

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)
<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA: EL FIDEICOMISO REALIZADO POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

RESUMEN: La presente recopilación de dictámenes y resoluciones de la Procuraduría General de la República y de la Contraloría General de la República abarca el tema de los fideicomisos que son realizados por la administración por distintos fines, se tocan aspectos como la aplicación de la ley de administración financiera de los entes públicos, la posibilidad y procedencia de la utilización de este tipo de contrato y la injerencia de la Contraloría General de la República

Índice de contenido

1 JURISPRUDENCIA.....	1
a) Dictámenes de la Procuraduría General de la República.....	2
Aplicación ley de administración financiera a entes públicos no estatales en caso de fideicomiso.....	2
Posibilidad de que un ente público constituya un fideicomiso con un banco del Sistema Bancario Nacional.....	6
b) Dictámenes y Resoluciones de la Contraloría General de la República.....	21
Sobre la utilización del Fideicomiso por la Administración Pública.....	21
Procedencia para la constitución de fideicomisos.....	23
Sobre la injerencia de la Contraloría en la aprobación de Presupuestos.....	30
La Contraloría y la Fiscalización de Fondos Públicos.....	33

1 JURISPRUDENCIA

a) *Dictámenes de la Procuraduría General de la República.*

Aplicación ley de administración financiera a entes públicos no estatales en caso de fideicomiso.

[PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA]¹

C-296-2001

26 de octubre de 2001

Licenciado

Juan Bautista Moya Fernández

Director Ejecutivo

Instituto del Café de Costa Rica

S. O.

Estimado señor:

Con la aprobación del Procurador General Adjunto, me refiero a su atento oficio N. DEJ-1304-01 de 16 de octubre último, en el cual señala que el "espíritu original" de la consulta evacuada por esta Procuraduría mediante el dictamen C-275-2001 de 4 de octubre anterior, "no es en el sentido de que sea nuestra Institución quien constituya el fideicomiso, sino que nuestra participación sería en calidad de garantías en conjunto con el Gobierno de la República, y otros entes como el INFOCOOP ante una entidad bancaria quien sería la que constituiría el posible fideicomiso, cuyos fines y objetivos fueron expuestos en oficio DEJ-1132-01 de 5 de setiembre pasado". Por ello solicitan aclarar en ese sentido el dictamen de la Procuraduría.

1. - La consulta original se refiere sólo al ICAFE

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

En relación con lo solicitado, es necesario señalar que el dictamen de la Procuraduría responde a la situación consultada en el oficio N. 1132 de mérito. En dicho oficio se consultó "si es factible legalmente, que el ICAFÉ, del superávit con que cuenta, aporte dinero para constituir un fideicomiso que tenga por objeto servir de garantía, para que a su vez, el Sistema Bancario Nacional financie a las firmas beneficiadoras de café?". En ningún momento, en dicho oficio o en el criterio de la Asesoría Legal se indicó que se pretendía dar participación al Gobierno de la República y a otros entes como el INFOCOOP.

En vista de que se habló de constituir un fideicomiso y de que el ICAFÉ pretendía dar un aporte para tal fin, la Procuraduría no podía sino partir del supuesto de que el ICAFÉ actuaría como fideicomitente, siendo el banco designado para tal fin, el fiduciario. No puede olvidarse que el fideicomitente es precisamente quien transmite los bienes que van a constituir el objeto del fideicomiso. Y puesto que no se habló del INFOCOOP ni del Gobierno no podía sino concluirse que ese fideicomitente era el ICAFÉ.

Por otra parte, si tanto el Gobierno como el INFOCOOP pretendieren destinar recursos para garantizar las deudas de mérito, la Procuraduría habría tenido que entrar a analizar si el INFOCOOP puede dar garantías y quiénes pueden ser beneficiarios de tal garantía. Sin entrar a analizar las leyes que rigen a INFOCOOP es claro que habría debido indicar que la garantía otorgada por el INFOCOOP o con recursos aportados por ese Ente tendría que beneficiar necesariamente a cooperativas de beneficiadores. Lo que obligaría a restringir las posibilidades de otorgar garantías por parte del fideicomiso. Por demás, siguiendo la práctica inveteradamente seguida por este Organo, el INFOCOOP y el Ministerio de Hacienda habrían sido llamados a exponer su criterio en relación con el citado fideicomiso. Puesto que la consulta no comprendía ese extremo, se comprende que no se haya dado audiencia alguna a estos organismos y que las conclusiones no contemplen su participación en el fideicomiso..

Mención aparte merece el Gobierno de la República. Un otorgamiento de garantía constituye una forma de crédito y como el Estado no es libre para endeudarse, la respuesta hubiere señalado la necesidad de una ley que autorice al Estado para entrar en la negociación de mérito.

2. - Constitución de fideicomisos según Ley N. 8131

En vista de que el criterio de la Procuraduría sólo tiene interés en el tanto en que entes públicos pretendan constituir un fideicomiso, aportando bienes, este Organismo Consultivo está en el deber de señalar lo dispuesto por el artículo 14 de la nueva Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos:

"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 el manejo sano de ellos".

El término "entes" está mal utilizado puesto que los incisos a) y b) del artículo 1 de la Ley se refieren a órganos, pero no a entes. Lo importante es que, a partir de la vigencia de la Ley, los entes públicos carecen de libertad para constituir fideicomisos. Por ende, requieren una habilitación legal especial para tal efecto. Es interesante, además, acotar que la modificación se produce no sólo por la necesidad de ley sino también por el hecho de que el fideicomiso viene a ser asimilado a una Administración Pública para efectos de contratación de bienes y servicios. Y sin embargo, el fideicomiso es un contrato constitutivo de un patrimonio autónomo, cuyas operaciones tradicionalmente se han regido por el Derecho Comercial.

El punto es si el ICAFÉ resulta concernido por la disposición de mérito. La ley se aplica a los "entes públicos no estatales", naturaleza que tiene el ICAFÉ conforme lo dispuesto por el artículo 102 de la Ley N. 2762 de 21 de junio de 1961. Si sólo retuviésemos esa naturaleza, habría que decir que la Ley N. 8131 de 18 de setiembre último se aplica al ICAFÉ. Empero, para efectos de determinar su propia aplicación, la ley retiene otros elementos referidos al origen de los recursos. En ese orden de ideas, la Ley se refiere a los recursos de la Hacienda Pública. Además, el legislador por medio de la conjunción "y" asocia la titularidad o administración de recursos de la Hacienda Pública a un origen particular de éstos: sea "que hayan sido transferidos o puestos a

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

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" (sic). Lo que implica que el ente debe haber recibido transferencias presupuestarias. Requisito que está más presente en el texto que reforma el artículo 8 de la Ley de la Contraloría. En efecto, la nueva redacción del artículo 8 determina que en el caso de los entes no estatales los recursos de la Hacienda Pública serán aquéllos transferidos o puestos a disposición del ente por los poderes del Estado, sus órganos, el Tribunal Supremo de Elecciones, la administración descentralizada, las universidades estatales, las municipalidades o los bancos del Estado. La redacción total del artículo no es muy clara y puede conducir a problemas de gestión financiera y presupuestaria, máxime en los casos en que la ley de creación de los entes no estatales permita afirmar la naturaleza pública de los recursos del ente.

Podría decirse, entonces, que dependiendo del origen de los fondos que administra o dispone un ente público no estatal, éste estará o no sujeto a lo dispuesto por la Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos.

De lo anterior se desprende que en la medida en que los recursos del ICAFÉ sean producto de una partida o norma de la Ley de Presupuesto o provenientes de los presupuestos de los bancos estatales, el Instituto estará concernido por lo dispuesto en el artículo 14 antes transcrito. Ergo, requerirá de una ley que lo autorice expresamente a constituir un fideicomiso, aportando sus recursos. De no estarse en ese supuesto, sea si los ingresos no tienen el origen a que se refiere el artículo 1°, cabría afirmar que el dictamen N. C-275-001 de 4 de octubre mantiene su vigencia, salvo en cuanto al régimen aplicable al fideicomiso. En efecto, la norma es aplicable a todo tipo de fideicomiso, por lo que tanto los constituidos con anterioridad como los que se constituyan en el futuro, deberán sujetarse a las normas sobre contratación de bienes y recursos humanos.

Va de suyo, por demás, que la autorización legal es exigida siempre que se trate de un fideicomiso en que interviene la Administración Central o un ente estatal. Lo cual debe ser tomado en cuenta si se pretende que el Gobierno y el INFOCOOP participen en el fideicomiso para garantizar los créditos que otorgue el Sistema Bancario Nacional a los beneficiadores de café. En efecto, salvo los casos de excepción previstos en el inciso d) del artículo 1 y de los entes públicos no estatales, el principio es que la Administración Pública debe regir su actividad financiera y presupuestaria por lo dispuesto en la Ley N. 8131 de cita.

CONCLUSIÓN

De conformidad con lo antes expuesto, es criterio de la Procuraduría General de la República:

1. Dado que el dictamen N. 275-2001 responde a lo consultado en el oficio N. DEJ 1132-2001 de 5 de setiembre anterior, no procede la aclaración en los términos que se solicita.

2. Procede adicionar el dictamen N. 275-2001 en los siguientes términos:

A partir de la entrada en vigor de la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, N. 8131 de 18 de setiembre de 2001, la constitución de fideicomisos por parte del Instituto del Café de Costa Rica requerirá autorización de ley si los recursos de ese Ente tienen su origen en una partida presupuestaria contenida en la Ley de Presupuesto o en uno "de los presupuestos institucionales de los bancos del Estado".

Posibilidad de que un ente público constituya un fideicomiso con un banco del Sistema Bancario Nacional

[Procuraduría General de la República]²

C-275-2001

4 de octubre de 2001

Licenciado

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

Juan Bautista Moya Fernández
Director Ejecutivo
Instituto del Café de Costa Rica
S. O.

Estimado señor:

Con la aprobación del Procurador General Adjunto, me refiero a su atento oficio DEJ-1132-2001 de 5 de septiembre último, por medio del cual solicita el criterio de la Procuraduría General de la República, en relación con la posibilidad de que el Instituto del Café de Costa Rica, con el superávit con que cuenta, aporte dinero para constituir un fideicomiso que tenga por objeto servir de garantía para que el Sistema Bancario Nacional financie a las firmas beneficiadoras de café.

