “extendido, difundido, dilatado, se propaga o diluye entre los miembros del conjunto sea que éste se encuentre o no organizado y compacto (sentencia N°675-F.2007 de las 10 horas del 21 de setiembre de 2007). Estos intereses – por ser tales-, pertenecen a una colectividad, sin embargo, cuando se pueden concretizar en un grupo identificable, se les denomina colectivos en sentido estricto o de categoría ; así este órgano decisor los ha distinguido de la siguiente manera: “La

distinción que debe realizarse sobre este aspecto, es que, a diferencia de lo que ocurre en el interés difuso, en el colectivo, este grupo es determinable” (sentencia N°896-F-SI-2012 de las 15 horas del 25 de julio de 2012). Valga acotar que, cuando el ligamen se da por una relación previa derivada de la pertenencia a un grupo jurídicamente organizado, se trataría entonces de un interés corporativo (tal es el caso por ejemplo, de los colegios profesionales). Por otra parte, esta Sala ha destacado la arista procesal de los intereses difusos, como parámetro vinculado al derecho de acción en determinadas circunstancias “se trata por ello en tesis de esta Cámara de un interés de titularidad indefinida que legitima al sujeto para accionar, el cual se transforma, en virtud de su incorporación al elenco de los derechos de la persona humana, en una especie de “derecho reaccional”, dispuesto a fin de que su titular se oponga a la violación originada en actos u omisiones legítimas, causadas a una globalidad”(resolución N°805-F-SI-2010 de las 13 horas 55 minutos del 5 de julio de 2010). Asimismo, es necesario tomar en cuenta que estos intereses “por ser difusos o colectivos, no dejan de integrar la categoría más amplia de los legítimos” (sentencia N°896-F-SI-2012 de las 15 horas del 26 de julio de 2012)”.

El artículo 9 citado cobra importancia en relación con el tema de participación ciudadana, como ejemplo para explicar esta observación podemos citar el caso de la Ley 9292 “Desarrollo de Obra Pública Corredor Vial San José- San Ramón y sus radiales mediante fideicomiso”, estudiado anteriormente en el apartado sobre participación ciudadana.

De importancia es mencionar que la construcción del corredor San José- San Ramón se declaró de interés público mediante decreto ejecutivo Número 31688-MOPT-H.

Este fideicomiso guarda la particularidad de contar desde el momento en que se inició el proyecto de ley con una gran participación ciudadana, organizada mediante la el Grupo conocido como “Foro de Occidente” foro que implica un movimiento social nacido para defender la construcción de la carretera San José- San Ramón con transparencia y por el Estado.

Este grupo es una unión informal sin personalidad jurídica; pero, a la luz del artículo 9 citado en conjunto con el número 10, inciso c), tiene capacidad procesal y legitimación,

aun cuando no tenga un derecho subjetivo o interés legítimo directo dentro de los procesos de contratación. Lo anterior, porque si la estructura fiduciaria no está cumpliendo con los objetivos o si se visualizan irregularidades, se estaría violentando el interés de la comunidad en la correcta ejecución de la carretera que es de interés público.

El artículo 10 inciso c) indicado; propone que estarán legitimados para demandar quienes invoquen la defensa de intereses difusos y colectivos.

Por otra parte el inciso b) del artículo 9 citado, da capacidad procesal al fideicomiso que como tal constituye un patrimonio autónomo, por lo que en protección de sus intereses el fiduciario está habilitado para recurrir a esta vía, cuando de intereses legítimos o derechos subjetivos. (Artículo 10 inciso a del CPCA)

Sobre la capacidad procesal y legitimación con la que cuenta el fideicomiso, se puede señalar el siguiente extracto de la sentencia número 113-2014 –II, dada a las nueve horas diez minutos del veintinueve de agosto del dos mil catorce por el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, en la cual se indica que:

*“Por otra parte, el Juez A Quo señala -ciertamente-, que el fiduciario es el único responsable de representar al fideicomiso y defender los bienes objeto del mismo; en el entendido que los demás contratantes como el fideicomisario y fideicomitente deberán actuar por medio de aquel; y, que es el fiduciario quien goza de representación con respecto al Fideicomiso 07-2002-FID. Ahora bien, aunque el BANCO ELCA hubiera dejado de ser fiduciario desde el **29 de setiembre del 2004** - como afirma la apelante-, y la presente demanda presentada, como en efecto se presentó, hasta **diciembre de 2004**, no siendo ya, para esta última fecha, dicho Banco, fiduciario del BANHVI, el razonamiento del Juez A Quo siempre se mantiene, en pie, en lo esencial, por lo siguiente: En primer lugar, porque la operación a cargo de Don Ramón, originalmente transmitida al patrimonio del Fideicomiso No. 014-99 FID, fue posteriormente transmitida al patrimonio del Fideicomiso No. 07-2002-FID; y, en segundo lugar, porque en autos no consta - y por eso se agregan ahora, como hechos **no probados**, de influencia para la decisión -, que la Fundación Costa Rica-Canadá hubiese sido designada Fiduciaria del Fideicomiso 07-2002-FID, en sustitución del BANCO ELCA; o bien, que este último Fideicomiso hubiera sido disuelto; o quedado acéfalo, sin representación, esto es, sin Fiduciario; y menos, que la*

operación en cuestión hubiese sido excluida de su patrimonio, y devuelta al BANVHI, por acuerdo de sus constituyentes. En razón de lo expuesto se rechazan, por improcedentes, por infundadas, las siguientes afirmaciones, a saber: Que fue con la autorización (y en coordinación) con el titular y fideicomisario de la operación crediticia reclamada, como lo es el BANVHI, que la Fundación Costa Rica- Canadá presentó la demanda en procura de que se honrara la obligación dineraria adeudada. Que la titularidad del crédito le corresponde al BANHVI, como fideicomisario o beneficiario del mismo y que es en defensa de ese crédito que están actuando en juicio. En fin, que la titularidad del crédito le pertenece a una de las partes que actúa en juicio con interés legítimo, como lo es dicho Banco.

De lo anterior, se puede extraer que, cuando existan problemas en la fase de ejecución del contrato directamente relacionados con las contrataciones que haga el fiduciario y por cualquier motivo la parte interesada quiera acudir a la vía jurisdiccional, quien goza de la legitimación pasiva y la capacidad procesal para ser demandado será el fideicomiso representado por el fiduciario y no la institución fideicomitente o al fideicomisario.

Por otra parte, el CPCA a través del artículo 2 inciso a), también, incluyó lo relativo al control de los efectos y extinción de los contratos, con respecto de este tema, se puede ejemplificar con el caso seguido en el expediente número 08-000165-1027-CA, del que ya se hizo mención.

En el proceso seguido bajo ese expediente, se analiza la validez de la rescisión contractual por incumplimiento de la contratación directa a través del fideicomiso público 539-MAG- Servicio Fitosanitario del Estado, aquí, el Tribunal Contencioso, en sentencia de apelación número sentencia 210 -2011-V, de las quince horas con treinta y cinco minutos del nueve de Agosto del año dos mil once del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, analiza el tema de la interpretación contractual y el marco general en que se da la contratación administrativa:

"En cualquier procedimiento de contratación administrativa, el oferente queda plenamente sometido al ordenamiento jurídico costarricense, en especial a los postulados de esta Ley [de contratación Administrativa], su Reglamento Ejecutivo, el reglamento institucional correspondiente, el cartel del respectivo procedimiento y, en general, a cualquier otra regulación administrativa relacionada con el procedimiento de contratación de que se trate". Y por supuesto los principios de libre concurrencia, igualdad de trato entre los oferentes, la publicidad, la seguridad jurídica, la legalidad y transparencia, la buena fe, el equilibrio de intereses, mutabilidad del contrato, intangibilidad patrimonial y control en los procedimientos. "Un referente fundamental para el cumplimiento de las obligaciones contractuales, es el cartel del concurso, en tanto que en él se establecen las bases de éste, según las necesidades de la respectiva Administración Pública. El artículo 51 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, dispone con respecto a dicha naturaleza: " El cartel, constituye el reglamento específico de la contratación que se promueve y se entienden incorporadas a su clausulado todas las normas jurídicas y principios constitucionales aplicables al respectivo procedimiento. Deberá constituir un cuerpo de especificaciones técnicas, claras, suficientes, concretas, objetivas y amplias en cuanto a la oportunidad de participar...." En este orden de ideas, como se ha dicho, el cartel se equipara al reglamento de la contratación al definir las condiciones en que se ella concretará. Por dicha razón, el cartel es fuente de interpretación de la contratación administrativa, Revisa la materia de incumplimiento contractual el cual mantiene debe ser un incumplimiento grave (entre otras, resolución No. 53 de las 15,15 horas del 31 de mayo de 1972). No es procedente la resolución, aunque fuere demostrado el incumplimiento, si éste no reviste tal importancia que amerite realmente la sanción más grave que existe en el ordenamiento civil frente a una relación contractual nacida válida y eficaz, cuál es su aniquilamiento definitivo con efectos retroactivos y sus lógicas consecuencias restitutorias y de resarcimiento."

De la anterior sentencia, se puede interpretar que, al ser los fideicomisos patrimonios autónomos sometidos a un régimen legal especial, donde, en materia de contratación no están sujetos a los procedimientos de la LCA, sino solo a sus principios, deberá tomarse en cuenta para la interpretación del contrato: la invitación a mostrar interés donde se muestran las condiciones de contratación, el contrato de fideicomiso y la Ley de Creación (cuando existe), en cuanto pueden tener disposiciones relacionadas con los parámetros de contratación que debe seguir el fiduciario y son las principales normas que rigen el actuar de este patrimonio autónomo.

Por último, en relación a la legitimación pasiva, conforme al artículo 12 y 9 del CPCA, pueden ser demandados el fideicomiso como patrimonio autónomo, las personas físicas o jurídicas que hayan derivado derechos e intereses legítimos de las contrataciones o procesos concursales (inciso 3), la Contraloría General de la República (inciso 5), cuando ha agotado la vía administrativa revocando o reforma el acto recurrido, o cuando ha dictado un acto por su función fiscalizadora (Villalobos Soto, 2008, pág.43).

De igual forma, tratándose del proceso de selección al fiduciario y el contrato de fideicomiso en sí, podrá ser demandada la Administración contratante o el Estado cuando se trate de órganos del Poder Ejecutivo, Legislativo o el Tribunal Supremo de Elecciones.

Como se puede ver, a la luz del Código Procesal Contencioso Administrativo y del fundamento constitucional (artículo 49 de CP), se busca intensificar el control jurisdiccional de la legalidad de la función administrativa y las relaciones jurídico-administrativas (García De Enterría, 2005, pág. 53), por lo que resulta relevante hacer mención del control que se ejerce en ésta sede sobre los fideicomisos titulares de fondos públicos.

CAPÍTULO IV: FIDEICOMISO MEP-BNCR PARA LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA

SECCIÓN I: ASPECTOS GENERALES

A. GENERALIDADES DEL CONTRATO

El Gobierno de Costa Rica presentó a consideración de la Asamblea Legislativa el Programa de Construcción y Equipamiento de Infraestructura Educativa en Costa Rica (CR-L1053), solicitando la autorización, para que la República de Costa Rica constituyese el fideicomiso para el financiamiento del Proyecto de Construcción y Equipamiento de Infraestructura Educativa del Ministerio de Educación Pública a Nivel Nacional.

1. Creación del Fideicomiso

Mediante Decreto Legislativo N° 9124, del 12 de marzo del 2013, se aprobó la Autorización al Poder Ejecutivo para suscribir una operación de crédito público y constituir un fideicomiso con contratos de arrendamiento, para el financiamiento del proyecto construcción y equipamiento de infraestructura educativa del MEP a nivel nacional.

Dicho fideicomiso tiene como objetivo el financiamiento, la construcción y equipamiento de infraestructura educativa; así como el mantenimiento de las edificaciones por el periodo de los arrendamientos financieros.

En específico, consiste en la construcción y equipamiento de infraestructura física, tales como colegios, escuelas y canchas multiuso, tema en el cual se encuentra bastante rezagado el Ministerio. En total, se proyectaron la construcción de 179 centros y su equipamiento, así como 24 canchas multiuso distribuidos en todo el país. Se financiará, también, los planos, el diseño, los permisos, adquisición de algunos terrenos.

Las obras se ubicarán en su mayoría en zonas catalogadas por el MIDEPLAN, como zonas con un bajo índice de desarrollo social, y se proyectan treinta y cinco mil estudiantes beneficiados.

