

12272
DFOE-CIU-0290

R-DFOE-CIU-00004-2025. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. ÁREA DE FISCALIZACIÓN PARA EL DESARROLLO DE LAS CIUDADES. San José, en la fecha y hora que consta en firma digital.

Recurso de revocatoria con apelación en subsidio presentado por Mauricio Barrantes Quesada, de calidades puestas en conocimiento en el documento presentado, en su condición de Gerente General con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma de Radiográfica Costarricense Sociedad Anónima (RACSA), en contra del oficio N.º 09554 (DFOE-CIU-0194 del 19 de mayo de 2025) de notificación de la Orden N.º DFOE-CIU-ORD-00002-2025 sobre la incompatibilidad de la utilización de la figura de asociación empresarial con sujetos de derecho privado en los procesos de contratación directa entre entes de derecho público.

RESULTANDO

I.- Que el 19 de mayo de 2025 mediante oficio N.º 09554 (DFOE-CIU-0194) esta Área de Fiscalización remitió a Mauricio Barrantes Quesada, en su carácter de Gerente General de RACSA, la Orden N.º DFOE-CIU-ORD-00002-2025 sobre la incompatibilidad de la utilización de la figura de asociación empresarial con sujetos de derecho privado en los procesos de contratación directa entre entes de derecho público, para que se hiciera del conocimiento de los miembros de la Junta Directiva de la empresa pública.

II.- Que el 20 de mayo de 2025 mediante oficio JD-331-2025, la secretaria de la Junta Directiva de RACSA, Ligia Conejo Monge —en atención del propio acuerdo de la Junta Directiva— pone en conocimiento del Área de Fiscalización de la Contraloría General de la República el traslado del acuerdo tomado por la Junta Directiva de RACSA en el artículo 8º de la sesión ordinaria número 2544 celebrada el 19 de mayo de 2025 que en lo conducente y de forma textual acordó lo siguiente: “1) Dar acuse de recibo de los oficios de la Contraloría General de la República, de referencia 09550 DFOE-CIU-0193 de fecha 19 de mayo del 2025, dirigido a esta Junta Directiva, con la orden número DFOE-CIU-ORD-00001-2025 relacionada con las contrataciones tramitadas entre entes de derecho público bajo la excepción del artículo 2 inciso c) de la Ley número 7494 y 138 de su Reglamento y la utilización de la figura de asociación empresarial, en donde RACSA es la institución contratada; y el oficio de referencia 09554 DFOE-CIU-0194, dirigido a la Gerencia General, relacionado con la orden número DFOE-CIU-ORD-00002-2025 sobre la incompatibilidad de la utilización de la figura de asociación empresarial con sujetos de derecho privado en los procesos de contratación directa entre entes de derecho público.”

III.- El 22 de mayo de 2025 Mauricio Barrantes Quesada en su condición de Gerente General con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma de RACSA, mediante oficio GG-727-2025, presenta Recurso de revocatoria y apelación en subsidio en contra del oficio N.º 09554 (DFOE-CIU-0194 del 19 de mayo de 2025) de notificación de la Orden N.º DFOE-CIU-ORD-00002-2025 sobre la incompatibilidad de la utilización de la figura de asociación empresarial con sujetos de derecho privado en los procesos de contratación directa entre entes de derecho público.

DFOE-CIU-0290

2

10 de julio, 2025

IV. Que en virtud de lo establecido en el artículo 33 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Ley N.° 7428, y de lo regulado en los artículos 343 y 346 de la Ley General de la Administración Pública, Ley N.° 6227, se procede a resolver el recurso de revocatoria planteado.

CONSIDERANDO

I.- SOBRE LA LEGITIMACIÓN Y ADMISIBILIDAD

De conformidad con lo establecido en los artículos 33 y 34 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, N.° 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, N.° 6227, cuando se considere que lesionan derechos subjetivos o intereses legítimos o que impidan su origen.

En el presente asunto en razón de que el acto recurrido corresponde la Orden N° DFOE-CIU-ORD-00002-2025 sobre la incompatibilidad de la utilización de la figura de asociación empresarial con sujetos de derecho privado en los procesos de contratación directa entre entes de derecho público donde se ordena a RACSA “establecer y divulgar los controles internos necesarios para garantizar que en la eventual participación como contratista o proveedor en contrataciones directas entre entes de derecho público con fundamento en el artículo 3 inciso b) de la Ley N.° 9986, RACSA por sí misma pueda llevar a cabo el objeto contractual conforme a sus competencias legales, sin utilizar para ello las figuras de asociación empresarial con sujetos de derecho privado”, conlleva una acción que directa y exclusivamente le corresponde atender a esa empresa pública, por lo que el recurso presentado es conteste con los requisitos legalmente establecidos para su admisión.

En correspondencia, según la norma contenida en el artículo 346 de la citada Ley N.° 6227, la interposición de los recursos ordinarios debe darse dentro de los tres días siguientes al que se comunicó formalmente el acto final a la parte involucrada. De esta forma, debido a que el acto notificado por esta Área de Fiscalización fue conocido por la Junta Directiva de Racsa en sesión ordinaria número 2544 celebrada el 19 de mayo de 2025 y la gestión recursiva fue presentada el 22 de mayo del presente año, puede determinarse que los recursos ordinarios fueron presentados en plazo.

Por otra parte, establece el artículo 347 de la Ley en referencia, la posibilidad de usar ambos recursos ordinarios (revocatoria y apelación) o uno solo de ellos. En el caso concreto se presentan de forma concomitante ambos por lo que esta Área se abocará a resolver inicialmente el recurso de revocatoria planteado.