Adjunta Ud. el criterio de la Asesoría Jurídica, oficio UAJ-152-2001 de 5 de septiembre, según el cual el ICAFÉ cuenta con una capacidad contractual y tiene facultad para decidir el destino que se debe dar a los superávit que produzca. Considera que esas facultades se pueden aplicar en tanto se dirijan al ejercicio de competencias o atribuciones establecidas por la Ley N. 2762, en sujeción al principio de legalidad. Agrega que las autoridades del ICAFÉ deben considerar las repercusiones financieras de las medidas que adopten sobre el patrimonio de la Institución, pues son administradores de fondos públicos y como tales son responsables administrativa, civil y penalmente. Se señala que el patrimonio del Instituto es garante de una obligación establecida anteriormente por el artículo 3 de la Ley de Creación del Fondo Nacional de Estabilización Cafetalera, N. 7770 de 24 de abril de 1998, por lo que debe valorarse la suficiencia patrimonial de la entidad.

La Procuraduría debe pronunciarse sobre la posibilidad de que un ente público constituya un fideicomiso con un banco del Sistema Bancario Nacional, lo que permitiría un financiamiento al sector beneficiador de café, sea el sector privado. El patrimonio fideicometido es un patrimonio autónomo, lo cual cobra particular importancia en virtud de la garantía que pesa sobre el patrimonio del ICAFÉ.

A.-UN FIDEICOMISO PARA GARANTIZAR CREDITOS A LOS BENEFICIADORES PUEDE PERMITIR EL MANTENIMIENTO Y DESARROLLO DE LA ACTIVIDAD CAFETALERA

Se consulta si el ICAFÉ está facultado legalmente para constituir un fideicomiso. Dicha constitución es excepcional en tratándose de los entes públicos, por lo que debe ser conforme con los fines de la entidad y enmarcarse dentro de la competencia del Ente. Es por ello que procede examinar si un fideicomiso permite la satisfacción de esos fines y no violenta la definición legal de competencias del ICAFÉ.

1-. La constitución de fideicomisos en el sector publico

Conforme lo dispone la Ley N. 2762 de 21 de junio de 1961, el Instituto Costarricense del Café ha sido constituido por el legislador como un ente público de naturaleza corporativa. Es, pues, un ente representativo de los intereses del sector cafetalero. Como ente público, el ICAFÉ está sujeto al principio de legalidad. Ello implica que para actuar de una determinada forma, el Instituto requiere la habilitación legal correspondiente; ergo sólo puede actuar en los ámbitos y para los fines expresamente señalados por el legislador. Está obligado a respetar expresamente su competencia y toda su actuación debe enmarcarse dentro de la definición legal de esa competencia y de los fines públicos por los cuales se constituyó.

Lo anterior es importante porque en materia de constitución de fideicomisos, la jurisprudencia de este Órgano Consultivo señala que si bien no es necesario que la norma legal autorice expresamente la constitución de fideicomisos, dicha constitución debe encuadrarse dentro del marco de las competencias de la entidad de que se trate. Es decir, debe derivarse implícitamente de la definición de competencias hecha por el legislador. Asimismo, es indispensable que la creación del fideicomiso no se constituya en un mecanismo para evadir el ejercicio directo de la competencia otorgada. El punto ha sido también objeto de análisis por la Contraloría, para quien los entes públicos pueden recurrir al contrato de fideicomiso como una forma de cumplir los fines legales:

"De esta manera, resulta factible concluir que bien podría una institución pública, en forma absolutamente excepcional, llevar a cabo un contrato de fideicomiso, como una contratación lícita permitida por el ordenamiento jurídico -en este caso, el Código de Comercio- siempre y cuando esa contratación resulte estrictamente compatible con su campo de acción y se presente como necesaria o idónea para satisfacer un determinado fin público". Oficio de la Contraloría General de la República, DAJ-970 de 29 de mayo de 1997.

Más recientemente, ha señalado la Contraloría:

"El análisis de la doctrina y de antecedentes de importancia que este Órgano Contralor ha emitido en punto al tema de los fideicomisos, permitió puntualizar y uniformar una serie de conclusiones de especial relevancia:

La constitución de fideicomisos, en los cuales el fideicomitente lo sea la Administración Pública, requiere autorización expresa de la Ley, aunque excepcionalmente, sin autorización de tal naturaleza es posible materializar este tipo de contratos, siempre que se atiendan las siguientes circunstancias:

* Que la interpretación de las normas, ajustándose a las reglas de la hermenéutica jurídica, pueda derivarse esa facultad

* Siempre que sea estrictamente necesario para el cumplimiento de los fines asignados a la entidad.

* Se presente el contrato como herramienta necesaria o idónea para satisfacer un fin público.

* No se utilice para delegar competencias propias de la entidad

Se respeten los principios, los requisitos y los procedimientos ordinarios establecidos en la legislación sobre contratación administrativa al momento de pactar el fideicomiso, sin perjuicio

claro está, de las excepciones que el ordenamiento sobre la materia establece". Memoria Anual 1998".

En el dictamen N. 188-97 de 2 de octubre de 1997 hicimos referencia a la necesidad de que, en ausencia de norma expresa autorizativa, la constitución de los fideicomisos se derive, al menos, de la competencia expresamente atribuida. Por lo que no basta alegar que el cumplimiento del fin actúa como una atribución implícita de competencia. El poder de decisión que el legislador ha atribuido al ente debe ser ejercido por éste y no por medio del fideicomiso. La creación de un fideicomiso no puede constituirse en un mecanismo para delegar competencias propias del ente ni para prestar indirectamente los servicios públicos que le corresponde gestionar. Lo que implica que para determinar si el ente público puede válidamente constituir un fideicomiso, deben confrontarse los fines del fideicomiso, y las regulaciones a que queda sujeto el fiduciario con lo dispuesto en la ley de creación del ente y demás disposiciones que le resulten directamente aplicables.

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. No puede olvidarse, al efecto, que el organismo público mantiene la titularidad sobre esos bienes y correlativamente, el fiduciario no recepta la propiedad de los bienes, sino su administración y disposición para el cumplimiento del fin público de que se trate y que, como se ha indicado, debe necesariamente enmarcarse dentro del fin del ente público fideicomitente.

De allí que, por principio, la constitución de un fideicomiso debe constituir un mecanismo para cumplir el fin público que compete a la entidad pública, por lo que el objeto del fideicomiso debe enmarcarse dentro de la esfera de atribuciones que le ha sido asignada; se requiere que el fideicomiso no constituya un mecanismo de delegación de la función pública ni del servicio público, pero además, que el patrimonio fideicometido no esté integrado por bienes demaniales, aspecto que no se presenta en el caso que nos ocupa. De allí que sea necesario analizar cuáles son los fines a que tiende el ICAFÉ y qué medios le ha asignado el legislador para alcanzarlos.

2-. EL ICAFÉ debe desarrollar la actividad cafetalera dentro de relaciones equitativas

Dispone el artículo 101 de la Ley N. 2762:

"La ejecución y la vigilancia de esta Ley estarán a cargo del Instituto del Café de Costa Rica, el cual tendrá como finalidades las siguientes:

1. Propiciar un régimen equitativo de relaciones entre los distintos sectores que participan en la actividad cafetalera. Esta acción la coordinará con las instituciones del Estado, a fin de velar por el cumplimiento y mejoramiento de las disposiciones legales y reglamentarias relativas al café.

2. Propiciar, en colaboración con entidades públicas y privadas, el desarrollo de la actividad cafetalera en todas sus etapas, así como la diversificación agrícola del país.

3. Formular y proponer al Poder Ejecutivo las políticas que deban seguirse en cuanto a la actividad cafetalera del país, así como defender los intereses de esa actividad, tanto en el ámbito nacional como internacional. (Así reformado por el artículo 1º de la Ley Nº 6988 de 26 de junio de 1985)".

Los fines previstos en el numeral 101 transcrito son concreción del fin público presente en el texto total de la Ley N. 2762. En efecto, el texto íntegro de la ley está dirigido a fomentar el desarrollo de la actividad cafetalera, considerada fundamental en el crecimiento y desarrollo de la economía y de la sociedad costarricense. Dicha Ley, expresión del Estado Social de Derecho, tiende a establecer un régimen de equilibrio y equidad entre los sectores que intervienen en la actividad cafetalera, tal como indica su artículo 1º, todo con el objeto de propiciar "una participación racional y cierta de cada sector en el negocio cafetalero", para lo cual se dictan una serie de medidas proteccionistas del productor considerado la parte más débil de la actividad. El Instituto del Café es un instrumento para el desarrollo y defensa de la actividad cafetalera. Por ello el legislador lo dota de una serie de facultades que implican una participación muy activa en el proceso cafetalero, pero también de

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

un marcado control de esa actividad y de los distintos factores de producción, industrialización y comercialización. Se trata de una competencia de carácter público, expresada a través de actos que bien pueden ser calificados como de imperio.

Competencia dentro de la cual no está contemplada la constitución de un fideicomiso, que en todo caso constituye un acto comercial, regido por el Derecho Comercial. En efecto, el fideicomiso es un contrato de naturaleza eminentemente privada, regido por el Código de Comercio. La naturaleza del fiduciario o del fideicomitente no tiene influencia alguna sobre la naturaleza del fideicomiso y su régimen legal. Por ende, la participación de un ente público en esos contratos no modifica ni esa naturaleza ni su régimen jurídico.

Dado que el legislador expresamente no ha autorizado al ICAFÉ a constituir un fideicomiso, se hace necesario determinar si dicha constitución está cubierta por la definición legal de sus competencias y si incluso puede considerarse una forma de participación indirecta de un tercero en la gestión que corresponde al Ente corporativo.

