Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

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: NATURALEZA JURÍDICA DE LOS FINANCIAMIENTOS EXTERNOS

INTRODUCCIÓN: A lo largo del presente informe se incorpora una serie de análisis jurídicos acerca de la naturaleza jurídica de la cooperación financiera con el país, ya sea por medio de empréstitos u otro tipo de contrataciones con sujetos de Derecho Internacional. Se incorporan anexos pronunciamientos, emitidos tanto por la Procuraduría General de la República, así como una consulta de constitucionalidad ante la Sala Constitucional.

Índice de contenido

1. Jurisprudencia.....	2
a. Naturaleza jurídica de los convenios suscritos entre el Estado costarricense y el Banco Centroamericano de Integración Económica.....	2
b. Análisis jurídico sobre el convenio marco suscrito entre la República de Costa Rica y la Comunidad Europea.....	6
c. Consulta de constitucionalidad de proyecto de ley de aprobación del Convenio marco relativo a la ejecución de la ayuda financiera técnica y de la cooperación económica.....	27

DESARROLLO:

1. Jurisprudencia

a. Naturaleza jurídica de los convenios suscritos entre el Estado costarricense y el Banco Centroamericano de Integración Económica

[PROCURADURÍA GENERAL]¹

"El Banco Centroamericano puede contratar con el Estado costarricense. Los contratos que realice con el Estado o con la Administración Descentralizada son contratos administrativos. Los contratos relacionados con el crédito en sus distintas formas estarán sujetos a las disposiciones constitucionales y legales referidas al crédito público externo. Contratos diferentes al crédito estarán sujetos a la Ley de Contratación Administrativa.

Los contratos de crédito externo otorgados a favor del Gobierno de la República o que requieran la garantía soberana están sujetos a la aprobación legislativa en los términos del artículo 121, inciso 15 de la Carta Política:

"Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa:

(....).

15) Aprobar o improbar los empréstitos o convenios similares que se relacionen con el crédito público, celebrados por el Poder Ejecutivo.

Para efectuar la contratación de empréstitos en el exterior o de aquéllos que, aunque convenidos en el país, hayan de ser financiados con capital extranjero, es preciso que el respectivo proyecto sea aprobado por las dos terceras partes del total de los votos de los miembros de la Asamblea Legislativa". (Así reformado por ley N° 4123 de 31 de mayo de 1968)

Sobre la naturaleza jurídica de los empréstitos y la necesidad de aprobación legislativa, la Sala Constitucional se ha pronunciado en los siguientes términos:

"VI.- Durante algún tiempo se puso en duda y hasta se calificó erróneamente la naturaleza de tales instrumentos como lo que se denominó "contratos leyes", a los que incluso se llegó a atribuir, a la vez, la inmutabilidad del contrato y la superioridad de la ley. Sin embargo, las reformas introducidas a los artículos 10,- hoy 105- 124 y 140 inciso 19 de la Constitución (Ley cit. N° 5702

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

de 5 de junio de 1975), establecieron claramente su carácter y régimen jurídicos, meramente "administrativos", así como la naturaleza y efectos de la intervención de la Asamblea en la aprobación de los mismos, no como ejercicio de su función legislativa plena -formal y material-, sino en una de carácter tutelar y, por ende, legislativa formal pero administrativa material. Como dice el texto actual del artículo 124 párrafo 2.

"La aprobación legislativa de contratos, convenios y otros actos de naturaleza administrativa no dará a esos actos carácter de leyes, aunque se haga a través de los trámites de éstas".

VII.- De la misma manera, mutatis mutandi, la aprobación que la Asamblea Legislativa dé a los empréstitos y otros convenios que se relacionen con el crédito público, de conformidad con el artículo 121 inciso 15 de la Constitución, no les altera su naturaleza administrativo-contractual, ni les exime de su régimen jurídico-administrativo, ni por ende, les confiere el carácter de las leyes, aunque sí lo tenga la que los aprueba en sí. Es evidente que tal aprobación legislativa corresponde más bien a una función tutelar, en ejercicio de un control político sobre el endeudamiento del Estado, que fue una de las preocupaciones del constituyente de 1949, de allí también la exigencia de una votación calificada para el endeudamiento externo. Asimismo esa tutela legislativa, hace posible que en la ley aprobatoria del contrato se adopten normas que faciliten su ejecución, garanticen su cumplimiento o regulen extremos de su vigencia interna, tales como exenciones tributarias para los fondos del préstamo o para los bienes u obras que financia, garantías de solvencia institucional, administrativa y financiera, necesarias sobre todo por la imposibilidad de otorgarlas reales o de obviar la inembargabilidad de los bienes públicos, seguridades respecto de la liquidez y transferencia de los pagos- por ejemplo, contra medidas de inconvertibilidad o respecto de los llamados "riesgos políticos", que no tiene el acreedor por qué asumir y que, antes que asumirlas le llevarían a negar el crédito...". Sala Constitucional, resolución N° 1027-90 de 17:30 hrs. del 29 de agosto de 1990.

Conforme lo dispuesto constitucionalmente, la aprobación legislativa es requerida cuando el financiamiento proviene de una fuente externa al país. En efecto, la disposición del 121, inciso 15, es clara en cuanto se trata de créditos contratados en el exterior o convenidos en el país pero financiados con capital externo. Lo cual implica que dicha aprobación se requiere aún cuando el crédito sea otorgado dentro del país o por una sucursal u oficina representativa del organismo financiero internacional en el país. El requisito de validez se impone en tanto la fuente de

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

financiamiento sea externa.

Es de advertir que dicha aprobación no se requiere cuando se está en presencia de un convenio de cooperación financiera no reembolsable. Si el Estado o la Administración no asumen obligación financiera alguna, no se está ante un crédito externo que requiera la aprobación legislativa. Es el supuesto de la donación. Supuesto bajo el cual se requiere que los fondos donados sean incorporados al presupuesto de la entidad correspondiente, a efecto de que se administren con sujeción a las disposiciones constitucionales y legales establecidas para la administración de los fondos públicos. Es de anotar que a partir de que los fondos donados ingresen al patrimonio del organismo público no pueden ser administrados por terceros, salvo una autorización expresa del ordenamiento.

En el dictamen N° C-015-93 de 26 de enero de 1993 señalamos sobre estos puntos:

"En aplicación de los principios antes expuestos, a partir del momento en que una donación en beneficio del Gobierno de la República o de cualquier otro organismo público es eficaz, puede afirmarse que los bienes donados constituyen patrimonio del beneficiario y si esos bienes son dinero, que se trata de fondos públicos. En virtud de esa naturaleza, la gestión de esos dineros debe conformarse con los principios y normas de la Constitución y las leyes que regulan fondos públicos, lo que obliga a presupuestar los fondos y manejarlos conforme lo dispone la Ley de la Administración Financiera. Una gestión diferente - por ende, una administración por otras personas- requeriría una autorización expresa del ordenamiento. Autorización expresa que desconocemos haya sido otorgada.-

En relación con donaciones de fondos al Gobierno, la Procuraduría General ha señalado en anterior pronunciamiento:

"El Gobierno de Costa Rica solicita una donación, Resulta obvio que una vez que el Gobierno reciba los fondos en cuestión, dichos ingresos constituirán fondos públicos, por lo que, salvo disposición legal en contrario, están sujetos a la normativa que para el manejo de los fondos públicos establecen la Constitución, las normas presupuestarias y la Ley de la Administración Financiera de la República".-

(...) La necesidad de presupuestar los fondos no es el único límite que encuentra el Ejecutivo en el manejo de los fondos donados. De conformidad con las disposiciones constitucionales y legales correspondientes, el manejo de los fondos está sujeto al control presupuestario y financiero ejercido por los propios

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

órganos de la Administración y por la Contraloría General de la República". (dictamen C-046-83 de 18 de febrero de 1983)

Es importante recordar lo anterior por cuanto el convenio que se remitió estatuye:

"El beneficiario delega en el BCIE la administración de los recursos de esta Cooperación Financiera, autorizándolo a la contratación del personal y a la compra y adquisición de equipo o mobiliario. El Banco establecerá de común acuerdo con el Beneficiario, los procedimientos de concurso para la selección y contratación de consultores y compra de equipo, y remitirá al Beneficiario, para sus observaciones, los proyectos de contrato a ser formalizados y copia de los contratos una vez firmados".

