



ÉTICA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA Y TRANSPARENCIA

Monográfico coordinado por: Jaime Pintos Santiago

DOCTRINA

PRIMERA PARTE: ÉTICA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

- **ÉTICA Y DERECHO EN EL SIGLO XXI: ACUÑACIÓN DEL *ETHOS-ARETÉ* COMO MONEDA DE CURSO LEGAL.** José Luis Martín Moreno
- **NECESARIA REGENERACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y ÓRGANOS CONSTITUCIONALES A TRAVÉS DE LA MERITOCRACIA: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA PROVISIÓN Y CESE EN PUESTOS DE TRABAJO POR EL SISTEMA DE LIBRE DESIGNACIÓN.** Roberto Mayor Gómez
- **ÉTICA Y CONTRATACIÓN PÚBLICA.** Ximena Pinto Nerón
- **LA ÉTICA EN LA FUNCIÓN PÚBLICA. ESPECIAL REFERENCIA AL ÁMBITO LOCAL**
Rafael Casas Aranda

SEGUNDA PARTE: TRANSPARENCIA

- **DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN.** Ernesto Jinesta Lobo
- **EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA: ¿DÓNDE ESTÁ EN EL EMPLEO PÚBLICO EN ESPAÑA?**
Jorge Fondevila Antolín
- **TRANSPARENCIA MUNICIPAL Y DERECHOS DE LAS PERSONAS COMO BASE DE LOS PROYECTOS DE GOBIERNO ABIERTO Y SMART CITY.** Víctor Almonacid Lamelas
- **FIDEICOMISOS PÚBLICOS EN COSTA RICA: TRANSPARENCIA DE SU ACTIVIDAD CONTRACTUAL.** Elard Gonzalo Ortega Pérez
- **ANÁLISIS DEL PROYECTO DE REGLAMENTO DE DESARROLLO DE LA LEY DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO**
Javier Ruiz-Tapiador Sanmartín

ΑΛΕΘΕΙΑ
CUADERNOS CRÍTICOS DEL DERECHO



ISSN 1887-0929

Aletheia

CUADERNOS CRÍTICOS DEL DERECHO

COMITÉ CIENTÍFICO

SOSA WAGNER, FRANCISCO	GONZÁLEZ ALONSO, BENJAMÍN
SANTA-BÁRBARA RUPÉREZ, JESÚS	GUILLÉN LÓPEZ, ENRIQUE
SAIZ DE MARCO, ISIDRO	GALÁN JUÁREZ, MERCEDES
RODRÍGUEZ SEGADO, LUIS MIGUEL	ESPEJO GONZÁLEZ, MIGUEL ÁNGEL
REQUENA LÓPEZ, TOMÁS	CHECA GONZÁLEZ, CLEMENTE
PALMA LÓPEZ, CRISTINA	CAMY ESCOBAR, JESÚS
PINTOS SANTIAGO, JAIME	CAIADO AMARAL, RAFAEL
MOREU SERRANO, GERARDO	BORBÓN Y CRUZ, MILAGROS
MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO	BELADÍEZ ROJO, MARGARITA
MARTÍN MORENO JOSÉ LUIS	ALMANSA MORENO-BARREDA, JAVIER
MARTÍN CRISTÓBAL, JOSÉ	
SECRETARIO:	SECRETARIA ADJUNTA:
RODRÍGUEZ SEGADO, LUIS MIGUEL	PARERA CARRETERO, SOLEDAD

[Ver sumarios y archivos a texto completo desde 2006](#)

MONOGRÁFICO ÉTICA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA Y TRANSPARENCIA

SUMARIO:

PRESENTACIÓN (Jaime Pintos Santiago)

Págs.
1-10

DOCTRINA

PRIMERA PARTE: ÉTICA PÚBLICA

Págs.

- 11-50 Ética y Derecho en el siglo XXI: acuñación del *Ethos-Areté* como moneda de curso legal
José Luis Martín Moreno
- 51-84 La necesaria regeneración de las Administraciones Públicas y órganos constitucionales a través de la meritocracia: análisis jurisprudencial de la provisión y cese en puestos de trabajo por el sistema de libre designación.
Roberto Mayor Gómez
- 85-116 Ética y contratación pública.
Ximena Pinto Nerón
- 117-134 La Ética en la Función Pública. Especial referencia al ámbito local
Rafael Casas Aranda

SEGUNDA PARTE: TRANSPARENCIA

- 135-156 Derecho de acceso a la información.
Ernesto Jinesta Lobo
- 157-192 El principio de transparencia: ¿Dónde está en el empleo público en España?
Jorge Fondevila Antolín

DOCTRINA

SEGUNDA PARTE: TRANSPARENCIA (continuación)

Págs.

- 193-234 Transparencia municipal y derechos de las personas como base de los proyectos de gobierno abierto y smart city.
Victor Almonacid Lamelas
- 235-282 Fideicomisos públicos en Costa Rica: transparencia de su actividad contractual.
Elard Gonzalo Ortega Pérez
- 283-300 Análisis del proyecto de reglamento de desarrollo de la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno.
Javier Ruiz-Tapiador Sanmartín

Fideicomisos públicos en Costa Rica: Transparencia de su actividad contractual

ELARD GONZALO ORTEGA PÉREZ

RESUMEN: Un fenómeno creciente en Costa Rica es la constitución de los fideicomisos públicos en la realización de proyectos que persiguen una finalidad pública, para lo cual éstos se apoyan a su vez en actividad de contratación que debe sujetarse a los principios de la contratación pública. Es por ello que el principio transparencia toma especial relevancia al igual que ocurre en la actividad contractual de las administraciones públicas y tiene una serie de manifestaciones asociadas a los procedimientos de contratación de los fideicomisos, así como de sus controles previos externos.

ABSTRACT: A growing phenomenon in Costa Rica is the establishment of public trust in the execution of projects pursuing a public purpose, for which they in turn rely on contracting activity should abide by the principles of public procurement. That is why the transparency principle takes on special relevance as is the case in the contracting activity of the government and has a number of manifestations associated with procurement procedures of the trusts and their previous external controls

PALABRAS CLAVE: Fideicomisos públicos, principio de transparencia, principios de contratación pública, controles previos externos, Contraloría General de la República

KEY WORDS: Public trusts, principle of transparency, government procurement principles, prior external controls, Comptroller General of the Republic

CDU: 34 Derecho en general. 342.9 Derecho Administrativo. 347.4 Contratos y obligaciones. 347.7 Derecho mercantil. 351 Funciones propias de la Administración.

SUMARIO:

I.– INTRODUCCIÓN. II.– RELEVANCIA DE LA TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. III.– ASPECTOS GENERALES DE LOS FIDEICOMISOS PÚBLICOS. a) La regulación del Código de Comercio. b) Las regulaciones de los fideicomisos públicos. c) La eficacia de los contratos de fideicomisos públicos. IV.– SOBRE LOS FIDEICOMISOS PÚBLICOS Y EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA CONSTITUCIONAL. a) La motivación para utilizar la figura del fideicomiso. b) La transparencia en la selección del fiduciario. c) La definición de la comisión del fiduciario. d) Transparencia en la actividad contractual realizada por los fideicomisos. e) El control externo de la actividad contractual realizada por los fideicomisos como garantía de transparencia. V.– CONCLUSIONES. VI.– BIBLIOGRAFÍA

**FIDEICOMISOS PÚBLICOS EN COSTA RICA:
TRANSPARENCIA DE SU ACTIVIDAD CONTRACTUAL**

Elard Gonzalo Ortega Pérez¹



I. INTRODUCCIÓN

La utilización de la figura de los fideicomisos en Costa Rica ha representado una alternativa interesante para la implementación de proyectos en diferentes áreas del quehacer administrativo. En ese sentido, se cuenta con fideicomisos de administración como el Fideicomiso para la Gestión y Administración del Estadio Nacional y sus instalaciones y el Fideicomiso de Gestión de los Proyectos y Programas del Fondo Nacional de Telecomunicaciones, así como otros para el manejo de fondos para productores cafetaleros, piñeros y de palma africana, entre otros esquemas.

¹ El autor es Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica y egresado del Máster en Contratación Pública de la Universidad Castilla-La Mancha. Actualmente ocupa el cargo de Gerente Asociado en la División de Contratación Administrativa de la Contraloría General de la República. En el ejercicio de su cargo ha coordinado por parte de la Contraloría General, diversos procesos de apoyo en la materia de compras públicas al Ministerio de Comercio Exterior en la negociación de varios tratados de libre comercio (Unión Europea, Singapur, Perú, Panamá, entre otros) y en el proceso de consulta e invitación para ingreso de Costa Rica a la OCDE.

De igual forma, se han utilizado para el desarrollo de infraestructura pública como el Fideicomiso para el financiamiento, construcción y arrendamiento de obras para la Universidad de Costa Rica, Fideicomiso de Titularización de Flujos Futuros del Benemérito Cuerpo de Bomberos para la adquisición, remodelación y equipamiento de las Estaciones de Bomberos Metropolitana Norte y Sur; desarrollo de proyectos hidroeléctricos en el Instituto Costarricense de Electricidad como PH. Cariblanco, PH. Peñas Blancas y PH. Reventazón e inclusive la construcción del nuevo edificio del Congreso. Más recientemente mediante la Ley No. 9292 se creó el primer fideicomiso para la construcción de carreteras denominado Fideicomiso para el Desarrollo de Obra Pública Corredor Vial San José-San Ramón y sus radiales, que es quizá la vía más importante del país².

Independientemente de si las experiencias han sido exitosas, ni hacer una lectura de su evolución histórica; no se puede desconocer que la Administración Pública ha venido utilizando esta figura del derecho mercantil para la implementación de proyectos, con lo cual gran parte de los fondos públicos se canaliza por estos medios para el logro de objetivos. En muchos casos, puede afirmarse que la actividad contractual que le correspondería realizar a la Administración ha sido encomendada a los fideicomisos públicos, de ahí que es inevitable cuestionarse la forma en cómo se invierten los recursos públicos y si existe una garantía de frente al principio constitucional de transparencia.

De ahí entonces, sin pretender realizar un análisis exhaustivo de un tema tan complejo, se intentará realizar algunas consideraciones sobre los mecanismos de adquisición que en Costa Rica utilizan los fideicomisos públicos. En ese sentido, es muy frecuente encontrar documentos que asocian tales esquemas de compra con los principios de la materia, pero qué implica esto en el caso de una figura que proviene del Derecho privado y que se utiliza para el cometido de fines públicos, son algunas de las interrogantes que se pretende responder.

² GRUPO CONSENSO POR EL RESCATE DE LA RED VIAL NACIONAL, Informe de resultados: Labor de Octubre de 2011 – Abril 2012, Informe: CON-01-2012, Abril 2012, pp. 6-7, disponible en: http://www.cfia.or.cr/descargas_2012/informes/InformeConsenso2012.pdf [fecha última consulta: 30 de noviembre de 2015].

De esa forma, se realizará una revisión de la figura del fideicomiso público contextualizando sus regulaciones en Costa Rica, pero tratando de abordar sus procedimientos de compra y cómo respetan el principio de transparencia; así como realizar algunos cuestionamientos sobre el uso de la figura, para concluir realizando algunas precisiones sobre los controles externos que se ejercen en relación con las contrataciones que realizan.

II. RELEVANCIA DE LA TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

El tamaño de las compras públicas en Costa Rica corresponde aproximadamente a un 15% del PIB según datos de la OCDE³, con lo cual se hace no solo evidente, sino necesario que debe existir transparencia en los mecanismos en que se invierten los recursos públicos no solo como garantía de rendición de cuentas, sino también amparando la eficiencia y la eficacia en la consecución de objetivos públicos, suponiendo la selección del contratista más idóneo para atender la necesidad pública. La relevancia de los montos invertidos y la necesidad de la rendición de cuentas propia de los Estados democráticos, vincula en forma indispensable las compras públicas con el principio de transparencia como se ha venido señalando, pero adicionalmente, como bien afirma PINTOS SANTIAGO, no se puede desconocer que ella se encuentra ineludiblemente ligada a los otros principios de la contratación pública y desde luego reduce los riesgos de la corrupción en la contratación pública⁴.

³ Al respecto indica la Organización: “In Costa Rica, in 2014 general government public procurement accounted for approximately 15% of GDP (excluding oil revenues) and 30% of general government expenditure. For instance, procurement spending in Latin American and Caribbean (LAC) countries in 2011 represented 26% of general government expenditures and in 2013 OECD governments spent, on average, 29% of the total general government expenditure on public procurement.” OCDE, Costa Rica: Good Governance, from Process to Results, *OECD Public Governance Reviews*, OECD Publishing, Paris, p.110. Consultado en: http://www.oecd-ilibrary.org/governance/costa-rica-good-governance-from-process-to-results_9789264246997-en [fecha última consulta: 30 de noviembre de 2015].

⁴ Señala el profesor PINTOS SANTIAGO: “La transparencia guarda una estrecha relación con los principios de igualdad, publicidad, concurrencia, no discriminación y prohibición de la arbitrariedad de la Administración contratante, fomentando una mayor participación de licitadores y la mejora de sus ofertas. Constituye asimismo una herramienta imprescindible en la lucha contra la corrupción y es, sin duda, una de las exigencias centrales para disponer de calidad institucional. Mayor transparencia es igual a instituciones fuertes y con mayor legitimidad. Así, la existencia de procedimientos contractuales claros e iguales para todos o la ausencia de ambigüedad en las cláusulas contractuales, son argumentos en apoyo del establecimiento de condiciones estrictas de participación en los contratos públicos, con rigurosos sistemas procedimentales y de control de la contratación pública.” PINTOS SANTIAGO, JAIME, “La transparencia de los contratos administrativos en la nueva Ley de Transparencia, acceso a la información y buen gobierno”, *Aletheia: Cuadernos Críticos de Derecho*, número 1-2013, pp. 36-37. Consultado en: http://www.liberlex.com/archivos/transparencia_lcup.pdf [fecha última consulta: 30 de noviembre de 2015].



De esa forma, tal y como señala JINESTA LOBO, el principio de transparencia hace referencia a la obligación de la Administración de abrir canales permanentes y fluidos de información y comunicación con los administrados, así como al derecho correlativo de éstos de saber, conocer, entender y fiscalizar los pormenores de la organización y función administrativas⁵. En la contratación administrativa, esto se materializa en la posibilidad de saber cuánto, cómo y con quién se están invirtiendo los fondos públicos, así como el requerir explicaciones por la selección de la oferta más idónea conforme las reglas del concurso como reflejo de los principios constitucionales de legalidad cartelaria, eficiencia y eficacia. De ahí entonces que lleva razón el mismo autor cuando señala también, que la transparencia es un instrumento para la realización efectiva de otros principios y valores constitucionales⁶.

La materialización de los procedimientos abiertos y los mecanismos de publicidad en la contratación administrativa, son manifestaciones ineludibles del principio de transparencia en armonía con los de publicidad y libre concurrencia, en afán de que exista la mayor claridad del interés de contratar de la Administración. De igual forma, el requisito ineludible de que exista una necesidad debidamente planificada y determinada por cada jerarca de previo a la promoción de un procedimiento, representa la garantía a la sociedad de que los concursos públicos tienen como finalidad última la atención ordenada y sustentada de requerimientos concretos, administrando una clara definición del objeto de frente al interés público. Una necesidad pública, sustentada en reglas claras y en objetos contractuales determinados bajo rigurosas lecturas de mercado, cerrando paso a la arbitrariedad, la subjetividad y el direccionamiento de los procedimientos.

⁵ JINESTA LOBO, ERNESTO, Transparencia administrativa y derecho de acceso a la información administrativa, *Ivstitia* Año 17. N° 201 - 202 setiembre - octubre 2003, p.2, disponible en: <http://www.ernestojinesta.com> [fecha última consulta: 30 de noviembre de 2015].

