



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: EMISIÓN DE BONOS MUNICIPALES Y CONTRATOS DE FIDEICOMISO

1. EMISIÓN DE BONOS MUNICIPALES.....	2
a. NORMATIVA APLICABLE.....	2
b. OPINIÓN JURÍDICA N° OJ-103-99.....	2
i. NORMATIVA APLICABLE.....	3
ii. LA INICIATIVA MUNICIPAL EN LA ECONOMÍA.....	4
c. EL PROYECTO DE LA MUNICIPALIDAD DE SAN JOSÉ.....	22
2. CONTRATOS DE FIDEICOMISO.....	25
a. RESTRICCIONES EN LA LEY DE LA ADMINISTRACIÓN FINANCIERA.....	25
b. PERMISIÓN EN LA LEY 8345.....	26
c. FIDEICOMISO DE BONOS MUNICIPALES. RESOLUCIÓN DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA N° DI-AA-1423.....	26

RESUMEN: En la presente recopilación se expone el tema de los fideicomisos de bonos municipales en la normativa y las resoluciones de la Procuraduría General de la República y la Contraloría General de la República. Es en este sentido que se explican las permisiones y restricciones que existen en la materia sobre dichos instrumentos económicos.



1. EMISIÓN DE BONOS MUNICIPALES a. NORMATIVA APLICABLE

[CÓDIGO MUNICIPAL. Ley nº 7794 del 30 de abril de 1998]

"Artículo 87.-

Las municipalidades podrán emitir bonos para financiarse. Estos títulos estarán sujetos a las reglas de la Comisión Nacional de Valores y estarán exentos del pago de toda clase de impuestos.

El Estado, las entidades autónomas y semiautónomas, las empresas estatales estructuradas como sociedades anónimas y las municipalidades están facultadas para invertir en bonos municipales." ¹

b. OPINIÓN JURÍDICA Nº OJ-103-99

O.J. 103-99

San José, 31 de agosto de 1999 Ingeniero Walter Robinson Davis Diputado Asamblea Legislativa Estimado señor Diputado:

Con la aprobación del señor Procurador General de la República, me es grato referirme a su oficio WRD-209-99 del 29 de julio de 1999, recibido el 11 de agosto de ese mismo año, a través del cual solicita el criterio de este órgano superior técnico-jurídico sobre:

"1.- La posibilidad de que las municipalidades puedan participar en sociedades anónimas u otras conjuntamente con la empresa privada.

2.- Cuáles órganos son los que tendrían la capacidad de iniciativa y la atribución para aprobarlo.

3.- Si los municipios pueden disponer de sus bienes, por ejemplo, hipotecando su patrimonio para participar en sociedades mercantiles y en qué condiciones.

4.- Si es posible o no, vender, arrendar, o concesionar a través de sociedades constituidas con participación del sector privado, edificaciones o inmuebles surgidas de proyectos de desarrollo conjunto".



Es necesario aclarar que el criterio que a continuación se expone, es una mera opinión jurídica de la Procuraduría General de la República y, por ende, no tiene ningún efecto vinculante para la Asamblea Legislativa, por no ser Administración Pública y se hace como una colaboración en la importante labor que desempeña el Diputado.

i. NORMATIVA APLICABLE.

A.- CONSTITUCIÓN POLITICA DE 7 DE NOVIEMBRE DE 1949.

"Artículo 169.-

La administración de los intereses y servicios locales en cada cantón, estará a cargo del Gobierno Municipal, formado de un cuerpo deliberante, integrado por regidores municipales de elección popular, y de un funcionario ejecutivo que designará la ley".

"Artículo 170.-

Las corporaciones municipales son autónomas".

B.- CODIGO MUNICIPAL, LEY NUMERO 7794 DE 30 DE ABRIL DE 1998.

" Artículo 4.-

La municipalidad posee la autonomía política, administrativa y financiera que le confiere la Constitución Política. Dentro de sus atribuciones se incluyen:

(...)

f) Concertar, con personas o entidades nacionales o extranjeras, pactos, convenios o contratos necesarios para el cumplimiento de sus funciones".

"Artículo 9.-

Las municipalidades podrán pactar entre sí convenios cuyo objeto sea facilitar y posibilitar el cumplimiento de sus objetivos o su administración, a fin de lograr una mayor eficacia y eficiencia en sus acciones".

"Artículo 13.-

Son atribuciones del Concejo:

(...)



e) Celebrar convenios, comprometer los fondos o bienes....

(...)

p) Constituir, por iniciativa del alcalde municipal, establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales y autorizar la constitución de sociedades públicas de economía mixta".

"Artículo 62.-

La municipalidad podrá usar o disponer de su patrimonio mediante toda clase de actos o contratos permitidos por este código y la Ley de Contratación Administrativa, que sean idóneos para el cumplimiento de sus fines.

Las donaciones de cualquier tipo de recursos o bienes inmuebles, así como la extensión de garantías a favor de otras personas, solo serán posibles cuando una las autorice expresamente una ley especial. Podrán darse préstamos o arrendamientos de los recursos mencionados, siempre que exista el convenio o el contrato que respalde los intereses municipales...".

ii. LA INICIATIVA MUNICIPAL EN LA ECONOMÍA.

La iniciativa municipal en la actividad económica la podemos subsumir dentro del concepto de la iniciativa pública en la economía.

El tema de la participación del sector público en la actividad económica (producción y prestación de bienes y servicios en régimen de monopolio o de mercado, por los medios genéricos de la actividad administrativa, indirectos o directos), ha sido un tema referido, por lo general, al Estado. Desde esta perspectiva, se habla de la iniciativa pública para mencionar la autorización del ordenamiento jurídico a favor de aquel para que intervenga en la actividad económica.

Nuestra Constitución Política, a diferencia de otras, verbigracia la Española de 1978 (artículo 128, inciso 2)(1), no reconoció, en forma expresa, la iniciativa pública en la economía. Empero, lo anterior no es óbice para expresar que el artículo 50 de la Carta Fundamental, constituye un fundamento jurídico suficiente que ampara la intervención del Estado en la economía. Esta tesis ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional, quien en los votos números 550-95, 3120-95 y 311-97, respectivamente, indicó lo siguiente: ---

NOTA (1): "Artículo 128 [Función Pública de la Riqueza] (...)
2. Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica.



Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general".

"La Constitución vigente, en su artículo 50, consagra un criterio importante en esta materia, dando fundamento constitucional a un cierto grado de intervención del Estado en la economía, en el tanto no resulte incompatible con el espíritu y condiciones del modelo de "economía social de mercado" establecido constitucionalmente, es decir, se postula en esa norma, y en su contexto constitucional, la libertad económica pero con un cierto grado, razonable, proporcionado y no discriminatorio de intervención estatal, permitiéndose al Estado, dentro de tales límites, organizar y estimular la producción, así como asegurar un "adecuado" reparto de la riqueza. Esta Sala en su sentencia #1441-92, de las 15:45 horas del 2 de junio de 1992, dispuso: 'El principio general básico de la Constitución Política está plasmado en el artículo 50, al disponer que "el Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza" lo que unido a la declaración de adhesión del Estado costarricense al principio cristiano de justicia social, incluido en el artículo 74 ibídem, determina la esencia misma del sistema político y social que hemos escogido para nuestro país y que lo definen como un Estado Social de Derecho'" .

Sobre el tema de la intervención del Estado en la economía, concretamente, el Tribunal Constitucional, en los votos números 6776-94 y 655-97, respectivamente, expresó:

"En el campo económico el Estado no participaba en forma directa, lo cual dejaba al libre juego de los intereses de los participantes. Era el tiempo de la política económico-liberal del "laissez faire". Cualquier intervención de los organismos públicos que fuera más allá de la labor de gendarme o de policía, era tildada de ilegal o inconstitucional. Sin embargo, tal concepción del Estado ajena totalmente a los principios básicos del cristianismo, de la solidaridad y de la justicia social, fue ya superada. En definitiva se llegó a pensar que el Estado tiene que intervenir en el orden económico, tratando de distribuir con mayor justicia la riqueza, sin lesionar con ello la iniciativa de los particulares (empresarios). Y tal intervención no obedece al hecho de que el Estado sea más poderoso, sino por su propia naturaleza.

