

DIVISIÓN DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Al contestar refiérase
al oficio N° **01694**

22 de febrero de 2012
DCA-0391

Señora
Maryleana Méndez Jiménez
Presidenta
Superintendencia de Telecomunicaciones
Fax: 2215-6821

Estimada señora:

Asunto: Se refrenda en forma condicionada, el contrato suscrito entre la Superintendencia de Telecomunicaciones y el Banco Nacional de Costa Rica, correspondiente al Fideicomiso de Gestión de los Proyectos y Programas del Fondo Nacional de Telecomunicaciones (Fonatel), derivados de la Contratación Directa No. 2011CD-000091-SUTEL.

Nos referimos a su oficio No. 2629-SUTEL-2011 de fecha 11 de octubre de 2011, y recibido en este Despacho el mismo día, por medio del cual solicita el refrendo legal del contrato suscrito entre la Superintendencia de Telecomunicaciones y el Banco Nacional de Costa Rica, correspondiente al Fideicomiso de Gestión de los Proyectos y Programas del Fondo Nacional de Telecomunicaciones (Fonatel), derivados de la Contratación Directa No. 2011CD-000091-SUTEL.

I.- Antecedentes

- 1) Por medio del oficio 3466-SUTEL-2011 de fecha 30 de noviembre del año en curso, recibido el 01 de diciembre siguiente, esa Superintendencia atendió requerimiento de información adicional solicitada por este órgano contralor mediante oficio DCA-2904 del 7 de noviembre de 2011, indicando que se solicita dejar sin efecto el documento de contrato sometido originalmente al conocimiento de este órgano contralor, y en su lugar se tenga por presentada la nueva versión de dicho contrato que se adjunta en esa oportunidad.
- 2) Finalmente, por medio del oficio 211-SUTEL-2012 del 23 de enero de 2012, recibido el día siguiente, en respuesta a la solicitud de información adicional comunicada por parte de este Despacho mediante el oficio DCA-0030 del 11 de enero anterior, remite una versión actualizada del documento contractual para su respectivo refrendo.

II.- Criterio del Despacho

i. Sobre el alcance y naturaleza del refrendo

El refrendo contralor representa un requisito de eficacia jurídica de los contratos, lo que implica que hasta que no se cumpla con dicho trámite, los contratos suscritos por la Administración Pública se ven imposibilitados jurídicamente, de surtir efectos y por lo tanto, no pueden ejecutarse. En ese sentido, al ser un acto de aprobación, el refrendo no es un medio, por el cual el órgano de fiscalización superior, se encuentre facultado para anular el contrato administrativo.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, Reglamento R-CO-44 (en adelante Reglamento de Refrendo), la labor del órgano contralor dentro del trámite de refrendo, concebido como un análisis de legalidad, se circunscribe a examinar y verificar que el clausulado del contrato administrativo se ajuste sustancialmente al ordenamiento jurídico según los términos previstos en el artículo 8 del mismo texto normativo. Esto es, que exista una concordancia entre el cartel como reglamento específico de la contratación, la oferta formulada y el ordenamiento jurídico en su plenitud.

Asimismo, dentro del esquema de refrendo previsto en nuestra legislación, la Contraloría General de la República, no valida los criterios técnicos contenidos dentro del expediente administrativo, que fungen finalmente como sustento de la contratación. Este órgano de control superior, únicamente verifica la existencia de dichos criterios y el apego de la tramitología del procedimiento de contratación al bloque de legalidad. Lo anterior, en la medida que le corresponde a los propios funcionarios de la respectiva Administración –en razón de su idoneidad técnica- asumir dichos análisis, por lo que a esta Contraloría General le corresponde en el análisis de legalidad, la verificación de que se haya realizado dicha labor pero no el fondo de esas valoraciones¹.

Por lo tanto, tal y como lo dispone el artículo 9 del supracitado reglamento, el análisis de legalidad efectuado por este órgano se limita a los aspectos detallados en el mencionado artículo 8 de la misma normativa. Consecuentemente, se presume la legalidad de los demás aspectos no contemplados dentro del análisis referido, los cuales son de exclusiva responsabilidad de la Administración. Lo anterior, sin detrimento de una revisión futura, que en el ejercicio de las potestades de fiscalización, pueda llevar a cabo este órgano contralor.

Al tenor de lo que viene dicho, es claro que este órgano contralor al momento de analizar cada solicitud de refrendo no entra a valorar ni la oportunidad ni la conveniencia del procedimiento de contratación incoado, considerando que son aspectos que le corresponden exclusivamente a la Administración dentro del ámbito de su discrecionalidad y no se enmarcan dentro del estudio de legalidad que implica el refrendo.

¹ Sobre la naturaleza del refrendo, puede consultarse la sentencia 2004-14421 del 17 de diciembre del 2004 de la Sala Constitucional.

Ahora bien, antes de proceder a realizar ese análisis de legalidad, corresponde señalar que la competencia para otorgar el refrendo al contrato de citas, deriva de lo dispuesto en el inciso 6 del artículo 3 del Reglamento de Refrendo, numeral en el que se delimita la competencia de este órgano contralor en materia de refrendo y que expresamente señala en el inciso 6 que se requerirá el refrendo de aquellos contratos celebrados entre dos o más entes, empresas u órganos públicos, en el tanto tengan por objeto la constitución de fideicomisos.

Dicho supuesto se configura en el escenario actual en el que la Sutel suscribe un fideicomiso con el Banco Nacional de Costa Rica para la Administración y gestión de los proyectos y programas de Fonatel, con fundamento en el artículo 35 de la Ley General de Telecomunicaciones² y, el artículo 14 de la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos³ y el artículo 3 de la Ley de Contratación Administrativa^{4 5}.

² Artículo 35.- Administración de Fonatel. Corresponde a la Sutel la administración de los recursos de Fonatel. Dicha administración deberá hacerse de conformidad con esta Ley, el Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones y los reglamentos que al efecto se dicten. / Se autoriza a la Sutel para que administre los recursos financieros del Fondo, mediante la constitución de los fideicomisos que le sean necesarios para el cumplimiento de sus fines. / Los contratos de fideicomiso deberán suscribirse con bancos públicos del Sistema Bancario Nacional, seleccionados de acuerdo con la mejor oferta entre las recibidas, a partir de la invitación que se realice. / El fiduciario deberá observar las obligaciones que le imponen las disposiciones legales vigentes, así como las que se derivan del contrato de fideicomiso que se suscriba. Los recursos que se administren en los fideicomisos, deberán invertirse en las mejores condiciones de bajo riesgo y alta liquidez. Los fideicomisos y su administración serán objeto de control por parte de la Contraloría General de la República. / Se declaran de interés público, las operaciones realizadas mediante los fideicomisos establecidos en la presente Ley; por lo tanto, tendrán exención tributaria, arancelaria y de sobretasas para todas las adquisiciones o venta de bienes y servicios, así como las inversiones que haga y las rentas que obtenga para el cumplimiento de sus fines. / Los fideicomisos se financiarán con los recursos establecidos en el artículo 38 de esta Ley.

