

Al contestar refiérase
al oficio No. **1544**

18 de febrero, 2011
DFOE-PG- 061

Licenciada
Silma Bolaños Cerdas
Jefa de Área, Comisión Especial de Ciencia, Tecnología y Educación
ASAMBLEA LEGISLATIVA

Estimada señora:

Asunto: Emisión de criterio solicitado por la Asamblea Legislativa sobre el proyecto de ley "Reforma de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Radio y Televisión Cultural (SINART)." Expediente N° 17.880.

En atención a su oficio CCTP-07-17.880 de fecha 2 de febrero de 2011, mediante el cual solicita el criterio de este órgano contralor en relación con el proyecto de ley "Reforma de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Radio y Televisión Cultural (SINART)." Expediente N° 17.880; dentro del plazo conferido se exponen las siguientes observaciones, con el propósito de que se hagan del conocimiento de la Comisión Especial de Ciencia, Tecnología y Educación.

ANTECEDENTES:

Se indica en la exposición de motivos que el proyecto de ley en cuestión tiene por objeto reformar la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Radio y Televisión Cultural, SINART S.A., para permitirle a esta empresa estatal mayor seguridad jurídica mediante la concesión de frecuencias por un plazo de noventa y nueve años, las cuales serán indispensables para el cumplimiento de su función esencial dentro de la sociedad costarricense. Además, se le dará suficiente autonomía de acción para que elija los medios para llevar a cabo sus fines, tal y como corresponde a una sociedad anónima propiedad del Estado.

Entre otras cosas se dice que con la promulgación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Radio y Televisión Cultural, N° 8346, este ente ha podido tener por fin una estabilidad financiera de subsistencia para su operación normal; sin embargo, tiene limitaciones que no le permiten actuar con mayor rapidez, lo que afecta el crecimiento acelerado que en esta época de convergencia tecnológica se requiere para los medios de comunicación en general y, de manera particular, para los audiovisuales.

Adicionalmente, se indica que es claro que someter una sociedad anónima estatal a las leyes de control previo, propias de los entes públicos clásicos y centralizados, es discordante con su naturaleza jurídica y no coadyuva con el mejor desempeño y desarrollo de la actividad principal u ordinaria. Curiosamente, el SINART S.A. es el único ente de su clase que todavía está sometido a la Ley de contratación administrativa y a la Ley de administración financiera de la República y presupuestos públicos, lo que le quita la agilidad necesaria que deben tener las empresas del sector de medios de comunicación audiovisual. Asimismo, sin posibilidad de actualización alguna, se limita la actuación del representante legal a la suma de diez millones de colones (¢10.000.000,00), suma que en cualquier giro empresarial, especialmente en el giro de la publicidad y los medios de comunicación, resulta muy pobre.

En consecuencia, es necesario adecuar la actividad y el servicio de los avances legales y tecnológicos a un estilo de actividad empresarial estatal moderna, sin que con ello se desmejore o impida el control y la fiscalización posterior, que queda reservado a la Contraloría General de la República.

CRITERIO DEL ÓRGANO CONTRALOR:

Artículos 1 y 2.

Se regula expresamente la competencia del Consejo Ejecutivo en lo que respecta a la enajenación y contrataciones de todo tipo, sin sujetarlo a montos (artículo 1º). Se regulan los requisitos para ocupar la Presidencia del Consejo Ejecutivo, sin sujetarlo a especialidad alguna (artículo 2). Asimismo, se precisan la competencia del Presidente del Consejo. Al respecto, no se tiene objeción alguna que formular.

Artículo 3.

Se amplía el plazo de las concesiones de frecuencias de 10 a 99 años, “salvo objeción de alguna de las partes”. Se estima que debería valorarse la conveniencia de ampliar el plazo de las concesiones de frecuencias (incisos a y b), por cuanto se dice que ello le permitirá mayor seguridad jurídica al SINART, pero no se dan razones que lo justifiquen. Por otra parte, debería regularse de manera más específica la revocación, extinción y caducidad de las concesiones.

