

Reflexiones sobre la fiscalización de los contratos administrativos

*Billy Araya Olmos**

Resumen

Los criterios técnico-jurídicos deben imperar en la verificación y fiscalización de los contratos administrativos. Esta actividad no es más ni menos que una potestad de imperio y está regulada al amparo del artículo 13 de la Ley de Contratación Administrativa de Costa Rica como Derecho de Fiscalización. Anteriormente, era ejercida por el órgano fiscalizador del contrato, persona u órgano-individuo designado por la respectiva administración, en los términos del numeral 15.2.3 del entonces Reglamento de Contratación Administrativa (Decreto Ejecutivo N.º 25038). Derogado este, mediante Ley N.º 8511, es el artículo 8.g del actual Reglamento de Contratación (Decreto Ejecutivo N.º 33411) que, mutatis mutandi, le denomina ahora como Encargado general del contrato, cuyas funciones no distan mucho de su antecesor. Empero, el debate surge de los eventuales perjuicios que podría irrogar sobre las finanzas públicas la ausencia de fiscalización contractual de cara a lo planteado por la última normativa en cuestión, la cual admite la fiscalización tan solo para los contratos de mayor complejidad. Ante este panorama, se propone una medida de posible solución al final de este trabajo.

Introducción

Es un hecho conocido que en otros tiempos la forma habitual para concretar negocios era mediante el trueque, instrumento comercial primitivo utilizado para comprar y vender alimentos, ropa o armas. Seguidamente, este vetusto instrumento contractual evolucionó principalmente en la antigua Roma que, gracias al pragmatismo y formación científica de sus juristas, concibió el denominado locatio conductio o contrato de arrendamiento, modulado en tres categorías: locatio conductio rei o arrendamiento de cosas, locatio conductio operis o arrendamiento de obras y locatio conductio operarum o arrendamiento de servicios.

Importa destacar que las precitadas figuras sugerían, en primer lugar, el arrendamiento de bienes u objetos. Dentro de este supuesto se incluía a los esclavos a quienes se les consideraba tan solo como cosas o rei. La segunda categoría evocaba más bien la realización de obras por una determinada paga y quien asumía todo el riesgo sobreviniente era el propio contratista, obligado a entregar el bien totalmente acabado. La tercera consistió en la prestación de servicios por cuenta de un particular, quien tenía la facultad de fijar el costo

en proporción al tiempo invertido, empero no asumía riesgo alguno por eventos sobrevivientes. (García, 1987, p. 11-12).

* Licenciado en Derecho, profesor universitario y funcionario de la Inspección Electoral del Tribunal Supremo de Elecciones.

Sin mayor esfuerzo, se abstrae que la contratación administrativa reposa, sustancialmente, en la fusión operis-operarum, es decir, el deber que recae sobre la Administración Pública de contratar con particulares bienes o servicios para satisfacer las necesidades que padece el conglomerado social. Naturalmente, el fin público o bien común es su finalidad constante y se compone de la suma coincidente de los intereses de cada administrado (vid. Art. 113, Ley General de la Administración Pública, en adelante LGAP), lo que a su vez origina la distribución equitativa de las cargas sociales en forma equitativa. (Vid. Art. 33 Constitución Política).

De ahí que no es viable afirmar, en strictu sensu, que la posición de la Administración Pública en un contrato administrativo es la de potentior persona, porque actúa siempre unilateralmente, sino más bien, su papel debe ser el de una especie de patrocinador o gestor que centra sus esfuerzos en la prestación del servicio público. Esta concepción moderna, deriva de la escuela realista o de Burdeos a inicios del siglo pasado. Diametralmente distinta al contrato de derecho privado, en el que la dotación de todos esos recursos persigue réditos, tan solo a favor de las partes contratantes.

De acuerdo con lo anterior, en nuestro medio, el Constituyente diseñó la licitación pública, para la ejecución de obras públicas que celebren los Poderes del Estado, las Municipalidades y las instituciones autónomas, las compras que se hagan con fondos de esas entidades y las ventas o arrendamientos de bienes pertenecientes a las mismas, [...], de acuerdo con la ley –Ley de la Contratación Administrativa, en adelante LCA– en cuanto al monto respectivo. (Vid. Art. 27 LCA).

En ese mismo sentido, la licitación desplegará todos sus efectos, pero con absoluta sujeción a los preceptos de libre competencia; igualdad en el trato hacia todos los oferentes; justicia y equidad; publicidad; legalidad; transparencia en el procedimiento contractual; eficiencia; responsabilidad; seguridad jurídica; formalidad del procedimiento; equilibrio de intereses o respeto de la ecuación económica; buena fe; mutabilidad; fiscalización; intangibilidad patrimonial; libertad de contratación; control: jurídico, económico, financiero, contable; y disponibilidad presupuestaria (cfr. votos SC n.º 947, 6432 y 998 todos de 1998).

Por otra parte, surgen los controles como mecanismos técnicos para la sana administración de los fondos públicos, los cuales se erigen, paralelamente, como filtros sutilmente orquestados para la menor afectación al erario. Por tanto, resultan ser preeminentes durante todo el íter contractual, esto es, a partir de la voluntad de la Administración para forjar el pacto hasta el finiquito del mismo.

De ahí que el contrato administrativo se bifurca en dos importantes secciones, formal y material. La primera, podríamos denominarla verificación del procedimiento, obligación conjunta de la administración contratante como del oferente (cfr. arts. 9 y 21 LCA).

En tanto, la Administración está llamada a constatar el recurso humano, técnico y económico disponible para evitar cualquier entorpecimiento en la sucedánea ejecución material del contrato.

El oferente, por su lado, ha sido llamado a verificar, pormenorizadamente, todos los aspectos contemplados en el cartel de licitación porque en el supuesto de imposibilidad material o ilegalidad manifiesta, inconveniente a sus propios intereses o al interés público, estará legitimado para interponer el recurso de objeción previsto por la ley (vid. arts. 81 ss LCA). En defecto de lo anterior, no podrá argüir a posteriori, durante la etapa de la ejecución contractual, desconocimiento alguno.

Autorizada la contratación en lo interno del ente u órgano público adjudicante, si fuera procedente, la Administración deberá gestionar su aprobación o refrendo ante la Contraloría General de la República, como parte del control intrínseco a ese órgano de fiscalización superior, lo cual se funda en el mandato constitucional 183.3, en tanto, No se admitirá ninguna orden de pago contra los fondos del Estado sino cuando el gasto respectivo haya sido visado por la Contraloría, ni constituirá obligación para el Estado la que no haya sido refrendada por ella.

Aprobado el contrato, por jerarquía impropia monofásica (CGR), el contrato adquiere suficiente eficacia jurídica para verter sus efectos sobre la relación contractual. A partir de este momento, previa satisfacción de la garantía de cumplimiento, el o la contratista podrá recibir la orden de inicio, documento que contiene datos, tales como: la fecha de entrega del bien o inicio del contrato, objeto y cantidad. Sin embargo, el autor considera que, por principio de buena fe contractual, la Administración debe plasmar en la orden respectiva las responsabilidades atinentes a causa del incumplimiento en el plazo de entrega o inicio de la ejecución contractual, a pesar de haberlo consignado en el cartel de mérito, pues no existe óbice alguno para transcribir, íntegramente, en ese documento, el texto del numeral 198 del Reglamento de Contratación Administrativa, en adelante RCA, que a su letra dispone:

Art. 198.- Prórroga del plazo. A solicitud del contratista, la Administración, podrá autorizar prórrogas al plazo de ejecución

del contrato cuando existan demoras ocasionadas por ella misma o causas ajenas al contratista.//El contratista solicitará la prórroga dentro de los diez días hábiles siguientes al conocimiento del hecho que provoca la extensión del plazo y la Administración contará con igual plazo para resolver si procede o no. Si la solicitud se hace fuera del plazo, pero estando aún el contrato en ejecución, la Administración podrá autorizar la prórroga, en caso de estar debidamente sustentada, siempre que esté vigente el plazo contractual.