Así, la intervención estatal puede realizarse en forma directa, dándose origen a las empresas públicas. También, puede hacerlo de manera indirecta, concediendo subvenciones o mediante la adopción de medidas proteccionistas a los empresarios privados. Pero igualmente, y en aras del bien común, el Estado puede intervenir y participar en el quehacer económico por medio de su autoridad, para lo cual el ordenamiento jurídico le otorga potestades para dirigir, controlar y regular la



economía. Dichas facultades pretenden que el empresario particular en sus actividades, se desenvuelva dentro de ciertos marcos que el Estado (que representa y cuida a toda la comunidad), establece en cada oportunidad".

Ahora bien, el hecho de que el tema de la iniciativa pública haya estado residenciado en el Estado no significa, de ninguna manera, que exista una imposibilidad de las municipalidades de participar en la actividad económica, a pesar de que hasta el día de hoy esta situación no ha sido frecuente, por no decir inexistente(2), en nuestro medio.

--- NOTA (2): En otros países la intervención económica de la Administración Pública se ha visto impulsada por los municipios y las Comunidades Autónomas. TRONCOSO REIGADA (Antonio) Privatización, Empresa Pública y Constitución. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, Primera Edición, 1997, páginas 32 y 33.

Al igual que la intervención del Estado en la economía está sometida a una serie de requisitos, con el fin de ajustar ese accionar al Derecho de la Constitución, la intervención de la municipalidad en la actividad económica debe de cumplir con una serie de condiciones.

En España, la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases Municipales del Régimen Municipal, reconoce la intervención directa de la Corporación en la actividad económica a través de la sociedad mercantil. En efecto, el artículo 85 de ese cuerpo normativo, en lo que interesa señala:

" Artículo 85.

1. Son servicios públicos locales cuando tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las Entidades locales.

2. Los servicios públicos locales pueden gestionarse en forma directa o indirecta. En ningún caso podrá prestarse gestión indirecta de los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad.

3. La gestión directa adoptará alguna de las siguientes formas:

A) Gestión por la propia Entidad local.

B) Organismo autónomo local.

C) Sociedad mercantil cuyo capital social pertenezca íntegramente a la Entidad local " (Lo que se resalta no corresponde al original).

Por su parte, la Ley 39/ 1988 de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales, deja entrever la posibilidad que tienen las entidades



locales de conformar empresas mixtas, cuando en el artículo 149 se señala:

"149.-

El presupuesto de la Entidad local será formado por su Presidente y al mismo habrá de unirse la siguiente documentación:

(...)

3) Las Sociedades Mercantiles, incluso de aquellas en cuyo capital sea mayoritaria la participación de Entidad local...".

Don Eduardo Ortiz Ortiz, tomando como parámetro el anterior Código Municipal, Ley número 4574 de 4 de mayo de 1970, en lo referente a la intervención directa en la economía(3) -objeto de esta consulta-, señaló que "... las municipalidades no pueden crear unilateralmente entes locales -ni públicos o privados- y sólo pueden hacerlo por virtud de convenio y mediante intervención aprobatoria o constitutiva de la Asamblea Legislativa"(4)

--- NOTA (3): El Estado puede intervenir en la economía utilizando los medios genéricos de la actividad administrativa (facultades de control, regulación y ordenación de los distintos procesos de producción y distribución de bienes y servicios), los medios indirectos (actividad de fomento) y los medios directos (las nacionalizaciones y la creación de empresas nuevas).

NOTA (4): ORTIZ ORTIZ (Eduardo) La Municipalidad en Costa Rica.

Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, primera edición, 1987, página 145.

Como puede observarse, hasta la emisión del actual Código Municipal, Ley número 7794 de 30 de abril de 1998, las corporaciones municipales no estaban autorizar para crear, unilateralmente, una empresa pública, sino que para tal fin requerían de una ley(5).

--- NOTA (5): Por Ejemplo, la Ley N° 3300 de 16 de julio de 1964 que estableció la Junta Administradora del Servicio Eléctrico Municipal de Cartago.

Según Don Eduardo Ortiz, las municipalidades sí podían crear, por pacto con otras u otros entes públicos, nuevos organismos dotados de personalidad propia y encargados de dar prestaciones o ejercer funciones



comunes frente al público. Estos podían tener personalidad de Derecho Público o de Derecho Privado(6).

--- NOTA (6): ORTIZ ORTIZ (Eduardo) Op. Cit, página 152. Además señala Don Eduardo que por la vía de convenios o pactos pueden constituir los consorcios " Las municipalidad pueden crear, por asociación con otras u otros entes públicos, una especie de ellos llamados consorcios.

Desempeñan éstos atribuciones coincidentes y no lucrativas de las municipalidades, pero sin abandono de ella por parte de sus miembros, que conceden únicamente su ejercicio, revocable en cualquier momento;

es también posible y frecuente que las municipalidades se reserven una potestad de ejercicio simultáneo y concurrente en el cantón. El consorcio no exige aporte de bienes sino en la medida necesaria para prestación del servicio consorcial, que suplen las municipalidades parte. Su ámbito territorial es siempre intermunicipal. Pueden también ser de base comunitaria, en cuanto agrupen no tanto a las municipalidades como a los munícipes de ambos cantones, de los cuales los órganos directores y ejecutivos del consorcio son representantes, y a los cuales están sujetos como pueblo municipal".

También estaban autorizadas a formar, por pacto o convenio, con otros entes públicos sociedades y cooperativas.

"Si la municipalidad quiere asociarse para constituir una nueva entidad de forma y acción privada, por su régimen dominante, sea sociedad, asociación o cooperativa, tienen que sujetarse al Derecho Privado para su creación, tanto en punto a procedimiento funcional como en cuanto a cláusulas y efectos del pacto. Cualquier derogación del Derecho Privado y/o de sus leyes especiales en la materia requeriría intervención legislativa. Puede la municipalidad emprender en actividades mercantiles, pero si ello perjudica la competencia privada, tanto como si lo hace en condiciones de privilegio, tiene que indemnizar los daños que cause la suya propia, que así podrá reputarse desleal o normal, pero lesiva. Hay quienes sostienen que las municipalidades no pueden perseguir fines de lucro ni desarrollar actividades mercantiles, por ser éstas especulativas, extrañas a su cometidos de bien comunal y peligrosas para su patrimonio. No lo consideramos fundado, siempre que la intervención y actividad municipales puedan reputarse una fuente de ingresos que no ponga en peligro, sino que fortalezca la hacienda municipal, salvada naturalmente la responsabilidad por los daños que su funcionamiento cause a la empresa privada competidora. Y si hay monopolio es obvia esa responsabilidad a cargo del Estado, por la ley que lo crea, según todo lo dicho".(7)



--- NOTA (7): ORTIZ ORTIZ (Eduardo). Op. Cit. páginas 153 y 154.

Tanto en el primer caso como en el segundo, somos de la tesis de que tales convenios requerían de la aprobación legislativa, ya que el artículo 15, párrafo segundo, del derogado Código Municipal, así lo exigía.

Con la promulgación del Código actual la situación se torna diferente. En primer lugar, se mantiene la norma que autoriza a las municipalidades a pactar entre sí convenios (artículo 9); empero no se indica si a través de éstos se pueden crear nuevos entes -públicos o privados, lo que obliga a determinar si ellos es posible a la luz de la normativa que emergió con la Ley número 7794 de 30 de abril de 1998.

Por otra parte, si bien es cierto que el artículo 13, inciso p) autoriza al Concejo, a instancia del Alcalde, a constituir establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales y autorizar la constitución de sociedades públicas de economía mixta, la terminología que emplea la norma no es lo suficientemente clara, lo que compele al operador jurídico a hacer un esfuerzo interpretativo de la misma(8). Sin embargo, en vista de que la consulta se refiere a la creación por parte de la corporación municipal de empresas de economía mixta, en lo que el Código sí es explícito, nos limitaremos en esta opinión jurídica, exclusivamente, al análisis de esta opción.

--- NOTA (8): Revisando el expediente legislativo número 12.426, encontramos que en el proyecto de ley de Código Municipal, presentado por el Diputado Jiménez Succar, no estaba esta norma. La misma aparece en el texto sustitutivo que presentó el citado legislador, moción que fue aprobada por la Comisión Especial de Descentralización del Estado y Fortalecimiento de los Gobiernos Locales, en la sesión del 11 de noviembre de 1997 (ver folio 321). En los dos dictámenes Afirmativos Unánimes que rindió la citada comisión, del 1 y 22 de abril de 1998, respectivamente (ver folios 667 y 819), lo único que se indica al respecto es lo siguiente: " Se concede mayor fuerza a los convenios intermunicipales y al establecimiento de empresas municipales, procurando introducir conceptos de operación más comúnmente usados en la Administración privada que en la pública".

