

**Al contestar refiérase
Al oficio No. 16081**

04 de noviembre, 2015
DCA-2814

Ingeniero
Mauricio Salom Echeverría
Consejo Nacional de Vialidad
Fax: 2281-3314

Estimado señor:

Asunto: Se otorga autorización al CONAVI para la contratación directa concursada de un Fiduciario que constituya y administre el Fideicomiso del Proyecto “Desarrollo de obra pública Corredor Vial San José – San Ramón y sus Radiales”, según Ley No.9292.

Damos respuesta a su oficio DIE-07-15-2831 del 06 de octubre del presente año, recibido en este órgano contralor el 07 de octubre del presente año, DIE-01-15-2953 del 21 de octubre siguiente, mediante los cuales solicita la autorización descrita en el asunto.

I. Antecedentes y justificación

Como parte de los hechos y argumentos con base en los cuales el CONAVI justifica la solicitud de autorización para contratar directamente se tienen los siguientes:

1. Que por medio de la Ley No.9292 se habilitó al CONAVI para la suscripción de un contrato de Fideicomiso, con los bancos del Sistema Bancario Nacional, para el Proyecto denominado “Desarrollo de obra pública Corredor Vial San José– San Ramón y sus Radiales”.
2. Que la Administración considera importante adoptar la decisión con respecto al fiduciario cuanto antes. Por lo que cursaron invitación el lunes 16 de marzo del 2015 a todos los bancos que forman parte del Sistema Bancario Nacional para conocer si les resultaba de interés ser considerados para participar en un concurso ara la selección del fiduciario en el proyecto que en comentario. Para ello se les remitió un documento denominado “muestra de interés”.
3. Que en respuesta a la comunicación, solo seis bancos se mostraron anuentes a participar, a saber: Improsa, Lafise, BCT, Bancrédito, Banco de Costa Rica y Scotiabank.
4. Que pesa a que la Administración cursó invitación a todos los bancos del Sistema Bancario Nacional, la Ley No.9292 impone el deber de seleccionar a uno banco sin que se mencionara el tipo de procedimiento que se debía utilizar para esos efectos.
5. Que solicitan que para la selección del banco se les autorice la tramitación de un procedimiento sustitutivo de los ordinarios para seleccionar al banco fiduciario, invitando a los bancos interesados y dejando abierta la posibilidad para que participen otras entidades bancarias que tengan que manifiesten su interés.

6. Que justifican la solicitud en el hecho que los potenciales oferentes para asumir como fiduciario están identificados los potenciales oferentes interesados, siendo contrario a los principios que rigen la materia de contratación administrativa, generar un proceso ordinario si de antemano se conoce quiénes podrían participar.
7. Que dentro del proyecto existe un marcado interés público, por lo que estiman que es procedente acudir a las herramientas legales existentes, para poder promover un proceso de contratación con plazos más cortos.
8. Que ya se encuentran elaborados unos Términos de Referencia que van a fungir como pliego de condiciones para la contratación del fiduciario.
9. Que pretenden que el contrato que se suscriba sea refrendado por parte de este órgano contralor, pero que se reserve al CONAVI el conocimiento de los recursos tanto contra los términos de referencia y contra el acto final del procedimiento.
10. Que el encargado de la administración y supervisión del contrato será la Dirección Ejecutiva de CONAVI.
11. Que para la tramitación del procedimiento, se presenta un cronograma de actividades en la que se establece entre otros, un plazo de 22 días hábiles para la presentación de ofertas.

II. Criterio de la División

De conformidad con el artículo 182 de la Constitución Política, el procedimiento de licitación se convierte en el elegido por el constituyente para la adquisición de bienes y servicios en las que se encuentran comprometidos fondos públicos. No obstante, más allá de lo anterior, el legislador ha dispuesto que en determinadas circunstancias sea posible apartarse del procedimiento ordinario, cuando se identifique que dicho procedimiento no resulta ser la mejor forma de satisfacer el interés público. De esa forma, normativamente se han establecido diferentes mecanismos en el ordenamiento jurídico, a partir de los cuales la Administración puede realizar la adquisición de bienes y servicios sin la necesidad de recurrir al procedimiento ordinario, preponderando la satisfacción del interés público que persigue cada procedimiento de contratación, sobre las formalidades propias de la contratación.

