

Informe de Investigación

Título: CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES.

Rama del Derecho: Derecho Administrativo	Descriptor: Contratación Administrativa
Tipo de investigación: Compuesta	Palabras clave: Contrato Administrativo, Tratado Internacional, Jerarquía de normas
Fuentes: Doctrina, Normativa, Jurisprudencia	Fecha de elaboración: 05/2010

Índice de contenido de la Investigación

1 Resumen.....	2
2 Doctrina.....	2
a)El Concepto de Contrato Administrativo.....	2
El papel del contrato administrativo en la actualidad.....	4
El derecho público en el contrato administrativo.....	5
1. El principio de legalidad en la actividad contractual.....	5
2. El Derecho público en el contrato.....	6
b) Clases o tipología contractual en los contratos administrativos.....	9
Obra pública.....	9
Concesión de servicio público.....	10
Suministros.....	10
De empréstitos y donaciones.....	10
De servicios profesionales.....	11
De transporte de agentes públicos.....	11
c)La jerarquía del derecho internacional frente a la constitucion.....	11
Los tratados internacionales con jerarquía superior o igual a la Constitución.....	12
Los tratados internacionales con jerarquía superior o igual a la ley.....	13
La aplicación del tratado y el control jurisdiccional.....	14
3 Normativa.....	15
a)Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.....	15
4 Jurisprudencia.....	16
a)Dictamen C 186-97.....	16
A-. El contrato es de naturaleza administrativa.....	18
B-. Procedimiento para modificar el contrato.....	21
b)Opinión Jurídica OJ 19-98.....	24
I.-Sobre la competencia de la contraloría general de la república en materia de hacienda	

publica.....	26
II.-Opinion juridica de este organo.....	27
2) Los convenios mag-oirsa como contratos administrativos y la correlativa potestad de la contraloria general de la republica para fiscalizar los fondos derivados de los mismos.....	32

1 Resumen

En el presente informe de investigación se recopilan diferentes conceptos que analizan los contratos administrativos y los tratados internacionales, esto con el fin de que el lector cuente con los conceptos básicos para analizar la normativa aplicable en cuanto al tema de la contratación pública a la luz de los tratados internacionales; en el apartado de Jurisprudencia se analiza el caso de manera más específica desarrollándose los presupuestos de lo que debe ser considerado materia de contratación pública o derecho de los tratados internacionales, esto por medio de los criterios de la Procuraduría General de la República.

2 Doctrina

a)El Concepto de Contrato Administrativo.

[HIDALGO CUADRA]¹

“La Constitución Política dedica un artículo de fondo al contrato administrativo. El numeral 182 señala que los contratos que se hagan con fondos de los Poderes del Estado, las municipalidades y las instituciones autónomas y las ventas o bienes de ellos, se harán mediante licitación. Pero no se ocupa de indicar qué vamos a entender por éste, ni dar más detalle sobre el procedimiento que ha de cumplirse. No es tarea de la Constitución dar definiciones, pero a partir de esta norma nuestra Administración Pública ha tenido que bregar con las sutilezas procedimentales para llegar, al fin, a elegir a un contratista, a veces con excesivo esfuerzo. El Constituyente de 1949 tenía propósitos más sensatos y simples que mejorar la moralidad administrativa; su preocupación era que los contratos que comprometieran fondos estatales fueran adjudicados en condiciones de la más amplia participación y competencia, no que se incurriera en excesivas formalidades. Las señales de libertad son varias: no hay calificativo para el procedimiento a emplear pues se habla de licitación (pura y sencillamente), no se fija un régimen jurídico del contrato, pueden existir procedimientos licitatorios atemperados de acuerdo a lo que el legislador contemple, etc.

El presente estudio busca dar respuesta a una serie de interrogantes que la lectura del artículo 182 nos puede plantear. Estas preguntas las podemos enunciar de la siguiente forma y servirán de guía para nuestra exposición: 1. ¿Qué entendemos por contrato administrativo?, ¿está el contrato de la Administración Pública sometido a un régimen inflexiblemente público?;. ¿Qué entendemos por

licitación?, ¿es la licitación pública el procedimiento más idóneo para la escogencia de la oferta más conveniente?

Aspectos generales

1. Las particularidades de la Administración Pública

La Administración Pública es una realidad jurídica, política y económica que la hace una organización específica y diferenciada¹. El análisis de uno de sus temas capitales, como es el contrato administrativo, no puede efectuarse sin considerar sus especificidades:

a. La Administración Pública es una organización compleja. No estamos aludiendo a un aspecto de tamaño, sino de diversidad de las funciones que posee utilizando un mismo modelo

organizativo. Ejemplo de lo indicado es que las instituciones autónomas tienen diferentes cometidos, cada una posee un giro de actividad muy diferente entre sí (banca, la promoción del turismo, la atención de la niñez, salud, seguridad social, etc.) mientras están sujetas a un esquema de organización similar (ministros, presidentes ejecutivos, juntas directivas). Para el caso de las contrataciones que realizan, todas las entidades públicas deben observar los mismos procedimientos y normas, sin que las particularidades de cada una de ellas, ni de los mercados a que se dirigen sea tomada en cuenta.

b. Tecnificación de la función administrativa. Ni las organizaciones públicas mejor dotadas pueden tener un conocimiento sobre ciertas tecnologías, sólo dominadas por los expertos y científicos altamente especializados. La compra de ciertos componentes de una represa hidroeléctrica, la construcción de un hospital "llave en mano", la concesión de un puerto, una cárcel o un aeropuerto, no son ejemplos de procedimientos licitatorios complicados, pues el trámite es básicamente igual; son ejemplos, más bien, de bienes o servicios complejos. A mayor profundidad técnica, mayores serán las posibilidades de que en el procedimiento se encaucen las discusiones sobre aspectos omisos u oscuros del cartel, se revisarán ofertas de varios tomos y, por supuesto, se producirán los recursos ante la Contraloría General de la República de los perdidosos contra la decisión final en los que se aduzcan aspectos especializados. Esto es independiente del tipo de procedimiento utilizado, sea licitación o contratación directa; lo que va a interesar es el profundo contenido de las prestaciones y cómo el cartel fue diseñado por la Administración para comparar ofertas de un objeto complicado.

c. La interdependencia entre política y administración, lo que no es malo por sí solo; los problemas empiezan cuando la planificación de los requerimientos de adquisición de bienes y servicios está sometida a criterios que colocan por encima vaivenes políticos.

d. La Administración Pública no tiene que competir para obtener del entorno los recursos necesarios para desarrollar sus actividades, pero sí compete en términos de un mercado político.

Cada entidad pública debe velar por hacer acopio de los recursos que le correspondan cuando dependen del Ministerio de Hacienda.

e. Es difícil identificar adecuadamente el producto final de cada organización pública y para encontrar indicadores de eficacia y eficiencia.

f. La eficiencia no es un adjetivo exclusivo del sector privado. Los esquemas de organización privada pueden presentarse en la Administración Pública, pero dejando a buen resguardo los principios propios del Estado de Derecho. Decir, sin más, que deben trasponerse esquemas y modos de actuar propios del sector privado a las organizaciones estatales, es un juicio muy peligroso por simplista.

El papel del contrato administrativo en la actualidad

Ha sido usual apreciar al contratista de la Administración Pública como un factor accesorio a la función que cumple el ente público con el cual contrata; actualmente esto no es del todo cierto. La falta de recursos gubernamentales para asumir grandes proyectos de obra pública, el rechazo del Estado como productor de bienes y servicios (Estado-empresario), la globalización de las economías por las que las empresas públicas van despojándose de tratos preferentes o beneficios económicos y una creciente búsqueda de la libre competencia, han impactado notablemente el papel que posee el contrato administrativo, a tal grado que el Estado busca en el mercado muchas de las soluciones para los asuntos que debe atender. Se constituye así un "Estado-contratante", que va estrechando el espacio de aquellas actividades prestacionales, tradicionalmente reservadas a los entes públicos (servicios de salud, correos, cárceles, construcción y mantenimiento de carreteras, energía eléctrica, entre otros casos). El contratista no tiene un papel auxiliar, ya no es un mero colaborador de la Administración Pública en la obtención de sus fines: es quien los lleva adelante o da una solución. Desde el instante en que sean capaces de idear un esquema por el que se les asegure obtener una rentabilidad, la eficiencia aconseja que ciertos servicios (no esenciales) sean proveídos por empresas privadas.

La concesión de servicios públicos y las diversas formas de asociaciones público-privadas para la puesta en marcha de proyectos de infraestructura con el reparto de riesgos y responsabilidades [public-privatepartnership), son ejemplos patentes de esta tendencia. Pero existe otra forma, a veces menos notoria, en que el contratista, mediante la provisión de bienes que resultan esenciales para las funciones que desempeñan los entes públicos, es quien señala una técnica determinada o presenta una propuesta que tiene una incidencia inmediata en la forma en cómo se llevaría a cabo un servicio en forma más eficiente o menos costosa. El oferente puede plantear en su plica, soluciones o mejoras que la Administración no visualizó al elaborar el cartel, y demanda que no se le impida participar en el concurso por el hecho de que el pliego de condiciones no ha contemplado otras posibles tecnologías. Incluso, en ejecución del contrato, puede variarse lo cotizado en aras de una mejor opción por tecnología disponible en ese momento, tal y como ahora lo permite el artículo 12 de la Ley de Contratación Administrativa (en adelante LCA), a manera de una "cláusula de progreso".

Ya el Estado no ejecuta muchas de las tareas de las que se encargaba (construcción de escuelas, por ejemplo), no produce los bienes que requiere para proyectos en que se emplean productos especializados como reactivos de laboratorio, ni posee la capacidad financiera para asumir la carga de grandes obras de infraestructura, como carreteras o puertos. Pero lo más serio es que no está en posición de conocer lo que el mercado ofrece.

Los tiempos en que se ubicaba al Estado como un sujeto carente de necesidad de protección como consumidor de bienes y servicios, pudieron existir pero han pasado; la vuelta de página exige que las ofertas que recibe sean el resultado de procesos competitivos, que sean veraces bajo pena de exclusión y que los contratos incorporen medidas que atemperen los serios efectos de un incumplimiento (seguros, impactos al ambiente, etc.) en lugar de seguir insistiendo en unas cláusulas exorbitantes del contrato administrativo que no lo inmunizan de tales incumplimientos. El Estado depende más de contratos bien ejecutados y las medidas de protección al consumidor pueden darle una defensa en el mercado que no le han dado sus potestades de imperio tradicionales.

La eficiencia en la contratación administrativa (seleccionar con rapidez y acierto y ejecutar el pacto correctamente) reviste una marcada importancia para el país. Costa Rica es señalada como una nación que puede obtener beneficios de su estabilidad política, instituciones públicas sólidas y transparentes, un Estado de Derecho y una productiva, capacitada y flexible fuerza laboral. Sin embargo, a pesar de los logros en estos campos, el país tiene que consolidar algunos aspectos hacia su desarrollo económico. El reporte de la OCDE de abril de 2003 refiere que, dentro de las áreas en que la política de inversión debe enfocarse con prioridad, se encuentra la promoción y modernización de la infraestructura nacional; para ello, identificar los mecanismos para permitir que la concesión de obra pública opere eficientemente, se ubica como una de las necesidades más urgentes.