A esta altura de la exposición, queremos resaltar que a diferencia del anterior Código Municipal, el actual autoriza al municipio a constituir sociedades públicas de economía mixta.

III.- SOBRE LA CUESTIÓN PLANTEADA.



En la sociedad mixta se unen el sector público y el privado, para alcanzar, conjuntamente, un objetivo económico. Lo característico de estas empresas es la participación de ambos sectores, tanto en la propiedad del capital social como en la gestión de la empresa.

En la actualidad, se ha acuñado un concepto más amplio de sociedad mixta, en el cual se incluyen no sólo las alianzas entre el sector público y privado, sino también entre sujetos de éste último, por lo que las sociedades de economía mixta, también conocidas como join-venture, son definidas como: "...el desarrollo de una actividad empresarial de forma conjunta y a priori de manera temporal entre socios que comparten el capital. Los motivos fundamentales por los que compañías deciden crear una sociedad mixta son:

* La transferencia de tecnología o el desarrollo en común de un nuevo proceso o producto.

* Soslayar los contingentes y otras restricciones a las importaciones.

* Aunar esfuerzos y competencias para alcanzar unos logros que no se podrían obtener de forma separada.

* Compartir costes y riesgos- * Adquirir recursos que no están disponibles en el mercado"(9)

--- NOTA (9): BUENO CAMPOS (Eduardo) Fundamento de Economía y Organización Industrial. Editorial Mc GraW Hill, primera edición, 1993, páginas 323 y 324.

Algunos autores hacen una distinción entre empresas mixtas públicas y mixtas privadas. Señala la Licda. Valverde Kooper, al respecto:

" En Italia se le considera privadas, en Alemania e Inglaterra se le reconoce status público y en Francia se resuelve caso por caso, que parece ser el criterio más adecuado, dada la diversidad de modalidades. Un criterio importante es el régimen de privilegio que ostenta el Estado frente a los demás socios, independientemente de su participación social. Ahora bien, normalmente si tal participación es mayoritaria, el Estado asume ciertos privilegios (en cuanto a la integración de los órganos en cuanto al poder de decisión) que inclina la balanza hacia la publicación de la entidad. El mejor ejemplo lo constituye CODESA a la que la jurisprudencia nacional considera parte de la Administración Pública"(10)

--- NOTA (10): VALVERDE KOOPER (Mercedes) "Las Administraciones Públicas" en Antología de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, primer semestre, 1984, página 97.



Sobre este mismo aspecto, el Dr: Mauro Murillo expresa:

" Una desnaturalización de la sociedad se produce ciertamente cuando la administración es propietaria de la totalidad del paquete accionario. La presencia de socios privados se considera indispensable con el objeto que no se desvirtúe el fin de la sociedad"(11)

--- NOTA (11): MURILLO ARIAS (Mauro) "La Empresa Pública" Ensayo de Derecho Constitucional Costarricense. Editorial Juricentro, San José, primera edición, 1983, página 310.

De acuerdo con la legislación vigente las corporaciones municipales están autorizadas para constituir sociedades públicas de economía mixta, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

1.- Independientemente del esquema organizativo que adopte la sociedad mixta, el cual, por lo general, es el de la sociedad anónima, este tipo ente serán siempre de naturaleza pública, toda vez que el legislador se inclinó por esta opción atendiendo al criterio del control del ente público sobre el capital de la empresa. Sobre el particular, las palabras de Dr: Mauro Murillo resultan pertinentes:

"Un tratamiento aparte merecen las empresas públicas, especialmente las configuradas como sociedad anónima, que son las que usualmente se entienden como tales. Estas sociedades son empresas públicas cuando el capital accionario es propiedad de entes públicos, en su totalidad o en su mayoría. Lo que interesa es entonces el control de la empresa por parte del sector público, mediante el mecanismo de la propiedad accionaria. Se supone que una sociedad anónima, constituida como tal conforme al Código de Comercio, es por principio un ente privado. En nuestro medio se encuentran empresas públicas que no son reguladas por ley (como las subsidiarias de CODESA), otras autorizadas a crearse como sociedades bajo reglas especiales (como ASBANA); otras afectadas, posteriormente a su creación, por ley especial (RECOPE, ZONA FRANCA) y otras creadas directamente por ley (CODESA)...". "...La practica ha sido muy variada, pero predomina la tendencia a entendernos como entes públicos, normalmente no estatales. Se ubican como no estatales solo para, por supuesto, no someterlo a una legislación más rigurosa... De toda suerte su ubicación como públicos es muy dudosa. Más lógico resulta ubicarlos como entes privados, aunque sometidos a regulaciones especiales"(12)

--- NOTA (12): MURILLO ARIAS (Mauro) Ensayos de Derecho Público, Volumen II, Edición Juritexto, San José, primera edición, 1996, páginas 27 y 28.



También la Procuraduría General de la República ha seguido el criterio del control de los entes públicos sobre el capital de la empresa, para calificar a una entidad organizada bajo las figuras privadas como empresa pública. En efecto, en el Dictamen C-080-86 indicamos:

"Como puede observarse, si bien en principio el derecho privado regula la actividad de las empresas públicas o estatales, es lo cierto que el legislador ha considerado oportuno y conveniente establecer disposiciones tendientes a dirigir y fiscalizar su funcionamiento. Ello hace, por ejemplo, que queden sujetas a las directrices de la Autoridad Presupuestaria, incluso en los aspectos relativos a inversión, endeudamiento y salarios. De este modo, en el caso que nos ocupa, a tenor de lo preceptuado por el artículo 2º inciso c), en concordancia con el 15 de la Ley N° 6821 de 19 de octubre de 1982, Fertilizantes de Centro América S.A., como empresa estatal, forma parte del sector público no financiero...".

Por su parte, en el Dictamen C-063-96 del 3 de mayo de 1996 expresamos:

"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"



Por su parte, en la O.J.-

050-96 del 30 de julio de 1996 aclaramos que: "la naturaleza de empresa pública no incluye la aplicación del régimen jurídico de la organización y de la actividad de BICSA propios del resto de los entes públicos y, por ende, no implica que deban serle aplicables las disposiciones relativas a los bancos públicos del Estado. Se opone a dicha asimilación la personalidad jurídica de BICSA CORPORATION y particularmente, la circunstancia de que se trata de una empresa -ciertamente propiedad de los bancos estatales- constituida en otro país y conforme las normas que rigen la constitución de los bancos en ese ordenamiento".

Si bien es cierto que no ha existido intersubjetividad sobre el concepto de empresa pública(13) entre los estudiosos que se han ocupado del tema, entratándose de empresas mixtas, en las que existe una participación de un ente corporativo municipal, el legislador las clasifica como sociedades públicas. Aunque el término de sociedades públicas no es el mejor, lo cierto del caso es que, no cabe duda, de que el legislador, independientemente de la forma organizativa que adopte la entidad, optó por calificarlas de pública.

--- NOTA (13): En el Dictamen C-109-99 1 de junio de 1999 expresamos que: " Por lo general, la empresa privada del Estado adquiere el esquema organizativo comercial, fundamentalmente, el de la sociedad anónima.

