

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: FIDEICOMISO PÚBLICO

RESUMEN: La presente recopilación de doctrina, normativa y jurisprudencia incorpora análisis sobre la figura del Fideicomiso Público, tocando aspectos como su definición, tipos y la normativa aplicable, además del análisis que hace la Contraloría y la Procuraduría de nuestro país al tema, además se adjuntan las consideraciones de esta figura en otros países.

Índice de contenido

| | |
|---|----|
| 1DOCTRINA..... | 2 |
| a)Concepto de Fideicomiso Público..... | 2 |
| Fideicomiso para créditos de desarrollo..... | 2 |
| Fideicomiso de concesión de obra pública..... | 3 |
| b)Contratos de Fideicomiso con Fondos Públicos Autorizados Mediante Ley..... | 4 |
| c)Fideicomiso Público en Argentina..... | 5 |
| Antecedentes del "fideicomiso público"..... | 7 |
| Fideicomiso público: Naturaleza y caracteres:..... | 7 |
| La situación argentina..... | 8 |
| d)Consideraciones sobre el fideicomiso público en Costa Rica. . | 11 |
| Conclusiones | 23 |
| 2NORMATIVA..... | 24 |
| a)Ley de Contratación Administrativa..... | 24 |
| 3JURISPRUDENCIA..... | 25 |
| a)Contraloría General de la República..... | 25 |
| Oficio DGCA 141-97..... | 25 |
| b)Procuraduría General de la República..... | 30 |
| Sobre la Injerencia del Estado en el contrato de Fideicomiso. | 30 |

1 DOCTRINA

a) Concepto de Fideicomiso Público

[ABARCA UMAÑA]¹

"Anteriormente se había mencionado la definición del fideicomiso Público, pero para refrescar podemos definirlo como aquel en que el patrimonio fideicometido proviene de recursos públicos, y el fideicomitente es un organismo u ente estáte!. Los recursos pueden ser del Estado o de empréstitos provenientes del exterior. Hay dos tipos de fideicomisos públicos:

Fideicomiso para créditos de desarrollo

El Estado contrata un empréstito con una entidad o gobierno extranjero, con el fin de otorgar créditos productivos en determinada región. El fiduciario se encarga de administrar los recursos, otorgar los créditos y dar seguimiento a su recuperación, entre otras funciones. Con esta modalidad se busca evitar un manejo incorrecto de los recursos y asegurar que éstos sean destinados a la finalidad para la cual se constituyó el empréstito.

En el mismo sentido el departamento de fideicomisos del Banco Nacional indica: Son aquellos en los cuales, el Estado o cualquier otra institución pública o privada, traspasa al Fiduciario, recursos líquidos, obtenidos generalmente a través de otros Estados o de organismos internacionales 5 mediante empréstitos o donaciones; para destinar esos recursos, al otorgamiento de créditos a diferentes sectores, relacionados con la producción y el desarrollo económico

nacional.

Esta modalidad de fideicomisos es de gran ayuda para el desarrollo de diferentes sectores económicos del país. Existen actualmente fideicomisos de desarrollo para el sector agropecuario, ganadero, para la vivienda etc. Es de gran utilidad porque existe un fiduciario que va a realizar la función de administrador del fideicomiso y es el responsable para que se realicen correctamente

todos los fines establecidos en el fideicomiso.

Así por ejemplo en fideicomisos agropecuarios, la administración pública trasfiere en propiedad fiduciaria, bienes inmuebles o dinero a un fiduciario, para que este basado en el fideicomiso, preste el dinero o los bienes inmuebles a los productores agropecuarios que cumplan con los requisitos establecidos en el contrato. Con esto el fiduciario es el responsable de recaudar de nuevo el dinero o velar para que la tierra transmitida, se utilice de la manera pactada y realizar todos los tramites correspondientes para vigilar que esos dineros se utilicen de la mejor manera posibles caso de mal manejo el fiduciario responde tanto civil como penalmente.

Fideicomiso de concesión de obra pública

En Costa Rica, la operación de este tipo de fideicomiso está contemplada en la Ley de Concesión de Obra Pública, aprobada por la Asamblea Legislativa en 1993.

Como se menciona anteriormente este tipo de fideicomiso esta establecido en la Ley general de Concesión de Obras Publicas cuando señala:

a) Concesión de obra pública: contrato administrativo por el cual la Administración concedente encarga a un tercero, el cual puede ser persona pública, privada o mixta, el diseño, la planificación, el financiamiento, la construcción, la conservación, ampliación o reparación de cualquier bien inmueble público, a cambio de contraprestaciones cobradas a los usuarios de la obra o a los beneficiarios del servicio o de contrapartidas de cualquier tipo pagadas por la Administración concedente¹³⁶

El Estado, a través de los mecanismos legales previstos al efecto, promueve la construcción de una obra pública. Éste se adjudica a la empresa que resulta escogida, la cual, por un plazo determinado, tendrá el usufructo de la obra. Los ingresos provenientes de dicho usufructo se administran bajo la figura de un fideicomiso. Dentro de la gama de posibilidades que ofrece esta modalidad, puede aplicarse un mecanismo de titularización de los ingresos que percibirá la obra, y así capitalizar a la empresa adjudicataria para el desarrollo del proyecto. En otros países, donde su uso es muy aplicado, este instrumento ha resultado de gran beneficio para la construcción de carreteras, puentes, desarrollos turísticos, entre otros. En el mismo sentido en el departamento de fideicomisos del banco nacional ha indicado:

Son aquellos que se constituyen en virtud de la existencia de una concesión de obra pública, en favor de una persona de Derecho Privado. La concesión como tal, se traspasa a un Fideicomiso, para que el Fiduciario, contra ésta, emita garantías en favor de los acreedores del concesionario, que otorgaron créditos al mismo, para la realización de la obra pública objeto de la concesión.

Este tipo de fideicomisos son de gran ayuda para el crecimiento de la economía e infraestructura de un país, ya que sus beneficios son ilimitados, donde el estado por no tener la capacidad de llevar a cabo esas obras, contrata con un sujeto privado, para que realice las obras y las cuide por cierta cantidad de años. Lo importante aquí es que ese sujeto tiene que cuidar esa obra porque así es como va a recobrar su inversión, y entre más diligente sea más ganancias va a tener."

b) Contratos de Fideicomiso con Fondos Públicos Autorizados Mediante Ley.

[DELGADO SABORIO]²

Se faculta al Estado para llevar a cabo este tipo de contratación cuando por medio de una ley especial se le autoriza para tal efecto; generalmente esta clase de contrataciones se da cuando nuestro país recibe algún empréstito o donación y se determina que la mejor forma de administración de esos fondos es mediante un contrato de fideicomiso, los fondos administrados mediante esta modalidad aunque provengan de fuentes privadas devienen en públicos en virtud del fin público a que se destinan e igualmente porque entran a formar parte del patrimonio Estatal.

Contratos de Fideicomiso constituidos en virtud del Artículo Tres de la Ley General de Administración Pública. 1. Antecedentes

El segundo supuesto mediante el cual la Administración puede constituir Contratos de Fideicomiso con fondos públicos, se da en virtud de la autorización dispuesta en el artículo tres párrafo segundo de la Ley de Contratación Administrativa⁹⁵, el cual permite la constitución del fideicomiso siempre y cuando sea un instrumento para ayudar a promover la contratación administrativa, pero no un fin en sí mismo.

El citado artículo tres, párrafo segundo de la Ley General de la Contratación Administrativa establece:

"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."

Anteriormente a la entrada en vigencia de la Ley de Contratación, la Contraloría General de la República había venido sosteniendo una línea de pronunciamientos sistemáticos y congruentes en el sentido de que los contratos de fideicomiso no estaban autorizados dentro de nuestra legislación como una herramienta para que la Administración cumpliera sus cometidos.⁹⁶

El fundamento de esta posición era que en principio, por llevar implícito el fideicomiso la característica del traslado de propiedad del bien fideicometido sin que existiera una autorización genérica para tales efectos, se requería de autorización expresa de ley para que una entidad pública concertara un negocio de esta naturaleza.⁹⁷

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.⁹⁸

No obstante, con la entrada en vigencia de la ley de Contratación Administrativa el 1 de mayo de 1996, el panorama jurídico en cuanto al marco de legalidad cambió, al tomar en cuenta la nueva disposición que contempla el citado artículo tres."

Con el surgimiento de esta norma, la Contraloría varía el criterio que venía sosteniendo en relación con la constitución de fideicomisos donde el Estado fuera parte como fideicomitente."

c) Fideicomiso Público en Argentina

[GOMEZ DE LA LASTRA]³

Desde que la Ley 24.441 tipificara el contrato de fideicomiso, otorgándole características especiales, entre otras cosas, como la

de constituir un patrimonio separado de quienes sean sus administradores, comenzaron a aparecer en el país contratos de este tipo donde el "fiduciante" o "fideicomitente" es el Estado Nacional o Provincial.

De tal manera, un instituto que tiene sus raíces en el derecho privado inicia, positiva pero inorgánicamente, a tener influencia y aprovechamiento en la comunidad local, sin ser tipificado como "fideicomiso público", utilizando como sustento jurídico una ley que fue pensada principalmente para desarrollar un sector de la economía privada: La construcción.

Miguel Acosta Romero sostiene que se puede caracterizar al "fideicomiso público" como aquél por el cual el Estado transmite a un "fiduciario" la propiedad de bienes de su dominio público o privado o le afecta fondos públicos, para llevar a cabo un fin lícito de interés público .

José M. Villagordoa Lozano expresa que, si bien el "fideicomiso público" se apoya en la relación bilateral "fiduciante - fiduciario" hay una diferencia esencial que lo distingue del fideicomiso privado. Esta es que: dicha relación bilateral forma parte de un proceso que se inicia con la

norma que torna viable al fideicomiso (ley o decreto) que fija sus objetivos y características, determina las condiciones y términos a los que se sujetará, organizando la constitución, incremento, modificación, organización, funcionamiento y extinción del fideicomiso.

El fideicomiso de la Administración Pública, por ende, tiene características sui generis con relación a los demás tipos de fideicomisos.

Las características distintivas entre el "fideicomiso público y privado", pueden sintetizarse de la siguiente manera:

- a) El "fideicomiso público" tiene origen en el derecho administrativo, sin perjuicio de la aplicación supletoria de la Ley 24.441, en todo lo que no se oponga a aquél.
- b) La Administración debe necesariamente intervenir en su

constitución.

c) El patrimonio separado se conforma con bienes del Estado y consecuentemente la finalidad del fideicomiso que le sirve de causa es de interés público.

d) El "fideicomiso público" puede coincidir con el normado en la Ley 24.441 o bien tomar algunos de sus contenidos, pero con características y adaptaciones que respondan a las necesidades de la administración en cada caso concreto. Detrás, como elemento generador está el Estado, guiado por el mencionado interés público.

Antecedentes del "fideicomiso público"

Este tipo de fideicomiso ha tenido su origen en Méjico (Ley Orgánica de la Administración Pública y Ley Federal de Entidades Paraestatales) donde se ha tenido especial cuidado, a través de un marco jurídico específico, de evitar la creación anárquica y deformada del instituto.

Fideicomiso público: Naturaleza y caracteres:

Villagordoa Lozano manifiesta que en el "fideicomiso público" se transmite la titularidad fiduciaria de ciertos bienes para que según las bases y objetivos que se le fijan, el fiduciario pueda alcanzar los mismos.

Según este autor el "fideicomiso público" se debería formular desde más de una perspectiva, a saber:

Como negocio fiduciario implica las relaciones jurídicas que se dan en el fideicomiso en general, pero con los siguientes matices: el fideicomitente es siempre el Estado y los fines que se persiguen serán de "interés público".

Carece de personería jurídica debiendo estarse a la ley o decreto que autoriza la constitución del "fideicomiso público".

Es una unidad jurídico-económica construida total o parcialmente con bienes del Estado o fondos públicos, cuya organización y funcionamiento se encomienda a un fiduciario, bajo el control de la Administración Pública.

La figura también está comprendida dentro del concepto de "fideicomiso latinoamericano", que tuviera sus orígenes en la legislación panameña luego seguida por Puerto Rico, Colombia, Méjico, Chile, Bolivia, Ecuador, Honduras, como así también en otros países de la región y permitió superar los problemas que causaba la doble propiedad, inherente al "trust" anglosajón. Característica ésta que lo tornaba inaplicable a los países que se rigen por el denominado Derecho Continental Europeo, como es el caso de la República Argentina.

La solución ínsita en el "fideicomiso latinoamericano" ha permitido el desarrollo de un instituto de carácter similar al aludido "trust", como es público y notorio, no solamente en América Latina sino en países como Escocia y Sudáfrica, que tienen la figura basada no con base en la "doble propiedad", que distingue al derecho anglosajón, sino en instituciones con sustento patrimonial y contractual del derecho civil europeo .

El "fideicomiso latinoamericano" tiene en común con el "trust" la transmisión del derecho de propiedad de los bienes fideicomitidos en cabeza del "fiduciario" o "trustee", siendo éste, en ambos supuestos, un dueño en interés ajeno.

La situación argentina

A ese respecto, cabe destacar que la Ley 24.441, que adoptara la figura del "fideicomiso latinoamericano" para el país, prevé como vehículo para la transmisión de la propiedad fiduciaria de los bienes integrantes del patrimonio afectado al fideicomiso, las siguientes vías:

- a) el contrato y
- b) el testamento. Esto con el fin de que el instrumento se desarrollara primordialmente, como quedara dicho, en el ámbito de la actividad privada del país.

En el tipo "fideicomiso público" se debe pensar en una aplicación distinta y a una materia que tiene un perfil muy especial y característico: Las actividades realizadas en el ámbito del sector público.

A este respecto, resulta obvio que el Poder Ejecutivo Nacional puede proyectar los instrumentos que considere mejor para alcanzar

sus objetivos, especialmente aquellos que involucren el interés general y que tengan un consiguiente impacto en el nivel de empleo y en un crecimiento económico sustentable. Puntualmente aquellos sectores que puedan generar el ingreso de divisas al país.

En los fideicomisos públicos debe precisarse claramente, desde sus orígenes, las obligaciones co-recíprocas o bilaterales, que deben regir las relaciones jurídicas entre el Estado Nacional, como "fiduciante" y quien sea investido de la condición de "fiduciario", únicas partes originantes de una hipotética operación de esta naturaleza, como lo señala la doctrina más autorizada en la materia .

Demás está destacar la importancia de quien tenga dicha investidura de "fiduciario", dado que es la idoneidad de éste la que permitirá la satisfacción del interés público que se persigue satisfacer. La confianza, fundamento de la misión encomendada a un "fiduciario", recomienda que ésta sea depositada por el "fiduciante" en quien la merece por su capacidad específica y neutralidad, vinculado ésto con los objetivos perseguidos.

No debe dejar de tenerse en cuenta que el "fiduciario" desempeña un rol de propietario y administrador, que no puede ser cercenado sin desvirtuar las condiciones que la doctrina pacíficamente le reconoce.

La regla es que el fiduciario debe obtener beneficios de los bienes objeto del fideicomiso, los que se encuentran destinados en forma exclusiva a la finalidad propuesta.

De esta forma, en su carácter de dueño tiene la facultad de realizar actos de administración, pero, a la vez, como consecuencia del vínculo de la obligación tiene también la carga de administrar ya que, como bien expresa Rodríguez Azuero: "del manejo, conservación y natural explotación económica del bien depende, en buena parte, el adecuado cumplimiento de la voluntad del fiduciante" .

Ello no quita mérito a la posible conveniencia de que una entidad financiera estatal sea la depositaria de los recursos involucrados y asumir el carácter de agente de percepción y pago de los mismos. Esto, de acuerdo con las instrucciones que el "fiduciario" le imparta, en virtud de ser el titular de los bienes fideicomitidos,

en ejercicio del "pacto fiduciae" y en cumplimiento de los objetivos que se establezcan en la constitución del fideicomiso público.

Además y con relación a la existencia de un contrato "strictu sensu", no solamente parecería una deseconomía procesal, apartada del principio de especialización, que es el que debe regir en una materia tan particular, involucrando tanto conocimientos no solamente técnicos sino también del manejo de la oportunidad y conveniencia en los actos del fiduciario.

Ello, habida cuenta que existen organismos con competencia específica en materias puntuales, según la norma de creación de cada uno y al que el instituto del "fideicomiso público" puede potenciar favorablemente.

¿Cuales serían las eventuales partes de tal fideicomiso? Cabe destacar que en el caso solamente habría, en un sentido estricto, una sola como tal: El Estado Nacional, que es el titular propiamente dicho de los bienes que resulten fideicomitidos.

La otra sería una jurisdicción dentro del propio Estado, aunque tenga personalidad jurídica, lo cual podría llevar a afirmar, en función de la realidad jurídica subyacente, que aquél estaría contratando consigo mismo y que un contrato con una jurisdicción propia, ya sea el Poder Ejecutivo u otra dependencia del mismo, rayaría en una suerte de construcción jurídica poco práctica.

Máxime cuando por caso se trate de introducir un instrumento moderno en organismos creados por ley, con varios años de funcionamiento, para fortalecerlos, en atención a la propia naturaleza del mecanismo.

Por otra parte, ejemplos de dicha "construcción jurídica" se pueden encontrar en el listado de fondos fiduciarios que se reseñan en algunas Leyes de Presupuesto recientes, algunos de los cuales han sido objeto de críticas doctrinarias.