³ “Artículo 14. Sistemas de contabilidad. Los entes establecidos en el artículo 1 no podrán constituir fideicomisos con fondos provenientes del erario de no existir una ley especial que los autorice. Dicha ley regulará las condiciones generales que se incluirán en el contrato de fideicomiso. Estos entes se sujetarán a la legislación vigente en lo relativo a la contratación tanto de bienes y servicios como del recurso humano necesario para la consecución de los objetivos. Asimismo, dichos contratos de fideicomiso serán de refrendo obligado por parte de la Contraloría General de la República, la cual, para todos los efectos y en acatamiento del mandato constitucional, deberá fiscalizar el uso correcto de los dineros, aprobar los presupuestos de ingresos y egresos, así como emitir las directrices atinentes a procurar un manejo sano de ellos.

⁴ “Artículo 3.- Régimen jurídico. / La actividad de contratación administrativa se somete a las normas y los principios del ordenamiento jurídico administrativo. / Cuando lo justifique la satisfacción del fin público, la Administración podrá utilizar, instrumentalmente, cualquier figura contractual que no se regule en el ordenamiento jurídico-administrativo (...)”.

⁵ Este Despacho en el oficio 12168 (DCA-3708) del 14 de noviembre del 2008, luego de hacer referencia a lo dispuesto en el oficio 00739 (DCA-0323) de 30 de enero del 2008, señaló lo siguiente: “(...) *En el citado oficio se consideró que esta situación era propia de aquellas administraciones que no estaban sometidas a lo señalado en el artículo 1 de la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos y no necesariamente para el caso de los Ministerios, que en tesis de principio si lo estaría. Sin embargo, este criterio se adiciona, ya que independientemente de la entidad pública de que se trate por la particularidad del negocio, en todo caso resulta aplicable y suficiente sustento jurídico el artículo 3 de la Ley de Contratación Administrativa que autoriza la utilización de “cualquier figura contractual que no se regule en el ordenamiento jurídico-administrativo” como medio instrumental a fin de lograr la satisfacción del fin público perseguido y, se reitera, siempre y cuando no se*

ii. Sobre la idoneidad de la utilización de la figura del fideicomiso para la gestión de los proyectos y programas que se realicen con cargo a los recursos del Fonatel.

De conformidad con el artículo 35 de la Ley General de Telecomunicaciones, corresponde a la Sutel la administración de los recursos del Fonatel, quedando autorizada dicha Superintendencia para llevar a cabo esa administración mediante la constitución de los fideicomisos que le sean necesarios para el cumplimiento de sus fines.

Ahora bien, es importante tener presente que la normativa únicamente *autoriza* la constitución de fideicomisos pero evidentemente no se impone ello en forma obligatoria, por lo que de previo a acudir a su utilización, es menester que la Administración valore la conveniencia de recurrir a dicha figura contractual.

De esa forma, la decisión de constituir un fideicomiso de administración debe encontrarse motivada, debiendo constar en el expediente los estudios de factibilidad que justifiquen el uso de la alternativa escogida, así como estudios de razonabilidad de los honorarios del fiduciario, de la unidad ejecutora, asesor financiero “(...) y *en general sobre el esquema propuesto, que tiene una serie de costos relevantes relativos a comisiones y otros, de frente a otras posibilidades de financiamiento de las obras (...).*”⁶

En este sentido, es preciso destacar que esta Contraloría General ha señalado cierta preocupación respecto de la constitución de fideicomisos de administración debido a que su utilización podría generar una práctica incorrecta de pretender sustraer fondos públicos con la intención de generar administraciones paralelas que escaparían a los controles y regulaciones propias de la Administración Pública y en particular de la fiscalización superior que realiza esta Contraloría General.⁷

Precisamente por ello, es que más allá de la norma legal habilitante es menester que la Administración respectiva se dé a la tarea de analizar dentro de su contexto en particular si recurrir a la utilización de la figura del fideicomiso se constituye en la opción idónea para satisfacer el interés público, análisis que insistimos debe encontrarse adecuadamente fundamentado.

Bajo esa tesis, en lo que respecta a los fines que deben orientar la constitución de fideicomisos con fondos públicos, este órgano contralor ha venido señalando que la utilización de dicha figura debe ir dirigida a contribuir a la eficiencia de la gestión pública sin que pueda verse ésta como un medio para evadir controles o para configurar una administración paralela.⁸

utilice como una forma incorrecta de vaciar el contenido de la actividad sustantiva de la Administración respectiva, se respeten las funciones de control y fiscalización y se respete igualmente el régimen de prohibiciones para contratar con el Estado (...)”.

⁶ Oficio No. 01892 (DCA-704) del 26 de febrero de 2007.

⁷ Ver entre otros el oficio No. 12168 (DCA-3708) del 14 de noviembre de 2008.

⁸ Ver entre otros el Oficio No. 00371 (FOE-AM-00013) del 16 de enero de 2004 y oficio No. 11596 (FOE-AM-500) del 16 de octubre de 2003

De esta forma, se ha indicado que las Administraciones deben realizar un análisis previo que justifique la utilización de la figura del fideicomiso para el cumplimiento de los fines que tienen encomendados, señalándose que: “(...) *la decisión de constituir un fideicomiso con recursos públicos debe estar precedida de un análisis detallado por parte de la Administración, en donde se demuestre que mediante este contrato se atiende debidamente la finalidad a la que el mismo va dirigido, se logra cumplir con la misión que ha sido pactada y, en términos de costo/beneficio resulta más conveniente para el Estado su formalización.* (...)”.⁹

En esa misma línea se ha hecho alusión de los fines que **no** deben orientar el uso de fideicomisos constituidos con fondos públicos, tales como: “(...) *a) Evadir funciones sustantivas que corresponden exclusivamente a la Administración. b) Substraerse de los procedimientos de contratación administrativa que la institución estaría obligada a cumplir. c) Prescindir de los procedimientos de aprobación presupuestaria. d) Evitar asumir cargas laborales o tributarias. e) Eludir parcialmente la fiscalización de los recursos públicos por parte de la Contraloría General de la República o de la Auditoría Interna del órgano o ente. f) Evadir topes presupuestarios para la creación de plazas. g) Pretender evitar el refrendo contralor.* (...)”¹⁰

Ahora bien, el análisis con respecto a la idoneidad de la figura se entiende que fue realizado por parte de la Administración dentro de la tramitación de la Contratación Directa N° 2011CD-000091-SUTEL, tendiente a seleccionar a la entidad bancaria para la constitución de un fideicomiso como instrumento administrativo para la gestión de los proyectos y programas que se ejecuten con los recursos de Fonatel, tal y como consta en el oficio No. 1173-SUTEL-2011 del 06 de junio de 2011. Asimismo, de dicho concurso, se desprende no solamente la justificación de la selección de la entidad bancaria, sino que adicionalmente se deriva la razonabilidad del precio, que le corresponde verificar a la Administración.

ii. Sobre el cumplimiento de la limitación establecida en el artículo 38 de la Ley General de Telecomunicaciones con respecto a los costos administrativos.