⁶ Al respecto señala el reconocido autor nacional que: “La Transparencia Administrativa es un instrumento para la realización efectiva de otros principios y valores constitucionales y derechos al permitir la existencia y fortalecimiento del sistema democrático, la diversificación de los controles de la función administrativa, la participación política y administrativa directa, real y efectiva en el manejo asuntos públicos, también fortalece la interdicción de la arbitrariedad, la seguridad jurídica, la eficacia de la función administrativa, los derechos a comunicar y recibir libremente información veraz y objetiva y a la formación de una opinión pública madura y crítica.” JINESTA LOBO, ERNESTO, *Ibid*, p.3.

Desde luego, la aptitud para contratar de los potenciales oferentes no pueden considerar únicamente la plena capacidad de actuar y el cumplimiento de requisitos de admisibilidad⁷, sino que requiere el respeto al régimen de prohibiciones para contratar. El régimen supone la mera potencialidad de favorecimiento y genera un esquema preventivo para las personas físicas o jurídicas cubiertas, con la finalidad -como también indica JINESTA LOBO- de evitar colusiones y tráfico de influencias de manera directa o indirecta de ciertos funcionarios públicos con posición de poder o influencia en la organización administrativa⁸. El régimen de prohibiciones regulado en los artículos 22, 22 bis y 23 de la Ley de Contratación Administrativa supone la solución del legislador al mandato constitucional de transparencia en la contratación administrativa, por lo que a efectos de este análisis se estima que su aplicación supera el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratación Administrativa, para entender que necesariamente debe ser respetado por aquellos que a tenor de esa ley o leyes especiales se rigen únicamente por los principios de la contratación administrativa.

En igual sentido, un expediente administrativo de los procedimientos que sea público y permita el escrutinio de cualquier interesado, se convierte en otra garantía sustantiva de transparencia; como resulta serlo también un cartel con reglas claras no solo en los parámetros de aceptación de las ofertas desde la óptica financiera, técnica y jurídica (requisitos de admisibilidad); sino con un sistema de calificación que sea obligatorio, pertinente y aplicable, libre de subjetividades del operador jurídico o el analista de la administración.

A su vez, la transparencia descansa también en la indispensable motivación del acto final sea de adjudicación, desierto o infructuoso. La decisión administrativa de contratar con un determinado oferente, no solo debe ser fundamentada con claridad en las reglas previamente definidas por

⁷ Al respecto, dispone el artículo 16 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa: “Aptitud para contratar. Sólo podrán contratar con la Administración las personas físicas o jurídicas que cuenten con plena capacidad de actuar, que no tengan impedimento por alguna de las causales de incapacidad para contratar con la Administración, y que demuestren su idoneidad legal, técnica y financiera, según el objeto a contratar.”

⁸ JINESTA LOBO, ERNESTO, Aptitud para contratar con las administraciones públicas: Régimen jurídico de las prohibiciones en la contratación administrativa, en Estudios en homenaje al Dr. Rafael González Ballar, Compilación y edición a cargo del Dr. César Hines Céspedes, UCR, 2009, p.2. Consultado en: <http://www.ernestojinesta.com> [fecha última consulta: 30 de noviembre de 2015].



el cartel, sino que debe ser publicitada bajo el principio del paralelismo de las formas. Ante todo, esa decisión de adjudicación debe ser susceptible de un control razonable, proporcionado y oportuno, el cual ha sido delegado en el ordenamiento jurídico costarricense y bajo los parámetros previstos en la Ley de Contratación Administrativa, bajo la tutela de la Contraloría General de la República, sobre el cual ha señalado también la Sala Constitucional que encuentra sustento también en el artículo 183 de la Constitución Política⁹.

Así como la contratación no se agota en el acto firme o en la readjudicación de un concurso, la transparencia resulta aplicable a lo largo de toda la ejecución contractual en la exigencia de los recibidos a satisfacción, recibidos conforme o aprobación de obras contra avance en la ejecución; todas valoraciones de la Administración que no solo deben incorporarse al expediente de la contratación, sino que demandan la suficiente justificación para proceder con los pagos y dar por terminada a satisfacción la contratación. Adicionalmente, supone garantías frente a la posibilidad de una prohibición sobreviniente en fase de ejecución y un esquema sancionatorio para aquellos casos en que exista vulneración de las reglas, tanto para la violación a la probidad del funcionario como para el oferente o contratista.

Realizadas estas observaciones sobre diversas manifestaciones del principio de transparencia en la contratación de las administraciones públicas; debe continuarse señalando que no se encuentra una razón -ni deben encontrarse o existe-, para estimar que los fideicomisos públicos se encuentren exentos de las reglas derivadas del principio de transparencia en sus quehaceres ordinarios, pero sobre todo en su actividad contractual. Es decir, no sólo por sus actividades sustantivas en tanto asumen cometidos de

⁹ Al respecto señala JINESTA LOBO, quién fue el Magistrado Constitucional que redactó la resolución sobre el agotamiento de la vía administrativa (actual Presidente de la Sala Constitucional) que: “Tanto el Voto de la Sala Constitucional No. 3669-06 como el nuevo CPCA mantienen vigente el agotamiento preceptivo en este sector, por lo dispuesto, en los ordinales 182 de la Constitución Política –contratación administrativa- y 184, inciso 5° -cláusula residual que le confiere a la Contraloría General de la República las demás atribuciones que la ley le asigne, dentro de las que figura la jerarquía impropia en materia de contratación administrativa-, en materia de objeción al cartel y de impugnación del acto de adjudicación –de acuerdo al monto-. Habría, eso sí, que entender para las hipótesis en que debe intervenir ese órgano de fiscalización de relevancia constitucional.” JINESTA LOBO, ERNESTO, Inconstitucionalidad del agotamiento preceptivo de la vía administrativa: La necesidad de su carácter facultativo, en *En el Derecho Público en Iberoamérica (Libro Homenaje al profesor Jaime Vidal Perdomo)*, Tomo II, Bogotá, Editorial Temis S.A. y Universidad de Medellín, 2010, p.28. Consultado en: <http://www.ernestojinesta.com> [fecha última consulta: 30 de noviembre de 2015].

clara finalidad pública; sino también en la inversión de los cuantiosos fondos públicos que administran en muchos casos.

Ciertamente puede existir una lectura atenuada de las reglas y procedimientos en atención, pues no puede desconocerse que es una figura del Derecho privado utilizada para fines públicos (no es la Administración), pero en modo alguno puede llevar a entender que se eximen de los principios constitucionales o incluso globales¹⁰ de la contratación administrativa. Por ahora, resulta primordial entender que en materia de fideicomisos también deben existir parámetros objetivos para la selección de los contratistas que serán pagados con fondos públicos. Esto implica no solo la certeza de contar con requisitos definidos de antemano bajo lo que podría ser carteles de concurso y la motivación de la selección de las mejores ofertas para los diversos proyectos, sino indefectiblemente el levantamiento de expedientes de la contratación en donde consta todo lo actuado, el respeto unas reglas mínimas de concurso, así como al régimen mismo de prohibiciones para contratar.

Por otro lado, los controles previos externos en la contratación si bien son polémicos, resultan también un resguardo a la transparencia de lo actuado por la Administración frente a la sana inversión de los recursos públicos. No puede desconocerse que las cuantiosas inversiones que hacen los fideicomisos públicos ameritan ante todo una garantía de transparencia en armonía con otros principios como el de eficiencia, que en el caso de Costa Rica se refieren por ejemplo a edificaciones, proyectos de cobertura de telecomunicaciones y próximamente infraestructura vial¹¹. Por esas mismas razones, los esquemas de control previo externo deben asegurar que se han respetado las reglas mínimas de procedimiento y motivación, permitiendo concluir que efectivamente la empresa seleccionada como unidad ejecutora del fideicomiso o para la realización de la obra o servicio sustantivo del proyecto, resultan la más convenientes para el interés público que persigue el fideicomitente.

¹⁰ Sobre el particular puede verse JINESTA LOBO, E., MORENO MOLINA, J., RODRÍGUEZ ARANA-MUÑOZ, J., NAVARRO MEDAL, K., *Derecho Internacional de las contrataciones administrativas*, San José, Guayacán, 2011, p.19, 29-53, Capítulo Primero.

¹¹ Ley para el Desarrollo de Obra Pública Corredor Vial San José-San Ramón y sus radiales mediante fideicomiso (Ley No.9292).

Una variable adicional que no puede dejarse de lado cuando se habla de transparencia en los fideicomisos públicos, es que han sido utilizados como un mecanismo de administración paralela muy propia de la huida del derecho administrativo¹². Al respecto, pareciera que el fideicomiso público no puede constituir un medio para el cumplimiento de los fines públicos, por lo que abandonar ese carácter instrumental significa generar distorsiones no solo en el ejercicio de las competencias como ha ocurrido en el pasado en nuestro país¹³, sino también en los esquemas de empleo público, principalmente en el tema salarial.

¹² Al respecto ha indicado la Contraloría General de la República que: “En este sentido, es preciso destacar que esta Contraloría General ha señalado cierta preocupación respecto de la constitución de fideicomisos de administración debido a que su utilización podría generar una práctica incorrecta de pretender sustraer fondos públicos con la intención de generar administraciones paralelas que escaparían a los controles y regulaciones propias de la Administración Pública y en particular de la fiscalización superior que realiza esta Contraloría General. / Precisamente por ello es que más allá de la norma legal habilitante es menester que la Administración respectiva se dé a la tarea de analizar dentro de su contexto en particular si recurrir a la utilización de la figura del fideicomiso se constituye en la opción más idónea para satisfacer el interés público, análisis que insistimos debe encontrarse adecuadamente fundamentado. / Bajo esa tesitura, en lo que respecta a los fines que deben orientar la constitución de fideicomisos con fondos públicos, este órgano contralor ha venido señalando que la utilización de dicha figura debe ir dirigida a contribuir a la eficiencia de la gestión pública sin que pueda verse ésta como un medio para evadir controles o para configurar una administración paralela. / De esta forma, se ha indicado que las Administraciones deben realizar un análisis previo que justifique la utilización de la figura del fideicomiso para el cumplimiento de los fines que tienen encomendados, señalándose que: “(...) la decisión de constituir un fideicomiso con recursos públicos debe estar precedida de un análisis detallado por parte de la Administración, en donde se demuestre que mediante este contrato se atiende debidamente la finalidad a la que el mismo va dirigido, se logra cumplir con la misión que ha sido pactada y, en términos de costo/beneficio resulta más conveniente para el Estado su formalización. (...)”. / En esa misma línea se ha hecho alusión de los fines que **no** deben orientar el uso de fideicomisos constituidos con fondos públicos, tales como: “(...) a) Evadir funciones sustantivas que corresponden exclusivamente a la Administración. b) Substraerse de los procedimientos de contratación administrativa que la institución estaría obligada a cumplir. c) Prescindir de los procedimientos de aprobación presupuestaria. d) Evitar asumir cargas laborales o tributarias. e) Eludir parcialmente la fiscalización de los recursos públicos por parte de la Contraloría General de la República o de la Auditoría Interna del órgano o ente. f) Evadir topes presupuestarios para la creación de plazas. g) Pretender evitar el refrendo contralor. (...)”. Oficio No. 00357 del 19 de enero de 2012.

¹³ Sobre este tema también ha señalado la Contraloría General de la República que: “Se debe indicar que la utilización de fideicomisos de administración podría generar una práctica incorrecta de pretender sustraer fondos públicos con la intención de generar administraciones paralelas que escaparían a los controles y regulaciones propias de la Administración Pública y en particular de la fiscalización superior que realiza esta Contraloría General. Quizás ese fue el sentir del legislador a la hora de promulgar las regulaciones del artículo 14, tal y como se señala a continuación. / De lo señalado antes, se podría concluir que la norma última aludida tiende a evitar que por la vía de una figura de derecho privado se venga a traspasar parte de su actividad sustantiva y por ende de recursos públicos que deberían ser utilizados para sufragar los costos que implicaría el desarrollo de esa actividad. Coincidente con esa visión, se desprende de las actas de la sesión extraordinaria no. 29 de la Comisión Permanente Especial de Control de Ingresos y Gasto Público de la Asamblea Legislativa realizada el 3 de setiembre de 1998, en la que se discutió el proyecto de la ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos, y específicamente sobre el supracitado artículo 14 como comentario del proponente de la moción que originó la actual redacción, lo siguiente: / “Una de las justificaciones de una moción como esta, es que el mismo fideicomiso es una figura que se está empezando a utilizar con más frecuencia por lo que en algunos casos hemos encontrado, por ejemplo, que el MAG forma un fideicomiso con fondos públicos y luego a ese fideicomiso se le mete ciertos funcionarios y objetivos. Eso ha sido el fideicomiso. Su figura es de derecho privado por lo que la Contraloría dice, no me meto en eso. Si el portillo no se cierra, empiezan a proliferar una serie de recursos públicos que serán sacados y no tendrán una buena supervisión por parte de la Contraloría.”. / De acuerdo con lo citado, el artículo 14 se emite como respuesta un problema que se estaba presentando con la utilización de un tipo específico de fideicomiso, el de administración y no necesariamente respecto de otros tipos de fideicomisos que podrían ser herramientas para el sector público para el logro de sus fines institucionales, tal es el caso del fideicomiso de titularización, —como el que por esta gestión se conoce por parte de esta División—, que ha venido a constituirse en una valiosa herramienta para el desarrollo de proyectos de

En general, existe en el inconsciente colectivo de la Administración Pública Costarricense la noción de que el fideicomiso es una figura flexible que exime de procedimientos o reglas de selección y que genera ventajas porque aliviana de los procedimientos de la Ley de Contratación Administrativa. Pareciera que los fideicomisos públicos que administran fondos públicos y persiguen una finalidad también pública, no pueden tratarse únicamente como una figura del Derecho privado, pero ciertamente no tienen la naturaleza jurídica de las administraciones fideicomitentes y ello debe tener algunas consecuencias en el ordenamiento jurídico que serán examinadas adelante. Sin embargo, la flexibilidad no puede desligarse de la transparencia indispensable que debe marcar las actuaciones de quienes librados de los controles ordinarios, deben responder por el cumplimiento de fines públicos y por la administración de los fondos que se les han confiado.

Partiendo de este contexto intersubjetivo de la transparencia en la contratación administrativa, así como de su relación también en el caso del uso de figuras instrumentales para el cometido de fines públicos; es necesario realizar algunas precisiones conceptuales de la figura en el ordenamiento costarricense para entender las observaciones en materia de procedimientos y controles externos que se hará posteriormente.

III. ASPECTOS GENERALES DE LOS FIDEICOMISOS PÚBLICOS

a) La regulación del Código de Comercio

El fideicomiso en Costa Rica es una figura del derecho privado regulada por los artículos 633 y siguientes del Código de Comercio, que consiste en un medio para que el fideicomitente transmite al fiduciario la propiedad de bienes o derechos; de manera que el fiduciario queda obligado a emplearlos para la realización de fines lícitos y predeterminados en el acto constitutivo.

A su vez, según el artículo 637 del mismo cuerpo legal, puede ser fiduciario cualquier persona física o jurídica, capaz de adquirir derechos y

infraestructura pública, que por falta de recursos no habían podido ser desarrollados.” Oficio No. 12168 del 14 de noviembre de 2008.

contraer obligaciones. En cuanto a las personas jurídicas, el legislador dispuso que su escritura constitutiva debe expresamente capacitarlas para recibir por contrato o por testamento la propiedad fiduciaria. A diferencia de otras latitudes que se utiliza el criterio de buen hombre de negocios, en Costa Rica el deber de diligencia que se le exige al fiduciario que en el desempeño de su gestión disponga del cuidado de un buen padre de familia.