II. SOBRE LOS ASPECTOS DE FONDO ALEGADOS Y CRITERIO DEL ÁREA DE FISCALIZACIÓN

El recurso de revocatoria con apelación en subsidio presentado por el representante y apoderado de RACSA en contra el oficio N.° 09554 (DFOE-CIU-0194 del 19 de mayo de 2025) que refiere la Orden N.° DFOE-CIU-ORD-00002-2025 se basa en los siguientes

DFOE-CIU-0290

3

10 de julio, 2025

argumentos enumerados a continuación, los cuales en su mismo orden serán analizados y contrastados con el criterio del Área emisora del documento impugnado:

1. Sobre la comercialización y adquisición de productos y servicios de telecomunicaciones, infocomunicaciones y otros en convergencia ante el régimen vigente de apertura de mercado

En el recurso se establece que las recomendaciones de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) a las que se refiere la Orden emitida por el Órgano Contralor corresponde a la Administración contratante analizar en cada adquisición específica en función de las condiciones del mercado y tomar la decisión de promover o no la contratación directa entre entes de derecho público. Dichas recomendaciones por sí no hacen que RACSA renuncie a utilizar su marco jurídico otorgado para “enfrentar un mercado en competencia”, por lo que recalca que dicha empresa pública tiene el derecho de aplicarlo, en el tanto cumpla con los requisitos de la norma vigente al momento en que la Institución toma la decisión inicial de tramitar la excepción.

CRITERIO DEL ÁREA: Se rechaza la argumentación del recurrente, toda vez que la orden emitida en ninguna de sus consideraciones limita o exige a RACSA renunciar a su marco jurídico como empresa en competencia, pues tal y como lo indica el mismo recurso la aplicación de ese marco jurídico implica la observancia de una serie de requisitos.

En primer término, es necesario identificar el contexto del sector telecomunicaciones con el fin de tener mayor claridad sobre el alcance del criterio tomado en cuenta en la orden impugnada. En ese sentido, en la orden se plantea inicialmente que a partir de la apertura del mercado de telecomunicaciones en Costa Rica —impulsada por el CAFTA-DR e implementada en 2008 con la Ley General de Telecomunicaciones N.º 8642—, se transformó la comercialización y adquisición de bienes y servicios del sector, por lo que las entidades públicas que participaban en dicho sector no son las únicas oferentes, permitiendo el ordenamiento jurídico con el acceso de empresas privadas, que los usuarios de los servicios se beneficien a partir de más opciones en el mercado. La libre competencia entre operadores y proveedores es crucial, ya que los obliga a optimizar la calidad y los precios de sus productos, fomentando la eficiencia.

La libre competencia entre operadores y proveedores en el sector telecomunicaciones da a la Administración Pública más opciones para adquirir productos y servicios de telecomunicación e infocomunicación en condiciones más ventajosas en términos de precio, plazo de entrega y calidad. Precisamente, el ordenamiento jurídico en compras públicas promueve procedimientos concursales que le permiten elegir la mejor opción entre múltiples oferentes, asegurando el cumplimiento de los fines institucionales y el interés público. Así, la exigencia de procedimientos de concurso para la adquisición de bienes y servicios en el sector público no se formula con la emisión del citado Manual, puesto que ello es una obligación establecida a nivel constitucional (artículo 182 de la Constitución Política) y legal (Ley de Contratación Administrativa N.º 7494 y la actual Ley General de Contratación Pública N.º 9986).

En línea con lo anterior, el criterio vertido en la orden identifica que en materia de productos y servicios de telecomunicación, infocomunicación y servicios en convergencia, la Administración tiene un elenco favorable para tomar la mejor decisión entre más oferentes,

no debiendo ser automática la excepción de contratación directa con un proveedor por su sola naturaleza de entidad pública.

Particularmente, se hace referencia al Manual de buenas prácticas en procedimientos de contratación pública de servicios de telecomunicaciones emitido por la SUTEL, la cual funge como órgano regulador y autoridad de competencia en dicho sector, ya que ratifica la exégesis realizada por esta Área de Fiscalización, en este sentido debe entenderse que no es con la emisión de este Manual que se formula como regla general los procedimientos de concurso para la adquisición de bienes y servicios en el sector público, ya que para la Administración pública contratante es un deber impuesto a nivel constitucional (artículo 182 de la Constitución Política) y legal (Ley de Contratación Administrativa N.º 7494 y ahora la Ley General de Contratación Pública N.º 9986). Por ende, las condiciones de mercado instauradas a partir de la apertura del sector de las telecomunicaciones, fortalece lo destacado por este Órgano Contralor.

En tal sentido, el Manual busca instituir buenas prácticas en la Administración Pública que reflejen normas y principios ya establecidos, que no son novedosos, sino que rigen desde la apertura del mercado de telecomunicaciones en Costa Rica, impulsada por el CAFTA-DR e implementada en 2008 con la Ley General de Telecomunicaciones y que transformó la comercialización y adquisición de bienes y servicios del sector, permitiendo que se beneficie a los usuarios con más opciones en el mercado, con mejor calidad y precio.

El recurrente se centra en defender que el Manual de Buenas Prácticas en Procedimientos de Contratación Pública en Servicios de Telecomunicaciones emitido en noviembre de 2023 es un marco orientador, por lo que no supone que RACSA ni la Administración pública contratante, estén al margen de utilizar un procedimiento excepcional de compras legalmente establecido, aspecto que esta área no considera controversial, siempre y cuando, se cumplan con todos los requisitos legales, justifiquen la razonabilidad de precios mediante estudios de mercado y demuestren que es la mejor opción para lograr el interés público de cara a los procedimientos ordinarios. Es relevante señalar que el Manual en referencia no constriñe o condiciona el actuar de RACSA por sí mismo, sin embargo, reviste importancia ya que reitera que las excepciones a los procedimientos concursales deben ser interpretadas de forma restrictiva, con el objetivo de que sea coherente su utilización, siempre con el objetivo de cumplir con el fin público y uso más eficiente de los recursos públicos.

De ninguna manera en el criterio bajo análisis se cuestiona ni se contrapone al marco normativo determinado a favor de RACSA, siempre y cuando en su ejercicio la empresa pública se adecúe al ordenamiento jurídico, según el principio de juridicidad que le corresponde cumplir, tal y como lo obliga el artículo 11 de la Constitución Política y el artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública.

