

DIVISIÓN JURÍDICA

**Al contestar refiérase
al oficio No. 04515**

18 de mayo de 2010
DJ-1867

Licenciado
Luis Ángel Castro Solórzano
Dirección Administrativa
MINISTERIO DE GOBERNACIÓN Y POLICÍA

Estimado señor:

Asunto: *Se rechaza consulta formulada por la Dirección Financiera del Ministerio de Gobernación y Policía sobre gestión de la Asociación de Desarrollo Integral de San Rafael de San Ramón.*

Damos respuesta a su oficio no. DF-236-2010 del 23 de marzo de 2010 mediante el cual, con vista de la gestión planteada por la Asociación de Desarrollo Integral de San Rafael de San Ramón –en relación con el entramamiento administrativo que se les ha interpuesto en cuanto al beneficio de nuevos recursos por parte del Estado-, nos consulta sobre la posibilidad de que dicha asociación administre de nuevo fondos públicos.

Lo anterior, bajo la consideración de que en la actualidad no forma parte de los hechos de malversación de fondos en el proceso judicial que se encuentra abierto en contra de los responsables directos de la ejecución de los recursos otorgados en el 2002 por parte de ese Ministerio. Además, consulta si para tales efectos se requiere esperar que el tribunal de juicio respectivo dicte firmeza sobre la sentencia actualmente sometida a proceso de casación.

Es pertinente señalar, en primera instancia, que para la atención de consultas la Contraloría General emitió la circular no. CO-529, publicada en La Gaceta no. 107 del 05 de junio del año 2000, denominada “Circular sobre la atención de consultas dirigidas a la Contraloría General de la República”, donde se establecen los requerimientos para la presentación de este tipo de gestiones. En dicho documento, se indica que en el ejercicio de su función consultiva, este órgano contralor solo atenderá las consultas propias de su competencia, acompañadas del criterio legal sobre el asunto de que se trate.

Así, dicha Circular dispuso en lo que interesa en los puntos 3 y 6, lo siguiente:

- “3. Toda consulta debe presentarse por escrito, debidamente firmada por el jerarca del ente u órgano consultante, con una detallada explicación sobre los aspectos que ofrecen duda y que originan la gestión. Deberá acompañarse del dictamen de la unidad especializada del órgano o ente consultante, en la materia de que se trate, salvo que se demuestre fehacientemente que no es posible cumplir con este requisito.

6. El incumplimiento de las anteriores disposiciones facultará a la Contraloría General de la República para rechazar de plano la gestión, comunicándose así al gestionante (...)”

A partir de lo anterior, y atendiendo a su oficio, se puede concluir que esta consulta incumple los requisitos indicados en el punto número 3 de la circular, debido a que dicha solicitud de criterio no viene suscrita por el jerarca de la entidad consultante, así como tampoco viene acompañada del criterio legal del Departamento Legal de la institución que se representa.

Adicionalmente, entiende esta División que el tema consultado, es un asunto que justamente ese Ministerio debe resolver de frente a la gestión presentada por la asociación interesada, bajo su exclusiva y entera responsabilidad.

De conformidad con lo expuesto procede el rechazo de plano de la gestión consultiva. No obstante, en un afán de colaboración haremos algunas consideraciones generales con respecto al tema planteado.

En la especie, aun cuando como se verá finalmente la consecuencia jurídica sea la misma- sí parece necesario que ese Ministerio tenga claridad sobre la condición mediante la cual le transfiere fondos a la Asociación interesada, a efecto de establecer si ésta figura como administradora o custodio de fondos públicos, en los términos del artículo 4 inciso b) de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República; si en cambio, esta Asociación recibe beneficios gratuitos o sin contraprestación de conformidad con el artículo 5 de esa misma Ley Orgánica, o si recibe fondos en un contexto distinto.

De tratarse del supuesto considerado en el artículo 5 citado, debe tenerse presente que la Asociación no figuraría como administradora o custodia de fondos públicos, sino como receptora de beneficios patrimoniales que aun cuando tienen un origen público, finalmente al ingresar al patrimonio del sujeto privado beneficiado, se convierten en fondos privados de origen público¹. En este caso, su régimen de control se circunscribe en términos generales a lo que disponen los numerales 5, 6 y 7 de esa misma Ley, no siendo aplicable ni la Ley General de Control Interno N° 8292 ni el Manual de Normas de control interno para los sujetos privados que custodien o administren, por cualquier título, fondos públicos (N-1-2009-CO-DFOE).