Para este proyecto se autorizó para el proyecto en cuestión hasta un monto de USD.167.524.233, 50 (ciento setenta y siete millones quinientos veinticuatro mil doscientos treinta y tres dólares con cincuenta centavos estadounidenses) y un plazo máximo de 20 años, contado a partir del refrendo de la Contraloría, dentro de los cuales 5 años son para la finalización de las obras.

Dicha suma no contempla el valor de los bienes sujetos a fideicomiso, como derechos de uso de terrenos no demaniales, prototipos que son las especificaciones técnicas de los espacios por construir, según los requerimientos del sistema educativo, estudios, entre otros. El monto se refiere a la cantidad de dinero autorizada para suscribir el contrato de crédito externo ante el Banco Internacional de Desarrollo (BID).

Con la autorización de la Asamblea Legislativa para crear el fideicomiso, el Gobierno de Costa Rica seleccionó como fiduciario al Banco Nacional de Costa Rica. El 10 de abril de 2013, el Ministerio de Educación Pública y dicho Banco suscribieron el contrato para la constitución del “fideicomiso para el Financiamiento del Proyecto de Construcción y Equipamiento de Infraestructura Educativa del Ministerio de Educación Pública a Nivel Nacional”. Con base en la Ley, la CGR, mediante oficio DCA-1735 el 24 de julio de 2013 devuelve el contrato debidamente refrendado, fecha cuando se hace efectivo el contrato y el fideicomiso puede comenzar a operar.

Además, en la cláusula décimo cuarta del contrato 2013-210029 MEP- BNCR, se indicó como fuente de financiamiento la suscripción de créditos bancarios con organismos

de financiamiento nacionales o internacionales, de conformidad con lo dispuesto en la Ley del Proyecto y el criterio técnico del fiduciario.

De tal forma que, el 31 de octubre de 2013 se procedió a negociar el Contrato de Préstamo 2824/OC-CR, que fue suscrito entre el Banco Nacional de Costa Rica y el Banco Interamericano de Desarrollo, pero que además, cuenta con la Garantía Soberana del Estado.

Esta garantía se suscribió mediante contrato firmado entre el Ministerio de Hacienda y el BID. Durante dicha negociación, el BNCR solicitó aumentar el monto del préstamo aprobado por el Directorio Ejecutivo del Banco de US\$167.000.000 a US\$167.524.234, para que la operación de crédito refleje exactamente el monto máximo autorizado por la Asamblea Legislativa y cubra todos los costos previstos del Programa. (Banco Interamericano de Desarrollo, 2013).

Dicho contrato quedó establecido el 27 de enero de 2014 entre el fideicomiso, representado por el Banco Nacional de Costa Rica, en su capacidad de Fiduciario, y el Banco Interamericano de Desarrollo, para cooperar en la ejecución del proyecto. Por lo que en su cláusula 1.01. el BID se compromete a otorgar al Prestatario, y éste acepta, un préstamo, hasta por una suma de ciento sesenta y siete millones quinientos veinticuatro mil doscientos treinta y tres con cincuenta centavos de Dólares (US\$167.524.233,50).

Se quiere resaltar que el préstamo fue suscrito por el fiduciario y no por el Poder Ejecutivo, quien solo otorga la garantía soberana.

Este préstamo internacional se sometió a los requisitos habituales exigidos para el endeudamiento público internacional, tales como, los vistos buenos de MIDEPLAN, BCCR y Hacienda (PGR; 001 OJ-2014).

Así, las autorizaciones fueron las siguientes:

- El Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica a través de los oficios DM-296-11 del 1 de junio y DM-402-11 del 8 de julio, ambos del 2011, de acuerdo con los artículos 9 y 10 de la Ley de Planificación Nacional (n.º5525 del 2 de mayo de 1974).
- La Junta Directiva del Banco Central de Costa Rica, mediante acuerdo del artículo 5 de la sesión 5604-2013 del 24 de julio de 2013 (comunicado por oficio JD-5604/05 de 29 de julio de 2013),
- La Autoridad Presupuestaria en el acuerdo n.º10443 de la sesión extraordinaria n.º02-2013 del 27 de agosto de 2013 (comunicado mediante oficio n.ºSTAP-2049-2013 del 29 de agosto de 2013),

De igual forma en el contrato, el monto del préstamo se entiende como patrimonio fideicometido, es decir, como aporte del fideicomitente (en este caso, el Ministerio de Educación).

Con base en lo anterior y conforme con lo estudiado sobre el principio de caja única del Estado; todo ingreso, incluyendo aquel generado en razón de endeudamiento público, que perciba la administración debe ingresar a Tesorería Nacional y asignarse a través del Presupuesto Nacional.

El préstamo con el BID lo suscribió el fiduciario Banco Nacional de Costa Rica quien recibió los fondos de manera directa sin incluirse en el Presupuesto Nacional y en Tesorería Nacional el fideicomiso no maneja cuenta. (Marengo, 2015).

El hecho de que este préstamo se incluya dentro del patrimonio fideicometido por el MEP crea dudas sobre el respeto al principio de caja única y unidad presupuestaria analizado. Sobre todo cuando la ley de creación autoriza al Poder Ejecutivo para suscribir

el contrato de préstamo y en el caso quien lo suscribe es el Banco Nacional como fiduciario.

De igual forma, el préstamo cuenta con la garantía del Estado, lo cual conforme con lo establecido en el artículo 80 inciso c) es una forma de endeudamiento público, lo que da una razón más para determinar la necesidad de que fuera incluido en el proceso presupuestario nacional.

2. Fundamento legal para la constitución del Fideicomiso

Es importante indicar, que el artículo 14 de Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, faculta la creación por ley de dicho fideicomiso.

Como se ha establecido líneas atrás el artículo 14 no es propiamente una autorización para constituir fideicomisos; éste más bien contiene la prohibición general de ser utilizados a no ser que exista una ley especial que los constituya y de los parámetros generales para su funcionamiento.

La importancia radica, también, en que se le aplicarán, tanto los principios de Contratación Administrativa, como la fiscalización por parte de la Contraloría General, en procura de un control de los fondos sometidos a esta figura.

De este modo, se verifica que existe autorización de Ley N° 9124 para el presente fideicomiso al ser el Ministerio parte de la Administración Central y encontrarse dentro de los entes enlistados con tal requerimiento del artículo 14.

Por otra parte, el contrato suscrito entre el Ministerio de Educación Pública y el Banco Nacional de Costa Rica está debidamente refrendado mediante oficio 07609 (DCA-1735) del 24 de julio del 2013, el cual se ve como un requisito de eficacia jurídica.

Se puede indicar que es un punto importante de control para el presente fideicomiso, pues se hace un análisis de legalidad de éste, aunque no valida los criterios técnicos contenidos dentro del expediente, tal y como lo indica el mencionado oficio:

“...dentro del esquema de refrendo previsto en nuestra legislación, la Contraloría General de la República, no valida los criterios técnicos contenidos dentro del expediente administrativo, que fungen finalmente como sustento de la contratación. Este órgano de control superior, únicamente verifica la existencia de dichos criterios y el apego de la tramitología del procedimiento de contratación al bloque de legalidad. Lo anterior, en la medida que le corresponde a los propios funcionarios de la respectiva Administración –en razón de su idoneidad técnica asumir dichos análisis, por lo que a esta Contraloría General le corresponde en el análisis de legalidad, la verificación de que se haya realizado dicha labor pero no el fondo de esas valoraciones.”(CGR, 2013, Oficio N° 07609, (DCA-1735))

Es importante indicar que, la Contraloría General, en este caso, exteriorizó en cuanto a la idoneidad de la utilización de la figura del fideicomiso para el financiamiento del proyecto de construcción y equipamiento de infraestructura educativa, que dicho examen fue realizado por parte de la Administración dentro de la tramitación de la Contratación Directa N° 2013CD- 000071-55400, en el documento denominado *“en cuanto a la idoneidad de la utilización de la figura del fideicomiso para el financiamiento del proyecto de construcción y equipamiento de infraestructura”* .

De ahí que, se observa que la Contraloría General reduce su revisión a aspectos de legalidad, por lo que es la Administración la responsable de validar técnicamente la oportunidad y conveniencia del procedimiento y objeto de la presente contratación.

Sin embargo, dicha actuación podrá ser objeto de análisis posteriormente en una eventual fiscalización, dentro del marco de competencias de la Contraloría General.

3. Partes

Dentro de las partes que conformarán el contrato referido, se encuentra el fideicomitente mediante el MEP, el fiduciario representado por el Banco Nacional de Costa

Rica, y el fideicomisario serán el MEP, los Bancos u organismos internacionales que otorguen crédito al fideicomiso.

De ahí, se ha enlistado más específicamente las intervenciones:

- Fideicomitente: República de Costa Rica mediante el Ministerio de Educación Pública (MEP).
- Fiduciario: Banco Nacional de Costa Rica, Será el fiduciario, quién obtenga y canalice los recursos financieros necesarios para realizar las obras requeridas.
- Fideicomisarios: Ministerio de Educación Pública, bancos u organismos internacionales que otorguen crédito al fideicomiso y los inversionistas tenedores de títulos valores emitidos por el Fideicomiso.
- Comité Director del Proyecto: Órgano colegiado del fideicomiso, encargado de la dirección general de las actividades del Fideicomiso en procura del cumplimiento de sus finalidades.
- Comité de Vigilancia: Órgano colegiado del fideicomiso cuya responsabilidad será velar por el cumplimiento de las finalidades del fideicomiso, según lo dispuesto en el artículo 9 del proyecto.
- CONASSIF: Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero.
- SUGEF: Superintendencia General de Entidades Financieras.
- SUGEVAL: Superintendencia General de Valores.
- Unidad Ejecutora: empresa consultora con experiencia en administración de proyectos de construcción y equipamiento de infraestructura educativa, contratada por el Fideicomiso.

- Unidad Supervisora del MEP: Unidad interna del Ministerio de Educación Pública encargada, en coordinación con la Dirección de Infraestructura y Equipamiento Educativo (DIEE) de dicho Ministerio, de dar seguimiento a la ejecución total del Proyecto y de dictar los actos de aprobación previstos en el Contrato de Fideicomiso.(Gaceta N° 7, 2014)

4. Patrimonio

En la cláusula décimo tercera del contrato 2013-210029 MEP- BNCR, se indica que el patrimonio estará constituido por los prototipos o especificaciones técnicas, derechos de uso que concederá el MEP sobre los terrenos existentes, los recursos que se obtengan por la suscripción de operaciones de crédito, las donaciones o cooperaciones no reembolsables obtenidas por el fideicomiso, los terrenos que adquiera el fiduciario, la infraestructura que se vaya construyendo, los ingresos pactados por el arrendamiento financiero, otros ingresos que pudiera tener el fideicomiso. Se indica que el patrimonio será utilizado exclusivamente para el cumplimiento del objeto del fideicomiso, en los términos establecidos por la Ley y el Contrato.

De la comparación que se realizó con los contratos de fideicomiso suscritos por el Instituto Costarricense de Electricidad para el desarrollo de proyectos hidroeléctricos, consideramos necesario resaltar que específicamente en los contratos del Fideicomiso de Titularización P.H Cariblanco (2003) y Fideicomiso de Titularización P.T Garabito (2007) se hace una diferenciación entre patrimonio fideicometido y patrimonio del fideicomiso.

El patrimonio fideicometido se forma por los bienes que la Administración Pública o ente fideicomitente separa de su haber para entregarlo al fideicomiso; por su parte el patrimonio del fideicomiso, es el conjunto de los bienes que capte el fideicomiso durante su

gestión, ya sea por emisión de bonos o incluso la construcción de las obras, ingresos pactados por conceptos de arrendamiento y demás ingresos que pueda percibir por su funcionamiento.

Esta diferenciación no se realiza en el contrato del MEP, lo cual puede llevar a confusión sobre el manejo de los recursos financieros que tiene el fideicomiso, sobre todo cuando se trata de determinar cuáles bienes deben ingresar a caja única y cuáles se consideran recursos privados exentos de este requisito.

El MEP, está obligado a manejar sus fondos a través de la Tesorería Nacional, por lo que al incluir el préstamo del BID como bien fideicometido en el contrato (es decir aportado por la Administración), el monto otorgado en préstamo debió incluirse dentro de la cuenta que maneja la Tesorería Nacional.

Actualmente, el préstamo lo suscribió el fideicomiso a través del Banco Nacional, por lo que el mismo debería ser considerado parte del patrimonio del fideicomiso y no como se establece en el contrato.

Recuérdese que, salvo las normas de control y fiscalización relacionadas con los fondos públicos entregados en fideicomiso (CGR, 2013, Oficio N° 01250(DFOE-AE-0044)); las actividades y movimientos comerciales que el fiduciario realice para cumplir con el objetivo encomendado, está sujeto al régimen de derecho privado. (PGR, 2012, Dictamen C-186-2012)

En vista de lo anterior, los recursos que adquiera el fiduciario por otros medios que no sean mediante asignación de partida presupuestaria, la entrega de otros recursos de origen público o rentas generadas a partir de éstos, no están sometidos a la caja única del Estado.