El MEIC "delega" en el BCIE la administración de fondos públicos.

No se prevé el ingreso de esos fondos al presupuesto nacional, por una parte, y su gestión se pretende realizar con absoluto desconocimiento de lo dispuesto en la Ley de la Administración Financiera de la República, por otra parte. El punto es cuál norma legal autoriza al MEIC a desatenderse del manejo de esos fondos, permitiendo que sean administrados por otra persona. Al respecto, considera la Procuraduría que no existen los supuestos para que se constituya una "oficina ejecutora" de los fondos, independiente del MEIC y mucho menos para que esta organización contrate personal, adquiera bienes, etc. Por demás está decir que tampoco se está jurídicamente ante una delegación. Un punto que también es dudoso es quién asume la responsabilidad por las contrataciones realizadas con base en esta cláusula así como de la gestión financiera. Máxime que de dichas operaciones puede depender la efectiva ejecución de los programas que se pretende financiar".

En el criterio de la Asesoría Legal se hace referencia a la posibilidad de suscribir contratos administrativos sujetos a la Ley de Contratación Administrativa. En efecto, en virtud de la personalidad jurídica reconocida en su Convenio, el Banco puede realizar con la administración pública de los Estados Parte contratos administrativos en la medida en que el objeto del contrato sea conforme con los fines del Banco, salvo que existan limitaciones internas.

En lo que se refiere al Derecho costarricense procede recordar que el artículo 2, inciso b) de la Ley de la Contratación Administrativa permite la contratación directa con otros Estados o con "sujetos de derecho público internacional". Categoría en la que se enmarca el Banco Centroamericano. Dado que dicha Ley no regula los convenios de crédito público, se entiende que los contratos que pueden ser realizados carecen de naturaleza

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

financiera. De esa forma, es posible concebir que entre la Administración Pública y una entidad de Derecho Público Internacional se suscriba un contrato administrativo referido a la adquisición de bienes o la prestación de servicios. Contratos que no requerirán aprobación legislativa en tanto no se esté en presencia de crédito externo u otra forma de financiamiento externo.

Corresponde a la Contraloría General de la República, en el ejercicio de su competencia prevalente en materia de contratación administrativa, pronunciarse sobre la contratación administrativa que pretenda llevar a cabo la Asamblea Legislativa con el BCIE."

b. Análisis jurídico sobre el convenio marco suscrito entre la República de Costa Rica y la Comunidad Europea

[PROCURADURÍA GENERAL]²

"1.- ¿Es el Convenio-Marco -con inclusión de sus instrumentos complementarios- un convenio internacional de los considerados por el artículo 7 de la Constitución Política? De no ser así, ¿cuál es su naturaleza jurídica?

Efectivamente estamos en presencia de un convenio internacional. Como es bien sabido, de acuerdo con la doctrina más autorizada y la práctica internacional, un instrumento internacional es un acuerdo de voluntades entre dos o más sujetos de Derecho Internacional. Al respecto, la letra a) del artículo 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, lo define como un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular. Por su parte, VARGAS CARRENO, Edmundo, Introducción al Derecho Internacional Público, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 1979, página 87, nos indica que los elementos esenciales de todo tratado internacional son:

"a) que se un acuerdo de voluntades; b) que todas las partes que intervienen en él sean sujetos de derecho internacional; c) que esté destinado a producir efectos jurídicos; y d) que sea regido por el derecho internacional."

En el caso de estudio, estamos frente dos sujetos de Derecho internacional (el Estado de Costa Rica y la Comunidad Europea, representada por la Comisión de las Comunidades Europeas), el cual está destinado a producir efectos y se rige por el Derecho Internacional (véanse sobre el particular los artículos 1, 8, 9 y 10 del Convenio, aprobado por Ley n.º 8342 de 12 de diciembre del 2002 y el numeral 2 de esa ley).

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Además de lo anterior, es importante tener presente que la Asamblea Legislativa, en la fase aprobatoria, lo consideró como un convenio internacional, postura que fue avalada por el Tribunal Constitucional. En efecto, en el voto n.º 10.942-02 (opinión consultiva), el Alto Tribunal de la República le dio el tratamiento de un tratado internacional.

También cabe agregar que, de la naturaleza intrínseca del Convenio-Marco, se desprende, sin lugar a duda, de que estamos ante un convenio internacional y, por consiguiente, cae en el supuesto de hecho que prevé la norma constitucional en el artículo 7.

2.- ¿Se superponen las regulaciones contenidas en el Convenio-Marco y sus instrumentos complementarios a las disposiciones que sobre la materia regule la legislación ordinaria, especialmente en lo relativo al manejo de recursos públicos (Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos) y a los principios y procedimientos de contratación administrativa (Ley de Contratación Administrativa)?

Dada su naturaleza -convenio internacional-, sus normas prevalecen sobre las legales, mas no sobre las constitucionales, si el asunto se tuviera que dilucidar en el ámbito interno. En otras palabras, en la aplicación del Convenio-Marco y sus anexos en el suelo nacional la primacía del convenio es sobre la ley, nunca sobre la Carta Fundamental. Es importante agregar que el Tribunal Constitucional, aunque refiriéndose a la figura de los empréstitos, en el voto n.º 1075-90 (opinión consultiva), en lo que interesa, expresó lo siguiente:

"VIII.- Consecuencia de todo lo anterior es, ante todo, la de que los contratos de préstamo no pueden significar compromisos de ejercer o no ejercer el poder público en sí mismo, no modificar o imponer la modificación de la legislación interna del país deudor en forma permanente, ni mucho menos, establecer condiciones que atenten contra el orden público de ese país. Sin embargo, es universalmente aceptado que en estos meros contratos públicos se pueda excepcionar la aplicación de determinadas leyes u otras normas a la materia del contrato, razón por la cual precisamente deben ser 'aprobados' por el poder legislativo, sin que nada de ello los convierta en tratados o en leyes en sí, pero que tampoco que los haga inválidos ineficaces, siempre que tales excepciones sean temporales y razonablemente adecuadas al objeto del contrato, de manera que la desaplicación o excepción de la legislación común tiene como límites, no solamente la Constitución, lo cual es de principio, sino también aquellas normas o principios que correspondan al orden público en su sentido específico."

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Esta tesis fue confirmada también en las sentencias n.º 1026-90, 1027-90 y n.º 2864-92 (opinión consultiva). En esta última señaló lo siguiente:

"La utilización de fórmulas tipo para la confección de los contratos, en los organismos internacionales, por ser de aplicación para muchos países, no puede tomar siempre en consideración las circunstancias propias de la legislación interna de cada uno, ello conlleva a que en algunos casos sus cláusulas rocen normas o principios constitucionales o se contraponen a lo dispuesto en la legislación interna. En estos casos la función de la Sala, en la consulta legislativa de constitucionalidad, además de reconocer la existencia del quebranto constitucional cuando se presente, es establecer si existe alguna forma de interpretar las normas contractuales de conformidad con el texto constitucional y aún con el legal, cuando éste sea desarrollo de la norma fundamental."

"Las normas cuestionadas son las del procedimiento de licitaciones y no evidencian una clara renuncia a leyes de orden público. Nos encontramos frente a contratos de préstamo que admiten una cierta flexibilidad en cuanto a la aplicación de la legislación interna, siempre que, como ya se dijo, no exceda los límites de lo razonable ni violente principios de orden público. A través del procedimiento de licitaciones, lo que se hace es imponer algunas condiciones normales de fiscalización por parte del Banco acreedor, que no exceden las limitaciones propias de todo empréstito, nacional o internacional. Ni la Licitación Pública Internacional, ni el control ejercido por el Banco sobre las licitaciones efectuadas según la normativa costarricense, constituyen renuncia a las normas de orden públicos, por el contrario, cumplen con la finalidad de controlar el destino de los fondos del préstamo, que pasan ser fondos públicos al girarse por parte del acreedor y por ello se trata de una excepción que no contraviene ningún principio constitucional."