También se establece el carácter gratuito y la exención de todo pago por el uso de las frecuencias de radio y televisión en el inciso e), y en el inciso g) se establece una exención sobre el pago de todo tipo de impuestos que graven la importación o exportación, adquisición o venta de bienes y servicios dedicados a los fines y servicios públicos encomendados al SINART. Sobre la exención de todo tipo de impuestos no se hace referencia a otro tipo de contratos como donaciones, arrendamientos u otra figura contractual.

Artículo 4.

En este artículo se exime al SINART de la Ley de Contratación Administrativa, la Ley de Planificación Nacional, el Libro II de la Ley General de la Administración Pública, la Ley de creación de la Autoridad Presupuestaria, la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos y la Ley para el equilibrio financiero del sector público.

Para la realización de un análisis de este aspecto del presente proyecto de ley se debe hacer referencia a la naturaleza jurídica del Sistema Nacional de Radio y Televisión. Con la promulgación de la Ley Orgánica del Sistema de Radio y Televisión Cultural, N° 8346, se convierte a ese sistema en una empresa pública con personalidad jurídica y patrimonio propios, bajo la razón social del Sistema Nacional de Radio y Televisión Cultural Sociedad Anónima SINART S.A. cuyo capital social se encuentra formado por acciones nominativas que pertenecen en forma íntegra al Estado, las cuales son intransferibles. En relación con la normativa que rige el funcionamiento de la entidad, se indica que el derecho privado regulará su actividad y los requerimientos de su giro, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 3 de la Ley General de la Administración Pública; sin embargo, en materia de control se registrará por el Derecho Público (artículo 2). Lo anterior determina que el SINART S.A. esté sometido a una serie de normas del derecho público que se le imponen en razón de los fines que debe cumplir y de la naturaleza de los recursos que emplea, como lo son los controles en materia presupuestaria, la necesaria sumisión a los principios de la Administración Financiera y al régimen de contratación administrativa.

En lo que respecta a la no aplicación de la Ley de Contratación Administrativa y la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos al SINART en razón de su naturaleza jurídica de empresa pública, resulta indispensable retomar lo señalado por este Órgano Contralor en el oficio N° 15485 del 21 de diciembre de 2001 (DAGJ-2399-2001), con ocasión del trámite del proyecto de Ley Orgánica del SINART, por considerar que tiene plena vigencia.

“...En efecto, nótese que el SINART se crea con la naturaleza de una empresa pública, cuyo patrimonio está constituido por fondos públicos. En ese sentido, esta Contraloría es del criterio de que debe entenderse cubierta por el mandato consagrado en el artículo 182 de la Constitución, entendiendo Estado en su sentido amplio.

Asimismo, estimamos que la Ley de Contratación Administrativa es una ley especial y a la vez constituye el marco jurídico general en materia de contratación administrativa, normativa que es de orden público, y que no estimamos procedente dejar sin efecto respecto de una determinada empresa pública, en la forma que se pretende, estableciendo el rompimiento injustificado del régimen, toda vez que esta empresa pública no posee ningún elemento diferenciador de las restantes, en orden al proceso de adquisición de bienes y servicios. Por esa vía, todas las instituciones, bancos, ministerios, hospitales, etc, reclamarían para sí un régimen especial, basado en las diversas causales.

En ese sentido, debe tenerse presente que el artículo 1º de la Ley de Contratación Administrativa claramente establece:

“Esta Ley regirá la actividad de contratación desplegada por los órganos del Poder Ejecutivo, el Poder Judicial, el Poder Legislativo, el Tribunal Supremo de Elecciones, la Contraloría General de la República, la Defensoría de los Habitantes, el sector descentralizado territorial e institucional, los entes públicos no estatales y las empresas públicas.

Cuando se utilicen parcial o totalmente recursos públicos, la actividad contractual de todo otro tipo de personas físicas o jurídicas se someterá a los principios de esta Ley.

*Cuando en esta Ley se utilice el término “Administración”, se entenderá que **se refiere a cualquiera de los sujetos destinatarios de sus regulaciones.**” (énfasis agregado)*

Sobre este tema, resulta ilustrativo citar en lo conducente el oficio de esta Contraloría N°8632 de fecha 7 de agosto del 2001, también dirigido a la Asamblea Legislativa, que expresa lo siguiente:

“Uno de los aspectos fundamentales que no puede perderse de vista en la discusión de este proyecto, es que la Constitución Política define claramente como un principio básico que la actividad contractual que el Estado desarrolle debe regirse por el mecanismo de la licitación pública.