Como el bien fideicometido en cuestión (préstamo del BID), que se autorizó por medio de la ley de creación para que fuera suscrito por el Poder Ejecutivo en la realidad fue suscrito por el Banco Nacional en su calidad de fiduciario sin ingresar a caja única del Estado o al proceso presupuestario nacional; se puede concluir que existe una inobservancia del principio de caja única regulado en el artículo 66 de la LAFRPP. (PGR, Dictámenes C-032-2014, C-405-2005y Opinión Jurídica OJ-114-2007).

Éste préstamo, tiene toda las características para ser considerado endeudamiento público, e incluso cuenta con la garantía soberana del Estado, por lo que conforme a la Ley 8131 debió considerarse ingreso público e incluirse en el Presupuesto Nacional. (Arroyo Rivera, 2015)

De acuerdo con lo indicado por el señor Mauricio Arroyo, Subtesorero Nacional, la posición de que los fondos que manejen fideicomisos públicos suscritos por la Administración Central deben ser manejados en caja única se mantiene y fue reiterada por el Dictamen 032-2014 de la PGR.

Por el momento, los fondos del fideicomisos del MEP- BNCR, no se manejan en Tesonería Nacional, porque el préstamo no se incluyó en el presupuesto, sin embargo durante el mes de junio de 2015, éste órgano ha mantenido conversaciones con la CGR para discutir la posición de la PGR sobre la obligación que tiene el Ministerio de Educación de apearse al numeral 66 de la LAFRPP, incluido su fideicomiso. (Arroyo Rivera, 2015)

También, se indicó que los fondos manejados por fideicomisos en caja única no desvirtúan la figura, en tanto mantienen una cuenta separada a la cual se le reconoce su destino específico y se coordina con los fiduciarios una entrega ágil de los montos que necesiten conforme a la programación financiera anual de cada uno. En este momento

existen 14 fideicomisos que manejan fondos en caja única del Estado y mantienen un funcionamiento efectivo. (Arroyo Rivera, 2015)

Incluso, el acreedor del préstamo, BID, se ha acercado a la Tesorería Nacional con observaciones sobre la importancia de manejar los fondos en caja única y su descontento por cómo se han manejado los recursos en la estructura actual, mantenido una posición de que sí los recursos se mantuvieran en una cuenta en Tesorería Nacional, la administración de éstos sería más ordena. (Arroyo Rivera, 2015)

5. Delegación de Funciones

Existe la posibilidad de caer en un uso indiscriminado de la figura, por lo que se debe analizar si estos contratos se están utilizando para suplir las deficiencias que vienen aquejando desde años atrás en el cumplimiento de sus fines, por lo que se debe contar con el cuidado de no delegar funciones de la actividad sustantiva en el fiduciario.

Pues como se analizó, son amplios los criterios de la que respaldan la tesis de que la Administración Pública se encuentra facultada para celebrar contratos de fideicomiso siempre y cuando no supongan la delegación de potestades administrativas, referidas de la actividad es esenciales del ente, ya que no sería factible la constitución de un fideicomiso para la realización de las funciones propias de la Administración fideicomitente, es decir, para la realización de las actividades para las cuales fue creada la respectiva Administración.(PGR, Dictamen C-252-87, 1987) (PGR, Opinión Jurídica OJ-055-97, 1997) (CGR, Oficio n° 00739 (DCA-323-2008), 2008.).

En el refrendo que la Contraloría General dio al contrato de fideicomiso en estudio, el ente contralor se refirió a este punto indicando:

“1. El MEP de conformidad con el ordenamiento jurídico es el responsable de la construcción y el equipamiento de la infraestructura educativa, por lo que aunque se acuda a la figura del fideicomiso ello no

implica una delegación de sus competencias en el fiduciario. En vista de lo cual el fideicomiso constituye un instrumento para la realización de los proyectos, siendo entonces el MEP en su carácter de fideicomitente quien deberá fiscalizar las actuaciones del fiduciario. Aun y cuando se concede el refrendo al presente contrato de fideicomiso, no se ha aceptado el que a cargo del fideicomiso se creen estructuras burocráticas complejas con gastos de administración elevados dado que van en detrimento del mismo patrimonio y por ende del fin que se pretende cumplir .

2. Adicionalmente, es preciso tener presente que resulta improcedente que las funciones propias de la Administración se deleguen al fiduciario. Así, se ha insistido en que la constitución de un fideicomiso implica la transferencia de un patrimonio al fiduciario más no la transferencia de funciones públicas de la Administración fideicomitente las cuales por principio son indelegables.” (CGR, 2013, Oficio N° 07609, (DCA-1735))

De lo cual es enfático en señalar, que aunque el MEP es el responsable de la construcción de infraestructura educativa, el recurrir al fideicomiso no implica una delegación de competencias; por lo que la constitución de un fideicomiso implica la transferencia de un patrimonio al fiduciario, mas no la transferencia de funciones públicas de la Administración fideicomitente.

No puede la Administración, crear un fideicomiso y desentenderse de la ejecución de éste, pues cuenta con la responsabilidad de fiscalizar, coordinar y verificar que las metas encomendadas se estén cumpliendo. El fideicomiso se entiende como un instrumento por medio del cual el MEP estaría realizando el fin encomendado de manera indirecta.

Sobre el particular, se concluye que en este aspecto tan relevante, con los cuidados que tiene que tener la administración fideicomitente, que este fideicomiso se encuentra acorde con los criterios señalados. El MEP, hace el traslado de los bienes, pero no se desentiende, sino que vigila y acompaña la función del fideicomiso de forma constante a través de la unidad supervisora del fideicomiso.

Por lo que, se ha visto esta figura como una nueva herramienta, para poder compensar la necesidad de infraestructura que hay en el país, pues la Dirección de Infraestructura y Equipamiento Educativo (DIEE), no está dando abasto. (Marenco, 2015)

B. CONTROL DEL FIDEICOMISO

1. Mecanismos de Control

La Asamblea Legislativa es quien ejerce el primer control al analizar ampliamente la procedencia del proyecto de fideicomiso y solicitar criterios de las instituciones que así corresponda.

También, cabe resaltar los distintos mecanismos de control, que se establecen desde la misma ley de creación o el contrato entre el MEP y el BNCR.

Dentro de las disposiciones, el contrato de constitución del fideicomiso y el contrato marco de arrendamiento deben ser sometidos al refrendo de la Contraloría General. Sin dejar de lado cualquier otra labor de Fiscalización que pueda ejercer la Contraloría General en su ámbito de potestades.

También, es de gran relevancia la previsión en el numeral 2 de dicha Ley en la descripción del proyecto, la creación de la **Unidad Supervisora**, que como contraparte técnica, el MEP, en coordinación con la Dirección de Infraestructura y Equipamiento Educativo (DIEE), la establecerán para dar seguimiento a la ejecución del fideicomiso.

Además, para salvaguardar los fondos, se dispuso en el artículo 6 de la Ley N° 9124, que el **Ministerio de Hacienda**, velará, antes de que se constituyan los contratos de arrendamiento porque el costo financiero sea el menor y conforme con las condiciones del mercado.

Al respecto se refirió la Contraloría:

“ Con relación a la obligación establecida en el artículo 6 de la Ley del Proyecto relativa a que el Ministerio de Hacienda debe velar porque el costo financiero del arrendamiento sea menor y acorde con las condiciones de mercado, la misma se entiende complementaria con lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto Ejecutivo No. 36450-H, Procedimiento para gestionar la autorización de financiamiento de proyectos de obra pública utilizando fideicomisos de titularización, de desarrollo de obra pública y otros similares con contrato 16 de arrendamiento, sobre el deber de contar con el aval de la Dirección de Crédito Público del Ministerio de Hacienda para efectos de la estructuración del arrendamiento.”(CGR, 2013, Oficio N° 07609, (DCA-1735)).

También, como parte del control el fideicomiso se deberá conformar un comité **de** **vigilancia**, para que vele por el cumplimiento de las finalidades del fideicomiso, establecido en el artículo 9 de la referida normativa. Integrado ya en la práctica por funcionarios de diferentes instituciones como el Ministerio de Hacienda y del propio Ministerio, lo cual se considera oportuno para un adecuado control.

En esa línea, también, se deberá presentar un informe semestral por parte del fiduciario a la Comisión de Ingreso y Gasto Público de la Asamblea Legislativa, sobre el avance y ejecución del fideicomiso, tal y como se establece en el numeral 10 de la Ley N° 9124.

De ahí que, en específico la cláusula séptima del contrato (Contratación Directa No. 2013CD-000071-55400.), se establece que para el cumplimiento de sus funciones, el fiduciario conformará tres órganos fundamentales, a saber el comité director del proyecto, que en los términos del contrato en su numeral 1 es un órgano colegiado encargado de la dirección general de las actividades del fideicomiso en procura del cumplimiento de sus finalidades; también la Unidad Ejecutora, que como se verá más adelante debería supervisar y vigilar las actividades de diseño, construcción y equipamiento, así como

brindar toda la información que le sea requerida y el comité de vigilancia anteriormente señalado.

En ese sentido, la Contraloría General indicó en su aprobación del presente contrato:

“Debe recalcar el deber del Fiduciario de administrar el Fideicomiso como “un buen hombre de negocios” y en ese sentido, queda bajo su responsabilidad garantizar que se nombrará a las personas idóneas para asumir dichos cargos, contando con la necesaria experiencia y atestados para cumplir adecuadamente con las funciones y responsabilidades que asumirían.” CGR, 2013, Oficio N° 07609, (DCA-1735)).

Además, se resalta también sobre la responsabilidad del fiduciario, de garantizar que quienes conformen la Unidad Ejecutora deben cumplir con los requisitos necesarios de experiencia y atestados, para garantizar el adecuado cumplimiento de sus funciones, en los siguientes términos:

“En la cláusula séptima, sobre los órganos del Fideicomiso, numeral 2 se establece que el Fiduciario formulará una propuesta de conformación de la Unidad Ejecutora, la cual deberá ser aprobada por la Unidad Supervisora de Proyecto del MEP. En los mismos términos que lo señalado en el punto anterior indicamos que es de la exclusiva responsabilidad del Fiduciario garantizar que en la Unidad Ejecutora se realizarán nombramientos acordes con los necesarios requisitos de experiencia y atestados para garantizar el adecuado cumplimiento de sus funciones.”(CGR, oficio N° 07609, (DCA-1735), 2013)

2. Unidad Supervisora del MEP

Como se ha visto, la Unidad Supervisora dentro del fideicomiso cuenta con un papel fundamental de dar seguimiento a la ejecución del proyecto por parte del MEP, y aprobar ciertos actos previstos en el contrato.

Además de otras actuaciones, reguladas en el nuevo decreto del N° 38170-MEP sobre la Organización Administrativa de las Oficinas Centrales del Ministerio de Educación Pública como: la coordinación con el Comité Director del Proyecto del fiduciario en la

elaboración del plan de trabajo y los correspondientes planes anuales operativos, otorgándole la aprobación correspondiente. Coordinar con el Comité Director del Proyecto del fiduciario la elaboración del plan de trabajo y los correspondientes planes anuales operativos, otorgándole la aprobación correspondiente.

También, deberán elaborar e implementar un sistema de medición, supervisión y control que le permita dar el adecuado seguimiento al avance de la ejecución del proyecto de fideicomiso, de forma que éste cumpla con los plazos y prioridades establecidas en los contratos de fideicomiso y de arrendamiento financiero, informar sobre eventuales atrasos, supervisar los avances del proyecto, certificar la recepción provisional y final de cada obra concluida y levantar el acta correspondiente, realizar la gestión de comunicación y documentación de seguimiento del proyecto, que conlleva, entre otros aspectos, el requerimiento, la elaboración y entrega de los informes de ejecución programática para las instancias, internas o externas, que así lo requieran., elaborar y realizar la gestión de riesgos del proyecto en lo que atañe al MEP como fideicomitente y fideicomisario, entre otras funciones. (Decreto Ejecutivo N° 38170-MEP, 2014)

Dicha Unidad, se encuentra debidamente establecida; integrada de este modo por 7 personeros del MEP, quienes se encuentran especializados, sea en la parte presupuestaria, manejo de activos, del inventario, coordinación o la parte más administrativa. (Marenco, 2015)

3. Conformación de la Unidad Ejecutora

Dado que dicha instancia se encuentra bajo la responsabilidad del Fiduciario, y cuenta con uno de los más importantes encargos para el cumplimiento del proyecto, pues ejecuta las actividades tendientes al pleno, efectivo y correcto cumplimiento del fideicomiso, administrando los proyectos de construcción; resulta de relevancia que el

Banco Fiduciario, diseñe adecuadamente los mecanismos de control, para que los fondos sean utilizados para los fines pactados, tal y como lo señala la Contraloría General:

“la Contraloría General ha señalado que siendo el Banco Fiduciario el que responde por el empleo de la propiedad fideicometida, éste deberá establecer los mecanismos de control necesarios, para que los fondos a su cargo sean utilizados en estricto apego a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y técnico al que se encuentran sometidos los fondos públicos fideicometidos, pues de lo contrario, podría colocarse en una situación de incumplimiento contractual, con las consecuentes responsabilidades civiles que ello implica, al responder por los daños y perjuicios que se produzcan ante una eventual negligencia en la salvaguarda de esos recursos⁴. Asimismo, reafirma el inciso 7 del artículo 116 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional⁵, que los bancos que pacten contratos de fideicomiso pueden convenir el establecimiento de controles, en cuanto al manejo de los fondos afectos al fideicomiso.”(CGR, 2013, Oficio N° 01250, DFOE-AE-0044).