El derecho público en el contrato administrativo

1. El principio de legalidad en la actividad contractual

El contrato administrativo es una de las formas por las cuales se lleva adelante la función administrativa y debe existir norma previa que la habilite. Por ello, el primer punto que debe despejarse es el alcance de la Administración Pública para utilizar el contrato; esto es, si la ley debe enlistar todos los contratos a los que se encuentra autorizado un ente público, de tal forma que el silencio sobre determinada figura se entienda como una prohibición. El principio de legalidad no debe ser comprendido de una forma tan estricta; el ente público se encuentra facultado para celebrar todos aquellos que sean necesarios para el logro de sus fines, aunque la ley no cite a qué categorías puede acudir. En nuestro país la LCA dispone en su artículo 39, lo siguiente:

" Cuando io justifique ia satisfacción delfín público, la Administración podrá utilizar, instrumenta/mente, cualquier figura contractual que no se regule en ei ordenamientojurídico-administrativo. En todos los casos, se respetarán los principios ios requisitos y los procedimientos ordinarios establecidos en esta Ley, en particular en lo relativo a ia formación de la voluntad administrativa."

Esta primera aproximación nos lleva a postular vedados aquellos contratos que no sean aptos para los fines legalmente asignados y por consecuencia, contrarios a Derecho por desviación de

poder. Una entidad pública puede haber concluido un procedimiento licitatorio en el que no es posible encontrar el mas leve reparo en cuanto a la forma en que ha sido tramitado y puede constatarse la observancia de los principios más básicos que rigen a la licitación (publicidad, igualdad entre oferentes, libre participación), pero encontrar que el objeto no posee ninguna utilidad ni pertinencia para las necesidades que persigue la organización. Tal puede ser el caso de un inmueble que se adquiere para ubicar una terminal de autobuses o una sucursal bancaria que carecen de las condiciones suficientes para el servicio que se busca prestar. La compra de tecnología o equipos de cómputo así como la de vehículos de lujo, son casos que ilustran un contrato administrativo lícito en lo formal, pero ilegítimo en el fondo.

El concepto de Estado tiene un marcado carácter funcional del que no puede ser separado, de tal forma que la satisfacción de las necesidades colectivas es el cometido que lo separa de lo privado. Será contrato administrativo el que tenga como finalidad satisfacer un interés público. Por esa razón, los que celebren los entes públicos para atender intereses privados no lo son (préstamos bancarios, tarjetas de crédito, seguros, venta de bienes adquiridos en garantía, etc.). Si hay compromiso de fondos públicos, el interés público se da por descontado y el contrato ha de someterse a los principios y controles constitucionales fijados, independientemente que lo suscriba un particular o un sujeto ubicado fuera de la organización del Estado.

El artículo 182 utiliza el empleo de recursos públicos como el rasgo fundamental, cuando ordena que se harán por licitación todas las compras que se efectúen con fondos de la Administración Pública. Esta amplitud origina problemas pues existen infinidad de actos administrativos que originan aplicación de fondos que, por su propia naturaleza, no son susceptibles de ser licitados: una transacción, la selección de árbitros de un proceso, la venta de una franja de un inmueble de la Administración al propietario vecino, la inversión de recursos públicos en valores, avisos publicitarios, etc. La generalidad de la fórmula usada no es conveniente y debe ser llevada a su correcto entendimiento. Empecemos por afirmar que el contrato administrativo puede no conllevar a efectuar aplicación de gasto público, como acontece en la concesión. Por otra parte, el régimen jurídico del contrato administrativo (Derecho público) no es el que va a dar la pista de si hay un entorpecimiento. Veamos este punto.

2. El Derecho público en el contrato

De la confluencia entre el principio de legalidad y la posición del ciudadano como sujeto de libertades públicas es que surge el Derecho público y especialmente, el administrativo como el Derecho de la función administrativa. El Derecho público consagra, entonces, una serie de conceptos, instituciones, y principios que se explican y justifican únicamente porque se encuentra, directa e inmediatamente, comprometido el interés público de tal manera que hay situaciones que requieren de una regulación jurídica especial. Cuando la Administración opta por acudir al contrato, este interés público se protege con normas de características particulares.

El contrato administrativo es una institución del Derecho privado que es empleada por la Administración Pública cotidianamente, o sea que opera

en un ambiente de Derecho público. Esta traslación supone para el contrato una alteración notable y severa, pues las notas características que le son propias y constituyen elementos esenciales, son dejadas de lado cuando se está en presencia de un contrato celebrado por la Administración Pública. El proceso de formación del contrato entre particulares, bajo el concurso de dos voluntades en paridad de condiciones, no se encuentra celosamente resguardado, como sí acontece en el caso de una entidad pública que ha de satisfacer todo una serie de formalidades para manifestar su voluntad sobre la selección de su contratista. Las condiciones de igualdad entre las partes privadas explica la ausencia de prerrogativa preexistente para alguna de ellas que debían honrar su fiel cumplimiento {pacta sunt servandá) y, en todo caso, de existir alguna situación desigual, sería renunciable o modificable por acuerdo; mientras que en ese otro extremo del ordenamiento jurídico, el contrato administrativo apareja una serie de ventajas que son irrenunciables para el Estado como son las potestades de modificación unilateral del pacto o la posibilidad de su rompimiento por motivos derivados del interés general, para citar las más traumáticas.

El contrato privado tiene alcances para las partes que lo han acordado (*res inter alios acta*), pero resulta que la Administración Pública puede celebrar contratos de concesión o delegación de un servicio público cuyos términos tienen consecuencias sobre la esfera de terceros, como es el usuario de ese servicio. Asimismo, el contrato civil guarda una estrecha cercanía con el esquema de satisfacción de intereses de quienes lo acuerdan, que sólo a ellos concierne, en tanto que el contrato administrativo posee una orientación diferente pues el fin que atiende la función administrativa, obliga a someterlo a reglas especiales que lo distinguen de su homólogo del Derecho civil.

Son varios los frentes desde los cuales el Derecho público ha cercado al contrato y que lo alejan de su contraparte del Derecho privado:

Vinculación al presupuesto público: Todo procedimiento de selección del contratista de la Administración Pública debe iniciarse bajo tres condiciones: a) La decisión motivada sobre la procedencia y necesidad de la contratación, que encabeza el expediente; b) Que se haga constar la existencia de los recursos humanos y la infraestructura administrativa que garanticen el fiel cumplimiento del contrato, y c) La existencia de cobertura suficiente en el presupuesto. Este deber de cerciorarse de la existencia de recursos suficientes en el presupuesto para llevar adelante el



contrato, tiene su base en el principio que consagra el artículo 180 de la Constitución Política, por el cual el presupuesto es el límite de acción del poder público. La legalidad presupuestaria no es más que una derivación del principio de legalidad propio del Derecho Administrativo al cual sirve de instrumento, de tal forma que la función administrativa que puede válidamente llevarse a cabo es aquella que cuenta con los recursos suficientes y debidamente presupuestados. Por ende, son aplicables al contrato administrativo una serie de principios propios del Derecho Público en materia de gasto y aplicación de los fondos que pertenecen a los entes públicos, no solo para el inicio del procedimiento, sino a lo largo de la ejecución del contrato ya adjudicado. Los pagos deben ser cargados a las partidas atinentes (principio de especialidad), dentro del ejercicio fiscal en que ha nacido la obligación de pago (principio de anualidad), la contratación deberá responder a una programación para el cumplimiento de metas (principio de programación), y sin que existan zonas confidenciales o vedadas al escrutinio sobre la forma en cómo se han ejecutado los egresos (principio de publicidad).

Vinculación al acto administrativo: Señala el artículo 3o de la Ley de Contratación Administrativa que el régimen de nulidades de la Ley General de la Administración Pública se

aplicará a la contratación administrativa. Aún cuando esta norma no debe conducirnos a una equiparación dogmática de ambas figuras, nos brinda un punto de base fundamental desde el cual analizar el tema de los defectos en el procedimiento de selección de un contratista. El esfuerzo en hacer caer por nulidad un acto de adjudicación ha de fundarse en una perspectiva propia de uno de los más conspicuos conceptos del Derecho administrativo, como es de acto administrativo. De esta postulación la contratación pública se ve impregnada de la prohibición de resolver contra un acto propio precedente que ha creado un derecho al particular. El principio de intangibilidad de los actos propios obliga a una rigurosa observancia del artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública, que ha generalizado el empleo de una calificación para nulidades absolutas especialmente graves (evidentes y manifiestas), gracias a lo cual la Administración Pública contratante puede dar marcha atrás anulando el contrato por su propia mano sin acudir al proceso de lesividad. Inicialmente la norma fue interpretada como atinente a los actos administrativos, no al contrato, pero a partir de una resolución la Sala Constitucional, el procedimiento para anular en sede administrativa un contrato administrativo firme se sujeta a este principio. Al ponerse a la par con un acto administrativo declaratorio de derechos, la nulidad absoluta del contrato exige lo siguiente: a) Satisfacción del debido proceso, b) Que la nulidad absoluta sea evidente y manifiesta, y c) Que se obtenga un dictamen vinculante de la Contraloría General de la República.

Vinculación al control de legalidad: El procedimiento administrativo de selección del contratista y el propio contrato administrativo, se encuentran sometidos a controles de Derecho público, tanto en sede administrativa como judicial. En sede administrativa, corresponde a la Contraloría General de la República conocer de la actividad contractual de la Administración Pública, fiscalización presente desde que se presupuestan los fondos con los cuales se sufragarán las obligaciones a contraer, pasando por el procedimiento de contratación que puede ser revisado por la vía de los recursos de objeción al cartel y apelación contra el acto de adjudicación, así como por la formalización del documento que debe serle sometido a refrendo, para que finalmente, sea posible, aunque no necesaria, una supervisión a posterior/en la fase de ejecución. Asimismo, la Contraloría General de la República posee una potestad genérica para anular actos y contratos por infracción al régimen de Hacienda Pública, de conformidad con el artículo 28 de su Ley Orgánica. Este control presupone, entonces, la necesaria existencia de parámetros de diferente naturaleza a los que se utilizan en el sector privado. Indudablemente, el marco de legalidad que rige la Hacienda Pública

forma parte de los patrones de valoración por medio de los cuales la Contraloría General de la República ejerce sus facultades de fiscalización, marco que es, esencialmente, de Derecho público. En la sede judicial, compete a la jurisdicción contencioso administrativa conocer de todo lo relacionado con la interpretación, ejecución y nulidad de los contratos que celebre la Administración Pública, con independencia del objeto (artículo 2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, replicado por el mismo artículo 2 del Código Procesal Contencioso Administrativo). La nulidad del acto administrativo de adjudicación puede declararse por vicios en su emisión o de los actos de preparación de éste, con lo cual desaparece la legitimidad del contrato que se llegara a celebrar. Los problemas de competencia con la jurisdicción civil son inexistentes, lo que le permite al juez desplegar todos los efectos de la nulidad. La doctrina de los "actos separables" representó una protección a los oferentes ilegítimamente desplazados en las diferentes etapas del proceso de selección¹⁶, no ha sido preciso ser incorporada en Costa Rica por la unificación de las vías civil de hacienda y contencioso administrativa.