De acuerdo con nuestro punto de vista, las normas del Convenio-Marco prevalecen sobre la materia que regule la legislación ordinaria, especialmente en lo relativo al manejo de recursos públicos (Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos y a la Ley de Contratación Administrativa). Como bien lo expresó la Sala Constitucional, en citado voto n.º 10.942-02, si ella ha admitido ciertas excepciones en lo referente a empréstitos, con mucho mayor razón cuando el convenio se refiere a fondos no reembolsables. "La Sala no considera contrario a la Constitución que la aplicación de esos fondos se ajuste a las exigencias del gobierno que otorga la ayuda, siempre y cuando esas exigencias estén dirigidas a garantizar un buen uso de los fondos

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

y los principios de contratación sean compatibles con los que rigen internamente."

3.- ¿Deben incorporarse y erogarse a través de la caja única del Estado, los recursos financieros sobrevenidos del Convenio-Marco?

Antes de dar una respuesta definitiva a esta interrogante, es necesario tener presente lo que indicó el Tribunal Constitucional, en el voto n.º 10.942-03. En efecto, expresó lo siguiente:

"En el convenio que se somete a consulta no hay una efectiva apropiación de los fondos por parte del Estado costarricense. Éstos se ponen a disposición de los proyectos aprobados y el Gobierno de Costa Rica, en caso de ser beneficiario, coordina con la Comisión el buen uso que se les dará; los administra, no se apropia de ellos y, en algunos casos, simplemente garantiza su seguridad. No se trata en consecuencia de uso de fondos públicos, por lo que no es de aplicación el artículo constitucional citado [se refiere al 182]. Tal función queda aún más claramente fijada en los casos en que la ejecución de los proyectos esté delegada en una Unidad de Gestión, según prevé el protocolo segundo de convenio. El punto III dice textualmente:

'1. la administración de los fondos comunitarios será confiada al beneficiario que es una entidad pública estatal.'

Más adelante, en ese mismo punto III, al referirse a las cuentas donde se depositarán los fondos provenientes de la ayuda externa, agrega:

4. Dichas cuentas serán las únicas a través de las cuales transitarán los fondos comunitarios. La seguridad de dichos fondos está garantizada por el Gobierno de Costa Rica.'

Con base en lo anterior, resulta claro que los recursos financieros que provienen del Convenio-Marco no deben incorporarse ni erogarse a través de la caja única del Estado.

4.- ¿Debe el Tesorero Nacional recibir directamente los recursos financieros sobrevenidos del Convenio-Marco?

No, por la misma razón indicada en la interrogante anterior. Empero, compartimos la observación que hace la Asesoría Jurídica de MIDEPLAN, en el sentido de que el Coordinador Nacional debe informar al Tesorero Nacional de los recursos financieros que se ejecutan al amparo del Convenio-Marco.

5.- ¿Pueden las partes contratantes del Convenio-Marco introducir modificaciones a éste? De ser posible, ¿qué procedimiento debe seguirse para su vigencia?

No, por la sencilla razón de que la Asamblea Legislativa hizo una

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

declaración interpretativa en el numeral 2 de la Ley n.º 8342, en el sentido de que la República de Costa Rica entiende que las modificaciones referidas al presente Convenio, adoptadas de común acuerdo, entrarán en vigencia cuando se HAYAN REALIZADO LOS PROCEDIMIENTOS CONSTITUCIONALES REQUERIDOS PARA MODIFICAR CONVENIOS INTERNACIONALES y se haya notificado formalmente a la otra parte del cumplimiento de este procedimiento. Así las cosas, sólo sería posible utilizar el instrumento de los protocolos de menor rango, en el supuesto que prevé el Derecho de la Constitución.

El numeral 121, inciso 4, párrafo último, de la Carta Fundamental, señala que no requieren de aprobación legislativa los protocolos de menor rango, derivados de tratados públicos o convenios internacionales aprobados por la Asamblea Legislativa, CUANDO ESTOS INSTRUMENTOS AUTORICEN DE MODO EXPRESO TAL DERIVACIÓN.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, en la opinión consultiva, voto n.º 8262-98, expresó lo siguiente:

"De conformidad con nuestro Ordenamiento Jurídico las enmiendas a los instrumentos internacionales están sujetas a un trámite constitucional (Art. 140.10 y 121.4) de la Constitución Política), el cual solo puede obviarse en el caso de los protocolos de menor rango derivados de Tratados Públicos cuando estos instrumentos autoricen de modo expreso tal derivación. En el presente caso, las enmiendas así como podrían incluir las de menor rango también podrían referirse a aspectos sustanciales del Convenio, que en determinada situación requerirán la aprobación legislativa."

Por otra parte, en otro voto, el número 682-90, manifestó lo siguiente:

"Pues bien, el citado Convenio Básico autoriza expresamente a las partes para acordar planes concretos de cooperación técnica sin señalar ninguna limitación de tiempo o modalidad, así como para acordar planes concretos de cooperación a otro u otros país de Centroamérica, y a darse todas las facilidades de oportunas y posibles para la ejecución de esos planes. Esta amplitud de autorización, entonces, ya fue objeto de pronunciamiento expreso de la Asamblea Legislativa, denotando una decisión política clara de los órganos estatales costarricenses (Poder Ejecutivo y Poder Legislativo) en el sentido de que se pueden diseñar planes concretos de cooperación técnica, sin que sea necesario otra decisión legislativa que los incorpore al Ordenamiento jurídico interno, toda vez que había autorización expresa en tal sentido desde el año de 1973, según se indicó. Si se adujera que es necesaria la aprobación de este 'Acuerdo Complementario', en cuanto el gobierno (Estado) de Costa Rica adquiere una serie de

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

obligaciones, que se consignan en el artículo 10 no aparece una sola que pueda estar ya complementada lógicamente en el 'Convenio Básico' aprobado por la Ley No. 5289, para lo que bastaría releer los artículos ya citados en esta opinión, que llevan a esa conclusión. Y si se insistiera especialmente en la obligación de inmunidades y privilegios para expertos que se desplacen a Costa Rica, cabe anotar, por una parte, que se expresa muy claramente en esa disposición que tal otorgamiento se hará 'conforme a lo estipulado en el Convenio de Cooperación Técnica existente entre Costa Rica y España', pero, por otra, que esos expertos que enviaría España a nuestro país, tal y como se lee en el artículo 2 inciso a), lo sería 'por un período de tiempo global, que totaliza ciento ocho meses, distribuido entre los años 1982 y 1985', fechas todas ya concluidas, de donde una autorización en tal sentido (si fuera necesaria, pero como se dijo no creemos que lo sea), sería ociosa, pues por lo demás, no se nota que el 'Acuerdo Complementario' exceda del Convenio Básico".

Con base en lo anterior, para que exista un protocolo de menor rango, se requieren de los siguientes requisitos básicos:

- a.- Que el Convenio Internacional autorice de modo expreso la derivación.
- b.- Que no se introduzcan en él enmiendas esenciales al Convenio.
- c.- Que el Estado de Costa Rica no asuma a través de él nuevas obligaciones.

Por su parte, la Procuraduría General de la República ha manifestado lo siguiente sobre el tema:

A.- En la opinión jurídica O.J.-052-97 de 17 de octubre de 1997, expresamos lo siguiente:

"3.- Suscripción del proyecto de acuerdo mediante un protocolo derivado.

Ya en los comentarios que acompañan el proyecto de Acuerdo enviados por la delegación estadounidense, se había expresado el deseo de que dicho convenio no requiriera la ratificación de nuestra Asamblea Legislativa, tal y como no la necesita -según se afirma- de parte del Senado de los Estados Unidos. También, en esos mismos comentarios, se hizo alusión al artículo 17 de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1988, que expresamente no sólo dedica por completo todo el numeral a desarrollar medidas tendentes a combatir el tráfico ilícito por mar, sino que también en su inciso 9), insta a las Partes a :

'... concertar acuerdos o arreglos bilaterales y regionales para llevar a la práctica las disposiciones del presente artículo o hacerlas más eficaces.'

