

DIVISIÓN JURÍDICA

**Al contestar refiérase
al oficio N° 04188**

10 de mayo de 2010
DJ-1715

Licenciada
Margarita Fernández, Msc.
Gerente General
INSTITUTO MIXTO DE AYUDA SOCIAL

Estimada señora:

ASUNTO: Se emite criterio en relación con la consulta formulada por el IMAS, mediante oficio GG-1662-07-2009, respecto a la aplicación de los principios de contratación administrativa por parte de sujetos privados que reciban fondos públicos.

Damos respuesta a su oficio GG-1662-07-2009, mediante el cual plantea consulta respecto a la aplicación de los principios de contratación administrativa por parte de sujetos privados que reciban fondos públicos.

I.- MOTIVO DE LA CONSULTA:

Plantea en su oficio, que institucionalmente es conocido que para la utilización de los recursos que se giran a las organizaciones privadas, éstas deben respetar los principios de contratación administrativa, dentro de sus procesos de adquisición de bienes y servicios.

De acuerdo con esto, solicitan el criterio de la Contraloría General de la República a efecto de conocer cuáles son los elementos técnicos y operativos sobre los cuales el IMAS debe dar seguimiento respecto a la aplicación de dichos principios. Adicionalmente, consultan si el IMAS puede realizar el seguimiento de la aplicación de estos principios antes de girar los recursos para la implementación de los proyectos financiados, ante la dificultad de recuperar estos fondos, en caso de incumplimiento por parte de las organizaciones.

El criterio legal que se adjunta a la gestión, en términos generales concluye que de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de Contratación Administrativa cuando se utilicen parcial o totalmente recursos públicos es preciso aplicar los principios propios de esta materia y no los procedimientos que ésta regula. También alude al contenido de los principios más importantes; refiera a la aplicación de la tabla de límites económicos para aquellas entidades privadas que presenten sus presupuestos a la aprobación del órgano contralor; a la posibilidad de que los sujetos privados que reciban fondos públicos puedan

crear sus propios procedimientos pero sin que estén obligados a utilizar los plazos que la Ley de Contratación Administrativa impone. De igual forma, indica que dichos sujetos privados no están obligados a contar con un registro de proveedores y estarían excluidos del régimen de prohibiciones.

II.- CRITERIO DE LA DIVISIÓN:

El análisis del tema aquí planteado por el IMAS, requiere de una aclaración preliminar de previo a dilucidar los distintos temas, que si bien no consulta expresamente la Gerencia General del IMAS, sí son abordados por la Asesoría Jurídica en su oficio AJ-0630-2009.

La aclaración a la que hacemos referencia, tiene que ver con un punto de partida esencial en cualquier análisis respecto a la afirmación de que estamos en presencia de casos en los que sujetos privados manejan fondos públicos.

Desde el planteamiento mismo de la consulta, como también en el análisis que hace la Asesoría Legal de ese Instituto, se parte de que estamos en un escenario en el cual las organizaciones privadas de bienestar social están manejando fondos públicos, en los términos a los que se refiere el artículo 1 de la Ley de Contratación Administrativa que, los obliga efectivamente a aplicar los principios de contratación administrativa.

No obstante, antes de ahondar en lo que dicha disposición puede representar en la práctica para dichas organizaciones y para el propio IMAS, es necesario que se reflexione si en realidad dichas organizaciones se encuentran en dicho supuesto.

Aquí, es preciso señalar que en esta materia el análisis no puede enfocarse en una sola norma aislada, como sería el artículo 1 de la Ley de Contratación Administrativa. Por el contrario, para tener todo los escenarios más integralmente diferenciados, se debe acudir también a otros cuerpos normativos que regulen de alguna forma la materia.

En este caso, de principio se debe acudir a la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, N° 7428 que en particular contiene dos normas que nos permiten distinguir —en términos generales— dos de los supuestos en los que intervienen sujetos privados en el manejo de fondos públicos o de fondos que se han catalogado de origen público pero que finalmente se vuelven privados. Claro está que no siempre la distinción en la práctica puede resultar fácil.

Así tenemos que, es posible distinguir dos escenarios generales que esta normativa reconoce en cuanto a la participación de los sujetos privados en el manejo de fondos públicos o de origen público, según los explicamos de seguido¹.