En el contrato remitido a refrendo, se propone el traslado de los fondos del presupuesto del 99% de los recursos de que dispone el Fonatel al fideicomiso, respecto lo cual corresponde analizar también lo dispuesto en el artículo artículo 38 de la Ley General de Telecomunicaciones (Ley No. 8642), que en lo que interesa señala:

“Los recursos de Fonatel no podrán ser utilizados para otro fin que no sea para lo establecido en el Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones, en el cumplimiento de los objetivos de acceso universal, servicio universal y solidaridad, definidos en el artículo 32 de esta Ley, y deberán asignarse íntegramente cada año. No obstante, los costos de administración de Fonatel serán cubiertos con los recursos del Fondo, para lo cual no se podrá destinar una suma mayor a un uno por ciento (1%) del total de los recursos.”

⁹ Memorando N° FOE-FEC-181 del 14 de noviembre de 2000.

¹⁰ Ibid.

Al respecto, la Sutel adjuntó el oficio No. 1173-SUTEL-2011 del 06 de junio de 2011, por medio del cual se emite criterio jurídico sobre la constitución de fideicomisos como herramienta para la gestión del Fonatel. En dicho oficio se indica que el legislador estableció limitaciones en cuanto a la utilización de los recursos del Fonatel, primero en el sentido de que los recursos no pueden ser utilizados para otro fin que no sea para lo establecido en el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones, en cuanto al cumplimiento de los objetivos de acceso universal, servicio universal y solidaridad; y segundo en cuanto a que los recursos del Fondo deben asignarse íntegramente al cumplimiento de esos fines, salvo un uno por ciento (1%) del total de los recursos que la Sutel puede destinar como costos de administración en el ejercicio de esa obligación que le fue asignada.

Se señala asimismo, que el concepto de administración en primera instancia debe entenderse como una estructura mínima con la que debe contar Sutel para efectos de garantizar que el 99% restante de los recursos que constituyen el patrimonio del Fondo sea destinado al cumplimiento de los fines establecidos por la ley. Según se indica, es posible entender que el objetivo del legislador fue evitar que una parte importante de los recursos se destinara a financiar una estructura excesivamente burocrática en detrimento del cumplimiento de los objetivos establecidos por el artículo 31 de la Ley. Agrega que, independientemente de las herramientas que se decida utilizar para la gestión de los recursos del Fondo, la Superintendencia no puede ignorar su obligación de administrar con recursos propios el Fondo en los términos establecidos en el numeral 35 de dicha Ley. De ahí que la Superintendencia deberá contar con un personal mínimo que tendrá a cargo las labores de administración del Fonatel.

Se aclara sin embargo, que en virtud de la limitación señalada y con fundamento en la habilitación que hace la ley para la constitución de los fideicomisos que sean necesarios para el cumplimiento de sus fines, la gestión de proyectos y la consecuente ejecución de los fondos podrá realizarse por medio de esa figura, manteniendo la Superintendencia su condición de administrador por medio de la fiscalización y supervisión de la operación de los fideicomisos que se constituyan.

Se indica también en el criterio de referencia, que esa separación de los conceptos de administración y gestión se deriva de la misma Ley General de Telecomunicaciones al hacer la referida habilitación para constituir fideicomisos o bien utilizar otros medios para la gestión, en el tanto la administración constituye una obligación del ente regulador. En ese sentido, señala que la estructura organizacional de la Sutel prevé la existencia de lo que denominó una Dirección General del Fondo Nacional de Telecomunicaciones, establecida en el artículo 18 del Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y sus órganos desconcentrados, estando orientadas las funciones de dicha Dirección a una administración de los recursos del Fondo y por lo tanto no delegables bajo ningún esquema utilizado para la ejecución de esos recursos. Consecuentemente, esas funciones deben ser financiadas con el 1% que destina la Ley para la administración del Fonatel.

Ahora bien, manifiestan que el 99% restante de los recursos que constituyen el fondo ejecutable en proyectos, podrá ser gestionado por diferentes medios, entre los cuales se encuentra la constitución de fideicomisos. La utilización de esa figura contractual como medio de gestión para la consecución de los fines legalmente establecidos, implica una serie de costos asociados a la conceptualización de cada proyecto, su viabilidad y el desarrollo de una serie de actividades posteriores que permitan evaluar su

desarrollo, la administración de sus costos y evaluar el impacto previsto en una etapa previa, lo cual conforma una actividad de gestión de los proyectos distinta a la actividad de administración que debe ser realizada por la Sutel.

Otro aspecto que se desarrolla en el referido oficio, es el relacionado con el límite máximo del 1% y el porcentaje a pagar al fiduciario por concepto de comisión. Al respecto, se indica que la Ley General de Telecomunicaciones dispone que la contratación de la entidad fiduciaria se debe realizar con un banco público del Sistema Bancario Nacional por medio del procedimiento indicado en esa norma, lo cual obliga a la Sutel a implementar un proceso de selección basado en la escogencia de la mejor oferta recibida a partir de la invitación formulada. En vista de que la ley no define los criterios de selección para escoger esa mejor oferta, la Superintendencia debe considerar parámetros tales como experiencia de la entidad, monto de honorarios que percibirá por concepto de gestión del patrimonio fideicometido, entre otros.

En ese orden de ideas, se indica que esa escogencia se enmarca dentro de condiciones de mercado que no resultan previsibles con antelación por parte del legislador en el contexto de una ley por lo que la suma o el porcentaje no puede considerarse como parte del 1% establecido para la administración del Fondo por parte de la Sutel. A partir de lo anterior, estiman que los honorarios que recibe una entidad fiduciaria se encuentran asociados a la naturaleza y complejidad del fideicomiso correspondiente. Así las cosas, los pagos derivados de la relación contractual que se genera con un fiduciario no se consideran costos de administración de los recursos, en el tanto forman parte de la contraprestación que recibe el gestor por las actividades encomendadas tanto legal como contractualmente. De forma que es su criterio que esa suma no fue considerada por el legislador como un elemento de la comisión de administración, entendiéndose que esa contraprestación forma parte de los recursos ejecutables no comprendidos dentro de la administración que realizar la Sutel.

Tomando como base lo anterior, estima este órgano contralor que para efectos de hacer referencia al punto es cuestión es preciso hacer referencia a lo dispuesto por parte del legislador en el artículo 38 de la Ley General de Telecomunicaciones. En dicho instrumento normativo, se dispuso expresamente el deber que los costos de administración de Fonatel sean cubiertos con los recursos del Fondo, para lo cual no se podrá destinar una suma mayor a un uno por ciento (1%) del total de los recursos.

