

09228
DFOE-CIU-0311

Resolución N.º R-DFOE-CIU-00006-2022. Se resuelve el recurso de revocatoria y solicitud de medida cautelar presentado por BANCO DE COSTA RICA en su condición de fiduciario del Fideicomiso San José - San Ramón en contra del oficio 06267 (DFOE-CIU-0199) del 08 de abril de 2022, mediante el cual se reitera orden DFOE-CIU-ORD-00003-2021, girada con el oficio 17877 (DFOE-CIU-0461) del 12 de noviembre de 2021.-----

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. ÁREA DE FISCALIZACIÓN PARA EL DESARROLLO DE LAS CIUDADES. San José, a las doce horas del siete de junio de dos mil veintidós.-----

VISTO el oficio N.º GNE-2022-04-002 del 20 de abril del 2022, suscrito por Roy Benambur Guerrero, cédula de identidad 1-0685-0981, en su condición de Representante Legal del Banco de Costa Rica como Fiduciario del contrato de Fideicomiso San José - San Ramón, mediante el cual se interpone Recurso de Revocatoria con Apelación en subsidio contra del oficio 06267 (DFOE-CIU-0199) del 08 de abril de 2022, mediante el cual se reitera la Orden No. DFOE-CIU-ORD-00003-2021, girada con el oficio 17877 (DFOE-CIU-0461) del 12 de noviembre de 2021. Se solicita además la emisión de una medida cautelar para la suspensión de los efectos de la citada reiteración.

RESULTANDO

1. Mediante oficio 17877 (DFOE-CIU-0461) del 12 de noviembre de 2021, se comunica la Orden No. DFOE-CIU-ORD-00003-2021, en relación con la calidad de las obras incluidas en el Programa de Obras Impostergables (OBIS) del Proyecto Corredor Vial San José - San Ramón y sus Radiales.
2. Por medio del oficio GG-SJ-SR-2022-03-23 del 11 de marzo de 2022, el Fiduciario, hace la remisión de documentos relativos al cumplimiento de la Orden DFOE-CIU-ORD-00003-2021.
3. Mediante oficio 06267 (DFOE-CIU-0199) del 08 de abril de 2022, se realiza una reiteración de la Orden DFOE-CIU-ORD-00003-2021 y se concede nuevo plazo para su cumplimiento.
4. Con N.º GNE-2022-04-002 del 20 de abril del 2022, presentado el 21 de abril del 2020, Roy Benambur Guerrero, en su condición de Representante Legal del Banco de Costa

DFOE-CIU-0311

2

7 de junio, 2022

Rica, como Fiduciario del contrato de Fideicomiso San José - San Ramón, interpone Recurso de Revocatoria con Apelación en subsidio y solicitud de medida cautelar en contra del acto de reiteración de la Orden No. DFOE-CIU-ORD-00003-2021.

5. Por medio de oficio GNE-2022-04-03 del 25 de abril del 2022, Roy Benambur Guerrero, en su condición de Representante Legal del Banco de Costa Rica, solicita ampliación de plazo de la reiteración de la orden DFOE-CIU-ORD-00003-2021 comunicada por medio del oficio No. DFOE-CIU-0199-2022 (06267) del 8 de abril de 2022.
6. Mediante oficio 07139 (DFOE-CIU-0241) del 28 de abril del 2022, se concede prórroga solicitada para el 13 de mayo del 2022 para cumplimiento de la orden.
7. Que el día 5 de mayo, se concedió audiencia solicitada por el recurrente en su escrito de impugnación, de acuerdo con lo indicado en el oficio 07139 (DFOE-CIU-0241), del 28 de abril de 2022.
8. Por medio del oficio Esfera 2022-05-05 con ingreso el 16 de mayo del 2022, el Fiduciario, presentan respuesta y se hace la remisión de documentos relativos al cumplimiento de la Orden DFOE-CIU-ORD-00003-2021.
9. En virtud de lo establecido en el artículo 33 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Ley n.º 7428, se procede en esta instancia a resolver la medida cautelar y el recurso de revocatoria interpuesto.