¹ Sobre esta distinción véanse entre otros los oficios N° 04126 (DAGJ-0563-2009) de 23 de abril de 2009 y N° 04128 (DAGJ-0564-2009) de la misma fecha.

SUJETOS PRIVADOS QUE ADMINISTRAN O CUSTODIAN FONDOS PÚBLICOS:

En un primer escenario encontramos que el artículo 4 de esta Ley —que desarrolla el ámbito de competencia de la Contraloría General desde la perspectiva de los entes y órganos que integran la Hacienda Pública— de manera específica estipula que el órgano contralor tiene competencia sobre todos los entes y órganos que la integran y competencia facultativa entre otros, sobre los sujetos privados “*que sean custodios o administradores, por cualquier título de los fondos y actividades públicos que indica esta Ley*” (véase el artículo 4 inciso b) LOCGR).

En este caso, estamos ante supuestos en donde los particulares tienen una responsabilidad porque figuran como administradores o custodios de fondos que —aun en el ejercicio de las funciones que deba cumplir este sujeto privado— siguen siendo fondos públicos.

La norma indica que puede haber cualquier título por medio del cual se le “delegue” la administración y/o custodia de fondos públicos a dichos sujetos. Y para mencionar algunos ejemplos, podemos citar aquí casos como los fideicomisos que deben administrar fondos públicos; contratos como el de concesión, en el cual el concesionario administra y explota un bien público y los recursos que se generen por dicha explotación; contratos en donde la Administración le permite a un particular la recaudación de tasas, impuestos, que son fondos que evidentemente tienen una naturaleza pública y que son administrados o custodiados por un período específico por algún particular, según un determinado título legítimo para ello, sea un contrato, sea una disposición legal o cualquier otro que el ordenamiento jurídico permita.

En principio, la referida administración o custodia de fondos públicos o actividades públicas por parte de sujetos privados supone una exclusión de las normas que rigen los procedimientos de gestión ordinarios de la Administración Pública, lo que implica a su vez que se está excluyendo la aplicación de mecanismos de control previo como por ejemplo la aprobación presupuestaria, salvo que el mismo legislador prevea, ya sea en normas generales o en la norma especial habilitante, que ese requisito se mantiene y que la competencia para satisfacerlo le corresponde a la Contraloría General. Así por ejemplo, cabe señalar que el legislador tomó las previsiones en el sentido apuntado, para casos como fideicomisos y las sociedades anónimas, entre otros.

Y en el tema de mayor interés para efectos de esta consulta, debemos señalar que, es en este escenario en donde la actividad de contratación administrativa que el sujeto privado deba realizar en virtud de la administración y custodia de los fondos públicos, debe guiarse sólo por los principios constitucionales de contratación administrativa y no así por los procedimientos establecidos por la Ley de Contratación Administrativa.

Esto quiere decir, que es justamente en el escenario regulado en el artículo 4 inciso b) de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, N° 7428, cuando resulta de aplicación lo dispuesto a su vez en el artículo 1° de la Ley de Contratación Administrativa.

Dicho artículo 1°, dispone que esa legislación especial le resulta aplicable a la actividad de contratación desplegada por la Administración Pública, pero además, cuando se utilicen total o parcialmente recursos públicos, la actividad contractual de todo otro tipo de personas físicas o jurídicas queda sometida a la aplicación de los principios de esta Ley. Véase aquí que la misma norma delimita

la aplicación de este precepto al supuesto en el que está de por medio el uso total o parcial de fondos públicos, aquellos que conservan esa naturaleza aun cuando el sujeto privado intervenga y actúe con respecto a ellos; es decir cuando los administre o custodie en los términos del artículo 4 inciso b) de nuestra Ley Orgánica.

En ese escenario, la aplicación de los principios parte de aquellos que están enunciados en la misma Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento, pero también de lo dispuesto al efecto por la Sala Constitucional, en votos como el No. 998-98, resolución en la cual el órgano constitucional derivó del artículo 182 constitucional algunos principios que regulan la actividad contractual del Estado y sus instituciones y que, por ende, le son aplicables a la actividad contractual efectuada por entes privados cuando éstos financien su actividad contractual total o parcialmente con fondos de naturaleza pública.