En relación con dicha obligación, se entiende que ese límite se establece para efectos de los costos de administración que le corresponden asumir a la Sutel como parte de la administración de Fonatel, pero que existen otros costos de administración inherentes a cada proyecto o programa que no se encuentran contemplados dentro del límite del uno por ciento, puesto que de lo contrario, la utilización de la figura del fideicomiso sería inviable ante la imposibilidad de abarcar todos los costos dentro de ese porcentaje.

Sobre los costos de administración de cada proyecto o programa, si bien se entiende que no están incluidos dentro del porcentaje máximo definido por el legislador, se debe tener presente en todo momento, que el porcentaje de cada proyecto o programa que represente los costos de administración de éste, debe tratarse de un monto razonable y proporcional, teniendo claro que el fideicomiso es un medio,

una figura instrumental, mediante la cual se busca realizar de forma idónea la administración de un Fondo destinado a la satisfacción de un interés público, identificado en los principios que fungen como cimiento de la Ley General de Telecomunicaciones.

Dentro de ese contexto, es indispensable que la Sutel vele porque se mantenga durante la totalidad de la ejecución contractual, un equilibrio entre el porcentaje del Fondo que represente los costos de administración de cada programa o proyecto y el beneficio obtenido. Lo que viene dicho, es con el objetivo de que se alcancen los objetivos para los cuales ha sido creado el Fondo y que este no se convierta en una figura en la que el financiamiento de su propia estructura acapare un alto porcentaje del Fondo, convirtiendo al fideicomiso en un instrumento no apto para la adecuada administración del Fondo.

iii. Sobre las responsabilidades que asume la Sutel con respecto al cumplimiento de los principios contenidos en la Ley General de Telecomunicaciones

De conformidad con el artículo 34 de la Ley General de Telecomunicaciones, le corresponde a la Sutel definir y ejecutar los proyectos relativos al acceso y servicio universal, según lo que se establezca en el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones. Del mismo modo, a través de lo estipulado en el artículo 35 de la misma Ley, se le asigna la competencia de administrar los recursos de Fonatel atendiendo al propio Plan Nacional y los reglamentos que se dicten para tales efectos.

En ese mismo sentido, de acuerdo al contenido del artículo 36 de la Ley reiteradamente mencionada, además de asignar los recursos a Fonatel, según el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones, le corresponde llevar a cabo los concursos públicos para la adjudicación de los proyectos.

En relación con las competencias asignadas a Sutel, es oportuno señalar que si bien, esa Superintendencia ha optado por la figura del fideicomiso para la administración de los recursos que se asignen a Fonatel, este hecho en ningún sentido significa limitar o reducir de alguna forma, las obligaciones que le ha sido asignadas legalmente a la Superintendencia. Por el contrario, a Sutel le corresponde un deber de fiscalización sobre la ejecución del contrato de fideicomiso, que no se puede limitar exclusivamente a un control de gastos o desembolsos, sino que le corresponde velar porque a través de este mecanismos, se logren satisfacer efectivamente los intereses públicos, que pretenden garantizar los principios contenidos en la Ley General de Telecomunicaciones.

Dentro de esa perspectiva, corresponde señalar que en el clausulado del documento contractual remitido a este Despacho, se incluyen en diversas etapas del contrato, una serie de aprobaciones o vistos buenos que le compete otorgar a Sutel. Sobre el particular, es indispensable que la Sutel se encuentre consiente en cuanto la responsabilidad que asume dicho órgano al realizar esos actos, que escapan de ser un simple requisito dentro de los diversos trámites. De acuerdo con lo expuesto, Sutel además de dejar debidamente documentadas las decisiones que se tomen en cuanto a sus actuaciones dentro de la ejecución del contrato, deberá velar porque estas se encuentren debidamente motivadas.

En cuanto a este tema, esta Contraloría General ha aclarado que el fideicomitente debe vigilar el buen manejo de los recursos fideicometidos, indicándose que éste “(...) *conserva su responsabilidad sobre los recursos que le fueron asignados, y que no puede desvincularse del manejo que se le de a los recursos fideicometidos, o sea debe ejercer una función de vigilancia constante y oportuna sobre los recursos.* (...)”¹¹

iv. Sobre la aprobación del presupuesto del Fideicomiso por parte de la Contraloría General de la República.

En relación con las referencias a la competencia de la Contraloría General en la aprobación presupuestaria del fideicomiso que administra el Fonatel, que se plantean en la cláusula sexta del contrato, es necesario precisar que la misma no resulta procedente. En ese sentido, debe considerarse que el artículo 72 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos establece con claridad que la Sutel estará sujeta únicamente al cumplimiento de los principios y al régimen de responsabilidad, establecidos en los títulos II y X de la Ley de Administración financiera de la República y Presupuestos Públicos (Ley No. No. 8131), mientras que en lo demás, se le exceptúa de los alcances y la aplicación de esa Ley.

De esta forma, a la Superintendencia solo le resultaría aplicables los principios contenidos en el artículo 5 y 6 presentes en el título II de la Ley No. 8131, siendo que el artículo 14 de la normal legal que establece el deber de la Contraloría General de la República de aprobar los presupuestos de ingresos y egresos, no resulta aplicable en este caso.

Como necesaria consecuencia de lo expuesto, se desprende que el acuerdo de las partes no tendría la virtud suficiente como para otorgar mayores atribuciones que las señaladas por Ley a este órgano contralor (Sala Constitucional, sentencia No. 5120-95). Por lo tanto, debe entenderse que el contrato de fideicomiso sí supone para la Superintendencia la obligación de remitir a la Contraloría General el presupuesto con un carácter informativo, que formaría parte del control posterior que le corresponde realizar sobre su debida ejecución.

v. Sobre el monto establecido legalmente para cubrir los costos administrativos del Fondo.

Respecto al porcentaje legalmente establecido para efectos de cubrir la administración del Fonatel, es necesario advertir al Consejo de esa Superintendencia, respecto de la obligación de que se incorpore correcta y oportunamente en el presupuesto de la Sutel -cumpliendo con la normativa vigente y las directrices que al respecto ha dictado nuestra División de Fiscalización Operativa y Evaluativa-, el cual no puede ser mayor al 1% del total de los recursos de ese fondo, según lo establecido en el artículo 38 de la Ley General de Telecomunicaciones.

En ese sentido, es responsabilidad de la Superintendencia que durante el proceso de ejecución presupuestaria, se verifique durante todo el período, que no se llegue a violentar las reglas establecidas

¹¹ Memorando N° FOE-FEC-181 del 14 de noviembre de 2000.

en el citado artículo 38. De manera que, debe enfatizarse el hecho de que los recursos de Fonatel no podrán ser utilizados para otro fin que no sea para lo establecido en el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones, en el cumplimiento de los objetivos de acceso universal, servicio universal y solidaridad.