Precisamente, la utilización demasiado amplia del Título I de la Ley 24.441 por el sector público que tiene, como ya quedara dicho, sus fundamentos en el derecho administrativo, ha llevado a constituir especies que, en muchos casos, desvirtúan a la figura establecida por aquella norma. Esto, con el solo objetivo de constituir el patrimonio separado que la misma habilita, configurando bajo la forma de "fondos fiduciarios" nuevos organismos en el ámbito del Estado Nacional, con la consiguiente

incidencia en el aumento del gasto burocrático .

Seguramente que por tal motivo la Ley de Presupuesto 2003 , ha modificado la Ley 25.152 e impuesto que dicho tipos de fondos deben ser aprobados por una norma con rango de ley.

Por otra parte, cabe traer a colación la Convención de la Haya sobre el Fideicomiso y su Reconocimiento de 1985 y señalar que en la misma se establece que la relación jurídica que comprende el término "trust" (fideicomiso) es aquella creada por actos entre vivos o mortis causa y donde los bienes transmitidos del fiduciante al fiduciario constituyen un patrimonio separado del que tenga este último.

Este patrimonio separado se integrará con los bienes que se transmitan en propiedad fiduciaria, de acuerdo con la naturaleza de cada uno de ellos y con el respaldo de una norma con el rango necesario a esos efectos. Esta será el título suficiente para que dicha transmisión se concrete con arreglo a derecho.

En función de todo lo dicho, cabe finalizar destacando que la norma legal constituyente de un "fideicomiso público" deberá precisar:

- a) El Fiduciante: El Estado;
- b) EL Fiduciario: El ente técnicamente competente;
- c) EL Patrimonio Fideicomitado: Los bienes y recursos transmitidos en propiedad fiduciaria;
- d) La finalidad u objeto fiduciario: Los intereses y satisfacción de necesidades generales
y, en su caso, de fomento económico y/o social;
- e) El plazo o condición al que el fideicomiso esté sometido;
- f) Las causales de extinción y
- g) Los Beneficiarios o sean las personas físicas y/o jurídicas que sean los destinatarios del objeto del fideicomiso.

d) Consideraciones sobre el fideicomiso público en Costa Rica

[PIEDRA SANCHEZ]⁴

A. El fideicomiso

La palabra fideicomiso, deriva del vocablo "fiducia" que significa "confianza o fe".

No resulta extraño su denominación, en virtud de que uno de los elementos distintivos de esta figura, es la confianza en que se fundamenta el negocio jurídico, tanto de la persona que entrega los bienes o derechos (fideicomitente) como de la que los recibe (fiduciario).

Jurídicamente, el fideicomiso ha sido considerado como:

" una acuerdo de voluntades, por medio del cual una persona física o jurídica, llamada "fideicomitente" traspasa a otra persona física o jurídica llamada "fiduciario" bienes en propiedad fiduciaria, para que los administre a favor de una tercera persona física o jurídica llamado "fideicomisario o Beneficiario...."

La definición anterior permite delimitar claramente las personas (físicas o jurídicas) que participan en el contrato. El fideicomitente, es la persona que tiene la voluntad de traspasar el patrimonio de sus bienes o derechos al fideicomiso para el cumplimiento de los fines propuestos. El fiduciario es la persona física o jurídica a favor de quien se traslada el dominio de los bienes o derechos.

Existe una tercera persona interviniente que puede o no suscribir el contrato de fideicomiso que se denomina beneficiario o fideicomisario, el cual puede o no coincidir con la figura del fideicomitente, y es la persona física o jurídica que recibe el beneficio del fideicomiso.

En relación con los sujetos que intervienen en el fideicomiso, se han establecido algunos presupuestos indispensables para lograr la eficacia del negocio jurídico.

El primero de ellos, es la capacidad de actuar que requieren cada

uno, es decir la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones; la legitimación que es la autorización jurídica que tienen los sujetos involucrados para suscribir el contrato de fideicomiso, para disponer de los bienes (fideicomitente) y para administrarlos (fiduciario); y la titularidad, que es la posición que ostenta cualquiera de las partes como destinatario de los efectos jurídicos del fideicomiso.

En otro orden de ideas, al fideicomiso se le han atribuido una serie de características que lo distinguen del resto de negocios jurídicos. En primer término se ha considerado como un contrato de tipo mercantil, en tanto se encuentra regulado por los artículos 633 y siguientes del Código de Comercio. En segundo lugar es de carácter real, ya que su existencia depende del traspaso de los bienes o derechos del fideicomitente al fiduciario.

Asimismo, el fideicomiso requiere del consenso de voluntades entre, al menos el fideicomitente y fiduciario, las cuales deben hacerse constar en escritura pública e inscribirse en el Registro Público.

Tal y como lo indica el artículo 634 del Código del Comercio, el objeto de los fideicomisos lo constituyen los bienes o derechos que legalmente se encuentren dentro del comercio.

De igual manera el artículo de marras señala que los bienes fideicometidos pasarán a formar parte de un patrimonio autónomo, independientemente de los bienes del fiduciario.

El objeto del fideicomiso se identifica con los bienes fideicometidos, a los cuales se le han atribuido características especiales⁶. En primer término comprende tanto bienes materiales como inmateriales, deben ser determinados o determinables, debiendo en este último caso establecerse la forma de determinación. Asimismo, los bienes pueden ser sustituidos y además, deben tratarse de bienes singulares y no universales.

Además, el objeto debe ser conteste con ciertos presupuestos de existencia, de posibilidad física y jurídica, de determinación, amén de la necesidad de que el objeto posea un valor exigible.

De conformidad con lo establecido en el artículo 635 del Código de Comercio, el fideicomiso puede ser realizado inter-vivos o mediante disposición testamentaria.

Esta última puede otorgarse como acto en vida o por medio de testamento propiamente dicho.

En el ámbito doctrinario, se han desarrollado una serie de clasificaciones. Algunos autores han expuesto una sencilla clasificación, en donde se disponen cuatro tipos básicos de fideicomisos: de administración, de inversión, de garantía y de titulación.

Otros autores, dependiendo del fin de que se trate, han establecido que los fideicomisos pueden ser: de garantía, de educación, para pensiones o jubilaciones, en beneficio de la familia, de titularización, de compra de inmuebles, para la obtención de recursos, o los fideicomisos públicos.

En virtud de que el presente proyecto de ley forma parte de los denominados fideicomisos públicos, se hace necesario detenernos y abordar con mayor profundidad los elementos conceptuales que lo componen, con el fin de fundamentar las observaciones que se viertan sobre la propuesta de ley.

Algunos autores han definido los fideicomisos públicos de la siguiente manera:

Los fideicomisos públicos son aquellos en los cuales el fideicomitente es el Estado a través de un órgano desconcentrado (Administración Pública en strictu sensu) o una entidad del Estado, a través de Instituciones descentralizadas (Administración Pública en Lato Sensu).

En la última década, y por la flexibilidad que caracteriza a la figura del fideicomiso, éstos han adquirido gran relevancia en el ámbito público como mecanismo que facilita el cumplimiento de los programas y actividades de la administración pública, sin que por ello pueda como sustituto de las propias competencias, que de por sí, están establecidas para los entes y órganos del sector público.

Así lo ha advertido la Contraloría General de la República en sus resoluciones, señalando que:

“(...) la transferencia de la actividad ordinaria de las Instituciones públicas a fideicomisos suscritos con los bancos comerciales del Estado, podría implicar, en principio una desnaturalización de esa figura contractual y una extralimitación de las competencias y fines (...).”

Ante la inexistencia de disposiciones jurídicas relativas a los contratos de fideicomiso con fondos públicos, la doctrina, y las distintas resoluciones administrativas se han permitido establecer una serie de supuestos, condiciones y características que han distinguido este tipo de contratos, atendiendo los alcances así como las limitaciones de la normativa general como el Código de Comercio, la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, la Ley de Control Interno y la Ley del Sistema Bancario Nacional, entre otras.

En torno a los sujetos de la relación contractual, hay que indicar que el Estado tiene competencia para actuar dentro del fideicomiso en condición de fideicomitente, fideicomisario o fiduciario de conformidad a la finalidad del contrato que suscriba. Es decir no existe un límite en este sentido.

Asimismo, no hay que dejar de lado, que pese a que el fideicomiso se rige por el derecho comercial, de ámbito privado y contemplado dentro del Código de Comercio, también está sujeto (por tratarse de fondos públicos) a los lineamientos del derecho público, en materia de control y fiscalización.

Por esta razón, el principio de libertad contemplado en el artículo 28 de la Constitución Política sufre una limitación y así lo ha manifestado la Contraloría General de la República, quien en resolución No. 277-97 de las 14:00 horas del 26 de noviembre de 1997 indicó:

“(...) cabe reiterar que el elemento diferenciador, que a la vez impone algún grado de restricción a esta libertad de actuar, [artículo 28 de la Constitución Política] viene a ser dado por el hecho de estar manejando *strictu sensu*) o una entidad del Estado, a través de sus Instituciones descentralizadas (Administración Pública en *Lato Sensu*).

En la última década, y por la flexibilidad que caracteriza a la figura del fideicomiso, éstos han adquirido gran relevancia en el ámbito público como mecanismo que facilita el cumplimiento de los programas y actividades de la administración pública, sin que por ello pueda considerarse como sustituto de las propias competencias, que de por sí, están establecidas para los entes y órganos del sector público.

Así lo ha advertido la Contraloría General de la República en

sus resoluciones, señalando que:

“(...) la transferencia de la actividad ordinaria de las Instituciones públicas a fideicomisos suscritos con los bancos comerciales del Estado, podría implicar, en principio una desnaturalización de esa figura contractual y una extralimitación de las competencias y fines (...).”

Ante la inexistencia de disposiciones jurídicas relativas a los contratos de con fondos públicos, la doctrina, y las distintas resoluciones administrativas se han permitido establecer una serie de supuestos, condiciones y características que han distinguido este tipo de contratos, atendiendo los alcances así como las limitaciones de la normativa general como el Código de Comercio, la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, la Ley de Control Interno y la Ley del Sistema Bancario Nacional, entre otras.

En torno a los sujetos de la relación contractual, hay que indicar que el Estado tiene competencia para actuar dentro del fideicomiso en condición de fideicomitente, fideicomisario o fiduciario de conformidad a la finalidad del contrato que suscriba. Es decir no existe un límite en este sentido.

Asimismo, no hay que dejar de lado, que pese a que el fideicomiso se rige por el derecho comercial, de ámbito privado y contemplado dentro del Código de Comercio, también está sujeto (por tratarse de fondos públicos) a los lineamientos del derecho público, en materia de control y fiscalización.

Por esta razón, el principio de libertad contemplado en el artículo 28 de la Constitución Política sufre una limitación y así lo ha manifestado la Contraloría General de la República, quien en resolución No. 277-97 de las 14:00 horas del 26 de noviembre de 1997 indicó:

“(...) cabe reiterar que el elemento diferenciador, que a la vez impone algún grado de restricción a esta libertad de actuar, [artículo 28 de la Constitución Política] 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. (...).”

Estas disposiciones son aplicables aún cuando la persona fiduciaria sea un ente privado, tal y como lo señala la misma Contraloría General de la República en

diversas resoluciones:

“En nuestro concepto, no resulta procedente para el buen uso y disposición de los recursos públicos, sostener que los bienes dados en fideicomiso pierden por ese solo hecho, su naturaleza pública (...).”

Partiendo de lo anterior, no está de más reiterar que la constitución de un fideicomiso con recursos públicos, debe ser conteste con los lineamientos que en esta materia, ha dispuesto la Contraloría General de la República en relación con los elementos indispensables que debe contener el contrato de este tipo. Esto es importante, porque finalmente es a esta entidad fiscalizadora la que corresponde otorgar eficacia jurídica al contrato a través del refrendo correspondiente.

En primer término, por disposición del artículo 14 de la Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos, la Contraloría General de la República ha indicado la necesidad de que la constitución del fideicomiso esté respaldado o fundamentado en una ley especial, por medio de la cual se regule las condiciones que serán incluidas en el contrato de fideicomiso.

Este requerimiento, está sustentado en el principio de legalidad derivado del artículo 11 de la Constitución Política y del mismo numeral de la Ley General de la Administración Pública, que indica que, la Administración solo podrá realizar aquellos actos y servicios que se encuentran autorizados por el ordenamiento jurídico.

Haciendo eco de estas disposiciones normativas, la Contraloría General de la República ha señalado que la ley especial que apruebe la constitución de un fideicomiso con fondos públicos debería contener elementos básicos relacionados con el sujeto, objeto, finalidad, entre otros. Así se ha expresado en varios oficios y resoluciones :

“(...) para suscribir un fideicomiso con fondos públicos, se requiere contar necesariamente con una autorización legal. Ésta podría ser en primer lugar, de carácter específica para el cumplimiento de una actividad de la institución, determinando tal disposición legal, las partes, los objetivos, el tipo de actividades, y demás medidas por las que tendrá que regirse el fideicomiso que se celebre, de manera que se garantice el interés público (...)

Incluso, en el año 2003 el ente fiscalizador mediante oficio, fue más específico en relación con el contenido del fideicomiso con fondos públicos, manifestando:

(...) es importante acotar que tal regulación debe abarcar aspectos esenciales relacionados con los elementos básicos del negocio jurídico fiduciario. Es decir, la ley que autorice constituir un fideicomiso, debe establecer parámetros para la identificación de las partes contractuales (v.gr. quienes podrían ser fiduciarios, así como cuáles serían los fideicomisarios), así como la determinación o determinabilidad del objeto. Además, en la ley se debe indicar la causa final de fideicomiso, es decir, los fines para los cuales se posibilita tal contratación, así como cualquier otro aspecto necesario según el tipo concreto de fideicomiso que se desea utilizar (...)

Sobre la Propuesta

El proyecto de ley regula una serie de situaciones que deben analizarse para determinar si es posible emitir una ley para los efectos, sea la regulación de determinadas actuaciones y situaciones.

Las propuestas son:

1. Autorizar al Ministerio de Agricultura y Ganadería y al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, como fideicomitentes de los Fideicomisos 05-99 MAG-PIPA/BANCREBITO y 02-99 MTSS-PRONAMYPE/BANCO POPULAR, a condonar las deudas, intereses corrientes y moratorios, y gastos procesales adeudados, por los miembros de la Asociación de Productores de Tierra Blanca de Cartago.

2. Ordenar a los Fiduciarios de los Fideicomisos respectivos, sea Banco Crédito Agrícola y Banco Popular y de Desarrollo Comunal, a tramitar las condonaciones de las deudas.

El tema de la viabilidad del proyecto se plantea a partir de las siguientes preguntas:

1°. ¿Es posible que la Ley establezca una excepción a una figura contractual comercial solo para beneficio de un grupo determinado?

En nuestro ordenamiento jurídico no existe norma que prevea la

posibilidad de que se condonen deudas de un fideicomiso. El objetivo de la propuesta, en ese sentido es tutelar una excepción para un determinado grupo de acreedores, sea miembros de la Asociación de Productores de Tierra Blanca.

La necesidad de una ley para tal fin, se plantea, porque, primero, los fondos de los fideicomisos son públicos, y segundo no existe facultad legal para hacerlo por parte de los entes públicos.

Sin embargo, esta asesoría considera que establecer una excepción por ley para una situación específica, para un grupo específico, podría violentar, eventualmente, el principio de igualdad constitucional, ello sucedería, al legislar en beneficio de un pequeño grupo, quedando por fuera otros acreedores de los mismos fideicomisos, que no tendrían esa posibilidad.

Para hacer una excepción a una norma jurídica, es necesaria que la misma sea proporcional y razonable, para efectos de no afectar el principio de trato igual entre iguales.

Se recomienda a los y las señoras diputadas hacer la valoración correspondiente.

2°. ¿Los recursos que se transmiten para la realización de los objetivos de un fideicomiso, pueden utilizarse para la condonación de deudas?

El fideicomiso nace para realizar fines determinados, y una condonación podría afectar la realización de dichos fines, pues podría implicar una disminución en los recursos.

Esto podría afectar derechos de otras personas, sea beneficiarios del contrato de fideicomiso. En el tanto, una condonación de deudas a determinados sujetos, afecte a otros beneficiarios por la afectación al patrimonio. Esta no podría realizarse.

Adquiere en este punto especial relevancia, el hecho que los recursos del fideicomiso son fondos públicos, en ese tanto, su disposición requiere de especial atención y especificación a través de una ley.

3°. ¿Es posible que una ley establezca aspectos como condonación de deudas en contratos específicos de fideicomisos?

El fideicomiso se rige por lo establecido en el

Código de Comercio y en los contratos propiamente dichos.

En esta normativa existen obligaciones específicas para cada una de las partes.

Así, por ejemplo, según el Código de Comercio es obligación del fiduciario ejercitar los derechos y acciones necesarios legalmente para la defensa del fideicomiso y de los bienes objeto de éste, así como emplear en el desempeño de su gestión el cuidado de un buen padre de familia. Una orden proveniente de una ley, al fiduciario, que establezca la obligación de condonar deudas, de conformidad con lo que indique el Fideicomitente, podría afectar la sana administración de los recursos del Fideicomiso.

Por su parte, el artículo 648 del Código de Comercio señala:

“Artículo 648.- En toda operación que implique adquisición o sustitución de bienes o derechos, o inversiones de dinero o fondos líquidos, debe el fiduciario ajustarse estrictamente a las instrucciones del fideicomiso...”

Por lo que se recomienda, no establecer como obligación dentro de la ley, las actuaciones de los fiduciarios, de forma tajante, pues, su actuar, dependerá de la situación que en el se encuentre el Fideicomiso.