Ciertamente existe un complejo articulado que en la norma referida regula la figura en el derecho privado, la cual no corresponde abordar para este caso; pero baste señalar que existe plena conciencia de las particularidades de la figura en el Derecho privado, por lo que no hay duda que en su aplicación en el Derecho administrativo es un aspecto que no puede olvidarse por los operadores jurídicos, bajo pena de desnaturalizarla.

b) Las regulaciones de los fideicomisos públicos
i. Las previsiones de la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos

En Costa Rica el artículo 14 de la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos exige la existencia de una ley especial que autorice la posibilidad de constituir fideicomisos con fondos provenientes del erario público. Sobre el alcance de este concepto ha señalado la Contraloría General de la República que:

“...es criterio de este Despacho que el artículo 14 de la Ley N° 8131, al hacer referencia al concepto de erario, está aludiendo a aquellos fideicomisos que sean constituidos con fondos públicos en general; propiamente, a la luz de los términos del artículo 9 de la Ley N° 7428, debe entenderse por estos todos los recursos, valores, bienes y derechos propiedad del Estado, de órganos, de empresas o de entes públicos. En ese sentido, no comparte este Despacho la tesis de los recurrentes tendiente a hacer equivalente dicho concepto a dinero efectivo o únicamente a recursos asignados por una partida presupuestaria, dado que esa posición no solamente limitaría la voluntad original del legislador plasmada en el citado artículo 14, ampliamente desarrollada en el oficio que atendió la reconsideración, sino que lesiona las competencias constitucionales asignadas a la Contraloría General de la República, las cuales trascienden a ese concepto. En la especie, estamos de frente a un acto o negocio traslativo de la propiedad —el fideicomiso— que permite al fiduciario

disponer de bienes dentro de los límites y con sujeción a la voluntad establecida por el fideicomitente, de manera tal que se trata de una propiedad limitada al fin último del fideicomiso, por lo que no debe desconocerse entonces que las facultades del fiduciario son restringidas y limitadas a la voluntad expresada por el fideicomitente. Particularmente, le está prohibido a aquel utilizar los bienes fideicometidos con un destino diferente del determinado en el acto constitutivo del fideicomiso; por ello, se afirma que el fideicomiso se constituye para la ejecución de un encargo respecto de un conjunto de bienes. En los dos casos de los fideicomisos del P.H. Peñas Blancas y P.H. Cariblanco, este Despacho no abriga duda de la finalidad pública inmersa en estos y sobre la concurrencia de fondos públicos dentro de los patrimonios fideicometidos, toda vez que, como ejemplo, tal y como lo afirman los recurrentes y se observa en los contratos respectivos, se aportan los derechos de uso sobre terrenos, propiedad del ICE, los que son traspasados en propiedad fiduciaria sin que pierdan su naturaleza y por lo tanto, forman parte de cada uno de los patrimonios del fideicomiso y por lo tanto se está en presencia del supuesto fáctico contemplado por el legislador al disponer sobre el punto en el artículo 14 de la Ley N° 8131. De esta manera, los terrenos y la habilitación que se da en el contrato respectivo para que estos puedan ser utilizados por terceros con un encargo específico, se torna en elemento sustancial dentro del esquema propuesto, el que además se acompaña de un marcado interés público que matiza en su totalidad los contratos suscritos. El fundamento de la posición asumida por el Área recurrida surge del hecho de que el patrimonio fideicometido se nutre en forma importante, además de recursos que provienen del sector privado pero los que serán invertidos dentro de parámetros netamente públicos; de otra serie de bienes, derechos y recursos de orden estrictamente público, que dentro del sistema propuesto se interrelacionan como un todo con la finalidad pública específica de construir y poner en operación un proyecto hidroeléctrico que finalmente pasará al patrimonio del ICE, lo que permite concluir que ese patrimonio separado y fideicometido, visto en forma integral, posee las condiciones, requisitos y supuestos de hecho contemplados por el legislador para aplicar la norma contenida en el citado artículo 14 de la Ley N° 8131, la cual,



respalda las competencias asignadas por el ordenamiento jurídico a este órgano contralor.”¹⁴

Como puede verse, no solo se ha definido qué se entiende por erario público en los términos del legislador, sino que de mayor interés resulta destacar que el criterio también ha definido que el carácter público del fideicomiso reside fundamentalmente en la finalidad que persigue, la cual no es otra que la satisfacción de una necesidad pública en la que priva un interés del mismo carácter. A ello, debe agregarse que la parte fideicomitente no es otra que un ente u instancia pública, por lo que necesariamente le imprime esa característica al proyecto y así también al fideicomiso.¹⁵ De igual forma, según el criterio citado, la naturaleza del patrimonio fideicometido implica que se aplique también la condición de público según se ha venido refiriendo, aun y cuando el ingreso de los recursos para un financiamiento del proyecto pueda ser de orden privado (por ejemplo, derivado del proceso de titularización y colocación).

Por otro lado, en relación con los parámetros que define el artículo 14 de la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos; se requiere que la ley especial regule las condiciones generales que se incluirán en el contrato de fideicomiso; sin que se especifique elementos mínimos que deba contener el contrato, lo cual tiene sentido porque dependerá del tipo de proyecto que se pretenda abordar mediante la figura del fideicomiso y el hecho de que el propio legislador se ha reservado la posibilidad de permitir a la Administración la posibilidad de constituir fideicomisos públicos, pudiendo también examinar en esos casos

¹⁴ Resolución No. R-CO-4-2005 de las quince horas del veinte de enero de dos mil cinco (CO-0028).

¹⁵ Al respecto, indica esa BELLO KNOLL en relación con los aspectos distintivos de un fideicomiso público que: “Las características distintivas entre el “fideicomiso público y privado” pueden sintetizarse de la siguiente manera: a) La constitución de un fideicomiso público tiene origen en el Derecho Administrativo así como su modificación y extinción, sin perjuicio de la aplicación supletoria del Derecho Privado, en todo lo que no se oponga a aquél, dado que sustancialmente se trata de una gestión de Derecho Privado de la Administración. / b) La Administración debe necesariamente intervenir en su constitución, lo que produce desde el inicio una desigualdad de partes en ciertos casos, aunque aquí la Administración no obra como autoridad sino que articula la realización de una actividad modal para el cumplimiento de sus fines. / c) El patrimonio separado se forma en cabeza de un fiduciario con bienes del Estado y/o privados, pero la finalidad del fideicomiso que le sirve de causa es de interés público. / d) El fideicomiso público puede coincidir con lo normado en el Derecho Privado o bien tomar algunos de sus contenidos, pero con características y adaptaciones que respondan a las necesidades de la Administración en cada caso concreto. Detrás, como elemento generador está el Estado, guiado por el mencionado interés público que debe además cumplir para constituirlo con todos los preceptos legales involucrados otorgando las garantías y solemnidades dispuestas por las normas en cada caso.” BELLO KNOLL, SUSY, *Fideicomiso Público*, Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, 2011, pp. 229-230. Consultado en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=41603> [fecha última consulta: 30 de noviembre de 2015].

la existencia de especiales particularidades que signifiquen también límites a esa prerrogativa.

No obstante, también ha existido una técnica legislativa inapropiada cuando en lugar de regular la procedencia de la figura para un proyecto en concreto (como es el caso del FONATEL¹⁶), lo que se ha pretendido hacer es habilitar a una institución en forma genérica la posibilidad de constituir fideicomisos, como es el caso de la Ley de Creación del Consejo Nacional de Vialidad¹⁷, o bien el caso del fondo especial de migración y el fondo social migratorio a cargo de la Dirección General de Migración y Extranjería¹⁸. No se discute la discrecionalidad del legislador en la habilitación genérica a un determinado ente u órgano, pero es inconsistente con la propia redacción del artículo 14 a que se ha hecho referencia.

A su vez, también el legislador tratando de regular lo concerniente a la huida del derecho administrativo y el fenómeno de la administración paralela, dispuso que los fideicomisos públicos se sujetarán a la legislación vigente en lo relativo a la contratación tanto de bienes y servicios como del recurso humano necesario para la consecución de los objetivos. En relación con la compra de bienes y servicios, si bien se podría interpretar en una forma sencilla que deben aplicar la Ley de Contratación Administrativa, es preciso armonizar esta regulación con el artículo 14 referido; lo anterior por cuanto el ámbito de cobertura que contempla el artículo 1 de la Ley de Contratación Administrativa.

El fideicomiso no es un ente público, ni un órgano de la Administración fideicomitente; tampoco es persona jurídica en el ordenamiento jurídico costarricense, sino un patrimonio destinado a un fin que actúa por medio

¹⁶ En ese sentido el artículo 35 de la Ley General de Telecomunicaciones (Ley No. 8642), dispone en lo que interesa: “Se autoriza a la Sutel para que administre los recursos financieros del Fondo, mediante la constitución de los fideicomisos que le sean necesarios para el cumplimiento de sus fines.” Se refiere al Fondo Nacional de Telecomunicaciones (FONATEL), que se reguló como un instrumento de administración de los recursos destinados a financiar el cumplimiento de los objetivos de acceso universal, servicio universal y solidaridad establecidos en el contexto de la apertura de las telecomunicaciones; así como de las metas y prioridades definidas en el Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones.

¹⁷ Al respecto, el artículo 21 de la Ley de Creación del Consejo Nacional de Vialidad (Ley No. 7798), dispone que: “El Consejo Nacional de Vialidad queda facultado para depositar la totalidad de los montos que le ingresen, en fideicomisos que se establecerán en bancos comerciales del Estado. Asimismo, podrá suscribir contratos o convenios con estas entidades, el Banco Central de Costa Rica o el Instituto Nacional de Seguros, para facilitar el cumplimiento de sus facultades tributarias.”

¹⁸ Los artículos 233 y 241 regulan ambos fondos, disponiendo que serán administrados mediante un fideicomiso operativo.



del fiduciario. Sin embargo, la utilización parcial o total de recursos públicos se ha enmarcado dentro del supuesto previsto por el artículo 1 de la Ley de Contratación Administrativa; por lo que se le ha aplicado a su actividad contractual los principios de la materia. En realidad, como bien dice BELLO KNOLL, el fideicomiso público, como otros institutos jurídicos nacidos en el seno de la actividad de los particulares, encuentra su esencia a cabalgata del Derecho Público y del Derecho Privado para definir su naturaleza jurídica¹⁹.

ii. Las figura instrumental que contempla la Ley de Contratación Administrativa

Como una segunda posibilidad en el ordenamiento jurídico costarricense, la Contraloría General de la República ha desprendido del artículo 3 de la Ley de Contratación Administrativa, en la medida que reconoce la posibilidad de que cuando se justifique para la satisfacción del fin público, la Administración podrá utilizar, instrumentalmente, cualquier figura contractual que no se regule en el ordenamiento jurídico-administrativo.²⁰ De ahí entonces, se ha valorado que es factible echar mano de figuras del derecho comercial como el caso del fideicomiso para el cumplimiento de cometidos públicos, reconociendo en ese artículo la habilitación normativa:

“Ahora bien, esta Contraloría General ha reconocido ese fundamento jurídico en el marco normativo que, para cada caso particular, sustenta los respectivos instrumentos jurídicos con los que se pueden valer las entidades públicas para el cumplimiento de sus fines institucionales, al amparo de las normas y principios que rigen las contrataciones administrativas. Por ello es que este Despacho ha considerando viable la aplicación de artículo 3° de

¹⁹ BELLO KNOLL, SUSY, *op. cit.*, p. 230.

²⁰ Sobre este carácter instrumental señala JINESTA LOBO que: “La norma de comentario, insisten que la utilización del molde contractual del Derecho privado, no podrá hacerse obviando las formas propias del Derecho administrativo, por tal razón, aunque se utilice una figura contractual del Derecho común, siempre deben respetarse los principios, requisitos procedimientos, sobre todo, en lo atinente a la formación de la voluntad administrativa que se expresa en el acto de adjudicación. Esta exigencia supone una adaptación, por lo menos formal, de la figura contractual del Derecho privado a los requisitos propios e inherentes a la Contratación Administrativa. / Como ejemplos de tales contratos del Derecho privado, utilizados instrumentalmente por las administraciones públicas para satisfacer fines públicos y con las adaptaciones de carácter formal apuntadas, tenemos el contrato de fideicomiso-regulado en el Código de Comercio- como instrumento de la contratación administrativa...” JINESTA LOBO, ERNESTO, *Contratación Administrativa, Tratado de Derecho Administrativo*, San José, Guayacán, 2010, Tomo IV, p.433.

la Ley de Contratación Administrativa, Ley N° 7494 del 2 de mayo de 1995, como fundamento legal para la constitución de fideicomisos en aquellas situaciones muy particulares en donde la creación de un fideicomiso se justifique como instrumento para la actividad de contratación administrativa. Es decir, la transferencia de recursos a un fideicomiso es amparable en el artículo 3° de la Ley N° 7494, cuando ello se constituya como un instrumento dentro de un negocio jurídico macro, donde ese fideicomiso sea una de sus partes y no el todo. (...) Ahora bien, esta Contraloría General ha reconocido ese fundamento jurídico en el marco normativo que, para cada caso particular, sustenta los respectivos instrumentos jurídicos con los que se pueden valer las entidades públicas para el cumplimiento de sus fines institucionales, al amparo de las normas y principios que rigen las contrataciones administrativas. Por ello es que este Despacho ha considerado viable la aplicación de artículo 3° de la Ley de Contratación Administrativa, Ley N° 7494 del 2 de mayo de 1995, como fundamento legal para la constitución de fideicomisos en aquellas situaciones muy particulares en donde la creación de un fideicomiso se justifique como instrumento para la actividad de contratación administrativa. Es decir, la transferencia de recursos a un fideicomiso es amparable en el artículo 3° de la Ley N° 7494, cuando ello se constituya como un instrumento dentro de un negocio jurídico macro, donde ese fideicomiso sea una de sus partes y no el todo.”²¹

Como puede verse, la utilización del fideicomiso tiene ese carácter instrumental en la medida que se trata de un mecanismo para articular el negocio o el proyecto público y en tanto, la finalidad no es constituir únicamente el fideicomiso, sino que se concibe como un vehículo para la implementación del proyecto. Esta tesis se implementó en el contexto de los fideicomisos de titularización de obra pública, en donde existían diversas actividades relevantes para el proyecto, como la emisión y colocación de títulos, así como los contratos de construcción y el arrendamiento de las obras por parte de la Administración fideicomitente;

²¹ Oficio No. 739-2008 del 30 de enero de 2008.



de tal forma que el fideicomiso era el mecanismo para lograr el negocio, pero no representaba la razón principal de la utilización de la figura.