Perfeccionada la etapa formal, la contratación ingresa a un estado eminentemente material, es decir, la entrega de la cosa. Para lo cual es pasible el derecho de fiscalización; actuación administrativa que deben desplegar los funcionarios y las funcionarias, formalmente investidos pero en contraste con la complejidad del contrato referido.

Paralelamente, este derecho (vid. Art. 13, párrafo 1° LCA) adquiere el matiz de potestad pública o de imperio, asimilable a una cláusula exorbitante del contrato común. Adicionalmente, la norma dispone que *Si la Administración no fiscaliza los procesos, eso no exime al contratista de cumplir con sus deberes ni de la responsabilidad que le pueda corresponder (vid. Art. 13, párrafo 3°)*, pues está claro que la omisión administrativa no podrá traducirse jamás en carta de naturaleza para la negligencia del particular, quien también está obligado a fiscalizar sus propias acciones, puesto que *Los contratistas están obligados a cumplir, cabalmente, con lo ofrecido en su propuesta y en cualquier manifestación formal documentada, que hayan aportado adicionalmente, en el curso del procedimiento o en la formalización del contrato. (Vid. Art. 20 LCA).*

Entretanto, llama la atención la discrecionalidad utilizada por algunas administraciones para delegar tan relevante tarea en personas servidoras que carecen del mínimo conocimiento técnico o la pericia del caso para dimanar acciones, tendientes a que el contratista corrija cualquier traspié durante la ejecución del contrato, lo cual quebranta, sin lugar a dudas, el precepto jurídico que condiciona el dictado de los actos administrativos a las reglas unívocas de la ciencia o de la técnica o principios elementales de justicia, lógica o conveniencia. (Vid. Art. 16.1 LGAP).

Por otra parte, sucede que la contraparte técnica de la Administración, la persona funcionaria que actúa generalmente en forma individual, comúnmente, no es la más idónea para satisfacer las labores asignadas e, incluso, carece de un pago por responsabilidad en esa específica función. Esto último podría también atentar en contra del principio de la primacía de la realidad que predica una contraprestación económica para la persona servidora en función de las actuaciones materialmente desplegadas y no tanto en virtud de las tareas para las cuales fue contratada. En particular, a consecuencia de decisiones que irroguen algún perjuicio en contra de una persona tercera o de la propia administración (cfr. arts. 149. a, 203 y 211 LGAP), por lo cual importa introducir en la legislación nacional un

instrumento normativo que cohabite con el interés público, esencialmente en la regular, continua e igualitaria prestación del servicio público, no obstante, sin traer a menos los derechos o la estabilidad laboral e, incluso, psíquica de las personas funcionarias llamadas a fiscalizar las compras del sector público.

I. Tipos de control 1. Intersubjetivo

Es común que el Gobierno de la República delimite una serie de mecanismos de índole político, promoviendo el bien público para solucionar las necesidades de las personas administradas. A ese efecto, se generan políticas de programación o planificación, instrumento que coadyuva al Ejecutivo en la toma de decisiones a corto, mediano y largo plazo, para proyectar la actuación y la gestión administrativa que orientan los objetivos, metas y fines a cumplir. Del mismo modo, tales políticas obtienen basamento de la Ley de Planificación Nacional, cuyo órgano rector, es el Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica.

Dentro de ese mismo dimensionamiento, descansan las Directrices, actos administrativos atípicos, cuya eficacia no es directa ni inmediata, sino diferida en el espacio y el tiempo, dado que surte efectos hasta su adopción por parte de los entes públicos. Asimismo, la Coordinación advierte sobre eventuales duplicidades en las diferentes actividades del complejo engranaje iuspublicístico. Por su lado, el Control se comporta como contralor de oportunidad y legalidad. Por este motivo, el instituto de la fiscalización debe orientarse por el principio de legalidad, para lo cual es preeminente el equilibrio entre la sustancia y la forma, debido a que la repetida potestad se erige como una ramificación del propio Control Interno.

En otros términos, las disposiciones gubernamentales se instituyen como políticas orientadoras que el Ente Público Mayor o Estado comunica a los entes públicos menores o descentralizados, mediante el instrumento denominado tutela administrativa. Su objeto se centra en que estos últimos asimilen los lineamientos generales o específicos para la satisfacción del interés general, en la materia de su competencia.

Dentro de ese mismo hilo conductor, se abstrae que son vinculantes para todos los entes públicos descentralizados (institucionales, territoriales y corporativos) solamente las políticas de planificación nacional y de control, puesto que están desvinculadas las 81 corporaciones locales de nuestro país así como los entes corporativos profesionales, agrarios e industriales de todo lo concerniente a las directrices emanadas del Gobierno central (cfr. art. 99 LGAP).

Esto obedece al grado de autonomía política, financiera y de gobierno que recae en su esfera jurídica. Es decir, pesa sobre estos entes tan solo el deber residual de sujeción a las políticas programáticas que dicta MIDEPLAN en materia de su competencia, para actividades, verbigracia, la confección de los POAS (Planes Operativos Anuales) para

planificar la adquisición de los bienes y servicios por adquirir dentro de un determinado ejercicio económico. En otras palabras, la satisfacción de los requerimientos de la sociedad se erige como el fin vinculante del contrato administrativo. A partir de lo cual deriva, ineluctablemente, la fiscalización que recae en cabeza de los administradores públicos, investidos como contraparte técnica o fiscalizador de la etapa de ejecución contractual.

2. Control Contable

Está expresamente contenido en la Ley de la Administración Financiera y Presupuestos Públicos, N.º 8131 del 04 de setiembre de 2001, artículo 17 y siguientes. Se divide en dos tipos, a saber: a) interno y b) externo; el primero es ejercido por las unidades de control interno de cada Administración Pública, encargadas de vigilar los subprocesos o actividades encomendadas, en los términos de la Ley General de Control Interno, N.º 8292 del 18 de julio de 2002.

Por otra parte, la Contraloría General de la República ejerce el control externo. Mediante las facultades concedidas por la Carta Fundamental en el canon 183, según páginas atrás. Por lo tanto, el Derecho de la Constitución es el que le brinda sustento a la labor de este órgano constitucional de

desconcentración máxima. a) Control Interno

La Ley General de Control Interno, N.º 8292 del 18 de julio de 2002, publicada en la Gaceta n.º 169 del 04 de septiembre de ese año, instauró dentro de la Administración Pública la puesta en práctica de un sistema de controles, *los cuales deberán ser aplicables, completos, razonables, integrados y congruentes con sus competencias y atribuciones institucionales. Además, deberán proporcionar seguridad en el cumplimiento de esas atribuciones y competencias. (Vid. Art. 7 LGCI).* Toda vez que tales controles buscan diversos fines, v. gr., *a) Proteger y conservar el patrimonio público contra cualquier pérdida, despilfarro, uso indebido, irregularidad o acto ilegal.//b) Exigir confiabilidad y oportunidad de la información.//c) Garantizar eficiencia y eficacia de las operaciones.//d) Cumplir con el ordenamiento jurídico y técnico. (Vid. Art. 8 LGCI)*

Dicho de otra forma, el control interno procura evitar el despilfarro o uso indebido de los activos institucionales; es decir, los asignados a todas las Administraciones Públicas. Interesa comprender, además, que los bienes privados de la Administración, tales como: vehículos, infraestructura, mobiliario y maquinaria no son propios, es decir, se adquieren para brindar condiciones adecuadas de servicio a la comunidad. Por ello, no es posible inferir como negativamente lo hacen algunas personas, que tales están dentro de la esfera particular de cada persona funcionaria, sino más que se ha puesto bajo su recaudo para administrarlos. Dentro de esta tesitura, también conviene introducir planes de acción y de contingencia que permitan disminuir el riesgo o al menos minimizarlo, con antelación a la compra de bienes y servicios de mano de los particulares.