Como punto de partida, se resaltan todos los requerimientos que hace el Banco Fiduciario a quien sea nombrado en la Unidad Ejecutora del proyecto. De ahí que, se indica para lo que resulta de interés para un mayor control de fondos que, dicha Unidad será responsable dentro de otras cosas de:

“1. Llevar a cabo todos los actos necesarios para la realización del objeto y finalidades del fideicomiso conforme a lo dispuesto en el Contrato de Fideicomiso, bajo la guía del Comité Director del Proyecto. (...)

9. Supervisar y vigilar las actividades de diseño, construcción y equipamiento, de manera que se asegure que éstas se ejecutan según los términos adjudicados y requeridos para el cumplimiento del objeto del Fideicomiso. (...)

11. Rendir cuentas de su gestión al fiduciario, al Comité Director del Proyecto, a la Unidad Supervisora del Proyecto del MEP y al Comité de Vigilancia del Proyecto, cuando éstos así lo requieran.

12. Elaborar informes mensuales que comprenderán al menos información sobre el avance de los proyectos (Cronograma, Presupuesto, Productos Entregables y Riesgos) y sobre los Estados Financieros del Fideicomiso, en caso de ser necesario apoyarlo por el Fiduciario.

13. Elaborar informes periódicos de acuerdo con el Manual Operativo del Proyecto.

14. Elaborar informes periódicos sobre el avance y la ejecución del Fideicomiso de acuerdo con el Plan del Proyecto, así como el informe

semestral al que se refiere el artículo 10 de la Ley N°9124, que el Fiduciario debe remitir a la Comisión de Ingreso y del Gasto Público de la Asamblea Legislativa.

15. Preparar los informes técnicos requeridos para que el Comité Director del Proyecto atienda los recursos contra los pliegos de condiciones o resoluciones de procesos de contratación promovidos por el Fideicomiso, o para atender las audiencias otorgadas por la Contraloría General de la República con ocasiones de aquellas impugnaciones.

16. Coordinar con la Unidad Supervisora de Proyecto del MEP lo que corresponda de manera que se asegure que el proyecto se ejecuta de conformidad con los requerimientos técnicos brindados por el MEP mediante la Unidad Supervisora del Proyecto.

17. Brindar la información que le requiera el Comité Director del Proyecto, Dirección Fiduciaria del Banco Nacional de Costa Rica o de la Inversión General de Banca de Inversión del Banco Nacional de Costa Rica. (...)

25. Mantener al día al Fiduciario sobre el alcance y nivel de ejecución de los Proyectos.”(Banco Nacional de Costa Rica, 2014, Referencia IDB 13-01/14)

Detallando lo anterior, se denota la previsión de amplios mecanismos de control, al tener que brindar la Unidad Ejecutora constante información a los diferentes comités y partes interesadas, así como la elaboración de informes periódicos sobre los avances del proyecto, informes técnicos y coordinación pertinente.

Sin embargo, como veremos más adelante, la conformación de esta Unidad ha tenido atrasos importantes, en cuando la adjudicación ha sido objeto de apelaciones.

SECCIÓN II: OBSERVACIONES RELEVANTES

C. MARCO NORMATIVO DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO SUSCRITO POR EL MEP.

Como se ha visto, la figura contractual que se origina en el Derecho Privado, comienza a tomarse como una verdadera opción que participe en la solución de los problemas de financiación y desarrollo Estatal.

De ahí que, el fin público para el cual fue constituido el fideicomiso en cuestión, reviste de gran relevancia, ya que pretende satisfacer las demandas de infraestructura educativa con las que cuenta el país.

La normativa disponible para regular el contrato de fideicomisos en general es bastante amplia, se puede citar dentro de las normas generales a la LAFRPP, la Ley de Control Interno, Ley de Contratación Administrativa, las directrices y lineamientos del Ministerio de Hacienda y la Contraloría relacionadas al proceso presupuestario y la propia ley de creación del Fideicomiso, así como el contrato suscrito entre otros.

Es la amplitud y generalidad de la normativa y falta de sistematización de ésta, así como la gran variedad de fideicomisos y los distintos mecanismos que estos puedan emplear, lo que puede generar incertidumbre en quienes suscriben el contrato, al mismo tiempo que la figura puede perder celeridad en tanto pretende cumplir un marco normativo extenso.

Lo anterior tiene mayor incidencia en temas de fiscalización, y aprobación presupuestaria, donde se aplica la normativa general para instituciones públicas, lo que puede generar una inflexibilización de la figura.

Para el caso del fideicomiso en cuestión, esta situación fue expresada por las funcionarias que conforman la Unidad Supervisora del MEP, pues indicaron que no existía experiencia en la institución implementando este tipo de contratos, y que han tenido que innovar e interpretar normas para definir responsabilidades, siendo en palabras literales como el conejillo de indias. (Marengo, 2015).

Al respecto se ha dicho que el fideicomiso es un contrato, no una institución por lo que el proceso de aprobación presupuestaria debería ser distinto, sobre todo cuando el contrato les establece un marco de actuación definido. (CGR, 2007a, pág 18)

La amplitud y generalidad de la normativa que se utiliza para controlar y fiscalizar la figura, se puede solucionar si en la Ley especial de creación de fideicomiso, se definieran técnicas de control y objetivos claros para cada contrato que se pretende implementar. Sin embargo, en la práctica las leyes de creación son muy escuetas y se limitan a mencionar cuestiones generales sobre los objetivos por cumplir, los fiduciarios que se pueden contratar y el financiamiento que se permite utilizar.

Lo anterior, deja a cargo del contrato las especificaciones y responsabilidades de lo que se pretende realizar, el contrato, a su vez, puede encontrar dificultades para obtener el refrendo contralor, en tanto debe ajustarse a lo que está expresamente autorizado en la ley de creación, por lo que al ser breve, puede restringir las cláusulas contractuales del fideicomiso y los gastos y métodos que se necesiten implementar.

En el caso particular, el Fideicomiso está debidamente constituido conforme con el artículo 14 de la LAFRPP, a través de una ley especial, de igual forma está refrendado su contrato y aprobado su presupuesto inicial, por lo que se entiende que ha cumplido con los procedimientos exigidos y los requisitos de legalidad que analiza la Contraloría General para verificar y aprobar el contrato y el presupuesto.

B. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

De relevancia se establece, que dichos contratos deben emplear los **principios** aplicables en Contratación Administrativa y que se definirán en el contrato de constitución del fideicomiso que se envía a la Contraloría General de la República para su refrendo.

De ahí que, en el contrato 2013-210029 MEP- BNCR, se indica que de conformidad con el artículo 8 de la Ley del Proyecto, todos los procesos licitatorios que promuevan para la administración e implementación del fideicomiso, deben aplicar y cumplir con los

principios de contratación administrativa, que se establecen entre otros: libre concurrencia, igualdad de trato entre los posibles oferentes, legalidad y transparencia de los procedimientos, seguridad jurídica, formalismo en los procedimientos licitatorios, equilibrio de intereses, buena fe, mutabilidad del contrato, intangibilidad patrimonial y el control de los procedimientos.

En igual sentido, el reglamento incluye la aplicación del régimen de prohibiciones contenido en la Ley de Contratación Administrativa (artículo 22 y 23) a los sujetos que se pretendan contratar.

Para este caso, los procesos de contratación, también, se deben ajustar a las exigencias establecidas por el Banco Interamericano de Desarrollo, por eso el presente es definido como un fideicomiso de políticas mixtas, pues al intervenir el Banco Interamericano de Desarrollo con el aporte del dinero del préstamo las cosas deben ajustarse a sus políticas además de la normativa nacional. (Marengo, 2015)

Por lo que, dichos principios vendrían a ser un marco dentro del cual el fideicomiso tendría que jugar, con miras a que el contrato opere con la mayor eficiencia y eficacia, para salvaguardar los fondos que se están invirtiendo.

Así por ejemplo, para la contratación de la Unidad Ejecutora el Banco Nacional de Costa Rica, indicó, que las firmas consultoras serán seleccionadas conforme con los procedimientos indicados en las Políticas (GN-2350-9) para la Selección y Contratación de Consultores Financiados por el Banco Interamericano de Desarrollo. Banco Nacional de Costa Rica, 2014, Referencia IDB 13-01/14)

Según dichas políticas, son cinco las principales consideraciones que guían la política del Banco en el proceso de selección, a saber: (a) la necesidad de contar con servicios de alta calidad; (b) la necesidad de economía y eficiencia; (c) la necesidad de dar

a los consultores calificados la oportunidad de competir para prestar servicios financiados por el Banco; (d) el interés del Banco en fomentar el desarrollo y empleo de consultores nacionales en los países miembros Prestatarios del Banco; y (e) la necesidad de que el proceso de selección sea transparente.

En dado caso existe una intervención del BID para dichas contrataciones, así si el fiduciario va a emitir un cartel o invitación a presentar expresiones de interés para la contratación de empresas que asuman la posición de unidad ejecutora, éste debe contar con el visto bueno del Banco Interamericano de Desarrollo. (Marenco, 2015).

Así en las políticas se expresa en su punto 1.14 referente a la Revisión, Asistencia y Supervisión, que el Banco revisa la contratación de consultores realizada por el Prestatario con objeto de cerciorarse a su satisfacción de que el proceso de selección se lleve a efecto de conformidad con las Políticas.

De este modo, el Banco no sólo actúa otorgando el préstamo, sino que tiene una participación activa dentro de este tipo de contrataciones. Lo que resulta difícil de dilucidar hasta donde puede entrar en conflicto los requerimientos del BNCR y dichas regulaciones internacionales.

Además, siendo de aplicación tales principios como ha sucedido en el presente caso, la Contraloría conoce de los recursos de apelación u objeciones cuando por el monto así corresponda, aplicando los procedimientos fijados en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento, por lo que sea indicando acerca de los plazos:

“En relación con los plazos que le resultarían aplicables tratándose del régimen recursivo en un contrato de fideicomiso: “(...) 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 (...).”(CGR, 2012, Oficio N° 01227 (DCA- 0270)).

Esta situación resulta contraproducente, pues como se vio, las apelaciones en materia de contratación tienen a ralentizar los procesos como sucede en el caso donde el fideicomiso posee ya 3 años sin empezar las obras quedando solamente 2 del plazo concedido en el contrato para este fin.

Los fideicomisos, no están sujetos a los procesos de la LCA, sin embargo, si lo están a los principios generales de contratación lo que involucra la posibilidad de aceptar apelaciones en los procesos de selección de la unidad ejecutora o cualquier otra contratación. Ésta posibilidad de recurrir y la consecuente obligación de resolver estas objeciones toman su tiempo, pero es necesario dado que permite ejercer mecanismos de control y fiscalización por parte de la Administración.

Por lo anterior, las partes, a la hora de negociar y establecer el contrato, deberán tomar en cuenta los plazos y el tiempo que puedan ocasionar las apelaciones presentadas en los procesos de contratación. Esto con el fin de no perjudicar los intereses de las partes y para evitar que se fijen plazos o términos insuficientes para el cumplimiento de los objetivos.

C. CUMPLIMIENTO DE PLAZOS PREVISTOS

Hablando de eficiencia que debe operar en la administración, según dicho decreto legislativo visualiza al fideicomiso como un mecanismo de financiamiento alternativo, para suplir la demanda de infraestructura educativa de forma ágil y oportuna.

