

AL CONTESTAR REFIÉRASE**AL N° 17031****DC-0344****R-DC-00114-2023. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Despacho Contralor.**

San José, a las diecisiete horas con treinta minutos del veintisiete de noviembre de dos mil veintitrés.-----

Recurso de apelación en subsidio presentado por los señores Nogui Acosta Jaén en su condición de **Ministro de Hacienda** y Laura Fernández Delgado en su condición de **Ministra de Planificación y Política Económica** en contra de la “Advertencia relacionada con el trámite del Proyecto Ciudad Gobierno” emitida por oficio (DFOE-FIP-0354) de 4 de setiembre de 2023.-----

RESULTANDO

I. Que mediante oficio 11837 (DFOE-FIP-0354) de 4 de setiembre de 2023 el Área para el Desarrollo de las Finanzas Públicas emitió “Advertencia relacionada con el trámite del Proyecto Ciudad Gobierno”. La advertencia señala: “... *De acuerdo con lo expuesto, la Contraloría General como parte de su labor de control superior de la Hacienda Pública, y como órgano rector del sistema de control y fiscalización superior que contempla los numerales 183 y 184 de la Constitución Política y nuestra Ley Orgánica, advierte al Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica y al Ministerio de Hacienda, a sus jerarcas y a cualquier titular subordinado, sobre la obligación de que durante todas las fases del Proyecto “Ciudad Gobierno”, las actuaciones desplegadas se ajusten al marco jurídico y técnico vigente, y se adopten todas las medidas de control interno requeridas para tal fin. En concreto, no es posible utilizar la figura de compra y arrendamiento de bienes inmuebles prevista en el artículo 67 de la LGCP para contratar de forma directa el objeto indicado por la administración, siendo lo procedente someterse a los procedimientos ordinarios de contratación previstos en la ley; debiendo garantizar durante toda la contratación el cumplimiento del principio de transparencia, de manera que los actos que se emitan sean*

accesibles de manera libre e igualitaria por parte de los intervinientes y de cualquier persona interesada". (ver folio 22 del expediente electrónico).-----

II. Que la resolución de mérito fue notificada el 4 de setiembre de 2023 (ver folio 44 del expediente electrónico).-----

III. Que el 7 de setiembre de 2023, los señores Nogui Acosta Jaén en su condición de **Ministro de Hacienda** y Laura Fernández Delgado en su condición de **Ministra de Planificación y Política Económica** interpusieron recurso de revocatoria con apelación en subsidio en contra de la citada advertencia (ver folios 27 al 29 del expediente electrónico).---

IV. Que mediante resolución R-DFOE-FIP-00001-2023 de las catorce horas veinte minutos del cinco de octubre de dos mil veintitrés, el Área de Fiscalización para el Desarrollo de las Finanzas Públicas rechazó de plano la revocatoria en cuanto a la advertencia, declaró sin lugar el recurso de revocatoria presentado en relación con la interpretación del artículo 67 de la Ley General de Contratación Pública y remitió el expediente a este Despacho (ver folios 30 al 32 del expediente electrónico).-----

V. Que el 5 de octubre de 2023, se efectuó el traslado del expediente digital a este Despacho Contralor para la atención del recurso de apelación en subsidio interpuesto. (ver folio 33 del expediente electrónico).-----

VI. Que la Ministra de Planificación y Política Económica dirigió escrito a este Despacho (oficio MIDEPLAN-DM-OF-1755-2023) el pasado 10 de octubre en relación con el recurso de apelación de mérito (ver folios 41 al 43 del expediente electrónico).-----

CONSIDERANDO

I. Sobre la admisibilidad: Este Despacho comparte el examen de admisibilidad realizado por el Área de Fiscalización para el Desarrollo de las Finanzas Públicas, en concreto, lo manifestado sobre la naturaleza de la advertencia y la ausencia de recurso. En relación con este aspecto, mencionar que la emisión de advertencias no está sujeta a la celebración de

ninguna audiencia previa, su resultado no debe asimilarse con las fases de un proceso de auditoría, ni tampoco la celeridad y oportunidad que se pretende con el producto lo permitiría. En ese sentido, se rechaza enfáticamente que para este caso particular, la Contraloría General negara a la Administración espacios que por lo común concede a otras administraciones, como pretendiendo señalar que de alguna forma se han incumplido procedimientos existentes, porque tratándose de advertencias no hay presentación de resultados, ni audiencias previas. Ahora bien, por tratarse de la atención de la vía recursiva, fase que está prevista de manera escrita, se deniega la audiencia oral solicitada de previo a resolver. De igual forma se toma nota que de manera expresa los recurrentes informan no tener reparo en ajustar sus actuaciones al marco jurídico y técnico vigente, así como todas las medidas de control interno que sean requeridas para tal fin, a utilizar el sistema digital único, y a respetar el principio de transparencia (páginas 2, 4, 5 de su escrito), que lógicamente incluye el contar con un expediente completo. En este aspecto, señalar que cuando en la advertencia se alude a “escasa e incompleta información” no es porque se pretenda que el proyecto esté definido al detalle en todos sus aspectos, sino porque faltan oficios relativos a esta iniciativa, ya emitidos y compartidos con este órgano contralor por la propia Administración, como solicitudes a cargo de la SETENA y otros que con este nivel de avance y acorde a la narrativa utilizada por el Poder Ejecutivo, ya deberían constar en el expediente, como la identificación de riesgos y estimación, entre otros (advertencia 9/13). Además, no consta estudio de factibilidad del proyecto en la concepción que las partes describen. La pretensión concreta presentada (escrito 39/39) es reconsiderar que *“no es posible utilizar la figura de compra y arrendamiento de bienes inmuebles prevista en el artículo 67 de la LGCP para contratar en forma directa el objeto indicado por la administración”*, así las cosas, se ingresa a analizar la interpretación del artículo 67 de la Ley General de Contratación Pública que es el punto sobre el cual se dice no están de acuerdo, en específico, sobre la necesidad de acudir a los procedimientos ordinarios previstos en la citada ley.-----