Técnicamente no se debería considerar como una empresa pública, toda vez de que, en estricto sentido, empresa pública es la que está organizada bajo una forma organizativa derecho público que tiene como actividad principal la comercial o la industrial, regida por el Derecho Privado, como ocurre con los Bancos del Estado o el Instituto Nacional de Seguros". A nuestro modo de ver, la discrepancia en torno al concepto de empresa pública se debe, en gran parte, a que, quienes incluyen dentro de ésta a la empresa privada del Estado y mixta, siguen un criterio de naturaleza económica -es público aquel ente en el que existe participación estatal-; mientras, quienes seguimos un criterio jurídico, sólo serían empresas públicas aquellas que adoptan una figura organizativa de Derecho Público aunque su actividad está regulada por el Derecho Privado. Sobre este tema, hemos tenido una jurisprudencia contradictoria. La Sala Constitucional, en el voto 1696-92 expresó: "Claro que hay un mínimo, como el artículo 116 (112 vigente) lo revela, que queremos que sea común en un sentido, es obvio que un trabajador del Estado por muy igual que sea su régimen al del trabajador común de una empresa privada siempre tiene oportunidades que no tiene el trabajador común, entonces queremos garantizar la moralidad y la legalidad de la Administración en lo que se relacione estrictamente con ellos, pero siempre conservándoles el estatuto de trabajadores del derecho común.- Esto es lo mismo por ejemplo también en cuanto a los empleados de entes autónomos que son empresas públicas, claro que en realidad nos tomaría mucho tiempo explicar lo que se llaman empresas públicas, pero en



síntesis, para no explicarlo simplemente para definirlo, se trata de aquellas empresas del Estado que funcionan como si fueran entidades privadas porque venden y hacen lo mismo que los particulares, por ejemplo, el mismo INS cuando vende pólizas, hace lo mismo que una compañía aseguradora cualquiera, la banca cuando hace préstamos, hace lo mismo que una entidad financiera común, la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, que vende energía eléctrica la vende en iguales condiciones en que podría venderla una compañía privada, nosotros sostenemos que esos empleados de esas entidades deben ser considerados trabajadores comunes y no funcionarios públicos, ¿por qué? porque si no hay una serie de estatutos y reglamentaciones que se les aplica directa o supletoriamente que vienen a entorpecer la marcha de esos servicios en perjuicio del ente público, por ejemplo, no se les podría remover sino en condiciones muy especiales, con formación de un expediente, ahora, todo esto está regulado generalmente por los reglamentos internos de trabajo, pero eso también ocurre en la empresa común y no se puede evitar. Si a la inversa nosotros tratáramos de extender a estos funcionarios el régimen de la estabilidad propio de los funcionarios comunes del Poder Ejecutivo, encontraríamos que se crea una serie de entrabamientos tremendos para empresas que tienen que funcionar en condiciones de competencia iguales a las de la empresa privada. Por ejemplo, un agente del INS que sea un mal vendedor de pólizas, deberían poderlo despedir, con igual facilidad con que se puede despedir un empleado privado, ¿por qué? porque está haciendo lo mismo que el agente de pólizas de seguro de una compañía privada en cualquier otro país del mundo en donde no haya monopolio de seguros. Entonces queríamos preservar ese régimen privado, laboral o mercantil de una empresa pública que tiene un giro mercantil igual al de los particulares._.-

La primera apreciación importante, derivada de la cita anterior, se refiere a que la norma cuestionada se dictó con la finalidad de garantizar la moralidad y la legalidad de la Administración, y para evitar que el servidor que labora para una empresa del Estado, se aproveche de su especial condición y pueda hacer uso indebido del patrimonio público de la empresa.-

El fundamento de la norma no resulta entonces desproporcionado y mucho menos arbitrario, sino que resulta plenamente ajustado al parámetro constitucional, en atención a los intereses que tutela, cuales son: la moralidad y legalidad administrativa y la protección del patrimonio público. Sobre este último punto, es decir, sobre el carácter público de los fondos de dichas empresas, ha dicho la Sala que _...a RECOPE como empresa pública que es, le corresponde darse su propia organización, con el objeto de asegurarse la distribución eficiente y económica de los derivados del petróleo y ello incluye por supuesto, definir, establecer, administrar y contratar los centros de almacenamiento de esos productos y de los recursos que en última instancia pertenecen al Estado.-

En consecuencia, avalar el mantenimiento de una situación deficitaria como la que venía produciendo la planta de Golfito, sería violentar los principios de la Administración Financiera de la República, en perjuicio del interés general._ (sentencia número 1743-91, de las catorce horas



treinta y ocho minutos del cinco de setiembre de mil novecientos noventa y uno).

Este fallo, si bien referido a una sola de las empresas públicas que funcionan en el país, deja de manifiesto el carácter público de los fondos que éstas manejan, y por ello, en la medida en que se pretende tutelar el patrimonio estatal, no se considera inconstitucional otorgar a sus servidores el carácter de funcionarios públicos para efectos penales."- Por su parte, el Tribunal Constitucional, en el fallo 6680-93, manifestó: "En cuanto a la necesaria vinculación de una empresa pública como RECOPE, con las políticas emanadas de la Autoridad Presupuestaria en materia de gasto público, la ley de Creación de la Autoridad Presupuestaria, en el inciso b) del artículo 2, señala a RECOPE como integrante del Sector Público Financiero no Bancario, sujeto a las órdenes, directrices, reglamentos y decretos emanados de esta Comisión que se refieran a política presupuestaria (inversión, endeudamiento y salarios) y al gasto público en general. En este sentido, RECOPE es parte del Sector Público, para el que las directrices emanadas de la Autoridad Presupuestaria en materia de su competencia, son de obligado acatamiento y no fue excluida de los alcances de la ley N°6821, que en su artículo 15 sí exceptuó a las Universidades, Instituto Tecnológico de Costa Rica y gobiernos locales, de su aplicación".

El Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sección Primera, en la resolución 6231, de las 14:14 horas del 14 de junio de 1983, consideró que la Compañía Nacional de fuerza y Luz no está "encuadrada" dentro de lo que debe entenderse por "Administración Pública". El criterio del Tribunal es acertado, por cuanto las sociedades anónimas propiedad del Estado no forman parte de la Administración Pública.

Como puede observarse de las resoluciones transcritas y comentadas, y de la legislación en la cual se apoyan, el concepto de empresa pública varía dependiendo del objetivo que persigue el legislador y la jurisprudencia. Si el objeto es el control de los fondos públicos, el régimen de contratación y la disciplina fiscal (materia presupuestaria, inversiones, crédito y empleo público, este último enfocado desde la óptica del gasto público), en el concepto de empresa pública se incluyen a las sociedades anónimas en las cuales el Estado tiene alguna participación en el patrimonio de la empresa. Si el objeto es el régimen de empleo, entonces, el legislador y la jurisprudencia, siguen un concepto restrictivo de empresa pública, excluyendo de él a la sociedad privada propiedad del Estado o a la empresa mixta.

Con base en lo anterior, las municipalidades están autorizadas a constituir sociedades mixtas, siempre y cuando su participación en la sociedad sea la de socio mayoritario, es decir, que posean al menos el 51% del capital social(14), con lo que se da la condición de empresa o sociedad pública(15), o tengan el control de la gestión, aunque su participación sea la de un socio minoritario, cumpliéndose, de esta forma, con el primero, de varios requisitos, que exige el legislador para conformar este tipo de sociedad.



NOTA (14): La Ley de Contratación Administrativa, Ley 7494 de 2 de mayo de 1995 admite la posibilidad de empresas públicas en las cuales el capital social no pertenece, en su mayoría, al sector público.

NOTA (15): TRONCOSO REIGADA (Antonio) Op. Cit. página 39 denomina a las sociedades mercantiles con participación pública minoritaria de control, como empresas públicas en sentido impropio. " Así, el Tribunal de Cuentas [español] ha manifestado su voluntad de fiscalizar aquellas empresas en las que el sector público 'ejerce un control efectivo' sobre la gestión, aunque no ostente la mayoría absoluta del capital social, como ocurre con Telefónica, Repsol y Argentaria, donde el Estado tiene una minoría de control. Por ello, este órgano constitucional ha planteado una moción al Parlamento para que éste defina mejor el concepto legal de Sociedad Estatal y de empresa pública, teniendo en cuenta no sólo el criterio de participación mayoritaria en el capital social -entendiendo éste como la posesión del más del 50 por 100 de las acciones-, sino también el control en la gestión por parte de una minoría mayoritaria". En nuestro país la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en el artículo 8° , (Ley N° 7428 de 7 de setiembre de 1994), dispone: "Artículo 8. HACIENDA PUBLICA. (...)

Las sociedades mercantiles constituidas con arreglo a la legislación costarricense son empresas públicas únicamente cuando estén bajo el dominio mayoritario o el predominio legal del Estado o de otro ente u órganos públicos." Más "radical" es la Ley de Contratación Administrativa, Ley N° 7494 de 2 de mayo de 1995 y sus reformas, que excluye de los procedimientos de contratación administrativas a las empresas públicas cuyo capital social pertenezca, en su mayoría, a particulares y no al sector público.