El mismo incluye un periodo de *desarrollo y ejecución* del Proyecto no podrá ser mayor a los 5 años desde el inicio del plazo que corre desde el refrendo contralor;

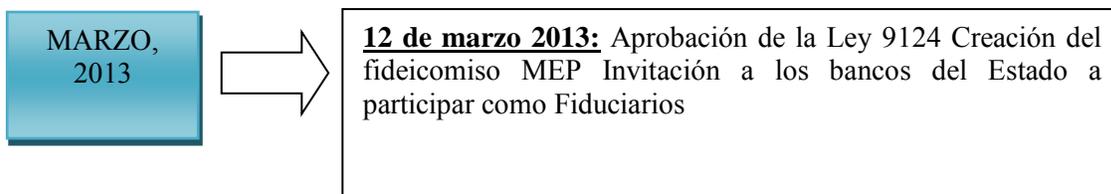
disposiciones que son oportunas para un manejo eficiente y pronto de los fondos y satisfacer los fines propuestos que revisten de urgencia para el país.

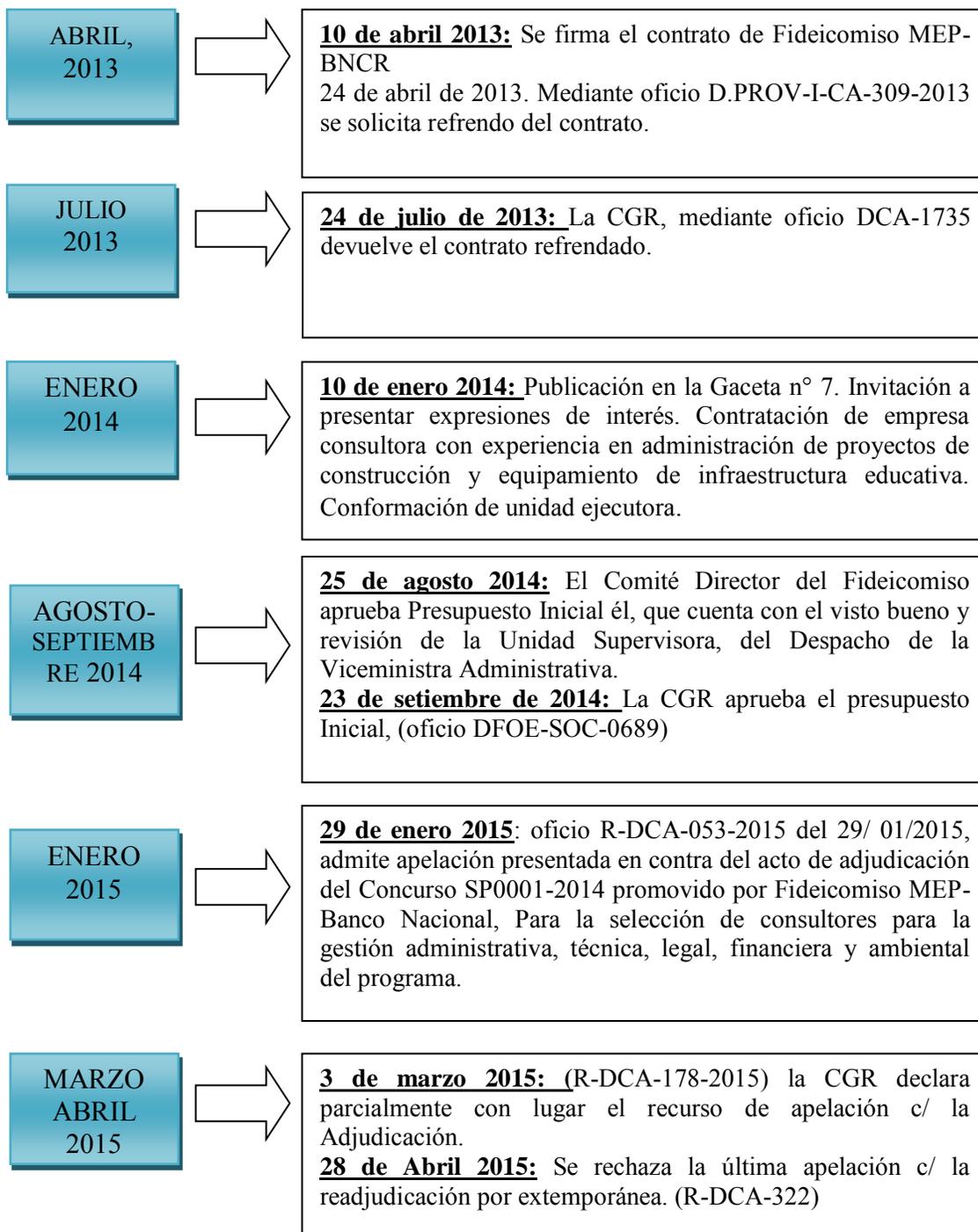
De ahí que, el fideicomiso cuenta con un mecanismo de implementación; opera en un inicio con el mandato del fideicomitente para la construcción de la infraestructura educativa, lo cual es adoptado por el fiduciario canalizando los recursos obtenidos por la contratación de crédito, ello mediante la **Unidad Administradora de Proyectos** que contratará la construcción de infraestructura educativa acorde a los requerimientos del MEP.

También según la Ley 9124, los contratos de arrendamiento, inician cuando el MEP, da por terminada la obra, y termina cuando finaliza el plazo del fideicomiso, donde la infraestructura pasará a ser parte del patrimonio del MEP. Durante el plazo del arrendamiento, el fiduciario deberá prestar mantenimiento a la obra.

En principio si en 5 años se lograran realizar todas las obras, se cree que sería en un tiempo bastante corto para la creación de éstas. Sin embargo, desde el momento del refrendo contralor han pasado ya 2 años del plazo de 5, sin que hayan iniciado las construcciones.

Es de relevancia contar con una línea de tiempo para hacer las previsiones de si se va cumpliendo con rapidez los diferentes actos para llevar la consecución del proyecto en los plazos previstos, a continuación se presenta un esquema con los eventos relevantes de la fase inicial del proyecto, el cual se encuentra actualizado al 15 de junio de 2014:





Como se puede observar, el proceso iba con bastante agilidad hasta julio de 2013, momento cuando la CGR otorgó el refrendo y que comienzan a contar los 5 años para la

construcción de las obras. Pero en el momento de conformar la Unidad Ejecutora se ha dilatado bastante con apelaciones ante el órgano contralor.

Según integrantes de la Unidad Supervisora del MEP, la conformación de la Unidad Ejecutora, es un proceso que viene desde el año 2014, donde participaron muchas empresas, sin embargo, la adjudicación ha sido objeto de apelación. (Marengo, 2015)

La primera de ellas fue resuelta mediante resolución R-DCA-178-2015 del 3 de marzo de 2015 de la División de Contratación Administrativa de la Contraloría, donde se dispuso: declarar parcialmente con lugar el recurso de apelación interpuesto por CDS Corporación de Desarrollo Sigma S. A. (titular del nombre comercial Novatecnia Administración y Construcción), y declarar con lugar el recurso de apelación presentado por Consorcio SGS Société Generale de Surveillance S. A- SGC Central América S .A.,- Consult cnica S. A., en contra del acto de adjudicación del Concurso SP0001-2014 promovido por Fideicomiso MEP-Banco Nacional, Programa para la Construcción y Equipamiento de Infraestructura Educativa (PCEIE), para la selección de consultores para la gestión administrativa, técnica, legal, financiera y ambiental del programa, acto recaído a favor del Consorcio Studio Calvi Ltd & FSA Ingeniería y Arquitectura S. A. 2).

Es necesario mencionar, que se presentó otra apelación contra la readjudicación realizada por el fideicomiso. Ésta fue resulta el 28 de Abril 2015, en la cual se rechaza por extemporánea. (Oficio, R-DCA-322).

El tiempo que se ha implementado en el proceso de aprobación presupuestaria, más los plazos que corrieron resolviendo apelaciones presentadas por los oferentes, ha puesto en riesgo el cumplimiento oportuno de los términos para la construcción de las obras, con la duración excesiva en la conformación de una Unidad que es vital para el inicio de las obras, por lo que se deberían prever este tipo de situaciones.

Las apelaciones son necesarias para garantizar que los principios de contratación administrativa y los procedimientos que establece el contrato, se están garantizando, por lo que lo ideal hubiera sido que se negociara de una mejor manera el plazo de construcción de las obras contemplando el atraso que las impugnaciones pudieran generar.

Sin embargo, en la cláusula quinta punto 3 del contrato, se limita a exonerar de responsabilidad al fiduciario por los atrasos que las impugnaciones ocasionen y al mismo tiempo se le obliga a contemplar este inconveniente en la planificación del plazo de los 5 años, lo que genera confusión. La experiencia que se adquiriera de estas situaciones debería ser contemplada a la hora de definir términos en contratos de fideicomisos futuros.

D. TRANSPARENCIA EN LA INFORMACIÓN

Un tema que preocupa, es, precisamente, el conocimiento de estos asuntos a la ciudadanía en general, como mecanismo de transparencia y control de éstos, enfatizando las grandes sumas de recursos que se trasladan en estos fideicomisos. Cuando se involucran bienes públicos, la transparencia y rendición de cuentas son esenciales para que se acoplen a un sistema democrático, por lo que la confianza tan propia de esta figura debe ser redefinida en el ámbito público.

Además, que la información se encuentre configurada en un expediente, archivo o registro, se ve como un mecanismo de control por parte de la ciudadanía:

“(...) no siempre la información administrativa de interés público que busca un administrado se encuentra en un expediente, archivo o registro administrativo. El derecho de acceso a la información administrativa es un mecanismo de control en manos de los administrados, puesto que, le permite a éstos, ejercer un control óptimo de la legalidad y de la oportunidad, conveniencia o mérito y, en general, de la eficacia y eficiencia de la función administrativa desplegada por los diversos entes públicos. Las administraciones públicas eficientes y eficaces son aquellas que se someten al control y escrutinio público, pero no puede existir un control ciudadano sin una adecuada información. De este modo, se puede establecer un encadenamiento lógico entre acceso a la información administrativa,

conocimiento y manejo de ésta, control ciudadano efectivo u oportuno y administraciones públicas eficientes. El derecho de acceso a la información administrativa tiene un profundo asidero en una serie de principios y valores inherentes al Estado Social y Democrático de Derecho, los cuales, al propio tiempo, actúa.

Así, la participación ciudadana efectiva y directa en la gestión y manejo de los asuntos públicos resulta inconcebible si no se cuenta con un bagaje importante de información acerca de las competencias y servicios administrativos, de la misma forma, el principio democrático se ve fortalecido cuando las diversas fuerzas y grupos sociales, económicos y políticos participan activa e informadamente en la formación y ejecución de la voluntad pública. Finalmente, el derecho de acceso a la información administrativa es una herramienta indispensable, como otras tantas, para la vigencia plena de los principios de transparencia y publicidad administrativas.” (Sala Constitucional, Sentencia Número 136-2003)

Lo cual, queda debiendo la figura en la práctica. No existe un compilado unificado de documentos el cual pueda referirse como un expediente de consulta por parte de los ciudadanos, sino son las distintas partes las que cuentan con sus documentos respectivos que van emitiendo, lo cual entorpece el acceso a la información. (Marenco, 2015)

De ahí, que se resalta la necesidad de que en la práctica se ponga disposición del público un espacio dónde se pueda acceder a los distintos informes realizados por las partes involucradas, los estados financieros, los objetivos logrados, los que están pendientes, el progreso que se ha conseguido y lo que está pendiente. Además, de las actuaciones relevantes para el cumplimiento de los objetivos.

Lo conveniente sería que esta información se canalice a través de la página web del Ministerio de Educación, por ser la institución beneficiaria y a la que el público recurriría para verificar el estado de las obras.

Actualmente, el fideicomiso no ha cumplido sus metas por las apelaciones presentadas en el proceso de contratación de la unidad ejecutora. Sin embargo, en materia de presupuestos, los documentos e informes relativos pueden consultarse en la página del sistema de información de presupuestos públicos que administra la CGR.

Además de la información que para el proyecto expone el BDI en su página web. No sucede así en la página del Ministerio de Educación, que sería la institución de referencia donde el ciudadano buscaría datos e informes sobre el proyecto en cuestión.

Las plataformas para facilitar el acceso a la información y garantizar la transparencia existen, tal es el caso de la Red de Transparencia Institucional, los órganos y partes involucradas en el proyecto deberían sacar provecho éstas y coordinar la publicación de la información relevante sobre el avance y las actuaciones que giren en torno al fideicomiso con el fin de facilitar el control ciudadano.

CONCLUSIONES

De la investigación realizada podemos enumerar las siguientes conclusiones:

El fideicomiso es una figura que tiene su origen en la fiducia y el fideicomisum derecho romano, siguiendo una evolución a través del trust anglosajón y convirtiéndose en lo que es hoy.