Conforme lo expuesto, los gastos y comisiones asociados a la ejecución del contrato de fideicomiso, generados en cualquiera de las fases de desarrollo de los proyectos que deba llevar adelante por medio de Fonatel, deberán ser costeados como parte integral de los costos de esos proyectos. Lo anterior, partiendo de la premisa de que todos los costos necesarios para desarrollar el proyecto deben ser considerados, lo que incluye tanto los costos directos como también los costos que se asocian a aspectos como puede ser el andamiaje logístico administrativo sin el cual no se puede lograr cabalmente el desarrollo de los proyectos. De manera que, los costos directos como otros igualmente necesarios para desarrollar el proyecto deben ser cubiertos con los recursos del Fondo, sin pretender aplicar para este efecto los recursos asociados al 1% que se refiere únicamente a costos administrativos del Fonatel. Lo anterior, bajo la consideración de que se atienda la voluntad del legislador en el sentido de costos claramente diferenciados.

Finalmente, en el supuesto de que la Superintendencia no logre justificar la necesidad de que se realice ya sea total o parcialmente la transferencia de esos recursos del fideicomiso al presupuesto de la SUTEL, ya sea por no requerirlos en el período presupuestario en que se encuentre o simplemente por problemas de capacidad de ejecución; deberá aplicarse el procedimiento señalado por la División de Fiscalización Operativa y Evaluativa para efecto del cobro de cánones de regulación, mediante el oficio 07289 del 30 de julio de 2010 (DFOE-ED-0565), donde resolvió en el proceso de aprobación de cánones de regulación para la SUTEL para el año 2011, entre otros aspectos que:

“Tal como se explicitó, los costos que fundamentan la gestión de regulación del mercado de telecomunicaciones legalmente a cargo de la SUTEL, obedecen a una estimación y como tal, algunos elementos podrían variar en el proceso de ejecución, ante cambios tanto a lo interno como en el entorno institucional de ese órgano Considerando lo anterior, es criterio de esta Contraloría General que al constituir el canon un monto máximo a cobrar en el periodo¹², en caso de presentarse subejecuciones de egresos y proyectos, y bajo el principio de servicio al costo, la SUTEL deberá ajustar, en el periodo mismo de ejecución del canon y en función de los objetivos y metas contenidos en los instrumentos de planificación vigentes, el monto a cobrar a cada uno de los regulados, a partir del procedimiento que establezca esa administración sobre el particular, todo dentro del principio de legalidad que rige a las administraciones públicas. Para esos efectos, corresponde a ese órgano evaluar periódicamente sus niveles de ejecución de egresos y realizar los ajustes pertinentes en forma oportuna.../...En caso de presentarse la subejecución de egresos y proyectos y trascender el periodo de la liquidación correspondiente, las diferencias que se hayan cobrado de más respecto de los costos realmente incurridos, deberán ser devueltas a dichas actividades de regulación por los mecanismos que esta Contraloría General ha definido a la ARESEP¹³, ya sea aplicando los

¹² El cual se podrá incrementar únicamente a partir del procedimiento descrito en el artículo 82 de la Ley No. 8642

¹³ Oficio No. FOE-ED-0762(8538) de 31 de julio de 2007.

recursos a proyectos de desarrollo en beneficio directo de las actividades de regulación que los generaron, aplicándolo en los próximos proyectos de cánones, o aquel procedimiento que establezca la administración, mecanismo que deben cumplir en todos sus extremos el principio de legalidad que rige a las administraciones públicas¹⁴.” (el subrayado no es del original)

vi. Sobre el régimen de contratación administrativa aplicable al fideicomiso de Gestión de los Proyectos y Programas.

Tal y como se indicó con antelación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley General de Telecomunicaciones, la administración de los recursos del Fonatel, corresponde a la Sutel. No obstante lo anterior, como se ha venido analizando, el legislador en el artículo 35 de cita, contempló la posibilidad de que la Sutel acudiera a la constitución de fideicomisos para la administración de los recursos del fondo.

Ahora bien, la Sutel optó por utilizar el fideicomiso para la administración de los recursos del fondo y así alcanzar el cumplimiento de los fines. Siendo que, de conformidad con el artículo 36 de la Ley de General de Telecomunicaciones, los recursos del Fonatel serán asignados por la Sutel de acuerdo con el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones, para financiar: a) La obligaciones de acceso y servicio universal que se impongan a los operadores y proveedores en sus respectivos títulos habilitantes y que implique un déficit o la existencia de una desventaja competitiva para el operador o proveedor, y b) Los proyectos de acceso , servicio universal y solidaridad que se vayan definiendo.

En relación con el cumplimiento de dichos fines, si bien fueron encomendados a la Sutel, está decidió acudir a la figura del fideicomiso, para ejecutar proyectos que le permitieran la satisfacción de dichos fines. Al respecto el legislador en relación con los proyectos de acceso, servicio universal y solidaridad estableció en el artículo 36 de la Ley General de Telecomunicaciones que los proyectos serían adjudicados por medio del procedimiento establecido en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento.

Al respecto cabe precisar que, si bien en dicha norma se establece que será la Sutel quien llevará acabo los procesos de concurso; dicho supuesto fue dispuesto por el legislador, en el tanto la Sutel administrara por sí misma el Fondo. En ese sentido, el criterio jurídico de la Superintendencia indicó que:

“Si bien con relación a lo mencionado en el punto b) anterior, el artículo 36 señala que las contrataciones de los proyectos la SUTEL deberá promoverlas y adjudicarlas por medio de concursos públicos, se considera que esa regulación sería aplicable en el supuesto que la SUTEL hubiese elegido administrar los recursos del FONATEL de manera directa y no acudir a la figura del fideicomiso.”

¹⁴ Al respecto refiere esta Contraloría General a los oficios 3798 (FOE-OP-153) de 12 de abril de 2007 y 12421 (DC-0326) de 26 de noviembre de 2009.

Sin embargo, si la SUTEL ha definido administrar los recursos del FONATEL por medio de un fideicomiso, tal y como la faculta la Ley en el artículo 35 antes citado, entonces es claro que las contrataciones de los proyectos de acceso universal, servicio universal y solidaridad que se definan llevar a cabo anualmente, pueden ser contratados por medio del fideicomiso, pues de lo contrario ningún sentido tendría para la entidad haber acudido a la figura del fideicomiso para la administración de los recursos del FONATEL...'

(...)

Como vemos la actividad contractual que será desarrollada por el fiduciario deberá regirse por los principios de contratación administrativa y no así por los procedimientos establecidos en la ley de Contratación Administrativa, en lo cual estimamos que por la experiencia que ha desarrollado el Banco Nacional en ejercer el papel de fiduciario, esa actividad contractual será algo en lo que logrará desempeñarse adecuadamente” (Oficio GCP-SUTEL-004-2011 de fecha 27 de setiembre del 2011)

Como puede verse, ciertamente existe una remisión del legislador a la Ley de Contratación Administrativa para la realización de los procedimientos que permitan llevar adelante los proyectos, pero también debe considerarse que el propio legislador habilitó a la Superintendencia a constituir un fideicomiso, lo cual implica que no necesariamente en tales supuestos debe acudir a la Ley de Contratación Administrativa.