CONSIDERANDO

I. SOBRE LA MEDIDA CAUTELAR

A. Presentación de la Medida Cautelar. El recurrente solicita que, en razón de que se ha reiterado la orden, cuyo incumplimiento puede acarrear responsabilidad, se dicte medida cautelar administrativa que suspenda los efectos de la reiteración impugnada, a efecto de no volver nugatorios los efectos de la resolución del presente recurso. Señala que a partir del principio de buena fe y debido a que el rechazo del cumplimiento de la orden obedece a aspectos formales y porque se genera una imposibilidad de presentar nuevos estudios, documentos o pruebas adicionales a las ya aportadas; solicita suspender los efectos de la reiteración impugnada hasta tanto no sean resueltos los recursos interpuestos, dado que puede darse un grave perjuicio por la no suspensión de la reiteración, ya que, se estarían iniciando procedimientos sancionatorios, por un

DFOE-CIU-0311

3

7 de junio, 2022

incumplimiento, que en su criterio no se ha presentado. **B. Criterio del Área.** La medida cautelar es un instituto dirigido a la tutela administrativa efectiva, ante eventuales efectos adversos que puedan darse por el transcurso del tiempo en tanto se resuelvan los procedimientos respectivos, para lo cual debe cumplir con varios presupuestos: **1-Apariencia de buen derecho y el peligro de insatisfacción de ese derecho aparente (fumus boni iuris):** La apariencia de buen derecho, refiere a la acreditación de que lo pretendido no sea en forma palmaria carente de seriedad o temerario, puede apreciarse que en el caso concreto el recurrente indica que la no suspensión de la reiteración puede volver nugatorios los efectos de la resolución del recurso y apelando al principio de buena fe dado que el rechazo del cumplimiento de la orden obedece a aspectos formales y que ello genera una imposibilidad de presentar nuevos estudios, documentos o pruebas; asimismo refiere además, a eventuales perjuicios por la no suspensión de la reiteración ya que se estarían iniciando procedimientos sancionatorios, por un incumplimiento, que no se han presentado. Sobre el particular, debe señalarse que en el caso concreto, el cumplimiento de la orden se encuentra en trámite, es decir no ha acaecido un acto final, tampoco se han emitido en la reiteración acciones dirigidas a restringir la posibilidad argumentativa o probatoria de obligado a cumplir la orden DFOE-CIU-ORD-00003-2021. Asimismo, debe de considerarse que la obligación y responsabilidades de cumplimiento de dicha orden, se constituye desde la firmeza de ese acto, es decir no puede argumentarse como sustento de la medida cautelar la eventual existencia de procedimientos de carácter sancionatorio, ni que estos deriven propiamente de la reiteración recurrida, sino y de manera eventual, en caso de incumplimiento injustificado, podría instaurarse un procedimiento bajo el amparo del debido proceso. Sobre el particular, desde el propio texto de la orden se señaló que: *“En adición, es importante recordar que el artículo 69 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Ley N° 7428, establece que cuando en el ejercicio de sus potestades el Órgano Contralor haya cursado órdenes a los sujetos pasivos y estas no se hayan cumplido injustificadamente, las reiterará por una sola vez y fijará un plazo para su cumplimiento; pero de mantenerse la desobediencia, una vez agotado el plazo, se tendrá como falta grave y dará lugar a la suspensión o a la destitución del funcionario o empleado infractor, según lo determine la Contraloría General”* (DFOE-CIU-ORD-00003-2021). Es decir, que desde la emisión de ese acto, el obligado a cumplir la orden conocía del trámite a seguir y las eventuales responsabilidades derivadas. De esta manera, la reiteración de cumplimiento sobre esa orden, oficio 06267 (DFOE-CIU-0199), aquí impugnado, no es más que la incitación al cumplimiento de un acto emitido por el órgano contralor en amparo a las competencias que le asisten y con un claro resguardo a intereses derivados de la tutela a la hacienda pública. De esta forma, la reiteración impugnada por sí misma no contiene obligaciones o condiciones adicionales a la orden original que afecte, ni establezca limitaciones en cuanto a la