Ahora bien, tratándose de un sujeto que recibe fondos al amparo del artículo 5 mencionado, en materia sancionatoria, le aplica el artículo 7 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, que dispone:

“Responsabilidad y sanciones a sujetos privados.

Aparte de las otras sanciones que pueda establecer el ordenamiento jurídico, la desviación del beneficio o de la liberación de obligaciones otorgadas por los componentes de la Hacienda Pública, hacia fines diversos del asignado, aunque estos sean también de interés público, facultará a la entidad concedente para suspender o revocar la concesión, según la gravedad de la violación cometida. También facultará a la Contraloría General de la República para ordenar que se imponga la sanción.

Cuando la desviación se realice en beneficio de intereses privados, del sujeto agente o de terceros, la concesión deberá ser revocada y el beneficiario quedará obligado a la

¹ Sobre la diferencia entre estos escenarios, para mayor claridad puede consultarse el oficio de esta División Jurídica N° 4188 (DJ-1715) del 10 de mayo de 2010.

restitución del valor del beneficio desviado, con los daños y perjuicios respectivos. En este caso, la recuperación del monto del beneficio desviado podrá lograrse, además, en la vía ejecutiva, con base en la resolución certificada de la Contraloría General de la República, a que se refiere el artículo 76 de esta Ley.

Los servidores de los sujetos pasivos concedentes de los beneficios, a que se refiere este artículo, serán responsables por conducta indebida, dolosa o gravemente culposa, en el ejercicio de los controles tendientes a garantizar el cumplimiento del fin asignado al beneficio concedido.²

Como vemos, esta norma puntualmente prevé la posibilidad de suspender o de revocar la concesión —es decir, el beneficio patrimonial o transferencia— al sujeto privado favorecido, ante casos de una desviación del beneficio o la liberación de las obligaciones asignadas hacia fines distintos del que se había fijado. Si bien la norma no lo establece en forma expresa, es preciso establecer un equilibrio de manera tal que se logre —por un lado— respetar el principio constitucional de presunción de la inocencia, pero también el debido resguardo a la Hacienda Pública.

De esta forma, la Administración ante su caso concreto, debe valorar qué elementos median para determinar si suspende o no el traslado de recursos, incluso —si fuera necesario— como medida preventiva a efecto de que el sujeto privado garantice a su vez que cumple con las medidas de control interno que sean aplicables para garantizar el uso adecuado de los recursos. En esto, debe tenerse presente cuál es la habilitación jurídica que permite el traslado de los recursos a ese sujeto privado, de

² Un resumen de la discusión de este artículo en las Actas de la Asamblea Legislativa de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República nos dice que: El artículo 7 señala responsabilidades y sanciones para los sujetos privados, en caso de que el beneficio o la liberación de obligaciones provenientes del sector público sea utilizado hacia fines diversos del asignado, aun cuando éstos sean también de interés público. Se faculta a la entidad concedente a suspender o a revocar la concesión, según la gravedad de la violación cometida y a la Contraloría General a ordenar que la sanción se imponga. Es decir, si por ejemplo, se da una exoneración para realizar estos CATS o una actividad turística y resulta que el beneficio se utilizó para otro fin, la entidad concedente puede revocar el beneficio y la Contraloría ordenar una sanción. Esa sanción se desarrolla en el inciso 2: cuando la desviación se haga en beneficio de intereses privados, del sujeto agente o de terceros, la concesión deberá ser revocada y el beneficio desviado con los daños y perjuicios respectivos. En este caso, la recuperación del monto del beneficio desviado podrá lograrse, además en la vía ejecutiva con base en la resolución certificada de la Contraloría General de la República a que se refiere el artículo 75 de esta ley. Por un lado, hay un responsable directo, aparte de la institución que otorga el beneficio y que la Contraloría ejerce el control, hay un beneficiario, pero hay un tercero que también se beneficia. El derecho penal contempla la figura, de la coautoría o de la complicidad, si se califican estos actos como delitos. Se habla de que la desviación de un beneficio o la liberación de obligaciones se hace directamente ya sea a favor de un interés privado, de un sujeto agente o de terceros, en realidad esta terminología es muy amplia y permite ubicar en un momento determinado, quien es el responsable, quien se apropió o quien se benefició. Entonces, la acción de recuperación del monto iría directamente contra esa persona, ya sea que se trate del interesado privado al que debió haber ido el beneficio, o bien, si no le llegó a él sino un agente intermedio se apropió del beneficio y ni siquiera llegó al destinatario. En este caso, habrá que determinar, quién es el que se está beneficiando ilícitamente, para que la Contraloría enderezca la acción y recuperar vía ejecutiva el dinero o el monto del beneficio concedido. El inciso 3 de este artículo señala que la administración concedente será responsable por conducta indebida, dolosa o gravemente culposa en el ejercicio de los controles tendientes a garantizar el cumplimiento del fin asignado al beneficio concedido. Es decir, debe verificar si la exoneración se está aplicando al fin o, en caso de una partida específica, si ésta está destinada al fin que la Asamblea Legislativa le quiso otorgar.