Lógicamente, como cualquier negocio, la contratación administrativa también genera riesgos, algunos susceptibles de transferir mediante la garantía de cumplimiento que rinde el contratista previa adjudicación (vid. Art. 34 LCA). Empero, no todos los riesgos son susceptibles de tal proceder, principalmente porque existen algunos que la propia Administración debe asumir, siempre bajo un nivel de riesgo aceptable, por ejemplo, en el supuesto de arrendar una máquina fotocopidora, el ente deberá prever con la antelación debida un determinado porcentaje de fotocopias defectuosas o borrosas. Este rubro eventualmente podría incluirse dentro del costo por concepto de mantenimiento; pero siempre dentro del mismo contrato. Sin embargo, al apreciar que ese porcentaje de fotocopias defectuosas sobrepasa el rédito o ganancia programada por el Departamento de Proveeduría, será, por ende, la contraparte técnica, el órgano encargado de informar, inmediatamente, al adjudicatario para que este último adopte las medidas necesarias.

Por lo tanto, ¿cuál es el quid del control interno? Que los costos guarden proporción con los objetivos trazados, pues debido al principio de razonabilidad de los costos en contratación administrativa, estos nunca deben sobrepasar la finalidad propuesta por el ente e impuesta por el ordenamiento jurídico. Por ese motivo, son las personas usuarias finales de los servicios, quienes, por lo general, prestan, *intuito personae*, el servicio público al administrado y quien mejor conoce el proceso de manufactura del bien. De ahí que el canal informativo entre este y la contraparte técnica del contrato debe ser sumamente ágil y eficaz, con el objeto de que los riesgos puedan ser disminuidos. Esta es la concepción de riesgos de la contratación y los controles contingenciales que debe operar dentro de la organización administrativa.

De lo expuesto, resulta aleccionador el tan comentado caso del Hospital de Alajuela, cuya obra una vez finalizada, O.H.L. Compañía Consultécnica, en lo absoluto compensó las expectativas de la Caja Costarricense del Seguro Social (CCSS). Con un proyecto de tan alto cuántum, alrededor de USD\$300000000 (treinta millones de dólares americanos), lo menos esperado era la ineficiente fiscalización de la obra, dado que el problema incidió, concretamente, en que el hospital fue recibido de conformidad por los personeros de la CCSS y, tiempo más tarde, empezó a florecer un sinnúmero de denuncias de parte de pacientes y del mismo personal del nosocomio.

Sobre lo sucedido, recuerdo que a efectos de una investigación de carácter personal, hace algún tiempo, mantuve una breve conversación con el ingeniero Miguel Salvatierra, destacado en la Auditoría de la Caja, quien me comentó que, aparentemente, al final de la obra, la CCSS regresó la garantía de cumplimiento al contratista. De ahí que se dejara en un estado de indefensión. A pesar de que poco después se realizaron diversas pesquisas, a esa fecha aún no se había concretizado nada, porque el asunto se encontraba en la etapa de investigación preliminar en el Ministerio Público.

Por su parte, está claro que era la contraparte técnica del proyecto, el funcionario llamado a impedir el regreso de esa garantía al proveedor, pues era su tarea, durante la etapa de

ejecución del proyecto, según la disposición normativa de ese entonces, *advertir, a quien corresponda de acuerdo con el régimen interno, la conveniencia de introducir modificaciones o señalar correcciones en la ejecución, recomendar la ejecución de las garantías o bien la rescisión o resolución del contrato cuando advierta fundamento para ello. (Vid. Art. 15.3 RCA-derogado en 2006).*

Contrariamente, según comentaba el ingeniero Salvatierra, ese órgano se componía de una Unidad Ejecutora, representada por funcionarios de la Institución y se contrató, adicionalmente, una empresa española para complementar la fiscalización de la obra. Entre ambas partes, supuestamente, existió un control recíproco o cruzado en la fiscalización del proyecto. Por esta razón no debía haber lugar a errores, sin embargo, la logística falló y no se cumplieron los resultados esperados.

Ante este panorama, se presumen graves duplicidades que aún en la actualidad se están dando en muchos sectores de la Administración Pública, a lo cual es preciso zanjarlos con la urgencia del caso, pues nótese que so pena del costo del proyecto, la CCSS se dio el lujo de contratar una empresa para coadyuvar en la fiscalización, actuación que más bien produjo resultados negativos a las finanzas públicas.

Por tanto, es necesario reflexionar en controles con un mayor grado de eficacia y economía. Sobre el particular, Berenguer (1966, p. 347) afirma: *La conservación y unificación de los controles vienen realizadas de manera total a la máxima fiscalización financiera que es la base de una buena gestión de la pública finanza.* Justamente este es el papel de la Contraloría General de la República como fiscalizador superior de la Hacienda Pública, quien a su vez ejerce el control externo o forense de la función pública y, concretamente, de los contratos administrativos.

b) Control externo

El control externo es responsabilidad de la Contraloría General de la República, *respecto de toda la Administración descentralizada es de carácter legal-contable y no de naturaleza política, como es el que, en cambio, ejerce la Asamblea Legislativa sobre los Presupuestos Nacionales.* (Valle, 1994, p. 250). Sustancialmente, la actual Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, afirma que, *El control externo corresponderá a la Contraloría General de la República, de acuerdo con su Ley Orgánica y las disposiciones constitucionales.*

Adscrita al Congreso como centinela de la Hacienda Pública, goza de independencia funcional y administrativa en el desempeño de sus funciones. Desde esa óptica, el artículo primero de su Ley Orgánica le atribuye el control superior de la Hacienda Pública, y en el tercero *ibídem*, le faculta como *amicus curie*, es decir, coadyuvante en procesos jurisdiccionales en que estén involucrados la Hacienda Pública o los fondos privados sujetos a su propio control o fiscalización.

Por otra parte, sectores de la doctrina expresan que es inminente una reforma constitucional para dotar a la CGR de personalidad jurídica, según lo expone Romero (2006, p. 106-107) quien trae a colación el sinnúmero de funciones que ejecuta ese órgano, puesto que

[...] debe encargarse del control de la eficiencia, de la Administración (artículo 17 de su Ley Orgánica) de la fiscalización y aprobación de los presupuestos de numerosos grupos de entes públicos (artículo 18 ibidem), aprobar los contratos que celebre el Estado (artículo 20 ibidem) de aprobar y examinar las liquidaciones presupuestarias de esos entes, de realizar auditorías sobre los entes públicos y aquellos que manejen fondos de tal naturaleza (artículo 21 de la Ley señalada).

Coincidimos, parcialmente, con el argumento del Dr. Romero, en el sentido de que en su esfera jurídica subyace una interesante paradoja, manifiesta en la injerencia constitucional vertida sobre la conducta de los entes públicos descentralizados y del Gobierno central –v. gr. refrendo- que, como es sabido, son todos sujetos de derechos y obligaciones, es decir, ninguno de ellos carece de personalidad jurídica. No obstante, la perspectiva es eminentemente formal, porque si bien es cierto, La Contraloría General de la República es una institución auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública, pero tiene absoluta independencia funcional y administrativa en el desempeño de sus labores (voto SC. n.º 3607-94 de las 15:15 hrs. del 19 de julio). (El énfasis no es del texto original). Subsidiariamente, tenemos con Rubén Hernández (1994:28) que [...] la relación de independencia sólo puede darse entre sujetos ubicados en el plano de igualdad jurídica, por lo que esa relación se traduce en un intrincado y complejo sistema de pesos y contrapesos. (Delineado no es del original).

Ergo, la Contraloría General está facultada para examinar la actividad presupuestaria de las Administraciones Públicas, por mandato constitucional. En efecto, en el Proyecto de Ley Para la Reorganización de La Administración Financiera de Costa Rica (1945, p. 31), la Secretaría de Hacienda y Comercio de Costa Rica, citando un fragmento de la obra intitulada El Control de los Gastos Públicos del tratadista León Rebollo Paz, enfatizó:

[...] si la constitución acuerda al Congreso, la facultad de aprobar o desechar las cuentas de inversión del Estado, es de toda evidencia que el Congreso puede crear, por ley un Organismo dotado de la independencia necesaria para el estudio y juzgamiento de esas cuentas, sin perjuicio, claro está, de la facultad de supervisión, diríamos que a dicho poder corresponde. Por eso entendemos que ese Organismo puede y debe ser una entidad totalmente extraña al poder administrador. Esta independencia de la Contraloría, sobre ser rigurosamente

ajustada al sistema constitucional que nos rige, es el único medio que puede asegurar su eficiencia como instrumento de control de los gastos públicos, como se ha reconocido sin disputa, en países extranjeros con una legislación bien perfeccionada.