2. Sobre RACSA como empresa pública en el régimen de libre competencia del mercado de las telecomunicaciones:

El recurrente argumenta que la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones N.º 8660, le otorga facultades amplias a RACSA para ser competitivo y enfrentar a la competencia de empresas privadas que también participan en el mercado de telecomunicaciones, abierto a partir de la entrada en vigencia de la Ley General de Telecomunicaciones N.º 8642 desde mediados de 2008.

En este sentido, hace referencia a los artículos 6, 8 y 10 de la Ley N.º 8660 que le permiten realizar alianzas estratégicas, o cualquier otra forma de asociación empresarial con otros entes públicos o privados, nacionales o extranjeros, que desarrollen actividades de inversión, de capital, comerciales, de investigación, desarrollo tecnológico, prestación de servicios y otras relacionadas con sus propias actividades. Asimismo, destaca que los dictámenes de la Procuraduría General de la República no guardan relación con el cuestionamiento realizado al ser entendidos dentro de consultas de empleo público y no cuestionan las competencias legales y diversas formas de asociación con que cuenta la empresa pública.

CRITERIO DEL ÁREA: Se rechaza el argumento del recurrente. En un segundo apartado del criterio jurídico de la orden se analiza el rol que RACSA ejecuta en el contexto de libre competencia, comprendiendo su naturaleza como una empresa pública del Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) la cual fue constituida desde su concepción como sociedad anónima mercantil (según Ley denominada Traspasa Telecomunicaciones al ICE y éste se Asocia a RACSA Ley N.º 3293), la cual opera en el mercado de telecomunicaciones, al igual que las empresas privadas.

La Ley N.º 8660 le otorgó un rango más amplio de atribuciones, permitiéndole generar, instalar y operar redes, así como prestar, comercializar productos y servicios de telecomunicaciones, infocomunicaciones y en convergencia. Esto lo puede hacer directamente o mediante alianzas estratégicas y otras formas de asociación empresarial con entes nacionales o extranjeros, tanto públicos como privados. Esta Área de Fiscalización no desconoce ni mucho menos se opone al ejercicio de las facultades detalladas en los artículos 6, 8 y 10 de la Ley N.º 8660 y entiende que buscan darle a RACSA mayor valor agregado y competitividad en un mercado abierto, al permitirle suscribir este tipo de convenios se busca equiparar su condición para no estar en desventaja en relación con otros competidores en el sector.

Las referencias realizadas a criterios de la Procuraduría General de la República no son erróneas, ni se encuentran fuera de contexto, como pretende señalar el recurrente. En este sentido, el dictamen 332 emitido el 02 de diciembre de 2009, ante consulta realizada por el Instituto Costarricense de Electricidad sobre la relación de empleo, identifica a RACSA como lo hace su propia Ley de creación (Ley N.º 3293), como una empresa pública constituida como sociedad anónima. El dictamen 402 del 15 de octubre de 2020 en respuesta a quien ocupara en ese tiempo el cargo de Gerente de RACSA, es coincidente en afirmar —con base en la propia Ley N.º 3293— lo siguiente:

“La naturaleza jurídica de RACSA es de una empresa pública propiedad del ICE. La consideración de RACSA como empresa obedece no sólo por estar constituida bajo la forma de una típica sociedad mercantil (una sociedad anónima para ser exactos, según el artículo 3 de la Ley n.º3293), sino también porque su actividad principal es la prestación de servicios de carácter comercial o industrial en el ámbito de las telecomunicaciones, en esa medida **no se diferencia de la actividad que realizan o pueden llevar a cabo los particulares en dicho sector** (ver el dictamen C-332-2009, del 2 de diciembre); además, el apelativo de pública, obedece en este caso, a que fue adquirida con fondos públicos, cuyo dueño a su vez es un ente público: el ICE.” (el remarcado no es parte del original).

Asimismo, el dictamen 010 del 28 de enero de 2013 emitido por el Órgano Procurador de la República ratificó con base en la Ley N.º 8660 la habilitación otorgada a RACSA para asociarse comercialmente con entes privados, nacionales y extranjeros para diversos fines y así no estar en desventaja con los demás entes particulares que participan en el sector telecomunicaciones.

De tal manera las referencias brindadas por esta Área de Fiscalización no se encuentran al margen, ni son contradictorias con el ordenamiento jurídico que le compete a la empresa pública recurrente.

En esta línea, lo que sí se debe considerar es que el marco de acción de RACSA ha variado después de la apertura del sector, ya que pasa de ser un ente público prestador de servicio público en un mercado restringido a ser un operador más dentro de la prestación de servicios de interés público. El énfasis es entonces en el sentido de que las herramientas brindadas en la Ley N.º 8660 no son para distinguir un trato especial a su favor dentro del sector telecomunicaciones, si no para que en el nuevo contexto competitivo tenga las mismas oportunidades que los nuevos oferentes provenientes del sector privado, precisamente fortaleciendo y modernizando su actuar al habilitarle la facultad de hacer alianzas estratégicas, asociaciones empresariales y ejecutar prácticas comerciales usuales y legales en la industria.

El criterio emitido en la orden tampoco es contrario al marco legal vigente cuando afirma que la ejecución de estas herramientas de equiparación a favor de RACSA (como son la posibilidad de asociación con diversos entes) deben ser acordes estrictamente con los principios de competencia efectiva y no discriminación, que garantizan la igualdad de condiciones para todos los operadores y proveedores, aspecto que no es más que la reiteración de lo establecido en los incisos f) y g) de la Ley General de Telecomunicaciones N.º 8642 y que RACSA como ente público en competencia en dicho sector está también sujeto. Entendiendo que estos principios aseguran el mayor beneficio para los ciudadanos y de la Administración en su libertad de elección, además de evitar cualquier uso excesivo o contrario a los fines establecidos legalmente por la Ley N.º 8642.