Vinculación al servicio público: El impulso definitivo a esta consolidación del régimen público en el contrato lo dio la Escuela de Burdeos al elaborar la doctrina del servicio público. El Derecho administrativo se explica como una regulación de los servicios públicos en el que son típicas las cláusulas exorbitantes surgidas e impuestas por y para la gestión de servicios públicos. Las consecuencias para el contrato administrativo de la construcción del servicio público no se hicieron esperar, al recoger para el contrato una serie de prerrogativas y privilegios. Se produjo un verdadero salto dialéctico, pues esos contratos vinculados con el funcionamiento de los servicios públicos. no son verdaderos contratos de Derecho civil, sino figuras institucionales pertenecientes al Derecho administrativo.”

b) Clases o tipología contractual en los contratos administrativos

[ROMERO PEREZ]²

“Los contratos administrativos pueden tener esta clasificación, entre otras:

Obra pública

Es el contrato de mayor trayectoria y el que presenta mayor atención de parte de los tratadistas, ensayistas, legislaciones y administradores. La razón es sencilla: en esta clase de contratos el Estado invierte una suma gigantesca de recursos financieros, administrativos y técnicos.

Puede definirse como contrato de obra pública aquel que realiza la Administración para la construcción, montaje, mejoras, adiciones, conservación, mantenimiento y restauración de bienes



inmuebles de carácter público o destinados a un servicio público.

Concesión de servicio público

Este contrato es aquel por el cual el Estado le da a un particular, por los trámites de ley, la concesión en la explotación de un servicio público (educación, transporte remunerado de personas, restaurantes, lugares de deportes y de higiene mental, etc.).

Suministros

En este contrato, la Administración negocia la adquisición de bienes muebles (máquinas de escribir, medicinas, papelería y útiles para oficina, etc.).

La entrega de tales muebles (algodón y gasa para hospitales, por ejemplo) puede ser hecha de una sola vez o en entregas sucesivas, de acuerdo a lo que el memorial de condiciones o cartel mandó.

De empréstitos y donaciones

Esta clase de contratos o de relaciones contractuales se han puesto muy de moda en virtud de la crisis económica que sufren y padecen los "países del Tercer Mundo".

Efectivamente, los organismos financieros internacionales han girado una gran cantidad de millones de dólares hacia esos países, configurándose así esta clase de contratos administrativos, cuyas cláusulas (en su mayoría y por lo general) vienen preestablecidas, dándose así contratos de adhesión, pues la debilidad estructural y financiera de los países receptores de los préstamos no le dan otra alternativa (o los toman o los dejan).

Por supuesto, que la historia de estos contratos no comienza con la de los petrodólares y la de la deuda externa (por ejemplo, se pueden recordar los empréstitos durante el Gobierno de Tomás Guardia y aquellos cuya figura central fue Minor C. Keith), pero sí se han intensificado durante estos años de la crisis de los años 80.

Por lo que respecta a las donaciones, se puede decir que operan en el campo de la salud, educación, por ejemplo.

El análisis contractual de los documentos respectivos es sumamente interesante en la



configuración de los modernos contratos del Estado.

Igualmente, hacemos la observación de la existencia de licitaciones públicas, que se pueden hacer mediante el sistema de:

i) empréstitos,

cuando el oferente o concursante le propone al Estado las fuentes de financiamiento y pago del objeto del concurso o policitud (licitación). Es decir, el particular le ofrece al Estado no sólo construir la autopista (objeto de la licitación), sino también además le proporciona (cotiza) el financiamiento para pagar esa obligación.

ii) Trueque

En este caso, lo que la Administración necesita (objeto de la licitación) y saca a concurso (aviso e incitación a licitar), se indica como forma de pago el trueque. Así, se pagaría con café, banano, flores u otros productos de exportación, ya sean tradicionales o no tradicionales, de acuerdo a los trámites legales respectivos.

De servicios profesionales

Esta clase de contratos, se denominan concursos de antecedentes, por los cuales, el Estado contrata tales servicios adjudicando a personas

físicas o a personas jurídicas, tareas como asesorías, consultorías, elaboración de diseños, planos, etc.

De transporte de agentes públicos

Conforme el Estado crece, cuantitativamente, el número de agentes públicos (empleados y funcionarios) es mayor, haciéndose necesario el traslado de tales agentes a sus centros de trabajo. Esa necesidad de transporte (ya no de particulares, que constituye el contrato administrativo de concesión del servicio público de transporte remunerado de personas) de los burócratas del sector público se subsana mediante la firma de convenios con los transportistas correspondientes.”

c) La jerarquía del derecho internacional frente a la constitución

[MUÑOZ]³



“Al margen del problema de la aplicación inmediata o no del tratado, como principal fuente del Derecho Internacional en el ordenamiento jurídico interno, que se analizará en la segunda sección de este artículo, conviene indicar algunos casos en que, en determinados países, el tratado se ubica con rango superior, igual o inferior a la Constitución, o cuando se coloca en un grado superior o igual a la Ley.

Los tratados internacionales con jerarquía superior o igual a la Constitución

En principio resulta difícil aceptar la tesis de que un país adopte en el texto constitucional una fórmula que le dé una jerarquía superior al tratado internacional frente a la propia Constitución.

Sin embargo, los Países Bajos, mediante reforma de 1953, disponen que: "si la evolución del orden jurídico internacional lo exige, podrán concluirse tratados derogando a la Constitución. En este caso la aprobación debe ser acordada expresamente; las Cámaras de los Estados Generales no pueden adoptar el proyecto de ley depositado a este efecto más que por una mayoría de dos tercios de los votos expresados".

En el mismo sentido, la Constitución de Guatemala en su artículo 46 establece la preeminencia del derecho internacional de los Derechos Humanos sobre el derecho interno. Aunque esa jerarquía superior se restringe a los derechos humanos exclusivamente, es evidente que constituye un paso importante en América Latina, no sólo por reconocer trascendencia especial a estos derechos, sino por cuanto le da a esta categoría de tratados un grado superior al ordenamiento jurídico interno. Pueden surgir algunas dudas en cuanto a la interpretación o integración de esa norma constitucional; pero aun en el peor de los casos, cabe interpretarla como una jerarquía equiparable a las demás disposiciones constitucionales.

Tres consecuencias se derivan de esta norma: el fortalecimiento de los derechos humanos, el esfuerzo por reconocer el carácter transnacional de esos valores fundamentales y, finalmente, el progreso histórico en el nivel constitucional latinoamericano, de dar jerarquía superior al derecho internacional, aunque restringido a los derechos humanos, frente al derecho interno.

Puede afirmarse que esta norma constitucional encuentra su inspiración en las ideas de Jorge Mario García Laguardia y Edmundo Vásquez Martínez, quienes, en su libro "Constitución y Orden Democrático", en su Capítulo VI ("Propuestas para la Reforma Constitucional") señalan: "Los instrumentos internacionales de derechos humanos pueden ser incorporados en forma automática al derecho interno o en forma mediata mediante un acto de incorporación y el derecho interno puede fijar la jerarquía normativa estableciendo un rango especial a las normas internacionales. La teoría ha pretendido que estos principios deberían tener un rango superior incluso a las Constituciones, lo que ha sido aceptado todavía..."

La Constitución de Perú plantea una equiparación de los tratados de Derechos Humanos con aquélla. El artículo 105 de esa Constitución establece que los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución.

Dos aspectos son dignos de advertir: en primer término el rango constitucional de los tratados sobre derechos humanos, lo que es también de importancia trascendental en América Latina; y en segundo término, su consecuencia, en el sentido de que no podrán ser modificados si no se sigue el procedimiento previsto para la reforma a la Constitución.

Los tratados internacionales con jerarquía superior o igual a la ley

En general, las constituciones latinoamericanas dan a los tratados internacionales una jerarquía igual o superior a la Ley. Las constituciones europeas posteriores a la Segunda Guerra Mundial, establecen la supremacía de los tratados frente a la Ley; Francia en 1958, Portugal en 1971, la Constitución de Bonn, de 1949.

Algunos ejemplos latinoamericanos ilustran esta situación: la Constitución de Honduras mantiene en general el principio de que los tratados forman parte del derecho interno (artículo 16.2) y, en caso de conflicto con la Ley prevalecen aquellos (artículo 18). Regula además la situación de conflicto entre el tratado y la Constitución, y otorga preeminencia a esta última, salvo que el tratado sea aprobado por el procedimiento de reforma a la Constitución, en cuyo caso tendrá igual jerarquía.

En igual sentido, la Constitución salvadoreña señala que la Ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente y que; en caso de conflicto entre la Ley y el Tratado, prevalecerá este último (artículo 154).

La Constitución de Costa Rica utiliza una fórmula parecida, al establecer, en el artículo 7 de su Constitución, que los tratados internacionales después de su promulgación o desde el día que ellos designen, tendrán autoridad superior a las leyes.

Por otra parte, existen países que le otorgan al tratado igual jerarquía que la Ley. Entre ellos cabe mencionar el caso de México y de Argentina. Uruguay, no obstante que no regula en su Constitución Política ese extremo, ha resuelto el problema por la vía doctrinal y jurisprudencial. Como lo advierte Gros Espiell: "Desde el momento que un tratado(internacional entra en vigencia tiene, con respecto al ordenamiento jurídico uruguayo, una jerarquía equivalente a la de una Ley.

La solución que señalamos es la única aceptable. No puede pensarse que el tratado tiene una jerarquía superior o igual al texto constitucional. No puede tampoco afirmarse que un conjunto



normativo aprobado mediante una Ley, tenga una jerarquía inferior a la Ley. Por ello, la única solución lógica y jurídica, es la de admitir que las normas de los tratados internacionales regularmente aprobados y ratificados, tienen en el derecho público interno uruguayo la jerarquía atribuida a la Ley".

De lo expuesto hasta el momento, cabe concluir que, en América Latina, se dan las cuatro posibilidades:

1. Prevalencia del derecho internacional sobre el interno: el caso de Guatemala para Derechos Humanos.
2. Rango constitucional de los tratados sobre Derechos Humanos: el caso de Perú.
3. Jerarquía superior a los tratados frente a la Ley: caso de Costa Rica, Honduras, Perú y El Salvador.
4. Equivalente jerarquía de los tratados internacionales y la Ley: los casos de Argentina, México y Uruguay.

La aplicación del tratado y el control jurisdiccional

Antes de entrar a analizar los problemas derivados de la aplicación de los tratados internacionales y su respectivo control en el ámbito interno, conviene clarificar si el tratado internacional, debidamente aprobado y ratificado, se incorpora al ordenamiento jurídico de modo automático o, al contrario, requiere de lo que se denomina "recepción especial". La primera opción, aplicación automática o inmediata del tratado, supone la aceptación de la norma internacional en el derecho interno, una vez perfeccionada, sin necesidad de otros actos jurídicos complementarios. La segunda opción, recepción especial, necesita una Ley de ejecución o de transformación, por medio de la cual el tratado se convierte en norma interna.