De esa forma, cuando en el artículo 35 de la Ley General de Telecomunicaciones (Ley No. 8642), se habilitó a la Sutel para que administrara los recursos financieros del Fondo, mediante la constitución de los fideicomisos; también se autorizó la posibilidad de que esas contrataciones se regularan bajo las reglas propias que tiene la figura del fideicomiso en nuestro ordenamiento jurídico, sea que se rigen por los principios de contratación administrativa en tanto resulta un patrimonio sujeto a fin. Este patrimonio desde luego, supone el respeto a los principios generales que rigen la contratación administrativa, en atención a la naturaleza pública que ostentan los recursos fideicometidos.¹⁵

Es por ello que aún y cuando el artículo 36 de la Ley General de Telecomunicaciones establezca que la actividad de contratación que se realice para los proyectos deberá efectuarse mediante los procedimientos establecidos en la Ley de Contratación Administrativa, esto debe atenuarse, por cuanto la administración de los recursos del Fonatel, será realizada por medio de un fideicomiso, que como figura instrumental, está sujeta únicamente a los principios en materia de contratación administrativa¹⁶.

vii. Sobre el régimen recursivo aplicable para la adquisición de bienes y servicios que se desarrolle con el patrimonio fideicometido.

Los fideicomisos, como se señala en el apartado anterior, en relación con la actividad contractual que se realice por parte del fiduciario, no se encuentran sujetos a los procedimientos ordinarios de la Ley

¹⁵ Ver entre otros RSL N° 264-98 de las 15:00 horas del 8 de setiembre de 1998, oficio N° 16352 (DI-AA-4107) de 18 de diciembre de 2002 y oficio N° 11040 (DI-AA-2439) de 10 de octubre de 2003.

¹⁶ Oficio No. 00357 (DCA-0094) del 19 de enero del 2012.

de Contratación Administrativa, pero sí deben observar en las contrataciones que se promuevan con cargo al patrimonio fideicometido, los principios generales que rigen la contratación administrativa. Lo anterior, en atención a la naturaleza pública que ostentan los recursos fideicometidos, que en este caso son recursos provenientes del Fondo Nacional de Telecomunicaciones.

Partiendo de lo expuesto, como parte de esa sujeción a los principios a que se encuentra afectado el fideicomiso, y por tanto la actividad contractual que realiza el fiduciario, destaca en lo que interesa, la sujeción al control jerárquico impropio por parte de esta Contraloría General de la República¹⁷. Lo cual deriva del origen público de los fondos con los que se financian total o parcialmente las contrataciones, sobre las que se ha referido la Sala Constitucional,¹⁸ y del raigambre constitucional que ostentan las facultades de control y fiscalización conferidas a este órgano contralor.

De ahí que, teniendo como premisa que dentro de los principios generales de la contratación administrativa se encuentra el de control y fiscalización de los fondos públicos, para el caso de fideicomisos de administración como el analizado en este caso, la tramitación de las objeciones o apelaciones, cuando en razón del monto correspondiera a la Contraloría General de la República, se tramitaran de conformidad con los procedimientos fijados en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento.

Asimismo, resulta oportuno señalar que dentro del conocimiento de los recursos que le corresponda conocer a este órgano contralor, resultarán aplicables los mismos límites económicos aplicables a la Sutel, que se encuentran establecidos en la resolución R-DC-17-2011 de las once horas del 17 de febrero de dos mil once (publicados en el Diario Oficial La Gaceta No.40 del 25 de febrero del 2011) mediante la cual se establecen los límites económicos de contratación administrativa y sus futuras actualizaciones.

Adicionalmente, como lo señaló este órgano contralor mediante oficio No. 01227 (DCA-0270) de fecha 08 de febrero del 2012, en relación con los plazos que le resultarían aplicables tratándose del régimen recursivo en un contrato de fideicomiso de administración: “(...) *le resultarán aplicables los plazos que regulan el recurso de apelación para aquellos entes, empresas u órganos públicos cuya actividad se rija por los principios de contratación administrativa. De manera tal que existirá un plazo de 5 días hábiles a partir de la notificación del acto de adjudicación, para su presentación ante este órgano contralor, que contará con un plazo de 30 días hábiles a partir del auto inicial para emitir la resolución final. Lo anterior, deberá constar en el cartel de los procedimientos que se promuevan (...).*”

viii. Sobre la solicitud de refrendo en concreto.

Sobre el particular, es menester señalar que una vez efectuado el estudio de rigor, según lo dispuesto en los artículos 8 y 13 del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, se concluye que el procedimiento efectuado y contenido del clausulado se apega

¹⁷ Ídem.

¹⁸ Ver Voto N°4013-92 de las 10:06 horas del 18 de diciembre de 1992 y nuestra resolución R.S.L.N°277-97 de las 14:00 horas del 26 de noviembre de 1997.

a las normas de contratación administrativa, en virtud de lo cual se procede a otorgar el refrendo de mérito a los documentos contractuales de cita, con fundamento en el expediente administrativo remitido a este Despacho y el Acuerdo 004-007-2011 de la sesión ordinaria 077-2011, celebrada por el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones el 04 de octubre del 2011, mediante la cual se aprobó el Contrato para la constitución de un fideicomiso con el Banco Nacional de Costa Rica como instrumento administrativo para la gestión de los proyectos y programas que se ejecuten con los recursos de Fonatel.

ix. Condiciones bajo las cuales se concede el refrendo

No obstante, en relación con el refrendo concedido a la contratación de marras, procedemos a efectuar las siguientes observaciones y condicionamientos a los que queda sujeta la aprobación otorgada por este Despacho, cuya verificación será responsabilidad exclusiva de la señora Maryleana Méndez Jiménez en su carácter de Presidenta del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, o en su defecto quien ejerza este cargo. En caso de que ésta no resulte competente para verificarlas, será su responsabilidad instruir a la dependencia que corresponda, ejercer el control sobre los condicionamientos señalados a continuación:

1. La Sutel de conformidad con lo establecido en la Ley General de Telecomunicaciones es a quien el legislador le delegó la administración de los recursos del Fonatel, lo cual aunque se acuda a la figura del fideicomiso no implica una delegación de sus competencias en el fiduciario. En vista de lo cual el fideicomiso constituye un instrumento para la realización de los proyectos, siendo entonces la Sutel quien deberá revisar y aprobar previamente las actuaciones del fiduciario. Aun y cuando se concede el refrendo al presente contrato de fideicomiso, no se ha aceptado el que a cargo del fideicomiso se creen estructuras burocráticas complejas con gastos de administración elevados dado que van en detrimento del mismo patrimonio y por ende del fin que se pretende cumplir¹⁹.
2. Adicionalmente, es preciso tener presente que resulta improcedente que las funciones propias de la Administración se deleguen al fiduciario.²⁰ Así, se ha insistido en que la constitución de un fideicomiso implica la transferencia de un patrimonio al fiduciario más no la transferencia de funciones públicas de la Administración fideicomitente las cuales por principio son indelegables.
3. En la Cláusula 4, numeral 6. cuando se menciona la posibilidad de obtener financiamiento, debe tenerse presente que en función del tipo de financiamiento del que se trate, se deberán tramitar oportunamente las autorizaciones legales respectivas. Para la obtención del financiamiento, se debe contar con la recomendación del fiduciario, como encargado de analizar la viabilidad financiera y técnica del crédito. En ese sentido, para la aprobación del financiamiento la Sutel debe contar con el apoyo del fiduciario, siendo éste quien tiene la experiencia técnica en la materia. Las decisiones en esta materia deben quedar debidamente documentadas dentro del expediente de la contratación.