II. Sobre el fondo. A fin de facilitar el análisis se resumen los argumentos formulados en los siguientes apartados: **1) Sobre el grado de definición del Proyecto Ciudad Gobierno y su transparencia.** Desde el inicio del recurso los gestionantes mencionan encontrarse “explorando” las vías apropiadas y habilitadas en el ordenamiento jurídico, al tiempo que su definición última la libran a un momento futuro e incierto cuando definan un curso de acción,

cuando identifiquen el “*procedimiento definitivo de contratación*” (página 4/39 del escrito). Enfatizan que el proyecto pretende “*finalidades públicas legítimas*” y una solución inmobiliaria definitiva (página 5/39 del escrito). En resumen, señalan estar en fase de estructuración (página 3/39 del escrito). Mencionan que en febrero de 2023 hicieron comunicados públicos que anunciaban la intención legítima de desarrollar el proyecto a través de un esquema de relación contractual con el BCIE, lo que no puede confundirse con el anuncio del “*resultado de un procedimiento formal de contratación*”, pues desde el año anterior el Gobierno ha estado explorando escenarios para encontrar la vía jurídica procedente (escrito 35/39). Después de distintas valoraciones se ha estimado que el camino más apropiado a seguir es el procedimiento especial previsto en el artículo 67 de la Ley General de Contratación Pública y añade que “*No se trata por lo tanto de una posibilidad de contratación amparada en una contratación directa en función de la naturaleza jurídica del BCIE, pues obviamente ese aspecto es irrelevante en el contexto del artículo 67 mencionado, que es el que ha estado en valoración*” (escrito 35/39). Asimismo se aduce que “*... hoy en día no existe ni un acto de adjudicación ni un contrato otorgado al BCIE. Tenemos absolutamente claro que, de proceder por esa vía, deberá existir un expediente tramitado en SICOP y disponible al público...*” (escrito 36/39). **Criterio del Despacho.** En relación con la tesis asumida sobre el grado de definición del proyecto Ciudad Gobierno, algunos comentarios son necesarios. La advertencia es un mecanismo preventivo, anticipatorio, dispuesto en la Ley General de Control Interno cuyo interés precisamente radica en que los tomadores de decisión puedan conocer aspectos relevantes de orden técnico o legal antes de tomar decisiones definitivas, de ahí la importancia que la advertencia sea concreta y oportuna. Prueba de ello, es que en el caso de interés la advertencia está orientada a la “*viabilidad legal y técnica*” de la estructuración del proyecto (advertencia 5/13). Sin embargo, por un lado los recurrentes señalan que el proyecto se encuentra en fase de “*estructuración*”, es decir, muy inicial, de definición y, por otro, indican que es una estructuración similar a la de otros proyectos avalados por la Contraloría General, como si se tratase entonces de una fase ya concluida. Incluso más adelante indican que la advertencia “*impide contratar la solución más rentable y viable*” (página 6/39 del escrito) conclusión a la que solo podría arribarse teniendo un grado de certidumbre importante que no se deriva del expediente. En julio pasado se consultó al Ministro de Hacienda si existía un financiamiento aprobado por parte del BCIE por un monto de \$450 millones y la respuesta fue negativa invocando estar en fase “*preparatoria y de*

estructuración”, pero desde febrero el Gobierno anunciaba públicamente a la ciudadanía la aprobación, no la solicitud, ni la valoración, sino la aprobación de un crédito por parte del BCIE para la construcción del Proyecto Ciudad Gobierno, como un aspecto ya materializado (advertencia 2/13). Lo que está en línea con el hecho que la solicitud de trámites vinculados a este proyecto, como la viabilidad dada por SETENA lo fue a solicitud no de una institución pública, sino del mismo BCIE y no en un mero rol de financista (advertencia 4/13), pese a que se afirma estar definiendo la mejor alternativa para llevar la iniciativa adelante. El 3 de agosto de 2023, la Ministra en oficio MIDEPLAN-DM-OF-1309-2023 identificaba al BCIE como el encargado de “*diseñar, financiar, construir, alquilar, mantener y luego transferir al Gobierno los Edificios de Ciudad Gobierno*” (advertencia 3/13). El 17 de agosto de 2023 la Ministra informaba a la Asamblea Legislativa, Jefes de Fracción, Alcalde de San José y Regidores que la modalidad de arrendamiento de inmuebles por construir se basa en el artículo 67 de LGCP y refiere a las condiciones legalmente previstas (advertencia 4/13). Sin embargo, cuando el Contador Nacional se refiere al proyecto alude a “arrendamiento operativo”, entre otras cosas, porque indica que los bienes no se trasladan, en sentido por completo contrario a lo que unos pocos días antes afirmaba la Ministra en su condición de coordinadora de la iniciativa. Al pedir el expediente de ese oficio MH-DGCN-DIR-OF-0631-2023 de 5 de setiembre de 2023 se incluye un memorando del BCIE del 1 de setiembre de 2023 de 5 páginas, en el que de forma resumida señala que ni hay transferencia de la propiedad, ni opción de compra y que “... *la transferencia de propiedad al final del contrato se determina que no se efectúa porque es una decisión que no se estaría adoptando desde la suscripción de la contratación. Es decir, es una condición posible pero depende del contexto que el Gobierno de ese momento y el BCIE determinen con respecto al complejo inmobiliario, sea porque se pueda impulsar mejoras al complejo, las prórrogas tácitas que permitan gestionar la operación y mantenimiento del complejo, o bien la transferencia de los inmuebles del contrato*”. El grado de ambigüedad en la narrativa utilizada por el Poder Ejecutivo para informar sobre este proyecto a la ciudadanía, a distintos actores públicos y a la misma Contraloría General, aún cuando ciertas actuaciones realizadas para obtener la aprobación de entidades públicas (como la gestión presentada a SETENA) fueron tramitadas por el BCIE y no por el Poder Ejecutivo, concuerdan ciertamente con una fase de estructuración del proyecto y confirman la ausencia de una decisión inicial. De lo contrario, no se comprende cómo intentando construir el BCIE en terrenos propiedad del Estado se pueda pretender un proyecto que supone el otorgamiento