Las competencias no son enumeradas en un único capítulo, referido al ICAFÉ, de la Ley N. 2762 de 21 de junio de 1961, sino que están presentes en los diversos capítulos que componen la Ley. Estas competencias son esencialmente de dirección y fiscalización de la actividad cafetalera, así como de protección del productor cafetalero. De esa forma, le corresponde al Instituto la inscripción o registro tanto de los productores como de las plantas de beneficio del café (artículo 7), inscripción o registro del exportador (artículo 8), la determinación de las cuotas distributivas de cada cosecha por beneficio (artículo 28), el establecimiento de los procedimientos oficiales de venta del café por el beneficiador para consumo local (artículos 30 y 31), autorización de mecanismos de abastecimiento del café para comerciantes y torrefactores de café (artículo 33), la fijación de cuotas para cada cosecha, con indicación de los porcentajes para el consumo nacional y para la exportación (artículo 40), y la de suspender la inscripción de contratos de compra-venta para la exportación (artículo 40), la facultad exclusiva de teñir el café para diferenciar el café para consumo interno (artículo 44) y la consecuente prohibición de que los particulares tiñan el café (artículo 122), el registro de los contratos de exportación (artículo 78), otorgar la autorización para que las Aduanas

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

permitan la exportación del producto (artículo 88) y otorgar la licencia para que los beneficios puedan operar plantas torrefactoras (artículo 120). La Ley establece un sistema de información y control sobre la producción y comercialización del grano que en última instancia tienden a proteger al productor nacional.

De dichas competencias se deriva que el Instituto del Café debe velar por la producción del café y, por ende, porque las condiciones en que se desenvuelve el proceso productivo sean las óptimas tanto para la producción nacional en general, como para los productores en su condición de tales. La acción del Instituto debe tender a desarrollar la citada actividad, en cuanto tradicionalmente se ha considerado, como esencial en el proceso de desarrollo y crecimiento económico y social del país.

Ahora bien, dentro de la definición legal de las competencias de la Entidad no se contempla expresamente la posibilidad de dar una asistencia financiera (sea a través de préstamos o del otorgamiento de garantías, avales, etc.) a alguno de los sectores que intervienen en la actividad cafetalera. La única excepción en esta materia es el caso de que no hubiera en la zona beneficiadores que puedan financiar a los cafetaleros (prevista en los numerales 34 y 35 de la ley). La asistencia financiera no es, pues, una competencia esencial del Instituto. Y es que puede afirmarse que, sin lugar a dudas, el financiamiento de productores y beneficiadores está a cargo del Sistema Bancario Nacional y, particularmente, del Banco Nacional de Costa Rica. En efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 64 de la citada Ley, es obligación de los bancos nacionales financiar las cosechas de café "con criterio económico-social de ayuda y protección al productor". Lo que implica que es a los bancos a quienes corresponde financiar la actividad cafetalera, no al ICAFÉ. Este no se constituye en un ente financiero de la actividad cafetalera.

Lo anterior cobra particular importancia en orden a la constitución de un fideicomiso. Ello por cuanto ha sido criterio de este Órgano Consultivo que esa constitución no puede entrañar una forma de delegación de competencias. De conformidad con los principios y normas que rigen la competencia administrativa, ésta es otorgada para ser ejercida, sin que el ente esté facultado para disponer de ella, salvo que el ordenamiento le permita ejercerlas en forma indirecta o bien, delegarlas. Ese problema de delegación no se presenta en la hipótesis que se plantea porque no le compete

directamente la asistencia de mérito.

El punto es si correspondiéndole a los bancos dar esa asistencia financiera, el ICAFÉ puede proceder a garantizar a través de la constitución de un fideicomiso los créditos que esos bancos otorguen a los beneficiadores.

El ICAFÉ es constituido para la defensa de los intereses que giran en torno a la actividad cafetalera y, para propiciar su desarrollo. Ello comprende, desde el punto de vista lógico, que es parte del fin público el mantenimiento de la actividad cafetalera, porque si ésta no existe, no puede ser desarrollada y carecería de interés toda la regulación proteccionista que el Estado ha emitido y cuya ejecución corresponde al Instituto. Y para que la actividad cafetalera exista, se mantenga y se desarrolle se requiere que haya producción. Una producción que se ha visto severamente afectada por circunstancias propias del mercado internacional del producto, como son el exceso de oferta, la calidad de los productos y sobre todo la baja en los precios del grano, en muchas ocasiones inferiores a los costos de producción en el país. Estas circunstancias inciden en el financiamiento de la actividad, tanto el que los beneficiadores deben otorgar a los caficultores como el que el Sistema Bancario debe otorgar a los primeros. No puede olvidarse que este Sistema opera con criterios diferentes a los que conforme el artículo 64 deben guiar los créditos al café, así como que importa sobretodo la solvencia y estabilidad del sistema financiero. Y, sin embargo, pareciera que ese financiamiento es indispensable para poder cultivar el café. Por ende, para que la producción cafetalera se mantenga y al menos no resulte mayormente perjudicada, debe otorgarse la asistencia financiera.

Se ha considerado que el fin legal que la ley consagra no opera como una habilitación para actuar, pero que ello no excluye la admisión de las potestades implícitas, en tanto sean inequívocas (Sala Constitucional, resolución N. 6519-96 de 15:06 hrs. de 15:06 hrs. del 3 de diciembre de 1996). El reconocimiento de las potestades inherentes, derivadas o implícitas tiende a mantener la coherencia del sistema jurídico y, por ello, su razonabilidad y lógica.

Al respecto, debe tomarse en consideración que conforme el artículo 102 de la Ley 2762, el ICAFÉ tiene amplia "capacidad para celebrar contratos y dictar actos de conformidad con las

atribuciones que señala la presente Ley", así como el hecho de que el artículo 108 señale como destino parcial de los fondos generados por el impuesto de un uno punto cinco por ciento (1.5%) del valor FOB del café que se exporte, por cada unidad de 46 kilogramos de café oro o su equivalente, el financiamiento de actividades de "promoción, diversificación y de desarrollo sostenible de la actividad cafetalera nacional". Y una actividad destinada a la promoción y desarrollo sostenible de la actividad cafetalera es, precisamente, el otorgamiento de una garantía para el financiamiento de las actividades de los beneficiadores y de los productores del café. Ello por cuanto es la siembra del café, el cuidado de las plantaciones y en su momento, la recolección del grano lo que permitirá el mantenimiento de la actividad.

Por otra parte, no puede desconocerse que corresponde a la Institución determinar el destino del superávit, destino que será válido en tanto resulte conforme con los fines que la ley consagra. Y la garantía que ahora se pretende otorgar no puede sino considerarse conforme con esos fines, máxime que tiende a satisfacer necesidades que afecten directamente los intereses de la actividad cafetalera.

Es de advertir que aun en los supuestos en que la constitución de un fideicomiso es un mecanismo válido de realización de los fines y de la competencia asignados al ente público, esa constitución puede verse afectada en razón de la naturaleza de los bienes (caso, por ejemplo, de los bienes demaniales) o por el hecho de que sobre esos bienes pesen determinadas condiciones. Circunstancia que se da en orden al patrimonio del ICAFÉ.

B.-EL FIDEICOMISO SERÍA UN PATRIMONIO AUTÓNOMO DENTRO DE UN PATRIMONIO DADO POR LEY EN GARANTIA

Al constituirse un fideicomiso, se forma un patrimonio autónomo que se rige esencialmente por lo dispuesto en el Código de Comercio y en su acto constitutivo. Este aspecto es importante en virtud de la situación del ICAFÉ respecto de FONECAFÉ.

1-. El patrimonio fideicometido se separa del patrimonio del fideicomitente

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

El fideicomiso es un contrato de confianza, que opera una transmisión real de bienes con el objeto de formar un patrimonio autónomo, respecto del cual el fiduciario no adquiere la propiedad, sino su administración. Por ello, el patrimonio fideicometido no se confunde con el patrimonio del fiduciario, que no puede utilizarlo para fines propios, pero tampoco con el patrimonio del fideicomitente. Al respecto, el Código de Comercio dispone:

"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". (El subrayado no es del original).

Son bienes separados del resto del activo, lo que implica cuentas separadas, pero además que dichos bienes están excluidos de la garantía general de los acreedores del fiduciario, por cuanto solo responden por las obligaciones derivadas del fideicomiso. Lo que reafirma que el patrimonio del fideicomiso debe utilizarse exclusivamente para los fines establecidos en el acto constitutivo y dentro de los límites establecidos por la ley. Veamos: el fiduciario debe desempeñar su gestión con el cuidado de un buen padre de familia y será removido si no ajusta su actuación al acto constitutivo o a la ley (artículo 645); existe prohibición expresa de que el fiduciario garantice los rendimientos de los bienes fideicometidos (artículo 647); si el acto constitutivo deja a discreción del fiduciario la inversión de los bienes fideicometidos, ésta debe realizarse en valores de la más absoluta y notoria solidez. En tales casos, le es prohibido invertir en valores con fines especulativos, así como adquirir valores en empresas en proceso de formación o bienes raíces para revender. Si el fiduciario realiza préstamos en dinero debe hacerlo con garantía hipotecaria de primer grado y por suma igual o inferior al sesenta por ciento del valor del inmueble (artículo 648); existe prohibición de que el fiduciario invierta más de una tercera parte del patrimonio fideicometido en un mismo negocio (artículo 649) y los bienes del fideicomiso no pueden gravarse, salvo autorización expresa del fideicomitente.

Ahora bien, conforme el principio de la autonomía patrimonial, los bienes o derechos fideicometidos son los únicos recursos que pueden y deben utilizarse para la consecución de los fines del fideicomiso. Se trata de la afectación de un patrimonio a un

determinado fin: una unidad completa y autosuficiente en sí misma. De modo tal que el patrimonio en cuestión no podría ser perseguido por deudas que contraiga el fideicomitente, el fiduciario o el fideicomisario -o viceversa-, excepto si el fideicomiso se ha constituido en fraude de los acreedores, según los términos que al efecto dispone el artículo 658 del Código de Comercio. Se sigue de lo expuesto, además, que el fiduciario no debe utilizar su propio patrimonio para cubrir obligaciones que deriven del contrato de fideicomiso.

Es de recordar que estas mismas características pueden ser predicadas respecto del fideicomitente. En efecto, al separar determinados bienes para constituir con ellos un fideicomiso, el fideicomitente mantiene la propiedad de los bienes pero deja a un tercero su administración y custodia. Luego, en razón del fideicomiso, esos bienes estén destinados únicamente a cumplir con el objeto del contrato de fideicomiso, por lo que no pueden ser empleados para satisfacer otras necesidades del fideicomitente. Cabe resaltar, particularmente, que ese patrimonio fideicometido sólo responde por las obligaciones del fideicomiso pero no por las propias del fideicomitente, las cuales se presentan como extrañas para el fideicomiso.