Durante esta evolución histórica la figura mantiene como característica principal el principio de confianza y buena fe depositado en el fiduciario para la administración de un patrimonio separado y afectado a un fin encomendado.

La evolución de este negocio jurídico, encuentra su transformación más reciente en el uso del fideicomisos en el sector público, lo que supone una variación al concepto de patrimonio el cual queda sujeto a las normas de control y fiscalización que el derecho público establezca, exigiendo transparencia y publicidad de sus actuaciones.

Además, el fideicomiso público está sujeto al principio de legalidad, por lo que las actuaciones que ejecuten deben estar expresamente autorizadas en su ley de creación o en el contrato suscrito entre las partes.

En el sector público, se utiliza la figura como una alternativa para la consecución célere y eficaz del fin público. Lo que consideramos acertado en tanto que al separarse una masa de bienes y afectarse a un fin específico y determinado se garantiza la ejecución efectiva de los bienes al interés público que se pretende conseguir, pues existe un mayor enfoque del gasto y experiencia técnica de las partes involucradas.

Por último, entendemos que la figura facilita el financiamiento de los proyectos que la administración encomienda, por ejemplo, las obras públicas a través de la titularización, lo que lo convierte en una solución atractiva ante el problema de escasez de recursos con la que cuenta la Administración.

Asimismo, determinamos que la hipótesis planteada en este proyecto cambia parcialmente con base en las siguientes consideraciones:

Del análisis realizado a nuestro ordenamiento jurídico, concluimos que sí existe suficiente normativa regulatoria que ofrece las disposiciones necesarias para facilitar una fiscalización eficiente de los fideicomisos y los fondos públicos que manejen.

Lo anterior, en tanto el régimen legal es amplio y señala obligaciones de control suficientes para la supervisión de los recursos públicos por parte de las distintas instituciones, tanto externas (Asamblea Legislativa, SUGEVAL, SUGEF, CGR, PGR), como internas (Comités Especiales, Auditoría Interna, Unidad Supervisora, y por supuesto el control judicial en sede contenciosa y el control de constitucionalidad).

Al respecto podemos mencionar las siguientes disposiciones normativas:

El primer lugar nos encontramos con el artículo 14 de la LAFRPP, que posibilita la creación de fideicomisos públicos por parte del Gobierno Central por medio de una ley especial. Es decir, la autorización corresponde al Poder Legislativo quien inicia el proceso de formación de ley.

Durante este proceso, se piden informes y dictámenes a instituciones como MIDEPLAN, BCCR, al Ministerio de Hacienda, la Contraloría General de la República, y la Procuraduría, para que se refieran al proyecto que se pretende aprobar.

Aquí, las instituciones consultadas se refieren sobre el ajuste del proyecto al Plan Nacional de Desarrollo, las políticas económicas, la conveniencia y el ajuste de las disposiciones contenidas en el proyecto a las normas de orden público. Todo enfocado a la protección de la economía nacional y la estabilidad del gasto público.

Igualmente, el artículo 14 somete el contrato resultado de esa ley especial al refrendo de la Contraloría, quien corrobora que se ajuste a la normativa aplicable y a la ley

especial de creación, este control previo somete el contrato a un análisis de legalidad, importante para verificar la viabilidad del acuerdo.

Asimismo, el fideicomiso está sujeto al proceso de aprobación presupuestaria del sector descentralizado y es, por lo tanto, la Contraloría General quien debe aprobar el presupuesto, que es el instrumento de referencia por medio del cual se evaluará la ejecución del gasto y el cumplimiento de los objetivos.

La contratación que realice el fideicomiso está sujeta a la aplicación de los principios de contratación (publicidad, trato igualitario, transparencia, economía, libre concurrencia, legalidad, seguridad jurídica, formalismo, equilibrio de intereses etc.), lo que garantiza la transparencia y objetividad con la que se adquieran los bienes y servicios autorizados por ley para la ejecución del fin.

A su vez, la Contraloría General de la República está habilitada para fiscalizar los bienes y recursos administrados por el fideicomiso que están afectados a la consecución del interés público. Lo anterior, con base en las potestades conferidas en el artículo 183 de la Constitución Política, su Ley Orgánica y la LAFRPP.

Además, las instituciones públicas que están bajo la aplicación de la Ley de Administración Financiera y Presupuesto Público; están sujetas a la caja única del Estado, por lo que los fondos transferidos a los fideicomisos deberán mantenerse en Tesorería Nacional; en tanto la separación de patrimonio no elimina la naturaleza pública de los fondos. El respeto a la caja única garantiza la transparencia en el manejo de los fondos y el control por parte del Ministerio de Hacienda.

De igual forma, los fideicomisos encuentran una autorización legal en el artículo 3 de la Ley de Contratación Administrativa, que los permite cuando así lo requiera el fin público y se pretenda utilizar como un eslabón de un proyecto de contratación pública

macro. Estos fideicomisos, también se encuentran sujetos a los controles que ejerce la Contraloría General, especialmente el refrendo contralor.

Cuando el fideicomiso, requiera endeudamiento público externo, estará sometido a lo dispuesto a en el artículo 7 de la Ley de Contratos con Financiamiento Externo con Bancos Privados Extranjeros en el sentido de que necesitan la aprobación y el dictamen favorable del Banco Central, el MIDEPLAN y la Autoridad Presupuestaria. Estas aprobaciones van dirigidas a controlar el gasto público y respetar las políticas del Plan Nacional del Desarrollo.

También, para los casos especiales de fideicomisos de titularización para el desarrollo de obra pública existe normativa reciente emitida por SUGIVAL y ratificada por CONASSIF, que especializa los controles sobre la figura, especialmente, en los temas relacionados con el mercado de valores.

Las políticas de la SUGIVAL dan importancia a la protección del inversionista por lo que exige a estos fideicomisos una análisis continuo del riesgo económico que suponen los títulos que emitan y una constante obligación de transparencia sobre todo en relación con el Estado y el avance del proyecto.

Asimismo, se exige que el fiduciario contratado sea una organización suscrita a la supervisión de la SUGEF, quien revisa que las operaciones financieras del fiduciario y se encarga de identificar los riesgos que surgen por la participación de las entidades fiscalizadas en fideicomisos, incluyendo los riesgos del fideicomitente y del fideicomisario, así como la necesidad de efectuar análisis de escenarios y pruebas de situaciones extremas que permitan la adopción de planes de contingencia y mitigación de riesgos.

Por su parte lo dispuesto en la Ley General de Control Interno no varía cuando se trata de fideicomisos, por lo que las responsabilidades que se establecen en esta Ley. Por

esto, la administración activa, la autoría interna y el fiduciario deben velar por el cumplimiento de los mecanismos de control, de información, de valoración de riesgo y de seguimiento que establece la ley y realizar los informes periódicos correspondientes.

Además, cada contrato contendrá una regulación especial, proporcionada por la ley de creación y el contrato de fideicomiso, lo que individualiza el régimen para la estructura utilizada en concreto.

Del mismo modo, no podríamos decir que en materia de fiscalización y control la normativa no es suficiente, en tanto en Derecho Administrativo, rige el principio de integración de las normas, para lo cual se puede recurrir a cualquier norma de derecho público, en su defecto al régimen privado y a los principios supletorios del derecho, incluye a la costumbre respetando siempre la jerarquía de las normas.

Igualmente, nos parecen acertadas las posiciones de la CGR y la PGR a establecer que, los fideicomisos no deben utilizarse para permitir un traslado de potestades administrativas sustanciales al fiduciario, garantizando de esta manera que la Administración continúe cumplimiento con las obligaciones que le son encomendadas y para lo cual fueron creadas.

También, las interpretaciones sobre el patrimonio autónomo que genera la constitución de un fideicomiso público nos parece acertada en nuestro ordenamiento; pues se concluye que la separación de bienes y derechos, no quita la naturaleza pública de los recursos que se mantendrán en el control y vigilancia de las autoridades competentes y deberán respetar los deberes de transparencia e información.

Cabe hacer la observación de que si bien es cierto; la normativa disponible es amplia y suficiente para permitir un control eficiente, en el análisis del caso concreto

(Fideicomiso MEP- BNCR para la construcción de infraestructura) notamos que existe una confusión entre patrimonio fideicometido y patrimonio del fideicomiso.

Lo anterior cobra importancia en tanto el monto del préstamo que financia el proyecto se entiende como patrimonio fideicometido, es decir como aporte del fideicomitente (en este caso el Ministerio de Educación). Con base en lo anterior y conforme a lo estudiado sobre el principio de caja única del Estado; todo ingreso, incluyendo aquel generado en razón de endeudamiento público, que perciba la administración debe ingresar a Tesorería Nacional y asignarse a través del Presupuesto Nacional.

Para este caso, el préstamo con el BID lo suscribió el fiduciario Banco Nacional de Costa Rica quien recibió los fondos de manera directa sin incluirse en el Presupuesto Nacional y en Tesorería Nacional el fideicomiso no maneja cuenta. (Marengo, 2015).

A nuestro parecer, el hecho de que este préstamo se incluya dentro del patrimonio fideicometido por el MEP, crea dudas sobre el respeto al principio de caja única y unidad presupuestaria analizado. Sobre todo cuando la ley de creación autoriza al Poder Ejecutivo para suscribir el contrato de préstamo y en el caso quien lo suscribe es el Banco Nacional como fiduciario.

Sobre lo anterior, no se han hecho observaciones o aclaraciones por parte de las autoridades de control que manifiesten si puede constar una excepción al respecto de este contrato particular.

Ahora bien, en relación a nuestro planteamiento sobre si esta normativa es adecuada para permitir el funcionamiento efectivo del instrumento en análisis, es necesario realizar las siguientes observaciones:

La figura del fideicomiso surge como un instrumento para agilizar la gestión y el alcance del fin público, por esto la creación de los fideicomisos al amparo del Artículo 14 de la LAFRPP, perjudica la eficiencia y eficacia de la figura ya que exige una ley especial para la creación del fideicomiso. La creación de la norma supone un proceso legislativo largo y que puede encontrar trabas de carácter político en perjuicio de las necesidades que afronte la administración.

Además, las leyes especiales presentan el problema de ser muy escuetas, lo que resulta en una dificultad a la hora de determinar la legalidad del contrato cuando se intenta refrendar y cuando se requiere la aprobación del presupuesto, pues muchos de los gastos necesarios para la ejecución del fin no están autorizados en la ley.

Lo ideal sería modificar el artículo 14 para quitar la prohibición y necesidad de ley especial, y en su lugar crear un procedimiento vía reglamentaria o en una ley general que regule los pasos y condiciones generales para crear un fideicomiso por parte de la administración pública.

De esta manera, pueden contemplarse los requisitos y autorizaciones que necesita la Administración, para iniciar un proyecto de este tipo, definir el carácter vinculante de estos dictámenes, por ejemplo del MIDEPLAN y del Banco Central. Además, definir los fiduciarios autorizados para contratación y los tipos de fideicomiso autorizados, establecer responsabilidades generales de las partes involucradas entre otros, de manera que su creación se deje a mano de los criterios técnicos de la Administración Pública y se agilice su creación en el momento oportuno.

También, en materia de aprobación presupuestaria, llama la atención el hecho de que el negocio jurídico está sujeto a los mismos procesos presupuestarios que las instituciones públicas.

Los fideicomisos son propiamente un contrato con fines y metas establecidas puntualmente y que para el momento de la aprobación presupuestaria ya han sido refrendados, por lo que exigirles una aprobación presupuestaria anual nos parece contraproducente, pues los objetivos del contrato normalmente se definen para ser cumplidos en plazos mayores a un año.

En este sentido, sería conveniente adecuar la normativa de presupuestaria y ajustar un proceso especial aplicable a esta figura contractual.

El enfoque en la fiscalización presupuestaria debería realizarse en la fase de ejecución vigilando que los objetivos se estén cumpliendo a cabalidad y los recursos se estén ejecutando de manera adecuada.

También, encontramos que existe una deficiencia en el tema de facilitar el control ciudadano en el ejercicio de la figura del fideicomiso, lo cual es fundamental en un Estado Democrático de Derecho como lo es Costa Rica.

Esto se garantiza a través de una exposición sencilla de la información por medio de la cual la Administración y en este caso el fideicomiso demuestre al ciudadano la gestión efectiva de los recursos y el cumplimiento de sus gestiones.

El uso de tecnología para poner a disposición la información también debe ser fundamental. Actualmente existen plataformas digitales disponibles para que el ciudadano pueda acceder a cualquier tipo de información. Sin embargo estas son poco utilizadas o no son tan sencillas de utilizar.

