

Al contestar refiérase
al oficio N° **07993**

11 de julio del 2017
DCA-1478

Licenciada
Karol Solano Quirós
Proveedora Municipal
MUNICIPALIDAD DE OREAMUNO
Estimado señor:

Asunto: Se atiende consulta relacionada con los artículos 41 inciso c) de la Ley de Contratación Administrativa, 168 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa y 3 inciso 1) del Reglamento de Refrendos.

Damos respuesta a su oficio sin número y sin fecha, recibido en esta Contraloría General (CGR) el 29 de mayo del año en curso, mediante el cual indicó que a esa Municipalidad le interesa dar en concesión el Mirador ubicado en Potrero Cerrado, motivo por el cual solicita se le indique si dicho procedimiento de Concesión deberá ser enviado a aprobación de la CGR.

I-Potestad consultiva de la Contraloría General de la República.

La potestad consultiva de esta Contraloría General, se encuentra regulada en el artículo 29 de su Ley Orgánica (Ley 7428 del 4 de setiembre de 1994). En este sentido, el Reglamento sobre la recepción y atención de consultas antes citado, establece las condiciones que rigen el trámite y la materia consultiva. El numeral 8 de esta norma, contempla los requisitos de presentación y admisibilidad de las consultas dirigidas al Órgano Contralor, al respecto, en su inciso 2) indica lo siguiente:

“Artículo 8-Requisitos para la presentación de las consultas. Las consultas que ingresen para su atención conforme el artículo 29 de la Ley 7428, deberán cumplir los siguientes requisitos:

(...) 2. Plantearse en términos generales sin que se someta al órgano consultivo a la resolución de circunstancias concretas propias del ámbito de decisión del sujeto consultante, o que atañen a la situación jurídica del gestionante”

Por lo anterior se procederá a dar respuesta a la consulta formulada en términos generales, siendo responsabilidad de esa Municipalidad adoptar las decisiones sobre el caso concreto que debe atender.

II- Motivo de la consulta

Indica en su consulta, que esa Municipalidad está interesada en dar en concesión el mirador ubicado en Potrero Cerrado, y que dicho procedimiento se base en lo dispuesto en por la Ley de Contratación Administrativa en el numeral 41 inciso c), en el artículo 168 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa y en el artículo 3 inciso 1) del Reglamento de Refrendos, por lo que solicita se le indique si la concesión en cuestión requiere ser refrendada.

III- Criterio de esta División

a. Concesión de Instalaciones Públicas.

El artículo 41 de la Ley de Contratación Administrativa establece que el procedimiento de licitación pública es el que se debe seguir en forma obligatoria cuando las Administraciones desean dar en concesión instalaciones públicas licitación pública es obligatoria.

Al respecto, este órgano de fiscalización superior señaló en el oficio 08055-2011 que:

“A partir de lo anterior, cuando el interés de la Administración es dar en concesión sus instalaciones públicas debe acudir a la realización de una licitación pública, según lo ordenado por el numeral 41 de la LCA.

Así, la concesión de instalaciones públicas se cataloga como un contrato administrativo, sujeto a la LCA, por lo que para su otorgamiento debe necesariamente acudirse al procedimiento de licitación pública. Al estar se de frente a una relación de naturaleza contractual, surgen derechos y obligaciones tanto para la Administración concedente como para el concesionario, y es por esto, que si bien la Administración puede ponerle fin cuando lo estime necesario, sí se encuentra ante el deber de indemnizar al concesionario los daños y perjuicios causados, cuando las causas de la revocación no sean atribuibles a éste.

Otro aspecto relevante es que en las concesiones de instalaciones públicas debe pagarse un canon por parte del concesionario, el cual debe determinarse a través del concurso respectivo, considerando al efecto los aportes de la Administración, como electricidad, agua, insumos, bienes muebles y utensilios.

*Es importante destacar que el objeto de la figura de la concesión de instalaciones públicas, es que los particulares exploten dichas instalaciones para la prestación de servicios **complementarios** del respectivo fin público a que estén afectas, ello en aras de lograr un mejor cumplimiento de dicho fin público.”*

En igual sentido, el numeral 168 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa dispone que la Administración Pública, en cumplimiento del fin público puede dar en concesión una instalación por medio de licitación pública a personas físicas o jurídicas, para que la exploten en la prestación de un servicio complementario del respectivo fin público, esto a cambio de un precio que se determinará a través del concurso respectivo.

Indica esta norma que:

*“Artículo 168.-**Concesión de instalaciones públicas.** Para alcanzar un mejor cumplimiento del fin público a que está afecta una instalación, la Administración Pública podrá, mediante licitación pública darla en concesión a personas físicas o jurídicas, con el objeto de que la exploten en la prestación de un servicio complementario del respectivo fin público, a cambio de un precio que se determinará a través del concurso respectivo.*

Dentro de las condiciones contractuales se deberán considerar los aportes de la Administración, como electricidad, agua, insumos, bienes muebles y utensilios. El concesionario tiene prohibido dar a esos bienes y materiales otros usos comerciales ajenos a la prestación del servicio, caso contrario se tendrá como una causal de resolución contractual.