Finalmente, la finalidad del control y fiscalización superiores de la CGR, persigue salvaguardar la legalidad y la eficiencia de los controles internos así como el manejo de la Hacienda Pública (vid. Art. 11 LOCGR). En ese mismo sentido, dicho control extiende sus brazos a la eficiencia de la Administración Pública, en virtud de lo cual está facultada para rendir los informes, conclusiones y recomendaciones al efecto de prevenir y dictar las medidas las procedentes (vid. Art. 17 LOCGR).

Colateralmente, la Administración está obligada a rendir a la Contraloría, informaciones relacionadas con su actividad contractual, por ejemplo cuando un órgano director de un procedimiento correctivo de contratación administrativa sanciona a un determinado contratista con apercibimiento (vid. Art. 99 LCA) o inhabilitación (vid. Art. 100 LCA), en los términos dispuestos por las normas infralegales establecidas por el órgano contralor, para la tutela del control y fiscalización superior de las finanzas públicas (vid. Art. 101 LCA).

II. Fiscalización de la ejecución contractual

Previamente, es válido afirmar que la ejecución contractual, ejecutada en tiempo y forma, se traduce en la tutela efectiva del interés público, ya que las obras deben ser ejecutadas con estricta sujeción a lo ofertado y a las estipulaciones, previamente instauradas en el respectivo cartel o pliego licitatorio, porque el interés público se traduce en la actuación estatal ligada al bien común y público; es decir, la materialización de los intereses de la comuna, de forma prioritaria dentro de la agenda de la Administración Pública.

Del mismo modo, deberán migrar al terreno de la realidad, todas aquellas promesas y estipulaciones jurídicas formales, aportadas adicionalmente por los y las oferentes. A ello se aúna lo dispuesto en la norma especial que al respecto la Ley dispone que

Los contratistas están obligados a cumplir, cabalmente, con lo ofrecido en su propuesta y en cualquier manifestación formal documentada, que hayan aportado adicionalmente, en el curso del procedimiento o en la formalización del contrato. (Vid. Art. 20 LCA). (Énfasis es suplido).

Por otra parte, es un hecho conocido que el particular se erige como el director-ejecutor de la obra, mientras que la Administración actúa en supervisor de las actuaciones de aquel, estableciéndose como esencial premisa que las diligencias de ambas partes deben estar siempre ajustadas a derecho. Por ende, será entonces en el terreno de la ejecución contractual, a saber, a posteriori de la consumación del proceso de adjudicación y hasta la

concreción de la obra o efectiva entrega del bien o suministro, es decir, el finiquito contractual. Por tal motivo, debe afrontar cualquier espectro de responsabilidades y/o sanciones, de forma proporcional al régimen jurídico vigente en el supuesto de incumplimiento parcial o total, salvo casos de fuerza mayor como situaciones previsibles de mano de la naturaleza, mas no imbatibles.

1. Generalidades

a. Fisco

Fiscus es la raíz latina del término fisco, concepto del que procede el verbo fiscalizar. En palabras del maestro Couture (1988, p. 293-294) el precitado latinazo –fiscus– debe su nombre a una especie de cesta hecha de mimbres o juncos donde los romanos depositaban el dinero. Con el devenir de los años, se le denominó, asimismo, al tesoro de los príncipes, consideración cuyo objeto era distinguirlo del Tesoro Público que recibió, a su vez, el apelativo de Erario; es decir, debido a la incompatibilidad entre el patrimonio del Emperador y los bienes destinados al pago de los gastos estatales.

Siglos más tarde, en España, se adoptó la antes citada clasificación romana, denominándose *fisco o cámara del rey* al tesoro o patrimonio de la casa real y *Erario* al Tesoro Público o del Estado, pues en tiempos modernos, ambos conceptos fueron acuñados en el vocablo FISCO. Respecto a este último, la persona jurista lo define como *Erario, Hacienda Pública; patrimonio del Estado constituido por bienes propios y por las rentas provenientes de sus diversos ingresos*.

b. Origen

La fiscalización durante la etapa de ejecución contractual –al menos en sede administrativa– deviene de la potestad de imperio en cabeza de la Administración adjudicante, entendida esta como prerrogativa del poder público o cláusula exorbitante tácitamente consignada en el cartel de licitación con vista de la voluntad unilateral de esta. Es decir, deriva de la potestad de control irrenunciable, intransmisible e imprescriptible que converge jurídicamente como un derecho público subjetivo de la Administración y de aplicación irrestricta por disposición del ordenamiento jurídico.

Por conducto del mencionado instituto, el administrador público cumplimenta las diligencias de un buen padre de familia, en la atención de las diversas necesidades públicas, v. gr.: salud, seguridad social, orden público, ornato, entre otras, de la mano de un eficiente aprovechamiento de los recursos en contraste con el inminente control del gasto público. De igual forma, sobre el tema de las cláusulas exorbitantes en el derecho administrativo contractual, don Eduardo García De Enterría ilustra:

La prerrogativa del poder público por excelencia con que la Administración cuenta en sus contratos administrativos es, sin duda ninguna, el privilegio de la decisión unilateral y ejecutoria, previa al conocimiento judicial, que impone el deber de su cumplimiento inmediato con la carga de la impugnación contencioso-administrativa si está disconforme con su legalidad; [...] en virtud de este formidable privilegio, la Administración puede exigir ejecutoriamente sobre: la perfección del contrato y su validez, la interpretación del contrato, la realización de las prestaciones debidas por el contratista (modo, tiempo, formal), la calificación de situaciones de incumplimiento, la imposición de sanciones contractuales en ese caso, la efectividad de éstas, la prórroga del contrato, la concurrencia de motivos objetivos de extinción del contrato (rescisión, en la terminología administrativa), la recepción y aceptación de las prestaciones contractuales, las eventuales responsabilidades del contratista durante el plazo de garantía, la liquidación del contrato, la apropiación o la devolución final de la fianza. (García de Enterría, 1963, p. 63).

Así se desprende que las cláusulas exorbitantes del contrato administrativo son aquellas, v. gr.: modificación, rescisión y resolución unilateral del contrato, dirección y fiscalización de la actividad del contratista. Por de pronto, la Administración Pública y, en particular, la contraparte técnica del contrato tiene el poder-deber de ejercer la fiscalización durante la etapa contractual, dado que *la Administración tiene la potestad de aplicar los términos contractuales para que el contratista corrija cualquier desajuste respecto del cumplimiento exacto de las obligaciones pactadas. (Art. 13, p. 2º LCA).*

Aparentemente en desacuerdo con la tesis hilvanada, es decir, la ubicación geográfica de las cláusulas exorbitantes en el derecho administrativo contractual, discrepa el jurista José Luis González Berenguer, para quien

los poderes de dirección, de control y de vigilancia pertenecen a la Administración como poderes originarios, inalienables e imprescriptibles. Lejos de ser de naturaleza contractual derivan del fin mismo perseguido [...] no son más que una “reacción de la idea de servicio público sobre el contrato” y traducen en realidad el poder público mismo. (González Berenguer, 1966, p. 26-27). (El delineado no corresponde al texto original).

Ahora bien, agrupando ambas tesis, la primera, enfocada primordialmente en la teoría de los actos de autoridad del poder público frente a la teoría de los actos de gestión del Estado, arribamos a la siguiente conclusión: **las cláusulas exorbitantes del contrato administrativo**

no son más que prerrogativas del poder público, per se, potestades todas ellas inseparables y resguardadas al socaire del derecho externo del contrato, pues son primigenias o anteriores a este. Por tal razón, constituyen buena parte el derecho orgánico mismo de la Administración Pública.