Dónde quizás podría cuestionarse los alcances del carácter instrumental, es en el supuesto de la utilización de la figura de los fideicomisos de administración, en donde se gira un patrimonio y las obligaciones del fiduciario se refieren a su conservación y atender los fines encomendados por el fideicomitente. Ahí podría estimarse que el fideicomiso es un fin en sí mismo, pero debe dimensionarse que en tales ocasiones el fiduciario cuenta también con una serie de obligaciones, como en el caso del fideicomiso del Estadio Nacional, en donde se cede el derecho de uso del bien de dominio público para efectos de administrar esas instalaciones en función de su conservación y mantenimiento, así como garantizar una utilización que permitiera equilibrar los fines de fomento de diversas áreas del deporte que persigue el Instituto Costarricense del Deporte como titular del bien y fideicomitente. Se pretendía en ese caso armonizar esas actividades sustantivas; con la promoción de actividades recreativas y patrocinios que escapaban al giro ordinario del Instituto, buscando con ello mayores ingresos para destinar también a los fines asociados a las competencias de ese ente público.

c) **La eficacia de los contratos de fideicomisos públicos**

El artículo 184 de la Constitución Política regula lo concerniente a la eficacia de los contratos públicos, de forma tal que en Costa Rica se requiere la aprobación de la Contraloría General de previo a su ejecución. El refrendo es un acto de aprobación²² que coteja que el contrato

²² Al respecto ha indicado la Sala Constitucional: “**VI.- REFRENDO CONTRALOR EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.** La figura dogmática del refrendo otorgado por la Contraloría General de la República, en su función esencial de auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública (artículo 183 de la Constitución Política), se encuentra prevista a nivel constitucional. En efecto, el ordinal 184, inciso 1º, de la Constitución Política, al señalar las competencias constitucionales de ese órgano de fiscalización superior indica, en lo conducente, que “(...) *No se emitirá ninguna orden de pago contra los fondos del Estado sino cuando el gasto respectivo haya sido visado por la Contraloría; ni constituirá obligación para el Estado la que no haya sido refrendada por ella*”. El referendo es una manifestación específica de la figura dogmática de la aprobación, por lo que comparte las características de ese instituto en el sentido de fungir como un requisito de eficacia que se produce, desde una perspectiva temporal, ex post a la adopción del acto fiscalizado, siendo, para el caso particular, el acto administrativo bilateral o plurilateral en que se traduce un contrato administrativo. El refrendo, constituye, también, una expresión jurídica particular de la denominada tutela administrativa o de la dirección intersubjetiva que es propia de un Estado centralizado o unitario como el Costarricense que ejerce el ente público mayor (Estado), respecto de los entes menores o descentralizados (funcionalmente, territorialmente o corporativamente) y, más concretamente, de un control sobre los actos que realicen éstos. A través del refrendo, la Contraloría General de la República ejerce una fiscalización o control sobre los actos de los sujetos pasivos que puedan comprometer la Hacienda Pública o los presupuestos públicos, como una forma de garantizar la corrección, transparencia y legalidad de los egresos en que puedan incurrir. Para el caso de los contratos administrativos, el referendo se produce después de dictado el acto de adjudicación o de la etapa de perfección del contrato, esto es, cuando el mismo resulta válido por ser sustancialmente

administrativo resulte conforme el ordenamiento jurídico. A su vez, la Sala Constitucional también ha permitido dimensionar esos alcances²³, permitiendo que el órgano contralor pueda regular el ejercicio de la competencia constitucional. De ahí entonces, que se ha emitido el Reglamento sobre el refrendo de las contrataciones de la Administración Pública cuyo artículo 3 regula los supuestos cuantitativos y cualitativos bajo los que se requiere el refrendo. En el inciso 5 de dicho numeral se regula la obligación de remitir a refrendo todo contrato o convenio celebrado entre dos o más entes, empresas u órganos públicos, en el tanto tengan por objeto el otorgamiento de concesiones, la constitución de fideicomisos o la realización de proyectos bajo el tipo contractual de alianza estratégica.

Es por ello que cualquier fideicomiso público realizado entre dos entes, empresas u órganos públicos requiere del refrendo de la Contraloría General para su eficacia, por lo que pese a que puedan constituir contratos válidos no podrían ejecutarse bajo penalidad absoluta de todo lo actuado,

conforme con el ordenamiento jurídico, de modo que la Contraloría General de la República a través de esa figura examina y verifica que el clausulado del contrato debidamente formalizado se ajuste al bloque de legalidad, esto es, al cartel de la licitación que es la regulación o normativa específica del contrato respectivo, la oferta formulada, la Ley de la Contratación Administrativa y su reglamento y, en general, con el resto del ordenamiento jurídico administrativo. El propósito o fin esencial del refrendo es evitar que las obligaciones contraídas por las administraciones públicas en los contratos administrativos, debidamente asentadas o formalizadas, se contrapongan al ordenamiento jurídico administrativo y que, por consiguiente, se produzca una incorrección o ilegalidad en la disposición de los fondos públicos. De modo que a través de la improbación del contrato la Contraloría General de la República debe señalarle a la Administración activa los defectos que deben ser subsanados, enmendados o corregidos para obtener el respectivo refrendo. A través de esta herramienta de tutela administrativa la Contraloría General de la República no puede anular de forma oblicua o indirecta el acto de adjudicación y un contrato administrativo, primero por cuanto tales potestades de anulación, rescisión o resolución debe ejercerlas, naturalmente, la propia administración activa y no la de control, puesto que, es la primera la que dictó el acto de adjudicación y formalizó el contrato con el co-contratante. De proceder de tal forma la Contraloría General de la República incurriría en los claros vicios de exceso y desviación de poder, este último consagrado en el texto constitucional (artículo 49 de la Constitución), puesto que, estaría rebasando sus competencias o atribuciones y utilizaría potestades administrativas para fines distintos de los propuestos o supuestos en el propio texto constitucional. Desde luego, que la situación resulta ser diferente cuando la Contraloría General de la República, como contralor jerárquico impropio, conoce y resuelve, antes del momento en que se produce el refrendo, del recurso de apelación contra el acto de adjudicación, puesto que, en esta hipótesis se encuentra normativamente habilitada para anular el acto de adjudicación.” (Sala Constitucional, resolución No. 14421-2004 de las once horas del diecisiete de diciembre del dos mil cuatro).

²³ En la resolución 9524-99 de las nueve horas con seis minutos del tres de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, la Sala Constitucional señaló que: “I. (...) Por ello, resulta acertada la afirmación del representante de la Contraloría General de la República en su gestión, al considerar que es constitucionalmente posible que en atención a la naturaleza, objeto y cuantía de la contratación de que se trate, éste órgano establezca condiciones razonables y proporcionadas a la facultad que el artículo 184 constitucional le otorga para refrendar los contratos del Estado, con miras a no crear mecanismos que afecten una expedita gestión administrativa, y en atención al interés público; toda vez que el refrendo debe entenderse como parte de las atribuciones de fiscalización de la hacienda pública que le corresponde en exclusiva a la Contraloría, para cuyo ejercicio posee absoluta independencia funcional y administrativa, en virtud de lo dispuesto en el propio artículo 183 de la Carta Fundamental, motivo por el cual puede definir los alcances, mecanismos y procedimientos de fiscalización superior, incluso frente al legislador, si éste afecta su independencia, según se anotó con anterioridad en la sentencia número 00998-98.”



por disponerlo así el artículo 20 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

Sobre los alcances de la nulidad que genera la omisión del refrendo, vale comentar el caso del fideicomiso de la Red de Acceso de Nueva Generación (RANGE) del Instituto Costarricense de Electricidad para la construcción de la Etapa I de la Red de Acceso de Banda Ancha. En ese caso, la Contraloría General anuló el procedimiento de selección de una empresa para la fabricación, suministros, instalación y puesta en operación hasta la Recepción Definitiva del Proyecto en la medida que no se contaba con el refrendo del contrato de fideicomiso. Sin afán de ser extenderse en este caso, valga mencionar que la Contraloría General fue demandada por el Instituto, para suscribir posteriormente un acuerdo conciliatorio en vía judicial, en relación con la divergencia de criterios que existían respecto a la competencia para refrendar los contratos de fideicomiso. El acuerdo, fue homologado por el Tribunal Contencioso Administrativo mediante la resolución número 1553 del 4 de noviembre de 2013, en la cual se indicó que el Instituto presentaría de manera libre y voluntaria a refrendo el referido contrato de fideicomiso y que la gestión iba a ser recibida, tramitada y resuelta por el fondo por parte de este órgano contralor de acuerdo con el ordenamiento jurídico, para otorgar el refrendo si correspondía hacerlo. En dicha resolución el Tribunal al momento de homologar el acuerdo conciliatorio señaló que: “[...] *en cuanto al cotejo de legalidad del acuerdo conciliatorio, no se observa que lo dispuesto genere algún tipo de infracción al ordenamiento jurídico o lesione el interés público.*” Desde luego, la homologación implica el reconocimiento del Tribunal, de que no resulta contrario al ordenamiento jurídico que se refrende un contrato que ya había sido ejecutado, con lo cual se dimensionó indirectamente la nulidad prevista por el artículo 20 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, permitiendo que el acto de refrendo para que surta efectos a futuro²⁴.

²⁴ Sobre el tema indicó la Contraloría General que: “Desde luego, la nulidad absoluta de todo lo actuado sin refrendo es un aspecto que no varía, aunque se reconozca la posibilidad de refrendar ese contrato con posterioridad, desplegando hasta ese momento los efectos jurídicos correspondientes. De esa forma, se ajusta en este caso la dimensión histórica de la sanción de nulidad (artículo 20 LOCGR), para entender que no se convalida lo ejecutado sin refrendo, pero que sí es factible otorgar ese acto de aprobación en forma posterior a esa ejecución irregular, para que a futuro y una vez refrendado el contrato, sí pueda ejecutarse. / Este enfoque es coincidente con una lectura del principio de eficiencia en los términos del artículo 10 de la Ley General de la Administración Pública, que demanda que la norma administrativa deberá ser interpretada en la forma que mejor garantice la realización del fin público a

Si bien la sanción de nulidad se mantiene, pareciera que la articulación del control previo de aprobación de contratos se ha equilibrado con el principio de eficiencia, reconociendo que no resulta contrario al ordenamiento jurídico que la Contraloría General pueda refrendar un contrato ya ejecutado, entendiendo desde luego que surtirá efectos a futuro. No obstante, persiste la nulidad de lo actuado, de donde algunos han planteado alguna figura que permita enmendar lo actuado por la Administración para no castigar al interés público²⁵, lo cual podría significar que deba reformularse más bien este control previo.

IV. SOBRE LOS FIDEICOMISOS PÚBLICOS Y EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA CONSTITUCIONAL

Cuando se piensa en fideicomisos públicos, posiblemente se tenga el interés de que todas y cada una de sus actuaciones queden claramente transparentadas para efectos de la rendición de cuentas no solo a la Administración fideicomitente, sino a todos aquellos interesados en conocer cómo se cumplen los objetivos públicos encomendados a esta figura del derecho privado.

a) La motivación para utilizar la figura del fideicomiso

Al igual que en cualquier actuación administrativa, es necesario que la Administración no solo cuente con la habilitación normativa para constituir un fideicomiso, sino que en el caso en concreto de un proyecto debe hacer también un análisis de la necesidad administrativa y determinar técnica, jurídica y financieramente que el fideicomiso es la mejor opción. El

que se dirige, dentro del respeto debido a los derechos e intereses del particular. En este sentido, la propia Sala Constitucional en la resolución No. 14421 de las 11:00 horas del 17 de diciembre de 2004, señaló: (...) / Ciertamente la lectura del principio de eficiencia referida, no convalida en lo absoluto todo lo actuado sin contar con este requisito de eficacia jurídica, lo cual es sancionado con la nulidad absoluta a tenor del artículo 20 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. / En virtud de lo anterior, debe entenderse que pese a la ejecución de un contrato sin refrendo, siendo que debe prevalecer el interés público, este órgano contralor se encuentra habilitado para hacer el análisis de un contrato aunque se haya ejecutado, para que únicamente surta efectos a futuro. De esa forma, en este caso procede hacer el análisis y como se dirá posteriormente, el contrato se refrenda por ajustarse al ordenamiento jurídico; pero sus efectos surgen hacia futuro, por lo que no se convalida de forma alguna la nulidad absoluta de lo ejecutado sin refrendo.” Oficio No. 2138 del 26 de febrero de 2014.

²⁵ En ese sentido, derivado del documento denominado Propuestas para fortalecer la funcionalidad y calidad de la democracia costarricense, se presentó el Proyecto de Ley bajo el Expediente Legislativo No. 18732 que dispuso una reforma a las competencias previstas en el artículo 20 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República que indicaba en lo que interesa: “En los casos en los que, a pesar de requerirse el refrendo contralor, se inicie la ejecución de un contrato sin contar con ese requisito, la Contraloría General valorará la procedencia de la aplicación del artículo 188 de la Ley General de la Administración Pública, si así lo solicita la entidad contratante. No obstante, la ejecución de contratos sin el refrendo requerido, será causal de responsabilidad personal para el funcionario que haya ordenado la ejecución.” Este Proyecto de Ley se encuentra actualmente archivado.

principio de transparencia demanda que se haga el análisis, pues de lo contrario para la contratación de los suministros, servicios u obra; se debería promover un procedimiento ordinario de contratación pública según corresponda bajo reglas más garantistas o rigurosas, por lo que no está en juego solamente si debe pagar una comisión elevada para utilizar la figura y esto no resulta rentable económicamente²⁶.

Así entonces, no se trata solamente de determinar si un fiduciario posee elevados honorarios o no, sino de entender que existe una estructura compleja para la ejecución del fideicomiso cuyos costos operativos funcionan con cargo al patrimonio fideicometido, esto es la unidad ejecutora o unidad administradora del proyecto, los impuestos, cualquier asesoría que se requiera, el pago de los acreedores en casos en donde se haya adquirido obligaciones para financiar el proyecto (por ejemplo la titularización). Se trata también de que se refleje que la Administración entiende el proyecto que va realizar, es decir, conoce su necesidad; pues en muchas ocasiones ocurre que se cree que contratando a un fiduciario y constituyendo el fideicomiso ya se resolverá por suerte de encantamiento la necesidad administrativa. El proyecto lo debe conocer la Administración fideicomitente, en la medida que el Banco fiduciario no conoce el proyecto específico que se persigue, como es el caso de carreteras, telecomunicaciones o construcción de edificios.

²⁶ Al respecto, también ha indicado la Contraloría General que: “Es así como, no resulta conveniente ni posible que se adopten decisiones para la constitución y ejecución de contratos de fideicomiso, sin que la Administración haya realizado los estudios y análisis antes detallados; pues ello podría conllevar a la suscripción de contratos que no solo generen costos elevados, sino que no aseguren el cumplimiento del fin para el que son constituidos. En el caso, valga mencionar que la Fedemsur ha constituido un fideicomiso en el cual el monto de honorarios del fiduciario reduce sustantivamente los montos destinados al proyecto, pues como se aprecia representa un 11,54% del patrimonio fideicometido; en concreto ¢ 9 millones de colones en el supuesto que la operación del fideicomiso alcance el plazo 12 meses, cuando el monto girado sería inicialmente de ¢78 millones de colones. / De igual forma, debe reiterarse que la lectura instrumental que se hace del artículo 3 de la Ley de Contratación Administración, supone un esquema pluriarticulado de contratos, siendo el contrato de fideicomiso un vehículo o un mecanismo mediante el cual se cumplen los fines propuestos por la Administración contratante. En este escenario, se encomiendan al fiduciario la realización de una serie de obligaciones que la Administración no está en capacidad de realizar en atención a esa complejidad y en el tanto no se delega el cometido sustantivo de competencias, por lo que la Administración asume una labor más concentrada en la fiscalización de la ejecución del fideicomiso y en la vigilancia del cumplimiento del fin público perseguido. / En este sentido, le llama la atención a esta Contraloría General que Fedemsur como justificación para la constitución del presente fideicomiso haya indicado que no cuenta con el personal para realizar los procesos de contratación, pero por otro lado se le encargan contractualmente una serie de obligaciones que requieren necesariamente contar con personal para su cumplimiento, tales como: conformar la Unidad Supervisora con el personal propio del Fideicomitente, aprobación de carteles, dictado de la resolución de los concursos (adjudicación, declaratoria de desierto o de infructuoso) y la recepción o rechazo de los entregables de las contrataciones (cláusula décima), incluso el informe de rendición de cuentas al fideicomitente lo realiza la Unidad Supervisora, sin embargo esta unidad está constituida por el mismo personal del fideicomitente, siendo que ella misma es la que se elabora los informes (cláusula sexta).” Oficio No. 11152 del 5 de agosto de 2015.