En general, los países latinoamericanos han adoptado el sistema de aplicación automática. No obstante lo anterior, siempre se presentan problemas, como cuando un tratado internacional contiene únicamente pautas programáticas que para su aplicación en la legislación interna necesitan su desarrollo o su complemento por parte de otras normas jurídicas, por cuanto la naturaleza de aquéllas impide su aplicación inmediata y directa; o cuando expresamente el tratado señala que el Estado deberá adoptar las medidas necesarias para hacer efectivas sus disposiciones y expresamente remite a la ley o indica otra fórmula que inevitablemente requiere de normas complementarias del derecho interno. En este último caso, es indudable que los Estados que suscriben convenciones que obligan a tomar las medidas necesarias, adquieren esta obligación y resulta particularmente grave que, por omisión, no cumplan las disposiciones del



tratado.

Costa Rica acogió la tesis de la aplicación automática, de conformidad con el artículo 7 de la Constitución Política y el 6 de la Ley General de Administración Pública. La primera, como se indicó, otorga jerarquía superior a los tratados con respecto a la ley, y la segunda reconoce a los tratados como fuente del ordenamiento jurídico administrativo. Con ello se ha seguido la tesis propuesta por Hans Kelsen, en el sentido de que el Derecho Internacional y el interno no pueden ser sistemas totalmente distintos e independientes. Una vez adoptada esa tesis, precisa definir si los tratados internacionales o, en su caso, la ley que los aprueba, puede ser objeto de control constitucional.”

3 Normativa

a) Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

[ASAMBLEA LEGISLATIVA]⁴

ARTICULO 2.-

Términos empleados.

1.-Para los efectos de la presente Convención:

a) Se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular;

b) Se entiende por "ratificación", "aceptación", "aprobación" y "adhesión", según el caso, el acto internacional así denominado por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado;

c) Se entiende por "plenos poderes" un documento que emana de la autoridad competente de un Estado y por el que se designa a una o varias personas para representar al Estado en la negociación, la adopción o la autenticación del texto de un tratado, para expresar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado, o para ejecutar cualquier otro acto con respecto a un tratado;

d) Se entiende por "reserva" una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su



aplicación a ese Estado;

e) Se entiende por "Estado Negociador" un Estado que ha participado en la elaboración y adopción del texto del tratado;

f) Se entiende por "Estado Contratante" un Estado que ha consentido en obligarse por el tratado, haya o no entrado en vigor el tratado;

g) Se entiende por "parte" un Estado que ha consentido en obligarse por el tratado y con respecto al cual el tratado está en vigor;

h) Se entiende por "tercer Estado" un Estado que no es parte en el tratado;

i) Se entiende por "organización internacional" una organización intergubernamental.

2.-Las disposiciones del párrafo 1 sobre los términos empleados en la presente Convención se entenderán sin perjuicio del empleo de esos términos o del sentido que se les pueda dar en el derecho interno de cualquier Estado.

ARTICULO 6.- Capacidad de los Estados para celebrar tratados

Todo Estado tiene capacidad para celebrar tratados.

ARTICULO 27.- El Derecho interno y la observancia de los tratados.

Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

(NOTA: La delegación de Costa Rica interpreta que el presente artículo se refiere al derecho secundario, no así a las disposiciones de la Constitución Política)

4 Jurisprudencia

a) Dictamen C 186-97

[PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA]⁵

Dictamen: C-186-97

San José, 1º de octubre de 1997



Sr.Ing. Ricardo Garrón Ministro de Agricultura y Ganadería D.

Estimado señor Ministro Con la aprobación del señor Procurador General de la República, me refiero a su atento oficio DM. MAG-684-97 de 24 de setiembre último, mediante el cual solicita el criterio de la Procuraduría General respecto de modificaciones hechas al "Contrato Constitutivo del Centro Agronómico Tropical de Investigación y Enseñanza" (CATIE).

Se remite un documento intitulado "Antecedentes y Relaciones ICCA CATIE", preparado por la Asesoría Jurídica del IICA en el cual se hace referencia a que el contrato original suscrito entre el Gobierno de Costa Rica y el IICA para la creación del CATIE, aprobado por Ley N. 5201, fue sustituido por el convenio suscrito en 1983, aprobado por la Asamblea Legislativa de Costa Rica por Ley N. 6873. Contrato que previó la necesidad de "ratificación" legislativa (cláusula trigésimoséptima pero que también previó la posibilidad de modificaciones, las que requieren aprobación del Consejo Directivo y de la Junta Interamericana de Agricultura. Con base en esta cláusula trigésima, la Junta Interamericana ha aprobado diversas modificaciones, pero éstas no han sido "ratificadas por el Gobierno de Costa Rica, bajo el argumento de que la propia Asamblea Legislativa aprobó ese artículo trigésimo, mediante el cual se deduce que basta la aprobación de la JIA" . (El subrayado es del original). Luego en la reunión de 1987, el Consejo Directivo del CATIE solicitó que se suprimiera la cláusula trigésimosetima, por lo que desde 1988 las modificaciones no se someten a ratificación de Costa Rica. Como para la reunión del 12-16 de octubre de 1997 se han presentado modificaciones, el Ministro de Agricultura y Ganadería planteó ante el Consejo de Ministros su preocupación por la ausencia de aprobación legislativa. Es el criterio de la Asesoría Jurídica que los cambios intervenidos buscan fortalecer al CATIE. Pero que no es procedente jurídicamente que el Consejo Directivo del CATIE haya recomendado "eliminar la cláusula 37 a. ".porque esa cláusula estaba prevista en el contrato aprobado legislativamente". La cláusula trigésima es una norma interna. Por lo que una vez aprobadas por la JIA las reformas, se debe autorizar al Director General del IICA a firmar el contrato con el Gobierno de Costa Rica y a someterlo a aprobación legislativa. Aprobación que no se sustituye por la participación de autoridades del Ministerio de Agricultura y Ganadería en el órgano superior interno del CATIE y del IICA. Se indica, al efecto, que el artículo 11 de la Constitución Política costarricense impide a los funcionarios públicos arrogarse facultades que la ley no les concede, por lo que ninguna instancia o autoridad puede modificar una Ley costarricense, con la sola aprobación de sus órganos internos, máxime si el CATIE goza de los privilegios e inmunidades correspondientes a un organismo intergubernamental. Se añade que desde el punto de vista del Derecho Internacional los instrumentos jurídicos internacionales sometidos a ratificación son los suscritos entre sujetos de Derecho Internacional, por lo que son de Derecho Público. Las enmiendas o modificaciones en un instrumento jurídico internacional no pueden ser contrarias a las disposiciones del derecho interno. El artículo 48 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados señala que "las modificaciones se hacen entre las Partes", disposición esencial para la consecución del objeto del tratado. La situación sui generis del CATIE provoca interpretaciones erróneas, que obligan a ir a las fuentes, sea la Convención del IICA, el Acuerdo de Privilegios e Inmunidades del Gobierno de Costa Rica con el IICA y las Partes que conforman esta nueva figura atípica (contrato, asociación civil), como sujetos del Derecho Internacional Público.

Se consulta, entonces, cuál es el procedimiento que debe seguirse para modificar el contrato que da origen al CATIE, elemento que está en función de la naturaleza jurídica de dicho acto



constitutivo.

A-. El contrato es de naturaleza administrativa

De conformidad con el informe que se adjunta a la consulta, el contrato que suscribió el Gobierno de Costa Rica con el Instituto Interamericano de Ciencias Agrícolas, hoy Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura para constituir el CATIE es un tratado internacional, sujeto al Derecho Internacional. Empero, de las cláusulas de dicho contrato se llega a la conclusión de que ese negocio jurídico carece de los elementos necesarios para considerarlo un acuerdo de Derecho Internacional.

1-. Un acto sujeto al Derecho Costarricense Se afirma que el contrato de mérito es un tratado público. Lo cual obliga a recordar qué es un tratado internacional. Pues bien, de conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aprobada por la Asamblea Legislativa mediante ley N. 7615 de 24 de julio de 1996, un tratado es :

"ARTICULO 2.-

Términos empleados.

1.-Para los efectos de la presente Convención:

a) Se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular;"

Definición que ha sido admitida por nuestra jurisprudencia constitucional, de acuerdo con la cual el término tratado designa: "...los negocios jurídicos tendentes a crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas públicas, que obliguen, limiten o condicionen el ejercicio del poder público en sí mismo, concluidos entre dos o más personas plenas de derecho internacional..." Sala Constitucional, resolución N. 1027-90 de 1700 hrs. del 29 de agosto de 1990.

Tanto el Gobierno de Costa Rica como el Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura son, ciertamente, sujetos de Derecho Internacional : el contrato es un acuerdo entre sujetos de Derecho Internacional. En igual forma, se trata de un acuerdo que tiende a crear efectos jurídicos, el más importante de todos : el nacimiento del CATIE.

Empero, ese acuerdo no se rige por el Derecho Internacional. Por el contrario, diversas disposiciones hacen referencia al derecho nacional.



Lo que permite considerar que se está ante un acuerdo regido por el ordenamiento jurídico costarricense. Veamos : El CATIE se crea como una persona jurídica costarricense, sujeta al Derecho nacional y no como ente de Derecho Internacional. Lo que resulta tanto del artículo 1º del contrato aprobado por la Ley N. 5201 de 23 de mayo de 1973 como del texto del artículo 1º del contrato aprobado por la Ley N. 6873 de 17 de junio de 1983. Disponen esos artículos, en su orden:

"Artículo 1º.-

El Gobierno de la República, en adelante denominado "El Gobierno" y el Instituto Interamericano de Ciencias Agrícolas, en adelante denominado "El IICA", crean, de conformidad con las leyes de Costa Rica, una asociación, sin fines de lucro, de carácter científico y educacional, con personería jurídica propia para ejercer las actividades y cumplir los objetivos que se indican en este contrato". (El énfasis es propio).

"Primera: El objeto del presente Contrato es la constitución de una Asociación Civil de carácter científico y educacional, cuyo propósito será la investigación en el campo de las ciencias agropecuarias, forestales y afines, en beneficio de las regiones del trópico americano, particularmente de Centro América y el Caribe; y la enseñanza de postgrado en ciencia agropecuarias, forestales y afines, según los convenios y programas que el afecto se lleguen a concretar con la Universidad de Costa Rica u otras, públicas o privadas, nacionales o extranjeras". (El énfasis no es del original).

No existe manifestación de voluntad dirigida a crear un organismo de Derecho Internacional y, en caso de que ésta existiera, habría que determinar si el IICA cuenta con potestades suficientes para comparecer a crear una persona jurídica internacional. Dado que la asociación surge a la vida jurídica conforme el Derecho Costarricense, se comprende que tanto una (artículo 20 de la Ley de 1973) como otra ley (cláusula 36 a. de la Ley N. 6873) hayan previsto la necesidad de que dicho organismo sea inscrito en el Registro nacional que corresponda. Puesto que el CATIE no es un ente de Derecho Internacional, no se le somete a un estatuto internacional : las regulaciones que contiene el acto constitutivo tampoco pueden considerarse como de Derecho Internacional.