En el oficio No. 9260 (DGCA-976-99) del 13 de agosto de 1999 -cuya lectura integral se recomienda-, la entonces Dirección General de Contratación Administrativa de este órgano contralor, se dio a la tarea de clarificar lo que implica la aplicación de los principios, no así de los procedimientos, a una entidad que financie sus contrataciones, total o parcialmente, con fondos públicos, determinando en qué radica la diferencia con los casos en los que las entidades están sujetas tanto a la aplicación de los citados principios pero también de los procedimientos regulados en esa legislación.

Así, debe considerarse -tal y como se indicó en aquella oportunidad- que en aplicación del principio de formalismo de los procedimientos se reconoce la obligación de parte de la entidad privada que tramita un procedimiento de contratación financiado con fondos públicos, de seguir un procedimiento reglado previamente, con el propósito, entre otros, de que quien presente una propuesta, tenga certeza de las reglas que regirán la elección del contratista y, de ese modo, el procedimiento se convierta en una garantía para el administrado y en una sujeción a la legalidad por parte de la entidad.

Adicionalmente, la sujeción a los principios no exime a las entidades privadas del control jerárquico impropio que ha sido dispuesto por la Sala Constitucional, en razón del origen público de los fondos con que se financien total o parcialmente sus contrataciones y del origen constitucional de nuestras facultades de control y fiscalización. Esto quiere decir que serían procedentes en esa actuación regida por principios, recursos como los de objeción a posibles carteles o contra los actos de adjudicación y la tramitación de las objeciones o apelaciones, cuando en razón del monto correspondiera a la Contraloría General, se tramitaría de acuerdo con los procedimientos fijados en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento General.

Por otra parte, importa subrayar que en aplicación del principio de transparencia sí le resulta aplicable a cualquier contratación financiada total o parcialmente con fondos públicos, el régimen de prohibiciones a que se refieren los artículos 22 y 22 bis de la Ley de Contratación Administrativa.

Por otro lado, interesa mencionar también que en vista de que en ese supuesto los sujetos privados son custodios o administradores -por cualquier título de actividades y fondos públicos-, se

encuentran sujetos a los principios y las normas técnicas de control interno que al efecto emita este órgano contralor, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 4 de la Ley General de Control Interno.²

Adicionalmente, a los apoderados, administradores, gerentes y representantes legales de las personas jurídicas que custodien, administren o exploten fondos, bienes o servicios de la Administración Pública, por cualquier título o modalidad de gestión, les resultan aplicables en lo conducente las disposiciones de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, No. 8422.³

Finalmente, la entidad pública que traslada la administración y/o custodia de esos fondos públicos, en efecto debe verificar la aplicación de los principios de contratación administrativa por parte del respectivo sujeto particular, según las condiciones que imperen en cada caso en concreto, a partir de las reglas que imponga el título que habilite a ese particular para dicha administración, como también a partir de los riesgos delimitados por la entidad y las condiciones propias del negocio de que se trate. No es posible en esto, establecer una única línea general, con lo cual la valoración es casuística.

SUJETOS PRIVADOS QUE RECIBEN FONDOS DE ORIGEN PÚBLICO QUE SE CONVIERTEN EN RECURSOS PRIVADOS AL INTEGRARSE A SU PATRIMONIO:

Por su parte, el artículo 5 del mismo cuerpo normativo, es el que nos deslinda el segundo supuesto cuando establece el “Control sobre fondos y actividades privados” y dispone al efecto que:

“Todo otorgamiento de beneficios patrimoniales, gratuito o sin contraprestación alguna y toda liberación de obligaciones, por los componentes de la Hacienda Pública, en favor de un sujeto privado, deberán darse por ley o de acuerdo con una ley, de conformidad con los principios constitucionales, y con fundamento en la presente Ley estarán sujetos a la fiscalización facultativa de la Contraloría General de la República.

Cuando se otorgue el beneficio de una transferencia de fondos del sector público al privado, gratuita o sin contraprestación alguna, la entidad privada deberá administrarla en

² Oficio No. 04128 (DAGJ-0564-2009) del 23 de abril de 2009.

³ Artículo 2º—**Servidor público.** Para los efectos de esta Ley, se considerará servidor público toda persona que presta sus servicios en los órganos y en los entes de la Administración Pública, estatal y no estatal, a nombre y por cuenta de esta y como parte de su organización, en virtud de un acto de investidura y con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva. Los términos funcionario, servidor y empleado público serán equivalentes para los efectos de esta Ley.