Al respecto, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en reiteradas ocasiones acerca de la relevancia de esa regla, agregando que se establecen como principios constitucionales que “las leyes de interés público no pueden ser desaplicadas para un caso concreto y que el Constituyente optó por la licitación como único medio de contratación para la ejecución de obras públicas que celebren los Poderes del Estado, las Municipalidades y las instituciones autónomas, dejando al legislador el establecimiento de las diversas modalidades de licitación, en razón del monto a realizar.” (resolución N° 2864-92)

Asimismo, ha señalado ese Tribunal –cuya jurisprudencia es de acatamiento obligatorio-, que la licitación protege tanto el interés del Estado, cuando busca la obtención de las mejores condiciones de calidad y ventajas económicas en el bien o servicio a obtener, como el interés de los administrados, en tanto la publicidad que caracteriza al procedimiento de licitación garantiza la más libre concurrencia en condiciones de igualdad para los oferentes interesados en el negocio de que se trate. Lo anterior lo convierte en el medio más idóneo y el más deseado instrumento para el trámite de los contratos administrativos, lo que lleva a ese Tribunal a afirmar que la licitación pública es un procedimiento de garantía para el interés público (ver resolución N° 2633-93).

Por su parte, la sentencia de la Sala Constitucional N° 998-98, que se ocupa de analizar ampliamente el tema de la contratación administrativa, se expresa en los siguientes términos:

“Al disponer el artículo 182 de la Constitución Política: Los contratos para la ejecución de obras públicas que celebren los poderes del Estado, las municipalidades y las instituciones autónomas, las compras que se hagan con fondos de estas entidades y las ventas o arrendamientos de bienes pertenecientes a las mismas, se harán mediante licitación, de acuerdo con la ley en cuanto al monto respectivo; desarrolla el principio general que enuncia la primera obligación constitucional en la materia de la contratación administrativa, en virtud del cual toda contratación que celebre el Estado, debe tramitarse por medio del procedimiento de licitación, como indicó lo esta Sala en la sentencia número 2101-91, de las ocho horas cuarenta y cinco minutos del dieciocho de octubre de mil novecientos noventa y uno, y lo ha reiterado en su jurisprudencia. El propósito de esta disposición obedeció al interés de los constituyentes de darle solución a los graves problemas económicos de la década de los años cuarenta, motivada en el desequilibrio presupuestario de los Gobiernos de la República, el aumento desmedido en el gasto público, la sensible reducción de los ingresos como impacto directo de la Segunda Guerra Mundial, y en especial, para ponerle fin a la práctica generalizada de los contratos sin licitación, que se daban en el régimen anterior y que tanto criticara la Oposición (Acta 164 de la Asamblea Nacional Constituyente), de donde nació la necesidad de consignar el principio en la propia Constitución, como expresamente lo indicó el constituyente Castro Sibaja. (...)/ Y es en este sentido que debe entenderse el procedimiento de contratación; es decir, como el mecanismo más apto para el control de la Hacienda Pública y de los recursos financieros del Estado, con el fin primordial de que se promueva una sana administración de los fondos públicos, constituyéndose, entonces, en principio de orden público derivado de la transcrita norma constitucional, en tanto resulta el medio idóneo para la selección del cocontratante de la Administración (sentencia número 1205-96), tal y como lo concibió con anterioridad esta Sala, en sentencia número 3049-94, en la que indicó que la licitación: [...] es un procedimiento de garantía del interés público, cuya publicidad garantiza una efectiva participación de todos los interesados y acrece la posibilidad para la Administración de una mejor selección del contratista. Precisamente, es el interés público el principio que da fundamento jurídico al procedimiento de licitación; motivos adicionales, pero complementarios, como el pretender las mejores condiciones técnicas y económicas para la Administración y el garantizar la igualdad de oportunidades para las posibles personas interesadas en contratar con ésta y el promover la más amplia competencia, constituyen la justificación jurídica de la escogencia de la licitación como el medio por el cual debe verificarse la contratación administrativa. (...)/ En este orden de ideas, por licitación debe entenderse el mecanismo, modalidad, medio o conjunto de principios a los que debe sujetarse el Estado –en el sentido más amplio- para poder realizar su actividad de contratación, por cuanto en ella se dan cumplimiento los principios constitucionales que informan la contratación administrativa: libre competencia, igualdad, publicidad, transparencia y controles, entre otros y que luego se desarrollan.”