4°. ¿Qué indican los contratos de Fideicomisos identificados como: Fideicomiso No.77-95, “PRONAMYPE/BANCOOP S.L, Fideicomiso No. 02-99 “MTSS/PRONAMYPE/BANCO POPULAR”, Fideicomiso No. 01-86, MAG- PIPA/ BANCOOP y Fideicomiso No. 05-99 MAG- PIPA/BANCREDITO sobre condonación de deudas?. De conformidad, ¿qué procedería hacer en cada caso?.

En ninguno de los contratos se encontró cláusula que permita la condonación de deudas, más bien se encuentran cláusulas que exigen al fiduciario a cobrar los créditos, judicialmente.

Respecto al Fideicomiso N°05-99 MAG-PIPA/BANCREDITO, este contrato originalmente es suscrito entre el Ministerio de Agricultura y Ganadería (fideicomitente) y Bancop para el Uso de los recursos del Programa para el Incremento de la Productividad Agrícola (PIPA),

luego Bancop es sustituido como fiduciario, -mediante convenio- por el Banco Crédito Agrícola de Cartago.

El Fideicomiso es constituido con recursos del Contrato de Préstamo BID No. 711/SF/CR, celebrado entre la República de Costa Rica y el Banco Interamericano de Desarrollo, el 21 de diciembre de 1982, Ley No. 6887 de 5 de setiembre de 1983.

El objetivo del Fideicomiso, según la cláusula tercera del contrato de Fideicomiso entre MAG y Bancop, es "ampliar y fortalecer los servicios básicos de apoyo principalmente dirigidos al pequeño y mediano agricultor, para incrementar la productividad de cultivos agrícolas según lo dispuesto en la Cláusula 6.1017, Capítulo VI del Contrato de Préstamo amparado por la Ley No. 6887"

En las cláusulas cuarta y quinta de ese contrato de fideicomiso, se prevé que el Fondo del Fideicomiso esté integrado por las recuperaciones subsiguientes de los préstamos y que el fondo se incrementa con los intereses de los créditos, e incluso que el 30% de esos recursos sirva para fortalecer y consolidar asociaciones cooperativas, asociaciones y centros agrícolas cantonales y las uniones, federaciones y confederaciones del sector agropecuario.

Por su parte, la cláusula novena del Convenio indica fiduciario (ante, ahora BANCREDITO) se compromete a llevar a cabo todos los actos necesarios para la realización del fideicomiso, realizando las acciones necesarias, administrativas o judiciales para la recuperación de los créditos.

Esta asesoría considera que la condonación de deudas a un sector no está prevista en el contrato de Fideicomiso, más bien lo que está previsto es que el fiduciario realice trámites de cobro judicial.

Consecuentemente, la ley solo podría autorizar al Fideicomitente a condonar deudas (si la medida es razonable y proporcional y no afecta a terceros) en el entendido, de que los recursos del Fideicomiso son públicos. Sin embargo, no puede obligar a las partes

del fideicomiso a ninguna actuación, más que la propia de la figura. Sea, que la condonación requeriría de acuerdo de las partes.

En el caso del Fideicomiso No. 02-99 Ministerio de Trabajo y Seguridad Social/ Banco Popular y de Desarrollo Comunal "MTSS/PRONAMYPE/BANCO POPULAR", en la cláusula tercera se establece que los fondos fideicometidos se utilizarán para dar servicio financieros y no financieros como: crédito, avales y garantías, servicios para desarrollo institucional, capacitación, asistencia técnica, apoyo a la comercialización u/y otras operaciones financieras y no financieras que en el futuro se llegaren a identificar.

Indica además que "El fideicomiso, así como su patrimonio, no podrán utilizarse para el cumplimiento de fines distintos de los indica el contrato. Queda entendido que la finalidad esencial del Fideicomiso, es la prestación de servicios financieros y de desarrollo empresarial a los Micro y Pequeños Empresarios y que la inversión de recursos ociosos del patrimonio fideicometido, es una finalidad secundaria del Fideicomiso".

La cláusula quinta en su apartado primero, señala que es obligación del fiduciario, administrar y ejecutar el fideicomiso de conformidad con el contrato. Esa misma cláusula en su apartado décimo octavo, señala que es obligación del fiduciario realizar de realizar los cobros judiciales de los créditos otorgados al amparo del Fideicomiso. utilización de tales recursos en moneda local, que no deberá apartarse de los objetivos específicos de este Programa".

Se recomienda valorar el impacto de la condonación de las deudas en los recursos y beneficiarios del Fideicomiso, y considerar la observación hecha respecto al Fideicomiso anterior.

5°. ¿Puede una ley ordenar al Fiduciario- en esté caso bancos estatales- a realizar actuaciones ordenadas por el Fideicomitente?

Una ley no puede disponer que un fideicomitente ordene conductas a un fiducario.

En el caso del Banco Crédito Agrícola de Cartago, éste goza de autonomía administrativa para su actuar, es

decir, la Asamblea Legislativa no puede ordenar su actuación, de conformidad con el artículo 188 de la Constitución Política.

Los bancos involucrados en estos fideicomisos, Banco Crédito Agrícola de Cartago y Banco Popular y de Desarrollo Comunal, actúan al amparo de una figura regida por el Derecho Comercial, y por ende, están en un giro comercial.

Por lo que resultan inconstitucional, que la ley les indique qué deben hacer en una situación determinada. Es el acuerdo de partes, el que define lo que ocurriría con el Fideicomiso. Se recomienda incluso eliminar el artículo 3 y lo correspondiente de los artículos 1, 2 y 4.

Conclusiones

Sin perjuicio, de lo que se dijo respecto a establecer una excepción por ley a una situación propia de un grupo específico, se concluye:

- Solo por ley, se puede autorizar la condonación de deudas, si los fondos que permitieron el crédito son públicos y quiénes la aplican son entes públicos (Ministerio de Agricultura y Ganadería y Ministerio de Trabajo y Seguridad Social).
- Solo cabe una autorización a gestionar la condonación, pues los contratos de fideicomisos se rigen por la conveniencia de las partes y su voluntad.
- La condonación de deudas no es propia de los fideicomisos. Si se autoriza, no puede afectar derechos de terceras personas, ni los fines del fideicomisos.
- Los contratos de los fideicomisos en estudio no contemplan la posibilidad de condonar deudas. Más bien, obligan al fiduciario a cobrarlas judicialmente.
- La condonación depende exclusivamente de las actuaciones concretas que al respecto se lleven a cabo.
- No se puede ordenar por ley una actuación determinada a bancos, en virtud, de la autonomía que la Constitución Política les otorga, en el caso de Banco Crédito Agrícola de Cartago, como estatal. Y en

consideración, también al Banco Popular y de Desarrollo Comunal, tanto el primer banco, como éste, actúan en el giro comercial propio. Se recomienda omitir cualquier referencia imperativa respecto a las actuaciones de las partes en el contrato o ejecución de operaciones de condonación.

En otro orden de ideas, se debe incluir el número de cédula jurídica de la Asociación de Productores de Tierra Blanca, sea 3-002-208675.

2 NORMATIVA

a) Ley de Contratación Administrativa.

[Asamblea Legislativa]⁵

Artículo 3.-Régimen jurídico.

La actividad de contratación administrativa se somete a las normas y los principios del ordenamiento jurídico administrativo.

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

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

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

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

Para el mejor ejercicio de sus potestades de fiscalización en la

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

(Así adicionado el párrafo anterior mediante el artículo 3° de la ley N° 8511 del 16 de mayo del 2006).

3 JURISPRUDENCIA

a) Contraloría General de la República

Oficio DGCA 141-97

[CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPUBLICA]⁶

27 de enero de 1997

DGCA 141-97

Doctora

Ana Gabriela Ross

Presidenta Ejecutiva

INSTITUTO COSTARRICENSE DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS

Estimada señora:

Damos respuesta a su atenta nota DPE-2338-96 de 30 de mayo de 1996, mediante la cual se consulta a esta Contraloría General los alcances del artículo 3º, párrafo 2º de la Ley de Contratación Administrativa, en cuanto a la posibilidad de establecer contratos de fideicomiso por parte de la Administración.

Al respecto, nos permitimos exponer la siguiente opinión jurídica que no implica valoración alguna con respecto a si el contrato de fideicomiso es la "mejor forma" para cumplir con los fines de esa Administración. Ese aspecto queda librado a la absoluta responsabilidad de esa entidad.

ESTADO ANTERIOR DE LA CUESTION

Desde mucho tiempo atrás, esta Contraloría General había venido sosteniendo una línea de pronunciamientos sistemáticos y congruentes, en el sentido de que los contratos de fideicomiso no estaban autorizados dentro de nuestra legislación como una herramienta para que la Administración cumpliera sus cometidos.

Bajo esa tesitura, se emitieron por parte de nuestra Dirección General de Asuntos Jurídicos las notas de 20 y 21 de diciembre de 1995 (16651 y 16652), a las cuales se hace referencia en su gestión.

Así las cosas, la posición allí expresada ha sido en un todo coherente con la línea de pensamiento que se ha dicho.

No obstante, con la entrada en vigencia de la Ley de la Contratación Administrativa el 1 de mayo de 1996, el panorama jurídico en cuanto al marco de legalidad, ha cambiado, al tomar en cuenta la nueva disposición que contempla el artículo 3.

ESTADO ACTUAL DE LA CUESTION

De conformidad con lo dicho en el párrafo anterior, esa Dirección General de Asuntos Jurídicos, con la anuencia del Señor Contralor General, ha vertido el pronunciamiento que se contiene en el Oficio DAJ-1943-96, emitido con ocasión de una consulta que formulara el Banco Nacional de Costa Rica sobre la posibilidad de conformar un fideicomiso para vender las acciones de BICSA, del

cual transcribimos de seguido la parte que es de mayor interés para el caso presente:

"El contrato de fideicomiso o "pactum fiducia" se puede definir como aquél en virtud del cual una persona recibe de otra un encargo respecto de un bien determinado cuya propiedad se le transfiere a título de confianza, para que al cumplimiento de un plazo o condición, se destine según lo convenido (ALBERTO CARREGAL, Mario. El fideicomiso. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1982. P. 47).

Resulta imperativo aquí aclarar, que si bien las facultades que corresponden al fiduciario son necesariamente restringidas, puesto que éste recibe los bienes o derechos para darles un destino determinado que debe constar en el acto constitutivo, lo cierto es que estamos ante una figura de propiedad imperfecta o limitada, en virtud de la misma declaración de la ley.

En nuestra legislación, el anterior criterio encuentra asidero en los artículos 633 y 634 del Código de Comercio, así como también en el artículo 116 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, que somete la constitución y ejecución de los contratos de fideicomiso al capítulo XII, título I, del citado Código.

De lo hasta aquí expuesto, hemos de desprender que el fideicomiso como tal, consiste en una administración de bienes, la cual, por disposición de la misma ley, comporta el traslado de propiedad de aquéllos. 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 aquellos 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 concertara 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 vengan 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.)

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.~

La nueva Ley de la Contratación Administrativa, Ley No. 7494 de 2 de mayo de 1995, con rige a partir del 1 de mayo del presente año, de alguna manera viene a ser eco de la posición expuesta, al señalar en su artículo 3, párrafo segundo, lo siguiente:

"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."

La redacción de la norma deja claro su carácter puramente excepcional, pues en el párrafo anterior se establece como regla el sometimiento de la actividad de contratación administrativa a las normas y principios del ordenamiento jurídico administrativo, de ahí que frente a un caso concreto en que la satisfacción del fin público lo justifique, podrá valorarse la posibilidad de recurrir a una figura contractual no regulada por dicho ordenamiento. Bajo esos términos podría un ente público llegar a suscribir un contrato de fideicomiso, sólo cuando pueda demostrarse en forma razonable que la satisfacción del fin público así lo justifica, y ello en cada caso en particular. Ajustándose, claro está, a la normativa que regula esa figura en los artículos 633 y siguientes del Código de Comercio, y siempre teniendo presente que en la concertación y ejecución del contrato se

deberán respetar los principios, requisitos, y procedimientos ordinarios que rigen la contratación administrativa..." (El texto original no está destacado).

CONCLUSION

Queda establecido que de acuerdo a la posición oficial de esta Contraloría General, a partir de la promulgación de la Ley de la Contratación Administrativa, la figura del fideicomiso es una forma de contrato legalmente válida a utilizar por la Administración. La determinación de aquellos casos en los cuales sea procedente esa figura, queda bajo la entera y exclusiva responsabilidad de la Administración respectiva.

Dejamos así evacuada su consulta;

Atentamente,

Lic. José Gerardo Riba Bazo
Director General

b) Procuraduría General de la República

Sobre la Injerencia del Estado en el contrato de Fideicomiso.

[Procuraduría General de la República]⁷

OJ-124-99

1º de noviembre de 1999 Señor Alberto Barrantes Boulanger
Secretario General Consejo de Gobierno Presente Estimado señor:

Con la aprobación del señor Procurador General de la República, me refiero a su oficio DM-164-99 de 10 de setiembre del año en curso.

Señala usted que el Consejo de Gobierno, en la sesión celebrada el 31 de agosto del presente año, acordó consultar el criterio vinculante de este Organo Asesor sobre el planteamiento de la Junta Directiva del Banco Nacional como fiduciario, y de los departamentos legales del Banco de Costa Rica y del Banco Nacional, en relación con el proyecto de contrato con la Corporación Financiera Internacional (CFI); convenio que tiene por objeto estudiar la conveniencia y viabilidad de la venta de BICSA, así como asesorar el procedimiento de venta.

Aclaración preliminar

En su solicitud expresamente se hace referencia en el sentido de que nos pronunciemos sobre el tema en cuestión en forma vinculante.

Debe aclararse, sobre ese extremo, que son dos las razones que impiden que el presente estudio tenga carácter vinculante:

En primer término, porque lo consultado versa sobre un asunto concreto. Existen reiterados pronunciamientos, que se constituyen en jurisprudencia administrativa, en el sentido de que por la naturaleza propia de nuestras funciones nos encontramos imposibilitados de pronunciarnos sobre casos concretos en forma vinculante, porque estaríamos sustituyendo los criterios propios de la administración activa.

Asimismo, el artículo 5 de nuestra Ley Orgánica, señala la incompetencia de la Procuraduría para pronunciarse sobre asuntos propios de órganos administrativos que posean un jurisdicción especial establecida por ley. El presente asunto, al tratarse básicamente de materia contractual, es la Contraloría General de la República, la competente para realizar un pronunciamiento con carácter vinculante. Este aspecto ha sido tratado ampliamente por la jurisprudencia administrativa de este Organismo Asesor, por lo que, de manera ejemplarizante se cita el siguiente pronunciamiento:

"Si bien no es propiamente el objeto de la consulta, como en el criterio legal se aborda el tema de si la explotación de dichas Tiendas puede ser concesionada a un particular, debe indicarse que se considera que este aspecto se enmarca dentro de la materia propia de la Contraloría General de la República, por las razones que de seguido se explican.

Reza el primer párrafo del artículo 183 de la Constitución Política que "La Contraloría General de la República es una institución auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública..." Asimismo, indica la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (Ley N° 7428 del 7 de setiembre de 1994) en su numeral 1° 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", mientras que el artículo 11° *ibid.* indica que "... los fines primordiales del ordenamiento contemplado en esta Ley, serán garantizar la legalidad y la eficiencia de los controles internos y del manejo de los fondos públicos en los entes sobre los cuales tiene jurisdicción la Contraloría General de la República..." Como puede observarse, todo lo referente a contratación administrativa es competencia exclusiva de la Contraloría, tesis que viene a ser ratificada por el último párrafo del artículo 3° de la Ley de la Contratación Administrativa (Ley N° 7494 del 2 de mayo de 1995), donde se lee que "Las disposiciones de esta Ley se interpretarán y se aplicarán, en concordancia con las facultades de fiscalización superior de la hacienda pública que le corresponden a la

Contraloría General de la República, de conformidad con su Ley Orgánica y la Constitución Política." Existen múltiples pronunciamientos de este Organismo Asesor sobre el tema. Únicamente a manera de ejemplo se cita el siguiente: "La Procuraduría es un órgano consultivo con competencia general en materia jurídica. Esa competencia sólo cede cuando se trate de los asuntos a que se refiere el artículo 5° de nuestra Ley Orgánica, así como en los supuestos del artículo 29 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. En ese sentido, se ha considerado tradicionalmente, desde antes de la reforma a esa Ley, que entra dentro de la esfera competencial del Organismo Contralor lo relativo a los procedimientos de contratación administrativa.

Conforme lo cual, es la Contraloría General -no la Procuraduría- la que debe determinar con carácter vinculante cuál es el procedimiento a seguir para una determinada contratación administrativa, situación en que se encuentra la compra de energía eléctrica por parte del ICE. Cuando la Procuraduría se manifiesta sobre un punto como el indicado, debe entenderse que lo hace sin perjuicio de lo que al efecto manifieste el Organismo Contralor, por lo que sobre ese punto su dictamen no es vinculante. Es bajo esa tesitura que se entra a aclarar los aspectos planteados por la Oficina de Generación Privada.