2.-

La segunda condición que se encuentra implícita en el ordenamiento jurídico para constituir este tipo de entidad, es que el objeto de la sociedad debe estar referido a la obtención de los fines que debe cumplir el ayuntamiento. Dada la naturaleza de las municipalidades, entes territoriales de base corporativa, su competencia se circunscribe a la prestación de los servicios públicos locales con el fin de satisfacer, de forma oportuna y adecuada, los intereses de los munícipes. No en vano, el artículo 169 de la Constitución Política, le atribuye a la corporación municipal la administración de los servicios locales del cantón. Asimismo, el artículo 3 del Código Municipal reproduce la norma constitucional, mientras que el artículo 1, concibe al gobierno municipal como el instrumento del municipio para promover y administrar los intereses de los vecinos residentes del respectivo cantón. El Tribunal Constitucional, en los votos números 2237-96 y 2238-97, al respecto indicó lo siguiente:



"...según lo establece la propia Constitución Política, corresponde a cada municipalidad en su jurisdicción velar por los intereses y servicios locales con exclusión de toda otra interferencia que sea incompatible con el concepto de 'lo local'".

Desde esta perspectiva, el objeto de la sociedad mixta no podría rebasar los intereses o servicios locales, y las entidades que se constituyan, siguiendo este esquema organizativo, deberían buscar su satisfacción plena.

3.-

Otro aspecto, no menos importante, es que el radio de acción de la sociedad, es decir, su domicilio y su ámbito de actividad, necesariamente, estaría circunscrito al territorio del cantón de la municipalidad respectiva. Desde esta perspectiva, la actividad principal de la entidad tendría que realizarse dentro de los límites del cantón, por lo que no podría crear sucursales, agencias o establecimientos en el territorio de otras municipalidades, con el fin de prestar los servicios o producir los bienes para los munícipes de esas circunscripciones territoriales, salvo que existiera un acuerdo intermunicipal.

No se puede perder de vista que, el artículo 3 del Código Municipal, señala que la jurisdicción territorial de la municipalidad es el cantón respectivo, por lo que la sociedad mixta que se formara debería estar sujeta a la misma limitación. Además, como indicamos en el punto dos, el objeto de la sociedad a de ser coincidente con los fines del municipio, sea la administración de los intereses y servicios locales.

4.-

Un último asunto que regula el Código Municipal para conformar una sociedad mixta, lo constituye la exigencia de que la iniciativa es exclusiva del Alcalde municipal. Al concejo le corresponde adoptar la decisión o acuerdo, pero para que el mismo sea válido y eficaz, es una conditio sine qua non, que la propuesta surja del Alcalde municipal.

Evacuada dos de las cuatro interrogantes que usted plantea, nos corresponde referirnos al tema del patrimonio municipal y de las sociedades mixtas.

El artículo 62 del Código Municipal, en lo que interesa, señala que la municipalidad está facultada para usar o disponer de su patrimonio mediante toda clase de actos o contratos permitidos por este código y la Ley de Contratación Administrativa, que sean idóneos para el cumplimiento de sus fines. Las donaciones de cualquier tipo de recursos o bienes inmuebles, así como la extensión de garantías a favor de otras personas, solo son posibles cuando las autorice expresamente una ley especial.



También estar autorizadas las corporaciones municipales a dar en préstamos o arrendamientos los recursos mencionados, siempre que exista el convenio o el contrato que respalde los intereses municipales.

Por su parte, la Ley de Contratación Administrativa, Ley N° 7494 de 2 de mayo de 1995, en sus artículos 68 y 69, dispone que para enajenar los bienes inmuebles, la Administración debe acudir al procedimiento de licitación pública o al remate, según convenga al interés público. Empero, la Administración no está autorizada a enajenar los bienes inmuebles afectos a un fin público. Para tal fin, debe desafectarse el bien por el procedimiento utilizado para ese propósito. Y en todo caso, se requeriría de la autorización expresa de la Asamblea Legislativa, cuando no conste el procedimiento utilizado para la afectación.

En relación con la posibilidad de que las municipalidades tengan facultadas para dar en garantía los bienes inmuebles que no estén afectos a un fin público, consideramos que, al hablar el Código de préstamos o arrendamientos, conceptos que jurídicamente tienen un sentido preciso y unívoco, no estarían autorizadas. Para ello, y de conformidad con el principio de legalidad, que rige la organización y el funcionamiento de los entes corporativos territoriales, sería necesario que una norma del ordenamiento jurídico los habilitarán, norma que ha de tener el rango de una ley.

Además, en caso de incumplimiento del municipio, existiría una imposibilidad legal para ejecutar la garantía, debido a que el artículo 63 del Código Municipal señala que, salvo los casos contemplados en éste -situación en la que no se encuentran las garantías de bienes inmuebles para participar en sociedades públicas de economía mixta-, los bienes municipales no pueden ser objeto de embargo ni remate judicial.

Ahora bien, las municipalidades para financiar su aporte de capital dentro de la sociedad pública de economía mixta cuenta con un mecanismo que prevé el Código Municipal. Están autorizadas a emitir bonos para financiarse (artículo 87). Los títulos que emitan están sujetos a las reglas de la Comisión Nacional de Valores y están exentos de toda clase de impuestos. Además, el Estado, las entidades autónomas y semiautónomas, las empresas estatales estructuras como sociedades anónimas y las municipalidades, están facultados para invertir en los bonos municipales.

Con base en lo anterior, una institución como el Instituto de Fomento y Asesoría Municipal podría comprar los bonos municipales y, de esa forma, financiar el aporte de capital que tendría que hacer la municipalidad para constituir la sociedad mixta.

También podrían las municipalidades, mediante convenios institucionales, apoyo estatal u otras formas de colaboración, crear un fondo de aval o garantía de las emisiones municipales, lo que le imprimiría agilidad,



seguridad y circulación a la colocación de los títulos en los mercados bursátiles.

Es importante advertir, que los fondos obtenidos con los bonos sólo podrían destinarse a los fines indicados en la emisión.

Por último, nos consulta si es posible que las sociedades mixtas vendan, arrienden o concesionen las edificaciones o inmuebles surgidas de su actividad.

Como aclaración previa, habría que descartar la hipótesis de la concesión, toda vez que esta figura jurídica administrativa sólo podría ser utilizada por una entidad pública, nacional o local, que sea titular de un servicio o actividad económica, situación en la que no podría encontrarse una sociedad mixta municipal.

En la O.J. 007-98 del 4 de febrero de 1998 indicamos los siguientes:

"De ese modo, de conformidad con el Proyecto en estudio, Correos de Costa Rica S.A., sería una persona de derecho privado, no pudiendo ser considerada como pública, aún cuando el 100% de sus acciones pertenezcan al Estado. En sentido similar se ha manifestado la Sala Constitucional al analizar una sociedad similar como lo es la Compañía Nacional de Fuerza y Luz al indicar:

'...es obvio que la Compañía Nacional de Fuerza y Luz aunque perteneciendo mayoritariamente a una institución pública es ella misma una persona jurídica de derecho privado exactamente igual a todas las demás, de manera que no podría ser considerada como pública ni en razón de su propietaria, ni en razón del interés público que en su actividad involucra' (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto No.73-94)...(16).

--- NOTA (16): Como puede observarse, para la Sala Constitucional la empresa privada propiedad del Estado no es una empresa pública, ya que sigue un criterio jurídico en su definición. Sin embargo, si aplicamos el artículo 8 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, ambas entidades sí serían empresas públicas, ya que la citada ley adopta un criterio económico, fundamentalmente. Sobre este tema ver cita 12.

Al estar en la misma condición las empresas mixtas municipales que Correos de Costa Rica S.A. y la Compañía Nacional de Fuerza y Luz (personas de derecho privado), no existiría ningún impedimento legal para que pudieran vender o arrendar sus bienes inmuebles.



Ahora bien, al no existir una ley que las excluya expresamente de los procedimientos de contratación administrativa, ni estar en los supuestos del artículo 2 de la Ley de Contratación Administrativa, para efectuar las ventas o arrendamientos de sus bienes inmuebles tendrían que ajustarse a los procedimientos que prevé esta ley y su reglamento, salvo que admitiéramos la posibilidad de una empresa mixta municipal con participación minoritaria del ente público - tesis que no compartimos, salvo cuando existe un control de parte del ente público sobre la gestión de la empresa-, en cuyo caso sí estarían excluidas de la Ley de Contratación Administrativa y su reglamento.