Se indicó al principio, que la transparencia en la actuación administrativa demanda claridad sobre las razones por las cuáles se toma una determinada decisión, en este caso seguir el camino del fideicomiso es una posibilidad para la cual se encuentra habilitada y no obligada²⁷. La toma de decisiones alrededor del acto que define optar por la vía del fideicomiso, deberá ponderar que la Administración no se puede desligar del ejercicio de competencias asignadas y que debe implementar los mecanismos adecuados para la fiscalización del fiduciario, sea definiendo claramente las contrapartes del fideicomiso en el seno de la Administración, optando por un comité de vigilancia constituido por expertos en la materia, realizando auditorías externas y exigiendo sin lugar a dudas informes periódicos del avance del proyecto encomendado.

b) La transparencia en la selección del fiduciario

Para la selección del banco fiduciario, en Costa Rica tradicionalmente se ha utilizado la excepción de los procedimientos ordinarios, sobre la contratación entre entes de derecho público. Regulada en el inciso c) del artículo 2 de la Ley de Contratación Administrativa y desarrollada con mayor precisión como la contratación de sujetos de derecho público en el artículo 130 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa; se trata de la posibilidad de no seguir un procedimiento ordinario en los casos que el fiduciario sea un sujeto de derecho público.

La excepción requiere desde luego que se trate de actividad contractual, pues de lo contrario no aplicaría ni siquiera la Ley de Contratación Administrativa, como bien apunta el párrafo último del artículo 130 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. A su vez, establece como mínimo para utilizar la excepción que la actividad desplegada por cada uno se encuentre habilitada dentro de sus respectivas competencias, que se observe el equilibrio y la razonabilidad entre las prestaciones.

Como se puede ver, la norma no exige realizar un concurso entre los sujetos de derecho público que resulten idóneos para realizar el objeto contractual, sin embargo, pareciera que en atención al principio de

²⁷ Por ejemplo, en el caso de los fideicomisos regulados en la Ley de Migración y Extranjería ya comentados, no se comparte la decisión del legislador de obligar a que la administración del fondo especial de migración y el fondo social deba ser únicamente por fideicomiso, pues debió dejarse habilitada la posibilidad pero dejando la decisión final a la Administración en su ejercicio discrecional de atención de necesidades.

transparencia es necesario no solo cumplir con los requisitos previos de motivación del uso de la excepción como requieren los artículos 126 y 127 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa; sino que debe documentarse detalladamente por qué se ha realizado la selección de un determinado banco como fiduciario.

De igual forma, no necesariamente debe promoverse un procedimiento concursal entre bancos públicos en la medida que se desnaturalizaría la excepción que utiliza la Administración fideicomitente; pero ciertamente debería contemplarse la posibilidad de echar mano de un estudio de mercado que permita determinar no solo cuál comisión de honorarios es más ventajosa, sino también cuál es el perfil del banco que va desarrollar el proyecto y si se ajusta su experiencia en materia en fideicomisos al objeto del fideicomiso.

Desde luego, la excepción no impide que se pueda promover un procedimiento ordinario de contratación para la selección del fiduciario, cuando la Administración considere que resultaría un mejor mecanismo para la satisfacción del interés público. En tales casos, el procedimiento dependerá del monto del fideicomiso pero de seguro sería una licitación pública, en donde también podrían presentar oferta los bancos privados.

Conviene destacar en este caso, el fideicomiso público para el Proyecto Hidroeléctrico Reventazón en donde un banco privado tiene la condición de fiduciario, pero quizás este caso tiene la particularidad de que los bancos públicos tenían interés en el financiamiento del proyecto, pero no pueden financiar y ser fiduciarios a la vez en los términos del artículo 656 del Código de Comercio²⁸. Independientemente de la distinción entre fideicomisario y beneficiarios, es claro que sí podría existir un serio conflicto de interés cuando un banco financia y es a la vez fideicomisario;

²⁸ Sobre el particular, ha indicado también la Contraloría General que: “Conviene destacar, que dentro del expediente administrativo se observa el oficio sin número del 19 de marzo del 2012 en el cual los bancos estatales del Sistema Bancario Nacional manifiestan su interés en participar específicamente en el financiamiento del proyecto mediante el otorgamiento de créditos al fideicomiso. En virtud de lo anterior, y ante la prohibición que establece el artículo 656 del Código de Comercio en cuanto a la imposibilidad de que exista identidad entre fiduciario y fideicomisario en un fideicomiso, queda vedada la posibilidad de contratar los servicios de fiducia con un banco estatal. / Ahora bien, dentro de dicho proceso, únicamente fue recibida la propuesta de parte de Scotiabank, la cual fue analizada por parte de la Administración, en cuanto a la capacidad y experiencia en el manejo de fideicomiso, de ese banco, así como del precio cotizado por los servicios de fiducia llegando a determinar mediante un ejercicio comparativo (Estudio Técnico Recomendación de Autorización) con otros fideicomisos ICE que la propuesta resultaba razonable y que el interesado contaba con la capacidad y experiencia suficiente para llevar a cabo las labores.” Oficio No. 9109 del 2 de septiembre de 2013.

por lo que según los alcances del proyecto y la utilización cada vez mayor de la figura para la infraestructura pública, pareciera posible en el corto plazo visualizar más bancos privados acompañando como fiduciarios a la Administración, sobre lo cual deberán atenderse los procedimientos ordinarios oportunamente. Sin lugar a dudas, será también un ejercicio interesante valorar el cumplimiento de metas del fideicomiso y las tareas encomendadas en revisión con la forma en cómo se han venido desempeñando los bancos públicos históricamente.

c) La definición de la comisión del fiduciario

Otro aspecto que merece comentarse antes de abordar los temas principales de este trabajo, es el caso de la transparencia de los fiduciarios en la definición de los honorarios. Los montos de las comisiones de honorarios se calculan en muchas ocasiones sobre los fondos fideicometidos, pero se ha ido migrando a esquema en los que la comisión se hace en función de los montos que van girando para la realización de los proyectos encomendados y no simplemente por la cantidad girada al patrimonio fideicometido. En cualquier escenario, se hace indispensable que las Administraciones puedan verificar qué aspectos cubre la comisión que les cotiza el banco, pues no se trata que se refiera una serie de actividades como incluidas en dichos montos, sino que esto debería ser susceptible de ser revisado con detalle en cada uno de sus componentes como resultaría propio en una estructura de precio.

La verificación de razonabilidad de la comisión no solo amerita determinar que es la más conveniente de varias revisadas en el estudio de mercado, sino que necesariamente implica el conocimiento de la Administración de qué se está incluyendo en ese porcentaje o monto. No se deja de lado que los montos de la comisión muchas veces comprenden un esquema de negocio, un know how y en cierta forma una especie secreto comercial en un contexto de competencia entre bancos públicos y privados; pero pareciera que podría echarse mano de otras normas que permitan garantizar la confidencialidad de esa información, como serían los supuestos del artículo 11 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa²⁹ que dispone la exclusión del acceso de las partes y el

²⁹ Pareciera factible considerar que la Ley de Información No Divulgada (Ley No. 7975), podrían resultar un sustento suficiente como para proceder a la protección de información de naturaleza sensible como la comentada.

público en general, de los documentos de los oferentes aportados con la única finalidad de aclarar requerimientos particulares de la Administración, siempre y cuando así lo solicite la parte interesada y la entidad licitante, mediante acto razonado, así lo acuerde. Estos documentos que se califique como confidenciales se incorporarán en un legajo separado, no solo por el debido resguardo, sino con la finalidad de que se garantice el libre acceso al resto del expediente.

Ahora bien, lo que no resulta conforme al principio de transparencia y de sana inversión de los recursos públicos es que las Administraciones desconozcan el contenido y componentes del honorarios cotizados por el Banco, lo que se vuelve todavía más relevante cuando un banco determina que debe realizarse una actualización de la comisión. En tales casos contra qué parámetros podría la Administración determinar que han variado los costos y condiciones originalmente pactadas, así como también determinar que han variado los elementos de riesgo con que el banco fiduciario asumió la contratación. De esa forma, debe hacerse hincapié en la relevancia de que la Administración conozca con claridad qué montos y rubros se está cubriendo por ese concepto, pues no basta que se trate de la comisión más baja del mercado; porque estos negocios resultan complejos.

Sobre este tema, valga mencionar que también resulta cuestionable la comisión que contempla el fiduciario por este tipo de servicios, cuando todos gastos como el funcionamiento de la unidad ejecutora, la gerencia del fideicomiso y cualquier otro, lo debe asumir el fideicomiso con su patrimonio. De ahí entonces, es importante conocer en qué residen esos cobros que hacen los fiduciarios y que en la mayoría de los casos cuentan con montos mínimos garantizados, sin que en realidad se esté disponiendo de un valor agregado diferente al que podría tener la Administración si promoviera el procedimiento ordinario para una contratación de servicios de una unidad ejecutora y las asesorías correspondientes. De forma que, el banco fiduciario se podría estar convirtiendo en el costo necesario por una errónea huida del derecho administrativo; sobre todo como se verá porque en la práctica no hay una desaplicación de los principios constitucionales, ni tampoco se dejan de lado los controles previos externos en materia de impugnación. De ahí entonces que resulte relevante la revisión y

justificación que se hace de la vía del fideicomiso como una alternativa apropiada para desarrollar un determinado proyecto.

d) Transparencia en la actividad contractual realizada por los fideicomisos

Se ha indicado que los fideicomisos públicos no se rigen por la Ley de Contratación Administrativa, sino por los principios constitucionales aplicables a la materia. Estos principios que se encuentran plasmados en algunos artículos de la Ley de Contratación Administrativa y enunciados en el artículo 2 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, fueron definidos con toda claridad desde el año 1998 por la Sala Constitucional indicando:

“En virtud de lo anterior, debe entenderse que del artículo 182 de la Constitución Política se derivan todos los principios y parámetros constitucionales que rigen la actividad contractual del Estado. Algunos de estos principios que orientan y regulan la licitación son: 1.- de la libre competencia, que tiene por objeto afianzar la posibilidad de oposición y competencia entre los oferentes dentro de las prerrogativas de la libertad de empresa regulado en el artículo 46 de la Constitución Política, destinado a promover y estimular el mercado competitivo, con el fin de que participen el mayor número de oferentes, para que la Administración pueda contar con una amplia y variada gama de ofertas, de modo que pueda seleccionar la que mejores condiciones le ofrece; 2.- de igualdad de trato entre todos los posibles oferentes, principio complementario del anterior y que dentro de la licitación tiene una doble finalidad, la de ser garantía para los administrados en la protección de sus intereses y derechos como contratistas, oferentes y como particulares, que se traduce en la prohibición para el Estado de imponer condiciones restrictivas para el acceso del concurso, sea mediante la promulgación de disposiciones legales o reglamentarias con ese objeto, como en su actuación concreta; y la de constituir garantía para la administración, en tanto acrece la posibilidad de una mejor selección del contratista; todo lo anterior, dentro del marco constitucional dado por el artículo 33



de la Carta Fundamental; 3.- de publicidad, que constituye el presupuesto y garantía de los principios comentados, ya que busca asegurar a los administrados la más amplia certeza de la libre concurrencia en condiciones de absoluta igualdad en los procedimientos de la contratación administrativa, y que consiste en que la invitación al concurso licitatorio se haga en forma general, abierta y lo más amplia posible a todos los oferentes posibles, dándosele al cartel la más amplia divulgación, así como el más amplio acceso al expediente, informes, resoluciones y en general a todo el proceso de que se trate; 4.- de legalidad o transparencia de los procedimientos, en tanto los procedimientos de selección del contratista deben estar definidos a priori en forma precisa, cierta y concreta, de modo que la administración no pueda obviar las reglas predefinidas en la norma jurídica que determina el marco de acción, como desarrollo de lo dispuesto al efecto en la Constitución Política; 5.- de seguridad jurídica, que es derivado del anterior, puesto que al sujetarse los procedimientos de la contratación administrativa a las reglas contenidas en las disposiciones normativas, se da seguridad y garantía a los oferentes de su participación; 6.- formalismo de los procedimientos licitatorios, en cuanto se exijan formalidades, éstas actúan a modo de controles endógenos y de autofiscalización de la acción administrativa; de manera que no se tengan como obstáculo para la libre concurrencia; 7.- equilibrio de intereses, en tanto es necesario que en estos procedimientos exista una equivalencia entre los derechos y obligaciones que se derivan para el contratante y la administración, de manera que se tenga al contratista como colaborador del Estado en la realización de los fines públicos de éste; 8.- principio de buena fe, en cuanto en los trámites de las licitaciones y en general, en todo lo concerniente a la contratación administrativa, se considera como un principio moral básico que la administración y oferentes actúen de buena fe, en donde las actuaciones de ambas partes estén caracterizadas por normas éticas claras, donde prevalezca el interés público sobre cualquier otro; 8.- de la mutabilidad del contrato, puesto

que la administración cuenta con los poderes y prerrogativas necesarias para introducir modificaciones a los contratos, con el objeto de que cumplan con el fin público asignado que debe proteger y realizar; 9.- de intangibilidad patrimonial, en virtud del cual la administración está siempre obligada a mantener el equilibrio financiero del contrato, sea indemnizando al cocontratante de todos los efectos negativos que se originen en sus propias decisiones, sea como efecto del principio de mutabilidad, sea por razones de conveniencia o de interés público o por cualesquiera otras razones generales o especiales que lleguen a afectar el nivel económico inicial, reajustando siempre las variaciones ocurridas en todos y cada uno de los costos que conforman los precios del contrato para mantener incólume el nivel económico originalmente pactado (reajustes de precios que pueden originarse en las teorías jurídicas de la imprevisión, rebus sic stantibus, hecho del príncipe y sobre todo, en la llamada equilibrio de la ecuación financiera del contrato); y 10.- del control de los procedimientos, principio por el cual todas las tareas de la contratación administrativa son objeto de control y fiscalización en aras de la verificación, al menos, de la correcta utilización de los fondos públicos. De manera que es necesaria, en todo el procedimiento de la contratación administrativa, cuando menos, la verificación de los siguientes controles: el jurídico, para comprobar que ninguna entidad o funcionario realice acto alguno o asuma conductas que transgredan la Ley, realizado mediante la verificación de la existencia previa de recursos económicos; el contable, que es el examen o juzgamiento de las cuentas de las dependencias y de los funcionarios que tienen a su cargo de la administración de fondos y bienes del Estado, que deriva de la revisión constante y sistemática de todas las operaciones que afectan los créditos presupuestarios aprobados por la Asamblea Legislativa o la Contraloría, a fin de que los gastos tengan su respaldo financiero y se ajusten a la clasificación establecida, realizado por las oficinas de control de presupuesto y contabilidad de cada ente o institución contratante; el financiero, que consiste en la



fiscalización de la correcta percepción de ingresos y de la legalidad del gasto público, de competencia de las propias oficinas financieras de las instituciones, la Tesorería Nacional, la Oficina de Presupuesto, y la Contraloría General de la República; y el control económico o de resultados, que se realiza sobre la eficiencia y eficacia de la gestión financiera, es decir, sobre los resultados de dicha gestión, la determinación del cumplimiento de las metas establecidas y el aprovechamiento óptimo de los recursos, control que se lleva a cabo muy parcialmente por parte de las instituciones y no se ha concebido como un efectivo instrumento para el desarrollo gerencial e institucional.”³⁰

Como puede verse, existe una enunciación de principios derivados de la Carta Fundamental, los cuales son comunes en diferentes ordenamiento jurídicos y en diversos instrumentos comerciales internacionales como el Acuerdo de Compras Públicas de la Organización Mundial del Comercio y se reflejan en tratados de libre comercio específicos³¹, como los que ha suscrito Costa Rica con Estados Unidos (DR-CAFTA)³², la Unión Europea (ACCUE), Singapur, Perú, Chile, entre otros.