3. Sobre aspectos de la contratación directa entre entes de derecho público:

RACSA asegura que las contrataciones directas a su favor estuvieron debidamente justificadas y motivadas por las entidades contratantes. Asimismo, alega que a lo interno la empresa pública verifica el cumplimiento de los requisitos de idoneidad legal y técnica y el porcentaje de aporte sustancial (50% o 70% según la norma vigente). Igualmente, se opone a la interpretación realizada por esta Área de Fiscalización que identifica que no pueden complementar los requisitos del objeto contractual con la participación de un tercero a través de una asociación empresarial. Argumenta que el hecho de que la ley exigiera sólo un porcentaje mínimo (50% o 70%) implica que el resto (50% o 30%) podía ser aportado por un tercero socio comercial, para ello cita las normas del Reglamento de Asociaciones Empresariales (artículos 1, 2, 21, 34) que regula estas figuras y la selección de socios.

CRITERIO DEL ÁREA: Se rechaza el argumento del recurrente. En este apartado del criterio del oficio impugnado, esta Área de Fiscalización resalta que el artículo 182 de la Constitución Política de Costa Rica establece que las contrataciones estatales deben realizarse por licitación pública, salvo excepciones estrictamente definidas por ley y

DFOE-CIU-0290

7

10 de julio, 2025

justificadas por el interés público. Esto significa que la contratación directa es una medida excepcional que las entidades públicas deben fundamentar y documentar minuciosamente.

El criterio controvertido por el recurrente más bien recalca que la contratación directa entre entes de derecho público es permitida legalmente, más su implementación excepcional debe ser restrictiva, en este caso particular, **por la naturaleza de los contratantes** para fomentar la **colaboración y alcanzar los objetivos de manera más eficiente dentro del sector público**.

Para que esta excepción sea válida, la entidad pública contratada debe demostrar su idoneidad legal y técnica, asegurando que el objeto contractual principal se alinea con sus competencias y que puede proveer al menos el 50% de la prestación, según el marco legal que se aplica a las contrataciones analizadas, a saber la Ley N.º 7494 y su reglamento. Debe entenderse que estas restricciones evitan que la contratación directa se utilice para beneficiar a terceros que en principio deberían participar mediante un proceso concursal. Si bien es cierto se permite la subcontratación, esta sólo es posible para aspectos accesorios o especializados, en porcentajes limitados y siempre bajo el régimen de contratación pública aplicable, siendo fundamental que esta excepción no se convierta en un medio para evadir los procedimientos ordinarios de licitación.

Cabe destacar que los anteriores requisitos se mantienen e incluso se han fortalecido con la Ley General de Contratación Pública N.º 9986, vigente desde diciembre de 2022, buscando siempre la transparencia y el fortalecimiento de la gestión contractual pública, siendo exigible cumplir al menos un 70% de las prestaciones del objeto y hasta un 30% en aspectos accesorios o especializados.

A pesar de los argumentos de RACSA sobre sus verificaciones internas, esta Área de Fiscalización evidenció, tanto por la empresa pública como por las instituciones contratantes, la ausencia de una valoración sustantiva sobre las actividades llevadas a cabo por el tercero de Derecho privado, más allá de enunciar la simple distribución porcentual de participación, aunado a la falta de conocimiento de los contratos de asociación entre RACSA y sus socios por parte de la Administración contratante.

La postura del recurrente es incorrecta al equiparar la asociación comercial o alianza estratégica de RACSA con una subcontratación. La naturaleza colaborativa de estas figuras no implica que uno de los socios adquiera bienes o servicios directamente de (los) otro(s) socios para cumplir con el objeto contractual original del ente público, sino más bien responde a una distribución de aportes para brindar un bien o servicio directamente al cliente. La realidad es que, en las contrataciones analizadas, la asociación con el sujeto de derecho privado fue fundamental para satisfacer la necesidad primaria del ente público contratante, lo que a su vez evidencia la falta de idoneidad de RACSA para solventar el objeto contractual por sí mismo.

Lo indicado, se evidencia por ejemplo en los propios acuerdos entre RACSA y sus socios, donde señalan que: “El presente Acuerdo tiene por objeto establecer las condiciones que regirán la relación entre LAS PARTES para brindar de forma conjunta, llevar a cabo (...)” y continúa con el objeto contratado a RACSA por las entidades públicas, aunado a ello, dicho acuerdo señala el tipo de asociación empresarial e indica expresamente: “Acuerdo para brindar Servicios Administrados: “son aquellos acuerdos que se firman con uno o varios a

través de los cuales se brindan a los clientes finales de RACSA, sean públicos o privados, servicios de información, telecomunicaciones, infocomunicaciones u otros en convergencia, atendiendo los requerimientos del cliente, ya sea mediante soluciones hechas a la medida o bien estandarizadas. **En este esquema de negocio uno o varios aportan elementos complementarios que en combinación con los servicios que brinda RACSA, conforme a sus competencias, permiten satisfacer la necesidad del cliente final, sin que exista traspaso de la propiedad de ningún bien a su favor.** en (sic) un servicio administrado el pago del cliente se realiza por el servicio recibido, para lo cual es necesario cumplir con determinados estándares de calidad y/o niveles de servicio.” (el resaltado no es del original).

En este particular, la excepción debe ser interpretada restrictivamente, esto significa que uno de presupuestos básicos es que el ente público contratado tiene la competencia (facultad jurídicamente otorgada) y la idoneidad (facultad técnica para desarrollar el objeto), siendo que por el mecanismo utilizado por RACSA no garantizó que se dieran estos elementos esenciales en la especie fáctica analizada.

La empresa pública contratada ejecutó el objeto contractual mediante una asociación empresarial, lo que no es coherente con el requisito subjetivo de la excepción, desvirtuando el requisito primordial al convertirse en una especie de consorcio que permitió a una entidad privada proveer bienes y servicios a la Administración Pública, sin que esta fuera seleccionada previamente a través de los procedimientos de contratación pública establecidos en la Constitución Política y la ley.

La Sala Constitucional¹ se ha referido a la contratación entre entes de derecho público de manera que esta pueda darse “en virtud de la naturaleza de los sujetos que intervienen en la contratación, los cuales comparten un fin común, que es la consecución del interés público, además, su actuación debe, necesariamente, regirse por los principios de eficiencia, eficacia, cooperación y colaboración interadministrativa, transparencia y el buen uso de los fondos públicos. Es así, como el legislador, a través de una ley formal, creó una excepción a los procedimientos de contratación pública, en atención a la naturaleza de los sujetos que intervienen y, concretamente respecto de lo que se llama la contratación interadministrativa”.