La concesión de instalaciones públicas otorga al concesionario únicamente el beneficio de utilizar el bien por el plazo establecido y para el exclusivo cumplimiento del interés público pactado. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por absolutamente nula. La concesión no generará relación de inquilinato, derecho de llave ni otro beneficio diferente del indicado.

La Administración podrá poner término a la concesión, cuando lo estime necesario para la mejor satisfacción del interés público. Lo hará mediante resolución motivada, previo aviso al concesionario, dentro del plazo establecido en el cartel y en su defecto con al menos tres meses de anticipación. Cuando las causas de la terminación del contrato no sean atribuibles al concesionario, se le deberá indemnizar por los daños y perjuicios causados que reclame y demuestre haber sufrido.”

Al respecto, este órgano contralor emitió la resolución R-DCA-147-2010 de las 11:00 horas del 19 de noviembre de 2010, a través de la cual indicó que:

“el artículo 160 del Reglamento a dicha ley y en la cual expresamente se establece que la concesión de instalaciones públicas no generara relación de inquilinato. Así las cosas, en el presente caso no se celebra un procedimiento de licitación pública para conceder instalaciones de la Administración en arriendo, sino para otorgar estas en concesión, con la única finalidad de que las mismas sean utilizadas para la satisfacción del interés público, siendo esta la principal

diferencia con el arrendamiento, pues mientras que con esta última figura, la Administración arrienda un bien inmueble para un uso discrecional por el arrendante, teniendo como límite solamente el cumplimiento de normas básicas de respeto, orden y buenas costumbres, en la concesión el espacio se cede para la explotación comercial de este mediante un servicio afecto o relacionado con el interés público” (corrida la numeración por el artículo 2 del Decreto Ejecutivo n°40124 del 10 de octubre de 2016, que lo traspasó del antiguo 160 al 168.

b. Contratos Administrativos Sujetos al Refrendo

El artículo 20 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República establece que a este órgano contralor le corresponde la potestad de aprobar los contratos que se suscriben como parte de la actividad contractual de la Administración.

Es así como, el artículo 3 del “Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública” enumera los contratos administrativos sujetos al refrendo, señalando para el caso que no ocupa en el inciso 1) lo siguiente:

*Artículo 3°.-**Contratos administrativos sujetos al refrendo.** Se requerirá el refrendo contralor en los siguientes casos:*

1) *Todo contrato administrativo de obra pública derivado de la aplicación del procedimiento de licitación pública, en el tanto el precio contractual alcance el límite inferior vigente para la aplicación de la licitación pública del estrato superior inmediato de aquel en el que se encuentra ubicada la Administración contratante, según lo establecido en el artículo 27 de la Ley de Contratación Administrativa. En el caso de las instituciones ubicadas en el estrato A, se aplicará el monto mínimo para tramitar una licitación pública de ese mismo estrato más un quince por ciento.*

Igualmente procederá en el caso de contratos de cuantía inestimable, cuando se deriven de procedimientos de licitación pública que tengan por objeto únicamente concesiones de obra pública con o sin servicios públicos, concesión de gestión de servicios públicos y la constitución de fideicomisos.

En el evento de poder ser estimable alguno de estos contratos, la competencia para refrendo se determinará cuando dicha cuantía alcance el límite inferior vigente para la aplicación de la licitación pública del estrato superior inmediato de aquel en el que se encuentra ubicada la Administración contratante, según lo establecido en el artículo 27 de la Ley de Contratación Administrativa. Para el caso de las instituciones ubicadas en el estrato A, aplica la misma regla establecida en el párrafo anterior.”

Sobre el caso que nos ocupa, esta Contraloría General señaló en el oficio 2786-2017 en relación con los contratos sujetos a refrendo lo siguiente:

“Ahora bien, teniendo claro lo anterior, es importante señalar adicionalmente a esa Administración, que en la actualidad producto de la nueva reforma operada al Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, emitida mediante resolución No. R-DC-114-2016, publicada en el Alcance No. 1, a la Gaceta No. 3, del 04 de enero de 2017 y en vigencia a partir del 15 de febrero del presente año, los contratos para la adquisición de bienes y servicios derivados de procedimientos de licitación pública, independientemente de su alcance y denominación, ya no son objeto de refrendo por parte de esta Contraloría General, sino únicamente los que correspondan a obra pública y de acuerdo a las reglas establecidas en el propio artículo 3 reformado.”

Por lo que, únicamente los contratos que se ajusten a lo dispuesto en el artículo 3 del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública son los que deben presentarse ante la CGR para que sean aprobados.

Finalmente, le recordamos la importancia de registrarse y utilizar el Sistema de la Potestad Consultiva, de manera que podamos brindarle un servicio más oportuno y eficiente en la atención de su gestión. El mismo lo encuentra en nuestro sitio web www.cgr.go.cr

De esta forma se da por atendida su gestión.

Atentamente,

Allan Ugalde Rojas
Gerente División

Ingrid Brenes Guevara
Fiscalizadora Asociada

IBG/AUR/apus
NI:13182-2017
G: 2017002184