Adicionalmente, la Sala Constitucional ha dimensionado otros principios transversales a la gestión administrativa, de los cuales no escapa la contratación administrativa a saber los principios de eficacia y eficiencia, señalando con toda claridad que:

“III.- EFICACIA Y EFICIENCIA EN LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA.

La contratación administrativa es un mecanismo con el que cuentan las administraciones públicas para adquirir de forma voluntaria y concertada una serie de bienes, obras y servicios que

³⁰ Sala Constitucional, resolución No. 998-98 de las once horas treinta minutos del dieciséis de febrero de mil novecientos noventa y ocho.

³¹ Sobre el tema puede verse a PINTOS SANTIAGO, JAIME, El surgimiento inadvertido de un Derecho global de los contratos públicos como ámbito de formación y consolidación del Derecho administrativo global, en *Revista Práctica Contratación Administrativa*, Número 128, Año 13, Noviembre-Diciembre 2013, pp. 66-69.

³² CHACÓN, FRANCISCO, La contratación pública en el TLC, en *Estudios Jurídicos sobre el TLC entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos*, editado por Anabel González Campabadal, Litografía e Imprental LIL, 2005, pp. 417-449.

se requieren para la prestación de los servicios públicos y el ejercicio de sus competencias. Por su parte, las administraciones públicas son organizaciones colectivas de carácter y vocación servicial que deben atender de modo eficiente y eficaz las necesidades y requerimientos de la comunidad, con el fin de alcanzar el bienestar general. Por lo anterior, los procedimientos de contratación administrativa y todos los aspectos atinentes a la formación y perfección de los contratos administrativos están imbuidos por la celeridad y sumariedad en la debida e impostergable atención y satisfacción de las necesidades y requerimientos de la organización social. Sobre el particular, es menester recordar que dentro de los principios rectores de los servicios públicos, en el marco de una Administración Pública prestacional o de un Estado Social y Democrático de Derecho, se encuentran, entre otros, la eficiencia, la eficacia, la continuidad, la regularidad y la adaptación a las necesidades socio-económicas y tecnológicas, con el propósito de erradicar y superar las desigualdades reales del conglomerado social. Los mecanismos de control y fiscalización diseñados por el legislador para garantizar la transparencia o publicidad, libre concurrencia e igualdad y la gestión racional de los recursos o dineros públicos –a través de la escogencia de la oferta más ventajosa para los entes públicos, desde el punto de vista financiero y técnico- en materia de contratación administrativa, deben tener por norte fundamental procurar que la misma se ciña a la ley de modo que resulte regular o sustancialmente conforme con el ordenamiento jurídico, para evitar cualquier acto de corrupción o de desviación en el manejo de los fondos públicos. Bajo esta inteligencia, todos los requisitos formales dispuestos por el ordenamiento jurídico para asegurar la regularidad o validez en los procedimientos de contratación, el acto de adjudicación y el contrato administrativo mismo, deben, también, procurar la pronta satisfacción del interés general a través de la efectiva construcción de las obras públicas y la prestación de los servicios públicos, consecuentemente no pueden transformarse en instrumentos para retardar la prestación



eficiente y eficaz de los servicios públicos y, sobre todo, su adaptación, a las nuevas necesidades socio-económicas y tecnológicas de la colectividad. Sobre este particular, el artículo 4º, párrafo 2º, de la Ley de la Contratación Administrativa al enunciar el “Principio de eficiencia” estatuye que “(...) *En todas las etapas de los procedimientos de contratación, prevalecerá el contenido sobre la forma. Los actos y las actuaciones de las partes se interpretarán de forma que se favorezca su conservación y se facilite adoptar la decisión final, en condiciones favorables para el interés general (...)*”. Síguese de lo anterior que las formas propias de los procedimientos de la contratación administrativa así como los recaudos de carácter adjetivo que establece el ordenamiento jurídico para la validez y eficacia de un contrato administrativo deben interpretarse de forma flexible en aras del fin de todo contrato administrativo, sin descuidar, claro está, la sanidad y corrección en la forma en que son invertidos los fondos públicos. Desde esta perspectiva, los procedimientos administrativos de contratación son la sombra (forma) que debe seguir, irremisiblemente, al cuerpo (sustancia) que son los fines y propósitos del contrato administrativo de satisfacer el interés general y, desde luego, procurar por el uso racional, debido y correcto de los fondos públicos. Por último, debe recordarse que los principios de la eficiencia y la eficacia en cuanto informan la organización y gestión administrativa tienen fuerte asidero constitucional (artículos –todos de la Constitución Política- 140, inciso 8, en cuanto le impone al Poder Ejecutivo el deber de “*Vigilar el buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas*”, el 139, inciso 4, en la medida que incorpora el concepto de “*buena marcha del Gobierno*” y el 191 al recoger el principio de “*eficiencia de la administración*”).”

Aunque no está recogido en la normativa nacional, ni tampoco ha sido directamente derivado de la Carta Fundamental, es necesario señalar con BERNAL BLAY que el principio de objetividad resulta un principio

relevante en la materia de contratación pública³³, en la medida que debe permear todas las etapas del procedimiento de contratación, desde la definición inicial del objeto contractual hasta la selección y adjudicación a la hora de aplicar objetivamente todas las figuras previstas por el ordenamiento, como podría ser el caso de la subsanación de ofertas derivada del principio de eficiencia. De igual forma, no se deja de lado en la formalización contractual al momento de plasmar en el contrato las reglas de la ejecución pues debe reflejarse con claridad las obligaciones de las partes, ni con menor rigurosidad durante la fase de ejecución en donde debe velarse por el cumplimiento y satisfacción de la necesidad pública. Ciertamente, podría ubicarse al principio de objetividad como una derivación necesaria del principio de transparencia, pero sus alcances son más específicos y focalizados a la actuación específica dentro del procedimiento, mientras que la transparencia no solo se asocia con actos concretos de las administraciones; sino que reconoce una serie de garantías

³³ Al respecto considera que: “En efecto, en los contratos públicos el principio de objetividad adquiere su sentido al identificar un vínculo, directo o indirecto, con el objeto de los mismos, abstrayendo las cuestiones que afectan a los elementos personales de la relación (contractual). / Tendremos ocasión de comprobar, al abordar a continuación el análisis de las diferentes manifestaciones de dicho principio en cada una de las fases del procedimiento de adjudicación, sobre qué elementos se proyecta esa vinculación con el objeto del contrato, y analizaremos en particular los mecanismos de selección de licitadores, de valoración de las ofertas, y de modificación de los contratos. No obstante, si que entendemos preciso realizar, siquiera brevemente, alguna apreciación sobre el alcance del principio de objetividad en la contratación pública. Debemos hacer referencia, en primer lugar, a su carácter transversal, del cual resulta su aplicación a todas las fases de un contrato público, desde la preparación y adjudicación, pasando por los efectos del mismo durante su ejecución y hasta su extinción mediante el cumplimiento por las partes de sus respectivas contraprestaciones. Ocasión tendremos más adelante de comprobar cómo dicho principio se manifiesta en cada una de esas fases. En segundo lugar, y por cuanto respecta al alcance objetivo del principio, debemos señalar que dicho principio proyecta su influencia tanto sobre los contratos sujetos a las prescripciones de las Directivas europeas (“sujetos a regulación armonizada”, si utilizamos la terminología del TRLCSP), como a aquéllos que, por razón de su cuantía, no superan los umbrales económicos de relevancia europea⁷. En este sentido, resulta relevante que la propia Comisión Europea, en su Comunicación interpretativa de 1 de agosto de 2006 sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02), relacionara dicho principio entre los mecanismos para asegurar la imparcialidad de las adjudicaciones de esos contratos no cubiertos o únicamente cubiertos de forma parcial por las disposiciones de la Directiva. Por último, la determinación del alcance subjetivo del principio de objetividad en la contratación pública exige tomar en consideración el ámbito de aplicación subjetivo de la normativa sobre contratos públicos, recogido en el art. 3 TRLCSP. Según dicho precepto, las disposiciones del TRLCSP no resultan de aplicación únicamente a las entidades que se identifican como Administraciones públicas a los efectos del TRLCSP, sino también a entidades que no tienen tal consideración, como los poderes adjudicadores, u otras entidades del sector público. Interesa destacar que esa distinción de entes sujetos a las disposiciones del TRLCSP supone la atribución de una naturaleza jurídica diversa a los contratos celebrados por cada una de esas entidades: naturaleza administrativa, cuando se trate de contratos celebrados por entidades que, a efectos del TRLCSP, tengan la consideración de Administración pública (art. 19 TRLCSP), y naturaleza privada, cuando quien celebre el contrato sea una entidad distinta (art. 20 TRLCSP). Y consecuentemente, de un régimen jurídico que presentará acusadas diferencias entre ambos tipos de contratos. Sin embargo, a efectos de aplicación del principio de objetividad resulta indiferente la naturaleza pública o privada del instrumento jurídico en el que se materialice el contrato, resultando de aplicación a todos los contratos públicos (del Sector público), al margen de su naturaleza (y régimen jurídico) administrativa o privada.” BERNAL BLAY, MIGUEL ÁNGEL, El principio de objetividad en la contratación pública, en *Revista Documentación Administrativa*, No. 289, enero-abril 2011, pp.129-150. Consultado en: <http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=viewFile&path%5B%5D=10072&path%5B%5D=10480>, [fecha última consulta: 30 de noviembre de 2015].



y elementos estructurales de la contratación que superan incluso al procedimiento.

No obstante, la interrogante que algunos fideicomisos se plantean, es qué significa regirse por principios de la contratación administrativa. Si bien la respuesta puede parecer sencilla, reviste de una complejidad apasionante en la medida que toda la actuación en la contratación pública está imbuida de los principios. De esa forma, en primer término conviene precisar que los principios no implica la aplicación de la Ley de Contratación Administrativa, porque precisamente estos sujetos cuentan con flexibilidades particulares para el mejor cometido de los fines públicos que persiguen³⁴. De esa forma, tampoco a los fideicomisos públicos les aplica las regulaciones especiales que habilitan procedimientos ordinarios o de excepción como podrían ser las autorizaciones de urgencia o de contratación directa que corresponde otorgar a la Contraloría General de la República.

Es por ello que se ha estimado que, en aplicación del principio de seguridad jurídica debe regularse las reglas de procedimiento que aplicará el fideicomiso y publicarlas para efectos de terceros. No obstante, ello no implica que dichas regulaciones deban ser idénticas a las regulaciones de la Ley de Contratación Administrativa o su Reglamento, sino que deben obedecer precisamente a las necesidades específicas que tenga cada fideicomiso³⁵. En ese sentido, la realización del fin público requiere no solo de la creatividad de la Administración fideicomitente cuando hace la

³⁴ En cuanto a este tema, también indicó la Contraloría General que: "(...) Primeramente, se debe señalar que al estar el CONARROZ excluida de la aplicación de la Ley de Contratación Administrativa, no requiere de ningún tipo de autorización por parte de este Despacho para proceder con la promoción de una contratación. Sino que por el contrario, el espíritu del legislador al haber excluido a aquellos entes públicos no estatales de la aplicación de la Ley de Contratación Administrativa cuando más del cincuenta por ciento de sus fondos fueran privados, radica en otorgar flexibilidad a este tipo de entes en razón del reducido porcentaje de recursos que públicos que administran y que como se explicó anteriormente, responden a interés grupales o gremiales, lo que se ha asimilado a un interés público atenuado o reducido. / En ese orden, este Despacho carece de competencia para conocer sobre la autorización requerida por el CONARROZ, quien bien podría en aplicación de los principios de contratación administrativa proceder a realizar la contratación que se pretende, mientras se le dé una adecuada fundamentación a cada uno de los actos concernientes y se observen los principios que le resultan aplicables (...)". Oficio No. 08019 (DCA-2195) del 29 de agosto del 2011.

³⁵ En un sentido similar señaló el órgano contralor que: "De conformidad con lo anterior, es ostensible que a las contrataciones promovidas por parte del referido fideicomiso, únicamente le resultan aplicables los principios que rigen la materia de contratación administrativa y no así los procedimientos regulados en la Ley de Contratación Administrativa. Lo anterior, por cuanto el legislador estimó necesario que bajo ciertos supuestos se le otorgara una mayor flexibilidad a las contrataciones promovidas por los sujetos en referencia, para potenciar la agilidad en el desarrollo de la contratación con el fin de lograr la satisfacción efectiva del interés público que buscan dichas contrataciones." Oficio 4626 de 23 de mayo de 2012.

prefactibilidad del proyecto y determina que la mejor vía es el fideicomiso, sino de un fiduciario innovador o de una unidad ejecutora con una adecuada asesoría jurídica que permita visualizar en los procedimientos los mecanismos suficientes, flexibles y ágiles en justa armonía con los principios constitucionales de la contratación administrativa³⁶.

No obstante, la materialización de los principios no es solo un tema de normativizar procedimientos, sino un proceso psicológico de interiorización del operador jurídico, que debe ponderar en cada una de sus actuaciones el significado y la vivencia que representa cada principio. Este ejercicio no se agota en una sola fase del procedimiento de contratación sino que son la esencia misma de cada una de ellas hasta la culminación del procedimiento.

Así entonces, podría decirse que los requisitos previos de los procedimientos ordinarios como es el caso de contar con el contenido presupuestario, resulta un requisito sustantivo porque no pueden adquirirse obligaciones sin contar con los recursos para atenderlas. Este postulado no deriva de la aplicación de los requisitos previos derivados del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, sino del principio de eficiencia que demanda la debida atención de necesidades y que no se promueva procedimientos que posteriormente no podrían ejecutarse³⁷.

³⁶ Sobre el punto señaló la Contraloría General que: "...es claro que el razonamiento realizado resultad (sic) de plena aplicación en tanto el fideicomiso se rige por principios. Consecuentemente, este Despacho carece de competencia para conocer sobre la autorización requerida en el caso de marras, quien bien podría en aplicación de los principios de contratación administrativa proceder a realizar la contratación que se pretende, mientras se le dé una adecuada fundamentación a cada uno de los actos concernientes, se observen los principios que le resultan aplicables y encuentre sustento en la normativa interna que se desarrolle para esos efectos. / Con respecto a este tema, es ineludible señalar que existe un deber de parte de los sujetos a los que le resultan aplicables los principios de contratación administrativa para la adquisición de bienes y servicios, regular a través de un reglamento esta actividad. Sobre este tema, en el mismo oficio 08019, citado anteriormente, luego de hacer referencia al imperativo que exige la reglamentación de las contrataciones que deben efectuar aquellos sujetos a los que les resulten aplicables los principios que rigen la materia de contratación administrativa, se procedió a señalar que: / "(...) El espíritu de haberlos exceptuado más bien tiene como objetivo que las respetivas (sic) dependencias desarrollen su normativa en atención a sus necesidades específicas y buscando la mejor forma de satisfacer los fines para los cuales han sido creados. Labor para la cual, cuentan con la suficiente discrecionalidad para adaptar las figuras existentes o innovar con figuras e instrumentos nuevos- encontrando como único límite el respeto a los principios de la contratación administrativa (...)" / En razón de lo expuesto, se procede a denegar, por no requerirla, la autorización presentada por parte del Fideicomiso ICODER-BNCR para contratar directamente con la empresa que actualmente presta los servicios, la seguridad del Estadio Nacional, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley de Contratación Administrativa y 132 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa." Oficio No. 4220 del 10 de mayo de 2012.