DFOE-CIU-0311

4

7 de junio, 2022

presentación de documentación o prueba adicional, tal y como lo manifiesta el recurrente, sin encontrarse sustento en su dicho. No se han presentado tampoco argumentos suficientes que permitan concluir que la reiteración recurrida, por sí misma, lesione derechos o intereses del obligado. Por el contrario, la reiteración, es una actuación de mero trámite, señalada como parte de las eventuales actuaciones en la propia orden. Adicionalmente, dicha reiteración antes que restringir la posibilidad de respuesta y presentación de prueba, más bien otorga un plazo adicional para el cumplimiento; todo lo cual permite concluir que los argumentos del recurrente para el otorgamiento de una medida cautelar, carecen de sustento y deben ser desestimados. **2-Otro elemento que debe considerarse de frente al análisis de la medida cautelar es el Peligro en la demora,** éste implica la demostración que de mantenerse o ejecutarse la conducta administrativa impugnada, se causen daños graves a la situación jurídica del solicitante de la medida cautelar. En razón de que la reiteración recurrida otorga un nuevo plazo para el cumplimiento de la orden, e incluso, posteriormente, dicho plazo es ampliado, mediante oficio N° 07139 (DFOE-CIU-0241) del 28 de abril del 2022, a solicitud del Fiduciario, por lo que no se constituye en este caso, un peligro en la lesión de sus derechos por cuanto se ha contado, para el cabal cumplimiento de lo requerido, con plazos adicionales; con lo cual no se observa lesión alguna a los derechos o intereses del recurrente, que conocía, desde el momento de la emisión de la orden DFOE-CIU-ORD-00003-2021, la obligación de cumplimiento, tal y como se ha indicado supra; asimismo, el procedimiento para dar por cumplida la orden se encuentra aún en proceso. **3-En lo que corresponde al principio de proporcionalidad, que conlleva la ponderación de los intereses involucrados:** la ponderación de intereses en juego, obliga a la valoración de las posibles afectaciones que podrían ocasionarse a los intereses públicos y privados al adoptarse o no la medida cautelar. Como se ha indicado, el plazo para el cumplimiento de la orden ha sido ampliado en varias oportunidades. Por otra parte, la determinación de las consecuencias de incumplimiento se encuentran normadas y fueron indicadas desde la orden inicial, como ya se mencionó. De esta manera, no se observa que el presente caso se haya actuado sin apego a lo establecido en la normativa y al procedimiento ahí descrito, aspectos que son de conocimiento del recurrente. Además, no se han adoptado actos que impidan o limiten la posibilidad de presentar nuevos estudios, documentos o pruebas a las ya aportadas, por el contrario, la propia reiteración otorga un nuevo plazo para el cumplimiento establecido al 29 abril del 2022, e incluso dicho plazo es ampliado a solicitud de parte, hasta el 13 mayo de los corrientes, según oficio 7139 (DFOE-CIU-0241) del 28 de abril del año en curso. Tampoco se han establecido, por parte de esta Contraloría General, acciones sancionatorias, que son acciones de carácter eventual y en los supuestos de incumplimiento injustificado, lo cual no se ha materializado, en razón de que el Fiduciario, contaba con plazo para el cumplimiento de la respectiva orden, lo cual fue atendido por medio del oficio Esfera 2022-05-05,

DFOE-CIU-0311

5

7 de junio, 2022

presentado ante la Contraloría General el 16 de mayo del 2022. No se deduce entonces que la reiteración cursada traiga aparejadas situaciones desproporcionadas, ya que se circunscribe a lo señalado en la orden, con lo cual no se observa que se den los supuestos para que se amerite la aplicación de una medida cautelar sobre su ejecución. Asimismo, la orden DFOE-CIU-ORD-00003-2021, refiere al marco normativo, técnico y contractual y a la descripción de los aspectos que en criterio, de este órgano contralor no se ajustan a ello y sobre lo cual se estableció la necesidad de que la Administración, y el propio Fiduciario, adoptaran las acciones correspondientes, acto que adquirió firmeza y por tanto su discusión se encuentra precluida, tal y como fue señalado en el oficio de reiteración el cual va dirigido al logro del cumplimiento de lo ordenado y en procura de una efectiva protección sobre la hacienda pública, que resulta de interés prevalente en este caso. En conclusión, puede observarse, que no se constituyen en el presente caso, los presupuestos materiales que permitan el otorgamiento de una medida cautelar, ni se exponen o demuestran los motivos por los cuales en la reiteración impugnada se dé algún tipo de impedimento para que se cumpla con la orden girada por el Órgano Contralor. Aspectos que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 148 de la Ley General de la Administración Pública (en adelante LGAP), resultan indispensables para otorgar una medida cautelar en sede administrativa, al indicar que dicha tutela procede cuando la ejecución del acto dictado: “pueda causar perjuicios graves o de imposible o difícil reparación”. En consecuencia, se rechaza por improcedente la solicitud de medida cautelar.