IV.- CONCLUSIONES.

A.-

Las municipalidades están autorizadas a constituir sociedades mixtas, siempre y cuando su condición en ellas sea la de socio mayoritario, es decir, que posean al menos el 51% del capital social, o tengan el control de la gestión, aunque sea un socio minoritario, con lo que se configura una empresa pública de economía mixta.

B.-

El objeto de la sociedad no podría rebasar los intereses o servicios locales, y las entidades que se constituyan, siguiendo este esquema organizativo, deberían buscar su satisfacción plena.

C.-

La entidad tendría que realizar su actividad dentro de los límites del cantón, por lo que no podría crear sucursales, agencias o establecimientos en el territorio de otras municipalidades, con el fin de prestar los servicios o producir los bienes para los munícipes de esas circunscripciones territoriales, salvo que existiera un acuerdo intermunicipal.

D- La iniciativa para constituir una empresa mixta es exclusiva del Alcalde municipal. Al Concejo le corresponde adoptar la decisión o acuerdo, pero para que el mismo sea válido y eficaz, es una conditio sine qua non, que la propuesta surja del Alcalde municipal.

E.-

Las municipalidades no podrían dar en garantía los bienes inmuebles que no estén afectos a un fin público para participar en una empresa mixta, porque al hablar el Código de préstamos o arrendamientos, conceptos que jurídicamente tienen un sentido preciso y unívoco, el término garantía no podría incluirse o subsumirse en ninguno de ellos.



F.-

No existe ningún impedimento legal para que las empresas mixtas municipales vendan y arrienden sus bienes inmuebles.

G.-

La venta y arrendamiento de los bienes inmuebles de las sociedades públicas de economía mixta, tendrían que ajustarse a los procedimientos de contratación que se encuentran en la Ley de Contratación Administrativa y su reglamento.

De usted, con toda consideración, Lic. Fernando Castillo Víquez
Procurador Constitucional" ²

c. EL PROYECTO DE LA MUNICIPALIDAD DE SAN JOSÉ

"Las Municipalidades para cumplir con sus actividades, requieren de una verdadera libertad de acción, que generalmente está limitada por la insuficiencia de recursos, que permita cubrir las necesidades básicas de servicios a los ciudadanos. Las limitaciones económicas que caracteriza a los municipios, se constituye en el principal obstáculo para la debida atención de los Servicios y Proyectos de infraestructura que requieren las comunidades. Para una verdadera autonomía financiera en el ejercicio de sus funciones, los Gobiernos Locales deben establecer nuevos mecanismos de ingresos y verdaderas estrategias de inversión a mediano y largo plazo. Con el Mercado de Valores y según la disposición del Código Municipal en su artículo No.87, surge la posibilidad de emitir bonos, como otra fuente de financiamiento de proyectos de inversión.

En 1995 se realizó el "**Seminario de Bonos Municipales**" que contó con la participación de la Agencia para el Desarrollo Internacional (AID), la Municipalidad de San Jose, el Instituto de Fomento y Asesoría Municipal (IFAM), la Comisión Nacional de Valores (hoy Superintendencia General de Valores), el Ministerio de Planificación (MIDEPLAN) y el Banco Centroamericano de Integración Económica (BCIE). Desde entonces se viene tratando el tema mediante un proceso de capacitación, análisis y estudio, con la finalidad de que la Municipalidad de San Jose realice una emisión de bonos municipales, se considera que de acuerdo a las condiciones actuales del mercado, es un buen momento para poner en práctica la iniciativa. La Municipalidad de San José pretende con este instrumento, atender una serie de necesidades de obras, proyectos y en general de inversiones en el Cantón Central de San Jose, para lo cual requiere suficientes recursos de capital al menor costo posible, asimismo, desarrollar y mejorar aun más la calidad de los servicios que esta



Institución brinda a la comunidad y en general al contribuyente, en donde es necesario contar con maquinaria y equipos adecuados.

El proyecto concreto de emisión de bonos municipales tiene la finalidad de obtener recursos por ₡2.224.2 millones, que se destinarán a la reconversión de la deuda municipal mediante una sustitución de pasivos, es decir, reconvertir la deuda bancaria en deuda bonificada, con el consecuente ahorro financiero que esto producirá. Asimismo, ejecutar proyectos e inversiones municipales importantes para el mejoramiento y desarrollo de las actividades municipales. Se tiene programado realizar la emisión en el segundo semestre del 2002 y se planea cumplir con objetivos importantes no solo para la Institución sino también para el sector, como: 1- Lograr insertarse positivamente en el mercado bursátil del País, 2- Lograr un ahorro sobre la carga financiera por la reconversión de deuda y 3- Accesar una nueva alternativa de financiamiento de capital para realizar obras Municipales. Dicha emisión será diseñada, estructurada y colocada en el mercado por la alianza INS-BANCREDITO, Entidad suscriptora de los títulos, la cual mediante un fideicomiso, pagará a los tenedores de dichos títulos los intereses y el principal correspondiente.

Tipo de titulo	Bono Municipal
Emisor	Municipalidad de San José
Monto	₡ 2.224.200.000.00
Moneda	Colones

	Monto Mill ₡	Fecha de Emisión	Plazo Años	Fecha de vencimiento	Periodicidad	Tasa de interés y facial neta y bruta
Serie A	1,575.00	19-09-2002	6	19-09-2008	trimestral	TBP + 1.5%
Serie B	649.2	19-09-2003	8	19-09-2011	trimestral	TBP + 1.5%

Amortización	Al vencimiento de las emisiones
Monto mínimo	100 mil colones
Ley de circulación	A la orden
Ley de regulación	Ley reguladora del Mercado de Valores
Custodia	Central de Valores (CEVAL)
Forma de representación	Macro títulos
Aspecto Fiscal	Por Ley exentos del pago del impuesto de la renta, según oficio No. 1187-2000 de la Dirección General de



	Tributación
Garantía de pago	<p>Contrato de Fideicomiso, mediante el cual bancredito actuará como fiduciario para cumplir con el pago de intereses y principal, de las emisiones de los bonos municipales serie A y B. El fideicomiso pagará por cuenta de la Municipalidad de San José los intereses e el principal en las fechas de su vencimiento. El fideicomiso cuenta con un aporte inicial de la Municipalidad de San José por ₡225.000.000.00 y recibirá de esta institución en los siguientes años, nueve aportes complementarios el último día del mes de febrero de cada año de acuerdo con el siguiente detalle:</p> <ul style="list-style-type: none">• Febrero 2003, ₡475.000.000.00• Febrero 2004, ₡575.000.000.00• Febrero 2005, ₡575.000.000.00• Febrero 2006, ₡650.000.000.00• Febrero 2007, ₡650.000.000.00• Febrero 2008, ₡675.000.000.00• Febrero 2009, ₡150.000.000.00• Febrero 2010, ₡150.000.000.00• Febrero 2011, ₡150.000.000.00
Autorización oferta pública	Exceptuada de autorización de oferta publica, según nota SGV-795-98 y 3825-2001 de SUGEVAL.
Clasificación de riesgo	Exceptuada según artículo 144 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores
Tipo de emisión	Estandarizada, seriada y desmaterializada
Destino de Fondos	Reconversión de deuda municipal, Desarrollo del Catastro Municipal, Compra de edificio, reconstrucción de equipo y Equipo de Informática

El plan de inversión o destino de los fondos de la emisión total de bonos, se presenta en el siguiente cuadro:

Inversión	Monto
1. Reconversión de la deuda municipal	722.000.000.00
2. Reconstrucción y Sustitución del Equipo Automotor	300.000.000.00
3. Rehabilitación de rutas en el Cantón Central de San José	275.000.000.00
4. Desarrollo del Catastro Municipa	500.000.000.00
5. Construcción e Instalación de Crematorio	80.000.000.00
6. Equipo de Informática	133.200.000.00
7. Compra de Edificios	
Para Almacén Municipal	142.668.300.00



Otros	71.331.700.00
Total	2.224.200.000.00

En el primer tracto de esta primera emisión de bonos municipales, como se dice en el cuadro de las características y condiciones, se financiarán únicamente los siguientes proyectos:

Inversión	Monto
1. Reconversión de la deuda municipal	722.000.000.00
2. Desarrollo del Catastro Municipal	500.000.000.00
3. Compra de Edificio para el Almacén Municipal	142.668.300.00
6. Reconstrucción de Equipo Automotor	75.000.000.00
7. Equipo de Informática	133.200.000.00
Total	1.572.868.300.00

Cabe destacar que con respecto al monto total de los cinco proyectos anteriores, dada la característica de emisión estandarizada, no es conveniente emitir montos fraccionados, sino redondeados, por lo que se decidió realizar este primer tracto de emisión por ₡1.575.000.000,00.