Uno de estos mecanismos distintos a la licitación, es el que se encuentra en el artículo 2 bis inciso c) de la Ley de Contratación Administrativa y el artículo 138 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. En dicho numeral se contempla la facultad de esta Contraloría General para autorizar de forma excepcional la contratación directa o el uso de procedimientos sustitutivos a los ordinarios, siempre que existan razones suficientes para determinar que es la mejor o la única forma de satisfacer el interés general o de evitar daños o lesiones a los intereses públicos.

Ahora bien, una vez señalado el marco jurídico en el cual se encuadran las autorizaciones para promover procedimientos de contratación directa, para este caso particular se debe tomar en consideración la ley que le da sustento al proyecto.

Por medio de la Ley No.9292 “Desarrollo de Obra Pública Corredor Vial San José-San Ramón y sus radiales mediante fideicomiso”, se autoriza al Poder Ejecutivo a través del MOPT y el CONAVI para que se: “constituya un fideicomiso de interés público con alguno de los bancos del Sistema Bancario Nacional, a efectos de planificar, diseñar,

financiar, construir, operar y dar mantenimiento a la obra pública con servicio público denominada "Corredor vial San José-San Ramón y sus radiales" (artículo primero de la ley en mención).

De tal forma que el proyecto de ley establece la autorización para constituir un fideicomiso con un banco del Sistema Bancario Nacional, sin que se especifique en el texto legal la forma mediante la cual debería llevarse a cabo la contratación. Al respecto, este órgano contralor al responder diversas consultas legislativas sobre este proyecto de ley y otros proyectos similares, le insistió al legislador sobre las implicaciones de la redacción de la norma antes transcrita y la forma mediante la cual debía de efectuarse la contratación del fiduciario si esta no quedaba regulada expresamente de forma distinta en el contenido de la norma.

En ese sentido, mediante el oficio 13343 (DCA-3205) del 02 de diciembre del 2014 esta División de Contratación Administrativa indicó lo siguiente: *"El artículo en cuestión, señala la posibilidad de constituir un fideicomiso de interés público con alguno de los Bancos del Sistema Bancario Nacional. Una redacción similar se contempló en una versión consultada anteriormente, respecto de la cual señalamos mediante nuestro oficio No. 6632 del 26 de junio de 2014, que era importante que los señores legisladores tomaran en consideración que la selección del fiduciario tiene caminos diferentes si se trata de un banco público o uno del sistema bancario nacional que incluye a los bancos privados. / Al respecto se advirtió, que en caso de tratarse de un banco público, podría seleccionarse al fiduciario por medio de la excepción que contempla el inciso c) del artículo 2 de la Ley de Contratación Administrativa, en cuanto a la actividad contractual entre entes de derecho público. En caso contrario, para efectos de contratar con un banco privado, deberá realizarse un procedimiento de licitación pública para la selección del fiduciario. / Se reitera esta consideración a los señores legisladores, en la medida que si bien la realización de un procedimiento de licitación pública se convierte en el procedimiento más transparente, competitivo y garantista, es claro también que implica tiempos importantes que requieren de una adecuada planificación y depurado perfil de las condiciones del concurso; pues de lo contrario podría ocurrir que la selección del fiduciario implique mayores dilaciones que repercuten en los plazos de atención de este proyecto"*¹.

De tal forma que como bien se indicó en esa oportunidad, en caso de tratarse de una contratación en la que se incluyera la posibilidad de contratar un banco privado, necesariamente debía tramitarse por medio de un procedimiento de licitación pública. Al haberse puesto esta situación en conocimiento y consideración de los señores Diputados en forma reiterada, se estima que dentro del proceso de aprobación no solo fue un aspecto valorado en la discusión legislativa, sino que ante todo los legisladores pareciera que se decantaron porque la contratación se realizara empleando la licitación pública, al ser este el procedimiento más garantista y transparente previsto en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento.

¹ En concordancia con lo anterior, se pueden ver los oficios 07751 (DCA-1776) del 29 de julio del 2013 y el oficio 06332 (DCA-1705) del 26 de junio del 2014, de esta Contraloría General en los que se hace la misma advertencia a los señores Diputados.

Al respecto, valga señalar que si bien a primera vista se previó la necesidad de un procedimiento plenario conforme la Ley de Contratación Administrativa, ciertamente también se habilitan las posibilidades de un régimen de excepción en los términos que prevé la misma Ley de Contratación Administrativa, como es el caso de la autorización de contratación directa. Lo anterior, por cuanto el legislador no dispuso la realización de un procedimiento específico en la norma legal, con lo cual se estima que la ley especial en este caso no se dejó de lado las competencias de este órgano contralor para valorar la aplicación de un procedimiento de excepción en los términos de la Ley de Contratación Administrativa.

