

Al contestar refiérase
al oficio N° **09562**

04 de Julio de 2019
DCA-2390

Señora
Xinia Chaves Quirós
Directora Ejecutiva
INSTITUTO DEL CAFÉ DE COSTA RICA (ICAFE)

Estimada señora:

Asunto: Se emite criterio sobre si debe un ente público no estatal, por su naturaleza jurídica híbrida mixta, aplicar la Ley de Contratación Administrativa en sus gestiones de compras de bienes y servicios.

Se da respuesta al oficio No. DEJ/051/2019 de fecha 22 de abril del presente año, por medio del cual se formula la consulta descrita en el asunto.

I. Motivo de la consulta.

Señala que la entidad reconoce el valor de fiscalización y control en el manejo y uso mesurado de los fondos públicos, sin embargo indica que la contratación bajo el esquema de principios generales de la contratación administrativa brinda el mismo control que la aplicación de la Ley de Contratación Administrativa.

Explica que el Instituto del Café de Costa Rica es un ente público de carácter no estatal conforme lo dispone el artículo 102 de la Ley sobre el régimen de relaciones entre productores, beneficiadores y exportadores de café. Así, indica que el ICAFE es titular de potestades administrativas, por lo que está facultado para emitir actos administrativos sin que al efecto se diferencie de un ente público estatal.

Manifiesta que la diferencia radica en la titularidad de los fines que le han sido asignados, ya que son de interés general y cuentan con una base asociativa, lo que determina que normalmente son intereses de carácter grupal. En cuanto al capital, indica que predomina el capital privado y, por ende el estatal es minoría.

II. Criterio de la División.

1. Sobre los alcances de nuestro pronunciamiento.

El ejercicio de la potestad consultiva de la Contraloría General, se regula en el artículo 29 de su Ley Orgánica, No. 7428 del 4 de setiembre de 1994 y el Reglamento sobre la recepción y atención de consultas dirigidas a la Contraloría General de la República, Resolución No. R-DC-197-2011.

Este órgano contralor, de conformidad con los artículos 8 y 9 del citado Reglamento, no tiene por norma referirse a casos y situaciones concretas que deben ser resueltas por la Administración Pública respectiva o en su caso por la Auditoría Interna en el ejercicio de sus competencias, de tal manera que lo que se emiten son criterios generales sobre los asuntos consultados, debiendo analizar lo indicado para que adopte las decisiones que correspondan.

Lo anterior se funda en el interés de no sustituir a las entidades consultantes en la solución o respuesta de asuntos propios de su competencia y evitar, además, el riesgo que genera emitir un pronunciamiento en punto a situaciones o casos específicos cuyas particularidades y detalles se desconocen, lo cual imposibilita rendir un criterio completo y suficientemente informado.

2. Sobre el fondo de lo consultado

De conformidad con el artículo 1 de la Ley de Contratación Administrativa cuando las entidades utilicen de manera parcial fondos públicos, la actividad contractual se encuentra sujeta a los principios de contratación administrativa. Al respecto, el indicado artículo 1 de la Ley de Contratación Administrativa señala:

“ARTICULO 1.- Cobertura. 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.”

En forma similar, el ordinal 1° del RLCA, también se encarga de establecer su cobertura al indicar que:

“ARTICULO 1.- Cobertura. *El presente Reglamento regula la actividad de contratación del Poder Ejecutivo, Poder Judicial, Poder Legislativo, Tribunal Supremo de Elecciones, Contraloría General de la República, Defensoría de los Habitantes, instituciones descentralizadas, municipalidades, entes públicos no estatales y empresas públicas. Se excluye de su aplicación a los entes públicos no estatales cuyo financiamiento con recursos privados supere el cincuenta por ciento de sus ingresos totales y a las empresas públicas cuyo capital social pertenezca en más de un 50% a particulares. Además de los sujetos indicados en el párrafo anterior, se aplicarán solo principios a la actividad contractual de toda persona física o jurídica de naturaleza privada cuando utilicen parcial o totalmente recursos públicos. Para ello y como una medida de control interno y contable, los recursos públicos se manejarán en una cuenta separada, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (...)*”

A partir de lo anterior, para determinar a una entidad le aplican los procedimientos de contratación administrativa contenidos en las disposiciones de la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento o no, esta División considera indispensable revisar su naturaleza jurídica al amparo de la Ley de creación.