Procede aclarar que, en relación con los demás puntos a que se refiere el dictamen, éste es vinculante puesto que están comprendidos dentro de la competencia atribuida por el atribuida por los artículos 2° y 3° de nuestra Ley Orgánica." (OJ-10-97 de 10 de marzo de 1997)

En virtud de lo expuesto y de los preceptos jurídicos indicados, debe el IMAS acudir ante la Contraloría General de la República con el fin de establecer la legalidad de la posible licitación y concesión de las Tiendas Libres." (Pronunciamiento C-246-98 de 18 de noviembre de 1998)

Sobre tal competencia, la Contraloría ha precisado lo siguiente:

"Aún y cuando este Organismo Contralor comparte el criterio emitido por la Procuraduría General de la República en su oficio C-063-96

de 3 de mayo pasado, en el sentido de que una venta parcial de las acciones de BICSA requeriría de una autorización legal expresa que permitiera de la coparticipación financiera de los bancos comerciales del Estado con el capital privado, más no así la venta del total del capital accionario, resulta prudente entrar a precisar el sentido que pudiera atribuírsele a algunas frases contenidas en el pronunciamiento aludido del Organo Procurador.

Estima la Procuraduría que "...lo relativo al procedimiento de contratación que debe seguirse para la venta es competencia de la Contraloría General de la República en cuanto implica disposición de bienes públicos..." y, consecuentemente, advierte que "...no se referirá al procedimiento para una transferencia de BICSA BAHAMAS al capital privado. Aspecto que deberá ser dilucidado en su oportunidad por la Contraloría General de la República". Tales frases son del todo correctas si se interpretan adecuadamente, y decimos que esto por cuanto ya se ha llegado a estimar que corresponde a este Organo de Fiscalización superior "implementar" el procedimiento para la venta de dichas acciones (en este sentido véase el oficio N° R.G.S.1982-106-96 suscrito por el Diputado Gutiérrez Schwanhauser).

Resulta claro para el Organo Contralor que la implementación de los procedimientos a seguir para la venta de activos de los bancos estatales o de cualquier otra entidad pública, es un aspecto cuya definición corresponde a cada ente, con estricta observancia del ordenamiento jurídico que le resulte aplicable en materia de contratación administrativa.

De participar la Contraloría en la definición de tales aspectos, podría llegarse fácilmente al extremo de incurrir en una coadministración, lo cual debe evitar a toda costa un órgano de fiscalización superior; no sólo porque corre el riesgo de interferir en decisiones administrativas que son responsabilidad directa de los jefes o funcionarios de una determinada entidad, sino también por cuanto podría ver comprometida su objetividad al momento de ejercer la fiscalización posterior que por esencia le corresponde.

Lo anterior, no significa que si al momento de implementar la contratación, a una o varias entidades -como sucede en la especie-

le surgen dudas razonables en cuanto a la legalidad del procedimiento escogido o de los mecanismos o medios a utilizar para poder concretar satisfactoriamente la negociación, aquéllas no puedan formular la consulta respectiva ante esta Contraloría.

Bajo estos términos consideramos del todo factible absolver cualquier duda que pudiera suscitarse y ello en el ejercicio de la potestad consultiva que también es propia del Organo Contralor." (Oficio DAJ-1943 de 20 de agosto de 1996)

--- NOTA (1): El que se transcribirá en el aparte siguiente por tener relación con el tema consultado.

En virtud de las consideraciones expuesto, se emitirá el criterio solicitado en un afán de colaboración, pero éste no tendrá efecto vinculante, y es emitido sin perjuicio de las competencias propias de la Contraloría General de la República.

Además, el pronunciamiento partirá de la existencia del fideicomiso ya suscrito entre los Bancos Estatales, al que se integra el Estado en sustitución de la Junta Liquidadora del Banco Anglo Costarricense (cláusula 1.1 del contrato de Fideicomiso)

Antecedente administrativo relevante

Para efectos del realizar el presente estudio, resulta especialmente oportuno transcribir, a pesar de su extensión, el pronunciamiento C-063-96 de 3 de mayo de 1996 de este Organo Asesor, puesto que en él se sientan bases importantes para el

estudio del presente asunto.

"A-. BICSA BAHAMAS ES UNA EMPRESA PUBLICA Como han indicado los Bancos concernidos, no existe una norma legal que autorice expresamente la constitución de BICSA. En ese sentido, esta entidad tiene su origen en una convención autorizada por la Contraloría General de la República y el Banco Central de Costa Rica. Una aplicación mecánica del principio del paralelismo de los procedimientos conduciría a afirmar que la Corporación se disuelve y extingue de la misma forma en que se constituyó. Pero dicha aplicación no tendría en cuenta ciertas disposiciones en orden a la participación financiera de los bancos estatales en entidades financieras.

En razón de su actividad, BICSA está regida por el Derecho Comercial y más aún por el Derecho del país en donde se constituyó y ejerce primordialmente sus operaciones. Desde esa perspectiva, es una sociedad anónima de nacionalidad extranjera y sujeta, por ende, al ordenamiento extranjero. El régimen de su actividad es, pues, de Derecho Privado, igual que lo es el régimen de su organización, sea el de sociedad anónima.

Esta sujeción a un régimen de actividad y de organización de Derecho Privado, ha determinado que algunos de los Bancos consideren que BICSA BAHAMAS es una empresa privada. Empero, esa conclusión deja por fuera un aspecto importante cuál es el de la propiedad de la sociedad y los criterios en orden a la determinación del carácter público o privado de una empresa, que no son extraños a nuestro ordenamiento. Al respecto, tenemos que la Corporación es propiedad exclusiva de los Bancos del Estado y de la Junta Liquidadora del Banco Anglo, sea el capital social pertenece en su totalidad a entidades públicas, quienes ejercen, en razón de esa titularidad del accionariado, el control absoluto sobre las decisiones de la empresa. Tenemos, así, una persona jurídica cuyo capital social no solo en su mayoría sino en su integridad es dominado por entes públicos; de lo que se sigue un dominio en la Junta Directiva que dota a los socios públicos de un poder preponderante, mejor dicho absoluto, de decisión o de gestión sobre la entidad. Son estos elementos (cfr. M, DURUPTY:

Les entreprises publiques, I, PUF, 1986, pp. 210-211, D, LINOTTE-A, MESTRE: Services publics et Droit Public Economique, I, Litec, Paris, 1982, p. 230) los que doctrinariamente determinan que una empresa pueda ser calificada de pública, aún cuando se esté en presencia de una persona de Derecho Privado.

Sencillamente, no existe una identidad necesaria entre la naturaleza jurídica, pública o privada, de un ente y su personalidad jurídica.

Esta puede ser de Derecho Público o de Derecho Privado, según la organización y régimen que se le dé a la empresa. Lo importante es el hecho de que aún cuando se trate de una persona de Derecho Privado, por ejemplo, una sociedad anónima, la empresa puede ser pública si se dan los elementos definidores antes señalados (Cfr. A.

de LAUBADERE: Droit Public Economique, Dalloz, 1983, p. 668; E, GARCIA DE ENTERRIA-T, FERNANDEZ: Curso de Derecho Administrativo, I, Civitas, Madrid, 1989, p. 415 y E, GARCIA DE ENTERRIA- M, SANCHEZ MORON: "Régimen jurídico de la Empresa Pública en España", La empresa pública y su Régimen, Universidad Nacional Autónoma, Méjico, 1981, pp. 228-229). Permítasenos, sobre estos aspectos, las siguientes transcripciones: "...la publicidad de una empresa sólo puede predicarse si ésta se encuentra de una manera u otra controlada por un ente público.

Precisamente es sólo esta idea del control la única que nos puede poner sobre la pista de la existencia de una empresa pública, en tanto hablaremos de empresa pública en cuanto ésta se halle en su gestión mediatizada por el Estado u otro ente público". SOSA WAGNER: La organización y control del sector empresarial público en España, Madrid, 1971, pp. 77-78, citado por E, RIVERO YSERN: "Derecho Público y Derecho Privado en la organización y actividad de las empresas públicas". Revista de Administración Pública, N. 86-1978, p. 36.

"El tratamiento tradicional y predominante en la doctrina es la consideración de la empresa pública como un ente de Derecho privado, como hemos puesto de manifiesto. Ello venía provocado por la confusión entre naturaleza del ente y régimen de su actividad, que también denotaba nuestro Derecho positivo. Pero existe otro

factor que ha influido, a nuestro juicio, en la configuración de la empresa pública como ente de Derecho privado, y este factor ha sido la crisis profunda que el intervencionismo económico ha originado en la organización administrativa tradicional. (....)

La capacidad de personificación del Estado, que se va a plasmar fundamentalmente en las empresas públicas, da al traste con este esquema organizativo, adecuado para satisfacer los fines públicos tradicionales. (....).

Este planteamiento, a mi juicio, está absolutamente desfasado, y como en otras ocasiones, autores, si bien los menos, han denunciado la situación, pronunciándose por el carácter de entes públicos respecto de las empresas públicas", E, RIVERO YSERN: "Derecho Público y Derecho Privado en la organización y actividad de las empresas públicas". Revista de Administración Pública, N. 86-1978, p. 40.

Conforme los criterios antes señalados, existirá una empresa pública aún cuando el capital social no esté en su totalidad dominado por el ente público, a condición de que éste domine la mayoría de ese capital. BICSA es una empresa propiedad absoluta de los entes públicos. Consecuentemente, puede afirmarse que BICSA es una empresa pública, por cuanto se está ante una persona jurídica gestionando una actividad de índole financiera y cuyo capital social está exclusivamente en manos de entes públicos, que dominan, por ende, el total de los votos en la Junta Directiva y demás órganos de la sociedad. El punto es si ese capital social puede ser compartido con particulares. Es decir, si puede estar en manos tanto de entes públicos como de personas privadas.

B-. LOS BANCOS ESTATALES ESTAN AUTORIZADOS PARA CONSTITUIR EMPRESAS

DENTRO DE LA ESFERA PUBLICA

En virtud de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, los bancos del Estado son entidades de Derecho Público. Lo que significa que su organización y parte de su funcionamiento están regidos por el Derecho Público. Por ende, se rigen por el principio de legalidad. Así el ordenamiento jurídico

administrativo regula, entre otros aspectos, las operaciones que los bancos estatales pueden realizar y aquéllas que les están prohibidas, sea por su condición de instrumento del poder público, sea en virtud del principio de especialidad que rige la actuación de las empresas públicas.

1-. Prohibición de constituir empresas no públicas La Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional establece una serie de actos que le están prohibidos a los Bancos estatales. Dichas prohibiciones se refieren no sólo a la corrección de las operaciones crediticias y, en general, bancarias, sino que también buscan mantener el principio de especialidad. Ello determina la imposibilidad de realizar actos no indispensables para el normal funcionamiento de los bancos, o de constituir empresas que se dediquen a actividades no financieras. Dispone, en lo que interesa, el artículo 73 de la citada Ley: "Queda estrictamente prohibido a los bancos comerciales: 3) Participar directa o indirectamente en empresas agrícolas, industriales, comerciales o de cualquier otra índole, y comprar productos, mercaderías y bienes raíces que no sean indispensables para su normal funcionamiento. Se exceptúa de esta disposición, la participación que los bancos pudieran llegar a tener en capital de instituciones financieras de orden público o semipúblico, que llegaren a crearse, y la de los bancos que establecieren almacenes generales de depósito de acuerdo con la respectiva ley, o que, a la fecha de la promulgación de la presente ley, tuvieran ya participación en ellos, únicamente con respecto a los negocios y operaciones que resulten del funcionamiento de tales almacenes.

Exceptúanse también de estas disposiciones aquellos casos en que los bancos comerciales del Estado, conjunta o separadamente, constituyan o empleen personas jurídicas de su exclusiva propiedad para la prestación exclusiva de servicios para ellos mismos, previa autorización de la Junta Directiva del Banco Central de Costa Rica, o para la administración de bienes adjudicados en juicio".

De la norma transcrita se deriva como principio la prohibición de constituir o de participar en empresas de cualquier índole. Regla que tiene sus excepciones: la participación de capital en "instituciones financieras de orden público o semipúblico que llegaren a crearse"; la operación de almacenes generales de depósito y la constitución de empresas, de exclusiva propiedad de los bancos, para la prestación exclusiva de servicios para los

mismos bancos o para la administración de bienes adjudicados en juicio. Esta última posibilidad se refiere a la creación de empresas de servicios para los bancos, lo que excluye obviamente, la constitución de entidades que realicen funciones bancarias respecto de personas diferentes a los bancos, lo que implica que BICSA no encuentra acomodo en esta excepción. Y puesto que no se está ante un almacén de depósitos, el análisis debe centrarse en la primera de esas excepciones legales (1).

Los bancos estatales pueden crear y participar en instituciones financieras, con lo cual queda incólume el principio de especialidad: la participación financiera del banco está enmarcada dentro de su fin y esfera de acción. Pero esta excepción origina problemas, producto quizás del período en que se aprueba la excepción (esta exclusión encuentra su origen en el texto original de 1951). Hoy sabemos que la "entidad financiera" puede ser bancaria o no, aspecto que el artículo 73, inciso 3) no precisa, pero que puede ser precisado tomando en cuenta que en 1951 no existía una categorización de las empresas financieras no bancarias. Tampoco se aclara si esa participación es directa o indirecta y en este último caso, si rigen las mismas reglas que para la intervención financiera directa. Sin embargo, dada la prohibición existente, consideramos que estas reglas son también de aplicación necesaria en caso de una participación indirecta. De modo que esta participación indirecta sólo puede producirse en tratándose de entidades financieras públicas o "semipúblicas".

Por otra parte, la ley califica estas entidades: éstas deben ser "de orden público o semipúblico". Por orden público debe entenderse, necesariamente, entidad de naturaleza pública. BICSA BAHAMAS presenta ese carácter, en virtud de que al ser un banco constituye una entidad financiera y es pública en razón del capital social en manos públicas, aún cuando el régimen jurídico de su actividad y organización sea privado.

El problema es qué debe entenderse como ente "semipúblico". Los antecedentes legislativos no nos explicitan sobre el término, que por demás no es un término acuñado por el Derecho Administrativo.

Empero, tomando en cuenta el sentido normal del vocablo y el carácter prohibitivo de la formación de empresas privadas(2), podría concluirse que el término "semipúblico" está utilizado para referirse a empresas financieras donde si bien el capital no está

en su totalidad en manos de los bancos estatales, éstos dominan la mayoría de ese capital, sea al menos un 51%, con lo cual se mantiene la condición de empresa pública. En este sentido, no podría considerarse que se está ante una empresa "semipública" si la participación pública en el capital social es inferior a ese porcentaje, de forma que los bancos no puedan dirigir y controlar la entidad. Desde luego que no puede catalogarse una sociedad como "semipública", si el ente público titular de las acciones deviene un socio común, de forma que la actuación de la empresa debe acomodarse al interés común de los socios y no al del ente público, lo que obliga a éste a actuar como un socio privado más. En ese caso, es claro que la empresa será privada. Y, como se indicó, el artículo 73 de la ley establece una prohibición para la participación en empresas privadas, salvo lo contemplado en el inciso 4 (intervención de empresas deudoras) que no es la situación que nos ocupa.

Recordemos que: "Cuando el Estado o un ente público es dueño de la totalidad (como en el caso de CODESA respecto de FERTICA) o de la mayoría de las acciones de una sociedad mercantil común, puede maniobrar ésta a la medida de sus intereses y esa sociedad se convierte en empresa pública; si, a la inversa, el Estado o ente público son minoritarios, la empresa será privada. Lo decisivo en este aspecto es la titularidad del control sobre las decisiones y políticas de gestión de la sociedad: si ese control está en manos del Estado, la sociedad en cuestión será pública, y a la inversa. Y para este efecto da lo mismo la presencia del Estado que la de cualquier otro ente público...". E, ORTIZ: "La empresa pública como ente público", IVSTITIA, N. 52, año 5, p. 5. Desde esta perspectiva, puede afirmarse que está prohibido a los bancos estatales participar, directa o indirectamente, en forma minoritaria en el capital social de una entidad financiera, porque en ese caso no podría considerarse que la entidad es pública.

Lo anterior tiene consecuencias respecto de lo argüido por los diferentes socios de BICSA BAHAMAS.

2-. En caso de venta parcial, la participación de los bancos en BICSA debe permanecer mayoritaria. Se discute si, consecuencia de una venta de acciones a personas privadas, BICSA BAHAMAS puede quedar parcialmente en manos de capital privado. Los diferentes bancos tienen posiciones contrapuestas en orden a este punto. El Banco de Costa Rica, según el informe de la Asesoría Legal N. SL-31-HPL/ERC-96, afirma que "si se pretendiera desbordar este

límite (más del 50 % del capital social permanezca en manos de los bancos estatales), se requeriría necesariamente de una ley que faculte a los Bancos a proceder de conformidad, habida cuenta que, si no lo hubiere, se estarían desbordando los alcances establecidos en esta norma (artículo 73, 3 LOSBN)...". Por lo que concluye que "la eventual venta de acciones estaría supeditada a una ley que autorice la venta de estas acciones, ya que, como podrá notarse, en el fondo se trata de la enajenación de una entidad que es propiedad del Estado a través de sus Bancos Comerciales", salvo que se considere que se está en el supuesto del artículo 73, inciso 3) párrafo primero, en cuyo caso la autorización legal sólo sería necesaria si "la participación de los bancos estatales, conjunta o separadamente, fuere menor al cincuenta por ciento del capital social". Esta misma conclusión está parcialmente presente en el dictamen legal del Banco Crédito Agrícola de Cartago. Considera esa Asesoría que si todos los bancos estatales están anuentes a vender las acciones de BICSA no requerirían autorización legislativa para hacerlo, debiendo sujetarse a los procedimientos legales y reglamentarios en materia de contratación administrativa. Por el contrario, estima que si algún Banco no estuviere de acuerdo con la venta, conforme la prohibición del artículo 73 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, se requeriría de una ley que autorizara la coparticipación societaria de un banco estatal con entidades bancarias privadas. Lo anterior resulta, en su criterio, igualmente aplicable respecto de la venta de las subsidiarias, porque los bancos son los dueños de la empresa matriz y al aparecer ésta como dueña de otra compañía, al final todas las empresas dependerán en última instancia en su gestión y control de los Bancos del Estado. Por otra parte, si bien el criterio del Banco Nacional no se refiere a los alcances del primer párrafo del artículo 73, inciso 3) de repetida cita, sí expresa que la venta debe ser conjunta: el Banco puede vender el "activo representado por las acciones que posee en BICSA, desde luego en forma conjunta con el resto de los bancos comerciales públicos y mediante procedimientos separados". En cuanto a las subsidiarias, estima que la intervención del Banco se limitaría a la declaración de voluntad como socio mayoritario de la casa matriz para que se haga tal venta.