de un préstamo que, como cualquier otro debe honrarse, pero al final del plazo guarde silencio sobre la propiedad de los edificios construidos y previstos para un uso público (prestación de servicios públicos), desconociendo las reglas existentes en materia de derechos reales y obligaciones y además aduciendo que ya se verá qué hacer cuando se agote el plazo porque existen diferentes alternativas, indefinición por completo inaceptable tratándose de obra pública, menos si un elemento importante para definir el tipo contractual es la transferencia de bienes, a lo cual ya se había hecho referencia en la advertencia (8/13). Suprimir el BCIE de su propuesta la transferencia de bienes dejando la propiedad de la obra pública (terrenos más edificios) en un estado de indefinición, en un limbo, no allana el avance del proyecto, sino que más bien le imprime incertidumbre, inseguridad y lo aleja de la solución definitiva para resolver el pago de alquileres, objetivo que el Poder Ejecutivo califica de prioritario, porque mientras las construcciones no pasen a manos del Estado se tendría que seguir pagando sumas de dinero por la ocupación de los nuevos edificios. Luego entonces el elemento (no transferencia de terrenos al finalizar el contrato) a partir del cual el contador nacional menciona que se trata de un arrendamiento operativo no es factible ni tampoco se alinea con el propósito de que el Poder Ejecutivo deje de pagar alquileres. Por otra parte, en relación con la construcción de obra pública conviene tener en cuenta el interés que se apuntaba con los cambios normativos para la LGCP, hoy una realidad desde diciembre del año 2022, cuando se exponía que: *“... en cuanto a la realización de obra pública, la normativa se encuentra orientada a la gestión de proyectos, es por ello que uno de los pilares sobre los cuales descansa la propuesta de ley que se somete a consideración, versa sobre un reforzamiento de la etapa de planificación, ya que cualquier defecto, omisión o incorrección que suceda en esta etapa, impactará en las demás que van desde el mismo desarrollo del procedimiento hasta la fase de ejecución contractual. (...) Por otra parte, si el proyecto de ley apuesta por un marcado reforzamiento en materia de planificación, es necesario que la Administración determine de previo a licitar, la modalidad contractual por la cual se decanta; pero no sólo como una simple escogencia, sino con un análisis detenido y serio que expresamente confirme el uso de esa modalidad por sus alcances y condiciones, es la adecuada para culminar el proyecto”* (exposición de motivos, 24/25). Es decir, la fase de planificación es vital en todo proyecto de obra, de infraestructura pública, período en el cual deben poder tomarse decisiones motivadas y basadas en información certera, técnica, objetiva y transparente y en consecuencia debidamente documentadas. **2) Sobre la relevancia del Proyecto Ciudad Gobierno.** Los

gestionantes citan como parte de la justificación del Proyecto los informes DFOE-SAF-IF-19-2016 y DFOE-FIP-IF-00004-2021 de 22 de octubre de 2021 este último auditoría de carácter especial sobre el gasto público en alquileres de edificios y locales en el período 2017-2020. **Criterio del Despacho**. Los aspectos en los cuales la Administración hace descansar la relevancia del proyecto no son objeto de la advertencia y como tal no se comentan. Tales informes tampoco hacen referencia al tema de seguir o no alquilando, sino que las disposiciones más bien se orientan a que se cumpla y fortalezca la normativa, que se hagan estudios referenciales para contratar nuevos alquileres, en el caso que resulte la mejor opción y la seleccionada por la Administración, la gestión de la información sobre alquileres en los casos vigentes y la gestión del incumplimiento de las cláusulas. Además, tampoco puede dejarse de lado que la oportunidad y conveniencia de un proyecto lo define la Administración.

3) Sobre la interpretación del artículo 67 de la Ley General de Contratación Pública. Indican los recurrentes que la interpretación que hace la Contraloría General favorece sólo el supuesto de contrataciones directas de bienes disponibles en el mercado lo que ha conducido a contratos directos con sujetos privados de los llamados *“inmuebles existentes en el mercado”* que no ha favorecido el interés público, ni el uso de fondos públicos. Además, señalan que la lectura propuesta del artículo 67 no tiene sentido desde la perspectiva de valor por el dinero y del requisito previsto en el inciso a) de dicha norma. Si consta el análisis de mayor rentabilidad (valor por dinero) de la solución inmobiliaria seleccionada (inciso a) y un estudio de mercado que lleve a determinar la idoneidad del bien que se pretende arrendar (inciso c), es decir, que en el mercado no exista una opción más apropiada el mecanismo es procedente. Agregan que sólo piden se les permita concluir su análisis de valor por dinero, lo que incluye valorar la solución inmobiliaria en el contexto de mercado y además compararla con otras formas de satisfacción de la necesidad pública, como por ejemplo, la concesión pública (escrito 13/24). El artículo 67 refiere a arrendamiento en general, la calificación de arrendamiento como operativo o financiero no es excluyente del supuesto. Si se reduce el alcance del artículo 67 en la línea de la Contraloría General se limita el margen de acción de la Administración Pública para lograr la compra o el arrendamiento más apropiado para el interés público y que supone la mayor rentabilidad. La interpretación de la Contraloría violenta el artículo 10 de la Ley General de la Administración Pública. En pro de una interpretación adecuada de las normas jurídicas que considere una interpretación finalista que procure la consecución de las finalidades públicas, cita la opinión de la Contraloría General expuesta en su