2-. Un patrimonio en garantía

El principio de autonomía patrimonial del fideicomiso se orienta a evitar la confusión de los patrimonios de las partes del fideicomiso con el patrimonio fideicometido. Al constituir el fideicomiso, el ICAFÉ separaría ciertos bienes de su propiedad, a fin de destinarlos exclusivamente al cumplimiento de los fines para los que se constituye el fideicomiso, sea el garantizar créditos otorgados por el Banco. A partir de esa separación de bienes, el patrimonio fideicometido no podría ser perseguido por los acreedores del ICAFÉ. Para todos los efectos legales, es como si el patrimonio fideicometido hubiera dejado de pertenecer al Instituto.

Dadas las consecuencias del principio de autonomía del patrimonio fideicometido, considera la Procuraduría que el ICAFÉ no puede decidir la constitución del fideicomiso sin contemplar lo dispuesto por el artículo 3° de la Ley N. 7770 de 24 de abril de 1998, ley que crea el FONECAFÉ.

Dicho artículo 3° regula los fondos con que cuenta el FONECAFÉ, previendo un financiamiento a través de endeudamiento, ya se trate de préstamos o la emisión de bonos. La circunstancia de que el FONECAFÉ sea considerado una persona jurídica independiente del ICAFÉ (artículo 1 de la ley) podría hacer considerar que la suscripción de préstamos o la emisión de bonos por el FONECAFÉ carece de incidencias sobre el patrimonio del ICAFÉ, que también es una persona jurídica independiente. Empero, es lo cierto que el legislador estableció que ambas operaciones realizadas por FONECAFÉ serían garantizadas por el patrimonio del ICAFÉ. El párrafo 5° del inciso a) del citado artículo dispone expresamente:

"Tanto para la financiación mediante el préstamo como para la emisión de los bonos, que se indican en los numerales 1 y 2 del inciso a), respectivamente, se autorizan el aval del Estado y, como garantía, el respaldo de los bienes que integran el patrimonio del Instituto del Café de Costa Rica".

La garantía constituye una forma de crédito e implica que el patrimonio del Instituto es garante del endeudamiento en que ha incurrido el FONECAFÉ. Ahora bien, por bienes que integran el patrimonio del Instituto debe entenderse no sólo los bienes inmuebles, sino también los recursos financieros que le corresponden conforme lo dispuesto en el artículo 108 de la Ley N. 2762 y, por ende, los recursos que integran el superávit. Por otra parte, la ley 7770 no señaló el monto exacto de la garantía y por ende, hasta dónde los bienes del ICAFÉ garantizan la deuda. Es válido pensar, empero, que esa garantía cubre el monto del principal, los intereses, comisiones y demás gastos que genere directamente el endeudamiento.

Es criterio de la Procuraduría que en tanto sobre esos recursos pese la garantía dispuesta legalmente, el Instituto del Café debe ponderar cuidadosamente la decisión de separar parte de sus recursos para constituir un patrimonio fideicometido. Dicha decisión no puede tener como efecto el sustraer determinados bienes de la obligación de garantía ordenada por la ley. Cabe recordar, al efecto, que los acreedores de FONECAFÉ no podrían bajo ninguna circunstancia perseguir los fondos que constituyen el patrimonio fideicometido. Desde esa perspectiva, estima la Procuraduría que el Instituto debe evitar que la constitución de

un fideicomiso sea un mecanismo de desviación del fin perseguido por el legislador.

No escapa a la Procuraduría que el monto del endeudamiento más los intereses y demás gastos que genere el préstamo o los bonos puede ser muy inferior al monto de los bienes que integran el patrimonio del ICAFÉ. Es de advertir, sin embargo, que la comprobación de ese extremo escapa a la competencia técnica de la Procuraduría, máxime que implicaría determinar cuál es el estado financiero del Instituto, el valor real de sus bienes, etc. Empero, sí está obligada a señalarle al ICAFÉ que las decisiones sobre su patrimonio, integrado por fondos públicos, no sólo no deben generar riesgos innecesarios sobre su solvencia patrimonial, sino que tampoco puede arriesgar el cumplimiento de sus obligaciones legales y entre ellas, la de garantía impuesta por la Ley N. 7770. Riesgos que también incidirían en forma negativa en la actividad cafetalera que, como se ha indicado, es una actividad que el ICAFÉ debe propiciar y contribuir fuertemente a desarrollar. De allí que la entidad puede constituir el fideicomiso sólo si con ello no se afecta el cumplimiento de la ley N. 7770 ni su funcionamiento normal.

CONCLUSIÓN:

Por lo antes expuesto, es criterio de la Procuraduría General de la República, que:

1-. La constitución de un fideicomiso para garantizar los préstamos que el Sistema Bancario Nacional otorgue a los beneficiadores del café puede considerarse conforme a la competencia que la Ley asigna al Instituto y a los fines de defensa de los intereses y de desarrollo de la actividad cafetalera que el ICAFÉ debe perseguir.

2-. El fideicomiso implica la formación de un patrimonio autónomo, por lo que los bienes dados en fideicomiso no podrían responder por las obligaciones que prevé el artículo 3° de la Ley N. 7770 de 24 de abril de 1998.

3-. Dado que se trata de una obligación impuesta por la ley, se requiere que el ICAFÉ cuente con bienes suficientes para responder en el supuesto de que se tuviese que hacer efectiva la garantía prevista en dicho artículo 3° .

4-. La decisión del ICAFÉ de constituir el proyectado fideicomiso no debe afectar su funcionamiento normal, la solvencia de su patrimonio, así como el cumplimiento de su obligación de garantía del endeudamiento de FONECAFÉ.

b) Dictámenes y Resoluciones de la Contraloría General de la República.

Sobre la utilización del Fideicomiso por la Administración Pública

[CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA]³

6 de marzo de 1997

DGCA 299-97

Doctora

Ana Gabriela Ross G.

Presidenta Ejecutiva

INSTITUTO COSTARRICENSE DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS

Estimada señora:

Damos respuesta a su atenta nota DPE-406-97 de 3 de febrero de 1997, mediante la cual nos solicita aclarar el oficio de esta Dirección General N°885 de 27 de enero de 1997, referente a la posibilidad que tendría ese Instituto para celebrar contratos de fideicomiso a fin de administrar los fondos que se recauden por concepto de tarifas de agua.

Consideramos que su gestión nos devuelve una oportunidad muy provechosa para reformular y ampliar una serie de aspectos en torno a la aplicación del artículo 3 de la Ley de Contratación Administrativa, el cual no se constriñe únicamente al tema de los fideicomisos. Así, tomando como vértice el criterio expuesto por nuestra Dirección General de Asuntos Jurídicos -ya de su conocimiento-, procederemos a exponer una serie de consideraciones referidas al caso particular por usted planteado, que efectivamente, deben ser aclaradas.

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

Para lo anterior, nos permitimos transcribir el artículo 3, párrafo 2, de la Ley de Contratación Administrativa, donde se estipula concretamente:

“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 texto original no está destacado).

Así las cosas, un contrato de fideicomiso puede utilizarse para muchas cosas diferentes. En el contexto presente, lo que, de acuerdo al principio de legalidad -y al criterio expuesto por nuestra Dirección de Asuntos Jurídicos- se permite con el artículo 3 de la Ley de Contratación Administrativa, texto que se transcribió supra, es facultar a la Administración para -cuando sea estrictamente necesario para la satisfacción del fin público- se realice actividad de contratación administrativa a través de un fideicomiso, en cuyo caso, esa actividad que habrá de desarrollar el fideicomisario, se regirá por la ley, respetando los principios, los requisitos y los procedimientos ordinarios establecidos al efecto.

En consecuencia, solo cuando se utilice el fideicomiso como instrumento de la contratación administrativa y las circunstancias lo hagan procedente, se puede recurrir a la norma contenida en el artículo 3 de la citada ley para encontrar en ella el adecuado sustento de legalidad. Si el fideicomiso que se pretende celebrar tiene como objeto actividades diferentes al despliegue de contratación administrativa, ello se podría realizar siempre y cuando esté permitido en alguna otra ley atinente a la materia de que se trate.

En el presente caso, no se observa que el objetivo de los fideicomisos propuestos en su gestión, sea el de celebrar -a través de ellos- contratos administrativos, sino más bien emplear esta figura para recaudar y administrar una serie de recursos. Bajo ese contexto, en nuestro criterio, no les alcanza el marco de legalidad que establece el artículo 3 de cita.

Asimismo, creemos necesario establecer que la escogencia del

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

fideicomisario, cuando por sus funciones le corresponda devengar alguna comisión, deberá ser, a su vez, mediante los procedimientos ordinarios a que se hace mención, a saber, licitación pública, por registro o restringida. En tales casos, se podrá recurrir a la contratación directa únicamente cuando se verifique que se está ante alguno de los supuestos de excepción que también contempla la ley.

Esperamos haber dejado así contestada su consulta.

Atentamente,

Lic. José Gerardo Riba Bazo

Director General

Procedencia para la constitución de fideicomisos

[Contraloría General de la República]⁴

14 de febrero, 2000

DI-AC-089

Máster

Gilberto Guzmán Saborío

Director General

Triángulo de Solidaridad

Primera Vice-Presidencia de la República

Estimado señor:

Asunto: Fideicomiso.

Damos respuesta a su oficio No. STS-381-99 del 31 de agosto de 1999, mediante el cual solicita el criterio de este Órgano Contralor en torno a la procedencia legal de constituir un fideicomiso para manejar los fondos públicos asignados a esa Dirección.

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

Como complemento a su consulta, nos adjunta un borrador del contrato de fideicomiso que se pretende suscribir.

En atención a su gestión, procedemos a manifestar lo siguiente:

1. Sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso.

Por definición, el fideicomiso implica la transferencia de la propiedad de un bien determinado a título de confianza, con el propósito de que, al cumplimiento de un plazo o condición, se destine según lo convenido. En otras palabras, el fideicomiso consiste en una administración de bienes, la cual, por disposición de la misma ley, comporta el traslado de propiedad de aquellos.