³⁷ Al respecto ha estimado la Contraloría General que: "Ahora bien, tratándose de lo dispuesto en los artículos 8 de la Ley de Contratación Administrativa y 9 de su Reglamento, conviene señalar que se trata de una norma que forma parte de los requisitos previos que debe observar la Administración con antelación al inicio de un procedimiento de contratación, con el objetivo de cumplir con al menos ciertos presupuestos básicos que la adecuada planificación y administración de un procedimiento debe tener. En ese sentido, es menester indicar que el espíritu de la norma radica



De igual forma, no es necesario que exista una norma que señale que la definición del objeto de la contratación debe hacerse en una forma que permita la mayor cantidad de ofertas, que atienda en forma completa la necesidad administrativa y que garantice la apertura una adecuada lectura del mercado sin requerir aspectos innecesarios que puedan desestimular a potenciales interesados. Estos razonamientos no reflejan otra cosa que los principios de transparencia, libre concurrencia, eficiencia y objetividad; en el tanto el cuidado de una mayor cantidad de ofertas y objetos bien definidos no solo permite más participantes sino mejores posibilidades de selección de la Administración bajo el criterio de *value for money*.

La aplicación obligatoria de un cartel bajo las reglas de selección definidas con antelación atiende el principio de seguridad jurídica, pero ante todo representa para la contratación pública la garantía de transparencia, objetividad y respeto al principio de igualdad; para que las reglas no se desconozcan para unos oferentes y se apliquen con severidad para otros.

En forma complementaria, en la subsanación de ofertas y la aplicación de criterios como el hecho histórico, no solo se refleja un mandato del principio de eficiencia con su derivado de conservación de las ofertas; sino que se protege el interés público bajo una lectura que permita excluir una oferta realmente cuando ha incumplido un aspecto trascendente de los requerimientos cartelarios. En la figura de la subsanación existe una convivencia armónica entre los principios de igualdad y eficiencia, pero se reconoce ante todo que no existen ofertas perfectas de forma que amparados al criterio de que no haya ventaja indebida, los operadores de los procedimientos pueden mantener ofertas que no adolecen de vicios

en la necesidad que la Administración cerciore que mediante el presupuesto con que cuenta actualmente es posible hacer frente a las obligaciones que se estarían adquiriendo con la contratación que se pretende realizar. / Más allá de lo anterior, considerando que el caso sometido al conocimiento de este Despacho versa sobre una solicitud presentada por un sujeto que se rige por los principios de contratación administrativa, las normas en cuestión le resultan inaplicables. Sin detrimento de lo anterior, es preciso advertir que si bien la norma como tal no es de aplicación para el caso en concreto, como se dijo precedentemente, tanto el artículo 8 de la Ley de Contratación Administrativa como el artículo 9 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa forman surgen de los principios que rigen la actividad contractual. Concretamente, derivan del principio de eficiencia, contenido en el artículo 4 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. / Como parte de la observancia del principio en mención, resulta indispensable que para una adecuada planificación de las contrataciones que se van a promover, se tenga claridad en cuanto a la existencia de recursos presupuestarios suficientes para cubrir las obligaciones que se estarán adquiriendo. Consecuentemente, aun cuando las normas en cuestión no resulten aplicables al caso en concreto, la filosofía de la que originan, por su derivación directa del principio de eficiencia, resulta ser de plena aplicación.” Oficio No. 4626 de 23 de mayo de 2012.

sustanciales. Cuando se excluye una oferta, necesariamente debe hacerse el análisis del vicio y su impacto de frente a los otros oferentes, sin que se perdone unos vicios similares y se excluya la oferta de otros; en la medida que el instituto mismo de la subsanación refleja eficiencia pero también objetividad, transparencia e igualdad para todos los demás participantes.

Desde luego, no se pretende abordar las vicisitudes infinitas que pueden presentarse a los fideicomisos en su operativa bajo los principios de contratación administrativa; pero se ha pretendido brindar algunos ejemplos de lo que esto representa para los fiduciarios que asumen la tarea de ejecutar fideicomisos públicos. Es por ello que, se reitera que más que una norma que diga cómo debe abordarse un fenómeno determinado de la actividad contractual del fideicomiso, resulta relevante la ponderación conductual de una comprensión individual de estos principios.

Acudir a los principios de la contratación administrativa en el caso de los fideicomisos, resulta relevante en tanto todas las actuaciones deben sustentarse bajo su enfoque, evitando con ello actuaciones arbitrarias, oscuras o incluso indebidas que puedan resultar focos de riesgo para prácticas indebidas y para yerros severos en la atención de las necesidades públicas. El principio de transparencia en abierta complementariedad con el resto de principios, requiere que todo lo actuado permita no solo la mejor inversión de los fondos o recursos públicos que utilizan los fideicomisos constituidos por la Administraciones (principio de eficiencia), sino necesariamente que se cumpla el fin para que fueron creados (principio de eficacia), que no es otra cosa que solventar las necesidades públicas.

e) El control externo de la actividad contractual realizada por los fideicomisos como garantía de transparencia

Ahora bien, siendo que los principios regulan el actuar de los fideicomisos públicos, surge la inquietud sobre el fundamente del control externo de la actividad contractual realizada por los fideicomisos, en concreto la ejercida por la Contraloría General de la República, que como jerarca impropio tiene la posibilidad de conocer las impugnaciones en contra de los carteles y actos finales en los supuestos de la Ley de Contratación Administrativa. Sobre esta competencia se ha señalado en cuanto a su carácter preceptivo y asidero constitucional:



“VII.- AGOTAMIENTO PRECEPTIVO IMPUESTO POR EL TEXTO CONSTITUCIONAL.

El constituyente originario estableció varias hipótesis en que el agotamiento de la vía administrativa resulta preceptivo, al entender que el órgano o instancia que revisa o fiscaliza un acto administrativo determinado es una garantía de acierto, celeridad y economía para el administrado. En tales circunstancias, se encuentran los numerales 173 respecto de los acuerdos municipales, en cuanto el párrafo 2º, de ese numeral establece que si no es revocado o reformado el acuerdo objetado o recurrido, los antecedentes pasarán al Tribunal dependiente del Poder Judicial que indique la ley para que resuelva definitivamente y 184 en cuanto le reserva a la Contraloría General de la República la jerarquía impropia de los actos administrativos dictados en materia de contratación administrativa. En estos dos supuestos, al existir norma constitucional que le brinda cobertura al agotamiento preceptivo de la vía administrativa no puede estimarse que sea inconstitucional ese presupuesto obligatorio de admisibilidad de un proceso contencioso-administrativo.”³⁸

Ciertamente la Sala Constitucional contextualiza el control a los actos administrativos emitidos en materia de contratación administrativa, de ahí que podría plantearse que la competencia preceptiva en esta materia no necesariamente resulte extendible a los fideicomisos públicos, quienes no emiten actos administrativos en sentido estricto. Sin embargo, esta lectura podría no ser concluyente en la medida que la resolución no discutió directamente las competencias en materia recursiva de quiénes se rigen por principios de contratación administrativa.

Pareciera que la discusión podría resolverse en una dimensión más práctica, atendiendo al principio de control y fiscalización de los fondos públicos delineado también por la Sala Constitucional, en virtud del cual todas las tareas de la contratación administrativa son objeto de control y

³⁸ Sala Constitucional, resolución No. 3669-2006 a las quince horas del quince de marzo del dos mil seis.

fiscalización en aras de la verificación, al menos, de la correcta utilización de los fondos públicos³⁹. Esta tesis que hoy en día es mayoritaria en materia de fideicomisos, resulta también ajustada al principio de transparencia, en tanto exista una garantía de un tercero imparcial que pueda conocer las discusiones de los actos que generan efectos propios en los concursos promovidos por los fideicomisos públicos, como son el cartel del concurso y el acto final que adjudica, declara desierto o infructuoso.

Este principio de control pareciera inherente a la actividad contractual misma en atención a la finalidad pública que se persigue, pero entendiendo que se constituye también que el régimen recursivo se constituye como indica DIEZ SASTRE en la posibilidad de una tutela eficaz que permita la identificación temprana de la violación de una posición jurídica de un particular⁴⁰, considerando que se trata de un fideicomiso constituido por una Administración Pública, para el cumplimiento de fines públicos y en la mayoría de las veces con un patrimonio provisto de fondos públicos.

Ciertamente se había manejado una tesis contractual de la materia recursiva, considerando que las partes podrían pactar el régimen recursivo partiendo del origen contractual mismo del fideicomiso público.⁴¹ Bajo

³⁹ Sobre el reconocimiento del principio de control en el contexto del DR-CAFTA, puede verse a CHACÓN, FRANCISCO, La contratación pública en el TLC, en *Estudios Jurídicos sobre el TLC entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos*, editado por Anabel González Campabadal, Litografía e Imprental LIL, 2005, pp. 442-446.

⁴⁰ DIEZ SASTRE, SILVIA, La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos, Madrid, Marcial Pons, 2012, p.118.

⁴¹ Esta tesis fue esbozada originalmente por el órgano contralor señalando en lo que resulta de interés que: “Es claro para esta Contraloría General que los sujetos que administren fondos públicos y que no estén incluidos dentro de la cobertura directa de la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento, deben regirse por los principios de contratación administrativa, lo que incluye el establecimiento de un régimen recursivo tanto en contra del cartel, como del acto final. Esa posibilidad de revisión de las actuaciones se deriva de los principios de control de legalidad, igualdad, libre concurrencia y seguridad, entre otros. / Ese enunciado encuentra una histórica aceptación que es clara y fundamentada en diversas disposiciones normativas y jurisprudenciales, tales como el propio artículo 1 de la LCA, el Reglamento a la LCA y en diversos pronunciamientos de esta Contraloría General. / Ahora bien, concretamente sobre los alcances del régimen recursivo, se tiene que, para los sujetos que gestionan ordinariamente compras por medio del uso de fondos públicos y que no están cubiertos por la LCA, el régimen recursivo derivado de los principios, es el establecido en el ordenamiento positivo, es decir, un sistema compartido por la Contraloría General de la República y el propio promovente del concurso, atiendo a criterios de determinación de la competencia, según los tipos de procedimientos (en recursos contra el cartel) o bien el monto (en recursos contra el acto final). Así funciona en entidades tales como Correos de Costa Rica S.A., Empresa de Servicios Públicos de Heredia y más recientemente RACSA y CNFL. / Análisis aparte conlleva el caso de los fideicomisos de inversión que permitan el desarrollo de infraestructura pública, en los cuales es reconocido que se rigen por los principios de contratación administrativa, en el tanto son instrumentos de manejo directo e indirecto de fondos públicos, pero bajo la primacía y naturaleza de un contrato particular que genera un esquema dinámico de negocios, creado *ad hoc* para la atención de necesidades particulares y no sobre el esquema de un sujeto que gestione de manera ordinaria sobre la base del uso normal y ordinario de recursos públicos. / En otras palabras, en este tipo de gestiones, tenemos que una Administración Pública desarrolla con una entidad autorizada para ello, un esquema contractual particular, necesario para la consecución de un fin específico, en este caso, infraestructura pública. / Dentro de esa figura contractual el fiduciario, se compromete como parte esencial de sus obligaciones contractuales a proveer ciertos bienes con el fin de

este enfoque era factible disponer de un régimen recursivo alternativo al previsto en la Ley de Contratación Administrativa, en la medida que se garantizara la objetividad, oportunidad y justicia. Bajo esta tesis la Contraloría General no desconocía la aplicación del principio de control, pero se estimaba factible que fuera el fideicomiso público quién pudiera atender las impugnaciones⁴².

Esta tesis contractual, si bien se sustenta en el principio de control y fiscalización, lo cierto es que lo aborda como un aspecto de carácter disponible sin que tenga este carácter. Al respecto, se estima que las competencias derivadas de principios emanados de la Constitución Política no tienen un carácter disponible por la Administración fideicomitente, ni por los fideicomisos públicos; pues de lo contrario se desnaturalizaría el sistema mismo de principios que si bien informan la actuación del fideicomisos, disponen mecanismos de garantía para verificar la realización de los otros principios en materia de contratación administrativa, sean eficiencia, eficacia, libre concurrencia, igualdad, etc.

ser arrendados por la entidad fideicomitente, siendo necesario realizar una serie de contrataciones que, como se dijo, se rigen por los principios de la contratación pública. / Pues bien, partiendo de que estamos ante un contrato regido por principios y no necesariamente ante un sujeto gestor ordinario de fondos públicos, consideramos que las contrataciones que se realicen en el marco de ese fideicomiso han de contar, igualmente con un régimen recursivo derivado de los principios, que podría, por remisión o por ausencia de acuerdo expreso de las partes, ser el ordinario de la LCA, o bien podría ser fijado contractualmente otro distinto que, en esencia ha de respetar los elementos básicos, tales como oportunidad de defensa, fundamentación de la resolución final, adecuadas notificaciones, entre otros. / Derivado de lo anterior, tenemos que si en un esquema contractual de esta naturaleza las partes pactan el desarrollo de un régimen recursivo alternativo al de la LCA, éste es válido en el tanto se garantice la objetividad, oportunidad y justicia y no necesariamente ha de ser el régimen ordinario.” Oficio No. 13632 del 17 de diciembre de 2008.

⁴² En esta línea indicó también la Contraloría General que: “A efectos de determinar nuestras competencias debemos señalar que las contrataciones promovidas por el Fideicomiso de Titularización CCSS-BNCR, no están sujetas a recurso de objeción ante esta Contraloría General. Esto es así, partiendo de que estamos ante un contrato regido por principios y de que no es el Fideicomiso necesariamente un sujeto gestor ordinario de fondos públicos, sino un patrimonio autónomo cuyos propósitos son de interés para la Administración. Los fideicomisos de inversión permiten el desarrollo de infraestructura pública, en los cuales es reconocido que se rigen por los principios de contratación administrativa, en el tanto son instrumentos de manejo directo e indirecto de fondos públicos, pero bajo la primacía y naturaleza de un contrato particular que genera un esquema dinámico de negocios, creado *ad hoc* para la atención de necesidades particulares y no sobre el esquema de un sujeto que gestione de manera ordinaria sobre la base del uso normal y ordinario de recursos públicos. En otras palabras, en este tipo de gestiones, tenemos que una Administración Pública desarrolla con una entidad autorizada para ello, un esquema contractual particular, necesario para la consecución de un fin específico, en este caso, infraestructura pública. Asimismo, las contrataciones que se realicen en el marco de ese Fideicomiso han de contar, igualmente con un régimen recursivo derivado de los principios; pero no ante esta Contraloría, al atenuarse el proceso recursivo para verificación de aplicación de los principios, en virtud de la naturaleza del contrato, diferenciando así a los fideicomisos de los sujetos que gestionan ordinariamente compras por medio del uso de fondos públicos (Ver oficio 13632-2008 del 17 de diciembre de 2008). En congruencia con esto, las inconformidades de eventuales oferentes de contrataciones promovidas por el Fideicomiso deben acudir ante este a hacer valer su posición, para que resuelva conforme los principios de contratación administrativas aplicables.” Resolución No. R-DCA-123-2009 de las nueve horas del dieciocho de marzo del dos mil nueve.

De ahí entonces, la rectificación expresa que se hizo de esa tesis por parte de la Contraloría General, permitió armonizar la flexibilidad necesaria de estas figuras del derecho comercial con el principio de control que se ha venido refiriendo. De esa forma, le compete el ejercicio del control jerárquico impropio en materia de contratación administrativa, de ahí que se encuentre habilitada para el conocimiento de los recursos de objeción y apelación según corresponda de las contrataciones que promueva el fideicomiso.

En lo que se refiere al plazo para interponer los recursos pareciera que debe construirse un esquema por estratos presupuestarios similar al esquema previsto por el artículo 27 de la Ley de Contratación Administrativa, en donde en atención al presupuesto de bienes y servicios se definen los procedimientos y la cuantía del recurso de apelación. En estos casos, la objeción al cartel debería reservarse siempre para los procedimientos más rigurosos en donde resulte equivalente al procedimiento de licitación pública que es el que compete a la Contraloría General según el artículo 81 de la Ley de Contratación Administrativa, así como disponer de una cuantía para la impugnación del acto final y aplicar los mismos plazos de licitación abreviada para la tramitación del recurso, tal y como se hace en la actualidad para quienes se rigen por principios ⁴³.