Memoria Anual del año 2007. Los recurrentes indican que lo propuesto por ellos no riñe con su literalidad ni con su finalidad. Los procedimientos especiales no desplazan los principios constitucionales. La intención del artículo 67 siempre fue habilitar el arrendamiento de inmuebles, es decir, mantener la posibilidad en esto no hubo innovación. En el proceso de evolución normativa se contaba antes con el artículo 131 inciso j), luego 139 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, actualmente artículos 67 de la Ley y 167 del Reglamento a la Ley General de Contratación Pública de donde se deriva que se dio una continuidad normativa con dos diferencias. Una, lo que era una causal de excepción del diseño reglamentario se volvió un procedimiento especial a nivel de ley. Otra, el requisito de especial idoneidad fue variado para enfatizar el requisito de análisis de valor por dinero, que corresponde al inciso a) del artículo 67. **a) Sobre las soluciones ad hoc.** La Contraloría General señala que el artículo 67 está previsto sólo para soluciones abiertas en el mercado y no para soluciones ad hoc de la Administración. Ambas alternativas (abierto al público y ad hoc) eran posibles con el régimen anterior y son posibles con el actual artículo 67 y existen ejemplos concretos que así lo demuestran. El artículo 67 plantea tres supuestos: arrendamiento de un bien ya construido, arrendamiento de un bien en construcción y arrendamiento de un bien por construir. Además, exponen algunos casos: Primer caso, por oficio No. 14.104 de 2007 la Contraloría aprobó de manera condicionada el contrato entre la SUGEF, el BCAC (como fiduciaria y propietaria del inmueble) y la empresa El Paso de Lindora S.A. cuyo objeto era el arrendamiento para oficinas y estacionamientos. Oficio que se fundamentó en el artículo 131 inciso j) del Reglamento a la LCA. El espacio arrendado estaba en construcción y por tanto el avalúo se hizo en dos etapas. La Administración incidió en la etapa de construcción para que se contemplaran las necesidades administrativas y no hubo licitación pública sino que se hizo por contratación directa con base en un estudio de mercado y con la solución más apta. La tesis de la Contraloría que estar en un mercado abierto fomenta la competencia es insostenible porque lo que se propicia es una contratación directa sin concurso. Segundo caso, por oficio 2388 de 2017 la Contraloría denegó por no requerirse la autorización solicitada por el Banco Central para contratar en forma directa el arrendamiento con opción de compra de la solución inmobiliaria que será construida por el Fondo de Inversión de Desarrollo Inmobiliario de Infraestructura Pública-1 en el inmueble ubicado en Barrio Tournón. La solución era ad hoc, no abierta al público porque era para el BCCR. Se trataba de un bien por construir. El fundamento fue el artículo 139 inciso j) hoy 67. La Contraloría concluye que

no se requiere autorización porque se aplicó el artículo 139 inciso j) y en ese supuesto el arrendamiento no requiere autorización. Aquí la Contraloría analiza que el negocio jurídico es un arrendamiento operativo. **b) Sobre las construcciones en terrenos de la Administración.** La Contraloría descarta que puedan existir arrendamientos operativos a la luz del artículo 67, cuando esa no era la tesis con la regulación anterior. En oficio 3786 de 2017 se analiza un caso de usufructo de bienes del BNCR a efecto que sean utilizados por un Fondo de Inversión que será administrado por la Sociedad Administradora de Fondos de Inversión del BNCR para el desarrollo de proyectos de infraestructura. Este caso resulta de interés porque la Contraloría autorizó el usufructo solicitado con el propósito que el Fondo de Inversión desarrollara una solución inmobiliaria que luego iba a ser arrendada al BNCR, es decir, al titular de los terrenos en cuestión. La Contraloría señala que en la medida que la estructuración implica el uso de fondos públicos es necesario que en la actividad contractual instrumental del fondo se utilicen principios de contratación pública. Lo relevante de este caso es que la Contraloría no encuentra irregular un arrendamiento de una solución desarrollada ad hoc y en terrenos de la administración arrendataria. Otro antecedente es el oficio 6110 de 2007 por el cual se refrenda el contrato suscrito por el ICE y el BCIE para el arrendamiento con opción de compra de la Planta Geotérmica Las Pailas, así como la adenda 1. Se contempla el uso instrumental de derechos de uso, según la propia referencia de la Contraloría. La instrumentalización de permisos de uso o derechos de uso ha sido usual en casos de fideicomisos con modalidades de arrendamiento como casos de infraestructura en el Poder Judicial, UCR, ICE, CCSS y la AL, todos casos refrendados por la Contraloría. Alegan que “... *nuestro análisis ha considerado antecedentes y casos prácticos que no pueden ser soslayados*”. En ningún momento se ha considerado para Ciudad Gobierno un escenario en el que la condición de arrendante y arrendatario sean asumidas por el Estado, ni tampoco que utilizar el permiso de uso suponga que el Estado pasa a ser arrendante (escrito 10/24). Señalan no comprender que en la advertencia se indique que un arrendamiento financiero requiere aprobación legislativa, este tipo de arrendamiento no es excluyente de la aplicación del artículo 67 que es ya un contrato habilitado y sujeto a los permisos administrativos respectivos, de manera distinta a los empréstitos, que están excluidos de la regulación. **c) Sobre la calificación del eventual arrendamiento.** La parte señala que ante la Asamblea Legislativa, a partir de un video y antes de que ingresara información de Mideplan la Contralora General ya se había pronunciado sobre la existencia de un arrendamiento financiero. Lo anterior, pese a que la

misma Contraloría General ha indicado que el competente para la calificación contable de un arrendamiento es el Ministerio de Hacienda. Sin embargo, en este caso específico la Contraloría no consultó a la Dirección de Contabilidad Nacional. En este punto transcribe parcialmente el oficio MH-DGCN-DIR-OF-0631-2023 de 5 de setiembre de 2023, en el cual y entre otras cosas se parte de que no existirá transferencia de los bienes al final del contrato, no existe opción de compra, el plazo del contrato es a 25 años, no se trata de inmuebles que sólo la Administración pueda utilizar, no hay evidencias que el bien pueda ser reemplazado por otro con facilidad, el valor presente de los pagos es sustancialmente menor al valor actual de la inversión. En dicho oficio se concluye que: *“... en atención de la información suministrada y las limitaciones establecidas, podemos concluir que el contrato propuesto puede ser clasificado desde una óptica de normas contables como tipo operativo, de acuerdo con los hechos fácticos suministrados, ya que no transfiere sustancialmente todos los riesgos y ventajas inherentes a la propiedad del arrendatario. Así mismo, es importante indicar que se está en un proceso previo todavía de contratación y de establecer el proceso definitivo, por lo cual esta opinión deberá ser revisada una vez agotada esas etapas de contratación y analizar las condiciones finales”* (escrito 34/39). **Criterio del Despacho.** La LGCP incorpora cambios importantes en el sistema de contratación pública; por un lado, destaca la importancia que se concede a temas de planificación y pre inversión tratándose de obra pública, conscientes de que es un pilar esencial para el éxito de cualquier proyecto y confiando dejar atrás aquellos negocios en los cuales se pretendía llevar adelante iniciativas sin siquiera contar con planos definitivos o con una viabilidad robusta. Por otra parte, coloca en el centro del sistema el principio de licitación y elimina varias causales para contratar en forma directa con el propósito de mantener las excepciones como tales y la competencia como regla. Distingue la ley, procedimientos ordinarios y extraordinarios, categoría esta última dentro de la cual se ubica el artículo 67 de la LGCP. En general, la especialidad está en función del bien o del tipo de procedimiento. Por su parte, el citado artículo 67 (167 del Reglamento a LGCP) se ocupa del procedimiento y no del tipo de contrato y en lo que resulta de interés dispone: *“La Administración podrá comprar y tomar en arrendamiento bienes inmuebles, sin emplear procedimientos ordinarios, para lo cual se requerirá en todos los casos lo siguiente: / a) Estudio que demuestre que la opción seleccionada es la más rentable y viable. Para ello, se pueden utilizar los instrumentos del Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP). / b) Avalúo elaborado por el órgano especializado de la Administración respectiva, o en su*