A partir del error de interpretación de parte del recurrente y manteniendo las distancias entre la naturaleza de la asociación empresarial o alianza estratégica implementada en la especie analizada y la subcontratación no corresponde la evaluación del porcentaje de participación que el ente privado tuvo en la ejecución del objeto contractual requerido por el ente público contratante, ya que tanto RACSA como su socio mantenían el control en la ejecución contractual, lo cual manifiesta otra distinción entre estas figuras de negocios y la subcontratación pues la distribución de riesgos es diferente. A pesar de que en la práctica la responsabilidad de la ejecución recae en un 100% sobre RACSA.

La subcontratación no es sinónimo de una alianza o acuerdo comercial, por que mantiene una naturaleza distinta. La subcontratación se configura siempre y cuando exista un contrato principal, a partir del cual surja o se configure un contrato accesorio que será ejecutado por el subcontratista, siendo su finalidad asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no puede subsistir sin ella, ni tampoco puede llegar a

¹ Resolución 11257-2017 de las nueve hora quince minutos del 19 de julio de 2017.

convertirse en la contratación principal que deriva la misma². Es por ello, que vale establecer porcentajes de participación con tal que la Administración contratante verifique que la subcontratación no se convierta en la principal.

Sin embargo en una alianza no se busca un cambio de bienes por dinero entre los socios, sino lograr un convenio de cooperación que les permita llevar a cabo un proyecto o negocio coordinando sus competencias, ventajas comparativas, medios y recursos necesarios para competir con mayor ventaja en un mercado exigente, o acceder a otros mercados que por sí mismos no pudieran al contar con mayores y mejores recursos y medios³. Ante ello, la concreción de un objeto contractual a favor de un tercero (en este caso contratante público) ocupa a ambas partes, ya que por sí mismas los entes asociados no podrían brindar el principal.

4. Facultad de realizar asociación con terceros

El recurrente resalta que el Área de Fiscalización reconoce su facultad legal de asociarse según la Ley N.º 8660 (artículos 6 y 8). Sin embargo, considera contradictoria la conclusión a la que se llega en cuanto a que no puede utilizar la figura de asociación empresarial con sujetos privados cuando sea el contratista seleccionado mediante la excepción de contratación directa entre entes públicos. Afirma que ni la Ley de Contratación Administrativa (LCA) ni la Ley General de Contratación Pública (LGCP), ni la Ley Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, excluyen expresamente que RACSA pueda brindar un servicio con un tercero asociado. Menciona que la modificación del artículo 6(d) del Reglamento a la LGCP permite seleccionar al tercero mediante cualquier procedimiento.

CRITERIO DEL ÁREA: Se rechaza la argumentación del recurrente. La orden impugnada establece que un ente público sólo puede formar alianzas estratégicas o asociaciones empresariales si cuenta con autorización legal y si estas ofrecen ventajas competitivas alineadas con su objeto social, aspecto que reconoce en el caso de RACSA, la Ley N.º 8660, que autoriza explícitamente al ICE y sus empresas a constituir dichas asociaciones con entes públicos o privados, nacionales o extranjeros, dada la naturaleza competitiva del mercado de telecomunicaciones.

Lo señalado por el Área de Fiscalización no contradice la habilitación legal otorgada a la empresa pública por la citada ley. La objeción de la orden se refiere a que la implementación de estas figuras no debe usarse para evadir los procedimientos de contratación de bienes y servicios. Sin embargo, es omiso el recurso presentado en señalar que desde la Ley N.º 7494 y su Reglamento, en específico el artículo 138 se establece expresamente que: *“Bajo ninguna circunstancia, la presente excepción podrá utilizarse como un mecanismo para la contratación de terceros sin atender los procedimientos ordinarios previstos en la Ley de Contratación Administrativa y este Reglamento”* y que se mantiene con la LGCP y su Reglamento. De forma que específicamente, se recalca que la excepción implementada en las contrataciones bajo análisis sólo permite la participación directa de entidades de derecho público en la concreción del objeto principal, por lo que no

² Contraloría General de la República. DJ-3041 del 30 de julio de 2010 entre otros.

³ Procuraduría General de la República. C-010 del 28 de enero de 2013.

DFOE-CIU-0290

10

10 de julio, 2025

se trata de ninguna interpretación, sino de lo que se deriva de las propias regulaciones aplicables.

Debe reiterarse que en efecto, una alianza estratégica es un acuerdo de cooperación entre empresas, ya sean competidoras o complementarias, que coordinan sus capacidades y recursos para ejecutar un proyecto o actividad específica. El objetivo principal es mejorar la competitividad en mercados exigentes o acceder a nuevas oportunidades, lo que incluye lanzar productos o servicios innovadores, expandir el alcance, optimizar la producción, obtener precios más favorables, aumentar la visibilidad, acceder a financiamiento o capacitación, y ampliar la cobertura geográfica. Además, estas alianzas facilitan el acceso a nuevas tecnologías, investigación y desarrollo, compartiendo tanto los costos como los recursos.⁴

RACSA en su propio reglamento particular define estas asociaciones como uniones para desarrollar nuevos servicios o negocios, buscando ventajas competitivas conjuntas, compartiendo riesgos e ingresos, **a diferencia de los contratos de contratación administrativa donde hay un pago por un bien o servicio**. Es esencial diferenciar estas alianzas comerciales de los contratos de adquisición de bienes o servicios. Mientras que los contratos de compra implican una retribución económica a cambio de una prestación, las asociaciones empresariales son colaborativas y buscan crear conjuntamente un bien o servicio para un tercero (en este caso el contratante de derecho público), distribuyendo aportes, riesgos y beneficios entre las partes.