Cabe recordar, al efecto, que las partes contratantes consideraron "conveniente crear la asociación " porque era un mecanismo flexible y expedito para lograr los fines de investigación y educativos del Centro, la estabilidad y financiamiento de los programas de trabajo (Considerandos del Contrato original), en el entendido de que verificada la experiencia de este tipo de acción "se podría llegar entonces a una solución definitiva en cuanto a la transferencia del referido Centro u otra solución a discutirse", sin que se hiciese referencia al interés de crear un organismo de Derecho Internacional.

La circunstancia de que ese organismo pueda disfrutar de privilegios e inmunidades propias de un organismo internacional, no modifica la naturaleza jurídica del acuerdo suscrito. El Estado costarricense acuerda dar a esa asociación, constituida conforme sus leyes y el contrato constitutivo, un tratamiento de favor para propiciar su instalación en el país y en el entendido de que tendrá una contrapartida (ejemplo, cláusulas décima y decimoquinta del contrato de 1983). Es de observar, por otra parte, que ese régimen de favor de que disfrutaban el CATIE y su personal

profesional tiene efectos únicamente en Costa Rica y en virtud del compromiso que se adquiere. Si se tratare de un organismo internacional y de privilegios adquiridos en virtud del Derecho Internacional la inmunidad y privilegios tendrían efecto en toda la Región, por lo que no sería necesario que fuera de Costa Rica el IICA que deba "amparar" jurídica e institucionalmente al CATIE y a sus funcionarios profesionales, como si fueran parte del IICA y obviando la circunstancia de que el CATIE cuenta con personalidad jurídica propia.

Debe concluirse, entonces, que el documento suscrito el 21 de febrero de 1983 no es un contrato sujeto al Derecho Internacional, lo que impide considerarlo un tratado.

2-. Un contrato administrativo aprobado legislativamente El contrato suscrito por Costa Rica y el IICA es un contrato administrativo sometido, en razón de sus cláusulas, a aprobación legislativa. De conformidad con el artículo 140, inciso 19, de la Constitución Política compete al Poder Ejecutivo celebrar los contratos administrativos que sean necesarios para la gestión de los intereses públicos

"Son deberes y atribuciones que corresponden conjuntamente al Presidente y al respectivo Ministro de Gobierno : Suscribir los contratos administrativos no comprendidos en el inciso 14 del artículo 121 de esta Constitución, a reserva de someterlos a la aprobación de la Asamblea Legislativa cuando estipulen exención de impuestos o tasas, o tengan por objeto la explotación de servicios públicos, recursos o riquezas naturales del Estado.

La aprobación legislativa a estos contratos no les dará carácter de leyes ni los eximirá de su régimen jurídico administrativo...".

Interesa resaltar dos aspectos. En primer término, los contratos administrativos no requieren, en principio, aprobación legislativa. En efecto, solo en los supuestos taxativamente señalados por la Constitución se requiere que el contrato sea sometido a aprobación de la Asamblea.

Pero, además, dicha aprobación no modifica la naturaleza administrativa del contrato. De lo que se deriva que luego de la aprobación, éste continúa siendo un contrato y, como tal permanece sometido al régimen jurídico correspondiente. Aspecto que es reafirmado por el artículo 124, in fine, del Texto Fundamental :

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

Estas disposiciones permiten establecer que el convenio constitutivo del CATIE continúa siendo un contrato administrativo, a pesar de la aprobación legislativa. Aprobación que es necesaria en virtud de las cláusulas por las cuales se le ha dado a esa asociación el régimen de privilegio que tiene el ICCA (artículo 15 del contrato original y cláusula 28 del contrato de 1983) y particularmente, la posibilidad de disfrutar de exenciones tributarias.

En ese sentido, la Procuraduría General, en dictamen C-132-97 de 21 de julio del presente año



señaló :

"Ahora bien, a pesar de que en el acto de constitución del CATIE hayan concurrido dos sujetos de derecho internacional, a saber el Gobierno de Costa Rica y el IICA, y que el mismo fue aprobado por la Asamblea Legislativa, ello no lo convierte per se en un tratado ni en un convenio internacional. Su naturaleza jurídica es la de un contrato administrativo, suscrito por el Poder Ejecutivo de conformidad con las atribuciones que al respecto le confiere el inciso 19 del artículo 140 de la Constitución Política..."

El dictamen menciona el criterio del Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa, en el cual se hizo hincapié de que la aprobación legislativa era necesaria porque se estaba ante un contrato que otorgaba exenciones, pero que la aprobación no le daría al contrato carácter de ley. Los diputados aprobaron el contrato en el entendido de que un contrato administrativo, no un tratado.

En igual forma, es revelador el texto del artículo 1º por el cual se aprueba el contrato original. Ese artículo 1º de la Ley 5201 de 23 de mayo de 1973 no se refiere a un tratado de creación de un organismo internacional, sino de un contrato para crear una asociación :

" Apruébase el Contrato entre el Gobierno de Costa Rica y el Instituto Interamericano de Ciencias Agrícolas de la OEA para la Creación de una Asociación para desarrollar los trabajos de un centro Agronómico Tropical de Investigaciones y Enseñanza con sede en Turraba, cuyo texto es el siguiente:"

Se estaba ante la aprobación legislativa de un contrato, no de un tratado internacional.

B-. Procedimiento para modificar el contrato

Se discute cuál es el procedimiento que debe seguirse para modificar el contrato constitutivo del CATIE.

1-. Corresponde a las Partes modificar el contrato Como se ha indicado, se está en presencia de un contrato. Contrato que independientemente de las particularidades del contrato administrativo, debe entenderse como un acuerdo de voluntades dirigido a producir efectos de Derecho. El contrato es un acto bilateral, no unilateral. La necesaria presencia de al menos dos partes, debe existir no sólo en el momento de nacimiento del contrato sino también para que pueda ser modificado. La regla, entonces, es que se requiere la concurrencia de las voluntades contratantes para que el contrato pueda ser modificado. La sola excepción se hace respecto de los contratos administrativos, en los que se admite que va implícita la potestad de la Administración Pública de modificar unilateralmente el contrato cuando el interés público o razones de oportunidad lo justifiquen.

Al aplicar dicha regla al contrato que nos ocupa, tenemos que como las Partes contratantes son el Gobierno de la República de Costa Rica y el Instituto Interamericano de Ciencias Agrícolas, cualquier modificación del contrato debe ser decidida por ellos. Cada uno de estas partes debe manifestar una voluntad unívoca de modificar el contrato constitutivo del CATIE. Pero, ¿podrían ser posibles las modificaciones unilaterales? Al respecto, estima la Procuraduría que aún cuando una de las Partes contratantes es el Gobierno de Costa Rica y que se está ante un contrato que habría que calificar de administrativo en virtud de nuestro ordenamiento, esa posibilidad no existe en el tanto en que indirectamente su ejercicio implicaría someter a antes de Derecho Internacional a decisiones unilaterales del Estado costarricense, como si estuviere sometido a una situación de sujeción especial respecto de la Administración Pública. A fortiori, si aún estando ante un contrato administrativo no se concibe que el Gobierno de Costa Rica ejercite una potestad de modificación unilateral, ésta es menos admisible tratándose del Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura o de lo que parece haber sucedido, de órganos del CATIE, que no es parte en el contrato.

Esa ausencia de potestad de modificación unilateral obliga a determinar los alcances de la cláusula trigésima incluida por primera vez en el contrato suscrito en 1983. Decidieron las partes mediante dicha cláusula :

"Las modificaciones al presente contrato podrán hacerse por iniciativa de cualesquiera de los Miembros Regulares y requerirán la aprobación del Consejo Directivo por mayoría de dos tercios, actuando como Asamblea del CATIE en sesión especialmente destinada al efecto." Conforme lo allí dispuesto, la iniciativa para propiciar una modificación contractual corresponde a cada uno de los Miembros Regulares. Para que prospere dicha iniciativa, debe ser aprobada por el Consejo Directivo actuando como Asamblea del CATIE. El CATIE no es parte contratante por lo que una decisión de sus órganos, incluso su órgano superior, no puede tener como efecto jurídico válido el modificar un contrato en que las partes son el Gobierno de Costa Rica y el IICA. La cláusula transcrita no autoriza ese poder de modificación unilateral, su alcance es simplemente el de establecer el procedimiento interno que debe seguirse para que sean válidas futuras modificaciones contractuales.

Empero, de dicha cláusula sí es posible sostener que estas partes no pueden decidir una modificación que no haya sido aprobada internamente por el Consejo Directivo en función de Asamblea del CATIE. Una vez que se cuente con esta aprobación, cada una de las partes contratantes, siguiendo los procedimientos internos y de acuerdo con la distribución interna de competencias, procederán a manifestar su voluntad modificativa del contrato.

Debe, entonces, concluirse que no existe modificación contractual alguna en tanto el Gobierno de Costa Rica y el IICA, actuando por medio de sus órganos competentes, no haya tomado la decisión expresa de modificarlos y suscrito el correspondiente contrato o addendum del contrato. Si este trámite no ha tenido lugar, no puede considerarse que se haya perfeccionado la modificación contractual. Consecuentemente, tampoco puede estimarse que las "modificaciones" intervenidas sean válidas.



Es de advertir, por demás, que esta conclusión sería válida incluso en un supuesto hipotético de que el contrato fuere un tratado. Estos instrumentos internacionales sólo pueden ser modificados por acuerdo de las partes (artículo 39 del Tratado sobre los Tratados), no por la decisión de una de ellas, o por que así lo decida un tercero (el CATIE).

2-. En cuanto la aprobación legislativa Resta determinar si la modificación contractual suscrita por el Gobierno de Costa Rica y el Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura está sujeta a algún requisito de eficacia, conforme nuestro ordenamiento, o por haberlo dispuesto así el propio contrato.

Pues bien, como ya se indicó, por medio de la cláusula vigesimoctava del contrato Costa Rica se comprometió a otorgar al CATIE y a su personal profesional el mismo tratamiento que otorga al ICCA en cuanto a privilegios, inmunidades y exenciones:

"El Gobierno de Costa Rica concederá al CATIE y al personal profesional no costarricense que preste servicios en él, los derechos, privilegios e inmunidades concedidas al IICA por el Contrato Ley N. 29 del 19 de diciembre de 1942, en acuerdo aprobado por Decreto Legislativo N. 3367 de 6 de agosto de 1964 y en el Convenio aprobado por Decreto Ejecutivo N. 51 de 26 de noviembre de 1968, así como otras ventajas que puedan resultar de contratos, acuerdos o convenios posteriores".

La inclusión de dicha cláusula determina la necesaria intervención legislativa aprobando el contrato. Aprobación que no sería necesaria si no existiera dicha disposición y que, como se indicó, no modifica la naturaleza administrativa del contrato. La inclusión de la cláusula trigesimoséptima del contrato de 1983, en cuanto dispone:

"Para la validez oficial de este Contrato será necesaria la ratificación de la Asamblea Legislativa de Costa Rica, y entrará en vigencia el día dos del mes de junio de 1983", debe entenderse referida a tal circunstancia.