defecto por la Dirección General de Tributación u otra entidad pública competente que defina el valor del inmueble o el precio del arrendamiento. / c) Estudio de mercado que lleve a determinar la idoneidad del bien que se pretende adquirir o arrendar. / d) Acto motivado adoptado por el máximo jerarca o porque quien este delegue. Tal acto deberá tener como fundamento todo lo indicado en los incisos anteriores. (...) De no cumplirse alguno de los anteriores requisitos deberá promoverse el procedimiento que por monto corresponda. / La Administración podrá pactar la adquisición o el arrendamiento de inmuebles por construir o en proceso de construcción, cuando ello convenga a sus intereses institucionales o comerciales, cumpliendo en tal caso lo establecido en los requisitos anteriores". Como se aprecia dentro de la compra y arrendamiento de inmuebles la norma legal se centra en el objeto (inmuebles) y prevé dos supuestos distintos, aunque comparten un mismo procedimiento especial, además de remitir de manera expresa a la Ley General de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos (Ley No. 7527), incluso para el reajuste de la renta o precio, confirmando así que se trata -en lo básico- del régimen ordinario de arrendamiento. El primer supuesto, lo usual en esta clase de contratos, y como negocios jurídicos independientes la compra y arrendamiento de bienes inmuebles construidos, que se pueden adquirir o arrendar de forma directa, es decir, sin concurso si se cumplen las condiciones enlistadas, estudio de rentabilidad, de mercado, avalúo, motivación; caso contrario deberá observarse el procedimiento ordinario. El segundo supuesto, también como negocios jurídicos independientes la compra o arrendamiento de bienes por construir o en proceso de construcción, no edificados y sujetos a las mismas condiciones y a un requisito adicional que es la conveniencia a sus intereses institucionales o comerciales. Por construir o en proceso de construcción parte de una decisión del propietario (futuro arrendante) ya tomada pero no materializada, porque de lo contrario no existiría ninguna base sobre la cual correr el test de cumplimiento de las condiciones que ahora se piden en la LGCP como estudio de rentabilidad y de mercado, porque el avalúo y acto motivado siempre han sido necesarios. El estudio de mercado es para acreditar la "idoneidad" del bien construido o por edificar, no del mecanismo a utilizar. Además, la construcción debe ser en terrenos propiedad del arrendante ya que esta norma no podría amparar la construcción de obra pública en terrenos públicos sin licitación porque excedería la figura ordinaria de arrendamiento. Nótese que si bien en el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (normativa anterior) ya se contemplaba una alternativa a los procedimientos ordinarios que permitía la contratación de manera directa (primero el artículo 131 inciso j) y

luego el artículo 139 inciso j) para los inmuebles por construir o en proceso de construcción no establecía condición alguna, sino que únicamente hacía referencia a la conveniencia de los intereses institucionales o comerciales lo cual era un régimen más flexible y abierto que el actual, salvo que para los casos de compra de inmuebles, la norma requería de la autorización de este órgano contralor. La excepción se legalizó permitiendo la adquisición directa de inmuebles bajo el cumplimiento de ciertas condiciones y librando el tema -de manera expresa- a la ley ordinaria de arrendamientos. A esto se suma que en la LGCP se incorporó por primera vez y como tipo contractual tanto el arrendamiento operativo como el arrendamiento financiero, permitiendo este último el arrendamiento y eventual compra financiada de un inmueble dado que es una opción cuando no se cuenta con el capital de inversión necesario para adquirir un activo fijo que requiere una fuerte inversión de dinero, al ser un servicio financiero de carácter crediticio que implica endeudamiento en el tanto supere el ejercicio económico respectivo (dictamen C-32-2022). La regulación actual del arrendamiento (artículo 67) con las condiciones que debe cumplir lo acerca más a la figura común de arrendamiento sometida al régimen ordinario, en especial porque los artículos 76 y 77 de la misma ley se dedican por su orden, al arrendamiento operativo y financiero que por ubicarse en la parte de tipos de contrato y así indicarse no dispensan el cumplimiento de los procedimientos ordinarios de selección. Ahora bien, además de lo expuesto la lectura de esta norma debe ajustarse a la integralidad de la ley de contratación, que por supuesto, también incluye la construcción de obra pública. Interpretar que la ley habilita una contratación directa para encargar sin más a un tercero la construcción de obra pública, iniciativa de un sujeto público, es tanto como vaciar de contenido lo dispuesto en el artículo 71 de la misma ley y en especial de las normas reglamentarias que con mayor detalle regulan todo lo relativo a la construcción de obra pública. Tal y como señalamos en la advertencia no es posible a través del artículo 67 de la LGCP encargar “diseño y construcción de obra pública” (advertencia 6/13). En ese sentido, el artículo 172 del Reglamento es amplio al indicar que la obra pública comprende la construcción integral de una obra nueva, además de la ampliación, remodelación, reparación, reconstrucción o los trabajos de conservación, rehabilitación y mantenimiento de obra pública ya existente; estableciendo más adelante (artículo 176) dentro de los tipos de contrato la construcción con diseño detallado o el contrato de diseño y construcción. El artículo 67 contempla tanto compra como arrendamiento y si se interpreta que los bienes no tienen que estar disponibles en general, para cualquiera, que pueden obedecer a características particulares