Por lo tanto, si una institución pública busca aplicar la excepción de contratación directa entre entes de derecho público, debe asegurarse de que la entidad pública contratada provea los bienes o servicios sustanciales de forma íntegra. Si el objeto contractual se va a desarrollar mediante un consorcio público-privado, la Administración contratante está obligada a recurrir a un proceso licitatorio ordinario, ya que la naturaleza colaborativa de la asociación empresarial desvirtúa la premisa de idoneidad exclusiva de un ente público para activar esta excepción. Tal y como se indicó en el apartado de Conclusiones del oficio de Orden, *“Sobra indicar que la Contraloría General de la República en modo alguno excluye la posibilidad de que la Administración Pública recurra a la contratación y colaboración de sujetos privados para el cumplimiento de sus fines, siempre y cuando se encuadre dentro de los mecanismos legales existentes al efecto y se respeten los procedimientos de contratación pública vigentes.”*

5. Respaldo en resoluciones y normativa reciente

RACSA cita la Resolución N° 022483-24 dictada por la Sala Constitucional el 7 de agosto de 2024 como respaldo reciente que ratificó su régimen especial de contratación y la facultad de formalizar cualquier tipo de asociación para prestar servicios a terceros (públicos o privados). El recurrente considera que la posición de la Contraloría se basa en interpretaciones erróneas y en resoluciones o supuestos que no le resultan aplicables, según su competencia.

CRITERIO DEL ÁREA: Se rechaza el argumento del recurrente. Se reconoce que la Sala Constitucional, mediante Resolución N.º 022483-24 del 7 de agosto de 2024, ha ratificado el

⁴ Procuraduría General de la República. OJ-049 del 04 junio de 2015.

régimen especial de RACSA contenido en la Ley N.° 8660, incluyendo su facultad de formalizar cualquier tipo de asociación para prestar servicios a terceros, sean públicos o privados. Esta resolución, al declarar inconstitucional el inciso c) del artículo 135 de la LGCP, restituye el régimen especial del ICE y sus empresas para contratar para sí bienes y servicios.

Sin embargo, esta facultad de asociación, aunque amplia, no exime a RACSA de observar los principios constitucionales que informan la contratación pública, tales como la transparencia, la igualdad de trato y la seguridad jurídica. Cuando RACSA participa como oferente en contrataciones entre entes de derecho público, debe cumplir con los requisitos establecidos en la normativa aplicable a la institución contratante en ese momento, sobre todo el garantizar la idoneidad para realizar por sí mismo el objeto contractual sustancial, pudiendo subcontratar como una posibilidad limitada a adquisiciones de elementos accesorios o especializados.

Es claro que la Ley N.° 8660 faculta a RACSA a generar, instalar y operar redes, prestar, y comercializar productos y servicios "de manera directa o mediante acuerdos, convenios de cooperación, asociaciones, alianzas estratégicas o cualquier otra forma de asociación". No obstante, la correcta aplicación de esta facultad en el contexto de una excepción a la licitación —como es la contratación entre entes de derecho público— debe asegurar que RACSA mantenga una participación sustancial y significativa en el objeto contractual, y que la contribución de terceros sea especializada y accesorio. En este sentido, el criterio empleado por esta Área de Fiscalización se mantiene ya que busca verificar que la excepción se utilice para aprovechar las capacidades propias de la entidad pública contratada, no para eludir el principio de licitación cuando la concreción del objeto principal pretendido por la Administración contratante es compartida y provista por un tercero privado a través de la asociación.

6. Inexistencia de ilegalidad manifiesta o lesión al interés público (Principio de Antijuridicidad Material), Ausencia de Culpabilidad (Principio de Inocencia y Confianza Legítima) y error en la aplicación de sanciones

Se argumenta en el recurso planteado que, para que una sanción proceda (como declarar contratos irregulares), la conducta debe ser típica, antijurídica (formal y materialmente), culpable y punible. En cuanto a la antijuridicidad material, sostiene que sus acciones fueron de buena fe y procuraron salvaguardar el interés público de las instituciones contratantes. Concluye que, al no haberse lesionado significativamente el interés público, no se configura este presupuesto, lo que haría inaplicable la sanción.

RACSA alega que actuó bajo el principio de inocencia y creyendo que su actuación era correcta y oportuna (principio de confianza legítima), ya que el marco normativo (especialmente la Ley N.° 8660 y los porcentajes permitidos en la Ley habilitaba la ejecución de contratos en alianza con un tercero. Afirma que realizó acciones internas para verificar la viabilidad técnica, financiera y legal de los contratos, demostrando diligencia y ausencia de dolo o culpa grave.

El recurrente considera que la interpretación de esta Área de Fiscalización, al pretender aplicar una sanción como la declaratoria de contrato irregular, se basa en un presupuesto jurídico (la norma de contrato irregular) que no guarda relación con los presupuestos

DFOE-CIU-0290

12

10 de julio, 2025

fácticos y legales reales que permitían a RACSA operar con socios comerciales bajo la normativa vigente en cada momento.

CRITERIO DEL ÁREA: Se rechaza el argumento del recurrente. En virtud de las competencias de investigación conferidas por el artículo 22 de nuestra Ley Orgánica, y basándose en los criterios señalados en el oficio recurrido, esta Área de Fiscalización dispuso instruir a las Administraciones contratantes para que implementen las acciones pertinentes, de conformidad con el marco legal vigente, por lo que no es el estrado ni la oportunidad válida para discutir particularmente cada caso.

Ahora bien, vale resaltar que la orden específica impugnada plantea dentro de los criterios a evaluar que tanto la entidad pública contratante como la empresa pública RACSA, al participar en procedimientos de contratación pública (incluyendo las excepciones), tienen responsabilidades ineludibles sobre la correcta ejecución y legalidad del proceso. El artículo 21 de la Ley de Contratación Administrativa N.º 7494 y el artículo 218 de su Reglamento, establecen el deber del contratista de verificar la corrección del procedimiento, sin poder alegar desconocimiento de la ley. Esto es aún más relevante cuando las partes contratantes son entidades públicas. Ambas partes deben asegurar la plena juridicidad del contrato, especialmente al optar por una excepción, para evitar vicios graves como la omisión de un procedimiento o el uso ilegítimo de una causal de excepción.