Dado ese efecto dispuesto por los artículos 140, inciso 19 y 124 de la Constitución Política, puede considerarse que una modificación contractual estará sujeta a aprobación legislativa en el tanto en que se varíen los elementos esenciales del contrato, entre ellos las Partes, el objeto del contrato -comprensivo de la finalidad de la asociación-, el equilibrio de las prestaciones, el plazo del contrato, el procedimiento de aprobación, y obviamente, si se afecta la cláusula 28 a. antes transcrita. Por el contrario, elementos no substanciales podrían ser objeto de modificaciones entre las partes sin que se requiera someterlo a aprobación legislativa. Supuesto bajo el cual la modificación sería eficaz una vez que haya sido suscrito por el Gobierno de Costa Rica y el Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura.

CONCLUSION :

Por lo antes expuesto, es criterio de la Procuraduría General de la República que : 1-. El contrato constitutivo del CATIE, suscrito entre el Gobierno de Costa Rica y el Instituto Interamericano de

Cooperación para la Agricultura, es un contrato administrativo, necesitado de aprobación legislativa en virtud de la cláusula vigesimoctava que otorga a la asociación los derechos, privilegios e inmunidades de que disfruta el IICA.

2-. De conformidad con la Constitución Política la aprobación legislativa no modifica la naturaleza administrativa del contrato, el cual continúa sometido al régimen jurídico correspondiente.

3-. En consecuencia, dicho contrato puede ser objeto de modificaciones entre las Partes Contratantes, Gobierno e IICA, modificaciones que requerirán aprobación legislativa cuando conciernan los elementos esenciales del contrato, entre ellos la citada cláusula 28 a. Caso contrario, las modificaciones serán eficaces a partir de la suscripción del documento correspondiente, o cuando así lo dispongan las partes.

b) Opinión Jurídica OJ 19-98

[PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA]⁶

OJ-19-98

San José, 23 de marzo de 1998

Sr.Ing. Ricardo Garrón Ministro de Agricultura y Ganadería S.D.

Estimado señor Ministro:

Con la aprobación del señor Procurador General de la República, doy respuesta a su atenta consulta de Oficio DM.MAG-469-97 del 24 de junio de 1997, complementado por Oficios ADM-090-97 del 11 de julio siguiente, ADM.102 del 5 de agosto del mismo año, en atención a prevenciones hechas por Oficios PA-235-97 y PA-238-97 de 8 y 15 de julio de 1997 ; y más recientemente ante solicitud verbal, mediante Oficio No.033A.L.SAL. del 13 de febrero de 1997, completaron la documentación prevenida, a saber los Acuerdos de Cooperación involucrados.

Pues bien, en dicha consulta solicita el criterio de este Organismo con respecto a si deben ser auditados por la Contraloría General de la República, los fondos que se deriven de la ejecución de dos Acuerdos de Cooperación suscritos entre el Gobierno de Costa Rica - por medio del Ministerio de Agricultura y Ganadería - y el Organismo Internacional Regional de Sanidad Agropecuaria (OIRSA), el primero en 1988, para el "Establecimiento y Operación de un Servicio Nacional e Internacional de Fumigación (SIF) de Productos Agropecuarios", y el segundo en 1989, para el "Establecimiento y Operación de un Programa Nacional de Servicio y Asesoramiento a los Programas Fito y Zoonosarios de Exportación, Prevención y Combate de Plagas y Enfermedades de Importancia Cuarentenaria para Costa Rica", aún cuando ambos convenios le otorguen a dicho Organismo, la administración de los fondos que se perciban de la aplicación de los mismos.



Es menester, de previo a pasar al estudio del tema que se plantea, el referirse brevemente a los diversos criterios jurídicos que a este respecto se han externado, con el fin de lograr un panorama mas amplio y a su vez mas claro, del punto en cuestión.

La posición de la Subdirección de Tratados Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto en el oficio No.336-96-ST-PE del 1 de agosto de 1996, fue que el OIRSA al ser un organismo internacional no tiene por qué sujetarse a la fiscalización de la Contraloría, pero al haber suscrito un contrato con el MAG que sí es sujeto de control, ésta si puede fiscalizar su contenido en cuanto al órgano ministerial se refiere, pero no en lo que respecta a OIRSA.

Por su parte, la Asesoría Legal del Despacho consultante en el oficio N°249 A.L.SAL del 9 de agosto de 1996, indicó - en lo que se refiere al Convenio SIF, MAG-OIRSA- que el MAG no ejerce, en principio, control sobre las labores de índole administrativa, tales como el manejo de recursos económicos y personal, dado que el convenio le atribuye esa competencia al OIRSA. Se trata más bien, de un control difuso el que realiza dicho Ministerio sobre el organismo internacional, junto con los demás Ministros del Area Centroamericana. Además concluye que los fondos generados con la ejecución del Convenio no son públicos, ni son propiedad del Estado Costarricense, porque en ningún momento se llegan a incorporar al erario público, al ser esos fondos destinados exclusivamente al mantenimiento del mismo servicio que se presta con la aplicación del Convenio.

De igual manera, la Asesoría Jurídica del OIRSA de nota fechada 29 de abril de 1997, se pronunció en el sentido de que la Contraloría General de la República no tiene competencia constitucional, ni legal para auditar al OIRSA, ni las actividades del Convenio SIF, MAG-OIRSA.

Lo anterior por cuanto este último, actúa en su carácter de Organismo Internacional por lo que goza de inmunidad diplomática. De forma que si se acordó someter ese Convenio a la aprobación de la Contraloría, ello no se debe entender como renuncia a la calidad de Organismo Internacional, sino como un "lapsus", sin el cual iguales efectos jurídicos se estuvieran dando. Razón por la cual, los fondos que se generen con la ejecución del Convenio no pueden ser considerados públicos, sino privados pertenecientes a OIRSA.

Por último, el criterio de la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Contraloría General de la República en su dictamen DAJ-2269 del 9 de octubre de 1996 a este respecto, fue el siguiente:

" (...) los dineros que se generan por el cobro de las tarifas que indican esos convenios son recursos públicos, sujetos por ello, de conformidad con lo establecido en la Constitución Política y la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, al control y fiscalización de este Organismo Contralor (...) Siendo que el OIRSA ejecuta las actividades pactadas a nombre y por cuenta del Ministerio de Agricultura y Ganadería y que, en virtud de los Convenios, recauda y administra los recursos que se generan por la ejecución de los mismos, es una obligación del MAG ejercer el debido control sobre el correcto y exacto manejo de tales recursos (...) también resulta una obligación ineludible del OIRSA como recaudador y administrador de esos dineros públicos (...) el

llevar todos los controles "estrictos y seguros" que fueran necesarios para efectos de cumplir a cabalidad con el compromiso asumido, para así poder rendir cuentas de su administración, en el momento que el Ministerio o esta Contraloría le solicite cualquier información (...) el OIRSA participa en estos contratos administrativos como un co-contratante particular pero que, por tratarse en la especie de un organismo internacional dedicado a la ayuda y colaboración con los Estados miembros en tareas similares a las pactadas, y porque la legislación permite tales tipos de contrataciones con entes de esa naturaleza, fue autorizado para llevar a cabo unas labores que correspondía ejecutar al Ministerio como tal (...) no se trata de que el Organismo se someta a la fiscalización de la Contraloría General en materia propia y exclusiva del Organismo Internacional como tal, pues ello, a todas luces, escapa a las facultades que se le han sido asignadas a este Organismo (...) se trata de que el co-contratante administrativo, (...) rinda cuentas de su labor, precisamente por sus responsabilidades de administrador de fondos ajenos. Lo anterior no estaría cubierto por el fuero especial que rige en beneficio de los Organismos Internacionales, según la normativa de Derecho Internacional, porque al aceptar el OIRSA ser co-contratante del Ministerio, se sometió como cualquier otro contratante administrativo, a la legislación nacional y en tanto administre recursos públicos, está obligado a brindar la información que se le solicite por parte de la Contraloría General (...)" (el destacado en negrita no es del original)

I.-Sobre la competencia de la contraloría general de la republica en materia de hacienda publica

La Contraloría General de la República es el órgano encargado constitucionalmente de la vigilancia de la Hacienda Pública. Es así como el artículo 183 de la Constitución Política establece:

" La Contraloría General de la República es una institución auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública (...)" (El destacado no es del original).

En el mismo sentido, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República N°7428 del 7 de setiembre de 1994, dispone:

" Artículo 1.-

Naturaleza jurídica y atribución general

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 ." (El destacado no es del original). (veáse antes los artículos 2 y 3 de la Ley No.1252 de 23 de diciembre de 1950 o anterior Ley Orgánica de la Contraloría General)

Respecto al concepto de Hacienda Pública, la ley de cita en su numeral 8 la define como:

" (...) la organización formada por los entes y órganos públicos, incluyendo los no estatales, propietarios o encargados, por cualquier título, de la administración del patrimonio público (...) Patrimonio público es la universalidad constituida por los fondos públicos y por los pasivos a cargo de la Hacienda Pública. Los componentes de la Hacienda Pública son las instituciones, corporaciones y empresas públicas, sean entes u órganos. (...)" (El destacado no es del original).

A su vez, la misma Ley Orgánica señala en su artículo 9 lo que debe entenderse como fondos públicos:

" Fondos públicos son los recursos, valores, bienes y derechos propiedad del Estado, de órganos, de empresas o de entes públicos." (El destacado no es del original).

A raíz de esta función fiscalizadora que ejerce la Contraloría sobre la Hacienda Pública, es que el legislador le ha otorgado a los pronunciamientos relacionados con su ámbito de competencia el carácter de vinculantes. Así, el numeral 12 de la ley supracitada estipula al respecto que:

" La Contraloría General de la República es el órgano rector del ordenamiento de control y fiscalización superiores, contemplado en esta ley.

Las disposiciones, normas, políticas y directrices que ella dicte, dentro del ámbito de su competencia, son de acatamiento obligatorio y prevalecerán sobre cualesquiera otras disposiciones de los sujetos pasivos que se le opongan. (...)" (El destacado no es del original).

De esta forma, al ser el quid de la presente consulta la determinación por parte de esta Procuraduría, respecto a si los fondos derivados de la ejecución de los convenios suscritos entre el MAG y el OIRSA deben o no ser auditados por la Contraloría General de la República; resulta claro - del basamento normativo citado -, que al tratarse de un asunto relacionado con la Hacienda Pública, lo dispuesto en ese sentido por dicha Institución resulta vinculante para la Administración consultante, a lo que cabe agregar que la competencia de dicha Institución es exclusiva y excluyente, incluso en relación con esta Procuraduría General. (artículo 5 de nuestra Ley Orgánica, Ley No.6815 del 27 de setiembre de 1982)

II.-Opinion juridica de este organo

A pesar de lo expuesto, y con el propósito de colaborar con esa Administración Activa, este Organó Superior Consultivo de la Administración Pública emite opinión jurídica sobre lo consultado, que carecerá del carácter vinculante que establece el artículo 3 de la Ley Orgánica de esta Procuraduría, en vista de la competencia que priva en la materia de la Contraloría General de la



República.