de una Administración Pública, pues sería sinónimo de permitir que una entidad pueda encargar obra pública a un tercero, de manera directa, sin límite de complejidad, ni de tipo de financiamiento, sin necesidad de acudir a los procedimientos ordinarios de la ley siempre que ello resulte más rentable. Comentario aparte merece el requisito específico de intereses de la institución o comerciales, porque es la condición que justifica invertir recursos públicos en un inmueble aún no construido. Ejemplo de arrendamiento de inmueble por construir, es si como parte de una iniciativa privada estuviera la construcción de una torre en un centro poblacional denso, la cual además de apartamentos integre oficinas, restaurantes y hasta ciertos servicios, concepto cada vez más común. En ese supuesto puede ser que resulte estratégica la presencia de alguna entidad pública prestadora de servicios exclusivos o en competencia, valorando población meta, accesibilidad, seguridad, facilidad para los usuarios, entre otras cosas y ello coincida entonces tanto con un interés institucional, que se entiende como aquellos orientados al cumplimiento de las funciones legalmente asignadas y además un interés comercial si se tratara de una empresa en competencia. Entonces no es como afirman los recurrentes que la Contraloría General favorece las contrataciones directas de bienes en el mercado, sino que tal supuesto está legalmente permitido, punto en el cual agregan que tal mecanismo “no ha favorecido el interés público” sin documentar su opinión, sin señalar en cuáles experiencias y casos concretos el interés público se ha visto perjudicado o insatisfecho, conclusión que no podría aludir sin más a los pagos que la Administración Pública realiza por concepto de arrendamiento porque bajo esta modalidad ello resulta procedente, aparte que antes y ahora es requisito contar con avalúo. Los recurrentes reclaman una interpretación normativa acorde con la finalidad de la norma y en resguardo del interés público, premisa que compartimos, sólo que para realizar tal cometido no es posible leer el artículo 67 fuera del sistema de contratación pública y del resto de la normativa, como si no existieran reglas aplicables a la obra pública por ser un contrato referente en la Administración Pública. En sentido similar, los recurrentes invocan, sin demostrar, el principio del valor por el dinero, como si el fin de reducir costos de arrendamiento justificara la inobservancia del marco normativo. Los procedimientos especiales no desplazan los principios constitucionales siempre que los primeros se utilicen de manera acotada a su objeto. Por otra parte, los gestionantes externan que desean avanzar en el análisis del caso sin el “agobio” de la advertencia, (escrito 34/39) no obstante, el fin de la advertencia es aportar en cuanto a la interpretación de la normativa y los aspectos relevantes que en esa ruta se deben tener en cuenta y en modo alguno impide

continuar en la búsqueda de la alternativa correcta para satisfacer la necesidad institucional, menos si insisten estar en fase de estructuración del Proyecto, ni tampoco se espera que cumplir con la normativa pueda generar “agobio” a la Administración. **a) Sobre las soluciones ad hoc.** En este apartado los recurrentes aseguran que el artículo 67 contempla desde antes tanto soluciones abiertas en el mercado como ad hoc de la Administración, paso seguido aducen citar casos que así lo confirman. La incidencia que la Administración Pública pueda tener en la obra por construir -sea para adquirir o arrendar- es sobre la base de un proyecto iniciativa de un tercero, en terrenos de su propiedad, vistas las condiciones que deben cumplirse y no como un mecanismo que permita encargar el diseño y construcción de obra pública en terrenos propios de forma directa porque ello sería desconocer la normativa aplicable para contrato de obra pública. El artículo 67 es un procedimiento especial, excepcional y acotado a la materia común de arrendamientos, que no puede sobreponerse a la regla de la licitación. Citan los recurrentes algunos casos anteriores, específicos y que en su opinión evidencian la viabilidad de soluciones a la medida. El primer caso, oficio No. 14.104 de 2007 por el cual se aprobó el contrato entre SUGEF, el BCAC como fiduciaria y propietaria del inmueble y la empresa El Paso de Lindora S.A. cuyo objeto era el arrendamiento para oficinas y estacionamientos. En relación con este caso advertir que presenta diferencias importantes como que se trataba de un inmueble por construir en terrenos privados y la participación de la Administración se daba sobre aspectos menores y puntuales como acabados, cableado y otros, además de involucrar la figura del fideicomiso. Segundo caso, el oficio No. 2388 de 2017 por el cual y por no requerirse se denegó autorización al Banco Central para contratar en forma directa el arrendamiento con opción de compra de la solución inmobiliaria que sería construida por el Fondo de Inversión de Desarrollo Inmobiliario - 1 en el inmueble ubicado en Barrio Tournón. En el oficio 2388 de 2017 se dice: *“(...) Así las cosas, siendo que en este tipo de negocios la existencia de pagos y amortizaciones al monto de venta del bien, desde la cuota de arrendamiento, es lo que determina la competencia de este órgano contralor para autorizar el arrendamiento con opción de compra, se llega a concluir que en el presente caso, al estar en presencia de un arrendamiento puro y simple, la Administración podrá concretarlo sin la participación de este órgano contralor, en el tanto se cumplan los supuestos que plantea el artículo 139 inciso j) del RLCA. / Ahora, no debe perder de vista esa Administración que en el momento que decida concretar la compra del inmueble, la que hoy en día es una eventualidad ya que incluso el bien puede ser vendido a un tercero a mayor precio que el*

pactado con el Banco Central, deberá presentar solicitud ante este órgano contralor, según lo estipula el ordenamiento jurídico (...)” (el subrayado es nuestro), cosa que no podría admitirse en el proyecto en comentario siendo que los terrenos son propiedad del Estado y una indefinición en cuanto al plazo y condiciones para la adquisición de los edificios es inaceptable. En ese sentido, se comparte lo indicado por el Área en cuanto a que “... *la condición de no transferencia del bien al finalizar el contrato ni siquiera resulta jurídicamente viable, ya que implicaría otorgar a un sujeto de derecho internacional público un derecho permanente sobre una propiedad del Estado. Aunado a que el derecho de accesión de los bienes inmuebles, regulado en el artículo 505 del Código Civil, Ley No. 63, establece que el derecho de propiedad se extiende por accesión a lo que está sobre la superficie y a lo que está por debajo; lo que significa que no sería lógico concluir que es posible que una obra construida en terrenos propiedad del Estado no sería transferida a éste al finalizar el contrato correspondiente. Esta situación, incluso, contradice uno de los objetivos del proyecto Ciudad Gobierno, ya que si no se diera la transferencia del bien al finalizar el contrato, el Estado se vería obligado a continuar pagando por el arrendamiento, lo cual va en contra del propósito del proyecto de remediar esta situación*” (R-DFOE-FIP-00001-2023, 7-8/8).