2. Órgano fiscalizador

Ciertamente, a lo largo de este estudio, se ha denominado al órgano-individuo, encargado de ejercer la fiscalización del contrato administrativo durante su ejecución, como *contraparte técnica*. Pero es a todas luces, más acertado –a criterio del autor–, denominarle simplemente, *Órgano fiscalizador* (en adelante ÓF), lo cual se debe a la llaneza terminológica del citado concepto que merma las ambigüedades y, además, es comprensible tanto para la persona técnica como para la leiga en la ciencia jurídica.

Por su parte, la fiscalización tan solo es posible, solo si efectivamente el contrato de marras ha sido objeto de autorización y aprobación, interna o externa, por la Administración negociante o la Contraloría General de la República, respectivamente, según lo expuesto *ut supra*. De esta forma, para no dejar acéfala la etapa material del contrato, el Poder Ejecutivo precisó en el artículo 15.2.3 del entonces Reglamento de Contratación Administrativa –derogado– la figura del ÓF, con el fin de controlar las actividades de la persona contratista, intrínsecas a la etapa de ejecución contractual para tutelar, asimismo, el derecho de fiscalización incardinado en el numeral 13 LCA, vigente. Por tanto, importa señalar a suerte de ilustración, que la normativa infralegal antes señalada sobre el particular disponía:

15.2. Para el efectivo ejercicio del derecho de fiscalización la Administración designará un órgano que asumirá la obligación de tomar oportunamente las providencias necesarias para que el contratista se ajuste al estricto cumplimiento de las condiciones, especificaciones y plazos establecidos en el contrato y demás obligaciones implícitas en éste.//15.3. Corresponde a dicho órgano verificar el cumplimiento del objeto de la contratación, advertir, a quien corresponda de acuerdo al régimen interno, la conveniencia de introducir modificaciones o señalar correcciones en la ejecución, recomendar la ejecución de las garantías o bien la rescisión o resolución unilateral del contrato cuando advierta fundamento para ello.

Curiosamente, una norma de similar contenido habita en el Derecho comparado español, toda vez que el órgano de contratación –según se le conoce en España al ÓF– ejerce las funciones de dirección e inspección de los contratos administrativos, facultades consagradas por los numerales 94 y 95 del Reglamento del Texto Refundido de la Ley de Contratos Públicos (RG-TRLCAP). Bajo esa inteligencia, el articulado en mención señala:

Artículo 94. Dirección e inspección de la ejecución. 1. La ejecución de los contratos se desarrollará, sin perjuicio de las obligaciones que corresponden al contratista, bajo la dirección, inspección y control del órgano de contratación, el cual podrá dictar las instrucciones oportunas para el fiel cumplimiento de lo convenido.//2. Los pliegos de cláusulas administrativas, generales y particulares, contendrán las declaraciones precisas sobre el modo de ejercer esta potestad administrativa.

Art. 95 Facultades del órgano de contratación en la ejecución del contrato. Cuando el contratista, o personas de él dependientes, incurra en actos u omisiones que comprometan o perturben la buena marcha del contrato, el órgano de contratación podrá exigir la adopción de medidas concretas para conseguir o restablecer el buen orden en la ejecución de lo pactado.

a. Definición de ÓF

Es el móvil de la Administración contratante para vigilar e inspeccionar el modo y la forma de la ejecución contractual por parte del contratista, verificando en consecuencia, el fiel apego al cumplimiento de los términos pactados dentro del contrato administrativo, indiferentemente que la modalidad de este sea de tracto sucesivo o instantáneo. Por lo cual, en el escenario de cualquier irregularidad, tratándose de la conducta del contratista, está facultado de compelerlo a lo que indica la letra del convenio contractual.

De lo anterior se infiere que en el supuesto de incumplimiento tardío o defectuoso del objeto contractual, la Administración por intermedio del ÓF deberá instar al contratista a ejecutar las medidas correspondientes, conteste a las reglas técnicas de sentido unívoco (cfr. Art. 16 LGAP). En su defecto, será procedente la instrucción del respectivo procedimiento correctivo sancionatorio en contra del contratista. Aflorarán pues de la comprobación del presunto incumplimiento, sanciones tales como: la ejecución de las cláusulas penales, de las garantías cumplimiento, resolución contractual, apercibimiento o inhabilitación, acompañadas todas estas de la respectiva indemnización en daños y perjuicios irrogados a la Administración.

3. Enfoque histórico del ÓF dentro del marco normativo costarricense

No es contemporánea la existencia del ÓF dentro del marco contractual administrativo, ya que sus antecedentes se remontan a la Costa Rica del siglo antepasado, según lo refieren los puntos que en breve se exponen.

a. Contrato, Reforma y Estatutos de la Compañía de Teléfonos de Costa Rica

Corría el año de 1895, durante la Administración de don Rafael Yglesias Castro (1894) (1898-1902), cuando la Secretaría de Fomento del Gobierno de Costa Rica celebraba el contrato de concesión de servicios telefónicos con don Francisco Mendiola Boza. En dicho contrato se negociaba una nueva concesión de servicios públicos de esa naturaleza, debido a que la concesión original, pactada con don Leopoldo Rojas, había caducado, por medio de los Decretos N.º 33 del 24 de julio de 1891, N.º 7 del 24 de mayo y N.º 3 del 13 de diciembre, ambos de 1892.

En razón de lo anterior, el referido negocio jurídico estatal se denominó *Contrato, Reforma Y Estatutos de la Compañía de Teléfonos de Costa Rica. Aprobado por el Supremo Gobierno el día 9 de noviembre de 1895*. Dentro del precitado contrato, subyace una fiscalización estatal, traducida en vigilancia y seguimiento de las obras efectuadas por el contratista, la cual se delegó, esencialmente, en la figura del *Director General de Telégrafos*. Tal y como se observa *infra*, en reiteradas ocasiones dentro del antiguo cuerpo legal, se destaca la relevante participación de ese servidor. Al tenor de la cláusula I, inciso d), tenemos que

El contratista instalará la red telefónica con todos los progresos del arte y bajo la vigilancia del Director General de Telégrafo (el subrayado no es del original).; en el apuntado sentido, la cláusula II, inciso c), párrafo segundo, disponía que El Director General de Telégrafos señalará, llegado el caso, la altura de los postes á que deben tenderse esos hitos y la distancia que debe mediar entre ellos y los telegráficos. Es entendido que si alguno de los postes no tuvieren la altura ó las condiciones que según el Director de Telégrafos fueren indispensables para tender por ellos los alambres telefónicos, queda obligado el empresario, si quisiera servirse de tales postes, á hacer la reposición de ellos por su cuenta, en la forma que señale el Director de Telégrafos. (Los resaltados son suplidos).

Conforme a una breve exégesis de las citas legales transcritas, se desprende un celo total por el resguardo de los intereses públicos. Paralelamente, que las funciones de inspección y/o fiscalización eran delegadas, como ya se señaló, en el funcionario legalmente legitimado y poseedor, en teoría, del conocimiento para ejercer tal potestad.