De lo anterior, pareciera desprenderse un consenso en cuanto a que una participación conjunta del sector público y sector privado en el capital social de BICSA debe ser autorizada por ley. Por el contrario, si la decisión de venta fuere unánime, de tal forma que BICSA sea transferida totalmente al capital privado, el criterio

de los bancos es que la decisión no requeriría autorización legal.

La transferencia de BICSA al capital privado puede conducir sea a la constitución de una empresa con capital exclusivamente privado, sea a la constitución de una entidad en que parte de capital esté en manos privadas y parte en manos públicas. En el primer caso, venta total de las acciones, no se presentaría un problema en orden al artículo 73 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional: en caso de venta total, no existirá participación alguna de los bancos estatales en esa empresa financiera. Por lo que no habría impedimento o restricción legal para que los bancos procedieran a la venta de la Corporación en el tanto esa venta abarque la totalidad del capital accionario. Bajo esas circunstancias, el problema queda circunscrito al mecanismo de transferencia de las acciones de BICSA del sector público al sector privado, aspecto que consideramos es del resorte de la Contraloría.

En la segunda opción: constitución de una entidad en que parte del capital esté en manos privadas y parte en manos públicas, ciertamente podría desaparecer también el carácter de empresa pública de BICSA BAHAMAS o de sus subsidiarias, pero también podría suceder que se mantenga la naturaleza pública de la Corporación. En efecto, si el porcentaje del capital accionario que se somete a venta es reducido, de forma que la mayoría queda en manos de los bancos, la Corporación podría seguir siendo entidad pública. Por el contrario, BICSA pasará a ser una empresa del sector privado si, consecuencia de una venta parcial, los bancos del Estado en su conjunto no disponen de la mayoría del capital social, situación en la cual estos bancos perderían, además, su posición predominante en el seno de BICSA. Con lo cual se produciría una participación financiera de los bancos en una entidad que no puede seguir siendo considerada como pública.

Pues bien, conforme la interpretación que se ha dado del primer párrafo del inciso 3) del artículo 73, se deriva la ausencia de una autorización legal para que los Bancos estatales participen -en forma conjunta- minoritariamente en el capital social de BICSA BAHAMAS. De modo que la venta parcial de las acciones no puede conducir -salvo una autorización legal- a la desaparición del carácter público de BICSA. Sencillamente, no existe autorización legal para que los bancos participen financieramente en empresas que no puedan ser consideradas públicas. De allí la conveniencia de que la decisión que se adopte sea producto del más amplio

consenso entre las entidades propietarias de BICSA. Por lo que en caso de no existir consenso y en ausencia de una modificación legal, será necesario que los bancos estatales mantengan la mayoría del capital social de BICSA o que, en virtud de otras disposiciones, mantengan un poder predominante que les permita influenciar la adopción de las decisiones que la Corporación llegue a adoptar. Es decir, de presentarse una venta parcial, la transformación de BICSA en una empresa cuyo capital público no sea mayoritario requeriría una autorización legal.

Con base en lo anterior, de pretender iniciar un proceso de venta de las acciones, es necesario que los propietarios actuales de BICSA tomen en cuenta lo dispuesto en el mencionado artículo 73. Puesto que una contratación que conduzca a mantener o provocar una participación de esos bancos en un porcentaje igual o inferior al 50% del capital social de BICSA, implicaría una coparticipación en una entidad financiera que no podría catalogarse de pública o semipública. Por consiguiente, se estaría ante una participación prohibida por la ley, lo que podría tener consecuencias en la contratación que se proyecta. De manera que, sin pretender invadir esferas de competencias que no le pertenecen, considera la Procuraduría necesario advertir que de iniciarse el citado procedimiento de contratación éste debe organizarse de forma tal que abarque la totalidad de las acciones o en su caso, definir, desde el principio, que la venta concierne una parte mínima del capital social.

CONCLUSION:

Por lo antes expuesto, es criterio de la Procuraduría General de la República que: 1-. De conformidad con el artículo 73, inciso tercero, primer párrafo de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, los bancos estatales están autorizados para constituir entidades financieras de naturaleza pública o semipública. Este último término debe entenderse en el sentido de una entidad dominada por un banco estatal, ya que no existe autorización legal, expresa o implícita, para constituir empresas de naturaleza privada.

2-. Consecuentemente, les está prohibido a los bancos estatales constituir empresas financieras en las que su participación sea, en su conjunto, minoritaria, de manera que impida al capital público ejercer un poder preponderante de decisión o de gestión de

la entidad.

3-. En razón de la propiedad pública del capital social, BICSA BAHAMAS constituye una empresa pública, a pesar de la personalidad de Derecho Privado.

4-. En caso de que se decida una venta parcial de la Corporación, la participación pública sería minoritaria, con lo cual la entidad financiera perdería su naturaleza pública. Situación prohibida por el artículo 73 antes mencionado. Dada esa situación, de proyectarse que la venta sea parcial se requeriría una autorización legislativa que habilite la coparticipación financiera de los bancos estatales con el capital privado. Situación que no se presentaría en caso de venta total del capital accionario.

5-. Lo anterior resulta igualmente aplicable a la constitución de empresas subsidiarias, ya que la regla es la prohibición de participar en empresas salvo que se trate de entidades financieras públicas o "semipúblicas".

6-. No corresponde a este Organo Consultivo referirse a cuál es el procedimiento de contratación a seguir para la transferencia de las acciones de BICSA BAHAMAS y de sus subsidiarias, actualmente propiedad de los bancos estatales, al sector privado."

(1) Cabe aclarar que no nos ubicamos en los supuestos de los artículos 5 y 48 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, por cuanto BICSA BAHAMAS y sus subsidiarias no constituyen "sucursales" o "agencias" u "oficinas" de los bancos estatales en el exterior, sino una entidad con personalidad jurídica diferente a la de los bancos propietarios.

Análisis del asunto planteado

A continuación se pasarán a analizar las consideraciones que se realizan, tanto en el criterio legal del Banco de Costa Rica como del Banco Nacional, sobre el proyecto de contrato a suscribirse con la Corporación Financiera Internacional (CIF) para contratarla

como asesor financiero para el proceso de venta de las acciones de BICSA.

Los temas que son analizados en ambos criterios legales, se analizarán juntos.

Sobre la sustitución del Estado en el Fideicomiso

Este tema solamente es cuestionado en el criterio de la asesoría legal del Banco Nacional.

Al respecto, se señala que, con fundamento en el principio de legalidad contenido en el artículo 11 de la Carta Magna y a lo dispuesto en el numeral 121 inciso 14) iusbidem, se desprende que para proceder a la venta de bienes del Estado se debe contar con una autorización legal expresa. Consecuentemente, afirman, que para proceder a la venta de BICSA es necesario que la ley lo autorice.

Se señala que desde la perspectiva constitucional y legal, el tema de la venta del capital accionario de BICSA debe ser analizado en dos momentos diferentes. El primero, cuando fue constituido el fideicomiso ya comentado con la participación de la Junta Liquidadora del Banco Anglo; y el segundo, está relacionado con la participación del Estado -Gobierno Central- como sucesor del extinto Banco Anglo Costarricense. La afirmación anterior, la explican de la siguiente manera:

Cuando el fideicomiso para la venta de acciones de BICSA fue constituido, tanto la Procuraduría General como la Contraloría General se habían pronunciado sobre el tema en particular. El Organo Asesor, como se recordará, interpretando los alcances del inciso 3) del artículo 73 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional concluyó que era jurídicamente factible proceder a la venta de la totalidad del capita accionario de BICSA.

A su vez, el Organo Contralor indicó que no encontraba objeción alguna al procedimiento escogido por los Bancos Comerciales del Estado y la Junta Liquidadora del Banco Anglo, de constituir un fideicomiso de acciones y por medio de ese instrumento proceder a la venta del patrimonio fideicomitado por medio de una licitación

pública. Lo anterior, de conformidad con una interpretación integral y sistemática del artículo 3 de la Ley de Contratación Administrativa, en relación con el 11 de la Ley General de la Administración Pública y los numerales 633 y siguientes del Código de Comercio.

En este primer momento, los criterios emitidos por la Procuraduría General y la Contraloría se sustentan en la interpretación y aplicación de varias disposiciones legales. Lo cual es congruente con el mandato constitucional previsto en los numerales 11 y 121 inciso 14) de la Carta Magna, que ya fueron comentados.

No obstante, en su criterio, la situación cambió cuando la Junta Liquidadora del Banco Anglo terminó sus funciones y, de conformidad con la ley de disolución de dicha entidad, el Estado asumió la titularidad de los bienes de la desaparecida entidad bancaria.

Asimismo, afirman que con fundamento en la interpretación que la propia Procuraduría le ha otorgado a la sucesión de los bienes del extinto Banco Anglo, se puede afirmar que actualmente el Estado -representado por el Ministerio de Hacienda- por imperativo legal, debe ser considerado (en sustitución de la Junta Liquidadora del Banco Anglo)

fideicomitente y fideicomisario, del fideicomiso constituido para la venta del capital accionario de BICSA.

Continúan diciendo que tal situación, emergente de la aplicación de la ley de disolución del extinto Banco Anglo, modifica todo el panorama jurídico en torno a la venta del capital accionario de BICSA. La modificación se produce porque el sustento de la autorización dada por la Procuraduría General era la aplicación de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional; lo que tenía mucha consistencia porque inicialmente la decisión de vender involucraba a tres Bancos Comerciales del Estado y a la Junta Liquidadora de otro. Sin embargo, al figurar hoy en día el Estado -representado por el Ministerio de Hacienda- no se le puede aplicar la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, en vista de que ella misma define en su primer artículo que regulará la actividad del sistema

bancario nacional y de sus participantes, incluyendo a los Bancos Comerciales del Estado. Asimismo, el artículo 73 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional expresamente restringe la actividad de los Bancos Comerciales del Estado y, además, cuando su inciso tercero autoriza la participación en entidades financieras públicas o semipúblicas, lo hace en función de los propios Bancos Comerciales del Estado y no del Estado considerado como Gobierno Central.

Es por ello que, consideran, que al asumir el Estado la condición de fideicomitente y fideicomisario del fideicomiso constituido por la venta del capital accionario de BICSA, se hace necesaria la promulgación de una ley expresa para ello, en apego de las disposiciones constitucionales ya citadas. Al respecto, debe considerarse que lo que se pretende realizar es la venta de un activo del Estado, de forma tal que en apego del principio de legalidad esta contratación -administrativa- definitivamente debe estar autorizada en forma expresa por la ley.

Señalan que no desconocen la tesis de que si el fideicomiso fue constituido al amparo de una interpretación legal válida, la venta siempre puede realizarse si cumplen con los fines y propósitos del fideicomiso, pero que si el numeral 633 del Código de Comercio establece que el fiduciario queda obligado a emplear los bienes para la realización de fines lícitos, y en este caso éstos deben estar autorizados por ley, lo que no ocurre en este asunto.

Lo anterior los hace llegar a la conclusión inicial de que carece de sustento jurídico el continuar con el proceso de venta del capital accionario de BICSA hasta tanto no se promulgue una ley que lo autorice expresamente.

De previo a entrar en el punto concreto que plantean es necesario realizar un breve análisis de la naturaleza de los fideicomisos.

Dicha figura se encuentra regulada en los artículos 633 a 662 del Código de Comercio, y es "un contrato por medio del cual una persona física o jurídica, recibe de otra un encargo respecto de un bien determinado, para que durante el desarrollo del convenio o al cumplimiento de un plazo o condición preestablecida, se le dé a ese bien el destino convenido."

De esta forma, en el contrato de fideicomiso se distinguen, generalmente, tres partes: el fiduciante o fideicomitente, que es el propietario del bien que se da en fideicomiso; el fiduciario o fideicometido, que es quien recibe el bien en fideicomiso y se compromete a darle la finalidad establecida en el convenio; y, por último, el fideicomisario o beneficiario, que es aquel a favor del cual se constituye el fideicomiso.

Según ya se indicó, esta es una figura propia del Derecho Comercial y no del Derecho Administrativo, por ello su traslado para la aplicación a entidades públicas ha ameritado una serie de precisiones -que en todo caso no acaban de perfilar la aplicación de esta figura en tratándose de dineros y bienes de naturaleza pública-, tanto de parte de este Organismo Asesor, y sobretodo de la Contraloría General de la República, por tratarse de materia de contratación.

Dentro de las especificaciones para constituir fideicomisos, la Procuraduría ha señalado que "cuando la constitución del fideicomiso suponga delegar potestades administrativas propias de la actividad ordinaria del ente, o sea aquella para la cual fue específicamente creado, dicha constitución no procede, pues ello sería tanto como modificar mediante una decisión administrativa la voluntad del legislador" 2, y además, que "un uso indiscriminado de este instrumento podría encubrir un irrespeto a las disposiciones establecidas en la Ley de la Administración Financiera y en otras disposiciones que regulan el manejo y gestión de fondos públicos."3

--- NOTA (2): Pronunciamiento de 30 de octubre de 1997.

NOTA (3): En ese sentido, pueden consultarse los pronunciamientos C-257-87, C-188-97, y OJ-055-97.

Por su parte, de previo a constituirse el fideicomiso para la venta del BICSA, la Contraloría General de la República, mediante oficio DAJ-1943 de 29 de agosto de 1996, estimó lo siguiente:

"Sobre la suscripción de contratos de fideicomiso por parte de los entes públicos.

El contrato de fideicomiso o 'pactum fiducia' se puede definir como aquél en virtud del cual una persona recibe de otra un encargo respecto de un bien determinado cuya propiedad se le transfiere a título de confianza, para que al cumplimiento de un plazo o condición, se destine según el convenio (Alberto Carregal, Mario, El fideicomiso, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1982, p. 47)

Resulta imperativo aquí aclarar, que si bien las facultades que corresponden al fiduciario son necesariamente restringidas, puesto que éste recibe los bienes o derechos para darles un destino determinado que debe constar en el acto constitutivo, lo cierto es que estamos ante una figura de propiedad imperfecta o limitada, en virtud de la misma declaración de la ley.

En nuestra legislación, el anterior criterio encuentra asidero en los artículos 633 y 634 del Código de Comercio, así como también en el artículo 116 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, que somete la constitución y ejecución de los contratos de fideicomiso al capítulo XII, título I, del citado Código.

De lo hasta aquí expuesto, hemos de desprender que el fideicomiso como tal, consiste en una administración de bienes, la cual, por disposición de la misma ley, comporta el traslado de propiedad de aquéllos. 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 o prestar aquellos 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 fideicomitado, sin que existiera una autorización genérica para tales efectos, este Organismo Contralor llegó a estimar que -por regla general de principio- se requeriría de autorización expresa de ley para que una entidad pública concertara 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 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 que 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 sólo diferencia: la persona jurídica pública, su competencia y la de sus órganos no existe si las normas no la 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, 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 faculta para actuar de cuál o tal manera, sino que la propia existencia del ente en cuanto al cumplimiento del fin o fines parra 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.

La nueva Ley de Contratación Administrativa, Ley Número 7494 de 2 de mayo de 1995, con rige a partir del 1 de mayo del presente año, de alguna manera viene a ser eco de la posición expuesta, al señalar en su artículo 3, párrafo segundo, lo siguiente: '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.' La redacción de la norma deja claro su carácter puramente excepcional, pues en el párrafo anterior se establece como regla el sometimiento de la actividad de contratación administrativa a las normas y principios del ordenamiento jurídico

administrativo, de ahí que frente a un caso concreto en que la satisfacción del fin público lo justifique, podrá valorarse la posibilidad de recurrir a una figura contractual no regulada por dicho ordenamiento.

Bajo esos términos podría un ente público llegar a suscribir un contrato de fideicomiso, sólo cuando pueda demostrarse en forma razonable que la satisfacción del fin público así lo justifica, y ello en cada caso en particular. Ajustándose, claro está, a la normativa que regula esa figura en los artículos 633 y siguientes del Código de Comercio, y siempre teniendo presente que en la concertación y ejecución del contrato se deberán respetar los principios, requisitos y procedimientos ordinarios que rigen la contratación administrativa, aspectos que en el caso particular sometido a nuestra consideración, serán analizados de seguido.

Sobre el caso concreto En la consulta que nos ocupa, se propone la suscripción de un contrato de fideicomiso en el cual el Banco Crédito Agrícola, el Banco de Costa Rica y la Junta Liquidadora del Banco Anglo, actuarían como fideicomitentes, traspasando las acciones de BICSA que les pertenecen como propiedad fideicomitida a un fiduciario, que en el caso concreto lo sería el Banco Nacional.

El fideicomiso se constituiría para efectos de vender al público las acciones fideicomitidas junto con las que son propiedad del Banco Nacional en BICSA, siguiendo el procedimiento de licitación pública.