b) Sobre las construcciones en terrenos de la Administración. En este apartado los gestionantes citan otros casos adicionales que en el pasado fueron presentados para algún trámite ante la Contraloría General, vía autorización o refrendo, control previo o posterior, en relación con lo cual señalar que aún y cuando en materia de contratación pública los precedentes son importantes el sistema es esencialmente normativo y la viabilidad de los procedimientos depende del ajuste a las condiciones establecidas, aparte que a nivel de proyectos grandes es difícil ubicar casos idénticos. La advertencia emitida por la Contraloría General se sustenta en las regulaciones normativas vigentes que impiden encargar de manera directa -vía artículo 67- obra pública en terrenos públicos, sin vaciar de contenido las disposiciones referentes al contrato de obra pública y no en un comparativo con casos anteriores como pretenden los recurrentes. Ciertamente, proyectos anteriores pueden compartir algunos elementos con la iniciativa del proyecto Ciudad Gobierno, sin que ello -por sí sólo- se convierta en la justificación para acreditar la viabilidad del artículo 67 para este caso específico, que en todo caso, es una regulación que presenta sus diferencias con la anterior. Cada caso tiene sus propias particularidades de contexto, estructuración, actores, fines, financiamiento, riesgos, objeto, de normativa aplicable, ejecución, etc. que definen su situación. Conjunto de variables que la mayor parte del

tiempo son irrepetibles. Bajo ese entendido, nos referimos de manera general y sin ahondar en cada caso específico a detalles del clausulado, porque ello requeriría un estudio ex post y particular de cada contrato. En relación con el oficio No. 3786 de 2017 por el cual se analizó un caso de usufructo de bienes del BNCR para ser utilizados por un Fondo de Inversión administrado por la Sociedad Administradora de Fondos de Inversión del BNCR para el desarrollo de proyectos de infraestructura, indicar que la autorización que en su momento extendió la Contraloría General tiene fundamento en el artículo 2 bis inciso c) de la entonces vigente LCA, norma actualmente derogada y distinta a la que nos ocupa en este caso. Al respecto, téngase en cuenta que con los cambios introducidos por la LGCP, para obra pública, no puede iniciarse el procedimiento si no se cuenta con la aprobación del responsable de la etapa de planificación (artículo 72). Otro caso es el oficio 6110 de 2007 por el cual se refrenda el contrato suscrito por el ICE y el BCIE para el arrendamiento con opción de compra de la Planta Geotérmica Las Pailas, así como su respectivo adenda 1. Este caso presenta diferencias importantes como el hecho que la excepción utilizada fue la de contrataciones con sujetos de derecho internacional público (artículo 2 inciso b), entonces vigente; el BCIE participó en calidad de inversor, como parte de un esquema de financiamiento de la construcción y se dio un arrendamiento con opción de compra con financiamiento. Por último, los gestionantes aducen no comprender cómo en la advertencia se diga que un arrendamiento financiero requiere aprobación legislativa. El arrendamiento financiero es un contrato de financiación que obliga a una contraprestación periódica y en ese tanto debe contar con las autorizaciones y demás requisitos previstos en el ordenamiento. La adquisición de un inmueble a plazos, mediante pagos es un arrendamiento financiero y por ende deuda pública (artículo 81 LAFPP) por lo que no existe ninguna razón para eximir tal decisión de las autorizaciones dispuestas en el ordenamiento jurídico vigente. Es más el artículo 67 en comentario está referido a procedimiento, a selección de la contraparte, pero más adelante la ley se ocupa de definir los tipos contractuales señalando con bastante precisión los requisitos para los arrendamientos financieros. Para estos últimos se debe contar con las autorizaciones y demás requisitos que procedan, incluyendo los respectivos controles, además de seguir los procedimientos ordinarios previstos en la LGCP. **c) Sobre la calificación del eventual arrendamiento.** En relación con este tema el origen de los hechos y su cronología es importante. 1) El video grabado por la señora Ministra de Planificación, medio de comunicación utilizado por el Poder Ejecutivo, no refiere fecha pero ya para el 17 de agosto de 2023 circulaba en redes

sociales. En su contenido, la Ministra alude a la coordinación del Proyecto Ciudad Gobierno a cargo de Mideplan. Al efecto señala una coordinación de la “carpintería” que hay por delante, la utilización de una figura “innovadora” dispuesta en la LGCP llamada “arrendamiento operativo”, lo que permitirá al Gobierno tener una especie de contrato “llave en mano” en el cual el BCIE va a diseñar, construir, operar y administrar el edificio por un período de tiempo vencido ese plazo los edificios pasarán a ser propiedad del Estado Costarricense. 2) La Contralora General de la República compareció ante la Comisión Ordinaria de Asuntos Hacendarios, con ocasión del trámite del expediente No. 23.635 “aprobación del contrato de préstamo No. 2327 que financiará el programa de emergencia para la reconstrucción integral y resiliente de infraestructura”, el 22 de agosto de 2023. En dicha comparecencia y en punto al tema objeto de convocatoria la Contralora General ingresó directamente a las observaciones relacionadas con la materia de contratación pública concluyendo que *“A pesar de que existe la identificación de las necesidades urgentes y prioritarias, la indefinición en torno a los proyectos de inversión, su falta de limitación, alcance y etapa del ciclo de vida en que se encuentra, no permite valorar si las obras que se van a financiar con este crédito, efectivamente solventaría la situación declarada como riesgo, desastre y peligro inminente, permitiendo retornar al funcionamiento normal del Servicio Público. / Por lo tanto, se presenta el riesgo de vulnerar los sistemas de control, para ejecutar obras que no se tiene certeza si son las óptimas para alcanzar objetivos previstos en el programa. / El país ya ha sufrido la materialización de riesgos al financiar anteriormente proyectos que no tienen la fase de preinversión concluida, generando un alto costo para el erario y necesidades insatisfechas”* (acta 19/37). En esa oportunidad y durante el período de consultas, ante intervención de la diputada Ramírez Portuguesez, la Contralora General señala: *“Voy a explicarlo con base en el video que vi de la señora Ministra de Planificación; en donde ella comunica que este es un proyecto que va a diseñar, a construir, a administrar el BCIE, y que luego trasladará los bienes o los edificios al final. Y ella dice que es un arrendamiento operativo. (...) Ella manifiesta que se trata de un arrendamiento operativo de acuerdo con la Ley de Contratación Pública, y luego los edificios volverán al Estado. Sin embargo, cuando se manifiesta que los edificios volverán, eso es un arrendamiento financiero, porque esto no es un alquiler, esto es una compra financiada. Entonces, ahí hay endeudamiento y en criterio de la Contraloría General de la República sí tendría que venir a la Asamblea Legislativa”* (31/39). En relación con los hechos mencionados es importante señalar que el comentario externado ante la Comisión