Trayendo a colación este último punto, es justo enfatizar que la fiscalización debe ser ejercida por quien posea la aptitud necesaria para la supervisión o vigilancia de las actividades del contratista, pues en su defecto, tal prerrogativa vendría a ser nugatoria.

b. Contrato de Tranvía de San José y Alumbrado Incandescente

Este contrato se suscribió durante la Administración de don Cleto González Víquez y Gilbert Holt Green. De esta forma, para lo que interesa, el artículo XXV, párrafo primero, disponía que, La compañía se obliga á no conectar sus cables con instalaciones interiores de una casa o edificio, sin que éstos hayan sido previamente revisados y aprobados por el Inspector Municipal". (El énfasis no es original). Aquí se desprende otra figura, encargada de la verificación y fiscalización, a saber, el inspector municipal, quien representaba los intereses del municipio contratante, quien, además, verificaba y concedía ulteriormente su venia para la ejecución de las instalaciones eléctricas en las casas o edificios de la zona metropolitana.

c. Contrato Telefónico de 1942

Durante la primera parte del siglo pasado, el Estado costarricense promulgó la Ley N.º 3 de Contrato Telefónico. Se suscribe esta norma [...] *con el objeto de renovar y mejorar los servicios telefónicos de la República y hacer todas las reformas indispensables para asegurar el mejor y más eficiente servicio telefónico*. Este instrumento fue suscrito por Jorge Zeledón Castro, secretario del Estado en el Despacho de Fomento y August Scherrer Gehrels Baker, gerente de la Compañía Nacional de Fuerza y Luz. Es dentro de ese documento, donde se estampa por vez primera, literalmente, términos tales como: *control y fiscalización*. En tal tesitura, el Transitorio único de ese convenio contractual estableció que, *Para las funciones de fiscalización y control que este contrato le confiere a la Secretaría de Fomento esta deberá nombrar como su delegado a la Junta del Servicio Nacional de Electricidad*. (El resaltado es suplido).

2. Órgano fiscalizador

Ciertamente, a lo largo de este estudio, se ha denominado al órgano-individuo, encargado de ejercer la fiscalización del contrato administrativo durante su ejecución, como *contraparte técnica*. Pero es a todas luces, más acertado –a criterio del autor–, denominarle simplemente, *Órgano fiscalizador* (en adelante ÓF), lo cual se debe a la llaneza terminológica del citado concepto que merma las ambigüedades y, además, es comprensible tanto para la persona técnica como para la lega en la ciencia jurídica.

Por su parte, la fiscalización tan solo es posible, solo si efectivamente el contrato de marras ha sido objeto de autorización y aprobación, interna o externa, por la Administración negociante o la Contraloría General de la República, respectivamente, según lo expuesto *ut supra*. De esta forma, para no dejar acéfala la etapa material del contrato, el Poder Ejecutivo precisó en el artículo 15.2.3 del entonces Reglamento de Contratación Administrativa –derogado– la figura del ÓF, con el fin de controlar las actividades de la persona contratista, intrínsecas a la etapa de ejecución contractual para tutelar, asimismo, el derecho de

fiscalización incardinado en el numeral 13 LCA, vigente. Por tanto, importa señalar a suerte de ilustración, que la normativa infralegal antes señalada sobre el particular disponía:

15.2. Para el efectivo ejercicio del derecho de fiscalización la Administración designará un órgano que asumirá la obligación de tomar oportunamente las providencias necesarias para que el contratista se ajuste al estricto cumplimiento de las condiciones, especificaciones y plazos establecidos en el contrato y demás obligaciones implícitas en éste.//15.3. Corresponde a dicho órgano verificar el cumplimiento del objeto de la contratación, advertir, a quien corresponda de acuerdo al régimen interno, la conveniencia de introducir modificaciones o señalar correcciones en la ejecución, recomendar la ejecución de las garantías o bien la rescisión o resolución unilateral del contrato cuando advierta fundamento para ello.

Curiosamente, una norma de similar contenido habita en el Derecho comparado español, toda vez que el órgano de contratación –según se le conoce en España al ÓF– ejerce las funciones de dirección e inspección de los contratos administrativos, facultades consagradas por los numerales 94 y 95 del Reglamento del Texto Refundido de la Ley de Contratos Públicos (RG-TRLCAP). Bajo esa inteligencia, el articulado en mención señala:

Artículo 94. Dirección e inspección de la ejecución. 1. La ejecución de los contratos se desarrollará, sin perjuicio de las obligaciones que corresponden al contratista, bajo la dirección, inspección y control del órgano de contratación, el cual podrá dictar las instrucciones oportunas para el fiel cumplimiento de lo convenido.//2. Los pliegos de cláusulas administrativas, generales y particulares, contendrán las declaraciones precisas sobre el modo de ejercer esta potestad administrativa.

Art. 95 Facultades del órgano de contratación en la ejecución del contrato. Cuando el contratista, o personas de él dependientes, incurra en actos u omisiones que comprometan o perturben la buena marcha del contrato, el órgano de contratación podrá exigir la adopción de medidas concretas para conseguir o restablecer el buen orden en la ejecución de lo pactado.

a. Definición de ÓF

Es el móvil de la Administración contratante para vigilar e inspeccionar el modo y la forma de la ejecución contractual por parte del contratista, verificando en consecuencia, el fiel apego al cumplimiento de los términos pactados dentro del contrato administrativo, indiferentemente que la modalidad de este sea de tracto sucesivo o instantáneo. Por lo cual, en el escenario de cualquier irregularidad, tratándose de la conducta del contratista, está facultado de compelerlo a lo que indica la letra del convenio contractual.

De lo anterior se infiere que en el supuesto de incumplimiento tardío o defectuoso del objeto contractual, la Administración por intermedio del ÓF deberá instar al contratista a ejecutar las medidas correspondientes, conteste a las reglas técnicas de sentido unívoco (cfr. Art. 16 LGAP). En su defecto, será procedente la instrucción del respectivo procedimiento correctivo sancionatorio en contra del contratista. Aflorarán pues de la comprobación del presunto incumplimiento, sanciones tales como: la ejecución de las cláusulas penales, de las garantías cumplimiento, resolución contractual, apercibimiento o inhabilitación, acompañadas todas estas de la respectiva indemnización en daños y perjuicios irrogados a la Administración.

3. Enfoque histórico del ÓF dentro del marco normativo costarricense

No es contemporánea la existencia del ÓF dentro del marco contractual administrativo, ya que sus antecedentes se remontan a la Costa Rica del siglo antepasado, según lo refieren los puntos que en breve se exponen.

a. Contrato, Reforma y Estatutos de la Compañía de Teléfonos de Costa Rica

Corría el año de 1895, durante la Administración de don Rafael Yglesias Castro (1894) (1898-1902), cuando la Secretaría de Fomento del Gobierno de Costa Rica celebraba el contrato de concesión de servicios telefónicos con don Francisco Mendiola Boza. En dicho contrato se negociaba una nueva concesión de servicios públicos de esa naturaleza, debido a que la concesión original, pactada con don Leopoldo Rojas, había caducado, por medio de los Decretos N.º 33 del 24 de julio de 1891, N.º 7 del 24 de mayo y N.º 3 del 13 de diciembre, ambos de 1892.

En razón de lo anterior, el referido negocio jurídico estatal se denominó *Contrato, Reforma Y Estatutos de la Compañía de Teléfonos de Costa Rica. Aprobado por el Supremo Gobierno el día 9 de noviembre de 1895*. Dentro del precitado contrato, subyace una fiscalización estatal, traducida en vigilancia y seguimiento de las obras efectuadas por el contratista, la cual se delegó, esencialmente, en la figura del *Director General de Telégrafos*.

Tal y como se observa *infra*, en reiteradas ocasiones dentro del antiguo cuerpo legal, se destaca la relevante participación de ese servidor. Al tenor de la cláusula I, inciso d), tenemos que

El contratista instalará la red telefónica con todos los progresos del arte y bajo la vigilancia del Director General de Telégrafo (el subrayado no es del original).; en el apuntado sentido, la cláusula II, inciso c), párrafo segundo, disponía que El Director General de Telégrafos señalará, llegado el caso, la altura de los postes á que deben tenderse esos hitos y la distancia que debe mediar entre ellos y los telegráficos. Es entendido que si alguno de los postes no tuvieren la altura ó las condiciones que según el Director de Telégrafos fueren indispensables para tender por ellos los alambres telefónicos, queda obligado el empresario, si quisiera servirse de tales postes, á hacer la reposición de ellos por su cuenta, en la forma que señale el Director de Telégrafos. (Los resaltados son suplidos).

Conforme a una breve exégesis de las citas legales transcritas, se desprende un celo total por el resguardo de los intereses públicos. Paralelamente, que las funciones de inspección y/o fiscalización eran delegadas, como ya se señaló, en el funcionario legalmente legitimado y poseedor, en teoría, del conocimiento para ejercer tal potestad.