¹⁹ Oficio 3432-2001.

²⁰ Oficio N° 04978 (DCA-1585) del 15 de mayo de 2007.

4. En relación con la Cláusula 6 “*Ejecución del fideicomiso*” punto D “*Desembolsos para Proyectos y Programas con cargo al Fideicomiso*” inciso 6), se entiende que el financiamiento con recursos de Fonatel para las obligaciones de acceso y servicio universal, será únicamente cuando se acredite el déficit o una desventaja competitiva para el operador o proveedor, sin que el financiamiento a cargo del fondo opere de pleno derecho, siendo necesaria una valoración y aprobación por parte de la Sutel, previo al giro de los recursos por parte del Fideicomiso.
5. Además, en la Cláusula 10 del contrato, referente a la “*Inversión de los Recursos Disponibles*”, debe tenerse presente la responsabilidad que asume el fiduciario en cuanto al manejo de las inversiones. Téngase presente que más allá de los eximentes que puedan existir en dado caso, al banco se le contrata en su condición de experto técnico en la materia, puesto que este tipo de negocios forman parte de su giro normal. De ese modo, aun y cuando pueden existir eximentes de responsabilidad, estos no aplican de forma automática y requerirán de un análisis por parte de la Administración. Las decisiones que se tomen en este aspecto, deberán quedar debidamente documentadas, incluyendo los criterios en los que se sustenta la decisión. Para efectos de las determinaciones que se tomen en relación con la inversión de los fondos, en todo momento se debe tomar en cuenta lo señalado en el artículo 35 de la Ley General de Telecomunicaciones.
6. En atención a lo establecido en la Cláusula 11 “*Gastos del Fideicomiso*”, la Sutel deberá aprobar los gastos del fideicomiso, sin que dicha aprobación se limite a un mero control presupuestario, sino que deberá solicitar y revisar los informes correspondientes, en función de un procedimiento intra-contractual. Lo anterior en ejercicio de sus obligaciones como fiscalizador del cumplimiento de los fines del fideicomiso, de conformidad con lo establecido en la Cláusula 6 “*Ejecución del Fideicomiso*” punto b “*Presupuesto del fideicomiso*”.
7. Sobre lo dispuesto en la Cláusula 12, en la que se definen los *honorarios del fiduciario*, se debe señalar que las condiciones financieras y la razonabilidad de las remuneraciones pactadas, en cuanto a los porcentajes y el mecanismo para su determinación, son responsabilidad de la Administración.
8. En relación con la cláusula 14 “*Obligaciones del Fiduciario*”, párrafo primero, se entiende que la referencia a gastos que se realiza en dicha cláusula, se refieren a los gastos contemplados en la cláusula 11 “*Gastos de Fideicomiso*” del propio contrato.

En cuanto a la Cláusula 14 punto A.8 del contrato, se establece que cuando se trate de contratación de personal del fideicomiso, se debe aclarar que éste es un patrimonio autónomo que no tiene personalidad jurídica propia²¹. De este modo, cuando se generen relaciones de empleo público en función del personal que sea contratado directamente con recursos del fideicomiso, para efectos de generar seguridad jurídica a estos empleados con respecto a las

²¹ En ese sentido se pueden observar el Voto No.406 de las 11:15 horas del 13 de octubre del año 2000 de la Sección Segunda del Tribunal Segundo Civil y la Resolución No.2002-00866 de las 10:30 del 30 de agosto del año 2002 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

actividades que debe realizar el patrono, mediante una ficción jurídica se considera al fideicomiso como “patrono”.

En ese sentido, se entiende que a los efectos de la ejecución se reputa al Banco fiduciario como patrono, desde luego, en su condición de Fiduciario del Fideicomiso para la Gestión y Administración del Estadio Nacional y sus Instalaciones, en este caso²².

Sobre este tema, en el Informe No. DFOE-ED-74-2007, oficio 14984 (FOE-ED-1295) del 17 de diciembre del 2007, este órgano contralor señaló lo siguiente: “(...) *De ese modo en el Banco Nacional de Costa Rica (BNCR) en calidad de fiduciario del fideicomiso y como representante de éste por su naturaleza jurídica actúa como patrono de los empleados contratados por el fideicomiso, lo cual se constata en la certificación de la Caja Costarricense de Seguro Social remitida, la cual reputa al Banco Nacional como titular de las obligaciones sociales que en materia salarial genera el fideicomiso. / (...) Empleados contratados por el fideicomiso mediante una ficción jurídica que reputa al fideicomiso como patrono. / Hay situaciones particulares donde, mediante una ficción jurídica, se reputa al fideicomiso como “patrono” de un grupo de personas contratadas directamente con recursos del respectivo fideicomiso, aunque jurídicamente lo más correcto es reputar al Banco Fiduciario como “patrono en su condición de Fiduciario del fideicomiso específico”. / De este modo, el personal que sea contratado “por el fideicomiso” no puede bajo ninguna circunstancia ejercer función pública, pues tal ejercicio corresponde fundamentalmente a los servidores de la institución fideicomitente. De otra manera podrían estarse delegando funciones públicas en el fideicomiso, sobrepasando su condición de mero instrumento contractual para la gestión de un patrimonio (...)*”.

9. Por otra parte, en la Cláusula 14 “Obligaciones del Fiduciario” punto B “Obligaciones de administración e inversión de los recursos líquidos” inciso 1, si bien se remite a la existencia de anexos al contrato, se aclara que aún y cuando al inicio de la tramitación de la gestión de refrendo se remitieron documentación adicional, no existe a la fecha anexos adjuntos al contrato de fideicomiso refrendado.
10. Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 14 “Obligaciones del Fiduciario”, punto D “Obligaciones relacionadas con las contrataciones requeridas para el desarrollo de los Proyectos y Programas de Fonatel”, inciso 2 en relación con lo establecido en la cláusula 16 “Obligaciones de la Fideicomitente” inciso 9, se desprende que la Sutel tiene una condición de fiscalizador en los contratos para la ejecución de los proyectos y programas, que implica entre

²² Mediante el oficio 13632 (DCA-4171) del 17 de diciembre del 2008, esta División de Contratación Administrativa, en referencia a la ficción jurídica que establece al Banco como patrono en su condición de fiduciario de los empleados del fideicomiso, dispuso: “(...) *De tal manera que esta Contraloría General considera que esas relaciones obrero patronales son privadas, entre el fideicomiso y el trabajador. Claro está que el fideicomiso en esa y en todas las actuaciones ha de actuar como “el buen padre de familia”, de tal manera que está en la obligación de realizar contrataciones idóneas y éticas, bajo remuneraciones proporcionadas y ajustadas a la realidad del mercado, sin incurrir en abusos que vengan en detrimento de los fondos administrados (...)*”.

otros aspectos, la obligación de otorgar los vistos buenos en las distintas etapas del proceso de contratación establecidos en el contrato de fideicomiso.