La consulta en estudio implica en primer término, el análisis de la naturaleza jurídica de los instrumentos firmados entre el OIRSA y el Gobierno de Costa Rica - por medio del MAG -, de previo a dar respuesta acerca de si los fondos referidos debieran o no ser auditados por el Organo Contralor. Lo anterior, en razón de que dependiendo del régimen jurídico aplicable a dichos Convenios - sea el Derecho Internacional, sea el Derecho Interno - así será la correlativa potestad que tenga la Contraloría para fiscalizar los fondos que se perciban de los mismos.

1) Naturaleza jurídica de los convenios suscritos entre el mag y el oirsa.

El Gobierno de la República de Costa Rica - por medio del Ministerio de Agricultura y Ganadería - y el Organismo Internacional Regional de Sanidad Agropecuaria (OIRSA) suscriben el 15 de diciembre de 1988, un Acuerdo de Cooperación para el Establecimiento y Operación de un Servicio Nacional e Internacional de Fumigación (SIF) de Productos Agropecuarios, el cual fue refrendado por la Contraloría General de la República el 8 de febrero de 1989.

En ese orden cronológico, las mismas partes firman el 20 de octubre de 1989 otro Acuerdo de Cooperación con el objetivo de establecer un Programa Nacional de Servicio y Asesoramiento a los Programas Fitosanitario de Exportación y el de Prevención y Combate de Plagas y Enfermedades de Importancia Económica para Costa Rica, que fuera aprobado por la Contraloría el 15 de marzo de 1990.

Aún más, el 12 de mayo de 1992, ese mismo Organo Contralor viene a refrendar otro convenio de cooperación igual al indicado en el párrafo anterior, sólo que en vez de referirse a los Programas Fitosanitarios lo hace en relación a los Programas Zoonosarios. Posteriormente, ambos acuerdos se dejan sin efecto por otro convenio firmado entre el MAG y el OIRSA el 27 de febrero de 1995, cuyo objetivo comprende los dos que le anteceden, esto es: "el establecimiento de un Programa Nacional de Servicio y Asesoramiento a los Programas Fito y Zoonosarios de Exportación y la Prevención y el Combate de Plagas y Enfermedades de importancia cuarentenaria en Costa Rica." La consulta, no hace relación con estos últimos Convenios, sin embargo, extendemos nuestro análisis a los mismos, por haber venido a sustituir al de 1989 y quedar únicamente subsistente el de 1995.

Ahora bien, en aras de poder discernir con claridad acerca de si los Acuerdos citados se encuentran sometidos al régimen de los Tratados Internacionales - tesis sostenida por la Asesoría Jurídica de el OIRSA - o por el contrario, al de los Contratos Administrativos - posición asumida por la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Contraloría General de la República - es menester recordar qué debe entenderse por tratado internacional.

De conformidad con el artículo 2 , párrafo 1º, inciso a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aprobada por Ley de la República N°7615 del 24 de julio de 1996, un tratado es:



"(...) un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular;" (El destacado no es del original).

A lo que cabe agregar, que la misma Convención hace la aclaración en su numeral 3° que igualmente los acuerdos celebrados entre los Estados y otros sujetos de Derecho Internacional, deben ser considerados como Tratados Internacionales.

En ese mismo sentido, la Sala Constitucional en la Resolución N°1027-90 de las 17:30 del 29 de agosto de 1990, definió el término tratado como:

" (...) los negocios jurídicos tendientes a crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas públicas que obliguen, limiten o condicionen el ejercicio del poder público en sí mismo, concluidos entre dos o más personas plenas de Derecho Internacional (es decir, Estados, organismos internacionales u otros entes tradicionalmente reconocidos por tales (...)"(El destacado no es del original).

Sin embargo, aún cuando los convenios en estudio efectivamente se encuentran suscritos entre dos sujetos de Derecho Internacional - como lo son el Gobierno de Costa Rica y el OIRSA, reconocido como tal por nuestro país mediante Ley N°1896 del 4 de julio de 1955 - los mismos no pueden ser considerados como Acuerdos Internacionales, ni mucho menos sometidos al régimen del Ordenamiento Internacional Público. Lo anterior en razón de que de la lectura de ciertas disposiciones que forman parte de dichos Acuerdos, se colige que los mismos se encuentran sometidos al Derecho Nacional. En ese sentido tanto los artículos 8.2.j) y 12 del Convenio SIF de 1988, como los numerales 8.2.g), 11 y 12 del Convenio de Programas Fito y Zoonosanitarios de 1995, establecen que las relaciones de trabajo del personal contratado al efecto para la ejecución de los acuerdos se deben regular con apego a las leyes vigentes del país, además de que la eficacia de ambos convenios - así como sus modificaciones - depende de la aprobación y refrendo por parte de la Contraloría General de la República. En su orden, esos artículos disponen: "ARTICULO 8°

Para el desarrollo de las acciones de cooperación cada parte se compromete a lo siguiente: (...)

2. Corresponde al OIRSA: (...)

j) Contratar al personal que ejecutará las actividades objeto de este acuerdo, y responder dentro de su relación de trabajo y seguridad social, en materia de servicios médicos, de daños personales, de salarios y de retiro; procurando, en todo caso, la superación material y moral del individuo, con apego a las leyes vigentes en el país sobre la materia." (El destacado no es del original).

"ARTICULO 12°

El presente Acuerdo tendrá una duración indefinida, salvo que una de las partes lo quiera dar por terminado, pero para ello, deberá comunicarlo a la otra parte por lo menos con seis meses de antelación, y su terminación no afectará la validez de las acciones que hayan sido realizadas durante su vigencia. La vigencia del presente Acuerdo quedará sujeta a su aprobación y correspondiente refrendo por parte de la Contraloría General de la República y se firma en dos originales, ambos textos igualmente auténticos, en la ciudad de San José, Costa Rica, a los quince días del mes de diciembre del año mil novecientos ochenta y ocho." (El destacado no es del original).

En lo que respecta al Convenio de Programas Fito y Zoonosanitarios de Exportación y de Prevención y Combate de Plagas, los artículos 8.2.g), 11 y 12 estipulan:

"ARTICULO 8º: Para el desarrollo de las acciones de cooperación cada parte se compromete a lo siguiente: (...)

2. Corresponde al OIRSA: (...)

g) Contratar al personal de apoyo tanto técnico como administrativo para ejecutar las actividades objeto de este Convenio, y responder dentro de su relación de trabajo y seguridad social, en materia de servicios médicos, de daños personales, de salarios y de retiro;

procurando, en todo caso, la superación material, de capacitación y moral del individuo, con apego a las leyes vigentes en el país sobre la materia." (El destacado no es del original).

"ARTICULO 11º: El presente Convenio podrá modificarse en cualquier momento, según convengan las partes y las modificaciones entrarán en vigencia en la fecha en que se indique, previa autorización facultativa de la Contraloría.

" (El destacado no es del original).

"ARTICULO 12º: El presente Convenio tendrá una duración indefinida, salvo que una de las partes lo quiera dar por terminado, pero para ello, deberá comunicarlo a la otra parte por lo menos con seis meses de antelación. Su terminación no afectará la validez de las acciones que hayan sido realizadas durante su vigencia. La vigencia del presente Convenio quedará sujeta a su aprobación y correspondiente refrendo por parte de la Contraloría General de la República y se firma en dos originales, ambos textos igualmente auténticos, en la Ciudad de San José, Costa Rica, a los veintisiete días del mes de febrero del mil novecientos noventa y cinco." (El destacado no es del original).

De la normativa transcrita se desprende con claridad, que los acuerdos de marras se encuentran efectivamente sometidos a la legislación nacional. En primer lugar, porque someten a las leyes laborales de Costa Rica las relaciones de servicio del personal que labora en la ejecución de ambos convenios, en vez de ser sometidos al régimen especial que establece el artículo 22 de la Ley N°7231 del 9 de mayo de 1991 - que aprueba el Convenio para la Constitución del OIRSA - que otorga la condición de funcionarios internacionales al personal de dicho Organismo. En

segundo término, porque la puesta en aplicación de los referidos acuerdos - así como sus modificaciones en el caso del Convenio de Programas Fito y Zoonosanitarios, aún cuando sea facultativa - se encuentra condicionada a que los mismos sean refrendados por la Contraloría General de la República. Lo que no sucedería, si esos Convenios se encontraran regulados por el Derecho Internacional, caso en el cual el Organismo Contralor no tendría facultad de aprobación sobre éstos, en razón de que sería la Asamblea Legislativa - mediante Ley de la República - la que tendría dicha competencia, de conformidad con los artículos 7 y 121 inciso 4 de la Constitución Política.

En ese sentido, la Procuraduría General ante una consulta referida al procedimiento que debía seguirse para modificar el contrato que da origen al CATIE, sostuvo:

"Tanto el Gobierno de Costa Rica como el Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura son, ciertamente, sujetos de Derecho Internacional: el contrato es un acuerdo entre sujetos de Derecho Internacional. En igual forma, se trata de un acuerdo que tiende a crear efectos jurídicos, el más importante de todos: el nacimiento del CATIE. Empero, ese acuerdo no se rige por el Derecho Internacional. Por el contrario, diversas disposiciones hacen referencia al derecho nacional. Lo que permite considerar que se está ante un acuerdo regido por el ordenamiento jurídico costarricense." (Dictamen C-186-97 del 1º de octubre de 1997) . El destacado no es del original.

De la misma manera, este Despacho en el dictamen C-132-97 del 21 de julio del año pasado, por el que se consultaba si dicho Organismo se encontraba exonerado del pago de la contribución de estabilización cafetalera al ser éste precisamente un Sujeto de Derecho Internacional, dispuso al efecto:

"Ahora bien, a pesar de que en el acto de constitución del CATIE hayan concurrido dos sujetos de derecho internacional, a saber el Gobierno de Costa Rica y el IICA, y que el mismo fue aprobado por la Asamblea Legislativa, ello no lo convierte per se en un tratado ni en un convenio internacional. Su naturaleza jurídica es la de un contrato administrativo, suscrito por el Poder Ejecutivo de conformidad con las atribuciones que al respecto le confiere el inciso 19) del artículo 140 de la Constitución Política (...)"

Ciertamente, el OIRSA al ser un Organismo Internacional Público goza de las prerrogativas e inmunidades que le son anejas a cualquier sujeto de la comunidad internacional. Pero ello no significa, que por solo ese hecho los convenios en que participe se beneficien igualmente de esas ventajas - incluso de la supralegalidad -; máxime cuando del análisis de la naturaleza jurídica de los mismos, se concluye que se encuentran sometidos al Derecho Nacional.

A ese respecto, la Procuraduría General de la República en el citado dictamen C-186-97 señaló:

"La circunstancia de que ese organismo pueda disfrutar de privilegios e inmunidades propias de un organismo internacional, no modifica la naturaleza jurídica del acuerdo suscrito."

Todo lo anterior permite concluir, que tanto el Convenio SIF como el Convenio de Programas Fito y Zoonosanitarios para la Prevención y Combate de Plagas efectivamente se hallan sometidos al

régimen jurídico costarricense, más específicamente al de los Contratos Administrativos, como se pasará a analizar seguidamente.

2) Los convenios mag-oirsa como contratos administrativos y la correlativa potestad de la contraloría general de la república para fiscalizar los fondos derivados de los mismos.