Ahora bien, sin afán de agotar el tema de la relevancia de los controles externos en materia de fideicomisos, conviene mencionar dos casos en los que en forma reciente la Contraloría General ha anulado actos de adjudicación de contrataciones promovidas por fideicomisos por desaplicar las reglas fijadas en el cartel, en atención a que se pretendía ponderar aspectos que no se fijaron oportunamente en el pliego y que por ello no podían ser luego considerados por el fiduciario. Al respecto se indicó:

⁴³ Sobre estas regulaciones de principios de contratación, se ha señalado que: “Asimismo, resulta oportuno señalar que dentro del conocimiento de los recursos que le corresponda conocer a este órgano contralor, resultarán aplicables los límites económicos propios del fideicomiso, para la contratación de bienes y servicios no personales. / Adicionalmente, como lo señaló este órgano contralor mediante oficio No. 01227 (DCA-0270) de fecha 08 de febrero del 2012, en relación con los plazos que le resultarían aplicables tratándose del régimen recursivo en un contrato de fideicomiso: “(...) le resultarán aplicables los plazos que regulan el recurso de apelación para aquellos entes, empresas u órganos públicos cuya actividad se rija por los principios de contratación administrativa. De manera tal que existirá un plazo de 5 días hábiles a partir de la notificación del acto de adjudicación, para su presentación ante este órgano contralor, que contará con un plazo de 30 días hábiles a partir del auto inicial para emitir la resolución final. Lo anterior, deberá constar en el cartel de los procedimientos que se promuevan (...)” Oficio No. 7609 del 24 de julio de 2013, reiterado en el oficio No. 9109 del 2 de setiembre de 2013.

“De ahí entonces que, no se comparte lo indicado por el Fideicomiso, cuando en defensa del acto de adjudicación señala que las labores aportadas mediante cartas de referencia y atestados por parte de la recurrente, no corresponden a funciones propias de una Gerencia General de proyectos, sino que se configuran como labores de consultorías y asesorías que no se equiparan con las funciones de gerencia y rol estratégico solicitadas en el pliego cartelario. De esa forma, si el Fideicomiso consideraba necesario que se valorara ese requisito debió indicarlo así en el cartel en virtud del principio de legalidad cartelario que no es otra cosa que el reflejo del principio de seguridad jurídica, de manera que todos los oferentes conocieran qué ese requisito iba a ser valorado. De seguirse la tesis del fideicomiso, se estarían introduciendo aspectos extracartelarios a la evaluación de las ofertas, lo cual no es posible aún y cuando el Fideicomiso tenga flexibilidades especiales en virtud de regirse por principios. Así entonces, una vez analizados los argumentos de las partes considera esta División que lleva razón la empresa apelante en el tanto de la redacción de la cláusula cartelaria se desprende que la solicitud de demostración de la experiencia iba dirigida a un profesional que realizara funciones y responsabilidades en proyectos de manera general y no como como gerente general de cada proyecto en que hubiere participado. Por lo tanto, considera esta División que lo que existe es una errónea interpretación de la cláusula cartelaria, así como de los alcances de los términos “administrador de proyectos” y “gerente general”, tal como se desprende de lo indicado por la apelante.”⁴⁴

De igual forma, en otro caso la desaplicación del sistema de evaluación generó una distorsión que reconoció el propio fideicomiso en la aplicación de las reglas del concurso para un proyecto de obra pública:

⁴⁴ Resolución No. R-DCA-634-2015 de las catorce horas treinta y ocho minutos del diecinueve de agosto del dos mil quince

“Al respecto, conviene reseñar el tema en cuanto a la actividad de contratación administrativa que realizan las figuras de Fideicomiso, a este respecto se ha señalado que le son aplicables los principios de contratación administrativa, tal y como fue indicado en el Oficio No. 11920, DCA-3133 del 28 de noviembre del 2011, mismo que en lo que interesa señaló: “Ahora bien, en lo que respecta a la actividad contractual desplegada por el fiduciario, se ha señalado que no está sujeta a los procedimientos de la Ley de Contratación Administrativa pero sí a los principios generales que rigen la contratación administrativa, y ello en razón de la naturaleza pública que ostentan los recursos fideicometidos.” Este tema de la aplicación de principios de contratación a la actividad contractual, si bien se entiende en el sentido de que no se aplica en su totalidad las formas y procedimientos que establece la Ley de Contratación Administrativa; tampoco implica la libre administración de la normativa de los concursos que promueve, dado que su actuación se encuentra sujeta precisamente a los principios de seguridad jurídica, transparencia, libre concurrencia, publicidad, igualdad, eficacia y eficiencia. Esta sujeción a principios señalados obliga al Fideicomiso a respetar las reglas establecidas en el pliego de condiciones que ha dispuesto para llevar a cabo este concurso. En este caso tal y como se indicó, se ha observado que el pliego de condiciones confeccionado a este efecto estableció determinadas reglas de evaluación, las cuales el mismo Fideicomiso ha aceptado que no aplicó, por cuanto se ha dado por satisfecho con el hecho de que los oferentes acrediten una cantidad mínima determinada de metros cuadrados diseñados y por lo tanto al corroborar dicha situación, los hizo acreedores de la puntuación máxima. Ante lo actuado por el Fideicomiso, queda claro para este órgano contralor, que el mismo Fideicomiso fue quien se apartó de las reglas plasmadas en el pliego de condiciones del concurso, siendo que más bien resulta éste el mayor obligado a observar la normativa específica que rige el concurso, como lo es el pliego de condiciones. De ahí que, se impone en criterio de este órgano contralor la anulación



de oficio del acto final de adjudicación, dicha anulación se realiza de manera oficiosa en los términos de los artículos 28 y 37 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, para ordenarle al Fideicomiso que proceda a la aplicación de la fórmula prevista para el caso la experiencia de la empresa.”⁴⁵

La posibilidad de dilucidar la desaplicación de cláusulas cartelarias o la discusión sobre cómo debió interpretarse en el contexto de la evaluación de ofertas, son temas usuales de la dinámica de la impugnación de la materia de contratación administrativa; así como otra serie de aspectos que en la realidad de las administraciones no es diferente para los fideicomisos públicos⁴⁶. De ahí entonces, que pareciera que debe armonizarse el principio de control para que constituya una garantía de que se alcanzarán los objetivos encomendados con eficiencia y eficacia, pero sobretodo con transparencia.

⁴⁵ Resolución No. R-DCA-385-2015 de las trece horas cincuenta y siete minutos del veinticinco de mayo del dos mil quince.

⁴⁶ Sobre este tema apunta BELLO KNOLL que: “Hay que regular los controles de los fideicomisos públicos para que los mismos no se superpongan, neutralicen o eludan, porque si no los mismos no alcanzan a lograr su objetivo fiscalizador, si bien la escasa o nula normativa en materia de auditoría o la falta de criterios legales no son un escollo para fiscalizar o realizar análisis comparativos. Las garantías y controles del Derecho Privado están pensados para la defensa de los intereses particulares de los accionistas, de los inversores, de los consumidores, y hasta los trabajadores, pero no para defender situaciones donde se pone en juego el interés público o los bienes afectados a su satisfacción. Corresponde entonces diseñar para los fideicomisos públicos normas de responsabilidad que excedan las pautas de la responsabilidad del Derecho Privado e incluyan los principios de fiscalización del Derecho Público. Las estipulaciones referidas al control interno y externo de los fideicomisos en el ámbito privado deben ser necesariamente ajustadas cuando esta figura se usa en la dimensión estatal. / Existen algunos controles en el fideicomiso privado que permiten al fiduciante la protección del fideicomiso, como la posibilidad del rechazo u observación que el fiduciante haga de la liquidación o rendición de cuentas, sea parcial o final al fiduciario, o la previsión contractual de la necesidad del consentimiento del fiduciante para actos de disposición que pueden ser incluidos en el ámbito público. Se ha dicho que en los estudios sobre corrupción administrativa precisamente la contratación administrativa es un mecanismo proclive a facilitarla, por ello, la elección del fiduciario será una cuestión a cuidar, ya que el mismo será el gestor de bienes públicos dirigidos a un fin también público. El sistema de elección del fiduciario debe ser cuidadosamente diseñado y debe resultar objetivo y debería establecerse un mecanismo con suficiente transparencia y publicidad. Si se tiene en cuenta que la aceptación del encargo fiduciario pone en funcionamiento todo el mecanismo que supone el conjunto de relaciones personales y reales que hemos definido, no cabrá ninguna duda de que cuando el Estado suscribe el documento que impone al fiduciario sus

mandas está depositando en él toda la confianza y el patrimonio destinado a su cumplimiento. (...) Habrá que evitar, en primer lugar, a través del control preventivo, que se produzca la llamada desviación de poder que obedece a la dicotomía de intereses públicos y privados, que puede dar a través de la constitución de un fideicomiso público a la búsqueda de fines encubiertos y, tras la apariencia de un objetivo de interés general, constituirse en realidad, para beneficiar a un sector, empresa, grupo o individuo determinado, ello por medio del fiduciario designado. Las consecuencias del infracontrol tanto, en la constitución como en el funcionamiento del fideicomiso público, suelen ser la comisión de expolios masivos y escandalosas malversaciones, como han sido denunciados en algunos países latinoamericanos.” BELLO KNOLL, SUSY, *op. cit.*, pp. 402-404.

V. CONCLUSIONES

Un primer aspecto que salta a la vista cuando se aborda el tema de los fideicomisos públicos en Costa Rica, es la ausencia de una normativa legal que permite certeza sobre su funcionamiento y elementos mínimos. Esto no significa, como se cree usualmente en el mundo del Derecho, que la solución legal sea siempre la única solución; pero ciertamente se hace necesario que el legislador brinde algunos parámetros mínimos a considerar en la conformación de fideicomisos y regule sus alcances, para que generar ante todo seguridad jurídica en los operadores. Desde luego, se corre el riesgo que la figura se regule con torpeza y se cercene su carácter instrumental para convertirla en una pseudo Administración, lo cual resultaría lamentable.

Por otro lado, resulta indispensable que los fideicomisos públicos articulen mecanismos de implementación y actividad contractual, que se encuentren ajustados al principio de transparencia constitucional; articulando con ello también una garantía al resto de principios de la contratación administrativa, como lo son la publicidad, libre concurrencia, eficiencia, eficacia y seguridad jurídica, entre otros.

De igual forma, lo sensible de los cometidos públicos que persiguen los fideicomisos constituidos por la Administración y la naturaleza del patrimonio fideicometido; conllevan no solo la presunción de que el fideicomiso se ajusta a los principios constitucionales en su actividad contractual, sino también a la necesidad de que exista un control externo que garantice el cumplimiento de los fines bajo la selección de la oferta más conveniente y según sus propias reglas. Este control externo de carácter imparcial descansa en la Contraloría General en aplicación del principio de control y fiscalización de los fondos públicos que ampara sus competencias desde la óptica constitucional.

El fideicomiso público es sin lugar a dudas, una instrumento más del que puede aprovecharse la Administración para realizar sus cometidos de infraestructura pública, salud, seguridad, educación, etc.; pero precisamente por esa razón, es que debe entenderse que la flexibilidad no podría nunca asociarse con ausencia de controles, sino que éstos resultan una parte sustantiva del engranaje que asegura el cumplimiento del fin público para el que fueron creados.



VI. BIBLIOGRAFÍA

Libros

BATIZA, RODOLFO y LUJÁN, MARCIAL, *El fideicomiso: Teoría y Práctica*, México D.F, Editorial Porrúa, 2011.

BELLO KNOLL, SUSY, *Fideicomiso Público*, Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, 2011, Consultado en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=41603> [fecha última consulta: 30 de noviembre de 2015].

CHACÓN, FRANCISCO, La contratación pública en el TLC, en *Estudios Jurídicos sobre el TLC entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos*, editado por Anabel González Campabadal, Litografía e Imprental LIL, 2005.

DIEZ SASTRE, SILVIA, La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos, Madrid, Marcial Pons, 2012.

JINESTA LOBO, E., MORENO MOLINA, J., RODRÍGUEZ ARANA-MUÑOZ, J., NAVARRO MEDAL, K., *Derecho Internacional de las contrataciones administrativas*, San José, Guayacán, 2011.

JINESTA LOBO, ERNESTO, Aptitud para contratar con las administraciones públicas: Régimen jurídico de las prohibiciones en la contratación administrativa, en *Estudios en homenaje al Dr. Rafael González Ballar*, Compilación y edición a cargo del Dr. César Hines Céspedes, UCR, 2009. Consultado en: <http://www.ernestojinesta.com> [fecha última consulta: 30 de noviembre de 2015].

JINESTA LOBO, ERNESTO, Inconstitucionalidad del agotamiento preceptivo de la vía administrativa: La necesidad de su carácter facultativo, en *En el Derecho Público en Iberoamérica (Libro Homenaje al profesor Jaime Vidal Perdomo)*, Tomo II, Bogotá, Editorial Temis S.A. y Universidad de Medellín, 2010. Consultado en: <http://www.ernestojinesta.com> [fecha última consulta: 30 de noviembre de 2015].

JINESTA LOBO, ERNESTO, Contratación Administrativa, *Tratado de Derecho Administrativo*, San José, Guayacán, 2010, Tomo IV.

Artículos de revista.

BERNAL BLAY, MIGUEL ÁNGEL, El principio de objetividad en la contratación pública, en *Revista Documentación Administrativa*, No. 289, enero-abril 2011. Consultado en:

<http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=viewFile&path%5B%5D=10072&path%5B%5D=10480>, [fecha última consulta: 30 de noviembre de 2015].

JINESTA LOBO, ERNESTO, Transparencia administrativa y derecho de acceso a la información administrativa, *Ivstitia* Año 17. N° 201 - 202 setiembre - octubre 2003, p.2, disponible en: <http://www.ernestojinesta.com> [fecha última consulta: 30 de noviembre de 2015].

PINTOS SANTIAGO, JAIME, “La transparencia de los contratos administrativos en la nueva Ley de Transparencia, acceso a la información y buen gobierno”, *Aletheia: Cuadernos Críticos de Derecho*, número 1-2013. Consultado en:

http://www.liberlex.com/archivos/transparencia_lcsp.pdf [fecha última consulta: 30 de noviembre de 2015].

PINTOS SANTIAGO, JAIME, El surgimiento inadvertido de un Derecho global de los contratos públicos como ámbito de formación y consolidación del Derecho administrativo global, en *Revista Práctica Contratación Administrativa*, Número 128, Año 13, Noviembre-Diciembre 2013.

Informes

GRUPO CONSENSO POR EL RESCATE DE LA RED VIAL NACIONAL, Informe de resultados: Labor de Octubre de 2011 – Abril 2012, Informe: CON-01-2012, Abril 2012. Disponible en:



http://www.cfia.or.cr/descargas_2012/informes/InformeConsenso2012.pdf

[fecha última consulta: 30 de noviembre de 2015].

OCDE, Costa Rica: Good Governance, from Process to Results, *OECD Public Governance Reviews*, OECD Publishing, París. Consultado en:

[http://www.oecd-ilibrary.org/governance/costa-rica-good-governance-](http://www.oecd-ilibrary.org/governance/costa-rica-good-governance-from-process-to-results_9789264246997-en)

[from-process-to-results_9789264246997-en](http://www.oecd-ilibrary.org/governance/costa-rica-good-governance-from-process-to-results_9789264246997-en) [fecha última consulta: 30 de noviembre de 2015].