Al respecto, resulta de especial relevancia que se advierta tanto en el Manual de Compras, como en los carteles y contratos que se realicen, la condición de fiscalizador que ostenta la Sutel y principalmente, las prerrogativas que le asisten para que en caso de eventuales incumplimientos por parte de los contratistas, instruya al fiduciario para que proceda con la aplicación de sanciones por incumplimiento e incluso para el inicio de los procedimientos de resolución correspondientes, en caso de ser necesario.

11. En aplicación a lo dispuesto en el punto D.5) de la Cláusula 14, la Sutel para efectos de cada uno de los pagos deberá tomar las medidas suficientes para evaluar y verificar el avance efectivo del proyecto en contraste con el programa de avance que en su momento presente el contratista. Lo anterior con el fin de estimar el monto de los pagos que deban ser reconocidos.
12. En cuanto a la Cláusula 16 punto 9. del contrato, cuando se menciona la figura de la “rescisión contractual” (causa de extinción por mutuo acuerdo, artículo 206 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa) debe entenderse que en realidad se está haciendo referencia a la “resolución contractual” (artículo 204 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa), que es el término técnicamente correcto con el que se identifica el procedimiento que forma parte de las prerrogativas de la Administración ante incumplimientos graves que presente el contratista. Del mismo modo, en esa misma cláusula debe entenderse que la Sutel no es un ente, sino que se configura como un órgano de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6, punto 27 de la Ley General de Telecomunicaciones.
13. Con respecto a la Cláusula 18 del contrato, en la que se hace referencia a los Manuales que deberán ser emitidos, conviene señalar que el contenido de los Manuales deberá circunscribirse necesariamente a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico y en el presente contrato.
14. En la cláusula 19 “*De la Unidad de Gestión*” es indispensable que se tomen las previsiones necesarias para verificar que no se contraten las mismas labores o el mismo objeto, simultáneamente mediante relaciones contractuales distintas (empleo y servicios), al tenor de lo dispuesto en la cláusula 14 “*Obligaciones del fiduciario*” punto A. “Obligaciones Generales” numeral 8.
15. En la Cláusula 20 del contrato, en referencia a las dietas del Comité de Vigilancia, es responsabilidad de la Administración que en la fase de ejecución se lleven los controles y registros que sustenten los respectivos pagos. Adicionalmente, es necesario que para efectos de los pagos, se ajusten al contenido de lo dispuesto en la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, Ley No.8422.
16. De conformidad con lo establecido en la Cláusula 21 “*Régimen de Prohibiciones y Régimen Recursivo de la Contratación Administrativa*”, deberá tenerse a lo dispuesto por este órgano

contralor en el apartado referente al régimen recursivo del presente oficio que resultará aplicable para la adquisición de bienes y servicios que se desarrolle con el patrimonio fideicometido.

17. Queda bajo responsabilidad de la Administración, que el documento originado a raíz del Acuerdo Número 1082 del 30 de noviembre del 2011 suscrito por parte del señor Alexander Henríquez Araya en su calidad de Jefe Comercial BN Fiduciaria y la señora Maryleana Méndez Jiménez en su calidad de Presidenta del Consejo de Sutel, se ajuste a los requerimientos dispuestos en el Reglamento de Gestión de Riesgo de Titularización y Fideicomiso remitido por la Superintendente General de Entidades Financieras (SUGEF) y aprobado por el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero (CONASSIF), particularmente en lo dispuesto en el artículo 17 de dicha norma.
18. Debe considerar la Administración que cualquier rubro que corresponda cobrar a los ejecutores de los proyectos por concepto de sanciones pecuniarias (multas o cláusula penal), si bien es cierto le corresponderá cobrarlo al fiduciario, en tanto contraparte contractual, lo cierto es que esos recursos corresponden a la Sutel y es por ello que el fiduciario deberá transferirlos a los fondos del fideicomiso.
19. Según lo indicado en el artículo 9 del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, queda bajo exclusiva responsabilidad de esa Administración el haber verificado el cumplimiento de todos los aspectos técnicos de esta contratación y la constatación de la razonabilidad de los términos en que se planteó el negocio.
20. Asimismo, es menester reiterar que de acuerdo con el artículo 8 del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, el análisis de esta Contraloría General, se limita a la revisión de legalidad del contrato administrativo suscrito entre las partes, librando a la Administración la responsabilidad con respecto a la oportunidad y conveniencia del procedimiento de contratación incoado y particularmente del objeto contractual en sí. Situación que en todo caso, podrá ser examinada a futuro por parte de este órgano contralor, en ejercicio de las potestades de fiscalización que legalmente le han sido encomendadas.
21. Tanto previamente como durante la ejecución de este contrato, se deberá verificar que el contratista se encuentre al día con sus obligaciones obrero patronales con el Seguro Social.
22. Se recuerda que queda bajo responsabilidad de la Administración, la obligación de desplegar las medidas de verificación necesarias para comprobar que no existen violaciones al régimen de prohibiciones, conforme lo establecido en los artículos 22, 22 bis, 36 y 62 de la Ley de Contratación Administrativa.
23. Es responsabilidad de la Administración, ejercer la fiscalización suficiente y oportuna del contrato en los términos del artículo 13 de la Ley de Contratación Administrativa. Asociado a lo dispuesto en la Ley de Control Interno, específicamente, en cuanto a la identificación de riesgos, medidas para minimizarlos y el establecimiento de un ambiente de control adecuado para el

alcance de los objetivos propuestos con esta contratación, de forma eficiente y eficaz (artículos 1, 8, 10 y 14 de la ley de citas).

Atentamente,

Lic. German Brenes Roselló
Gerente de División

Lic. Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado

Lic. Laura Chinchilla Araya
Asistente Técnico

Anexo: Un tomo del expediente administrativo de la Contratación Directa N° 2011CD-000091-SUTEL, referente a la "Invitación para la Selección de un Banco para la Constitución de un Fideicomiso como Instrumento Administrativo para la Gestión de los Proyectos y Programas que se Ejecuten con los Recursos de Fonatel.

APV/AAA/PTC/FHB/MVQM/LCHA/Rbr
Ni: 1806-2011, 21627-2011, 1286
Ci: Archivo central
G: 2011002604-5