Las disposiciones de la presente Ley serán aplicables a los funcionarios de hecho y a las personas que laboran para las empresas públicas en cualquiera de sus formas y para los entes públicos encargados de gestiones sometidas al derecho común; asimismo, a los apoderados, administradores, gerentes y representantes legales de las personas jurídicas que custodien, administren o exploten fondos, bienes o servicios de la Administración Pública, por cualquier título o modalidad de gestión.

una cuenta corriente separada, en cualquiera de los bancos estatales; además llevará registros de su empleo, independientes de los que corresponden a otros fondos de su propiedad o administración. Asimismo, someterá a la aprobación de la Contraloría General de la República, el presupuesto correspondiente al beneficio concedido.”

Esto quiere decir, que de acuerdo con la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, N° 7428 a los sujetos privados se les reconoce su participación como custodios o administradores —por cualquier título— de actividades y fondos públicos (supuesto ya analizado), pero también como receptores de beneficios patrimoniales, gratuitos o sin contraprestación alguna o partir de la liberación de obligaciones, como se da en el caso típico de las exoneraciones tributarias, por mencionar un ejemplo. Muchos de los casos relacionados con los beneficios patrimoniales gratuitos o sin contraprestación, se refieren a transferencias de fondos a sujetos privados por disposición de una ley que permite hacer transferencias de este tipo cuando está de por medio el cumplimiento de ciertos fines de carácter público.

Ahora bien, cuando hablamos del supuesto contemplado en el artículo 5 citado, la primera aclaración que debemos plantear es que desde el momento en que dichos fondos entran en las arcas del sujeto privado, éstos pierden su naturaleza de públicos para pasar a ser fondos privados. Sin embargo, en virtud de su origen, dichos recursos continúan estando sujetos al control y fiscalización potestativa de esta Contraloría General.

Pero aquí, también hay que aclarar que el control que sobre ellos y su actividad reconoce la normativa, involucra una fiscalización sobre fondos que han ingresado al patrimonio privado de ese sujeto, pero que tuvo un origen público en lo que al beneficio se refiere. Por eso mismo persiste la posibilidad de control, pero éste no puede ejercerse en igualdad de condiciones como si se tratara de la fiscalización y control de fondos públicos. Esto vendría a desnaturalizar la voluntad del legislador que encontró que determinados sujetos privados pueden ayudar a la Administración Pública al cumplimiento de ciertos fines de carácter público y por ello decide transferirles ciertos recursos sin pedirles contraprestación alguna a cambio, con lo cual la naturaleza original de los recursos se transforma.

Importa subrayar que, de acuerdo con lo que establece la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, N° 7428, el alcance de la fiscalización que puede ejercer esta Contraloría General sobre dichos fondos, se restringe a un control de legalidad, contable y técnico, y en especial consiste en velar por el cumplimiento del destino legal, asignado al beneficio patrimonial o a la liberación de obligaciones. En este sentido, esta Contraloría General podrá fiscalizar el cumplimiento, por parte de los sujetos privados beneficiarios, de reglas elementales de lógica, justicia y conveniencia, para evitar abusos, desviaciones o errores manifiestos en el empleo de los beneficios recibidos.

Adicionalmente, dispone nuestra Ley Orgánica que cuando se dé una transferencia de fondos públicos en estas condiciones, el sujeto privado beneficiario debe administrarla en una cuenta corriente separada -en cualquiera de los bancos estatales- debiendo llevar registros de su empleo independientes de los que corresponden a otros fondos de su propiedad o administración. Asimismo, en este supuesto, debe someter a la aprobación de esta Contraloría General, el presupuesto correspondiente al beneficio concedido.

En el tanto los sujetos particulares reciben beneficios patrimoniales gratuitos o sin contraprestación alguna, o se les libera de obligaciones, en el caso de los beneficios patrimoniales, éstos llegan a integrarse con el patrimonio propio del sujeto privado en razón de que así lo ha dispuesto una ley.