Una vez hechas estas precisiones, procede señalar que en relación con la solicitud debe considerarse en primer término que, para participar en el procedimiento de contratación que se promulgue, ya viene dada por ley una condición inexorable que reduce las posibilidades de participación, únicamente a los bancos que pertenecen al Sistema Bancario Nacional. En consecuencia, se trata de un número de oferentes limitado, que se conoce de antemano y a partir del cual podría considerarse excesivo tramitar un procedimiento ordinario, máxime cuando incluso ese número limitado de oferentes dado por ley, se reduce aún más si se toma en consideración la respuesta recibida por parte del CONAVI ante la consulta efectuada a los bancos del Sistema Bancario Nacional en la que se les requirió indicar si resultaba de su interés participar en el procedimiento para la selección del fiduciario del proyecto de marras. En respuesta a dicha consulta únicamente los bancos: Improsa, Lafise, BCT, Bancrédito, Banco de Costa Rica y Scotiabank, mostraron su interés en participar en el procedimiento para convertirse en los fiduciarios del Fideicomiso del Proyecto “Desarrollo de obra pública Corredor Vial San José – San Ramón y sus Radiales”, según Ley No.9292.

En razón de lo que viene dicho, estima esta Contraloría General, que resulta procedente conceder una autorización para promover un procedimiento de contratación directa para la selección del fiduciario, al tenor de los artículos 138 y 139 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa y el numeral 2 bis de la Ley de Contratación Administrativa. Esto por cuanto, considerando la existencia de un número limitado de oferentes que en virtud de una restricción legal no podría aumentar a partir de las garantías que implica el procedimiento de licitación pública, la tramitación de un procedimiento de contratación directa no generaría lesión alguna a los eventuales interesados, mientras que podría resultar más ágil para contar con el fiduciario para el desarrollo del proyecto en un menor tiempo, como resultado de la disminución del plazo para una serie de actividades que forman parte del procedimiento de contratación.

Sin detrimento de lo anterior, aun cuando se otorga la autorización solicitada, es preciso aclarar que en cuanto al régimen recursivo, este órgano contralor considera que en razón de la magnitud, trascendencia y complejidad del objeto contractual, no resulta conveniente reservar a la Administración el conocimiento tanto del recurso contra los términos de referencia como el recurso contra el acto final del procedimiento. Téngase en cuenta que el espíritu legislativo pretendió las mayores garantías en la selección del fiduciario. De tal forma, que si bien, a partir de la existencia de un número limitado de oferentes, entiende este órgano contralor que, es factible habilitar la aplicación de un procedimiento de contratación excepcional con plazos reducidos, no se encuentra

justificación suficiente para habilitar a la Administración para que conozca los recursos que se presenten en el procedimiento. Por el contrario, al no haberse definido en la ley el procedimiento a seguir, este órgano contralor advirtió que en caso de tratarse de un concurso entre los miembros del Sistema Bancario Nacional² el procedimiento a seguir era el de licitación pública con todas las formalidades que esto implica, entre las cuales se encuentra el control que ejerce la Contraloría General en calidad de jerarca impropio al conocer de los recursos que se interpongan contra el cartel del procedimiento o bien, contra el acto final del concurso. Consecuentemente, esta Contraloría General se reserva el conocimiento del régimen recursivo de la contratación que se autoriza.

Ahora bien, en el caso del refrendo, la Ley 9292, aprobada menciona en la línea final del artículo 1 que: *“El contrato de este fideicomiso será refrendado por la Contraloría General de la República, de conformidad con la normativa vigente”*. Por lo que ante ese imperativo legal, el espíritu del legislador en cuanto a la necesidad que el contrato fuera refrendado por este órgano contralor es claro y no podría ser exceptuado a través de la presente autorización.