En esa inteligencia, la suscripción de un protocolo de menor rango, tal y como lo llama el inciso 4) párrafo final del artículo 121 de la Carta Política o bien, 'acuerdo de menor rango derivado', como lo denomina la Sala Constitucional en Voto N° 2596-91, luce como una alternativa válida, tomando en cuenta que su firma sería posible gracias a la derivación que en forma expresa autoriza el inciso 9) del artículo 17 de la Convención de Viena de 1988, lo que a su vez permitiría la promulgación del mismo, por medio del Poder Ejecutivo, prescindiéndose -facultativamente- de la aprobación legislativa.

La posibilidad de crear acuerdos derivados de otros convenios o tratados, sin necesidad de consentimiento del Primer Poder de la República, proviene de la reforma constitucional introducida mediante Ley N°4123 del 31 de mayo de 1968, que reformó -entre otros- los artículos 121 inciso 4) y 140 inciso 10) constitucionales.

El propósito de la reforma citada -que se desprende de la exposición de motivos que acompañaba al proyecto de ley N° 4097-, fue el permitir el trámite acelerado de los convenios de menor importancia, con un norte bien definido: facilitar el proceso de integración económica y cultural de los países centroamericanos. Además, los temores de otrora hacia el Poder Ejecutivo, por los atropellos que antecedieron a la promulgación de la Constitución actual, ya habían sido disipados por varios períodos de gobiernos respetuosos de la Carta Magna, de las leyes y del principio de alternabilidad.

La mención de temas concretos como la integración económica y cultural, así como su regionalización, desaparecieron con la redacción definitiva del artículo 121 inciso 4 (que era el único que inicialmente lo contenía), para dar paso a la literalidad que hoy se conoce.

No obstante, a pesar de que los artículos 121 inciso 4) y 140 inciso 10) constitucionales, ambos referidos a los denominados 'protocolos derivados', fueron reformados por la misma ley (N° 4123), sus textos quedaron redactados de forma diversa, lo que permite teorizar bajo los siguientes supuestos:

a.- Existen dos tipos de protocolos de menor rango, a la luz del texto constitucional: los que provienen de un tratado público o convenio internacional, que en forma expresa autoriza su derivación; y los que proceden de éstos, pero sin existir dentro

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

del tratado o convenio principal, una cláusula autorizante.

b.- Por su parte, en el artículo 140 inciso 10), se faculta al Poder Ejecutivo para que en el caso de que se suscriban protocolos de menor rango que no requieran aprobación legislativa, es decir, protocolos que se deriven de una cláusula autorizante en el convenio principal, estos entren en vigencia una vez promulgados por aquél.

La disparidad de redacciones, más que divergencia, resulta ser una suerte de complementación entre ambos textos: en efecto, el inciso 4) del artículo 121 introduce la figura del protocolo derivado, estableciendo la obligatoriedad de que su derivación debe estar autorizada en forma expresa. Por su parte, el artículo 140 inciso 10) menciona los mismos protocolos derivados, pero añade la oración: '... que no requieran aprobación legislativa...', lo que nos conduce a reafirmar la existencia de dos tipos de protocolos derivados, tal y como quedó asentado líneas arriba.

4.- Límites de los protocolos derivados.

Ahora bien, es oportuno mencionar para efectos del presente análisis, que siendo autorizados (los protocolos derivados) por norma expresa prescrita en convenio o tratado matriz, el contenido de aquéllos se encuentra limitado por lo establecido en el principal; es decir, por medio de un acuerdo del tipo que se sugiere, sólo se puede implementar la materia que ya fue regulada por el tratado del que se deriva, no pudiendo establecerse dentro de él otras materias, sin caer en una indebida extralimitación.

En esa línea de discurso, dos temas mencionados en el proyecto de acuerdo deben ser -por fuerza- eliminados, básicamente porque sus alcances exceden los límites impuestos por la norma autorizante, que es el inciso 9) del artículo 17 de la Convención de Viena. Nos referimos a toda mención que se hace en el proyecto del combate o supresión del tráfico ilícito por aire o espacio aéreo, así como al artículo 21, que atañe a la concesión de prerrogativas e inmunidades a los funcionarios del orden y de otros servicios de los Estados Unidos, '... equivalentes a las del personal administrativo y técnico de las misiones diplomáticas, conforme al Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961.'

Su prescindencia resulta obvia : no sólo la norma autorizante se limita a mencionar exclusivamente la supresión del tráfico ilícito por mar, lo que resultaría suficiente para desestimar cualquier introducción del tema del combate del tráfico ilícito en el espacio aéreo o sobre nuestras aguas territoriales, sino que también en el preámbulo de la Convención de Viena de 1988 (aprobada mediante ley N° 7198) se externa el compromiso de '...

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

mejorar la cooperación internacional para la supresión del tráfico ilícito por mar.'

En el mismo sentido, se pronuncian tanto los comentarios que acompañan al proyecto ('Propuesta para el Acuerdo Contra el Tráfico Ilícito por Mar con la República de Costa Rica') como el mismo título del proyecto, propiamente dicho.

En lo que atañe al segundo tema, por los mismos límites impuestos por la norma autorizante (inciso 9º del artículo 17), el tópico de prerrogativas e inmunidades a conceder a los funcionarios de las fuerzas del orden y de otros servicios de los Estados Unidos, resulta extraño al propósito '... de llevar a la práctica las disposiciones del presente artículo o hacerlas más eficaces.'

Resulta ocioso concluir que estos dos temas de la supresión del tráfico ilícito por aire o sobre nuestras aguas territoriales, así como del otorgamiento de prerrogativas e inmunidades, bien podrían ser negociados entre ambos países a través de la suscripción de un Tratado o Convenio, cumpliéndose al efecto no sólo con los trámites diplomáticos de intercambio de notas y proyectos de acuerdo, sino también con los requisitos constitucionales -entre ellos- de la aprobación legislativa."

(Las negritas no corresponden al original).

B.- Por su parte, en la opinión jurídica O.J.-070-1998 de 17 de agosto de 1998, manifestamos lo siguiente:

"3.- La propuesta actual como protocolo de menor rango.

En el anterior pronunciamiento sobre el mismo tema que nos ocupa, esta representación manifestó que una alternativa válida consistía en que, el acuerdo que se proponía, se aprobara como un protocolo de menor rango derivado del inciso 9) artículo 17 de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, que así lo permite e insta a los países miembros a concretar este tipo de instrumentos de cooperación internacionales.-

El protocolo derivado o de menor rango, como es sabido, no requiere la aprobación legislativa, y tiene ciertos límites provenientes de su misma naturaleza: así vemos como debe necesariamente ser autorizado en forma expresa por una norma del tratado o convenio del que se pretende derivar y su contenido está limitado por lo establecido en el principal.-

La intención de elegir esta vía, la motiva la necesidad de adoptar lo antes posible un instrumento internacional que agilice la cooperación entre ambos países en la lucha contra el narcotráfico, y siendo el procedimiento de aprobación de un tratado poco ágil,

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

la opción de un protocolo se presenta como una alternativa verdaderamente atractiva y que resuelve una necesidad de carácter inmediato.-

En ese discurso, la propuesta actual y que se encuentra en estudio, pretende abiertamente que el acuerdo se logre por medio de un protocolo de menor rango; sin embargo, contiene algunos tópicos que generan discusión.-

De primer orden es reiterar lo antes dicho, sobre la imposibilidad de optar por el protocolo de menor rango, si se mantiene dentro de la propuesta el tema del combate del tráfico ilícito por aire, y el reconocimiento de las prerrogativas e inmunidades a las que ya hemos hecho referencia. Además de estos dos tropiezos encontramos en la propuesta que nos ocupa en la presente oportunidad, un segundo obstáculo, y que consiste en la inclusión de dos modalidades de cooperación que son la represión de la explotación de los recursos marinos en las aguas costarricenses y la búsqueda y rescate de embarcaciones extraviadas o en peligro; inclusión que aumenta la extralimitación que ya contenía la propuesta anterior.-

En efecto, las loables razones que motivaron la inserción de los temas recientemente citados, no son suficientes para superar los límites que la derivación constitucional impone, razón por la cual deben ser eliminados del proyecto de protocolo derivado que se pretende firmar con el Gobierno de los Estados Unidos."