En igual sentido cabe sostener un razonamiento en lo que atañe a la Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos. Aún más, la muy reciente promulgación de esa nueva legislación de carácter general en materia del régimen financiero del sector público, da cuenta de un esfuerzo por uniformar, ordenar y conducir a una más eficiente gestión de la Administración en este campo, y no existe razón objetiva alguna que justifique excluir a una de las empresas públicas del Estado de ese régimen. En efecto, debe recordarse que la citada legislación en su artículo 1º, en lo conducente dispone:

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

- a) *La Administración Central, constituida por el Poder Ejecutivo y sus dependencias.*
- b) *Los Poderes Legislativo y Judicial, el Tribunal Supremo de Elecciones, sus dependencias y órganos auxiliares, sin perjuicio del principio de separación de Poderes estatuido en la Constitución Política.*
- c) ***La Administración Descentralizada y las empresas públicas del Estado.***
- d) *Las universidades estatales, las municipalidades y la Caja Costarricense de Seguro Social, únicamente en cuanto al cumplimiento de los principios establecidos en el título II de esta Ley, en materia de responsabilidad y a proporcionar la información requerida por el Ministerio de Hacienda para sus estudios. En todo lo demás, se les exceptúa de los alcances y la aplicación de esta Ley.*

También esta Ley se aplicará, en lo que concierna, a los entes públicos no estatales, las sociedades con participación minoritaria del sector público y las entidades privadas, en relación con los recursos de la Hacienda Pública que administren o dispongan, por cualquier título, para conseguir sus fines y que hayan sido transferidos o puestos a su disposición, mediante partida o norma presupuestaria, por los órganos y entes referidos en los incisos anteriores o por los presupuestos institucionales de los bancos del Estado.” (énfasis agregado)

En consecuencia, al formar el SINART -tanto en sus actuales condiciones como con la naturaleza de empresa pública que el proyecto pretende conferirle- parte de la Administración que custodia fondos públicos, y por consiguiente, parte de la Hacienda Pública, estimamos improcedente pretender excluirla de ese régimen general económico financiero que regula la Ley Nº8131, lo que a su vez dificulta la labor de fiscalización que constitucionalmente se encuentra atribuida a esta Contraloría General, en su carácter de auxiliar de la Asamblea Legislativa...”

En el supuesto que la autoridad competente tome la decisión de excluir al SINART de la aplicación de la Ley de Contratación Administrativa, tema sobre el cual nos referimos líneas atrás, se debe recordar que esta situación no puede significar, bajo ninguna consideración, que dicha institución quede exenta de la aplicación de los principios constitucionales que regulan esta materia.

En relación con la no aplicación de la Ley de creación de la Autoridad Presupuestaria, lo correcto sería, de existir razones que lo justifiquen, plantear una modificación legislativa de excepción a los lineamientos que la Ley No. 8131 impone como funciones de la Autoridad Presupuestaria, y que cubre a todas las instituciones de gobierno descentralizadas como el SINART S.A.

En cuanto a la no aplicación de otras leyes al SINART como la Ley de Planificación Nacional, el libro II de la Ley de la Administración Pública y la Ley para el equilibrio financiero del sector público, se dice en términos generales que el propósito es dotarlo de mayor agilidad en su gestión. Al respecto, si bien se trata de un aspecto de discrecionalidad legislativa, podría ser conveniente especificar más los alcances de excepción y que de esta forma el legislador pueda valorar su implementación en caso de determinarse su procedencia.

Atentamente,

Original }
Firmado } *Lic. José Luis Alvarado Vargas*

Lic. José Luis Alvarado Vargas
GERENTE DE ÁREA



RRM/ghj

Ce: Gerente Despacho Contralora General
División de Contratación Administrativa, CGR
División Jurídica, CGR

Ci: Archivo

G: 2011000348-1

Ni: 1946 (2011)