Se pone de manifiesto que la ley prohíbe el pago a un contratista si el contrato es irregular, dado su deber de verificar la corrección del procedimiento. Sin embargo, hay una excepción: si el contrato se ejecutó de buena fe y generó un provecho evidente para la Administración, se permite una indemnización al contratista, basada en principios de equidad y prohibición de enriquecimiento sin causa. Es importante destacar que, en estos casos, la indemnización no incluye el lucro cesante (el beneficio no percibido), e incluso se aplica una rebaja del 10% si se desconoce dicho porcentaje. Además, la Ley N.º 7494 prevé un proceso sancionatorio para los funcionarios que promuevan contrataciones irregulares, reforzando la necesidad de que la Administración analice lo correspondiente y actúe con la debida diligencia dentro del marco de la legalidad.

A partir de los anteriores criterios y según la base fáctica analizada se ha identificado que en las contrataciones realizadas a favor de RACSA, la Administración pública contratante ha utilizado indebidamente la excepción de contratación directa entre entes de derecho público, una figura que exige que ambos contratantes sean exclusivamente entidades públicas. Sin embargo, al emplear RACSA asociaciones empresariales con entidades de derecho privado para cumplir con los contratos pactados con la Administración, contraviene la normativa.

Esta práctica se detectó tras analizar las contrataciones directas en las que RACSA participó como contratista entre el 1 de enero de 2017 y el 28 de enero de 2025. En este periodo, RACSA fue adjudicada en 136 contratos bajo excepción, siendo 94 de estos bajo la Ley N.º 7494 y 16 bajo la Ley N.º 9986, con objetos contractuales que incluyen sistemas ERP, rastreo satelital y servicios de telecomunicaciones, los cuales son adquiribles en un mercado competitivo.

Se pone de manifiesto que, si bien RACSA, —por su naturaleza pública y al estar en aplicación de un procedimiento excepcional de compra—, debe asegurar la prestación sustancial los bienes y servicios a las entidades públicas contratantes, sin embargo, las alianzas que forma con empresas privadas y el aporte de estas en las prestaciones

DFOE-CIU-0290

13

10 de julio, 2025

contratadas originalmente no garantizan que RACSA sea idónea para cumplir con el contrato, siendo imprescindible que la empresa pública demuestre su propia capacidad jurídica y técnica en dichas contrataciones.

Los datos no debatidos por la empresa pública son contundentes para brindar la importancia del análisis efectuado por esta Área de Fiscalización, en cuanto identifican que en 45 de estas 136 contrataciones directas (el 33,1%), RACSA recurrió a figuras de asociaciones empresariales o alianzas estratégicas con 25 socios comerciales privados, concentrándose la mayoría de estos acuerdos en solo 3 de ellos. Estas alianzas se ejecutaron en contratos con 32 entidades públicas diferentes.

Al 28 de enero de 2025, según información suministrada por RACSA a la Contraloría General, 10 de estas contrataciones estaban en ejecución, las entidades contratantes habían pagado a RACSA más de ₡14 mil millones, mientras que los socios privados asociados a esta empresa pública obtuvieron beneficios por más de ₡27 mil millones y \$46 millones en el periodo analizado. No es proporcional el pago recibido por las empresas privadas en relación a las funciones por las cuales RACSA cobraba a las entidades públicas contratantes, lo que refuerza que se está ante una relación comercial distinta a la de una mera subcontratación de aspectos accesorios o especializados, es decir, en principio se esperaría que si se trataran de servicios accesorios o especializados estos no tuvieran un valor superior al precio por la ejecución del objeto principal. Relación que económicamente hablando resultó a todas luces más ventajosa para los socios que para RACSA, colocando a unos pocos terceros sin participar en un proceso concursal, a ejecutar contratos públicos por la vía de una causal de excepción, que se reitera, es exclusiva entre sujetos públicos.

Lo anterior acrecienta la tesis expuesta en la orden en cuanto define que el uso de asociaciones con privados para cumplir contratos derivados de excepciones de contratación directa entre entes públicos constituye en este caso particular analizado una irregularidad contractual, contraviniendo el artículo 21 de la Ley N.º 7494 y el artículo 218 de su Reglamento.

Ahora bien, sobre el principio de seguridad jurídica alegado como violentado, es imperioso aclarar que dicho principio de rango constitucional, implica que las expectativas de derechos se cimentan en el texto legal y que la Administración debe observar la ley. Asimismo, se tiene que el principio de irretroactividad es fundamental. Sin embargo, la labor de esta Área de Fiscalización determinó que las contrataciones realizadas en el pasado no cumplieron con las normas vigentes en el momento de su formalización y ejecución. Al detectar que ciertas condiciones para la aplicación de una excepción no se cumplieron conforme a la ley de aquel entonces, el pronunciamiento realizado en el oficio hoy impugnado es una constatación de una infracción a la legalidad vigente en la especie fáctica, no una aplicación retroactiva de una nueva norma o una interpretación posterior.

Asimismo, se entiende que la confianza legítima puede proteger al administrado ante un cambio de criterio o interpretación por parte de la Administración. No obstante, este principio debe ponderarse con el principio de juridicidad, que exige que los funcionarios públicos cumplan con los deberes que la ley les impone y no se arroguen facultades no concedidas. Si una actuación se realizó fuera de los límites de la ley vigente en ese momento, incluso si hubo una interpretación errónea por parte de las administraciones contratantes, esto no anula la posibilidad de control y rectificación por parte del órgano fiscalizador y que las

DFOE-CIU-0290

14

10 de julio, 2025

propias Administraciones ejecuten las acciones correspondientes según lo impone el propio ordenamiento jurídico.

Se reafirma que esta Área de Fiscalización de la Contraloría General de la República ejerció una potestad de control y fiscalización sobre la actividad de los sujetos pasivos de su competencia, la cual es constitucional y legalmente respaldada. Dentro de sus atribuciones, se encuentra la de asegurar que los procedimientos de contratación se realicen con estricto apego al ordenamiento y a los límites de racionalidad y razonabilidad.