Bajo esta concepción, consideramos oportuno referirnos, en primer término, a esta figura contractual la cual ya ha sido analizada ampliamente en oficios anteriores. Particularmente, en el oficio No. 8725 del 20 de julio de 1994 -a raíz de un proyecto de ley consultado por la Asamblea Legislativa que autorizaba la constitución de varios fideicomisos- se indicó, en lo que interesa, lo siguiente:

“La transferencia de uno o más bienes a la persona que se encargará de la administración o enajenación de éstos con el objeto de cumplir la finalidad establecida por quien constituye el fideicomiso, al representar un traslado de la titularidad o propiedad de dichos bienes a favor del administrador, presentó muchas dudas sobre la propiedad del patrimonio fideicometido. No obstante, la legislación se ha ocupado de definir la normativa aplicable a este tipo de negocio jurídico. Bajo este panorama, se indica que las legislaciones han establecido:

‘... un conjunto de limitaciones al fiduciario precisando que, si bien es propietario frente a terceros, carece de facultades dispositivas, salvo aquellas que le haya conferido el acto constitutivo o le conceda la ley. O se ha optado por introducir la noción de que los bienes transferidos al fiduciario constituyen un patrimonio autónomo, con notas que lo individualizan del general del fiduciario y del beneficiario y traducen una serie de ventajas desde el punto de vista fiscal, de posible embargos por parte de terceros, etc.’ (ibidem, p.627).

Esa transmisión de la propiedad permite que el fiduciario mantenga sobre los bienes dados en fideicomiso, lo que se conoce como un derecho de propiedad restringido puesto que serán parte de su patrimonio, pero tenido como uno autónomo, individualizado y distinguible y, por tanto, de los bienes propios y sobre el cual podrá ejercer las facultades de propietario en tanto en cuanto dirija su actividad de administrador, para el cumplimiento del fin establecido en el fideicomiso. Por ello se afirma:

'...Y por este aspecto, cabe agregar que una de las notas más destacadas de los bienes adquiridos en propiedad fiduciaria es la de constituirlos, como lo dijimos, en un patrimonio autónomo o especial, con consecuencias tanto más definidas en cuanto se trate de países en los cuales se reconozca la figura, pero que en todo caso busca desvincular el conjunto de bienes recibidos del patrimonio del fiduciario, de manera que no se produzca respecto a aquel ninguno de los efectos que podrían predicarse en relación con éste. Los bienes recibidos en fiducia no se acrecientan o disminuyen porque tal les ocurra a los bienes del fiduciario, sino como consecuencia exclusiva del buen suceso en su administración o de las dificultades y pérdidas que en ella se soporten.

Se trata pues de una transmisión de propiedad para la consecución de un fin determinado que explica por ello el que las facultades normales del propietario se subordinen a los términos obligatorios previstos en el contrato, todo lo cual constituye una especie de negocio fiduciario impuro.' (Ibidem, pp.630-631).

Esta es, precisamente la posición que sigue nuestra legislación al disponerse en el Código de Comercio, en lo que interesa, lo siguiente:

'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'.

'Artículo 634: (...) Los bienes fideicometidos constituirán un patrimonio autónomo apartado para los propósitos del fideicomiso'. (Los destacados no son del texto original).

Por su lado, los derechos y obligaciones de las partes se encuentran expresamente regulados en la ley -en nuestro caso en el Código de Comercio- con la finalidad de evitar los posibles abusos

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

que generan en muchísimas ocasiones, los negocios basados en la confianza que el fideicomitente tenía sobre el fiduciario, al verse traicionada ésta y burlada su voluntad de cumplir el fin pretendido, en especial, al no poder perseguir y hacer responder al fiduciario por el incumplimiento puesto que todo el negocio se fundamentaba en la plena confianza que se tenía sobre aquel”.

2. En cuanto a la constitución de contratos de fideicomiso por parte de entidades del sector público.

La figura del fideicomiso se encuentra regulada con detalle en el Código de Comercio, concretamente en los artículos 633 al 662, por tratarse de un contrato típicamente mercantil, normativa que resulta igualmente aplicable a las partes contratantes, sean éstas del sector público o privado, con las salvedades o limitaciones que establezcan tácita o expresamente las leyes que regulan la respectiva entidad. De esta manera, debe tenerse presente -en primera instancia- que los contratos de fideicomiso que suscriban los entes y órganos públicos no podrían ir en contra de las normas que conforman el ordenamiento jurídico administrativo aplicable en la especie.

Lo anterior, sin embargo, supone obviamente que de previo a constituir un fideicomiso con sus recursos, la entidad u órgano público de que se trate, deberá contar con el contenido presupuestario debidamente aprobado.

Ahora bien, en cuanto a la posibilidad de utilizar este instrumento jurídico para la administración de fondos públicos, ha sido criterio reiterado de este Órgano Contralor que -por regla de principio- se requiere de autorización expresa de ley para que una entidad pública concerte un contrato de fideicomiso; y sólo por vía de excepción resultaría factible permitir que una institución pública lleve a cabo un negocio de esa naturaleza. (En este sentido, véase los oficios Nos. DAJ-1943-96, DAJ-406-98 y DAJ-1260-98 de la anterior Dirección General de Asuntos Jurídicos así como el oficio No. DGCA-548-97 de la entonces Dirección General de Contratación Administrativa, entre otros).

Concretamente, el oficio No. DAJ-1943 del 29 de agosto de 1996 recoge la posición que se ha mantenido sobre esta materia y que -en lo que interesa- señala:

“... De lo hasta aquí expuesto, hemos de desprender que el

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

fideicomiso como tal, consiste en una administración de bienes, la cual, por disposición de la misma ley, comporta el traslado de 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.

En este orden, conviene recordar que toda institución pública debe ajustarse al principio de legalidad que rige las actuaciones de los entes públicos (artículo 11 inciso 1 de la Ley General de la Administración Pública), por lo que sólo podrá realizar aquellos actos y prestar servicios públicos que se encuentren autorizados por el ordenamiento jurídico.

En tal sentido, y por llevar implícito el fideicomiso la característica del traslado de propiedad del bien fideicometido, sin que existiera una autorización genérica para tales efectos, este Organismo Contralor llegó a estimar que -por regla de principio- se requería de autorización expresa de ley para que una entidad pública concretara un negocio de esta naturaleza. (En tal sentido, puede consultarse nuestro oficio 4708-93).

No obstante lo anterior, esta Contraloría General ha manifestado, de igual manera, que toda norma jurídica debe ser interpretada '...en la forma que mejor garantice la realización del fin público a que se dirige, dentro del respeto debido a los derechos e intereses del particular'. (art.10 LGAP). Ello quiere decir que para un caso en particular, la ley no tiene necesariamente que autorizar en forma expresa la posibilidad de suscribir fideicomisos; basta que de la interpretación de las normas que rigen su accionar, se pueda desprender esa facultad, o que se integre la normativa con otras disposiciones que vengán a suplir la autorización, sin que con ello se viole el principio de legalidad mencionado. Lo anterior sin perder de vista la necesidad de recurrir a una determinada figura contractual -en este caso el fideicomiso- como un mecanismo idóneo para el cumplimiento de los fines asignados a una determinada entidad pública.

En doctrina se ha tratado el punto bajo los siguientes términos:
'Hay autores que amplían el concepto de competencia hasta hacerlo

comprender lo que denominamos ejercicio de la función. Parten para ello del principio de la libertad o capacidad en el derecho privado, y señalan que por razones de unidad y sistematicidad de la ciencia corresponde extenderla a los órganos públicos. El principio de todo lo que no está prohibido está permitido, valdría así tanto para la capacidad de las personas privadas, como para la competencia de los entes públicos y sus órganos, con una sola diferencia: la persona jurídica pública, su competencia y la de sus órganos no existe si las normas no lo establecen, pero una vez creada dicha persona, ésta y sus órganos podrían hacer todo lo no prohibido dentro de sus respectivas competencias (...). En el caso del órgano público, entonces, se entendería prohibido solamente lo que no constituye el campo de especialidad del ente, o de la distribución de órbitas de acción en los distintos órganos.

Se asimilaría la finalidad u objeto para el cual el ente o el órgano han sido creados, con la competencia o capacidad del ente u órgano en cuanto actúa dentro del campo de acción para el cual fue creado, actuaría con competencia dentro del marco de licitud'. (GORDILLO, Agustín A., Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I. Los destacados no son del texto).

Bajo este orden de ideas que expone la doctrina, la competencia de un ente quedaría asimilada al ejercicio de su función dirigida al cumplimiento de sus fines, y entonces la competencia no estaría necesariamente dada en forma expresa por una norma que lo faculte para actuar de tal o cual manera, sino que la propia existencia del ente en cuanto al cumplimiento del fin o fines para los que fue creado, vendría a integrar el radio de acción de esa persona jurídica pública, en tanto no le esté prohibido su ejercicio y le resulte estrictamente necesario para el cabal cumplimiento de tales fines.

De esta manera, resulta factible concluir que bien podría una institución pública, en forma absolutamente excepcional, llevar a cabo un contrato de fideicomiso, como una contratación lícita permitida por el ordenamiento jurídico -en este caso, el Código de Comercio- siempre y cuando esa contratación resulte estrictamente compatible con su campo de acción y se presente como necesaria o idónea para satisfacer un determinado fin público".

De conformidad con lo expuesto, es claro entonces, que por regla de principio, se requiere de la existencia de una ley que autorice expresamente la constitución de un fideicomiso, y excepcionalmente se podría prescindir de ella si de la normativa legal aplicable al ente público de que se trate pueda derivarse esa facultad sin

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

mayores esfuerzos interpretativos, en la medida en que se constituya en una herramienta necesaria o idónea para la satisfacción del interés público y no simplemente como un mecanismo para delegar competencias de la entidad o evadir instancias de fiscalización y control.