Al respecto, es importante aclarar que se entiende por personalidad jurídica, tema sobre el cual este órgano contralor mediante el oficio No. 2382-2003 (DAGJ-293) del 11 de marzo de 2003, indicó en lo pertinente:

*“Tal como se define en doctrina, el sujeto es un fenómeno jurídico, cuyo elemento formal es el reconocimiento que el Derecho hace del elemento material que éste posee. Tal reconocimiento consiste en otorgarle personalidad jurídica, que es aquella cualidad que tiene el sujeto de constituirse en centro de imputación normativa. / Debe recordarse que, según dispone el Código Civil, la existencia de las personas jurídicas proviene de la ley. En el ámbito del Derecho Público, la personalidad jurídica es un factor determinante de la existencia del ente público, de ahí que ésta necesariamente debe ser otorgada por ley en forma expresa, sin que ella se pueda pretender “deducir” o desprender de otras normas que regulen algunas atribuciones o facultades, pero no la concedan como tal. / La persona jurídica constituye un centro autónomo de derechos y obligaciones, de ahí que la personalidad jurídica es consustancial a los entes públicos, y determina que éstos sean un centro de acción distinto del Estado. **En razón de esa personalidad, los entes cuentan con una serie de derechos y obligaciones en forma independiente, cuentan con un patrimonio propio, autonomía de gestión, y, desde luego, con autonomía administrativa.** Por ello no pueden estar sometidos a una relación de jerarquía, habida cuenta de que no están integrados a otra organización, sino que poseen autonomía orgánica. Ese fenómeno de descentralización administrativa implica una*

transferencia de competencias que se produce de manera definitiva y exclusiva.” (El destacado no es del original)

De lo anterior se extrae que, cuando una institución cuenta con personalidad jurídica goza de cierta independencia funcional, en el sentido que es un ente autónomo y tiene plena capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones. Además, cuenta con un patrimonio propio, autonomía de gestión, independencia administrativa, maneja su propio presupuesto, no se encuentra sometido a una relación jerárquica y se encuentran habilitados para canalizar sus compras en forma independiente.

Así, en el caso de los entes públicos no estatales se debe considerar si sus ingresos están conformados total o parcialmente con fondos públicos, o bien exclusivamente con fondos privados. Sobre este aspecto, la Contraloría General de la República se refirió mediante el oficio 03271-2007 del 28 de marzo del 2007, al indicar;

“i.- Sobre la aplicación de la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento a los entes de derecho público no estatal.

El artículo 1° de la Ley de Contratación Administrativa N° 7494, incluye dentro de su ámbito de cobertura a los entes de derecho público no estatales. Esto quiere decir, que como regla de principio este tipo de entes estarían obligados a cumplir con este cuerpo normativo en un todo, incluyendo la aplicación de los procedimientos ordinarios según sea el objeto del negocio y la cuantía.

No obstante, esta norma legal es desarrollada en el texto reglamentario que entró en vigencia en enero del presente año, con lo cual dicho artículo debe interpretarse de manera integrada con la disposición del artículo 1° del actual Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.

Esta norma reglamentaria, si bien de primera mano incluye a este tipo de entes dentro del ámbito de aplicación de esta normativa, de igual forma establece en lo que interesa:

“(…) Se excluye de su aplicación a los entes públicos no estatales cuyo financiamiento con recursos privados supere el cincuenta por ciento de sus ingresos totales y a las empresas públicas cuyo capital social pertenezca en más de un 50% a particulares.

Además de los sujetos indicados en el párrafo anterior, se aplicarán solo principios a la actividad de toda persona física o jurídica de naturaleza privada cuando utilicen parcial o totalmente recursos públicos. Para ello y como una medida de control interno y contable, los recursos públicos se

manejarán en una cuenta separada, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República”

Cabe advertir que en la redacción del anterior Reglamento General de Contratación Administrativa no se hacía, respecto a estos entes, ningún tipo de salvedad en cuanto a la cobertura de la legislación. En cambio fue la jurisprudencia la que fue haciendo la distinción partiendo del criterio del porcentaje de recursos públicos administrados por estos colegios, tal y como lo recoge ahora la norma reglamentaria vigente.

El Reglamento General de Contratación Administrativa es ahora mucho más claro en la delimitación de la cobertura respecto a distintos entes del Derecho Público, incluidos los entes públicos no estatales.

Por ello, a partir de la norma transcrita es posible determinar los siguientes lineamientos en lo que corresponde al ámbito de aplicación de la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento a este tipo de entes:

1.- Si se diera el caso de entes públicos no estatales cuyo financiamiento privado sea igual o inferior a un cincuenta por ciento de sus ingresos totales, éstos estarían sujetos a la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento en todo su alcance, incluyendo los procedimientos de contratación.

2.- En el caso de entes públicos no estatales cuyo financiamiento con recursos privados sea mayor al cincuenta por ciento del total de sus ingresos, éstos están excluidos de la aplicación de la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento, pero estarían obligados a respetar los principios de contratación administrativa en la actividad relacionada con la materia.