(Las negritas no corresponden al original).

C.- En la opinión jurídica O.J.-010-1999 de 15 de enero de 1999, indicamos lo siguiente:

"Sobre el tema que nos ocupa se han emitido dos pronunciamientos anteriores, el O.J.052-97 del 17 de octubre de 1997, atinente a la propuesta del Gobierno de los Estados Unidos, y el O.J. 070-98 del 17 de agosto del año recién pasado, correspondiente a la contrapropuesta costarricense. Como se denota, el texto que hoy nos ocupa analizar es producto de una amplia discusión que ha girado en torno al tema. En esta tercera propuesta, como se expondrá, se incorporaron algunas de las sugerencias realizadas por este Órgano Consultivo en las opiniones jurídicas antes dichas, y también se efectúan algunas variaciones adicionales, pero en términos generales es bastante similar a los dos proyectos que le anteceden.-

Es preciso hacer notar que tanto el primer proyecto como el segundo se proponen como protocolo de menor rango derivado de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefaciente y sustancias sicotrópicas. En la primera oportunidad que esta representación se refirió al tema señaló que

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

existían algunos roces constitucionales del texto del proyecto propuesto. En dicha ocasión se da la transgresión a nuestra Carta Magna producida al no contemplarse el asentimiento previo y expreso del Poder Legislativo para el ingreso de tropas y la permanencia de naves de guerra, concretamente del numeral 121 inciso 5), y más grave aún, la delegación de dicha facultad legislativa a los 'funcionarios de las fuerzas del orden costarricenses', a quienes el proyecto les encomendaba la autorización para la persecución y el patrullaje en aguas territoriales costarricenses por parte de buques de los Estados Unidos de América.-También se indicó que al pretenderse la aprobación del proyecto como protocolo derivado, necesariamente, su contenido se debía limitar a lo permitido por la norma autorizante de la Convención refiriera. Así las cosas, se indicó la existencia de dos temas que extralimitaban la misma, sean -el combate o supresión del tráfico ilícito en el espacio aéreo, así como las prerrogativas e inmunidades previstas para los "funcionarios de las fuerzas del orden" y otros servicios de los Estados Unidos. En razón de las limitaciones que presentaba la alternativa del protocolo derivado se recomendó que se eliminaran los temas anteriores.-

En la opinión jurídica correspondiente al segundo texto propuesto, esta Procuraduría sostuvo que los problemas señalados en la primera oportunidad se mantenían, y además de ello, existía un nuevo elemento que extralimitaba la norma autorizante para la firma de un protocolo derivado, y era la represión de la explotación de los recursos marinos en las aguas costarricenses y la búsqueda y rescate de embarcaciones extraviadas o en peligro. Ante el anterior panorama, se sugirió la posibilidad de optar por la firma de un tratado bilateral independiente de la Convención de las Naciones Unidas, mantuvieran los temas que extralimitaban la norma autorizante."

La postura de la Procuraduría General de la República fue avalada por el Tribunal Constitucional en una opinión consultiva, el voto n.º 4156-99.-

Al respecto, manifestó lo siguiente:

"V.- Naturaleza del Acuerdo.- Como lo ha resaltado la Procuraduría General de la República en su oficio O.J.010-99 de fecha 15 de enero de 1999, en opinión remitida al Diputado del Partido Fuerza Democrática don José Merino del Río, entre Costa Rica y los Estados Unidos de América se han negociado, sobre el tema, tres versiones del Acuerdo, los dos primeros bajo la forma jurídica de protocolos de menor rango derivados de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

sustancias psicotrópicas. Señaló la Procuraduría General de la República, refiriéndose a la primera versión, que detectaba dos aspectos de roce constitucional, por un lado, no se contemplaba el asentimiento previo y expreso del Poder Legislativo para el ingreso de tropas y la permanencia de naves de guerra, que establece el artículo 121 inciso 5); y por otro lado, la delegación de funciones constitucionales a los "funcionarios de las fuerzas del orden costarricenses", a quienes el proyecto les recomendaba otorgar no solo el ingreso sino también la autorización para la persecución y el patrullaje en aguas territoriales costarricenses por parte de buques de los Estados Unidos de América. También se indicó que la aprobación del proyecto, como protocolo derivado, imponía, necesariamente, que su contenido debía limitarse a lo permitido por la norma autorizante de la Convención respectiva y recomendó que se suprimieran estos temas. En cuanto al segundo texto propuesto, la Procuraduría General de la República indicó, en su opinión, que subsistían los problemas apuntados con anterioridad y agregó otros dos temas adicionales: la represión de la explotación de los recursos marinos en las aguas costarricenses y la búsqueda y rescate de embarcaciones extraviadas o en peligro y por ello, se sugirió que se firmara un tratado bilateral y no un protocolo de menor rango, entre otras cosas, para salvar los temas que sobrepasaban la norma autorizante. Como consecuencia directa de esos antecedentes, el texto actual se presenta como un tratado de cooperación bilateral, en el que el principal aspecto de constitucionalidad observado por la Administración, sea lo dispuesto en el inciso 5) del artículo 121 constitucional se reconoce expresamente, al haber sido incluido en el Artículo 2 de la Sección VIII titulada 'Entrada en vigor y Duración'. En síntesis, el llamado Acuerdo se presenta y se tramita en la corriente legislativa como un tratado bilateral. (Las negritas no corresponden al original).

Con base en lo anterior, se puede afirmar que, la aprobación de los instrumentos complementarios mediante ley, no es óbice para que el Poder Ejecutivo los modifique a través de un protocolo de menor rango cuando fuere procedente. La razón de esta postura tiene una doble explicación. En primer término, el hecho de que la Asamblea Legislativa apruebe un instrumento complementario mediante el trámite de ley, el que tiene la condición de protocolo de menor rango, no significa, de ninguna manera, que haya adquirido un estatuto jurídico diferente al que se deriva de su naturaleza. En otras palabras, la condición de protocolo de menor rango no se altera por el hecho de que la Asamblea Legislativa lo haya aprobado junto con el Convenio-Marco, por la elemental razón que esa condición se deriva de su naturaleza intrínseca, y

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

no del acto que lo incorpora al Derecho interno. Es por ello, que con base en el Derecho de la Constitución, un protocolo de menor rango que fue aprobado junto con el Convenio principal no pierde esa naturaleza, por lo que sus modificaciones no requieren de la autorización legislativa. En segundo lugar, la Asamblea Legislativa fue clara, en el numeral 2 de la Ley n.º 8343, en el sentido de que las modificaciones deben realizarse siguiendo los procedimientos constitucionales requeridos para modificar los convenios, por lo que resulta procedente que, en los referente a las partes no sustanciales de los convenios complementarios, se utilice la figura del protocolo del menor rango previsto en el Derecho de la Constitución.

6.- Pueden las partes contratantes del Convenio-Marco introducir modificaciones a los instrumentos complementarios de éste. De ser posible, ¿qué medidas de aprobación legislativa deben darse para la vigencia de esas modificaciones?

La respuesta a esta pregunta está en la respuesta anterior.

7.- ¿Pueden suscribirse "Convenios Financieros" específicos disposiciones de carácter operativo diversas a las contempladas en los instrumentos complementarios del Convenio Marco?