Ahora bien, respecto al supuesto de excepción indicado -sea que pueda constituir un fideicomiso sin contar con autorización legal expresa- más recientemente se ha explicado en los siguientes términos:

"... se ha indicado en primer término que la constitución de fideicomisos requiere autorización expresa de ley, aunque excepcionalmente para un caso particular, la normativa no tiene que autorizar en forma expresa la posibilidad de suscribir fideicomisos, sin que ello pueda interpretarse como una autorización genérica de utilizar figuras contractuales no reguladas por el ordenamiento jurídico administrativo, y en general siempre deben atenderse que estén presentes las siguientes circunstancias:

a. Que de la interpretación de las normas pueda derivarse esa facultad.

b. Siempre que sea necesario para el cumplimiento de los fines asignados a la entidad.

c. Se presente el contrato como herramienta necesaria o idónea para satisfacer un fin público.

d. No se utilice para delegar competencias propias de la entidad.

e. Deben respetarse los principios, los requisitos y los procedimientos ordinarios establecidos en la legislación sobre contratación administrativa". (Vid. oficio No. DAJ-2513 del 25 de noviembre de 1998 de la antigua Dirección General de Asuntos Jurídicos).

Como puede observarse, para la constitución de un fideicomiso por vía de excepción, se requiere que la decisión administrativa de crearlo cumpla siempre con los postulados indicados y -tal decisión- sea adoptada por el funcionario competente.

En todo caso, debe tenerse presente que, aún cuando los recursos públicos otorgados bajo esta figura contractual no requieren ser

administrados según los procedimientos de control presupuestario ni la de contratación administrativa a que de ordinario estarían sometidos, dichos recursos no pierden su naturaleza pública en cuanto a los fines legalmente establecidos y, por ende, están siempre afectos a la fiscalización que pueda ejercer esta Contraloría General, lo mismo que a otras disposiciones aplicables a aquellos.

3. Conclusión

Al aplicar lo expuesto al caso bajo análisis, observamos que el fideicomiso a suscribir lo fundamentan en el Decreto Ejecutivo No. 27842-C el cual crea la Dirección del Triángulo de Solidaridad como órgano del Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes (artículo 1). Sin embargo, revisada dicha normativa, hemos de concluir que de ella no se desprende la existencia de alguna de las condiciones analizadas anteriormente para considerar factible la constitución del referido fideicomiso.

Por último, omitimos externar comentario alguno sobre el borrador del contrato que se adjuntó con la consulta, toda vez que este Despacho no tiene por costumbre revisar borradores de documentos; además de que éste se remitió con cláusulas incompletas.

Sobre la injerencia de la Contraloría en la aprobación de Presupuestos

[Contraloría General de la República]⁵

20 de febrero, 2003

FOE-GU-55

Licenciado

Dagoberto Sibaja Morales

Director General

Registro Nacional

Estimado señor:

Asunto: Consultas relativas a la aplicación de las directrices

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

generales para la presentación de los documentos presupuestarios de los fideicomisos cuyos presupuestos deben ser aprobados por la Contraloría General de la República, en el caso de los contratos de "fideicomiso de inversiones" (punto 1) y "fideicomiso de vivienda" (punto 2), suscritos por la Junta Administrativa del Registro Nacional y el Banco de Costa Rica.

En relación con el oficio DGRN-827-2002, mediante el cual se remiten consultas relativas a la aplicación de las directrices generales para la presentación de los documentos presupuestarios de los fideicomisos cuyos presupuestos deben ser aprobados por la Contraloría General de la República, en el caso de los contratos de "fideicomiso de inversiones" (punto 1) y "fideicomiso de vivienda" (punto 2), suscritos por la Junta Administrativa del Registro Nacional y el Banco de Costa Rica, se indica lo siguiente.

I. CONTRATO DE FIDEICOMISO SOBRE INVERSIONES.

Se solicita criterio sobre la necesidad de someter a la aprobación de la Contraloría General de la República el presupuesto del fideicomiso constituido mediante contrato firmado el 20 de setiembre de 1989.

En la nota de remisión se expone que los recursos contemplados en el convenio se encuentran plenamente identificados en el presupuesto ordinario de la institución, y que según lo expuesto por el Departamento Financiero del Registro Nacional, debido a sus características y manejo, este fideicomiso no estaría comprendido por los términos de las directrices emitidas por esta Contraloría General¹.

Esta Área difiere del criterio que acompaña la consulta planteada y considera que las referidas directrices son plenamente aplicables al fideicomiso en cuestión y que la Junta Administrativa del Registro Nacional está en el deber de presentar el correspondiente presupuesto para la aprobación de esta Contraloría General de conformidad con lo establecido en la Ley N° 8131 (Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos).

El artículo 14 del supracitado cuerpo legal dispone:

"Sistemas de contabilidad. Los entes establecidos en el artículo 1

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

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."

La disposición transcrita no realiza distinciones que permitan considerar que existen diversas categorías de fideicomisos, unos obligados a la aprobación de su presupuesto de ingresos y gastos por parte de la Contraloría General, y otros exentos de ese trámite.

Por otra parte, las ya citadas directrices emitidas por el Órgano Contralor, no establecen, ni en su parte considerativa, ni en la dispositiva, distinciones o excepciones que amparen la omisión de presentar presupuesto a aprobación en el caso concreto. En tal sentido se transcriben el considerando cuarto y el punto 1.1 de la directrices:

"4º-Que de conformidad con lo establecido en el artículo 14 de la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, N° 8131, le corresponde a la Contraloría General de la República aprobar los presupuestos de ingresos y egresos de los fideicomisos que suscriban las entidades a las que se les aplica esa ley, en los que se incorporen fondos públicos, así como emitir las directrices atinentes para un manejo sano de esos recursos."

"1.1 Fideicomisos a los que les será aplicable esta normativa. La presente normativa se aplicará a todos aquellos fideicomisos constituidos con fondos provenientes de los entes y órganos públicos a que se refieren los incisos a, b y c del artículo 1º de la Ley N° 8131. También es aplicable a los fideicomisos de los entes públicos no estatales, las sociedades con participación minoritaria del sector público y las entidades privadas, en lo que respecta a los recursos que hayan sido transferidos o puestos a su disposición, mediante partida o norma presupuestaria, por los órganos y entes que se indican en los incisos del referido artículo 1º y por los bancos estatales./ Debe entenderse que el artículo 14 de la Ley N° 8131, en lo que respecta al control

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

presupuestario que realizará la Contraloría General, es aplicable a los fideicomisos existentes y a los que se llegaren a constituir en el futuro.”

Consecuentemente, a la fecha la Junta Administrativa del Registro Nacional no ha cumplido con la presentación del presupuesto correspondiente a este fideicomiso, de conformidad con el artículo 14 de la Ley N° 8131 y las directrices emitidas por esta Contraloría General, por lo que se le solicita girar las instrucciones pertinentes para que con la mayor brevedad posible se remita la información correspondiente.

II. CONTRATO DE FIDEICOMISO DE VIVIENDA.

En este caso no se realiza ninguna consulta, únicamente se manifiesta que el Registro Nacional no cumplirá con la fecha establecida para la presentación del documento presupuestario del fideicomiso constituido mediante el contrato suscrito el 12 de setiembre de 1989 entre su Junta Administradora y el Banco de Costa Rica.

En efecto, el presupuesto de dicho fideicomiso fue presentado extemporáneamente ante la Contraloría General y en este momento es objeto de análisis.

La Contraloría y la Fiscalización de Fondos Públicos

[Contraloría General de la República]⁶

R.S.L. N° 264-98

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. San José, a las quince horas del día ocho de setiembre de mil novecientos noventa y ocho.-----

Recurso de objeción interpuesto por la empresa Motores Dos Mil, S.A., representada por Bernal Feyth Escalante, en contra del cartel de la licitación pública No. 1-98, promovida por el Banco Cooperativo Costarricense, R.L. para la adquisición de seis vehículos para el Ministerio de Agricultura y Ganadería, Dirección de Sanidad Vegetal, con base en el fideicomiso No. 03-93 MAG-Sanidad Vegetal / Bancoop,

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

R.L.-----

POR CUANTO

I.- El recurso que se conoce fue presentado en tiempo y forma.-----

II.- Manifiesta la firma objetante, en lo que más interesa, lo siguiente: 1) Que el plazo para recibir ofertas es de 7 días, lo cual considera insuficiente, ya que no permite evacuar las consultas u objeciones adecuadamente. En razón de ello, solicita analizar si el plazo dado es correcto o insuficiente dada la naturaleza del concurso. 2) Que en la línea 2, para la adquisición de un vehículo rural, doble tracción, se solicita que el sistema de subir y bajar vidrios sea manual, y los vehículos que el objetante ofrece son con sistema eléctrico, por lo cual solicita que se modifique el cartel de manera que se permita este tipo de sistema. 3) Que en la línea 3, para la compra de un vehículo tipo station, el cartel solicita que las llantas sean radiales, aro 13, lo cual limita la participación, ya que el vehículo que ofrecerán viene con aro No. 15, por lo cual solicita que se modifique dicha cláusula (véase escrito en el expediente de objeción).-----

III.- Mediante auto de las 9:00 horas del 5 de agosto de 1998, este Despacho confirió audiencia a la entidad licitante, a efecto de que manifestara su posición con respecto a los recursos presentados, adjuntara los criterios técnicos correspondientes, así como para que aportara u ofreciera las pruebas que considerara pertinentes. De igual manera, se previno a la entidad licitante remitir una copia completa del cartel, así como de las modificaciones realizadas (ver auto en expediente de objeción).