3.- En el caso de entes públicos no estatales cuyo financiamiento sea en su totalidad con recursos privados, de acuerdo con la integración del 1° de la Ley de Contratación Administrativa y el artículo 1° del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, éstos estarían excluidos de la cobertura de la normativa de contratación administrativa incluida, la Ley de Contratación Administrativa su Reglamento e inclusive los principios.”

Como se determina en el oficio anterior, en el caso donde los procesos de contratación de los entes públicos no estatales se encuentren sometidos a los principios de contratación administrativa, se debe velar por lograr un uso legal y eficiente de la administración de los fondos públicos. Administrativa, sino que se deben de respetar los principios de la contratación administrativa.

Sobre los procedimientos de compra que se lleven a cabo siguiendo los principios de contratación administrativa este órgano contralor mediante oficio No. 7322-2017 (DCA-1351) del 28 de junio de 2017 (se adjunta copia para su correspondiente valoración), señaló:

*“De lo anterior puede concluirse que los procedimientos de compra que se lleven a cabo, siguiendo principios de contratación administrativa, no se encuentran sujetos a los procedimientos que la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento exigen, pero deben respetar los principios de contratación que se desprenden del artículo 182 de la Constitución Política (y que han sido analizados por la Sala Constitucional, tal como se verá más adelante), que se regulan en la Ley de Contratación y su Reglamento y que han sido definidos también por los propios antecedentes administrativos por la Contraloría General de la República. / Esto implica entonces, que no debe seguirse, por ejemplo, los esquemas y el procedimientos definido para Licitación Pública, siendo que podría realizarse otro tipo de procedimiento de compra, inclusive con otro nombre, pero que respete la esencia contenida en los principios de contratación. Ampliando este tema, se tiene el oficio 10294 (DCA-2351) del 4 de octubre de 2012, el cual en lo pertinente indicó: / “(...) Por ejemplo, cuando una contratación pública únicamente se rige por los principios de la materia y no resulta necesario efectuar publicaciones en el Diario Oficial La Gaceta, como sí debe ocurrir en algunos casos regulados en la LCA, para procurar la aplicación del principio de publicidad bastaría la divulgación del aviso de la invitación a participar o de la adjudicación en un diario de circulación nacional; para preservar el principio de igualdad se debe dar la posibilidad a los oferentes a contar oportunamente con toda la información requerida para preparar y someter a concurso su propuesta, a estar presentes en la apertura de las ofertas, que a todos los oferentes se les califique bajo los mismos parámetros, previamente establecidos. Como bien se observa, la determinación de que en una contratación se han observado todos los principios constituye una tarea casuística, que le corresponde valorar a cada Institución contratante. (...)” / Así las cosas, podría decirse que al no regirse por los procedimientos de compra definidos en la normativa, podrían utilizarse otros procedimientos alternativos, que sí bien pueden ser diferentes en cuanto a su tramitación a los que están expresamente definidos, deben respetar una serie de axiomas o ideas esenciales que se encuentran consagradas en los principios de contratación. (...) Es importante agregar que estos principios permeantodas las fases del procedimiento de contratación, como lo son la fase de invitación, estudio y selección de la oferta idónea o incluso la fiscalización del contrato, lo cual ocurre independientemente del procedimiento empleado y la forma de organización que asuma la entidad contratante. / **b) ¿Cuáles son los principios aplicables y cuál es su alcance?** (...) Ahora bien, para empezar con el análisis del tema, resulta importante indicar que el tema ha sido estudiado inclusive, por la propia Sala Constitucional, especialmente mediante el voto 998-98 de las once horas treinta minutos del dieciséis de febrero de mil novecientos noventa y*

ocho, el cual se ha convertido en una resolución referencial sobre principios de contratación administrativa. Así las cosas, se tiene que en dicho voto, la Sala Constitucional indicó que algunos de los principios que informan la contratación administrativa son los siguientes (listado que dicho sea de paso, debe entenderse como enunciativo y en ningún caso, taxativo), señalando al respecto: / “(...) La contratación administrativa se caracteriza por conformarse a partir de una serie de principios jurídicos. En efecto, desde el punto de vista del contenido material de nuestra Constitución Política, la sola enunciación que hace el artículo 182 constitucional implica esa configuración (...) 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 concurrencia**, 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 (...) 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, (...) Estos principios tienen reconocimiento tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial (...)*”(Resaltado corresponde al original).

En función de lo anterior, corresponde al ICAFE analizar si le corresponde adquirir sus bienes o servicios con la aplicación de la Ley de Contratación Administrativa, los principios generales de contratación administrativa, o inclusive, si se excluye de esa Legislación, dependiendo del porcentaje de fondos públicos que se encuentre en Administración de ese ente.

De esa forma se da por atendida su gestión.

Atentamente,

Allan Ugalde Rojas
Gerente de División



Natalia López Quirós
Fiscalizadora Asociada

NLQ/AUR/apus
NI: 10824
G: 2019001899-1