Información suministrada por la Dirección Financiera" ³

2. CONTRATOS DE FIDEICOMISO

a. RESTRICCIONES EN LA LEY DE LA ADMINISTRACIÓN FINANCIERA

[LEY DE LA ADMINISTRACIÓN FINANCIERA. N° 8131 del 18 de setiembre del 2001. Art. 1]

"Artículo 1.-Ámbito de aplicación

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

d) Las universidades estatales, las municipalidades y la Caja Costarricense de Seguro Social, únicamente en cuanto al cumplimiento de los principios establecidos en el título II de esta Ley, en materia de responsabilidades y a proporcionar la información requerida por el Ministerio de Hacienda para sus estudios. En todo lo demás, se les exceptúa de los alcances y la aplicación de esta Ley." ⁴



"Artículo 14.-Sistemas de contabilidad

Los entes establecidos en el Artículo 1 no podrán constituir fideicomisos con fondos provenientes del erario de no existir una ley especial que los autorice. Dicha ley regulará las condiciones generales que se incluirán en el contrato de fideicomiso. Estos entes se sujetarán a la legislación vigente en lo relativo a la contratación tanto de bienes y servicios como del recurso humano necesario para la consecución de los objetivos. Asimismo, dichos contratos de fideicomiso serán de refrendo obligado por parte de la Contraloría General de la República, la cual, para todos los efectos y en acatamiento del mandato constitucional, deberá fiscalizar el uso correcto de los dineros, aprobar los presupuestos de ingresos y egresos, así como emitir las directrices atinentes a procurar un manejo sano de ellos." ⁵

b. PERMISIÓN EN LA LEY 8345

"ARTÍCULO 7.- Convenios con entidades públicas nacionales

Autorízase a las entidades y empresas públicas nacionales y municipales del Sistema Eléctrico Nacional (SEN), para que suscriban convenios de alianza empresarial con las asociaciones cooperativas y con las empresas de servicios públicos municipales amparadas a la presente Ley, conducentes al desarrollo y la explotación conjunta de obras y servicios de generación eléctrica. Las asociaciones cooperativas y las empresas de servicios públicos municipales podrán suscribir entre ellas convenios de esta naturaleza. Asimismo, las asociaciones cooperativas y las empresas de servicios públicos municipales podrán suscribir fideicomisos con un banco del Sistema Bancario Nacional para el desarrollo de proyectos eléctricos; esta autorización se hace extensiva al ICE y a la Compañía Nacional de Fuerza y Luz (CNFL).

Autorízase a las entidades y empresas públicas nacionales y municipales para que suscriban convenios de cooperación, inversión y operación conjunta con las asociaciones cooperativas y las empresas de servicios públicos municipales amparadas a la presente Ley, a fin de que presten servicios complementarios de sus actividades, de conformidad con los procedimientos dispuestos en la legislación vigente." ⁶

c. FIDEICOMISO DE BONOS MUNICIPALES. RESOLUCIÓN DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA N° DI-AA-1423

09 de mayo, 2002



DI-AA-1423

Licenciado
Mario Vargas Serrano
Alcalde

Municipalidad de San José

Estimado señor:

Asunto: Contratos de adquisición de servicios "underwriting en firme", para llevar a cabo la emisión y colocación de bonos municipales y de fideicomiso, para garantizar la emisión de dichos bonos, suscrito entre esa Municipalidad con el Consorcio Instituto Nacional de Seguros-Banco Crédito Agrícola de Cartago

Damos respuesta a su oficio No. 0001831 del 05 de abril del año en curso, recibido por este Órgano Contralor el 09 de abril último, mediante el cual requiere el refrendo a los contratos de adquisición de servicios "underwriting en firme", para llevar a cabo la emisión y colocación de bonos municipales y de fideicomiso, para garantizar la emisión de dichos bonos, suscrito entre esa Municipalidad con el Consorcio Instituto Nacional de Seguros-Banco Crédito Agrícola de Cartago.

Sobre el particular, nos permitimos hacer de su conocimiento las siguientes consideraciones:

A. Contrato de underwriting en firme

Según se puede apreciar de los antecedentes remitidos por esa Municipalidad, el Banco Crédito Agrícola de Cartago y el Instituto Nacional de Seguros participan bajo la modalidad de acuerdo consorcial en la contratación administrativa de servicios de Underwriting para llevar a cabo la emisión y colocación de los bonos municipales.

De esa manera, encontramos que ambas entidades firman el convenio consorcial el 09 de marzo del 2001 (folio 391) y su adicional el 28 de marzo de ese año (folio 497), en donde establecen claramente cuáles serán las obligaciones de cada una de ellas en ese acuerdo consensual.

Ahora bien, dentro de las obligaciones que asume el Instituto Nacional de Seguros encontramos que en la cláusula segunda éste se compromete por medio de sus funcionarios y empresas a estructurar todo lo referente a la emisión de bonos, en la cláusula cuarta a comercializar la emisión por medio de sus empresas, y en el adicional, a asumir la coordinación directa con la Municipalidad en todo lo referente a esa negociación.

Respecto a dichas obligaciones que asume el INS, esta Contraloría General



refiriéndose al Acuerdo Marco de Alianza Estratégica celebrado entre el INS y Bancrédito, ya ha destacado en el oficio No. 6656 de 15 de junio del 2001, dirigido a la Asesoría Jurídica del Instituto, la imposibilidad de que por esa vía se asuman competencias que el ordenamiento jurídico no le ha otorgado a la entidad.

Específicamente indicamos lo siguiente:

"Con relación a la Cláusula Sexta, que declara como de interés mutuo una serie de actividades que podrían ser objeto de convenios particulares, nos cuestionamos si a través de esos instrumentos se estarían delegando indirectamente competencias que el bloque de legalidad le ha encomendado exclusivamente a cada una de esas entidades, **pues cualquier acuerdo avalando esa situación resultaría improcedente.**" (El resaltado no es del original)

Acorde con lo expuesto esta Contraloría General guarda serias dudas sobre la procedencia de las competencias que se le otorgan al Instituto en el acuerdo consorcial, que parecieran ser propias más bien de una entidad financiera como lo es el Banco.

Por otro lado, resulta cuestionable que por medio de ese acuerdo el INS pretenda establecer compromisos a sus empresas, toda vez que en razón de la naturaleza de éstas, resulta necesario que suscriban aquellos convenios en los que de una u otra forma se les imponga el cumplimiento de obligaciones.

B. Contrato de fideicomiso

Siendo el fideicomiso la figura utilizada para garantizar la emisión de bonos municipales por un monto de ₡2.224.200.000,00, se impone exteriorizar algunas consideraciones generales sobre la factibilidad de utilizar dicha figura jurídica para llevar a cabo el objeto contractual.

En primer término es necesario tener presente que la Ley No. 8133, Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos dispone en el artículo 14:

"Artículo 14. Sistemas de contabilidad. **Los entes establecidos en el artículo 1 no podrán constituir fideicomisos con fondos provenientes del erario de no existir una ley especial que los autorice.** Dicha Ley regulará las condiciones generales que se incluirán en el contrato de fideicomiso. Estos entes se sujetarán a la legislación vigente en lo relativo a la contratación tanto de bienes y servicios como del recurso humano necesario para la consecución de los objetivos.



Asimismo, dichos contratos de fideicomiso serán de refrendo obligado por parte de la Contraloría General de la República, la cual, para todos los efectos y en acatamiento del mandato constitucional, deberá fiscalizar el uso correcto los dineros, aprobar el presupuesto de ingresos y egresos, así como emitir las directrices atinentes a procurar un manejo sano de ellos. (El destacado es nuestro).