En estos casos, como hemos dicho, el control se mantiene porque se trata de fondos que son de origen público pero se han incorporado al patrimonio privado. Esto porque el origen de la transferencia es una disposición legal que así lo permite, en tanto en ese otorgamiento el legislador encuentra algún ligamen con un fin o destino de interés público que se pretende satisfacer por medio de ese acto. En otras palabras, esa disposición legal permite el otorgamiento de este tipo de beneficios patrimoniales o liberación de obligaciones, en la medida en que el legislador encuentra o crea un vínculo entre la actividad de este sujeto privado y un destino o fin público que considera relacionado con esa actividad.

En tanto los fondos que se integran al patrimonio privado están ligados a un destino o una finalidad pública y son además de origen público, la necesidad de control sobre dichos fondos y la actividad del privado —respecto a ellos— persiste, dado que es preciso verificar el cumplimiento del destino o la finalidad pública que originó y fundamentó el beneficio. Justamente ahí radica el sustento del control facultativo que la Contraloría General mantiene.

En el caso de los auditores internos, el artículo 22 inciso a) de la Ley General de Control Interno N° 8292, les da la competencia de efectuar semestralmente auditorías o estudios especiales sobre fondos y actividades privadas, de acuerdo con los artículos 5 y 6 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en el tanto estos se originen en transferencias efectuadas por componentes de su competencia institucional. Sin embargo, esas auditorías deben respetar los lineamientos generales aquí expuestos, al tratarse de la fiscalización de fondos y actividades privadas aun cuando su origen sea público.

El control en este contexto, está referido a verificar que la finalidad y destino que el legislador concibió como causa justa para otorgar un beneficio patrimonial o la liberación de una obligación a favor de un sujeto privado, en la práctica se cumpla.

En ese orden de ideas, debe tenerse presente que en la aplicación del artículo 5 mencionado, estamos frente a una alteración legítima del principio constitucional de igualdad, toda vez que media aquí una decisión del legislador de otorgar un determinado beneficio patrimonial gratuito o sin contraprestación, para favorecer a un determinado sujeto particular. Lo mismo sucede cuando lo libera de alguna obligación.

Esto significa, en palabras sencillas, que el Estado decide favorecer a un particular y no a otro y por ese simple hecho ese sujeto particular, debe estar anuente al control que sobre su actividad, sobre los fondos de origen público que le han sido otorgados y sobre la liberación concedida, se efectúe.

Ahora bien, justamente por tratarse aquí de un control que se ejerce sobre patrimonio privado, éste se encuentra limitado y no puede ser igual al que se ejerce sobre fondos públicos cuya naturaleza no cambia al serles trasladados a los particulares. La fiscalización que aquí se da, encuentra su

fundamento jurídico en los artículos 18, 25, 140 y 183 constitucionales y está también delimitado por lo que disponen los artículos 24 y 45 también de la Constitución Política.

El control sobre fondos privados de origen público, obedece al reequilibrio que debe procurarse en tanto el otorgamiento de un beneficio o liberación de esta naturaleza, rompe el principio de igualdad como hemos dicho. Ese reequilibrio viene ligado a que está de por medio un destino o fin que es de interés general y por eso debe verificarse el cumplimiento de la finalidad pública inmersa en la decisión legislativa que favoreció a un determinado sujeto privado.

Es por ello que aquí encontramos un régimen de control que en la práctica se traduce a la aplicación de las medidas que específicamente disponen los artículos 5, 6 y 7 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. Es una fiscalización facultativa que se ejerce sobre la parte del patrimonio privado que efectivamente puede ser objeto de control, pero a partir de los mecanismos previstos en esas normas, a saber: la administración separada de los recursos en una cuenta corriente abierta en cualquiera de los bancos estatales; los registros del empleo de esos recursos independientes de los que corresponden a otros fondos de su propiedad o administración, así como el sometimiento a la aprobación de esta Contraloría General del presupuesto correspondiente al beneficio concedido.

El artículo 6 mencionado, también aclara que el control que se ejerce sobre estos fondos y actividades privadas, es de legalidad, contable y técnico, con especial énfasis en la verificación del cumplimiento del destino legal asignado al beneficio patrimonial o a la liberación de obligaciones a favor del sujeto particular. Y puede también fiscalizarse el cumplimiento del fin, a través de reglas elementales de lógica, justicia y conveniencia, para evitar abusos, desviaciones o errores manifiestos en el empleo de éstos.