Ordinaria de Asuntos Hacendarios no fue por la “valoración” de un video, menos en el marco de la investigación que luego generó una advertencia como para pretender que se tuviera en cuenta información requerida a Mideplan, o que se tuviera que “consultar” al Ministerio de Hacienda, sino que es una manifestación puntual ante una consulta concreta y ante información emitida vía video, por la Ministra de Planificación y Política Económica y como tal pública y oficial. Los diferentes medios que el Poder Ejecutivo utiliza para difundir sus decisiones y el avance de éstas no restan oficialidad al mensaje, ni tampoco los gestionantes lo desconocen o cuestionan. Si bien en el video se alude a “carpintería” la exposición se hace sin advertencia alguna de estar en fase de estructuración, de estar valorando alternativas preliminares, como ahora se asegura a lo largo de los escritos. El diseñar, construir, operar, administrar y traspasar no corresponde a un arrendamiento operativo, que no es otra cosa que el arrendamiento puro y simple, sino financiero el cual por sus características y el endeudamiento que supone requiere cumplir con cierto trámite que fue lo señalado ante la Asamblea Legislativa. Extrañan los recurrentes la citada manifestación; sin embargo se advierte que es por completo consecuente con el contenido del mensaje dado por una de las más altas autoridades del Poder Ejecutivo a cargo de la coordinación del Proyecto Ciudad Gobierno, dentro del marco de una exposición relativa a préstamos del BCIE y proyectos de inversión en el rol asesor del órgano contralor hacia la Asamblea Legislativa, en hacienda pública. Asimismo, no puede dejar de considerarse que el artículo 81 de la Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos dispone que el endeudamiento resultante de las operaciones de crédito público se denominará deuda pública y podrá originarse en “la adquisición de bienes y servicios que se paguen total o parcialmente el transcurso de un ejercicio económico posterior al período de su presupuestación”.

4) Sobre la naturaleza de la reunión sostenida en Casa Presidencial el 28 de marzo de 2023. A lo largo del recurso y en escrito presentado con posterioridad los gestionantes aluden a la reunión sostenida el 28 de marzo de 2023, con la participación del señor Presidente de la República, el Ministro de Hacienda, representantes del BCIE y asesores, la Contralora General y la gerente a cargo del Área para el Desarrollo de las Ciudades. Indican que la reunión fue un ejercicio de transparencia, en donde se comentó el alcance del proyecto, la solución inmobiliaria ad hoc en terrenos públicos, el uso del procedimiento establecido en el artículo 67 de la LGCP y la no aplicación del refrendo, ante lo cual se hicieron preguntas y comentarios tendientes a garantizar la correcta aplicación de la ley (escrito 36/39). Agregan que desde esa reunión los esfuerzos se han centrado en

avanzar con el estudio, estructuración y documentación para decidir el curso definitivo, siempre en línea con lo conversado. Los comentarios realizados por los gestionantes en punto a la reunión sostenida en su momento parecen intentar derivar de la conversación una suerte de aval previo a las actuaciones desplegadas hasta el momento, sobre lo cual conviene hacer algunas precisiones de contexto y alcance. Primera, de parte de la Contraloría General la reunión tenía un propósito informativo, nunca podría ser otro distinto por las funciones de fiscalización constitucional y legalmente asignadas y el impedimento natural de co administrar. En esa dinámica se enmarcan las preguntas y comentarios realizados. Segundo, la Ministra de Planificación menciona (escrito 6/24) que dicha reunión, a la cual ella no asistió, sirvió para exponer “detalladamente los aspectos de estructuración del proyecto”, que son los mismos que se han aplicado después y que ahora el Área de Fiscalización dice desconocer, como si tal “estructuración” estuviera ya definida, lo que en otras partes de los escritos se niega y hubiera sido respaldada por la Contraloría General lo que no es así. En todo caso, el Área en su análisis sólo podría referirse al expediente escrito, es decir, a los documentos que hasta el momento ha facilitado la Administración y que según lo referenciado en la advertencia son pocos y parciales. Invocar este tipo de encuentros e intercambios entre autoridades gubernamentales y el órgano contralor como un respaldo que de alguna manera pueda limitar las labores de fiscalización es un argumento inaceptable. Señalar que en la reunión sostenida se expuso de forma detallada la estructuración del proyecto es falaz porque ello no aconteció de esa manera. Además, de parte de la Contraloría General el carácter informativo de lo conversado, fue advertido puntualmente y de viva voz en la citada reunión. **Conclusión.** En razón del análisis realizado por este Despacho se mantiene la línea interpretativa del artículo 67 de la LGCP desarrollada en el oficio No. 11.837 de 4 de setiembre anterior y se ratifica que el diseño, construcción en terrenos públicos, arrendamiento, administración y posterior transferencia al Estado no es una opción que contemple la citada norma.-----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y lo regulado en los artículos 183 y 184 de la Constitución Política; 345, 346 y 351 de la Ley General de la Administración Pública, se resuelve: **1)**

Rechazar de plano el recurso de apelación en subsidio en contra de la “Advertencia relacionada con el trámite del Proyecto Ciudad Gobierno” emitida por oficio (DFOE-FIP-0354) de 4 de setiembre de 2023 y **2) Declarar sin lugar** el recurso de apelación en subsidio en contra de la interpretación del artículo 67 de la Ley General de Contratación Pública contenida en la misma advertencia. Se da por agotada la vía administrativa.-----

NOTIFÍQUESE. -----

Marta E. Acosta Zúñiga

Contralora General de la República

CGR | Firmado
digitalmente
Valide las firmas digitales

MAZ/JHA/dsa

Exp. CGR-SDO-2023005967

G: 2023002542-6