De donde resulta claro que el propósito de recurrir al contrato de fideicomiso es de carácter puramente instrumental, sea como un medio para facilitar el trámite de venta de la totalidad de las acciones de las que son propietarios los bancos comerciales del Estado y la Junta Liquidadora del Banco Anglo en BICSA, al reunir en cabeza del Banco Nacional dicho total de acciones, facilitándose entonces la posterior negociación y venta de las mismas.

Bajo tales términos estimamos que resulta factible recurrir a una alternativa como la propuesta, pues entendemos que el fin público que se persigue cumplir encontraría en la utilización de esta figura (fideicomiso), un mecanismo adecuado para hacer más

sencillo y expedito el trámite de venta de dicho capital accionario, al reunir el mismo en manos de una sola persona jurídica pública (Banco Nacional), sujeto -claro está- a una serie de condiciones que los fideicomitentes previamente establecerían en las cláusulas del contrato respectivo.

Es evidente que la venta de las acciones de BICSA configura una contratación sui generis, precisamente por las circunstancias que muy bien hacen ver el pronunciamiento de la Procuraduría⁴ en el sentido de que si no existe autorización legal expresa que disponga algo diverso, sólo puede ser vendida la totalidad de las acciones⁵.

--- NOTA (4): Se refiere al C-063-96 de 3 de mayo de 1996.

NOTA (5): En el pronunciamiento C-063-96 de 3 de mayo de 1996 no sólo se indica que deben ser vendidas la totalidad de las acciones de BICSA, sino que además se establece, la posibilidad de que la venta corresponda a un porcentaje inferior al 50%, porque de esa manera no se perdería el carácter público o semipúblico de la entidad. En este sentido se señaló: "Con base en lo anterior, de pretender iniciar un proceso de venta de las acciones, es necesario que los propietarios actuales de BICSA tomen en cuenta lo dispuesto en el mencionado artículo 73. Puesto que una contratación que conduzca a mantener o provocar una participación de esos bancos en un porcentaje igual o inferior al 50% del capital social de BICSA, implicaría una coparticipación en una entidad financiera que no podría catalogarse de pública o semipública. Por consiguiente, se estaría ante una participación prohibida por la ley, lo que podría tener consecuencias en la contratación que se proyecta. De manera que, sin pretender invadir esferas de competencias que no le pertenecen, considera la Procuraduría necesario advertir que de iniciarse el citado procedimiento de contratación éste debe organizarse de forma tal que abarque la totalidad de las acciones o en su caso, definir, desde el principio, que la venta concierne una parte mínima del capital social." ---

Ello genera una inquietud válida derivada del problema práctico de poner de acuerdo a cuatro órganos colegiados, a saber, las Juntas Directivas de todos los Bancos Comerciales del Estado y la Junta Liquidadora del Banco Anglo.

Recurriendo al fideicomiso, el acuerdo entre los Bancos dichos y la Junta Liquidadora del Banco Anglo sería previo al trámite mismo de la licitación pública, y salvo en caso de un incumplimiento de sus cláusulas, es de esperar que no se generen mayores contratiempos en dicho trámite, lográndose el fin último propuesto, cual es la venta de la totalidad de las acciones de repetida cita.

Los criterios jurídicos que hemos tenido a la vista, tanto del Banco Crédito Agrícola de Cartago (GG-328/96) como del Banco de Costa Rica (SL/HPL/MQB/ERC/953/96), cuestionan la procedencia de utilizar la figura del fideicomiso bajo tres argumentos: * No procede por cuanto implica el traspaso de la propiedad de los bienes fideicomitidos al fiduciario y ello requeriría de una ley que así lo autorice en forma expresa;

* El Banco Nacional de Costa Rica actuaría como fideicomitente, fiduciario y fideicomisario, lo cual está prohibido por el artículo 656 del Código de Comercio, cuando dispone que el fiduciario no podrá ser fideicomisario;

* Se está delegando el régimen de contratación administrativa de un ente público a otro ente público.

En cuanto al primer cuestionamiento ya quedó claro, líneas atrás, que es factible bajo circunstancias excepcionales recurrir a esta figura cuando la misma se presenta del todo razonables y adecuada para la consecución de un determinado fin público. Amén de que entendemos que el artículo 3 de la Ley de Contratación Administrativa daría sustento jurídico para ello, bajo las circunstancias dichas; y el numeral 6 de la Ley de Disolución del Banco Anglo Costarricense (Número 7471 de 20 de diciembre de 1994), faculta expresamente a la Junta Liquidadora de ese Banco para suscribir contratos de fideicomiso con otros bancos del Estado para efectos de liquidar sus activos.

Si bien no conocemos los términos del proyecto de contrato de fideicomiso que tuvieron a la vista las asesorías legales precitadas al momento de emitir los pronunciamientos dichos, es lo cierto que en el borrador que se nos ha remitido, no aparece como

fideicomitente el Banco Nacional, sea las acciones de BICSA que le pertenecen a este Banco en ningún momento se traspasan como propiedad fideicomitida. De ahí que nunca podría suscitarse entonces, la prohibición contemplada por el numeral 656 del Código de Comercio respecto del Banco Nacional.

(...) Queda claro con la lectura de esta cláusula que las acciones del Banco Nacional no forman parte del fideicomiso, tan sólo se van a vender junto o en conjunto con las acciones fideicomitidas bajo un mismo procedimiento de contratación administrativa. Este último aspecto genera algunas inquietudes de orden práctico y jurídico que expondremos más adelante.

Sobre este último argumento, hemos de reiterar lo ya dicho en cuanto a la naturaleza sui generis y excepcional de una contratación como la que nos ocupa, que bien podría justificar que un ente público pueda vender activos de otro ente si existe un instrumento que jurídicamente lo habilite para ello, en la especie el contrato de fideicomiso.

No podemos terminar el presente análisis sin referirnos a algunos aspectos de orden general del proyecto o borrador de contrato de fideicomiso que se adjunta. Se advierte que las observaciones que de seguido se formulan no son exhaustivas, pues sólo se trata de un proyecto o borrador de contrato, que puede ser objeto de cambios en cualquier momento.

Para efectos de implementar el trámite de la licitación pública mediante la cual se venderán las acciones de BICSA, se contempla la necesidad de concretar una serie de contrataciones previas para contar con una firma que lleve a cabo el avalúo de las acciones, que asesore en la elaboración del cartel y, en general, se prevé la posibilidad de contratar y pagar con cargo al fideicomiso "...apoderados, representantes, agentes, funcionarios, empleados, asesores, profesionales independientes o firmas para administrar o tramitar asuntos del fideicomiso en los términos y condiciones que indique el fiduciario." (cláusula 3.3 inciso k)

El proyecto de contrato de fideicomiso bajo estudio no se refiere al procedimiento que utilizará el fiduciario para concretar esas contrataciones, por lo que resulta prudente referirse al mismo en forma expresa en el documento, pues entendemos que si lo que en

definitiva se pretende es vender las acciones 'en los términos y condiciones más transparentes y ventajosas' lo pertinente, en este caso, es que aquéllas se verifiquen siguiendo los procedimientos usuales de contratación administrativa a que debe ajustarse el fiduciario (Banco Nacional) en su función administrativa, y ello es una condición que perfectamente puede estipularse en el fideicomiso, máxime que este contrato es sólo un medio para facilitar la venta de activos públicos.

Debe quedar muy claro que el costo de las contrataciones previas a las que venimos de referirnos, no podría cargarse en forma exclusiva al fideicomiso pues el Banco Nacional obviamente se va a beneficiar con las mismas, lo propio sería prorratarlo de acuerdo con la proporción de acciones que le pertenecen. En otro decir, cualquier contratación previa que se lleve a cabo deberá concretarla el Banco Nacional como propietario del 55% de las acciones de BICSA y como fiduciario del 45% restante."6

--- NOTA (6): Sobre la naturaleza de los fideicomisos, las limitaciones y controles con que cuenta la Administración para suscribirlos, resultan de especial importancia los pronunciamientos de la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Contraloría General de la República números DAJ-1598 de 4 de agosto de 1999 y DAJ-1787 de 1 de setiembre de 1999. No se transcriben con el objeto de no hacer más largo el presente documento, y por contener la cita supra transcrita, la posición de la Contraloría respecto del Fideicomiso en estudio.

Termina el anterior pronunciamiento señalando que se trata de una opinión jurídica, puesto que son los Bancos Comerciales del Estado y la Junta Liquidadora del Banco Anglo los llamados a ponerse de acuerdo en cuanto a los medios y procedimientos a seguir, con respeto del ordenamiento jurídico que los rige en materia de contratación administrativa y la más absoluta transparencia y protección de los intereses públicos.

La anterior opinión de la Contraloría es relevante sobre aspectos que interesan para efectos de esta consulta.

Nótese que en ella se establece un criterio general de interpretación sobre la viabilidad de que instituciones del Estado utilicen la figura del fideicomiso; interpretación que es bastante amplia, pero que este Organismo Asesor respeta por ser la Contraloría General el órgano legalmente asignado para emitir opiniones sobre la materia de contratación administrativa.

En todo caso, debe precisarse que la consulta que nos ocupa no versa sobre el Fideicomiso ya constituido, sino que, partiendo de él, las consideraciones surgen en punto a la sustitución de la Junta Liquidadora del Banco Anglo por el Estado en relación con la con el proyecto de contrato con la Corporación Financiera Internacional (CFI).

En primer término, debe quedar claro que la sustitución de la Junta Liquidadora del Banco Anglo por el Estado se produce estando en vigencia el contrato de fideicomiso que se constituye para lograr la venta de las acciones de BICSA. En éste, la Junta Liquidadora del Anglo participó como fideicomitente y traspasó las acciones de BICSA antes de la fecha de liquidación del Anglo, esto es, cuando todavía se encontraba autorizado para suscribir fideicomisos de conformidad con la Ley 7471.

Es por disposición expresa del mismo Fideicomiso, y con fundamento en la citada Ley 7471, que se estableció que con posterioridad a la fecha de vencimiento que en dicha Ley se estipulaba, el Estado pasaba a sustituir como fideicomisario a la Junta Liquidadora en el Fideicomiso, citando lo establecido en el artículo 15 de ésta (cláusula 1.1).

Este elemento es importante porque hay que rescatar que, de previo a la posibilidad de una participación estatal directa, ya hubo un endoso y traslado de las acciones de BICSA, las que a partir de ese momento le pertenecen al fiduciario para disponer de ellas de acuerdo con el contrato (cláusulas 1.1 y 1.2 del Contrato de Fideicomiso).

Los fines y propósitos del Fideicomiso están especificados en la cláusula 2.1, señalándose los siguientes:

1. Reunir en cabeza del Fiduciario las acciones del BICR pertenecientes a los Fideicomitentes para facilitar la posterior negociación y venta de las acciones.

2. Vender al público las acciones fideicomitidas junto con las que son propiedad del Fiduciario y que todas juntas representan el 100% del capital del BICR, por el trámite de licitación pública y en los términos y condiciones más transparentes y ventajosas y utilizando, para la contrataciones preparatorias que sean necesarias, los procedimientos administrativos de contratación usuales del Fiduciario.

3. Cobrar el precio, deducir los gastos del Fiduciario y distribuir el producto neto entre los Fideicomitentes en proporción a las acciones fideicomitidas por cada uno.

Con fundamento en lo anterior, en este momento y siempre que no se modifique o impugne el Fideicomiso constituido, la venta de las acciones que anteriormente le pertenecían al Banco Anglo, no puede considerarse como una venta de acciones cuya titularidad le corresponde al Estado, puesto que éstas fueron traspasadas y endosadas en fideicomiso al Banco Nacional de Costa Rica como fiduciario, con fundamento en la normativa existente a ese momento⁷ y al criterio orientador de la Contraloría General de la República. En consecuencia, no se requiere, desde esta perspectiva y necesariamente, de una ley que venga a establecer su mecanismo de venta.

--- NOTA (7): Mediante Oficio DAJ-1245 de 10 de junio de 1999, ante consulta realizada por la Junta Directiva del Banco Nacional, la Contraloría General de la República señala que el Contrato de Fideicomiso para la venta de las acciones de BICSA no requiere del refrendo de ese Organó, puesto que cuando se constituyó no se requería de él.

Sobre los alcances del contrato del fideicomiso en relación con los porcentajes de venta de las acciones

Sobre este tema se expone lo siguiente en el criterio legal del Banco Nacional:

De conformidad con la cláusula 2.1. del Contrato de Fideicomiso, éste se crea para "Vender al público las acciones fideicomitidas junta con las que son propiedad del Fiduciario y que todas junta

representan el 100% del capital del BICR, por el trámite de licitación pública..."

De la relación de dicha norma, con las cláusulas 3.3, 7.1, ésta última en relación con la 1.1, y 6.2, consideran que la voluntad de los fideicomitentes es para que la venta del 100% de las acciones de BICSA se realice mediante el procedimiento de licitación pública. Esto es, tanto de las acciones del Banco Nacional como de las del fideicomiso.

Consecuentemente, para utilizar un procedimiento distinto se requiere de una reforma al propio contrato de fideicomiso.

En virtud de lo anterior objetan la cláusula 2.1 del contrato propuesto ya que violenta el contenido mismo del fideicomiso.

Asimismo, se considera que el procedimiento allí previsto estaría en contravención de lo dispuesto en el artículo 73 inciso 3) de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional y los numerales 11 de la Constitución Política y 11 de la Ley General de la Administración Pública. Recuerdan también la existencia del pronunciamiento de la Procuraduría sobre ese tema.

Se señala que el tema de las obligaciones del fiduciario en este fideicomiso para la venta de las acciones de BICSA, es particularmente importante ya que está directamente relacionado con las obligaciones del Banco Nacional de Costa Rica en tal condición. Tanto la doctrina, como los numerales 633 y 644 inciso a) del Código de Comercio, establecen como una de las principales obligaciones del fiduciario el cumplir con los fines y propósitos predeterminados en el acto constitutivo, esto es, en el contrato de fideicomiso, y que el incumplimiento de lo pactado puede acarrear, al fiduciario -frente a los fideicomitentes, fideicomisarios y terceros- responsabilidad civil por daños y perjuicios y, según sea el caso, responsabilidad administrativa o penal.

Posteriormente, cuando se realiza el análisis de las cláusulas del convenio se retoma el tema, indicándose, además de lo expuesto lo siguiente.

Que si se va a modificar el contrato de fideicomiso, tal modificación requiere del acuerdo de los fideicomitentes y del

fiduciario expresado por escrito y firmado por todas las partes (cláusula 7.1 del Fideicomiso). Como ahora figura el Estado, en esta oportunidad, la reforma deberá ser remitida a la Contraloría General de la República, para su respectivo refrendo (art. 20 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y su Reglamento).

Sobre este mismo tema, se expone en el criterio legal del Banco de Costa Rica, lo siguiente:

Se señala que se está estableciendo la posibilidad de vender en forma parcial las acciones, aspecto que se encuentra en contradicción con el artículo 73 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, que fue desarrollado en el pronunciamiento C-063-96 de 3 de mayo de 1996. Además, de que ese aspecto requeriría una modificación del contrato de fideicomiso, que debe ser refrendada por la Contraloría General de la República, al ser ahora parte el Estado como titular de los derechos que correspondían al Banco Anglo Costarricense.

Las cláusulas 2.1.b)8 y 3.3.d)9 del contrato de fideicomiso son claras en el sentido de que la venta es sobre el 100% de las acciones de BICSA, esto es, tanto de las que se encuentran sujetas al régimen de fideicomiso, como de aquellas que pertenecen al Banco Nacional. Asimismo, es claro que el trámite previsto para la venta de las acciones es el de la licitación pública, y específicamente se señala en la última cláusula citada, que debe ser en una sola licitación pública.

--- NOTA (8): En lo que interesa, se señala en esta cláusula: "Vender al público las acciones fideicomitidas junto con las que son propiedad del Fiduciario y que todas juntas representan el 100% del capital del BICR, por el trámite de licitación pública..."

NOTA (9): Señala esa cláusula: "Ofrecer y vender al público en una sola licitación , como se indicó, las acciones fideicomitidas y el resto de las acciones del BICR, inscritas antes del este contrato a nombre del Banco Nacional de Costa Rica." ---

Consecuentemente, el Banco de Costa Rica, como fiduciario, se

encuentra obligado a disponer de los bienes en la forma en que los fideicomitentes le señalaron (art. 633 del Código de Comercio), esto es, mediante la apertura de una sola licitación pública en la que se promueva la venta del 100% de las acciones de BICSA.

Al establecerse una cláusula en el contrato a suscribirse con el CIF, en el sentido de que en el informe de éste "incluirá un análisis de la posibilidad de vender a través de una licitación pública un paquete de acciones mayoritarias (en todo caso, no menos del 51% de las acciones emitidas y en circulación) de BICSA a uno o más Inversores Estratégicos y, en forma independiente, ofrecer el remanente al público en general a través de la Bolsa Nacional de Valores de Costa Rica, sujeto a que se efectúen las modificaciones necesarias en los términos del Fideicomiso y a la legislación costarricense aplicable" contraviene directamente las disposiciones que le dieron al fiduciario los fideicomitentes, y consecuentemente, por puede ser incluida en el referido contrato.

Se considera, además, que el citado vicio no se subsana con el hecho de sujetarla a la condición suspensiva de que se modifiquen los términos del fideicomiso por las siguientes razones.

Al requerirse de una modificación del contrato de fideicomiso se necesita del concurso de la voluntad de todos los fideicomitentes, y consecuentemente, podría entenderse que de la expresión de la voluntad del Estado.