III. Condiciones bajo las que se otorga la autorización

La autorización se condiciona a lo siguiente:

1. Se otorga autorización al CONAVI para la contratación directa concursada de un Fiduciario que constituya y administre el Fideicomiso del Proyecto “Desarrollo de obra pública Corredor Vial San José – San Ramón y sus Radiales”, según Ley No.9292.
2. La Administración asume la responsabilidad por las razones que motivaron la autorización en los términos indicados.
3. Deberá quedar constancia en un expediente levantado al efecto, de todas las actuaciones relacionadas con esta contratación, ello para efectos de control posterior.
4. La Administración deberá confeccionar un pliego de condiciones en el que se describan las condiciones técnicas y legales necesarias para la adecuada definición del objeto y condiciones de la negociación, así como también se fije la hora y fecha para la recepción de ofertas, y contenga un sistema de calificación de ofertas que permita seleccionar de manera objetiva la plica ganadora del concurso que será aquella que obtenga la máxima calificación.
5. La Administración deberá invitar como mínimo a los bancos que han mostrado su interés en participar en el procedimiento, a saber: Improsa, Lafise, BCT, Bancrédito, Banco de Costa Rica y Scotiabank. No obstante, el procedimiento de contratación autorizado quedará abierto a otros bancos interesados que formen

² En el entendido que se incorporó no solo Bancos Públicos que permiten la aplicación de la contratación entre entes de derecho público, sino también la Banca Privada y en consecuencia necesariamente debe acudirse al procedimiento ordinario que por monto corresponde.

parte del Sistema Bancario Nacional. Por lo que la Administración deberá valorar todas las ofertas que se presenten.

6. Entre el día que se realicen todas las invitaciones y el día fijado para la apertura de ofertas deberá mediar al menos un plazo de quince días hábiles, considerando la complejidad del objeto contractual.
7. En razón de la cuantía de la autorización, y a fin de brindar transparencia y garantía a los participantes, contra el cartel del concurso podrá interponerse recurso de objeción ante este órgano contralor, de acuerdo con las reglas aplicables a los procedimientos de licitación pública. Para el caso del recurso contra el acto final del procedimiento, se podrá interponer recurso de apelación ante este órgano contralor, observando los plazos y formalidades señalados en la Ley de Contratación Administrativa y su respectivo Reglamento para el caso de la licitación abreviada. Ambas posibilidades recursivas deberán ser indicadas en el cartel.
8. El contrato que llegue a suscribirse deberá contar con el refrendo de este órgano contralor como requisito de eficacia para producir efectos jurídicos, según lo dispuesto en el Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública.
9. La valoración de la razonabilidad de los precios corresponde exclusivamente a la Administración.
10. Es deber de la Administración, tanto al momento de la formalización contractual como durante la fase de ejecución, que los contratistas, se encuentren debidamente al día en la cancelación de las contribuciones sociales derivadas del artículo 74 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social, de forma tal que previo a cualquier pago, deberá corroborarse dicha situación.
11. De igual forma se deja bajo responsabilidad de la Administración la verificación del cumplimiento de parte de los oferentes de las obligaciones previstas por el artículo 22 de la Ley No. 5662, en cuanto encontrarse al día con el pago de lo correspondiente al FODESAF.
12. Las modificaciones contractuales se registrarán por lo dispuesto en los artículos 12 de la Ley de Contratación Administrativa y 200 del respectivo Reglamento, sin que para el ejercicio de esa potestad se requiera autorización de esta Contraloría General. Lo anterior en el tanto se cumplan los supuestos establecidos en el artículo 200, puesto que en caso de no ser así, deberá estarse a lo indicado en el párrafo penúltimo de esa norma, a saber: *“Modificaciones que no se ajusten a las condiciones previstas en este artículo, sólo serán posibles con la autorización de la Contraloría General de la República (...)”*.
13. Al ser un procedimiento excepcional autorizado sobre la base de las explicaciones acá brindadas, no es viable aplicar una nueva contratación al amparo del artículo 201 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.

14. Se deja bajo la exclusiva responsabilidad de esa Administración verificar que el contratista no cuente con prohibiciones para contratar con el Estado y que no se encuentre inhabilitado para contratar con la Administración Pública, de conformidad con lo dispuesto por el régimen de prohibiciones de la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento.
15. La Administración deberá verificar que la eventual contratista se encuentre al día en el pago del impuesto a las personas jurídicas, de conformidad con la Ley 9024, si corresponde.

Se advierte que la verificación del cumplimiento de las condiciones antes indicadas será responsabilidad del Ingeniero Mauricio Salom Echeverría en su condición de Director Ejecutivo a.i. del Consejo Nacional de Vialidad o quien ejerza este cargo. En el caso de que tal verificación no recaiga dentro del ámbito de su competencia, será su responsabilidad instruir a la dependencia que corresponda ejercer el control sobre los condicionamientos señalados anteriormente.

Atentamente,

Allan Ugalde Rojas
Gerente de División

Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado

Alfredo Aguilar Arguedas
Fiscalizador