IV.- La entidad licitante, mediante oficio sin número del 25 de agosto de 1998, atendió la audiencia especial conferida, en donde, en resumen, manifestó lo siguiente: 1) Que la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, No. 1644, establece que los bancos comerciales podrán realizar contratos de fideicomiso, conforme lo dispuesto en el Código de Comercio y las demás normas legales y reglamentarias. 2) Que la Dirección General de Asuntos Jurídicos de esta Contraloría General, mediante oficio No. DAJ-097 del 29 de mayo de 1997, estableció que [...] el fideicomiso como tal, consiste en una administración de bienes, la cual, por disposición de la misma ley, comporta el traslado de propiedad de aquéllos [...] En tal sentido, y por llevar implícito el fideicomiso la característica del traslado de la propiedad del bien

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

fideicomitido, sin que existiera una autorización genérica para tales efectos, este Órgano Contralor llegó a estimar que -por regla de principio- se requería de autorización expresa de ley para que una entidad pública concertara un negocio de esta naturaleza [...]. 3) Que la Ley de Protección Fitosanitaria, No. 7664, establece que la administración de fondos se hará mediante un fideicomiso, el cual se suscribirá con un banco del sistema bancario nacional. 4) Que la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en su artículo 4, inciso b), establece que la Contraloría General de la República tendrá competencia facultativa sobre los sujetos privados, que sean custodios o administradores, por cualquier título, de los fondos o actividades públicos que indica la ley. Además, refiere al inciso e) del mismo artículo, que señala que si se trata de entidades de naturaleza bancaria o financiera de las contempladas en este artículo y que sean extranjeras, la competencia facultativa de la Contraloría se ejercerá según los principios que detalla el mismo inciso. Señala el banco objetado, que la competencia facultativa de la Contraloría para ejercer ese control, no alcanza a las entidades bancarias, en salvaguarda de los principios que establece el inciso e) citado, como es que Bancoop no somete sus presupuestos a la Contraloría General, ya que están sometidos a la Superintendencia General de Entidades Financieras, tutelados por el secreto y confidencialidad bancarios. 5) Que, en su criterio, no aplica la Ley de Contratación Administrativa ni su Reglamento General a actos propios del fiduciario; no obstante, se trata de equiparar en lo razonablemente aplicable, los sanos principios del Derecho Público. 6) Que en cuanto al fondo del recurso, fue contestado por el Comité de Adjudicaciones del Fideicomiso, el cual consideró que razones de oportunidad y conveniencia impiden acceder a los intereses del recurrente, más bien de aceptarlos sería restringir la oportunidad a la mayoría a ofertar ..(ver escrito agregado al expediente de objeción).-----

V.- Antes de entrar a analizar las objeciones del recurrente, le corresponde a este Órgano Contralor definir si cuenta con la competencia necesaria para conocer el presente recurso, en el tanto la entidad licitante -Bancoop, R.L.- es un sujeto regido por el Derecho Privado. Para definir lo anterior, resulta necesario hacer referencia a la normativa que regula la materia, así como a las atribuciones asignadas a esta Contraloría General por mandato de la Constitución Política y de su propia Ley Orgánica, como a la jurisprudencia que la Sala Constitucional ha dictado, en torno a las funciones y competencias de este Órgano de Fiscalización Superior de la Hacienda Pública. Establece el artículo 183 de nuestra Carta Magna, que la Contraloría General de la República es

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

una institución auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública, lo que en criterio de la Sala Constitucional significa, que este Órgano Contralor

[...] tiene en relación con los fondos públicos, una función de fiscalización superior, jurídica y financiera, que no puede verse limitada a la actuación automática de simple aprobación, puesto que ello implicaría una disminución sustancial de las competencias constitucionales (Sentencia No. 2340-94 de las 15:00 horas del 28 de mayo de 1994).

Esta competencia constitucional, derivada del artículo 183, es desarrollada en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, No. 7428 del 7 de setiembre de 1994, la cual establece 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, sistema que incluye la facultad de intervenir en los procedimientos de contratación administrativa. En ese mismo orden de ideas la Sala, mediante Voto No. 998-98 de las 11:30 horas del 16 de febrero de 1998, señaló:

[...] la Contraloría, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico -según se anotó anteriormente-, se encarga de ejercer un control financiero y de legalidad en el manejo de los fondos públicos, que comprende las diversas operaciones en ejecución del presupuesto del Estado, control que consiste en fiscalizar la coincidencia entre la acción administrativa financiera y la norma jurídica, por lo que, como lógica consecuencia, no escapa a este control de la Contraloría, la actividad referente a la contratación administrativa, según lo indicado por esta Sala en sentencia número 2398-91, de las quince horas veinte minutos del trece de noviembre de mil novecientos noventa y uno [...]

Otra consideración de suma importancia hecha por la Sala Constitucional, en torno a la competencia de esta Contraloría General en la fiscalización de la Hacienda Pública, la encontramos en la sentencia No. 998-98 ya citada, y que dice:

[...] Asimismo, estima esta Sala que, aún cuando no existiera normativa legal específica que desarrollara las competencias propias de esta institución -Contraloría General de la República-, la misma sí estaría legitimada para ejercer actuaciones tendentes a vigilar y fiscalizar la Hacienda Pública, precisamente por estar basada su competencia en normas de rango constitucional. [...]

Concluye señalando la Sala, en la misma resolución:

[...] Y como conclusión general inicial, que emana del examen de los principios, de la doctrina y la jurisprudencia [...] sólo puede afirmarse que el sistema de contratación administrativa está conformado, por un lado, por los principios constitucionales que emanan del artículo 182 de la propia Constitución, y por otro lado, como complemento, por el sistema de control ejercido directamente por el órgano constitucional encargado de la fiscalización y vigilancia de la Hacienda Pública, sea la Contraloría General de la República, que se ha establecido como garantía de la correcta utilización de los fondos públicos en aras de la satisfacción del interés público. [...]

De lo anterior, resultan incuestionables las amplias facultades con que cuenta esta Contraloría General en la fiscalización y vigilancia de la hacienda pública y la utilización de los fondos públicos, definidos por el 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. Así las cosas, el artículo 4 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, establece el ámbito de aplicación de su competencia, señalando que este Órgano Contralor ejercerá sus atribuciones sobre todos los entes y órganos que integran la Hacienda Pública, la cual a tenor de lo dispuesto en el artículo 8 de la misma ley, es la organización formada por los entes y órganos públicos, incluyendo los no estatales, propietarios o encargados, por cualquier título, de la administración del patrimonio público. Este mismo artículo, en su párrafo tercero, define el patrimonio público como la universalidad constituida por los fondos públicos y por los pasivos a cargo de la Hacienda Pública. Por otra parte, señala el mismo artículo 4 referido, que la Contraloría General tendrá competencia facultativa sobre los sujetos privados que sean custodios o administradores, por cualquier título, de los fondos y actividades que indica la ley, de manera que los fondos que maneja la Dirección de Protección Fitosanitaria (Dirección de Sanidad Vegetal), considerados como fondos públicos, están sujetos a la fiscalización de este Órgano Contralor. Así las cosas, es claro que esta Contraloría General, como Órgano Superior de Fiscalización, cuenta con la competencia para vigilar la correcta utilización de los fondos públicos, sin que pueda pensarse que por el hecho de que esos fondos se convierten en bienes fideicometidos, esa competencia se pierda. En este punto, adquiere especial importancia la naturaleza de los bienes fideicometidos, por lo que procederemos a hacer un análisis del tema. Como tesis de principio, debemos manifestar que no cabe ninguna duda que los fondos que maneja la Administración fideicomitente son de naturaleza pública, ya que inicialmente fue aprobado en esta

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

Contraloría General, mediante oficio No 273, del 6 de enero de 1993, de la Dirección General de Presupuestos Públicos, un presupuesto para el ejercicio económico de 1993, fondos que luego se convirtieron en bienes fideicometidos. Asimismo, se debe acotar que el destino de esos fondos (bienes fideicometidos, que se ejecutan a través del fideicomiso) se orienta al cumplimiento de los fines que tiene asignados la Dirección de Protección Fitosanitaria. De ello se concluye, que tanto el origen como el destino de los bienes fideicometidos tienen una naturaleza pública. Ahora bien, señala el Código de Comercio, artículo 633, que por medio del fideicomiso el fideicomitente transmite al fiduciario la propiedad de los bienes o derechos, el cual queda obligado a emplearlos para la realización de fines lícitos y predeterminados en el acto constitutivo. Esta disposición es clara en cuanto al traslado de la propiedad, pero en criterio de este Despacho, no se trata de una propiedad absoluta sino, por el contrario, muy limitada, porque se circunscribe a lo que las partes acuerden al celebrar el contrato, de manera que la transmisión de la propiedad de los bienes fideicometidos, le confiere al fiduciario la facultad de realizar sobre esos bienes, solo aquello que las partes han convenido y así consta en el acto constitutivo. No podría pensarse que la propiedad es transmitida de modo absoluto, tal y como la entiende nuestro Código Civil en su artículo 264, porque en definitiva el fiduciario será, siempre, solo un administrador de esos bienes, que los dirigirá de acuerdo con el convenio y no a su entera voluntad (como lo puede hacer quien tiene el dominio pleno sobre algo). De esta manera, aunque los bienes pasen a ser propiedad del banco fideicomitente, en calidad de bienes fideicometidos, en criterio de este Despacho, dichos bienes fideicometidos guardan su naturaleza de fondos públicos, lo que le otorga la competencia de fiscalización a esta Contraloría General. En ese sentido lo ha manifestado el mismo Bancoop, R.L., en su documento Seminario sobre fideicomiso para funcionarios de la Contraloría General de la República (pág. 21):

[...] cabe señalar que si bien los recursos públicos que constituyen el patrimonio fideicometido, se entregan a una persona privada, cual es, el Fiduciario, para que los administre bajo el esquema de un Fideicomiso, de suyo un contrato privado, regido por el Código de Comercio; no por ello esos recursos pierden su naturaleza jurídica de "públicos". (Subrayado es nuestro).

Por otra parte, establece el artículo 1 de la Ley de Contratación Administrativa, que cuando se utilizan parcial o totalmente recursos públicos, la actividad contractual de todo otro tipo de personas físicas o jurídicas se someterá a los principios de esta Ley. Y este otro tipo de personas jurídicas sometido a los

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

principios de la Ley de Contratación Administrativa, lo es precisamente, en el caso que nos ocupa, el Banco Cooperativo Costarricense, R.L. -Bancoop, R.L.- de donde resulta claro, entonces, que la actividad de contratación administrativa que realicen los bancos del Sistema Bancario Nacional, en cuanto a manejo de fondos públicos (ya sea mediante la figura del fideicomiso, o mediante otra figura), debe ajustarse y respetar los principios que establece la Ley de Contratación Administrativa, cuales son el de publicidad, de eficiencia, de libre competencia, de igualdad y todos aquellos que se encuentran implícitos en las normas de dicho cuerpo legal y a los que la Sala Constitucional, en el voto 998-98 supra citado, les reconoce rango constitucional a partir del numeral 182 de nuestra Carta Magna. En este sentido, continúa diciendo Bancoop, R.L., en el citado documento:

Precisamente, por ello, en el caso particular de nuestro país, son aplicables a los Fideicomisos constituidos con recursos públicos, principalmente, los principios en materia de contratación administrativa, contenidos en la Ley de Contratación Administrativa y las normas de la Ley de la Administración Financiera de la República [...]