Para el caso de los fideicomisos, los mismos no cuentan con un registro de inscripción, al menos que sean de titularización, por lo que es difícil para el ciudadano informarse sobre qué tanto y para qué la Administración está utilizando la figura.

Los informes y reportes de las partes no están unificados en una sola plataforma y es difícil enterarse sobre el estado financiero, los objetivos alcanzados y progreso realizado, por lo que estos proyectos deberán coordinar lo referente al tema para que la información se encuentre sistematizada y disponible de forma sencilla al ciudadano garantizando de esta forma el deber de transparencia que tiene la administración.

Por último, queremos señalar que existe una amplia posibilidad de estructuras fiduciarias con particularidades especiales y esquemas de financiación diferentes, por lo que la figura puede encontrarse frente a prohibiciones legales que impidan su continuación, tal como pasó con el caso de los fideicomisos de titularización y construcción de obra pública hasta antes del 2014.

A esa fecha la legislación no contaba con autorizaciones para los fideicomisos que presentaban instituciones como la CCSS, por lo que fue necesario reformar la reglamentación existente para flexibilizar y ampliar las posibilidades y creatividad entorno a este instrumento.

En razón de la constante innovación que gira en torno a los contratos de fideicomiso, el proceso de ajuste del ordenamiento a nuevas estructuras debe ser continuo y basado en la experiencia. Sin embargo, es necesario que las instituciones constituyan sus contratos y estructuras fiduciarias a la luz de las leyes, reglamentos, directrices y circulares existente, con el fin de evitar obstáculos legales y mantener la figura dentro del principio de legalidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

Libros:

- Alfaro, Ricardo (1948). *Aplicación del trust del derecho anglosajón al derecho civil*. la Habana, Cuba: cursos monográficos.
- Barboza Peñalva, Claudio (2007). *Primeras Reflexiones sobre el Fideicomiso Público*. Montevideo Uruguay: Universidad Católica de Uruguay.
- Brenes Cordoba, Alberto (1998). *Tratado de los Contratos*. San José: Juricentro.
- Caballé Martorell, Ana María (2002). *Derecho de Sucesiones y Proceso Civil Romano*. Catalunya, España: UOC.
- Castillo Víquez, Fernando (1997) *La Ley de Presupuesto, Capítulo V Ciclo Presupuestario en Costa Rica*. San José: CAPEL.
- Cornú, Gérard. (1994). *Derecho Civil: los bienes vol. III*. San José: Editorial Juricentro
- Estévez, José Lous (1956), Sobre el concepto de Naturaleza Jurídica. Anuario de Filosofía del Derecho issN0510-0872-Nº 159-182.
- Esquivel Favareto, Juan Carlos. (2012) *Fideicomiso Civil y Mercantil. Teoría General y Derecho Costarricense*. San José: Editorial Juritexto.
- Fallas Mora Roberto, Quiroz Álvarez Fabián (2007). *Costa Rica: Análisis crítico del proceso presupuestario*. Santiago, Chile: CEPAL ORG
- García De Enterría, Eduardo (2005) *Democracia, jueces y control de la administración*, Navarra, Thomson-Civitas, reimpresión 5ª. Edición.
- López Drake, Ronald. (2000). *El Contrato de Fideicomiso y su Regulación*. San José: Jiménez &Tanzi.

- Loría, Miguel / Umaña, Carlos(2014). “La gestión de infraestructura pública en Costa Rica: el caso de la red vial nacional”. Academia de Centroamérica
- Pérez Vargas, Victor (1994). *Derecho Privado*. San José: Litografía e Imprenta LIL.
- Rojas, Atilio (1983). *La Organización Fiduciaria. Analisis teórico-práctico sobre fideicomisos y otras operaciones de confianza*. Caracas, Venezuela: Arte.
- Rojina Villegas, Rafael (2008) *Compendio de Derecho Civil II Bienes, Derechos Reales y Sucesiones*. 41ª Edición, México: Editorial Porrúa.
- Rodríguez Azuero, Sergio. (2009) *Negocios Fiduciarios Su Significación en América Latina*. 2º ed. Colombia: Legis.
- Sandoval Ballesteros, Irma (2009). *Transparencia en fideicomisos, mandatos y actos jurídicos análogos*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Sandoval Ballesteros, Irma (2007). *Rendición de Cuentas y fideicomisos: El Reto a la Opacidad Financiera*. México: Editorial Color S.A.
- Villagordoa Lozano, José Manuel. *Doctrina General Sobre el Fideicomiso*. 2º. México D.F: Porrúa S.A, 1982.
- Villalobos Soto, Joaquín. (2008) *Guía para litigar en el proceso contencioso administrativo*. Editorial de Investigaciones Jurídicas. San José, Costa Rica.
- Villareal, Evelyn; Cordero, Luis Alberto; Vargas, Juan Rafael (2003) *Informe transparencia presupuestaria Costa Rica*. San José: Fundación Arias.

Tesis:

- Bello Knoll, Susy Ines (2011). *Fideicomiso Público*. Tesis Doctoral, Facultad de Derecho, Universidad de Salamanca, Salamanca.
- Castañeda Niebla, Arturo. *Los Fideicomisos Públicos*. Tesis Profesional, Facultad de Derecho, UNAM, México.

- Carmona Prado Madeleine. (2010). *Los Fideicomisos de Titularización: Un Estudio Integral que facilite la implementación de la figura en una Institución Pública*. Seminario de Graduación presentado como requisito para optar por el grado de Licenciatura en Administración Pública de Universidad de Costa Rica.
- Navarro Sánchez, Carolina; Roldan Castillo, Carolina (2013). *Los fideicomisos para el desarrollo de infraestructura en el sector público: un desafío jurídico administrativo para el Estado costarricense*. Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho de la Universidad de Costa Rica.
- Mora Rojas, Fernando (1664). *Los Negocios Fiduciarios y el Fideicomiso*. Tesis de Grado para optar por el grado de licenciatura en Derecho por la Universidad de Costa Rica.

Páginas webs:

- Banco Nacional de Costa Rica . (10 de enero de 2014). *Invitación a presentar expresiones de interés, Referencia IDB 13-01/14*. [Recuperado el 15 de abril de 2015, de: <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=38381930>]
- CGR. (2009). *Manual General de Fiscalización MAGEFI :Naturaleza de los principales procesos que ejecuta la Contraloría General*. [Recuperado el 12 de Agosto de 2014, de:

http://jaguar.cgr.go.cr/content/dav/jaguar/documentos/cgr/foe/compendio_dfoe_062009/elegidos/magefi/metodo03.htm.]
- Comisión Nacional de Valores. *El Fideicomiso* [Recuperado de Ministerio de Hacienda de la República de Costa Rica. www.haciendo.go.cr (último acceso: 17 de Mayo de 2013)]
- Ministerio de Hacienda. (s.f). *El Presupuesto Nacional en Costa Rica*. [Recuperado el 23 de Octubre de 2014, de http://www.hacienda.go.cr/docs/5228c0e0637a1_Folleto_Presupuesto_Nacional.pdf <http://>]

- Open Government Partnership. (2015). *Alianza para el Gobierno Abierto*. [Recuperado el 2 de Febrero de 2015, de <http://www.opengovpartnership.org/es>]
- SUGEF. (2010). *Acuerdo SUGEF 12-10*. [de <http://www.sugef.fi.cr/servicios/documentos/normativa/normativaprudencial/reglamento%2012-10/SUGEF%2012-10.pdf>]
- Palabras de la Ex-Defensora Ofelia Taitelbaum sobre Transparencia, Defensoría de los Habitantes de la República, octubre 2012. [Recuperado el 12 de mayo de 2015, de http://dhr.go.cr/transparencia/acerca_de_la_red/presentacion/ofelia_taitelbaum.html].
- Palabras del Ex-Defensor José Manuel Echandi Meza sobre Transparencia, Defensoría de los Habitantes de la República, octubre 2012. [Recuperado el 12 de mayo de 2015, de http://dhr.go.cr/transparencia/acerca_de_la_red/presentacion/jose_echandi.html]
- Banco Mundial (2015). *Reseña sobre la Infraestructura*. [Recuperado el 29 de junio de 2015, de <http://bancomundial.org>.]

Legislación:

- Constitución Política de la República de Costa Rica
- Ley N° 9124. Autorización al Poder Ejecutivo para suscribir una operación de crédito público y constituir un fideicomiso con contratos de arrendamiento, para el financiamiento del proyecto construcción y equipamiento de infraestructura educativa del MEP a nivel nacional, de marzo del 2013.
- Código Civil, Ley N° 63 del 28 de setiembre de 1887.
- Código de Comercio, Ley N° 3284 del 27 de mayo de 1964.
- Ley 1 del 5 de enero de 1984, por la cual se regula el fideicomiso en Panamá.

- Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, Ley N° 8131 del 18 de septiembre de 2001.
- Ley de Asociaciones Cooperativas, Ley 8133
- Ley de Contratación Administrativa, Ley 7494 del 02 de mayo de 1995.
- Ley General de Control Interno (LGCI), N° 8292 del 31 de julio de 2002.
- Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Ley N° 7428 del 07 de noviembre de 1994.
- Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, Ley N° 1644 del 26 de setiembre de 1953.
- Ley Reguladora del Mercado de Valores.
- Ley 5525, Ley de Planificación Nacional.
- Ley 7558, Ley Orgánica del Banco Central.
- Ley 2762, Ley sobre Régimen de Relaciones Entre Productores, Beneficiadores y Exportadores de Café
- Ley 9153, Ley del Presupuesto Extraordinario, Octubre 2013
- Ley 9292 denominada “Desarrollo de Obra Pública Corredor Vial San José-San Ramón y sus radiales mediante fideicomiso”, del 23 de febrero del 2015.
- Ley de Creación del Consejo Nacional de Vialidad, Ley 7798 del 30 de abril de 1998.
- Ley del Sistema de Banca para el Desarrollo y Reforma, Ley 8634 del 23 de abril del 2008.
- Código Procesal Contencioso Administrativo, Ley 8508 del 28 de abril del 2006.

- Decreto ejecutivo Número 31688-MOPT-H de 8 de diciembre de 2003.
- Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, Decreto Ejecutivo N° 33411-H del 27 de noviembre del 2006.
- Reglamento para la administración del fideicomiso para el financiamiento de vivienda a los funcionarios del Registro Nacional suscrito entre el Banco de Costa Rica y la Junta Administrativa del Registro Nacional.
- Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración y sus reformas. No. 202 del 22 de octubre del 2007.
- Reglamento sobre financiamiento de proyectos de infraestructura;
- Reglamento sobre el proceso de titularización
- Reglamento sobre sociedades fiduciarias que administren fideicomisos emisores de valores de oferta pública.
- Reglamento sobre la oferta pública de valores.
- El Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero en el artículo 8 del acta de la sesión 882-2010, celebrada el 24 de setiembre del 2010, Reglamento sobre la gestión del riesgo de titularización y de fideicomisos (Acuerdo 12-10).
- Normas Técnicas de Presupuesto Público N-1-2012-DC-DFOE/R-DC-24-2012.
- Decreto 33446-H Criterios y Lineamientos Generales sobre el proceso presupuestario del sector público (publicado el 10 de octubre de 2006 en el diario oficial La Gaceta)

Pronunciamientos y Circulares

- Contraloría General de la República, Resolución N° R-DCA-178-2015, de las diez horas con veintiséis minutos del tres de marzo de 2015.

- Contraloría General de la República. Oficio N° 01250, DFOE-AE-0044, del 6 de febrero de 2013.
- Contraloría General de la República. Oficio N° DFOE-PG-142 (3884), del 02 de mayo del 2013.
- Contraloría General de la República, Oficio N° 07609 (DCA-1735) del 24 de julio del 2013.
- Contraloría General de la República, Oficio N° 01227 (DCA- 0270) del 8 de febrero de 2012.
- Contraloría General de la República. Oficio N° 1694 (DCA-0391-2012) del 22 de febrero del 2012.
- Contraloría General de la República. Normas de Control Interno para el Sector Público. Oficio N-2-2009- CO- DFOE.
- Contraloría General de la República. Oficio N° 1959 (DAGJ-0229-2009), del 13 de febrero del 2009.
- Contraloría General de la República. Oficio N° (09269) del 04 de setiembre del 2009.
- Contraloría General de la República. Oficio N° 739 (DCA-0323) del 30 de enero del 2008.
- Contraloría General de la República, Oficio N° 07609 (DCA-323-2008) del 2008.
- Contraloría General de la República. Oficio N° 12168 (DCA-3708) del 14 de noviembre del 2008.
- Contraloría General de la República. Oficio N° FOE-AM-122, del 27 de febrero del 2006.