Pero aun dentro de ese marco de fiscalización, debe respetarse la libertad de iniciativa del sujeto privado beneficiario en la elección y el empleo de los medios y métodos para la consecución del fin asignado, precisamente porque se trata de un patrimonio privado desde el momento mismo en que se concreta el beneficio. Por ello aquí, no puede pedirse la aplicación taxativa de los principios de contratación administrativa al amparo del artículo 1º de la Ley de Contratación Administrativa, norma que está pensada para regular otro supuesto.

El régimen de control, previsto en los artículos 5, 6 y 7 de nuestra Ley Orgánica, no es más que una manifestación de lo que se da a nivel constitucional en cuanto a las formas de control que el Estado tiene sobre el patrimonio privado. Siendo un control de fines o finalidades, éste sin lugar a dudas deriva del artículo 50 constitucional en el tanto el Estado costarricense tiene, por mandato de la Constitución Política la obligación de procurar el adecuado reparto de la riqueza para lo cual despliega una serie de actividades, que pueden incluso involucrar a sujetos privados que por su condición reciben un beneficio especial pero ligado a un fin de interés general.

Ahora bien y como ya adelantamos, en este supuesto en donde los sujetos privados reciben fondos que ciertamente tienen un origen público, pero que al ser recibidos se convierten en fondos privados que se les otorga para el cumplimiento de una finalidad de interés público, no son de aplicación ni los procedimientos de la Ley de Contratación Administrativa pero tampoco los principios que rigen la materia. No es a este supuesto al que se refiere el artículo 1 de la citada Ley, porque esa regula casos en donde se trata del uso parcial o total de fondos públicos y en este supuesto, cuando los

sujetos privados reciben los fondos, éstos adquieren una naturaleza privada, por lo tanto sus adquisiciones de bienes y servicios no serán financiadas en sentido estricto con fondos públicos, sino más bien con fondos privados de origen público. En consecuencia están exonerados de la obligación de aplicar dichos principios.

Por su parte, en lo atinente a la aplicación de la Ley General de Control Interno, en el escenario de sujetos privados que reciben beneficios patrimoniales gratuitos o sin contraprestación, o que sean liberados de ciertas obligaciones, su régimen de control, en buena medida lo definen los artículos 5, 6 y 7 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y aquí, el régimen de control interno no puede tener ligamen alguno dicho supuesto. Ello porque según la normativa vigente, no es admisible que de frente a un patrimonio privado, se le pretendan imponer a los sujetos particulares beneficiarios, obligaciones similares a las que, en materia de control interno, se le exigen a los órganos de la Administración o a sujetos que administran o custodian, por cualquier título, fondos que sí son públicos. En consecuencia, no resulta aplicable aquí el artículo 4 de la Ley General de Control Interno como tampoco el Manual dispuesto al efecto por la Contraloría General de la República, el cual se circunscribe a los sujetos privados que custodien o administren fondos públicos.

En palabras sencillas, los sujetos privados que reciben beneficios patrimoniales gratuitos o sin contraprestación alguna o una liberación de obligaciones, no están obligados a aplicar en su gestión los principios y las normas técnicas de control interno que al efecto emita la Contraloría General de la República.

Ahora bien, lo anterior sin embargo, no significa en modo alguno que la Administración encargada de decidir si concede o no dichos beneficios gratuitos o sin contraprestación, así como la liberación de obligaciones a las que alude el artículo 5 de nuestra Ley Orgánica, no tenga la potestad y hasta el deber de imponer ciertas condiciones y requisitos para otorgar esos beneficios, que como vimos rompen legítimamente el principio de igualdad de trato.

Pero en nuestro criterio, es en la etapa previa al otorgamiento de los beneficios, donde, a partir del marco jurídico que le permite a la Administración transferir este tipo de recursos a ciertos sujetos privados, cuando ésta debe definir –en un marco de razonabilidad, proporcionalidad y lógica, acorde con la naturaleza que adquirirán los fondos por entregar y de acuerdo con el fin de carácter público que justifica la entrega- bajo qué condiciones otorgará los beneficios y qué tipo de idoneidad deberá exigir a los sujetos privados que se van a beneficiar con ellos. De igual forma, la Administración concedente, está obligada a definir mecanismos para asegurar que con el otorgamiento de estos recursos al respectivo sujeto privado, el fin de carácter público que justifica su entrega, efectivamente será alcanzado en la práctica.