forma tal que según el escenario en que la Administración se encuentre siempre mantenga el control para garantizar que el adecuado uso de los recursos.

Debe tenerse en cuenta que, si se trata en cambio de un supuesto en el que la Asociación interesada figure como administradora o custodia de fondos públicos, por disposición expresa de la Ley General de Control Interno N° 8292, en su artículo 4, también les resulta aplica el mismo artículo 7 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, con lo cual entendemos que procede la suspensión del traslado de recursos según lo establece dicha norma, según lo ya explicado.

Teniendo entonces claro que en ambos casos media la aplicación del citado artículo 7, considera necesario esta División modificar el criterio emitido por esta Contraloría General mediante el oficio N° 9566 (DAGJ-1236) del 12 septiembre de 2008, en el que se afirmó que para su aplicación era imprescindible que existiera certeza absoluta de la falta cometida a efecto de suspender o revocar el beneficio en los términos que regula esa norma.

En nuevo análisis del asunto, considera este órgano contralor que la Administración que traslada los recursos debe asegurar el debido resguardo de éstos –sea que se trate de fondos públicos o fondos de origen público que luego se integran al patrimonio de los sujetos privados- y con ello, de frente a los elementos del caso concreto, debe verificar si procede la aplicación del artículo 7 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, sea para prevenir o sancionar la desviación en el uso de los recursos trasladados.

Así las cosas, según sea el caso, en nuestro criterio la Administración que traslada los recursos, en el marco de la habilitación legal o el título que permite efectuar dicho traslado, debe mantener el control para decidir cuándo hay elementos suficientes para suspender o revocar dicho traslado en resguardo de dichos fondos.

En esa línea, si por ejemplo, la Administración debe transferir fondos a un sujeto privado en uno u otro supuesto, en un momento en el cual existen cuestionamientos hacia dicho sujeto por una denuncia e investigación judicial o un proceso en el cual no ha resultado sancionada, ésta debe valorar los elementos del caso a efecto de definir si revoca o no la transferencia, como medida preventiva o como medida definitiva.

Igualmente debe valorar los elementos que median cuando se ha hecho efectiva una sanción penal de orden personal contra representantes de una persona jurídica que ya no figuran como parte de esa organización. Esto de manera que no se afecte de manera injustificada o desproporcionada al sujeto privado beneficiario o receptor de los recursos. Lo mismo procede hacer si los representantes se mantienen en sus puestos.

Es responsabilidad de la entidad respectiva, llevar a cabo un análisis de la situación imperante, de los elementos existentes y de las medidas de control interno aplicables según sea el caso, de modo que se pueda garantizar que los fondos pueden ser transferidos, según lo que la ley o el título que habilita el traslado de recursos demandan, con garantías mínimas respecto a su correcta administración.

En resumen, ante casos de una posible desviación de fondos trasladados a un sujeto privado -ya sea en su condición de custodio o administrador de fondos públicos, como también si se trata de un beneficio patrimonial gratuito o sin contraprestación-, el análisis para la posible aplicación del artículo 7 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, lo debe efectuar la respectiva Administración atendiendo a los elementos del caso concreto.

Téngase por modificado el criterio emitido mediante el oficio N° 9566 (DAGJ-1236) del 12 septiembre de 2008 y cualquier otro en sentido similar.

Atentamente,

Lic. German Brenes Roselló
Gerente División

Licda. Silvia María Chanto Castro
Fiscalizadora

SCHC/Rbr
Ci: Área de Secretaría Técnica, DFOE
NI: 5968
G: 201000921-1