II. SOBRE EL RECURSO DE REVOCATORIA

Legitimación y admisibilidad. Quien recurre, el señor Roy Benambur Guerrero, lo hace en su condición de Representante Legal del Banco de Costa Rica como Fiduciario del contrato de Fideicomiso San José - San Ramón, que lo acredita como legitimado para actuar dentro del presente trámite; no obstante, resulta necesario, de seguido, el análisis de la admisibilidad del recurso. Sobre el particular debe considerarse que de conformidad con lo establecido en los artículos 33 y 34 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Ley n.º 7428, los actos finales que dicte el Órgano Contralor que no atiendan a la materia presupuestaria, aprobación de contratos administrativos o que se dicten en procedimientos de contratación administrativa, estarán sujetos al régimen común de impugnación de los actos administrativos contenidos en la Ley General de la Administración Pública, Ley n.º 6227. Asimismo de acuerdo con el artículo 163.2 de la LGAP “*Los vicios propios de los actos preparatorios se impugnarán conjuntamente con el acto, salvo que aquellos sean, a su vez, actos con efecto propio.*” Sobre el particular la doctrina ha indicado que: “*Los efectos del acto administrativo deben ser directos o inmediatos, surgen “per se” –del acto mismo–, no están subordinados a la emanación de*

DFOE-CIU-0311

6

7 de junio, 2022

un acto posterior. El acto debe producir y proyectar sus efectos jurídicos respecto del administrado. Consecuentemente, los dictámenes, pericias, informes, pareceres, proyectos, etc., no constituyen actos administrativos sino actos preparatorios (también denominados de trámite) o simples actos de la Administración, que se dictan para hacer posible el acto principal y final. Este tipo de actos tienen un efecto indirecto o mediato, así, por ejemplo, el informe puede dar origen a una sanción disciplinaria y el dictamen puede provocar otro acto. ...Obviamente, cuando el acto preparatorio o de trámite produce efectos propios, es decir, efectos directos o inmediatos, por cuanto, suspende indefinidamente, hace imposible la continuación del curso del procedimiento o le pone término al mismo de forma directa o indirecta debe incluirse dentro de la categoría de actos administrativos ...” (ver Jinesta Lobo, Ernesto. Tratado de Derecho Administrativo. Editorial Biblioteca Jurídica Dike, tomo I, pp. 299 y 300).(el destacado no es original). En ese contexto, se tiene que el oficio 062679 (DFOE-CIU-019) del 08 de abril de 2022, aquí impugnado, lo que realiza es una reiteración de la Orden DFOE-CIU-ORD-00003-2021. En ese sentido el oficio de reiteración, indicó: *“En razón de todo lo anterior, la orden no se tiene por cumplida, dado que la información remitida no evidencia que se hayan implementado los criterios de acuerdo con las especificaciones técnicas contractuales y normativa aplicable, y que, por lo tanto, las obras fueran recibidas bajo el amparo de todas las especificaciones técnicas pactadas...”*, y se concede un nuevo plazo para su cumplimiento. Debe considerarse que la orden DFOE-CIU-ORD-00003-2021, estableció con amplitud una serie de antecedentes que contextualizan los supuestos dentro de los cuales se desarrolla la relación contractual analizada (puntos 1.1 a 1.11). Se describen en dicho documento, con detalle, hechos e incumplimientos detectados en la ejecución del contrato de Diseño y Construcción del Lote N° 1 de las Obras Impostergables. La orden, además, refiere a la posición técnica sobre incumplimientos advertidos por el LanammeUCR (puntos 1.12 a 1.14), que fueron también conocidos por propia UAP desde antes de la emisión de esa orden (punto 1.13) e incluso se hacer referencia a que la misma UAP, señaló diferentes incumplimientos, basado en informes de la supervisión (puntos 1.15 a 1.17). También, se detalló en los antecedentes dichos, que las soluciones planteadas por la UAP (punto 1.17 y 1.18) no se ajustaban a las condiciones técnicas exigidas contractualmente, lo cual se apoyó en el criterio experto de Lanamme UCR (puntos 1.19 a 1.23). Dichos antecedentes cuentan con el respaldo documental correspondiente. Por su parte, en lo que corresponde al desarrollo de los criterios jurídicos y técnicos que dan sustento a la orden girada se explican de manera concreta, entre otros, los alcances de la supervisión en este tipo de proyectos, aspecto que se retoma en la reiteración. Asimismo la orden describe los diferentes aspectos relacionados con la calidad de las obras, las funciones asignadas al Fiduciario y a la UAP, la aplicación de las normas técnicas, los factores de pago en razón de la calidad establecidos contractualmente. Por último, la orden referida, en el punto 3