La doctrina ha establecido que los contratos administrativos:

"(...) suponen la utilización por parte de la Administración de instrumentos contractuales dentro del ámbito específico de las relaciones patrimoniales que son comunes a todos los sujetos de Derecho; como se ha dicho expresivamente, la Administración actúa aquí como "cliente" de los empresarios privados, esto es, en un terreno de simple colaboración o intercambio patrimonial: paga dinero o transfiere posibilidades de actuación frente al público a ella reservadas a cambio de cosas o de servicios que busca y que recibe." (GARCIA DE ENTERRIA (Eduardo) y FERNANDEZ (Tomás-Ramón), Curso de Derecho Administrativo, Volumen I, Editorial Civitas S.A. , Madrid, 7ª edición, 1996, p .648) El destacado no es del original.

La singularidad de dichos contratos deriva precisamente, en razón de su giro o tráfico peculiar y propio, esto es, la vinculación a un servicio público (Ibídem, p.662). En ese sentido el tratadista Fernando Garrido Falla, hace las siguiente puntualizaciones:

"1ª. Al hablar del servicio público como objeto del contrato administrativo, lo hacemos dando a esta expresión el sentido más amplio posible, entendiéndolo que es contrato administrativo todo aquel en el que el interés público esté, en cierta manera, directamente implicado.

2.ª Puede decirse que está en juego el interés público siempre que la Administración contrata sobre un objeto que le está atribuido como competencia propia por el ordenamiento vigente, que le concede simultáneamente poderes de ejecución." (GARRIDO FALLA (Fernando)

Tratado de Derecho Administrativo, Volumen II, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 10ª edición, 1992, p.52). El destacado no es del original.

Ahora bien, de la revisión de los Convenios en estudio se pueden extraer dos ideas importantes: en primer término, el hecho de que efectivamente hay un Interés Público de por medio en la ejecución de esos Convenios, cual es: la protección y el desarrollo de la producción agropecuaria del país. En segundo lugar, la prestación por parte del OIRSA de un servicio que le correspondería en principio desarrollar al MAG, de conformidad con el artículo 4º del Convenio SIF y 7º del Convenio de Programas Fito y Zoonosanitarios para la Prevención y Combate de Plagas, los cuales disponen respectivamente: "ARTICULO 4º

El OIRSA será la entidad autorizada para ejecutar y administrar el Servicio por medio de su



Representación en el país y el Ministerio será responsable de establecer directrices técnicas y revisar periódicamente el desarrollo de las actividades." (El destacado no es del original).

"Artículo 7º: El OIRSA administrará los fondos percibidos por la prestación del servicio y dará asesoramiento para las actividades del servicio, por medio de su representación en el país, el Ministerio será responsable de establecer directrices técnicas y legales, y de llevar a cabo la ejecución de los programas." (El destacado no es del original).

A ese respecto, cabe recordar que el artículo 48 incisos a) y ch)

de la Ley de Fomento a la Producción Agropecuaria y Orgánica del Ministerio de Agricultura y Ganadería y sus reformas, Ley N°7064 del 29 de abril de 1987, señala en lo que interesa, como funciones de esa Cartera Ministerial las siguientes:

"(...) a) Promover el desarrollo agropecuario a partir, fundamentalmente, de la investigación y de la extensión agrícola, con objetivos socioeconómicos, de acuerdo con las necesidades del productor agropecuario (...)

ch) Atender los problemas que afecten las actividades agropecuarias, en especial los relacionados con las enfermedades, las plagas y la contaminación ambiental (...)"

Todo lo anterior, permite concluir que en realidad se está en presencia de dos Convenios cuya naturaleza jurídica es la de un Contrato Administrativo. Que si bien se obvió el procedimiento regular de licitación en la suscripción de dichos contratos, es consecuencia de que el OIRSA es un organismo público internacional (véase en su momento el artículo 96 inciso 6) de la Ley de Administración Financiera N°1279 del 2 de mayo de 1951 y actualmente, el numeral 2 inciso b) de la Ley de Contratación Administrativa, N°7494 del 2 de mayo de 1995).

Además desde un punto de vista de hermenéutica jurídica, si se toma en cuenta que el artículo 20 de la actual Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (Ley No.7428 del 7 de setiembre de 1994) y 4 inciso g) de la anterior (Ley No.1252 de 23 de diciembre de 1950) le da la potestad a ese Organismo Contralor de aprobar los contratos que celebre el Estado, en aras de que estos puedan tener efectos jurídicos, se puede deducir con facilidad del referido numeral, que si los citados convenios en sí mismos no fueran tenidos como Contratos Administrativos, no se habría incluido en ellos esa parte de la normativa arriba transcrita, por la cual se hace depender su vigencia del refrendo contralor.

Sin embargo, el hecho de que se definan como Contratos Administrativos a esos Convenios revela un aspecto de mayor importancia: que la Contraloría General de la República sí tiene potestades de fiscalización sobre los fondos generados con la ejecución de los mismos, porque se trata precisamente de un servicio que como se analizó en su momento, le corresponde brindar al Estado - por medio del MAG - y sobre el cual la Contraloría no solo esta llamada a ejercer un control sobre los fondos recolectados, sino también sobre la eficiencia en el manejo de los mismos. (véase artículos 6 inciso a), c) y f) y 23 entre otros y numerales 17, 21, 25 de la anterior y actual Ley Orgánica de la Contraloría General de cita respectivamente ; numeral 115 -luego 119- de la Ley N°1279 de cita, 236 inciso h) y 290 del Reglamento de Contratación Administrativa Decreto



No.7576-H del 23 de setiembre de 1977 y actualmente, el numeral 3, 10, 13 de la Ley N°7494 del 2 de mayo de 1995 y su Reglamento Decreto 25038-H del 6 de marzo de 1996)

De manera que si del arriba transcrito artículo 7° del Convenio para establecer Programas Fito y Zoonosanitarios para la Prevención y Combate de Plagas estipula - de la misma forma como lo hace el artículo 7° del Convenio SIF - que los fondos percibidos por la prestación del servicio serán administrados por el OIRSA, no por ello debe entenderse que los mismos se hallan fuera de fiscalización por parte de la Contraloría y mucho menos, que le pertenecen a ese Organismo Internacional. En razón de que esos fondos van dirigidos precisamente a cubrir los gastos ocasionados con la aplicación de los convenios, tal y como lo dispone el artículo 5° del Convenio para establecer Programas Fito y Zoonosanitarios :

"Artículo 5°: A fin de cubrir los costos para la prestación del servicio el Gobierno de Costa Rica establecerá las tarifas, las cuales serán cobradas por el M.A.G. en el momento de prestarse el servicio"(El destacado en *Itálica* no es del original).

Esa afirmación es aún mas clara en el Convenio SIF, en el cual los artículos 5° y 6° le confieren expresamente a la Contraloría facultad de aprobación sobre las tarifas a cobrar e inclusive, respecto del destino que se le deben dar a los fondos generados de más, por lo que si se tratara de fondos privados pertenecientes al OIRSA, las normas que a continuación se citan no tendrían razón de ser:

"ARTICULO 5°

A fin de cubrir los costos, para la prestación del Servicio el Gobierno de Costa Rica, establecerá una tarifa por cada tratamiento o unidad de medida la cual será cobrado [sic] por el OIRSA en el momento de prestar el servicio. El superávit de operación será reinvertido de acuerdo a lo establecido en la resolución número 11, tomada en reunión ordinaria del H. CIRSA celebrada en Guatemala en mayo de 1987, lo anterior previa aprobación de la Contraloría General de la República." (El destacado no es del original).

"ARTICULO 6°

Las tarifas a que se refiere el artículo anterior, serán revisadas y actualizadas periódicamente y las nuevas que se establezcan lo serán de acuerdo con la situación económica imperante. Esta revisión y aprobación será un acuerdo entre las partes y previa aprobación de la Contraloría General de la República." (El destacado no es del original).

Por último, valga aclarar que la fiscalización por parte de la Contraloría de los fondos derivados de la aplicación de ambos Convenios, no afecta de ninguna manera el régimen de inmunidad del cual goza ese Organismo Internacional; porque como ya se había apuntado, esos fondos nunca entran dentro del patrimonio del OIRSA, por lo que no le llegan a pertenecer. Si así fuera, el Organismo Contralor no tendría definitivamente ninguna potestad de control sobre los fondos referidos. Pero por tratarse de fondos generados a partir de una actividad que le es propia a la Administración, y al

ser encomendados específicamente a sufragar los costos que conlleva la prestación de ese servicio, es que dichos fondos pueden ser objeto de fiscalización.

De manera, que si el artículo 33 de la Ley de Aprobación del Convenio para la Constitución del OIRSA, N°7231 del 9 de mayo de 1991 reza:

"Para realizar sus fines y de conformidad con la legislación vigente en los Estados miembros, el OIRSA podrá celebrar y ejecutar contratos, acuerdos y/o convenios, poseer fondos, bienes muebles o inmuebles y adquirir, vender, arrendar, mejorar o administrar bienes o propiedades, sin más limitaciones que las que imponga la legislaciones constitucionales de los países miembros." (El destacado no es del original).

Es preciso que se tome en cuenta, que el mismo numeral recién citado establece que esas prerrogativas deben hacerse dentro del marco de legalidad vigente en el país, ya analizado.

III.-CONCLUSION:

Por las razones anteriores, es criterio de la Procuraduría General de la República que aún cuando el Convenio de Cooperación para el Establecimiento y Operación de un Servicio Nacional e Internacional de Fumigación (SIF) de Productos Agropecuarios; y el Convenio de Cooperación para el Establecimiento y Operación de un Programa Nacional de Servicios y Asesoramiento a los Programas Fito y Zoonosanitarios de Exportación y el de Prevención y Combate de Plagas y Enfermedades de importancia cuarentenaria en Costa Rica, hallan sido suscritos entre el Gobierno de Costa Rica y un Organismo Público Internacional, se consideran como Contratos Administrativos a ambos y como consecuencia los fondos generados por la prestación del servicio a que se contraen los mismos deben ser auditados por la Contraloría General de la República, a pesar de que en ambos Convenios se le atribuye la competencia de administrar los fondos al OIRSA.

ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 HIDALGO CUADRA, Ronald. Reflexiones sobre el concepto de contrato administrativo. Artículo publicado en la Revista de Derecho Público. Enero-Junio No 3. San José. Editorial Jurídica Continental. 2006. pp 33-39
- 2 ROMERO PÉREZ, Jorge E. El contrato administrativo. Artículo publicado en la Revista Ciencias Jurídicas. No 58 Universidad de Costa Rica. 1987. pp 168-170.
- 3 MUÑOZ, Hugo Alfonso. La Justicia constitucional y los tratados internacionales. Artículo de revista publicado en Revista Parlamentaria Diciembre No 1. Vol 1. Asamblea Legislativa Costa Rica. 1986. pp 10-14
- 4 Asamblea Legislativa. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Ley : 7615 del 24/07/1996.
- 5 Procuraduría General de la República. Dictamen: C-186-97. San José, 1º de octubre de 1997
- 6 Procuraduría General de la República. Opinión Jurídica: OJ-19-98. San José, 23 de marzo de 1998