Sí, siempre y cuando se hayan adoptado los protocolo de menor rango donde se realicen las modificaciones a los convenios complementarios del Convenio-Marco. En esta dirección, y tal y como se explicará más adelante, de no adoptarse PREVIAMENTE las modificaciones a través de la técnica de los protocolos de menor rango, se estaría vulnerado el principio de legalidad y el de la inderogabilidad singular de la norma, el cual, según el voto n.º 2009-95 (opinión consultiva) del Tribunal Constitucional, tiene rango constitucional. Con base en este último, ninguna norma se puede desaplicar para un caso concreto. Además, al estar de por medio un convenio internacional, del cual se deriva una responsabilidad del Estado de Costa Rica frente a la otra parte, lo que aconsejan las normas internacionales y las normas elementales de la lógica y de la conveniencia (artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública), es realizar previamente las modificaciones pertinentes a los convenios complementarios antes de apartarse de ellos, salvo que de las normas vigentes se pueden deducir, en forma razonable, las disposiciones de carácter operativo que se pretenden desarrollar.

8.- ¿Están los "Convenios Financieros" específicos que se establezcan al amparo del Convenio-Marco, sometidos al refrendo de la Contraloría General de la República, según su competencia constitucional?

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Será necesario siempre el refrendo de la Contraloría General de la República cuando en los "Convenios Financieros" específicos exista contrapartida del beneficiario, ya que en este caso sí estamos en presencia del uso de fondos públicos. En relación con este tema, en la opinión jurídica O.J.-109-2003 de 7 de julio del 2003, indicamos lo siguiente:

"Sobre el particular, en el informe que rendimos en la acción de inconstitucionalidad que se tramita bajo el expediente judicial número 02-00-7435-007-CO, expresamos lo siguiente:

Debemos (...) determinar si estamos o no en presencia de una competencia constitucional asignada por el Constituyente a la Contraloría General de la República, y si el inciso a) del numeral 184 constitucional, se aplica a todos los contratos administrativos, o sólo a una determinada categoría de ellos. Si la respuesta es afirmativa, al accionante le asiste toda la razón y no existiría más alternativa que declarar con lugar la acción. Si, por el contrario, no estamos en presencia de una competencia constitucional, sino legal, o ante la exclusión del refrendo de cierto tipo de contratos administrativos, la acción debe necesariamente ser rechazada. Vistas así las cosas, el meollo de la cuestión está en precisar si la fiscalización y el control en materia de contratación administrativa corresponde, de conformidad con el Derecho de la Constitución, a la Contraloría General de la República en forma exclusiva y prevalente o, por el contrario, la competencia de este órgano fundamental del Estado deriva de la ley, y en determinar los alcances del instituto del refrendo.

Antes de entrar al análisis puntual del asunto, debemos hacer dos aclaraciones de rigor. En primer lugar, no cabe duda alguna de acuerdo con numerales 183 y 184 de la Carta Fundamental, que la Contraloría General de la República ejerce una competencia constitucional exclusiva y prevalente en materia de Hacienda Pública. En segundo término, no debemos confundir la materia de Hacienda Pública con la materia de contratación administrativa, ni mucho menos subsumir todos los aspectos de la segunda en la primera. En efecto, según la definición de nuestro legislador, la Hacienda Pública está constituida por los fondos públicos, las potestades para percibir, administrar, custodiar, conservar, manejar, gastar e invertir tales fondos y las normas jurídicas, administrativas y financieras, relativas al proceso presupuestario, la contratación administrativa, el control interno y externo y la responsabilidad de los funcionarios públicos. (Artículo 8 de la Ley n.º 7428 de 7 de setiembre de 1994, Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. Nótese que el legislador incluyó las normas relativas a la contratación administrativa en la Hacienda Pública). Por su parte, la materia

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

de contratación administrativa está referida a la actividad de contratación (1) desplegada por los órganos constitucionales, la Defensoría de los Habitantes, el sector descentralizado territorial e institucional, los entes públicos no estatales y las empresas públicas, más concretamente: a los procedimientos administrativos que debe observar Administración Pública para realizar la contratación de bienes y servicios que requiere para una eficaz y eficiente gestión administrativa (artículo 1.º de la Ley 7494 de 2 de mayo de 1994, Ley de Contratación Administrativa), así como a los derechos y obligaciones de la Administración Pública y los justiciables que se derivan del contrato administrativo. Como puede observarse de lo anterior, ambas materias son diferentes, aunque están estrechamente ligadas entre sí; empero, cuando la contratación administrativa conlleva la utilización de fondos públicos, no cabe duda de que ésta última es subsumible en la primera; prueba de ello es que el Constituyente las incluyó en el Título XIII, capítulo I, de la Carta Fundamental.

La norma que se impugna señala lo siguiente:

'Artículo 12.-

La concesión se formalizará mediante contrato que suscriban el Ministerio de Obras Públicas y Transportes y el concesionario. La Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos lo refrendará e inscribirá en el Registro de concesiones y permisos que llevará ese Ministerio.'

(Así reformado por el artículo 64 de la Ley N° 7593 de 9 de agosto de 1996).

Como puede observarse, el precepto que se encuentra en la Ley n.º 3503 de 10 de mayo de 1965, Ley Reguladora del Transporte Remunerado de Personas en Vehículos Automotores, le otorga la facultad del refrendo en materia de concesiones de transporte a la ARESEP.

Sobre esta cuestión, una primera tesis consistiría en señalar que del texto constitucional no se desprende que corresponda, en forma exclusiva y prevalente, la potestad de refrendo a la Contraloría General de la República en todos los contratos administrativos. En primer lugar, porque el artículo 182 constitucional establece que los contratos para ejecución de obras públicas que celebren los poderes del Estado, las municipalidades y las instituciones autónomas, las compras que se hagan con fondos de estas entidades y ventas y arrendamientos de bienes pertenecientes a las mismas, se debe hacer mediante un determinado procedimiento de contratación administrativa: la licitación, de acuerdo con el

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

monto que fije la ley. Desde esta perspectiva, como acertadamente lo ha señalado el Tribunal Constitucional, la licitación es el medio idóneo para la selección del co-contratante de la Administración (véase el voto n.º 1205-96 del Tribunal Constitucional). 'En todo momento el Constituyente pensó en la licitación como medio para la contratación del Estado y únicamente dio margen para que, dependiendo del monto, aquella pudiera ser pública o privada'. (Véase el voto n.º 5882-83 del Tribunal Constitucional). Con base en lo anterior, se puede afirmar que el Constituyente normó un procedimiento de contratación, mas no asignó la competencia de la fiscalización de tal procedimiento a un órgano específico o puntal. Este es un aspecto que quedó reservado a la ley.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional, cuando desglosa los componentes del principio del control del procedimiento, en el voto n.º 998-98, reconoce la competencia de la Contraloría General de la República en aspectos muy puntuales: la verificación de la existencia previa de recursos económicos, la naturaleza contable, presupuestaria, de legalidad del gasto público y la percepción correcta de ingresos. Ergo, de este principio no se puede derivar que el Constituyente atribuyera a la Contraloría General de la República, en forma exclusiva y prevalente, las potestades de control sobre toda la materia de contratación administrativa en sede administrativa. Sostener la tesis contraria, implicaría darle un alcance a la resolución de la Sala Constitucional que ésta no le dio.