Trayendo a colación este último punto, es justo enfatizar que la fiscalización debe ser ejercida por quien posea la aptitud necesaria para la supervisión o vigilancia de las actividades del contratista, pues en su defecto, tal prerrogativa vendría a ser nugatoria.

b. Contrato de Tranvía de San José y Alumbrado Incandescente

Este contrato se suscribió durante la Administración de don Cleto González Víquez y Gilbert Holt Green. De esta forma, para lo que interesa, el artículo XXV, párrafo primero, disponía que, La compañía se obliga á no conectar sus cables con instalaciones interiores de una casa o edificio, sin que éstos hayan sido previamente revisados y aprobados por el Inspector Municipal". (El énfasis no es original). Aquí se desprende otra figura, encargada de la verificación y fiscalización, a saber, el inspector municipal, quien representaba los intereses del municipio contratante, quien, además, verificaba y concedía ulteriormente su venia para la ejecución de las instalaciones eléctricas en las casas o edificios de la zona metropolitana.

c. Contrato Telefónico de 1942

Durante la primera parte del siglo pasado, el Estado costarricense promulgó la Ley N.º 3 de Contrato Telefónico. Se suscribe esta norma [...] *con el objeto de renovar y mejorar los servicios telefónicos de la República y hacer todas las reformas indispensables para asegurar el mejor y más eficiente servicio telefónico*. Este instrumento fue suscrito por Jorge Zeledón Castro, secretario del Estado en el Despacho de Fomento y August Scherrer Gehrels Baker, gerente de la Compañía Nacional de Fuerza y Luz. Es dentro de ese documento, donde se estampa por vez primera, literalmente, términos tales como: *control y fiscalización*. En tal tesitura, el Transitorio único de ese convenio contractual estableció que, *Para las funciones de fiscalización y control que este contrato le confiere a la Secretaría de Fomento esta deberá nombrar como su delegado a la Junta del Servicio Nacional de Electricidad*. (El resaltado es suplido).

Ahora bien, para no dejar a la deriva la verificación de las contrataciones eléctricas, en virtud de su naturaleza lucrativa, Rodríguez (2000, p. 18-19) manifiesta:

El negocio eléctrico sumamente lucrativo, hizo que las compañías extranjeras adquirieran las concesiones y compañías –hasta ese momento- en manos costarricenses. Fue así como surgieron The Costa Rica Electric Light & Traction Company Limited, la Compañía Nacional Hidroeléctrica y la Compañía Nacional de Electricidad; compradas por el capital extranjero y adquiridas posteriormente por The Electric Bond & Share Company a través de su subsidiaria The American & Foreign Power Company Inc. A quienes se les denominó como las Compañías Eléctricas [...] El 31 de julio de 1928 el Congreso Constituyente decretó la ley No. 77 que nacionalizó las fuerzas eléctricas que pudieran obtenerse de las aguas de dominio público y decretó la fundación del Servicio Nacional de Electricidad [...] se le encomendaron facultades para el otorgamiento de concesiones, la adquisición de plantas e instalaciones eléctricas, la fijación y control de tarifas y la supervigilancia sobre la calidad del servicio.

Así, el legislador de ese entonces colocó sobre el tamiz su clara intención de no delegar tan delicadas faenas administrativas, orientadas a fiscalizar y controlar el objeto contractual, en manos de cualquier funcionario. Al contrario, parece ser más bien que quiso centralizar tales funciones en un órgano técnico especializado.

4. Inconveniente respecto al régimen jurídico del ÓF

Sustancialmente tenemos que el derecho de fiscalización tiene su núcleo en el ordinal 13 LCA, que en lo de interés preceptúa:

La Administración fiscalizará todo el proceso de ejecución, para eso el contratista deberá ofrecer las facilidades necesarias. A fin de establecer la verdad real, podrá prescindir de las formas jurídicas que adopten los agentes económicos, cuando no correspondan a la realidad de los hechos.//En virtud de este derecho de fiscalización, la Administración tiene la potestad de aplicar los términos contractuales para que el contratista corrija cualquier desajuste respecto del cumplimiento exacto de las obligaciones pactadas. (El énfasis no es original).

Por su lado, el derecho adjetivo de la fiscalización contractual radica en el numeral 8.g RCA que al efecto dispone:

Art. 8°-Decisión inicial. La decisión administrativa que da inicio al proceimiento de contratación será emitida por el Jearca de la Unidad solicitante o por el titular subordinado competente, de conformidad con las disposiciones internas de cada institución.// Esta decisión se adoptará una vez que la unidad usuaria, en coordinación con las respectivas unidades técnica, legal y financiera, según corresponda, haya acreditado, al menos lo siguiente: [...] g) La designación de un encargado general del contrato cuando, por la magnitud del negocio o porque así sea conveniente al interés público o institucional, tal designación resulte conveniente para la adecuada ejecución del contrato.//El funcionario competente valorará el cumplimiento de los anteriores requisitos, dispondrá la confección de un cronograma con tareas y responsables de su ejecución y velará por el debido cumplimiento del contrato que llegue a realizarse; e informará a la brevedad posible al adjudicatario, cualquier ajuste en los tiempos del cronograma o incumplimiento trascendente de éste, a fin de que se adopten las medidas pertinentes, de lo cual deberá mantener informado en todo momento a la Proveeduría institucional.

Nótese que al comparar el ÓF contenido en la normativa infralegal derogada, correspondiente al entonces numeral 15.2.3, con el 8.g del reglamento vigente, se abstrae, sin mayor esfuerzo, que el primero se designaba, para cualquier contratación que tuviera la Administración contratante, a su haber. Contrariamente, la segunda, encargado general del contrato, está ligada al servidor u órgano colegiado, cuyo condicionamiento para su designación es la “complejidad” del contrato. Esta situación pareciera traducirse, más bien, en un mero facilismo encubierto para disfrazar la negligencia administrativa que deriva en la inopia contralora.

Dentro del anterior escenario, se plantea la hipótesis en virtud de la cual el objeto contractual satisface, exclusivamente, asuntos o intereses eminentemente internos o privados de la administración, tales como: la adquisición de equipos de ofimática (v. gr. hardware y software, sillas y teclados ergonómicos, calculadores, entre otros).

De esta forma, el asunto se zanja de manera sencilla, esto es, mediante una interpretación sistemática y extensiva de la normativa infralegal citada supra, permeándola del texto y contexto brocado a los artículos constitucionales 182 y siguientes que predicen el resguardo total de las finanzas públicas. Es decir, la sola afectación a una partida autorizada por Hacienda erige, indiscutiblemente, efectos sobre la Hacienda Pública. Por ende, todo efecto negativo se solventaría, fácilmente, mediante la puesta en práctica de parámetros económicos objetivos, por ejemplo, el de menor o mayor cuantía, según lo establecido en el canon 59.13 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así, la designación del ÓF debe recaer, en primer lugar, no solo en los contratos administrativos en los que resulte palmario el interés público, sino también, en aquellos otros que persiguen una utilidad privada de la propia administración, cuya finalidad podría ser, v. gr. saludables condiciones de trabajo de las personas usuarias internas, funcionarias quienes a ultranza brindan el servicio público a la persona usuaria externa o administrada. En segundo lugar, para nombrar al ÓF, hay que establecer parámetros económicos y dinámicos que reflejen en forma realista las consecuencias positivas y negativas de contar o no con una adecuada fiscalización del contrato. O mejor aún, la aplicación de mecanismos alternativos de autofiscalización del contrato, como la garantía, per se, que poseen algunos bienes de cierto cuántum, la certificación mediante normas ISO para los suministros, o la promoción de contratos de mantenimiento accesorias al contrato principal.

a. Posible solución

La cuestión es ¿debe ser el ÓF nombrado en forma ad hoc o debe instaurarse una unidad encargada de tales diligencias en lo interno de cada Administración Pública?. La respuesta deviene de lo segundo. En efecto, para tutelar los principios de certeza y seguridad jurídica y salvaguardar las esferas de derechos e intereses tanto de los y las contratistas como de la misma Administración contratante, es incuestionable en la integración insertar una Unidad de **Control de Cumplimiento de la Obligación Contractual** en el ordenamiento jurídico mediante Ley formal, en lo interno de cada Administración. Es decir, para armonizar lo dispuesto por los numerales 13 y 102 LCA y 8.g RCA. Debe ser una dependencia interna, permanente y consultiva y debe fungir como intermediaria entre el o la contratista y la persona usuaria final de la respectiva Administración. Sus colaboradores y colaboradoras deben ser funcionarios en propiedad de la Administración Pública, cuya conducta tenga por derrotero la eficiencia, economía, transparencia y agilidad, en relación con la ejecución de los contratos administrativos para evitar o mitigar dilación alguna en la entrega del bien o servicio. En virtud de esto último, es preciso que cuente con avanzados sistemas de

información. No podrá hacer discriminación alguna entre los diversos objetos contractuales negociados.