De modo que, en esta etapa la Administración podría supeditar la entrega de dichos beneficios, no solo a que el sujeto privado cumpla con una idoneidad mínima, una solvencia moral y material para el cumplimiento del fin perseguido y tal vez hasta una disposición de aplicar principios –no ya de contratación administrativa- pero sí de sana administración de recursos, que son inherentes al uso y gestión de cualquier recurso material, aun cuando aquí los fondos lleguen a convertirse en patrimonio privado de los sujetos beneficiarios.

En otras palabras, la Administración –como responsable de la decisión de entregar o no beneficios patrimoniales sin contraprestación o liberación de obligaciones a sujetos privados- puede exigir, dentro de un marco de razonabilidad, proporcionalidad, lógica, conveniencia (principios constitucionales que le resultan aplicables a ella misma) que esos recursos privados de origen público sean utilizados por sujetos de ciertas características, en determinadas condiciones mínimas y bajo la aplicación de ciertos principios de sana administración de recursos, que ella misma deberá delimitar.

Esto lo debe efectuar a partir de la valoración de riesgos que haya efectuado, además de la valoración de los fines que se deben cumplir al entregar los recursos.

No puede esta Contraloría General delimitarle a la Administración las condiciones, requisitos ni principios que debe exigir; porque esto depende de la justificación legal que hay de por medio, los fines involucrados y los riesgos presentes.

Esa delimitación es entonces deber de la Administración que concede los beneficios, la que también debe definir –en el mismo marco de razonabilidad, proporcionalidad, lógica y conveniencia- hasta dónde puede utilizar mecanismos para corroborar que el fin perseguido se cumplió, sin perder de vista que una vez que los recursos ingresan al patrimonio del sujeto privado, éstos se convierten en fondos privados.

III. Conclusiones:

Expuesto todo lo anterior, debemos concluir que:

1. El IMAS debe definir en cuál de los escenarios descritos se encuentran los casos en los que transfiere recursos a sujetos privados, y a los que se refiere en su consulta. Debe delimitar entonces si está en presencia de fondos públicos utilizados por sujetos privados como administradores y/o custodios, o en cambio si son beneficios gratuitos o sin contraprestación que entrega a sujetos privados para el cumplimiento de un fin de carácter público, en cuyo caso estaría frente a recursos privados de origen público.
2. En el supuesto de sujetos privados que administren o custodien fondos públicos, éstos deben aplicar los principios de contratación administrativa, en atención a lo que ha dispuesto nuestra jurisprudencia y según los términos del título que lo habilite para ello. Ese mismo título determinará hasta dónde la institución pública que se relaciona con el sujeto privado en ese escenario debe corroborar que éste último aplique dichos principios. Le aplica también a sus contrataciones el régimen de prohibiciones y las normas jurídicas y técnicas de control interno que resulten procedentes, así como aquellas propias del régimen contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito.
3. En el supuesto de sujetos privados que reciben beneficios patrimoniales gratuitos o sin contraprestación, o liberación de obligaciones, los fondos son de naturaleza privada y su origen público permite establecer los controles dispuestos en los artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, N° 7428. No les resultan aplicables las normas jurídicas y técnicas de control interno.

4. Lo anterior no exime a la Administración concedente de su obligación de establecer requisitos y condiciones –dentro del marco de razonabilidad, proporcionalidad, lógica y conveniencia que vincula todas sus actuaciones como institución pública- tanto para asegurar que el sujeto privado es idóneo para recibir dichos beneficios y apto para alcanzar el fin público perseguido, como también mecanismos para garantizar justamente que dicho fin se cumpla. No obstante sus mecanismos de control no pueden desnaturalizar la figura que el legislador instauró ni puede implicar una invasión indebida al ámbito de administración de fondos de naturaleza privada.

Atentamente,

Lic. German Brenes Roselló
GERENTE DE DIVISIÓN

Licda. Ana Marcela Palma Segura
FISCALIZADORA

AMPS/Rbr

NI: 14958

Ci: Auditor Interno, IMAS
Licda. Anabelle Hernández Cañas, Jefa, Instituciones de Bienestar Social, IMAS
Archivo Central
Gerencia de División, DFOE
Área de Secretaría Técnica, DFOE
Área de Servicios Sociales, DFOE

G: 2009002127-1