Por su parte el artículo 1 de dicha ley, que determina los sujetos a los que se les aplica las prescripciones del artículo 14 en mención, dispone en lo que nos interesa:

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

- a) Administración Central, constituida por el Poder Ejecutivo y sus dependencias.
- b) Los Poderes Legislativo y Judicial, el Tribunal Supremo de Elecciones, sus dependencias y órganos auxiliares, sin perjuicio del principio de separación de Poderes estatuido en la Constitución Política.
- c) La Administración Descentralizada y las empresas públicas del Estado.
- d) Las universidades estatales, **las municipalidades** y la Caja Costarricense de Seguro Social, **únicamente en cuanto al cumplimiento de los principios establecidos en el título II de esta Ley, en materia de responsabilidades y a proporcionar la información requerida por el Ministerio de Hacienda para sus estudios. En todo lo demás, se les exceptúa de los alcances y la aplicación de esta Ley.....**" (El resaltado no es del original)

Acorde con el texto de las normas anteriores, vemos que las previsiones del artículo 14 -que preceptúa la obligación de requerir ley expresa para crear fideicomisos en el sector público- no son aplicables a algunas entidades: universidades estatales, municipalidades y la Caja Costarricense de Seguro Social, pues éstas en virtud de lo expresado en el numeral 1, únicamente están sujetas al cumplimiento de los principios establecidos en el título II de la Ley- que en modo alguno se relacionan



con el artículo 14- , en materia de responsabilidades y a proporcionar la información necesaria al Ministerio de Hacienda para sus estudios.

Siendo ello así, es dable establecer que tratándose de dichas instituciones, rige la normativa y jurisprudencia administrativa que con antelación a la vigencia de la Ley No.8131 regulaba la aplicación del fideicomiso en el ámbito público, aspecto a lo que nos referiremos a continuación.

Esta Contraloría General siempre había mantenido el criterio que para suscribir un fideicomiso con fondos públicos se requería contar con una autorización legal. Esta podría ser en primer lugar de carácter específico para el cumplimiento de una actividad de la institución, o en segundo lugar, esa autorización de ley podría ser general, facultando a la Administración para usar esta clase de convenios, como un mecanismo de contratación para alcanzar con él, un determinado bien o servicio.

Precisamente, en cuanto a esta última modalidad, la Contraloría ha señalado que existen situaciones muy excepcionales y limitadas en que podría entenderse que existe una autorización legal, de carácter general, para emplear la figura del fideicomiso, casos donde una entidad pública carezca de una ley especial que así lo preceptúa.

Tal supuesto, se ha fundamentado en el artículo 3 párrafo segundo de la Ley de Contratación Administrativa que dice:

“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 destacado es nuestro)

Cabe reiterar que el numeral transcrito no tiene alcances irrestrictos, siendo que por el contrario la ley conmina a interpretarlo dentro de los parámetros que se establecen en la contratación administrativa. En ese sentido el oficio No. 2716 (DGCA-299-97) de 06 de marzo de 1997 de la anterior Dirección de Contratación Administrativa señaló:

“...un contrato de fideicomiso puede utilizarse para muchas cosas diferentes. En el contexto presente, lo que, de acuerdo al principio de legalidad -y al criterio expuesto



por nuestra Dirección de Asuntos Jurídicos- se permite con el artículo 3 de la Ley de Contratación Administrativa para cuando sea estrictamente necesario para la satisfacción del fin público- **se realice actividad de contratación administrativa a través de un fideicomiso**, en cuyo caso, esa actividad que habrá de desarrollar el fideicomisario, se regirá por la ley, respetando los principios, los requisitos y los procedimientos ordinarios establecidos al efecto. (.....)

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

De lo transcrito se desprende que el artículo 3 de la Ley de Contratación Administrativa sólo puede ser utilizado como base para establecer un fideicomiso, cuando la finalidad del fideicomiso es la ejecución de funciones relacionadas con la contratación administrativa, siendo que, si se tuviera otra finalidad diferente a ésta, imperiosamente tiene que ser autorizado por una ley específica para servir de instrumento contractual de la Administración.

Conforme lo señalado, analizaremos el clausulado del documento contractual para precisar si el fideicomiso cumple o no con el supuesto antes señalado.

La Cláusula Tercera del contrato bajo estudio, se enumera como finalidad del fideicomiso la siguiente:

"TERCERA. DE LA FINALIDAD DEL FIDEICOMISO: El presente fideicomiso se constituye con el propósito de garantizar la emisión de bonos municipales, por un total de Dos Mil Doscientos Veinticuatro Millones, Doscientos Mil Colones Exactos (¢2,224.200.000,00); de modo que el presente fideicomiso, servirá como garantía a la emisión de bonos municipales del fideicomitente, mediante la creación de un fondo que permita el pago del capital principal y los intereses de los inversionistas, el cual será administrado con absoluta responsabilidad y eficiencia."



Por otra parte, se establece en lo conducente la Cláusula Quinta:

"QUINTA: DE LAS OBLIGACIONES DE LAS PARTES: I. De las obligaciones y atribuciones del FIDUCIARIO: Son obligaciones del FIDUCIARIO, sin perjuicio de las que señala las leyes vigentes, las siguientes: A) Administrar los fondos que se depositen para la realización de los fines que se estipulan en este contrato, con absoluta responsabilidad y eficiencia; (....) d) Recibir los aportes del FIDEICOMITENTE para el pago del principal e intereses a los inversionistas e invertir los excesos de liquidez en el mercado, de acuerdo a las reglas que se establecen más adelante. E) Efectuar el pago del principal e intereses de los fideicomisarios inversionistas tenedores de los bonos municipales, por cuenta de la Municipalidad de San José, siguiendo el flujo de vencimientos....."

Se desprende de los términos de esos numerales que el fideicomiso en análisis está constituido fundamentalmente para servir de instrumento de garantía y pago; producto de la emisión de títulos valores de la Municipalidad. Con el fideicomiso celebrado, la Administración está llevando a cabo una actividad que se ajusta a los parámetros indicados, pues sólo se está utilizando ese mecanismo como un instrumento de administración de los bonos emitidos por la Corporación Municipal, siendo que para ese cometido le serán transferidos recursos para cancelar el principal e intereses de los inversionistas tenedores de los bonos municipales. Por ello, no podemos advertir que a través de esa figura se están delegando competencias propias que el legislador le haya otorgado a la Municipalidad, ni creándose una "administración paralela" al ente corporativo, lo cual si ha sido adversado por esta Contraloría General en reiteradas oportunidades (véase pronunciamiento No. 3269 (DGAJ-527-2000) del 07 de abril del 2000), sino más bien reiteramos, el fideicomiso en estudio es acorde con funciones relacionadas con la contratación administrativa y por ende ajustado al artículo 3 de la Ley de Contratación Administrativa.

No obstante lo anterior, y propiamente en lo que se refiere a las obligaciones que genera el contrato de mérito, es necesario señalar que en la cláusula segunda se establece la obligación por parte de la Municipalidad de entregar un aporte inicial de \$275.000.000,00, al fideicomiso, sin que conste en los antecedentes remitidos una certificación sobre el disponible presupuestario para hacer frente a dicha obligación pecuniaria.

Por las razones antes expuestas, devolvemos los documentos contractuales sin nuestra aprobación, indicándoles que una vez atendidas nuestras observaciones, estaremos en la mejor disposición de tramitar nuevamente



la gestión respectiva. Atentamente, Lic. Elías Delgado Aiza Fiscalizador”
7

FUENTES CITADAS

-
- ¹ CÓDIGO MUNICIPAL. Ley n° 7794 del 30 de abril de 1998. Art. 87
 - ² PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Opinión Jurídica n° 103-J del 31 de agosto de 1999.
 - ³ MUNICIPALIDAD DE SAN JOSÉ. Emisión de bonos municipales. [en línea] consultado el 1 de diciembre del 2006 en http://www.msj.co.cr/emision_bonos.asp
 - ⁴ LEY DE LA ADMINISTRACIÓN FINANCIERA. N° 8131 del 18 de setiembre del 2001. Art. 1
 - ⁵ LEY DE LA ADMINISTRACIÓN FINANCIERA. N° 8131 del 18 de setiembre del 2001. Art 14
 - ⁶ LEY DE PARTICIPACIÓN DE LAS COOPERATIVAS DE ELECTRIFICACIÓN RURAL Y DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES EN EL DESARROLLO NACIONAL. N° 8345 del 26 de febrero del 2003. Art. 7.
 - ⁷ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Resolución n° DI-AA-1423 del 9 de mayo del 2002.