El Estado se encuentra sujeto al principio de legalidad regulado en los artículos 11 de la Constitución Política y 11 de la Ley General de la Administración Pública. Sobre este principio, la Sala Constitucional ha señalado:

"(...) La Constitución Política en el artículo 11 señala: "los funcionarios públicos son simples depositarios de la igual disposición normativa establece el artículo 11 de la Ley General de Administración Pública. Ambas disposiciones exigen que las actuaciones públicas se fundamenten en una norma expresa que habilite la actuación del funcionario, prohibiéndole realizar todos aquellos actos que no estén expresos autorizados, lo que involucra, desde luego, el principio de interdicción de la arbitrariedad... " (Voto 3887-94 de 3 de agosto de 1994) (Lo resaltado es nuestro)

En este caso concreto, no existe norma alguna que disponga, al menos, el destino o el fin que debe asignársele a las acciones de BICSA que pertenecían al extinto Banco Anglo, y que fueron dispuestas por la Junta de Liquidación del Banco Anglo.

Nótese que la Ley de Disolución del Banco Anglo Costarricense contempló dos situaciones específicas para los activos y bienes del Banco: los que su traspaso o venta se produjera antes de la fecha de extinción de éste, y aquellos que al finalizar la liquidación no se hubiesen vendido o traspasado (artículos 5 y 13).

En virtud del Fideicomiso creado, y según ya se ha analizado, la Junta Liquidadora del Anglo traspasó las acciones de BICSA antes de la fecha de liquidación del Anglo. Por disposición expresa del mismo Fideicomiso, y con fundamento en la citada Ley 7471, se estableció que el Estado pasaba a sustituir, como fideicomisario, a la Junta Liquidadora en el Fideicomiso.

Pero, como puede observarse, no existe en este momento ninguna norma legal, ni previsión en el contrato en estudio, que establezca la sustitución de la Junta por el Estado en su calidad de fideicomitente, y menos que, aún entendiendo tácitamente que ello se puede, que oriente, dirija o autorice las acciones que tomaría el Estado para manifestar su voluntad frente a una reforma al Fideicomiso.

Es por ello que se considera que para modificar los términos del Fideicomiso constituido para la venta de las acciones de BICSA, el Estado requiere de la existencia de una ley que lo autorice a ser fideicomitente, y así poder manifestar su voluntad, respetándose de esa forma el principio de legalidad que rige su actuación.

Además de lo anterior, debe tomarse en cuenta que, si pese a lo señalado anteriormente, se procede a realizar la modificación del Fideicomiso, en esta oportunidad sí requeriría del refrendo de la Contraloría General de la República, de conformidad con el artículo 20 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

El otro tema que se trae a colación es que la introducción de la cláusula de comentario violenta lo dispuesto en el artículo 73

inciso 3) de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional.

La interpretación y alcances del citado numeral ya fueron analizados en el Dictamen de este Organismo Asesor C-063-96, y que fue transcrito en el aparte de "Antecedente Administrativo relevante", criterio que fue avalado por la Contraloría en el Oficio DAJ-1943, que también fue transcrito en lo conducente.

Así, por el hecho de utilizarse la figura del Fideicomiso, ello no puede obviar y servir para evitar el cumplimiento de las normas que rigen la actuación de los fideicomitentes. Consecuentemente, cualquier procedimiento que se diseñe no puede violentar lo dispuesto en el citado numeral, tomándose en cuenta el precedente de interpretación dado por esta Procuraduría.

Conforme con lo anterior, recientemente, la Contraloría ha señalado que "por principio, los contratos de fideicomiso que suscriban los entes y órganos públicos no podrían ir en contra de las normas que informan el ordenamiento jurídico administrativo aplicable a la especie." (DAJ-1787 de 1º de setiembre de 1999)

En aplicación de lo dicho supra, también debe tomarse en cuenta que conforme al artículo 41 inciso b) de la Ley de Contratación Administrativa la licitación pública es el procedimiento de contratación obligatorio en toda venta o enajenación de bienes, muebles o inmuebles, o en el arrendamiento de bienes públicos, salvo si se utiliza el procedimiento de remate. Por su parte, el numeral 49 de ese mismo cuerpo normativo establece que el procedimiento de remate podrá utilizarse para vender o arrendar bienes, muebles o inmuebles, cuando resulte el medio más apropiado para satisfacer los intereses de la Administración.

Al respecto, la Contraloría General de la República ha indicado:

"En relación con su consulta, nos permitimos señalar que como regla de principio, al tenor de lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley de Contratación Administrativa, y en el artículo 44 del Reglamento General de Contratación Administrativa, la licitación pública es el procedimiento de contratación que obligatoriamente se debe requerir en todo caso de venta o enajenación de bienes, muebles o inmuebles, o el arrendamiento de bienes públicos, salvo si se utiliza el procedimiento de remate. En consecuencia, sin perjuicio del valor asignado a los bienes muebles de la Administración, el procedimiento que corresponde para su venta es la licitación pública, excepto que se utilice la vía del remate debidamente justificado.

(...) Ahora bien, reiteramos que cuando nos encontremos frente a una venta pura o simple o a cualquier forma de enajenación pura y simple de bienes muebles o inmuebles propiedad de la Administración, esta quedará obligada, según lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley de Contratación Administrativa, a seguir el procedimiento de licitación pública, salvo si se utiliza el remate, independientemente del valor de los bienes que pretenda enajenar." (Oficio D.G.C.A. 1548-96 de 20 de noviembre de 1996)

Sobre este mismo tema, ha afirmado:

"Sobre el particular, le manifestamos que la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento General, expresamente disponen que el remate podrá utilizarse para vender o arrendar bienes muebles o inmuebles, cuando resulte el medio más apropiado para satisfacer los intereses de la Administración. De esa manera, es claro que la responsabilidad sobre la determinación de si se trata del medio más apropiado para satisfacer los intereses de la Administración, es una decisión propia de ese Instituto. De ahí, que si la Administración desea apartarse del procedimiento de remate o el de la licitación pública, para vender directamente los bienes a una persona que le ha hecho una oferta, debe solicitar formalmente a esta Contraloría General la autorización correspondiente, indicando las razones de hecho y de derecho que fundamentan su gestión y aportando toda la documentación que sustente dichas razones (artículo 83 del Reglamento General de Contratación Administrativa)" (Oficio DGCA-1427-98 de 25 de noviembre de 1998)

Como principio general el procedimiento de licitación es el instrumento idóneo para la venta de bienes del Estado, salvo que el remate resulte el medio más apropiado para satisfacer los intereses de la Administración. De esta forma, de modificarse la utilización de la licitación pública como procedimiento para la venta de las acciones de BICSA, debe existir una justificación que amerite el cambio; posibilidad de reforma, que, en todo caso, ha sido cuestionada supra.

Sobre el pago de los honorarios a la Corporación Financiera Internacional

Al respecto, el criterio del Banco Nacional es el siguiente:

En la cláusula 5 del proyecto del contrato, se establecen las condiciones para el pago de honorarios a la Corporación Financiera

Internacional. Sobre este tema son varias las observaciones que se hacen, indicándose que debe considerarse que su institución es la fiduciaria y responsable de la ejecución del fideicomiso. Estas son:

La definición del precio en la contratación administrativa, lo ha dicho en reiteradas ocasiones la Contraloría General de la República, es responsabilidad exclusiva de la Administración contratante. En el caso particular, es recomendable contar con mayores elementos de comparación para valorar la razonabilidad del precio cobrado. Es decir, en el expediente administrativo de esta contratación deben existir estudios o análisis -al menos- de otros entes asesores de la talla de la Corporación Financiera Internacional, de forma tal que pueda el Banco Nacional de Costa Rica ante cualquier cuestionamiento de los fideicomitentes, justificar válidamente el monto de honorarios acordado.

En el ítem 5.1.1 sobre los pagos mensuales, se indica expresamente que el primer pago deberá hacerse dentro de los primeros quince días luego de ser suscrito el documento. No obstante, el Organo Contralor ha rechazado esta modalidad de pago adelantado, salvo que la contra parte garantice en su totalidad a la Administración la suma que recibió bajo esa modalidad.

En el aparte 5.1.3 se regula un pago fina o comisión por exitoso o logro de la venta del capital accionario de BICSA. Aunque su definición es competencia de la Administración, es nuestra responsabilidad advertir sobre su conveniencia o no, en el sentido, de que no se encuentran en los documentos remitidos una justificación técnica del monto propuesto.

Cuando en el ítem 5.1.4 se propone que todos los pagos sean realizados libres de cualquier retención por impuesto y otro concepto implica -necesariamente- que será el fiduciario -Banco Nacional de Costa Rica- el que correrá con el pago de cualquier tasa o impuesto que se deba cancelar. Tal situación les parecer inconveniente, pues se debe recordar que dicha Institución funge como agente retenedor del impuesto de renta.

Asimismo, señalan, que el interés moratorio previsto en la cláusula 5.1.5 les parece abusivo e injustificado, de forma tal que se recomienda se aplique el interés previsto en los artículos 497 y 498 del Código de Comercio.

La cláusula 5.2 contiene una serie de precisiones en torno al pago de honorarios, si el Banco Nacional de Costa Rica toma la decisión de vender parte del capital accionario por medio de la Bolsa Nacional de Valores. Como se indicó, la utilización de ese procedimiento no está prevista, y mucho menos, autorizada por los fideicomitentes en el fideicomiso. Por ello, consideran, que hasta tanto no sea modificado el contrato de fideicomiso, se recomienda suprimir completamente esa referencia.

Sobre esta misma cláusula, el Banco de Costa Rica se pronuncia en el siguiente sentido:

Se señala que el importe económico de la contratación asciende a la suma mínima de un millón setecientos treinta mil dólares, sin que se adjunte la justificación sobre la razonabilidad del costo de los servicios profesionales, aspecto que se considera que debe ser necesariamente documentado y agregado al expediente, a efecto de poder ser evaluado.

Tanto las razones jurídicas como las de conveniencia que se exponen en los citados pronunciamientos son compartidas por este Organo Asesor.

Además, debe tomarse en cuenta lo expuesto por el Ente Contralor en el Oficio DAJ-1943, y que ya fue transcrito, en el sentido de que las contrataciones previas a la venta de las acciones deben realizarse en los términos y condiciones más transparentes y ventajosas, y que el costo de ellas no puede cargarse en forma exclusiva al fideicomiso pues el Banco Nacional, obviamente, se va a beneficiar con éstas, por lo que debe prorratearse de acuerdo con la proporción de las acciones que le pertenecen.

Sobre la cláusula de vencimiento del contrato

La cláusula sexta del proyecto de contrato se refiere a la terminación de la relación contractual.

Sobre este aspecto, la asesoría legal del Banco Nacional manifiesta:

De la lectura integral de la cláusula sexta se evidencia una total desprotección de los intereses de los fideicomitentes, que

eventualmente puede implicar responsabilidad del fiduciario.

Consideran que los términos de la cláusula favorecen completamente los intereses de la Corporación Financiera Internacional, y no así los del Banco Nacional.

Agregan que el proyecto es omiso sobre el otorgamiento de la Corporación de una garantía de cumplimiento a favor del Banco, lo cual es obligatorio de conformidad con el texto del artículo 34 de la Ley de Contratación Administrativa y los numerales 35, 36 y 37 del Reglamento General de Contratación Administrativa.

En relación con los ítems de esta cláusula se afirma lo que sigue:

* El ítem 6.1 prevé, que en el caso de que el contrato con la CFI no se prorrogue y la venta del capital accionario de BICSA se lleve a cabo posteriormente, ellos recibirán el pago por el logro o éxito de la venta.

Esta disposición es comprensible y lógica, sin embargo, se recomienda que se incluya una referencia según la cual el pago no procederá si el evento de que, para llevar a cabo la venta, se contrate a un nuevo asesor financiero. Consideran que esto es importante, porque el nuevo asesor financiero probablemente solicite incluir dentro del capítulo de honorarios, el pago de una comisión por el éxito o venta. Así visto, si permanece la cláusula tal y como está propuesta, en el hipotético caso que capital accionario de BICSA sea vendido posteriormente con la participación de otro asesor financiero, se podría dar un doble pago por comisión de venta o éxito, lo que parece inconveniente.

* El aparte 6.2.1., mediante el cual se "penaliza" la terminación anticipada por parte del Banco Nacional de Costa Rica a favor de la CFI, les parece excesivo en cuanto a los montos previstos. No cuentan ellos con estudios adicionales, pero consideran que se debe fundamentar debidamente la aceptación de estos términos contractuales, sobre todo si se considera que -a la fecha- el documento no incluye garantía de cumplimiento o cláusulas penales a favor del Banco.

* El ítem 6.3 regula la terminación anticipada y en forma unilateral por parte del CFI, del contrato de asesoría financiera, lo cual les parece inconveniente y carente de sustento legal. Efectivamente, el artículo 11 de la Ley de Contratación

Administrativa expresamente autoriza a la Administración a dar por terminada la relación contractual por incumplimiento, motivos de fuerza mayor o caso fortuito, o cuando así convenga al interés público. Es por ello, que les parece inaceptable que el particular pacte, y se le autorice para dar por terminada su relación contractual en forma unilateral. De ahí que recomienden que la finalización anticipada por parte de la CFI sea pactada, únicamente en el eventual caso de que la Administración incumpla sus obligaciones.

Respecto de estos temas, se afirma en el criterio del Banco de Costa Rica lo siguiente:

En relación con las obligaciones del contratista, les interesa especialmente resaltar la regulación contenida en la cláusula segunda, numeral sexto, que indica:

"Sobre la base de lo que antecede y en caso de llegar a la conclusión de que las condiciones del mercado (tanto en lo referente a precios como el grado de interés que sea dable esperar por parte de posibles interesados) son adecuadas, a juicio de la CFI, para llevar adelante el Proceso de Venta, la CFI propondrá al BNCR la estrategia que la CFI considere adecuada para la Venta de BICSA y sugerirá los métodos para su implementación, siempre dentro del marco del Fideicomiso. En este informe, la CFI incluirá un análisis de la posibilidad de vender a través de una licitación pública un paquete de acciones mayoritario (en todo caso, no menos del 51% de las acciones emitidas y en circulación) de BICSA a uno o más Inversores Estratégicos y, en forma independiente, ofrecer el remanente al público en general a través de la Bolsa Nacional de Valores de Costa Rica, sujeto a que se efectúen las modificaciones necesarias en los términos del Fideicomiso y a la legislación costarricense que resulte aplicable."

Respecto de lo citada cláusula se señala:

* Debe interpretarse esta cláusula en armonía con la cláusula sexta, numerales 6.2 y 6.3.1, entendiéndose entonces que el contratista se reserva el derecho de rescisión unilateral del contrato. Esto se objeta por cuanto, de conformidad con el artículo 11 de la Ley de Contratación Administrativa y el 13 del Reglamento a esa Ley, la potestad de rescisión unilateral del contrato es exclusiva de la Administración.

Además, no están de acuerdo con las cláusulas de vencimiento

anticipado que se estipulan en el contrato, toda vez que, por una parte, se incluyen cláusulas penales que, en su criterio, son sumamente onerosas para el fideicomiso y, por otra parte, se establecen mecanismos de rescisión o resolución unilateral que se reserva al consultor no permitidos en materia de contratación administrativa.

En resumen, señalan lo siguiente:

* En el numeral 6.2.1. si el BNCR rescinde el contrato por considerar que las condiciones del mercado no son adecuadas, o por tener discrepancias con el CFI sobre la estrategia o método de venta propuesto, el BNCR debe pagar al CFI:

* Los honorarios mensuales de US \$ 30.000.00, según el avance de la consultoría.

* Los informes recibidos según desglose establecido en el contrato.

* El costo incurrido en trabajos no entregados, según el grado de avance.

* Una cifra adicional de US \$ 300.000.00 equivalente al 40% del honorario contingente, si la terminación del contrato ocurre después de entregado el informe de estrategia de venta.

Se señala al respecto que se trata de abonos usuales en casos de terminación unilateral de la Administración, no obstante lo cual, en este último supuesto indicado, la obligación de pago se generaría contra la entrega del informe de estrategia de venta y pareciera que debe ser una indemnización única y total de daños y perjuicios ocasionados por la terminación anticipada del contrato, lo que debiera consignarse expresamente.

* En la cláusula sexta, numeral 6.3. se regulan las causales de rescisión unilateral por parte del consultor, lo que es contrario al artículo 11 de la Ley de Contratación Administrativa y 13 de su Reglamento. Sobre este extremo ya se había hecho referencia anteriormente. Agregan que, dependiendo del momento en que ocurra el rompimiento, podría haberse ya abonado una buena cantidad del honorario acordado, toda vez que de acuerdo con el contrato, habría que cancelar al contratista los siguientes extremos:

* Todos los pagos mensuales según el avance del plazo del contrato.

- * Los informes recibidos según desgloce establecido en el contrato.
- * El costo incurrido en trabajos no entregados, según el grado de avance.
- * No se establecen cláusulas penales o garantías exigibles al contratista por este hecho, como si ocurre a la inversa.

Se incluye que CIF puede resolver el contrato cuando se suspenda o interrumpa la ejecución del contrato; o cuando en su opinión no se hubieren adoptado las medidas necesarias para interesar a los inversionistas, por acción u omisión, que impidan al CIF hacer su trabajo y cualquiera de esas situaciones subsista por más de treinta días. Se señala que en ese supuesto, el BNCR tendría que pagar los mismos extremos consignados en la cláusula 6.2.1. que son los indicados en el caso de que el BNCR rescinda y, por ende, implica el pago de US \$ 300.000.00 a título de daños y perjuicios a favor de CFI, cláusula que, en su opinión, también resulta contraria al artículo 11 de la Ley de Contratación Administrativa.