Bajo esta óptica, el artículo 82 de la Ley de Contratación Administrativa establece, que podrá interponer el recurso de objeción al cartel todo oferente potencial o su representante, cuando considere que ha habido vicios de procedimiento, se ha incurrido en alguna violación de los principios fundamentales de la contratación, o se ha quebrantado de alguna forma, el ordenamiento regulador de la materia (el subrayado es suplido), de manera que éste, relacionado con el artículo 1 ya citado, nos lleva a concluir que esta Contraloría General puede conocer de los recursos de objeción que se presenten, cuando sujetos de derecho privado, promuevan contrataciones con fondos públicos. Finalmente, nos permitimos transcribir parte de la resolución de este Órgano Contralor, No. 277-97, de las 14:00 horas del 26 de noviembre de 1997, en donde, en un caso similar, por tratarse de materia recursiva, se manifestó:

En la Ley de Contratación Administrativa se materializa el principio de legalidad constitucional establecido en el artículo 11 de nuestra Carta Magna. Desde esa perspectiva dicha ley constituye un conjunto de normas que rigen la actuación de los entes públicos en una determinada actividad; la celebración de contratos públicos. Frente a esta circunstancia ocurre un fenómeno particular y es cuando un sujeto de derecho privado, regido por el principio de la autonomía de la voluntad -artículo 28 de la Constitución Política, según el cual las acciones de estos sujetos

que no dañen la moral, ni perjudiquen a terceros, ni lesionen el orden público, están fuera de la acción de la ley-, dispone de fondos públicos para realizar contratos, para lo cual el legislador dicta pautas para orientar la tramitación de esos contratos, sin someter esa actividad a procedimientos formales. Cabe reiterar que el elemento diferenciador, que a la vez impone algún grado de restricción a esta libertad de actuar, viene a ser dado por el hecho de estar manejando fondos públicos, en cuyo destino final y correcto aprovechamiento, el Estado tiene un interés particular en garantizarlo. Orientados bajo las dos anteriores premisas, nos encontramos con que en la Ley de Contratación Administrativa se estableció, como regla general, que los sujetos privados que manejan fondos públicos deben someterse a esa Ley en materia de principios pero no de procedimientos (artículo 1º, párrafo 2º, Ley de Contratación Administrativa), disposición que se constituye en el fundamento de nuestra competencia legal para fiscalizar la actuación de sujetos privados a los que no les aplica, por naturaleza propia, el principio de legalidad. Por su parte, el artículo 6 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, dispone lo siguiente: "ALCANCE DEL CONTROL SOBRE FONDOS Y ACTIVIDADES PRIVADOS / En materia de su competencia constitucional y legal, el control sobre los fondos y actividades privados, a que se refiere esta Ley, será de legalidad, contable y técnico y en especial velará por el cumplimiento del destino legal, asignado al beneficio patrimonial o a la liberación de obligaciones. / La Contraloría General de la República podrá fiscalizar el cumplimiento, por parte de los sujetos privados beneficiarios, de reglas elementales de lógica, justicia y conveniencia, para evitar abusos, desviaciones o errores manifiestos en el empleo de los beneficios recibidos. / Dentro del marco y la observancia de estas reglas elementales, tanto la Contraloría General de la República como la entidad pública concedente del beneficio respetarán la libertad de iniciativa del sujeto privado beneficiario, en la elección y el empleo de los medios y métodos para la consecución del fin asignado" (el subrayado no es del original). Para asumir la competencia que sustenta nuestra decisión de admitir el recurso de apelación que examinamos, es también de especial importancia lo que dispuso la Sala Constitucional en el Voto N°4013-92 de las 10:06 horas del 18 de diciembre de 1992, que en lo que interesa señaló: "... La Contraloría General de la República es la encargada por excelencia de la vigilancia de la Hacienda Pública (artículo constitucional 183), fiscalización que se tornaría inocua de prosperar la idea de que pueden adjudicarse contrataciones relativas a bienes públicos y con fondos igualmente públicos sin posibilidad de apelar el acto adjudicatorio. La

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

apelación de las adjudicaciones ante la Contraloría es una garantía de imparcialidad en el proceso y la sustancia de una licitación de la que no puede ilegítimamente privarse al administrado [...] pues se están creando así dos categorías de oferentes en los negocios licitados con fondos públicos: aquellos sujetos al régimen general, quienes pueden apelar ante Contraloría el acto adjudicatorio; aquellos que deben atenerse a un régimen como el dictado para el caso en examen, que deben contentarse con un "reclamo" ante el propio Ente (privado) adjudicante ..." (la cursiva no es del original) (véase Considerando III de la citada resolución).

Como corolario de todo lo expuesto, es criterio de este Organismo Contralor que le asiste competencia para conocer del recurso interpuesto y determinar, en su análisis, si ha habido quebranto a alguno de los principios rectores de la materia.

VI.- Vistas las anteriores apreciaciones, y considerando que la entidad licitante no ha mostrado anuencia a modificar los puntos impugnados, este Despacho analizará el asunto de frente a las eventuales violaciones a principios que rigen la actividad de contratación administrativa y no en cuanto al procedimiento seguido por Bancoop, R.L. Señala el objetante que se otorgó un plazo de 7 días, para presentar ofertas, lo cual considera insuficiente, ya que no permite evacuar las consultas y objeciones adecuadamente. En relación con este tema, considera este Despacho que el punto en cuanto al plazo es propio del procedimiento de licitación pública, pues en el caso concreto, la entidad licitante realizó varias publicaciones en dos diarios de circulación nacional, respetando con ello el artículo 6 del Reglamento General de Contratación Administrativa, que recoge el principio de publicidad, por lo que en cuanto a esta objeción, el recurso debe ser declarado sin lugar. Otra objeción de la empresa Motores Dos Mil, S.A., es la que tiene que ver con la línea 2, en la cual se indica que el sistema de subir y bajar vidrios debe ser manual, a lo que el recurrente solicita que se permite el sistema eléctrico. Finalmente, el recurrente objeta que en la línea 3, el cartel pida llantas radiales, aro 13, siendo que su representada puede ofrecer un vehículo con llantas aro 15. A estas dos objeciones, la entidad licitante contestó que el Comité de Adjudicaciones del Fideicomiso, adujo que por razones de oportunidad y conveniencia, no se puede acceder a modificar el cartel. Este Despacho, en forma reiterada y conteste, se ha pronunciado en punto a que los pliegos de bases en un procedimiento de concurso público, constituyen el reglamento específico de la contratación que se promueve y, como tal, deben constituir un cuerpo de especificaciones técnico, claro, suficiente, concreto, objetivo y

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

amplio, en cuanto a la oportunidad de participar y a la igualdad de trato. De esta manera, las restricciones que se impongan, en cuanto limiten de alguna manera la libre participación y la igualdad, deben tener una sólida justificación técnica o jurídica, pues la Administración, a efecto de cumplir con el fin público que es de su competencia, está llamada a satisfacer sus necesidades en las condiciones que resulten más favorables para el interés colectivo y el mejor cumplimiento del servicio público que le compete. Por otra parte, también ha señalado este Despacho que el recurso de objeción al cartel es el remedio procesal que tienen los administrados, para impugnar ante esta sede, aquéllos carteles que de alguna manera restringen o limitan ilegítimamente -en su perjuicio- la libertad de participación en los procedimientos concursales, o que hagan nugatorios los principios de igualdad de trato y de oportunidades para los oferentes. Desde este punto de vista, al examinarse las objeciones presentadas por la recurrente y atendiendo a lo manifestado por la entidad promotora del concurso al responder la audiencia que al efecto le fue conferida, este Despacho considera que no se han brindado razones técnicas o legales que justifiquen la no modificación de dichas cláusulas; antes bien, el propio Bancoop señala que el Comité de Adjudicaciones adujo razones de "oportunidad y conveniencia", las cuales si bien se pueden tener en cuenta, no pueden llegar a imponerse como limitantes a principios rectores de la materia, como la libre participación. De permanecer las cláusulas como están, se estaría generando una violación injustificada a los principios de libre concurrencia e igualdad, de modo que en atención a lo que dispone el artículo 45.3 del Reglamento General de Contratación Administrativa, deberá esa entidad proceder a modificar el cartel en estos aspectos. Por lo anterior, en cuanto a estos puntos, el recurso de objeción debe ser declarado con lugar.-----

SE RESUELVE

De conformidad con lo expuesto y con fundamento en los artículos 183 de la Constitución Política; 1, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 34 y 37 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República; 1, 4, 5, 6, 82 y 83 de la Ley de la Contratación Administrativa; 45.3, 86, 87 y 88 del Reglamento General de Contratación Administrativa: 1) DECLARAR PARCIALMENTE CON LUGAR, el recurso de objeción interpuesto por la empresa Motores Dos Mil, S.A., representada por Bernal Feyth Escalante, en contra del cartel de la licitación pública No. 1-98, promovida por el Banco Cooperativo Costarricense, R.L. para la adquisición seis vehículos para el Ministerio de Agricultura y Ganadería, Dirección de Sanidad Vegetal, con base en el fideicomiso No. 03-93 MAG-Sanidad Vegetal/

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

Bancoop, R.L. 2) PREVENIR a esa entidad para que proceda a efectuar las modificaciones correspondientes, según lo expuesto en esta resolución.

NOTIFÍQUESE.

DIRECCIÓN GENERAL DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

FUENTES CITADAS

¹ Procuraduría General de la República. Dictamen: C-296-2001. 26 de

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

octubre de 2001.

² Procuraduría General de la República. Dictamen: C-275-2001 4 de octubre de 2001

³ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. DGCA 299-97. 6 de marzo de 1997

⁴ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen DI-AC-089. 14 de febrero, 2000

⁵ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen: FOE-GU-55. 20 de febrero, 2003.

⁶ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. N° 264-98. San José, a las quince horas del día ocho de setiembre de mil novecientos noventa y ocho