Por otra parte, si hablamos de una estructura orgánica, la misma podría estar compuesta de tres subunidades, con la cantidad necesaria de personas funcionarias para cumplir su labor, todas, a cargo de una o un profesional en Derecho y especializado en contratación administrativa. Por ende, esta persona tendría el cargo de coordinadora de cada una de estas subunidades, quien contaría con el concurso de un profesional en Administración Pública, como asistente administrativo o subcoordinador; además, un secretario o secretaria que atendería, eventualmente, vía telefónica o por correo electrónico, tanto al cliente interno (persona usuaria) como al externo (persona administrada). Asimismo, esta persona estaría encargada de reservar los espacios de audiencia para los funcionarios y las funcionarias que ejercen la fiscalización, en el supuesto de procedimientos administrativos.

La organización de las subunidades, por su parte, respondería a lo siguiente: 1. Unidad de control de Licitaciones Públicas, 2. Unidad de Licitaciones Abreviadas y 3. Unidad de Control de Compras Directas. Esta última discriminaría aquellos bienes susceptibles de fiscalización o de autofiscalización. También conviene establecer que, la persona usuaria final debe ser siempre la custodia temporal del bien, y es quien está obligada a elevar a la Unidad de Control, todas las molestias ocasionadas por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la persona contratista. Por su intermedio, dicha Unidad podrá intimar a la persona contratista para que se ajuste a la letra del negocio jurídico, porque en su defecto estará legitimada a instruir un procedimiento administrativo, bajo la inteligencia del artículo 217 RCA en concurso con el 214 y 308 LGAP ss, a los efectos de ejecutar las garantías de cumplimiento, resolución del contrato, apercibimiento o inhabilitación.

En el caso de que medien daños y perjuicios, previa comprobación, se ejecutarán estos en sede administrativa, bajo la doctrina del numeral 149 LGAP. Es preciso, asimismo, aprender que su campo temporal de acción se inicia a partir de la adjudicación y aprobación del contrato, ya que para garantizar la objetividad de sus funciones y la claridad mental de sus miembros, no es conveniente que se le vicie con actos preparatorios del contrato, pues a esos efectos, se le debe consultar más bien a la persona usuaria final, quien dispondrá de los bienes adquiridos, ulteriormente.

En otro orden de ideas, es materialmente imposible que una unidad como la propuesta solvente todas las cuestiones relativas a la ejecución contractual a especie de oráculo. En esta dirección, habida cuenta de las cuestiones eminentemente metajurídicas o sumamente complejas por su alto grado de tecnicismo, debe tener a su alcance el respectivo auxilio de las unidades especializadas ad intra o ad extra de esa Administración, las cuales se integrarán en forma temporal a la supracitada unidad.

Tratándose de su ubicación geográfica en el organigrama institucional, conviene que se le ubique a suerte de staff o asesoría del jerarca supremo. Consecuentemente, al final del

respectivo contrato, será la encargada de redactar el contrato de finiquito. Acto seguido le asiste el deber de redactar el informe del acto final de fiscalización y del procedimiento correctivo sancionatorio, ante el jerarca quien decidirá a ultranza en calidad de órgano decisor.

En otros términos, resulta ocioso afirmar que todos los actos administrativos de mero trámite, emanados en el ejercicio de sus competencias, deben ser contestes al bloque de súper legalidad e infraconstitucionalidad, pues deben gozar de motivación, sin obviar, desde luego, los principios insoslayables inherentes al debido proceso, derecho de defensa, igualdad, certeza e irretroactividad, en el presupuesto del quebranto al régimen jurídico contractual, por acciones dolosas o culposas de la persona contratista.

Conclusión

La fiscalización de la ejecución contractual está inserta en el Control Interno. Pero, sustancialmente en *el control de los procedimientos*, precepto que tiene cabida en el Considerando VI del voto constitucional N°. 998 del 16 de febrero de 1998, tal que dispone el *principio por el cual todas las tareas de la contratación administrativa son objeto de control y fiscalización en aras de la verificación, al menos, de la correcta utilización de los fondos públicos*.

Indefectiblemente, el ÓF de los contratos administrativos deberá ser designado, indiferentemente, para contratos cuyo fin sea la satisfacción del fin público como la prestación de servicios públicos, o bien, los fines privados de la administración, adquisición de activos, uso, goce y disfrute temporal de las personas servidoras públicas para prestar en forma digna el citado servicio. De lo cual deriva una distribución más equitativa y justa de los riesgos en materia de contratación, e incluso, mitiga eventuales responsabilidades patrimoniales, administrativas o penales de ambas partes del contrato. Sin dejar de lado, que el acto de designación del ÓF debe ser en todo tiempo, con fundamento en parámetros razonables, objetivos y realistas como los puntualmente esbozados líneas atrás.

Para concluir, podría ser de gran ayuda para los entes y los órganos públicos prohiar la tesis vertida, dado que la misma Sala Constitucional en el voto n.º 1420-91 de las nueve horas del veinticuatro de julio de mil novecientos noventa y uno, afirmó que

el principio de razonabilidad implica que el Estado pueda limitar o restringir el ejercicio abusivo del derecho, pero debe hacerlo en forma tal que la norma jurídica se adecúe en todos sus elementos, como el motivo y el fin que persigue, con el sentido objetivo que se contempla en la Constitución.

Bibliografía

Contrato de Reforma y Estatutos de la Compañía de Telégrafos de Costa Rica. (1895). (Aprobado por el Supremo Gobierno el día 9 de noviembre de 1895, San José, CR: Tipografía Nacional.

Contrato de tranvía de San José y Alumbrado Incandescente. (1905). (Celebrado el 20 de noviembre, entre la Municipalidad de San José y The Costa Rica Electric Light and Traction Company)

Couture, E. J. *Vocabulario jurídico*. (1988). Buenos Aires: Depalma Ediciones.

Diccionario Enciclopédico Hispano-Americano. (1891). Tomo VIII. Barcelona: Editorial Montaner y Simón Editores.

García, M. (1987). *Curso de Derecho del Trabajo*. Barcelona: Editorial Ariel.

García de Enterría, E. (1963). La figura del contrato administrativo. *Revista de Ciencias Jurídicas*. (26) pp. 40-68.

García Villoslada, R. (1969). *Raíces históricas del luteranismo*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos.

González-Berenguer Urrutia, J. L. (1968). *La Contratación Administrativa ¿como? y con quién contrata la Administración en sus esferas central, local e institucional*. Madrid: Editorial Eisa.

Hernández Valle, Rubén. (1994). *El Derecho de la Constitución*. Tomo II. San José, CR: Editorial Juricentro.

Rodríguez Argüello, P. (2000). *Desarrollo y Regulación de los servicios públicos en Costa Rica*. Autoridad Reguladora de Servicios Públicos.

Romero Pérez, E. (2003). *Contratación Pública*. San José: Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Secretaría de Hacienda y Comercio. (1945). *Proyecto de Ley Para la Reorganización de La Administración Financiera de Costa Rica*. San José, CR: Imprenta Nacional