No obstante lo anterior, existe una resolución del Tribunal Constitucional, el voto n.º 5947-98, reafirmado en el voto n.º 3027-99, que se aparta de la línea argumentativa anteriormente expuesta. En efecto, en lo que interesa, se indica lo siguiente:

'primero: en el artículo 182 de la Constitución Política, se enuncia la primera obligación constitucional en materia de contratación administrativa, en virtud del cual, toda contratación que celebre el Estado debe tramitarse por medio del procedimiento de la licitación;

segundo: que el constituyente optó por el procedimiento de la licitación, por considerarlo el mecanismo más apto para el control de la hacienda pública y del correcto uso de los recursos financieros del Estado, con la finalidad de promover una sana administración de los fondos públicos;

tercero: la licitación constituye el medio idóneo para la selección del cocontratante de la Administración, por ser un procedimiento de garantía del interés público, cuya publicidad garantiza una efectiva participación de todos los interesados,

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

para que la Administración seleccione la mejor opción para la satisfacción del interés público;

cuarto: por licitación debe entenderse el mecanismo, modalidad, medio o conjunto de principios a los que debe sujetarse el Estado -en el sentido más amplio-, para poder realizar su actividad de contratación, por cuanto en ella se dan cumplimiento los principios constitucionales que informan la contratación administrativa: libre concurrencia, igualdad de trato entre todos los potenciales oferentes, publicidad, legalidad o transparencia de los procedimientos, seguridad jurídica, formalismo de los procedimientos licitatorios, equilibrio de intereses, principio de buena fe, mutualidad del contrato, y control de los procedimientos a cargo y en última realizado directamente por la Contraloría General de la República;

quinto: del principio 'toda contratación administrativa se hará por el procedimiento de la licitación', contenida en el artículo 182 de la Constitución Política, derivan con rango constitucional, todos los principios de derecho público que informan la contratación administrativa, en la medida en que resulten razonables y proporcionados a los fines que se persiguen;

sexto: el sistema de contratación administrativa está conformado por los principios constitucionales que emanan de la propia Constitución, y como complemento, por el sistema de control ejercido directamente por el órgano constitucional encargado y vigilancia de la hacienda pública, -Contraloría General de la República, según se dispone en los artículos 183 y 184 constitucionales-, que se establece como garantía de la correcta utilización de los fondos públicos en aras de la satisfacción del interés público.

sétimo: la obligación constitucional que deriva del artículo 182 de la Carta Fundamental comprende toda la actividad contractual del Estado; por lo que no puede distinguirse para exceptuarse en el tipo de contrato a realizar -de servicios, ejecución de obras, ventas o arrendamientos de bienes, compras- o en razón de la materia de que se trate;

octavo: el constituyente definió que el procedimiento más apto para realizar la contratación administrativa sería la licitación pública, y reservó la licitación privada únicamente para las contrataciones cuantitativa y cualitativamente menores;

Es a la luz de estas normas y principios que se entra a analizar la normativa impugnada, referente a la contratación administrativa que realizan los bancos del Estado...'

'I.- DEL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 171 DE LA LEY ORGÁNICA DEL

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

BANCO CENTRAL. DE LA COMPETENCIA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA PARA ACTUALIZAR LOS MONTOS. El párrafo segundo impugnado dice textualmente:

'La Superintendencia General de Entidades Financieras podrá elevar esos montos, cada año, de oficio o a solicitud de cualquiera de los bancos estatales, mediante acuerdo que publicará en "La Gaceta". Para ello, deberá sustentar la disposición en las variaciones de los índices de inflación del período, según los datos que al efecto le suministre el Banco Central de Costa Rica. Los procedimientos establecidos en la normativa de contratación no serán de aplicación para estas entidades, pero sí lo serán sus principios'; disposición que se impugna en cuanto confiere competencia a la Superintendencia General de Entidades Financieras la competencia para elevar cada año los topes para la determinación de los procedimientos licitatorios.

En relación con este punto, debemos remitirnos a lo señalado en la sentencia número 0998-98, con respecto a la competencia de la Contraloría General de la República para intervenir en la contratación administrativa. Es pues, con fundamento en lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 183 de la Constitución Política, en tanto crea este órgano como 'institución auxiliar de la Asamblea Legislativa', encargado de la fiscalización y 'vigilancia de la Hacienda Pública', función que se concreta en la verificación de la correcta utilización de los fondos públicos, y en lo dispuesto en los artículos 2 y 3 inciso k) de la Ley Orgánica de la Contraloría número 1253, de veintitrés de diciembre de mil novecientos cincuenta, como en los 1, y 11, 12, el Título II (que comprende los 17, 18, 20, 21, 22) de la Ley Orgánica de la Contraloría vigente (número 7428, de veintiséis de agosto de mil novecientos noventa y cuatro), que se le confieren a esta institución la especial competencia para ejercer funciones de vigilancia en el manejo de los fondos públicos y en la gestión financiera de los empleados públicos, y específicamente para intervenir en las licitaciones (contratación administrativa), como se indicó en sentencia número 2632-95, de las dieciséis horas seis minutos del veintitrés de mayo de mil novecientos noventa y cinco:

'[...] la potestad cuestionada de la Contraloría General de la República de controlar la hacienda pública, y en concreto a las empresas públicas, subsistiría aún declarándose la inconstitucionalidad de la norma impugnada, por cuanto la misma le viene encomendada, en primer término, por disposición constitucional -artículos 183 y 184 de la Constitución Política, y en segundo término, por las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, tanto la vigente al momento de los hechos -número 1252, de veintitrés de

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

diciembre de mil novecientos cincuenta-, como la nueva Ley Orgánica de la Contraloría General de la República -número 7428-, la cual es más explícita -concretamente en su artículo 18 señala la facultad que tiene la Contraloría para controlar los presupuestos de la Administración, comprendiendo a las empresas públicas de cualquier tipo, entre las que, lógicamente se encuentra RACSA-, en el Reglamento sobre el Funcionamiento de Empresas Estatales Estructuradas como Sociedades Mercantiles -Decreto Ejecutivo número 7927-H, de doce de enero de mil novecientos setenta y ocho-, en la Ley de Creación de la Autoridad Presupuestaria, número 6821, de diecinueve de octubre de mil novecientos ochenta y dos, y en la Ley del Equilibrio Financiero del Sector Público, número 6955, de veinticuatro de febrero de mil novecientos ochenta y cinco; por lo cual, la pretensión de RACSA no se vería protegida, y la declaratoria de inconstitucionalidad que se solicita no tendría el efecto de permitir a la empresa accionante la libre disposición de los recursos públicos y así evitar la supervisión de la Contraloría, al subsistir las atribuciones de esta institución, y ninguna variación se produciría en relación con el manejo de los fondos públicos administrados por dicha empresa'; de manera que 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 de 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:

'En primer término, conforme a lo establecido en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, la Ley de la Administración Financiera de la República y el Reglamento de la Contratación Administrativa, corresponde a la Contraloría General, ejercer las funciones de fiscalización y control en todo lo que concierne a los procedimientos de contratación administrativa.'

En este sentido lleva razón la representación de la Procuraduría General de la República al señalar que la materia de la contratación administrativa es ajena a la naturaleza y funciones de la Superintendencia General de Entidades Financieras, que se conceptualiza como un órgano del Banco Central, creado por ley, y encargado de la supervisión y fiscalización de las entidades financieras del país, con la finalidad de velar por la estabilidad

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

, solidez y eficiencia del sistema financiero nacional; mientras que la Contraloría General de la República es un órgano de origen constitucional, que actúa como rector del ordenamiento de control y fiscalización superior de los controles internos y del manejo de los fondos públicos, consolidándose en la institución protagónica en la contratación administrativa, en tanto le corresponde aprobar los contratos del Estado, además de la competencia para declarar las nulidades contractuales, e intervenir en estos procedimientos, según lo disponga la ley. La representación de la Superintendencia General de Entidades Financieras también concuerda con esta posición, en tanto señala que se le están dando funciones que distan mucho de la naturaleza y fines para lo que fue creada. Y la Contraloría General de la República alega que se le están restando competencias propias. Todas estas representaciones tienen razón, con fundamento en las normas y principios constitucionales señalados anteriormente, motivo por el cual, resulta inconstitucional la remisión a la Superintendencia General de Entidades Financieras para la determinación de los montos y topes de los procedimientos licitatorios, función que por excelencia le corresponde a la Contraloría General de la República. Asimismo, no puede dejarse de observar la inconstitucionalidad de la última frase del párrafo analizado, en tanto excepciona a los bancos de la aplicación de la normativa de la contratación administrativa, para con fundamento en lo señalado en el considerando IV. de esta sentencia...'