El artículo 11 de la Ley de Contratación Administrativa y 13 del Reglamento a esa Ley señalan la posibilidad de que la Administración pueda rescindir o resolver unilateralmente el contrato por motivo de incumplimiento, por causa de fuerza mayor, caso fortuito o cuando así convenga al interés público, todo con apego al debido proceso y al trámite previsto en ambas normas. Asimismo, se señala la forma en que debe indemnizarse al contratista en los diferentes supuestos.

Lo anterior, debe ser tomado en cuenta a la hora de revisar la cláusula sexta del referido contrato.

En el caso de la CFI, como contratista, no está previsto en nuestro ordenamiento la posibilidad de rescisión del contrato por parte de éste, por causas no imputables a la Administración, por lo que la cláusula que lo faculta para ello resulta contraria a los principios de contratación administrativa.

Además, resulta grave que la valoración de las condiciones que se den lugar a la resolución por parte del contratista, como por ejemplo, que las condiciones del mercado no son las adecuadas (cláusula 6.3.1), quedan bajo el criterio exclusivo de éste.

En cuanto a los montos que deberá cubrir el Banco Nacional de Costa Rica a la CFI en el evento de que se de una terminación anticipada del contrato por parte del primero, o bien cuando éste último decida la resolución unilateral del contrato, este Organo Asesor no tiene ningún parámetro para valorar si son excesivos o no, máxime que la materia de contratación no es de su competencia. Además, sobre su forma de cálculo, debe tomarse en cuenta el artículo 11 de la Ley de Contratación Administrativa ya citado.

En este sentido, entonces, lo que puede señalarse, es que debe tenerse cuidado a la hora de suscribir este tipo de cláusulas y analizar su razonabilidad y proporcionalidad, a efecto de que no se conviertan en una disposición arbitraria de fondos públicos¹⁰.

--- NOTA (10): La misma diligencia debe asumirse al analizar todas las cláusulas, incluida la séptima, en la que se establecen limitaciones a la responsabilidad de la CFI.

El tema de la falta de estipulación de garantías y cláusulas penales en el contrato a suscribirse con la CIF será tratado en el aparte que sigue.

Inexistencia de garantías y cláusulas penales

El estudio del Banco Nacional indica que el proyecto de contrato no prevé la aplicación de cláusulas penales (multas) a la Corporación Financiera Internacional para el caso de que incumpla con los términos del contrato. Consideran que esta situación, desde el punto de vista jurídico, es completamente inaceptable y recomiendan expresamente que se renegocie, máxime si el Banco Nacional, en su condición de fiduciario, es directamente responsable por la ejecución del fideicomiso, de forma tal que se deben salvaguardar sus intereses, incluyendo un capítulo sobre multas o cláusulas penales.

En esa misma línea, en el caso del Banco de Costa Rica se señala que no se incluye ninguna cláusula penal (vg. multas por demoras) ni garantías de cumplimiento usuales en este tipo de contratos, lo que debe hacerse.

Efectivamente, a pesar de la naturaleza del contrato en estudio, es necesario que se establezcan cláusulas que le garanticen al Banco de Costa Rica el tener instrumentos ágiles -y normales en

los contratos en que existan de por medio fondos públicos- para cobrarle al contratista las indemnizaciones correspondientes (por ejemplo, multas), frente a retardos o el incumplimiento de las obligaciones que asume el CIF. No establecerlas adecuadamente, podría hacer surgir la responsabilidad de los funcionarios que lo autoricen o suscriban por omisión en el cumplimiento de las obligaciones de velar por el buen cuidado de los fondos públicos.

Del texto de los artículo 34 de la Ley de Contratación Administrativa y los numerales 35, 36 y 37 del Reglamento General de Contratación Administrativa se desprende, como principio, la obligación de establecer garantías frente al incumplimiento del contratista.

Consecuentemente, resulta grave la omisión referida, y debe procederse a su corrección.

Sobre el plazo de ejecución del contrato

El análisis que se realiza sobre este tema en el estudio de comentario por parte del Banco de Costa Rica es la siguiente.

El plazo de ejecución del contrato es de doce meses, de conformidad con la cláusula sexta. En ese periodo debe ocurrir la venta de las acciones o la fecha de cierre, entendiéndose que esta última es aquella en que se celebra el contrato por virtud del cual se transfiere a los inversores seleccionados el dominio o control efectivo, directo o indirecto, de las acciones de BICSA.

Consideran que esta cláusula debe replantearse por las siguientes razones:

* Para promover lograr la venta de las acciones de BICSA se requiere promover una licitación pública internacional, que conlleva el cumplimiento de una serie de fases previstas, como por ejemplo, la realización del cartel, la determinación del valor inicial de la venta, la publicación del concurso, evaluación de ofertas, adjudicación y eventuales impugnaciones. Consideran que esos actos preparatorios pueden sufrir demoras por razones de orden administrativo, por causas atribuibles al asesor o a terceros, o bien, por impugnaciones que se presenten en el transcurso de las distintas etapas. Por ello, presumir que la venta estará concluida en ese plazo es altamente optimista, debiéndose considerar que en términos normales en doce meses ya se

habrían desembolsado US \$ 980.000.00.

* Además, si se opta por la alternativa de venta al detalle con la posibilidad de hacer una primera venta a un inversor estratégico, y luego, el restante capital accionario venderlo en bolsa, se requeriría de modificaciones al contrato de fideicomiso y modificaciones legales que habría que aprobar mediante el trámite que la ley estipula, todo lo cual es poco probable que ocurra en ese lapso.

* Como un elemento más, se señala que en esta cláusula se establece que al término del contrato éste puede prorrogarse, a cuyo efecto, las partes negociarán de buena fe el plazo de prórroga y el honorario a pagar. Consideran que eso no es conveniente por cuanto en tratándose de eventuales prórrogas deben establecerse algunas regulaciones básicas previas, como por ejemplo, las bases para establecer el costo de esa prórroga, ya que si esto se deja para un momento posterior, las posibilidades de negociación del BNCR serán muy estrechas. Además, si el contrato no es prorrogado, pero la venta se produce dentro del plazo de 24 meses contados a partir de la fecha del comienzo, deberá pagarse al CIF el honorario contingente, con el agravante que si éste ya no es el asesor financiero y hubo necesidad de contratar a otro, implicaría un considerable costo, sobre todo si la venta se logra efectuar por un monto superior al valor en libros. Entonces, esta honorario no debería pagarse si el BNCR contrata a otro asesor financiero.

En el del Banco Nacional se indica:

También consideran el plazo de doce meses insuficiente, pues no se cuentan con un instrumento legal que defina el marco general de privatizaciones o venta de activos del Estado. De manera que, en ausencia de una herramienta como la comentada, los honorarios pactados a favor del asesor financiero internacional podrían ser desproporcionados, porque no se tiene la certeza de que en plazo menor a doce meses pueda realizarse la venta de la totalidad del capital accionario de BICSA.

Pero, señalan, de cualquier manera, conforme al texto analizado,

pasados los doce meses, el Banco Nacional de Costa Rica deberá pagar al asesor financiero internacional una suma cercana o igual al millón de dólares americanos. Ello debe ser sopesado al momento de tomar la decisión de suscribir o no el documento propuesto, pues en su opinión, el plazo de un año podría ser insuficiente para cumplir los fines y propósitos del fideicomiso.

En primer término, ya se indicó supra que, de querer modificarse la forma de venta de acciones que se encontraba prevista en el Fideicomiso¹¹, de previo a suscribir el contrato consultado debe procederse a modificar éste último.

--- NOTA (11): Aspecto que en todo caso se objetó en el aparte denominado "Sobre los alcances del contrato de fideicomiso en relación con los porcentajes de venta de las acciones".

En cuanto a que el plazo de los doce meses resulta insuficiente, entre otras razones, por la inexistencia de un instrumento legal que defina el marco general de privatizaciones o venta de activos del Estado -marco legal que resultaría ideal-, y que, además, por requerirse para la venta de las acciones la promoción de una licitación pública internacional.

Debe señalarse que si bien este no es un aspecto propiamente de análisis jurídico, es lo cierto que, aparentemente y razonablemente, no se puede esperar que la preparación y desarrollo de las distintas etapas que conllevarían a dicho proceso de venta, logren un resultado -aún de preparación- en un plazo menor a los doce meses.

Entonces, si existe conciencia por parte de quienes suscribirían el contrato por parte del Banco de que el plazo es insuficiente, y aún así se están comprometiendo a pagar sumas a sabiendas que no es posible que se obtenga resultado en ese periodo, el tema se convierte en jurídico, porque podría derivar en responsabilidades.

Por el contrario, si conforme con criterios técnicos, el plazo estipulado es suficiente, la discrecionalidad aplicada no sería ilícita (artículos 15 y 16 de la Ley General de la Administración Pública).

Consecuentemente, en este tema también se avala la preocupación que se manifiesta en los criterios legales sobre los que se pide opinión.

Sobre el tema del arbitraje

En el criterio del Banco de Costa Rica se señala que al estipularse que cualquier controversia que surja en la ejecución del contrato será resuelta por arbitraje, utilizando el procedimiento para resolución de conflictos de UNCITRAL y con las leyes de fondo de Nueva York, lo que si bien no es contrario a la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social N° 7727 (art. 18), constituye un mecanismo de inaplicación de la legislación nacional en materia de contratación pública. Consideran que ese aspecto sea analizado detenidamente, sobre todo considerando el principio normativo consagrado en el artículo 10 de la Ley de Contratación Administrativa y el 12 del Reglamento General de Contratación.

De otra parte, en la opinión del Banco Nacional, al respecto se indica:

En el aparte 3.3 el proyecto de contrato indica que el Banco Nacional de Costa Rica se compromete -en general- a pronunciarse sobre los informes legales que la Corporación Financiera Internacional le remita.

No obstante, en caso de ocurrir alguna discrepancia sobre temas jurídico-legales, ella deberá ser resuelta mediante arbitraje internacional aplicando el derecho de fondo extranjero.

Consideran que tal cláusula es inaceptable, ya que roza con la lógica jurídica el hecho de definir mediante la aplicación del derecho de fondo extranjero, divergencias u observaciones a informes legales, que perfectamente podrán estar referidos al tema de derecho interno.

Posteriormente adicionan este tema, y estiman que el Banco Nacional no deben renunciar desde ahora, a la aplicación del derecho interno costarricense, a pesar de que de conformidad con el artículo 22 de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos pudieran hacerlo.

El contrato propuesto que sería firmado entre CFI y BNCR contempla un procedimiento de resolución de conflictos en vía arbitral, el cual sería aplicado si las controversias surgidas del contrato no pueden ser solucionadas previamente de forma amigable y de común acuerdo.

El arbitraje como medio alternativo de resolución de controversias se regula en nuestro ordenamiento a través de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social¹², la cual establece los lineamientos generales de este instituto, otorgando amplias facultades a las partes de una disputa para que introduzcan sus propias regulaciones en la materia, a fin de solucionar la diferencia sin acudir a la vía judicial.

--- NOTA (12): Ley No. 7727 del 4 de diciembre de 1997, publicada en la Gaceta No. 9 de 14 de enero de 1998.

El artículo 18 párrafo I de la ley de marras dispone que "cuando las partes hayan convenido por escrito que las controversias relacionadas con su contrato o relación jurídica se sometan a arbitraje, tales controversias se resolverán de conformidad con la presente ley, sin perjuicio de lo que las partes acuerden por escrito, siempre y cuando no se oponga a las disposiciones prohibitivas o imperativas de esta ley."

El artículo 22 del mismo cuerpo normativo faculta a las partes a seleccionar la ley sustantiva que será aplicada por el tribunal, en cuyo defecto lo será la ley costarricense. El numeral 39 también otorga a las partes la posibilidad de que escojan libremente el procedimiento arbitral aplicable, con sujeción a esta ley, y en respeto de los principios del debido proceso, derecho de defensa y contradicción.

Tal y como se desprende de las acotaciones anteriores, la Ley confiere a las partes amplias posibilidades de regular el procedimiento arbitral al que someterán sus controversias, lo que es consecuencia lógica y evidente de los principios de libertad contractual y de autonomía de la voluntad, el cual rige las relaciones entre particulares.

El contrato objeto de análisis, remite a un procedimiento arbitral que, amén de gozar de las características propias de este instituto, contiene algunas disposiciones que merecen ciertas observaciones.

La cláusula 11.2 (a), indica que, " en todo lo que no esté aquí específicamente previsto de otro modo funcionará de acuerdo con

las Reglas de Arbitraje del UNCITRAL". Más adelante se señala que "el Tribunal Arbitral (...) resolverá sus planteos por escrito y conforme a derecho aplicando las disposiciones de este Contrato y, en la medida en que el punto controvertido no esté específicamente previsto en el Contrato o en las Reglas de Arbitraje del UNCITRAL, aplicará la ley de Nueva York."

Si bien es cierto la anterior estipulación es conforme con nuestro ordenamiento, y a su vez responde a los principios de libertad contractual y de autonomía de la voluntad, quedan ciertas dudas respecto de la conveniencia de que en la solución de las diferencias que surjan entre CFI y el Banco Nacional de Costa Rica se apliquen las leyes del estado de Nueva York, así como los procedimientos arbitrales de la UNCITRAL, con prevalencia sobre la normativa costarricense al efecto.

Lo anterior por cuanto, a raíz de los intereses presentes en el contrato, dentro de los cuales existe evidentemente un interés público, no parece ser adecuado, oportuno ni conveniente que se renuncie a la aplicación de la ley costarricense en caso de ser necesaria la implementación de un proceso arbitral. Nótese que dentro del tema que analizamos -sea el contrato para la venta de BICSA- hay un sinnúmero de normas administrativas que intervienen regulando la materia, lo que se manifiesta por ejemplo, en el hecho de que la venta deba hacerse por licitación pública. Más aún, en apoyo de lo indicado por el Banco de Costa Rica, el artículo 12 de la Ley de Contratación Administrativa ordena que cualquier procedimiento de estos sea regulado por el ordenamiento costarricense. De toda suerte, tampoco se desprende de la documentación aportada la necesidad de acudir a la normativa de otros ordenamientos, ni la razonabilidad de la cláusula que así lo establece.

Asimismo, el numeral (i) de la misma cláusula contractual determina que "las disposiciones sobre arbitraje contenidas en esta Cláusula prevalecerán sobre cualquier otro mecanismo o procedimiento para la resolución de controversias establecido por ley". En virtud de la línea de pensamiento hasta aquí desarrollada, una estipulación de este tipo no parece ser procedente, ya que, como hemos visto existe normativa de orden público aplicable al caso y que no puede ser derogada por acuerdo de partes.¹³

--- NOTA (13): Como lo serían por ejemplo, las disposiciones con este carácter establecidas en la mencionada ley 7727, así como la Ley de Contratación Administrativa.

De esta forma, las tesis esbozadas por el Banco de Costa Rica y el Banco Nacional de Costa Rica, cuestionando los aspectos mencionados de la cláusula 11 del contrato, son de recibo en esta consulta por los motivos ya indicados¹⁴.

NOTA (14): Sobre el tema del arbitraje en el sector público, puede consultarse el pronunciamiento C-089-99 de 10 de mayo de 1999.

Conclusión general

En cada uno de los temas que fueron objeto de comentario en los criterios legales de las asesorías del Banco Nacional y del Banco de Costa Rica se fue exponiendo la posición de este Organismo Asesor en punto a éstos.

Pero, a manera de conclusión general debe señalarse que es oportuno que se revise minuciosamente el proyecto de contrato a suscribirse con el CIF puesto que varias de sus cláusulas con contrarias al Fideicomiso constituido para la venta de las acciones de BICSA o a normas legales y reglamentarias, se omiten otras para protección de los intereses del Banco de Costa Rica, y existen aspectos de conveniencia que deben valorarse cuidadosamente.

Con el mayor respeto, queda de usted muy atentamente, Ana Lorena Brenes Esquivel Procuradora Administrativa

FUENTES CITADAS

- 1 ABARCA UMAÑA, Carlos, y otro. Naturaleza Jurídica de los Fidecomisos en la Administración Pública. Caso Específico I.M.A.S. Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho. U.C.R 2007. pp 143-146.
- 2 DELGADO SABORIO, Irina. Contratos de Fideicomiso con fondos Públicos, su aplicación, regulación y control en Costa Rica. Tesis de grado para optar por el grado de licenciatura en Derecho. U.C.R. 1999. pp 75-78.
- 3 GOMEZ DE LA LASTRA, Manuel. Estado y Fideicomiso, aspectos destacables. [en línea]. Disponible en:
<http://www.ffrecoleta.com/notas/inversiones04.htm>
- 4 PIEDRA SANCHEZ, Alex. INFORME JURÍDICO. Expediente 16082. Asamblea Legislativa. [en línea] Disponible en:
http://www.asamblea.go.cr/servicios_tecnicos/w_dst/contenido/documentos/INF_2/INF-1.htm
- 5 Asamblea Legislativa. Ley de Contratación Administrativa. Ley : 7494 del 02/05/1995. Fecha de vigencia desde: 08/06/1995
- 6 Contraloría General de la República. Oficio DGCA 141-97 27 de enero de 1997
- 7 Procuraduría General de la República. Opinión Jurídica : 124 - J del 1/11/1999.