- Contraloría General de la República. Oficio N° 10578 (DAGJ-1264-2006) del 1 de agosto del 2006.
- Contraloría General de la República. Oficio N° 16945 (DFOE-AM-774) del 15 de diciembre del 2005.
- Contraloría General de la República. Oficio N° DFOE-EC-23-2004 del 8 de setiembre del 2004.
- Contraloría General de la República. Oficio N° Oficio 7606 (DAGJ-961-2003), 2003 del 15 de julio del 2003.
- Contraloría General de la República. Oficio N° Oficio 10442 (FOE- AMO-34-2003), 2003 del 22 de setiembre del 2003.
- Contraloría General de la República. Oficio N° 08649 (DI-AA-1936), del 08 de agosto del 2003.
- Contraloría General de la República. Oficio N° 8589 (DAGJ-1072-2003), del 6 de agosto de 2003.
- Contraloría General de la República. Oficio N° 1420 (FOE-AM-62) del 13 de febrero del 2002.
- Contraloría General de la República. Oficio N° 10292 (DI-AA-2687), del 04 de setiembre del 2002.
- Contraloría General de la República. Unidad de Autorizaciones y Aprobaciones, oficio N° 3422 -2001 del 30 de marzo de 2001.
- Contraloría General de la República. Oficio N° 03432 (DI-AA-903) del 30 de marzo de 2001.
- Contraloría General de la República. Oficio N° Oficio 12121- 2001 (DI-AA-3040), del 22 de octubre del 2001.

- Contraloría General de la República. Oficio N° Oficio 10578 (DAGJ-1264-2006), del 1° de agosto, 2006
- Contraloría General de la República. Memorando N° FOE-FEC-181 del 14 de noviembre de 2000.
- Contraloría General de la República, Oficio N° 13343 (DCA-3205), del 02 de diciembre del 2014.
- Contraloría General de la República, Oficio N° 12649-2000 del 28 de noviembre del 2000.
- Contraloría General de la República, Oficio N°12168 (DCA-3708) del 14 de noviembre del 2008.
- Contraloría General de la República Oficio N° 4698 (DCA-1495) del 26 de mayo del 2008.
- Contraloría General de la República. Oficio N° 01227-2012 (DCA- 0270) del 08 de febrero del 2011.
- Procuraduría General de la República. Dictamen C-032-2014 de 04 de febrero del 2014.
- Procuraduría General de la República. Dictamen C-186-2012 del 27 de julio de 2012.
- Procuraduría General de la República. Opinión Jurídica OJ-122-2008 del 14 de noviembre del 2008.
- Procuraduría General de la República. Dictamen C-037-2007 del 09 de febrero de 2007.
- Procuraduría General de la República. Opinión Jurídica OJ-114-2007) del 02 de noviembre del 2007.

- Procuraduría General de la República. Dictamen C-228-2005 del 20 de junio de 2005.
- Procuraduría General de la República. Opinión Jurídica OJ-77-2005 del 14 de junio de 2005.
- Procuraduría General de la República. Dictamen C-297-2005 del 18 de agosto del 2005.
- Procuraduría General de la República. Dictamen C-402-2005 del 21 de noviembre de 2005.
- Procuraduría General de la República. Dictamen C-398-2003 del 18 de diciembre de 2003.
- Procuraduría General de la República. Dictamen C-201-2003 del 27 de junio de 2003.
- Procuraduría General de la República. Dictamen C-95-2002 del 10 de abril del 2002.
- Procuraduría General de la República. Opinión Jurídica OJ-165, 2002 del 25 de noviembre del 2002
- Procuraduría General de la República. Opinión Jurídica OJ-072-2001 del 14 de junio de 2001.
- Procuraduría General de la República. Dictamen C-296-2001 del 26 de octubre del 2001
- Procuraduría General de la República. Dictamen C-275-2001 del 4 de octubre del 2001
- Procuraduría General de la República. Opinión Jurídica OJ-055-97 del 30 de octubre de 1997.

- Procuraduría General de la República. Dictamen C-252-87 del 15 de diciembre de 1987.
- Procuraduría General de la República. Opinión Legal OJ-072-2014 del 14 de julio del 2014.
- Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica. Oficio DM-145-14 del 10 de julio de 2014.
- Tesorería Nacional, oficio TN-653-2014, del 26 de abril de 2014.

Resoluciones Judiciales

- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N°6611-2007 del 16 de mayo del 2007.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N°11607-2004 de 8:51 hrs. de 20 de octubre de 2004.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto n° 14421-2004 del 17 de diciembre de 2004.
- Sala Constitucional, No. 007157-2005, voto salvado.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 136-2003 del 15 de enero del 2003.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 2002-03074 de dos de abril del 2002.
- Sala Constitucional la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 5500-2000 del 5 de julio de 2000.
- Sala Constitucional la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 0545-99 del 14 de julio de 1999.

- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 4681-1997 del 14 de agosto de 1997.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N°2238-1996 del 14 de mayo de 1996.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Consulta Facultativa de Constitucionalidad N° 1518-E-94 San José. Del 25 de mayo de 1994.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Consulta Legislativa Facultativa, Resolución N° 13570-2014 del 14 de agosto del 2014.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 1999-09530 del 3 de diciembre de 1999.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 2006-009170 del 28 de junio del dos 2006.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 2013-007228 del 29 de mayo de 2013.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 2011-015760 del 16 de noviembre del 2011.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 11871-2012 del 28 de agosto de 2012.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 3669-2006 de 15: 00 H. 15 de marzo de 2006, Consulta Judicial de Constitucionalidad.
- Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sentencia N° 25-2014 de las nueve de la mañana del veintisiete de marzo del año dos mil catorce.
- Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sentencia N° 000117-F-TC-2013. San José, a las ocho horas cuarenta y cinco minutos del doce de diciembre de dos mil trece

- Tribunal Contencioso Administrativo, Sentencia N° 113-2014 de las nueve horas diez minutos del veintinueve de agosto del dos mil catorce.
- Tribunal Contencioso Administrativo, Sentencia N° 210 -2011-V, a las quince horas con treinta y cinco minutos del nueve de agosto del año dos mil once.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución N°1321-2013, de las quince horas cinco minutos del primero de octubre de dos mil trece.
- Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, sentencia N° 2188-2011 de las quince horas quince minutos del trece de mayo de dos mil once.
- Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección VII sentencia N° 19-2011 de las 13 horas 30 minutos del 12 de febrero de dos mil nueve.
- Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección VII sentencia N° 35-2011 de las 14 horas 40 minutos del 13 de marzo de dos mil nueve.
- Tribunal Segundo Civil, Sentencia n° 2002-00866 del 2002 del 30 de Agosto de 2002.

Artículos y Revistas:

- Jiménez Zeledón, Mariano (1994).«*Fideicomiso: Naturaleza Jurídica*. Revista de Ciencias Jurídicas, n° 79.
- El Financiero (2015) <http://www.elfinancierocr.com> [el 28 de marzo del 2015, a las 23: 59 horas.] Redondo Quirós, Marco. Columna Contrapunto: equilibrio fiscal, gastos e ingresos.
- El Financiero (2015) <http://www.elfinancierocr.com> [el 28 de junio del 2015, a las 23: 59 horas.] Ruiz Ramón, Gerardo, Carteras de obras del Gobierno es Insuficiente para reactivar el motor económico.
- El Financiero (2006) <http://www.elfinancierocr.com> [el 28 de mayo del 2012, a las 23: 50 horas.] Mayorga López Gabriela, Bancos estatales atizan fideicomisos

Activos administrados por estas figuras crecen 30% de la mano de los bancos Nacional y Costa Rica.

- El Financiero, (2009) http://www.elfinancierocr.com/ef_archivo/ [el 28 de mayo del 2012, a las 24: 50 horas] Ramírez Castro, Esteban SUGEVAL frena titularización de Obra Pública.
- La Nación (2015) <http://www.nacion.com> [el 28 de junio del 2015, a las 15: 30 horas.] Matamoros, Guillermo. San Ramón, el reto de innovar.
- La Nación (2015) <http://www.nacion.com> [el 22 de junio del 2015, a las 13: 20 horas.] Sequeira, Aarón. Banco Nacional estimó riesgoso asumir carretera a San Ramón.
- La Nación (2015) <http://www.nacion.com> [el 22 de junio del 2015, a las 12: 26 horas.] Bosque, Diego. Ministro de Transportes cree que posición del Banco Nacional no afectará fideicomiso de vía a San Ramón.
- La Nación (2011) <http://www.nacion.com> [el 29 de junio del 2015, a las 22: 30 horas.] Hidalgo, Juan Carlos, Cómo Oscar Arias casi quiebra Costa Rica.
- La Nación (2008) <http://www.nacion.com> [el 29 de mayo del 2012, a las 22: 30 horas.] Woodbridge, Jorge. Las Concesiones y la Competitividad.
- La Nación (2008) <http://www.nacion.com> [el 29 de mayo del 2012, a las 22: 50 horas.] Villalobos C, Federico. Una cuestión lógica no ideológica De los proyectos de infraestructura: planes y sueños, a decisiones concretas e inmediatas
- La Nación (2008) <http://www.nacion.com> [el 29 de mayo del 2012, a las 23: 50 horas.] Mayorga Gabriela, Fideicomisos de obra pública encaran críticas (Aldesa e Improsa argumentan que hay poca regulación y supervisión de figura. Gobierno busca usar mecanismo para dinamizar infraestructura.
- La Nación (2014) <http://www.prensalibre.cr>. [El 21 de mayo del 2014] Norvega, Jarman. La pesadilla de construir obra pública en Costa Rica.

- CR Hoy (2012). <http://www.crhoy.com>. [El 24 de setiembre del 2012] Siu, María. Falta de planificación urbana hunde a San José en el colapso vial.
- México Fiscal: actualidad total. (2008). *Estudio Práctico del Fideicomiso*. (A. Bornacini Hervella, Ed.) Tips Fiscales, 60-72.

Entrevistas:

- Arroyo Rivera, Mauricio (2015, julio 3) Subtesorero, Dirección de Tesorería Nacional (M. Valverde, entrevistadora)
- Hidalgo, Félix (2014). Comunicación personal del 2 de mayo de 2014.
- Fernández, Lourdes (2010). directora a.i. de Banca de Inversión del Banco Nacional. (JP. Arias, entrevistador)
- Marengo, C. (2015, enero 15). Unidad Supervisora Fideicomiso MEP. (M. Valverde, & I. Rubí, entrevistadoras)

Otras Publicaciones:

- Banco Interamericano de Desarrollo. (2013). *Propuesta de Modificación de la Resolución DE-161/12*.
- Contraloría General de la República. (2014). *Indicaciones para la formulación y remisión a la Contraloría General de la República del presupuesto institucional* (Nota Número DFOE-ST-0038-2014).
- Contraloría General de la República. (2014a). *Presupuestos Públicos 2014 Situación y perspectivas*. San José, Costa Rica: Publicaciones CGR.
- Contraloría General de la República. (2007a). *Diagnóstico de la fiscalización ejercida por la Contraloría General de la República en fideicomisos constituidos con fondos públicos*.
- Contraloría General de la República. (2002a). *Fiscalización de Fideicomisos Constituidos con Fondos Públicos*. Octubre 2002 equipo de trabajo Adolfo

Johanning, Anayansi León, Jaínse Marín, Máximo Moraga, Paula Serra, Allan Ugalde, Mercedes Valle.

- Ministerio de Educación Pública-Banco Nacional de Costa Rica (2013, abril 10), *Contrato de Fideicomiso para el financiamiento del proyecto de construcción y equipamiento de infraestructura educativa del MEP a nivel Nacional. Contratación Directa N° 2013CD-000071-55400. Contrato 2013-210029.*
- Pérez, Johanning (2010). *El Fideicomiso en el Sector Público.* San José, Costa Rica. Universidad Escuela Libre De Derecho Programa Doctorado Académico En Derecho Administrativo Costarricense.
- Ruiz Ortega, Liliana (2014). *Transparencia Fiscal y presupuestaria.* Nota Informativa Centro de Análisis e información Razones Fundar.
- Dirección Regional para América Latina y el Caribe (2011). *Auditoria Ciudadana sobre la Calidad de la Democracia.*
- -Grupo Fundador Foro de Occidente (2013). *Propuesta de Ejecución, Corredor Vial San José-San Ramón.*
- Expediente Legislativo 14.577 (Ley de Fideicomiso ICAFE)
- Expediente Legislativo 18. 258 (Ley de Fideicomiso para Infraestructura MEP)
- Expediente Legislativo 18887 (Ley de Fideicomiso para la construcción del Corredor Vial San José San Ramón)