II.- DEL PÁRRAFO QUINTO DEL ARTÍCULO 171 DE LA LEY ORGÁNICA DEL BANCO CENTRAL. LA AUTORIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN EL SECTOR DESCENTRALIZADO. El quinto párrafo dispone:

'Los contratos que celebren los bancos estatales en materia de contratación administrativa, deberán ser refrendados por el auditor interno de cada banco" y se impugna en cuanto el refrendo de los contratos administrativos que celebren los bancos del Estado no lo hace la Contraloría General de la República. No llevan razón las representaciones de la Procuraduría y Contraloría General de la República al señalar que la Constitución Política -artículo 184 inciso 1)- únicamente sujeta al refrendo contralor a los contratos administrativos que celebren los órganos que integren el "Estado-persona" o "Estado-sujeto", conformado éste por los Poderes del Estado -Asamblea Legislativa, Poder Ejecutivo (Presidente de la República y Ministro respectivo) y el Poder Judicial-, el Tribunal Supremo de Elecciones, la Contraloría General de la República y la Defensoría de los Habitantes; en tanto como se indicó en el Considerando III.- de esta sentencia, el artículo 182 constitucional es de aplicación para toda la Administración Pública, sin excepción alguna, al no distinguir la

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

norma constitucional si se trata de una institución del gobierno central, institución autónoma, u órgano desconcentrado. Por otra parte, debe tenerse presente que el control de la contratación administrativa realizado directamente por el órgano constitucional encargado de la vigilancia de la hacienda pública es uno de los principios rectores de la contratación administrativa, control que actúa como efectiva garantía de la correcta utilización de los fondos públicos en aras de la satisfacción del interés público, como se indicó en la sentencia número 0998-98. En virtud de lo cual, el párrafo quinto del artículo 171 de la Ley del Banco Central, en cuanto sustrae del conocimiento de actividad contractual que realicen los bancos que conforman el Sistema Bancario Nacional, para delegarse a las auditorías internas de cada institución bancaria, es inconstitucional.'

De la sentencia transcrita, en lo que interesa, podemos extraer importantes conclusiones en este estudio. En primer término, que el Tribunal Constitucional considera que el control de la materia de la contratación administrativa le corresponde por excelencia a la Contraloría General de la República. En segundo término, que el refrendo del inciso a) del artículo 184 se aplica a todos los contratos administrativos que realiza la Administración Pública. Conforme a esta tesis, en principio, habría que concluir, necesariamente, que el precepto impugnado quebranta el Derecho de la Constitución..."

Con base en lo anterior, no cabe duda de que cuando existen fondos provenientes de una contrapartida del Estado de Costa Rica, los convenios financieros específicos, que se establecen al amparo del Convenio-Marco, deben ser refrendados por la Contraloría General de la República, no así, en principio, cuando los fondos provienen exclusivamente de la Comunidad. Sin embargo, también en este caso, POR RAZONES DE CONVENIENCIA y con base en el principio de transparencia en el manejo de los fondos públicos, deberían también someterse los convenios financieros específicos al refrendo de la Contraloría General de la República, aunque no exista el deber jurídico. Además, debemos recordar que el Estado de Costa Rica asumió el compromiso internacional de garantizar la seguridad de los fondos no reembolsables, por lo que resulta lógico que el órgano a quien el Derecho de la Constitución le asigna, en forma exclusiva y prevalente el resguardo de los fondos públicos, realice esa función."

c. Consulta de constitucionalidad de proyecto de ley de aprobación del Convenio marco relativo a la ejecución de la ayuda financiera técnica y de la cooperación económica

[SALA CONSTITUCIONAL]³

IV.- Sobre el contenido del proyecto consultado. La Sala no encuentra que el proyecto contenga disposiciones contrarias a la Constitución. Dada la jurisprudencia dictada por esta Sala en anteriores consultas sobre convenios, podrá cuestionarse la constitucionalidad de varias normas que sujetan la adquisición de obras, suministros y servicios con fondos otorgados al amparo del convenio. No obstante, hay que observar, en primer término, que si bien es cierto que en varios pronunciamientos, la Sala no ha avalado, en principio, que un convenio internacional excepcione la aplicación de normas en materia de contratación administrativa, sí ha tolerado cierto grado de flexibilidad. Así lo ha dicho en sentencias No. 1026-90, No. 1027-90 y No. 2864-92. En la última de estas sentencias la Sala dijo:

"La utilización de fórmulas tipo para la confección de los contratos, en los organismos internacionales, por ser de aplicación para muchos países, no puede tomar siempre en consideración las circunstancias propias de la legislación interna de cada uno, ello conlleva a que en algunos casos sus cláusulas rocen normas o principios constitucionales o se contraponen a lo dispuesto en la legislación interna. En estos casos la función de la Sala, en la consulta legislativa de constitucionalidad, además de reconocer la existencia del quebranto constitucional cuando se presente, es establecer si existe alguna forma de interpretar las normas contractuales de conformidad con el texto constitucional y aún con el legal, cuando éste sea desarrollo de la norma fundamental."

En el mismo fallo, la Sala agregó más adelante:

"Las normas cuestionadas son las del procedimiento de licitaciones y no evidencian una clara renuncia a leyes de orden público. Nos encontramos frente a contratos de préstamo que admiten una cierta flexibilidad en cuanto a la aplicación de la legislación interna, siempre que, como ya se dijo, no exceda los límites de lo razonable ni violente principios de orden público. A través del procedimiento de licitaciones, lo que se hace es imponer algunas condiciones normales de fiscalización por parte del Banco acreedor, que no exceden las limitaciones propias de todo empréstito, nacional o internacional. Ni la Licitación Pública Internacional, ni el control ejercido por el Banco sobre las licitaciones efectuadas según la normativa costarricense, constituyen renuncia a las normas de orden públicos, por el

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

contrario, cumplen con la finalidad de controlar el destino de los fondos del préstamo, que pasan ser fondos públicos al girarse por parte del acreedor y por ello se trata de una excepción que no contraviene ningún principio constitucional.”

En segundo término, debe tenerse presente que si aun en las sentencias antes citadas, que se refieren a empréstitos, la Sala acepta ciertas excepciones a la aplicación de normas de contratación administrativa, con mayor razón son aceptables cuando el convenio se refiere a fondos no reembolsables. En este caso concreto, el convenio tiene como fin establecer las condiciones de ejecución de proyectos relativos a la ayuda financiera y técnica y a la cooperación económica otorgada por la Comunidad Europea. Se trata de las condiciones sobre fondos que el Estado costarricense no adquiere onerosamente. La Sala no considera contrario a la Constitución que la aplicación de esos fondos se ajuste a las exigencias del gobierno que otorga la ayuda, siempre y cuando esas exigencias estén dirigidas a garantizar un buen uso de los fondos y los principios de contratación sean compatibles con los que rigen internamente.

V.- El artículo 182 de Constitución Política dice textualmente:

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

El texto se refiere claramente a los fondos de las entidades públicas. En el convenio que se somete a consulta no hay una efectiva apropiación de los fondos por parte del Estado costarricense. Éstos se ponen a disposición de los proyectos aprobados y el Gobierno de Costa Rica, en caso de ser beneficiario, coordina con la Comisión el buen uso que se les dará; los administra, no se apropia de ellos y, en algunos casos, simplemente garantiza su seguridad. No se trata en consecuencia de uso de fondos públicos, por lo que no es de aplicación el artículo constitucional citado. Tal función queda aún más claramente fijada en los casos en que la ejecución de los proyectos esté delegada en una Unidad de Gestión, según prevé el protocolo segundo de convenio. El punto III de ese protocolo dice textualmente:

“1. la administración de los fondos comunitarios será confinada al Beneficiario que es una entidad pública estatal.”

Más adelante, en ese mismo punto III, al referirse a las cuentas donde se depositarán los fondos provenientes de la ayuda externa,

agrega:

"4. Dichas cuentas serán las únicas a través de las cuales transitarán los fondos comunitarios. La seguridad de dichos fondos está garantizada por el Gobierno de Costa Rica."

Por las razones expuestas, no encuentra la Sala que existan motivos para cuestionar, por el fondo, el proyecto enviado en consulta."

FUENTES CITADAS:

- 1 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen No. 210-2005, del treinta de mayo de dos mil cinco.
- 2 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Opinión Jurídica 124-2003, del treinta de julio de dos mil tres.
- 3 SALSA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución No. 10942-2002, de las quince horas con diez minutos del veinte de noviembre de dos mil dos.