Debemos sostener que la declaratoria de contrato irregular procede cuando hay "omisión del procedimiento correspondiente" o se ha "recurrido de manera ilegítima a alguna excepción". En este caso, la aplicación de la excepción de contratación directa entre entes públicos no se ajustó a los requisitos legales y principios de la contratación administrativa vigentes en el momento de la contratación, específicamente en lo relativo a la participación sustancial de RACSA, aspecto que va más allá del mero señalamiento de la existencia de los documentos de verificaciones respectivos, según el procedimiento de contratación y que dentro de la Orden se acredita su existencia, pero también la carencia que presentan sobre la verificación jurídica de la aparente subcontratación frente a la situación real mediante la cual RACSA participó con un tercero (socio privado) para brindar el objeto contractual. Una desviación de estos requisitos sí constituye una contravención al ordenamiento jurídico (antijuridicidad formal) y una lesión al fin público de la contratación (antijuridicidad material), que es la gestión eficiente y transparente de los procesos concursales y el propio manejo de los recursos públicos, y la garantía del principio de libre competencia e igualdad de oportunidades entre los oferentes. El hecho de que la norma permitiera la contratación con terceros hasta cierto porcentaje y bajo ciertos supuestos no significa que cualquier tipo de asociación sea válida si desvirtúa el propósito de la excepción y la participación sustancial del ente público contratado.

En razón de todo lo anterior se mantiene la validez y eficacia del acto impugnado en todo su texto y la orden a la Junta Directiva de RACSA en cuanto al establecimiento y divulgación de los controles internos necesarios "para garantizar que en la eventual participación como contratista o proveedor en contrataciones directas entre entes de derecho público con fundamento en el artículo 3 inciso b) de la Ley N.º 9986, RACSA por sí misma pueda llevar a cabo el objeto contractual conforme a sus competencias legales, sin utilizar para ello las figuras de asociación empresarial con sujetos de derecho privado".

III. SOBRE LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DE LA ORDEN N.º DFOE-CIU-ORD-00002-2025

El representante y apoderado de RACSA pretende, a partir de todos los alegatos presentados, que esta Área de Fiscalización para el Desarrollo de las Ciudades de la Contraloría General de la República acoja el recurso de revocatoria y, en consecuencia, anule y revoque el oficio N.º 09554 (DFOE-CIU-0194 del 19 de mayo de 2025) y la Orden N.º DFOE-CIU-ORD-00002-2025. En caso que el recurso de revocatoria sea rechazado solicita que se eleve el recurso de apelación ante el Despacho Contralor para su resolución correspondiente. Adicionalmente requiere que se suspendan los efectos del acto impugnado, con base en el artículo 148 de la Ley General de la Administración Pública.

DFOE-CIU-0290

15

10 de julio, 2025

CRITERIO DEL ÁREA: El oficio recurrido busca prevenir inconsistencias con la normativa de contratación pública, reconociendo el uso restrictivo del régimen excepcional de contratación en el sector público, priorizando en caso de duda, la realización de los procesos ordinarios de concurso, conforme lo establecido constitucionalmente. A partir de ello, es relevante y oportuna por parte de RACSA la creación de controles internos para asegurar la observancia del ordenamiento jurídico de forma tal que se pueda ejecutar el contrato con sus propias capacidades legales al participar en contrataciones directas bajo el artículo 3 inciso b) de la Ley N.º 9986, esto sin recurrir a asociaciones con empresas privadas.

Esta medida no restringe la habilitación de RACSA para formar alianzas con entidades públicas o privadas, según lo permite la Ley N.º 8660, ni impide que sea contratada por entidades públicas. Sin embargo, la empresa pública debe demostrar siempre su idoneidad para ejecutar por sí el objeto ofrecido. Esto significa que puede participar en contrataciones directas con el sector público cuando posea los recursos técnicos y legales necesarios, siendo que, en caso que su oferta incluya la participación directa de un socio comercial (mediante una alianza o acuerdo comercial, a partir de dicha participación público-privada), es imperativo que la contratación por parte de la entidad pública contratante se realice mediante concurso público. A partir de lo anterior, esta Área de Fiscalización concluye que los argumentos del recurrente carecen de sustento probatorio para desvirtuar la orden impugnada mediante recursos ordinarios.

Finalmente, se rechaza la solicitud para que se suspendan los efectos del acto impugnado, con base en el artículo 148 de la Ley General de la Administración Pública, por cuanto del mismo texto de esa norma es claro que la interposición de recursos no suspende de forma automática la ejecución del acto; además, la solicitud efectuada por RACSA no se acompaña del debido sustento probatorio que permita demostrar fehacientemente el perjuicio grave, imposible o de difícil reparación para la entidad pública.

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 347, 349 y 350 de la Ley General de la Administración Pública, Ley N.º 6227, y numeral 33 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Ley N.º 7428; **SE RESUELVE:**

I. Declarar sin lugar el recurso de revocatoria interpuesto por Mauricio Barrantes Quesada, en su carácter de Gerente General y apoderado generalísimo sin límite de suma de RACSA, en contra del oficio N.º 09554 (DFOE-CIU-0194 del 19 de mayo de 2025) de notificación de la Orden N.º DFOE-CIU-ORD-00002-2025 sobre la incompatibilidad de la utilización de la figura de asociación empresarial con sujetos de derecho privado en los procesos de contratación directa entre entes de derecho público.

II. Rechazar la solicitud de suspensión de los efectos del oficio N.º 09554 (DFOE-CIU-0194 del 19 de mayo de 2025) de notificación de la Orden N.º DFOE-CIU-ORD-00002-2025.

DFOE-CIU-0290

16

10 de julio, 2025

III. Trasladar el expediente administrativo al Despacho de la Contralora General de la República, a efecto de que pueda ser resuelto el recurso de apelación en subsidio interpuesto.

NOTIFÍQUESE

Marcela Aragón Sandoval
Gerente de Área

José F. Monge Fonseca
Fiscalizador

CGR | Firmado
digitalmente
Valide las firmas digitales

/mrp

G: 2024002557-13

NI: 11104-2025