DFOE-CIU-0311

7

7 de junio, 2022

hace una descripción de las situaciones concretas detectadas y consecuente con lo indicado, describe las acciones que obligan a las diferentes partes del Fideicomiso. En ese sentido, el oficio de reiteración 06267 (DFOE-CIU-0199), remite a lo indicado de manera amplia en la orden, sin establecer criterios o condiciones adicionales para los obligados a su cumplimiento. De esta forma, la reiteración no causa efecto directo o inmediato, sino que se limita a transcribir y retomar lo ya ordenado en el citado oficio DFOE-CIU-ORD-00003-2021 dada la responsabilidad que, desde el ordenamiento de control posee el Fiduciario y particularmente la UAP, en procura de comprobar y asegurar que los criterios de calidad se ajusten a los términos del contrato y la normativa que le es vinculante, siendo la UAP, la unidad garante del cumplimiento del contrato y cuyas obligaciones no son delegables a terceros. En ese contexto se señaló en la reiteración aquí impugnada, la necesidad de que el Fiduciario se apegue a lo indicado en la orden dado que se encuentra firme. Así las cosas, y en razón de que la respuesta remitida por el Fiduciario se sustenta en criterios que difieren a los externados por este órgano contralor en la orden DFOE-CIU-ORD-00003-2021, que como se indicó se encuentra firme, lo procedente es, en apego al principio de seguridad jurídica y en virtud de ser un acto consentido al no ser recurrido oportunamente, que se proceda a su cumplimiento desde las bases normativas, contractuales y criterios técnicos que corresponden, tal y como lo describe la propia orden, y no a partir de posiciones que discrepan y cuestionan el criterio vertido en dicho documento por este órgano contralor. Así las cosas, la reiteración se sustenta en la misma orden girada, sin agregar elementos adicionales ni afectar de manera directa o indirecta lo establecido en la orden ni los derechos de los obligados, y por tanto, en razón de todo lo indicado, el oficio 06267 (DFOE-CIU-0199), que contiene la reiteración, no causa estado y por tanto no resulta ser objeto de impugnación en este momento y en ese sentido, no procede su admisión.

POR TANTO. Con sustento en las consideraciones de hecho y de derecho que son fundamento de esta resolución, y lo establecido en los artículos 183 y 184 de la Constitución Política, ordinales 163.2 de la Ley General de la Administración Pública, Ley n.º 6227, y numerales 12 y 33 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Ley n.º 7428; **SE RESUELVE:** I. Declarar sin lugar la medida cautelar planteada por el señor Roy Benambur Guerrero, cédula de identidad 1-0685-0981, en su condición de Representante Legal del Banco de Costa Rica como Fiduciario del contrato de Fideicomiso San José - San Ramón, solicitada en el trámite del recurso de revocatoria en contra del oficio de reiteración 06267 (DFOE-CIU-0199) del 08 de abril de 2022 II. Declarar inadmisibles los recursos de revocatoria planteados por el señor Roy Benambur Guerrero, cédula de identidad 1-0685-0981, en su condición de Representante Legal del Banco de Costa Rica como Fiduciario del contrato de Fideicomiso San José - San Ramón, contra el 06267 (DFOE-CIU-0199) del 08 de abril de 2022, emitido por el Área

DFOE-CIU-0311

8

7 de junio, 2022

de Fiscalización para el Desarrollo de las Ciudades, manteniéndose incólume los términos allí establecidos; **III.** Emplazar al recurrente ante el Despacho de la Contralora General de la República, por el término de tres días hábiles contados a partir del día siguiente a la notificación de esta resolución, para que se alegue lo que se estime pertinente, de conformidad con los artículos 349 y 350 de la Ley General de la Administración Pública; **IV.** Trasladar el expediente administrativo al Despacho de la Contralora General de la República, para los efectos pertinentes.-----

NOTIFÍQUESE



Marcela Aragón Sandoval
GERENTE DE ÁREA

/mfg
G: 202000113-9