

DIVISIÓN JURÍDICA

Al contestar refiérase
al oficio N° 10981

10 de noviembre de 2010
DJ-3958-2010

Licenciada
María Eugenia Barquero Paniagua
Auditora Interna
MINISTERIO DE GOBERNACIÓN Y POLICÍA

Estimada señora:

Asunto: *Se atiende consulta sobre transferencias a organizaciones comunales, programa Dinadeco que están en estudio en punto a la aplicación de principios de contratación administrativa y las Circulares emitidas por la Contraloría General de la República.*

Damos respuesta a su oficio no. AI-0745-2010 del 1 de junio de 2010, mediante el cual consulta sobre transferencias o partidas específicas a organizaciones comunales cedidas presupuestariamente mediante el programa de la Administración Central de ese Ministerio y también en el caso del programa presupuestario de DINADECO (transferencia o como parte de la distribución del “% ISR).

Sobre el particular, en virtud de nuestra potestad consultiva, consagrada en el artículo 29 de la Ley Orgánica de esta Contraloría General de la República, no. 7428 de 7 de setiembre de 1994, atendemos la presente solicitud de criterio, teniendo en cuenta que su alcance tiene efectos vinculantes en lo que se refiere a la materia objeto de nuestras competencias constitucionales y legales. Así las cosas, a partir de lo anterior esta Contraloría General orienta las acciones que debe atender la administración activa para la resolución de los casos concretos, por ser ello de su competencia.

I. Consideraciones previas:

Señala en su consulta que en los estudios realizados se ha determinado que se tienen fondos públicos utilizados por sujetos privados que son beneficios gratuitos o sin contraprestación, para el cumplimiento de un fin de carácter público, que serían recursos privados de origen público, haciéndose uso para su control de las Circulares emitidas por la Contraloría General de la República en las que se requiere al ente concedente y ejecutor el cumplimiento de varios puntos relacionados con el manejo de dichos fondos, a saber la Circular 14298 con regulaciones sobre fiscalización y control de beneficios patrimoniales, gratuitos o sin contraprestación alguna, otorgados a sujetos privados dirigida a los Ministros de Gobierno.

En el inciso h) de dicha Circular se señala que se debe constatar cuando el sujeto privado utilice total o parcialmente recursos públicos para la adquisición de bienes y servicios, que cumpla con los principios indicados en el Capítulo I de la Ley de la Contratación

Administrativa y con el Capítulo II de su Reglamento. Por otra parte la Circular 14299-Circular con regulaciones sobre la fiscalización y el control de los beneficios patrimoniales, gratuitos o sin contraprestación alguna, otorgados a sujetos privados, enviada a Presidentes, Directores Ejecutivos, Regulador y Gerentes Generales, Rectores de las Universidades Estatales, Decanos de los Colegios Universitarios, Alcaldes municipales, Ejecutivos distritales y Presidentes de Comités Cantonales de Deportes sobre la responsabilidad de las entidades u órganos públicos concedentes de beneficios patrimoniales, que en su inciso h) pide constatar, cuando el sujeto privado utilice parcial o totalmente recursos públicos para la adquisición de bienes y servicios que se cumpla con los principios indicados en el Capítulo I de la Ley y el II del Reglamento.

Finalmente, la circular 14300 con regulaciones aplicables a los sujetos privados que reciben partidas específicas y transferencias del presupuesto nacional así como transferencias por beneficios patrimoniales, gratuitos o sin contraprestación alguna de entidades u órganos públicos o que por disposición de Ley deben presentar su presupuesto para la aprobación de la Contraloría General de la República enviado a los Presidentes, asociaciones, fundaciones, cooperativas y otros organismos.

Ahora bien, señala que en razón de las auditorías realizadas, tuvo conocimiento del oficio no. 04188 del 10 de mayo de 2010 de la División Jurídica, relacionado con consulta formulada por el IMAS sobre la aplicación de los principios de contratación administrativa, por parte de sujetos privados que reciben fondos públicos. Con base en dicho pronunciamiento el Departamento Legal de Dinadeco considera que la Circular 14298 no les sería aplicable, específicamente en el apartado en que se solicita verificación del cumplimiento de aspectos de contratación administrativa, entrándose en duda sobre dicho criterio y la interpretación de la frase “cuando el sujeto privado utilice parcial o totalmente recursos públicos”, requiriéndose definir los lineamientos de control que se utilizarán en el proceso fiscalizador de este tipo de fondos, de manera que la administración activa lo conozca y no se niegue a tal propósito.

Por ello consultan si las referidas Circulares han sido afectadas de modo alguno por los criterios sobre fondos públicos o privados que se vienen manejando actualmente o si prevalecen tal y como están, especificando para qué casos sería aplicable cada circular y de requerirse su adecuación, favor señalar qué disposiciones regirían mientras tanto.

II. Criterio del despacho:

Es pertinente señalar, en primera instancia, que en el ejercicio de la potestad consultiva atribuida a la Contraloría General, y la Circular no. CO-529 sobre la atención de consultas dirigidas a la Contraloría General de la República (publicada en el diario oficial La Gaceta no. 107 del 5 de junio de 2000), el órgano contralor no tiene por norma referirse a casos y situaciones concretas que deben ser resueltas por la administración respectiva, sino que en el ejercicio de sus funciones emite criterios generales que deben orientar a las administraciones en la toma de sus decisiones y que resultan vinculantes en lo de su competencia.

Para dar respuesta puntual a su consulta, se impone traer al tema lo manifestado por este órgano contralor en el oficio no. 04188, DJ-1715 del 10 de mayo de 2010, en punto al cumplimiento de los principios de contratación administrativa por parte de entidades privadas a las que se les giran recursos públicos, es decir, manejan fondos públicos; ese es el punto de partida del criterio mencionado. Esto es importante porque ya este órgano contralor en repetidas oportunidades ha hecho referencia a dos escenarios que se presentan en torno al tema, conceptos que se reiteran en su totalidad y que expresamente consideramos fundamental manifestar, estos son:

1. Los sujetos privados que administran o custodian fondos públicos:

En este primer escenario el artículo 4 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en adelante LOCGR, -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).

Este supuesto se refiere a los particulares que 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.

En principio, esa 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.

Sin embargo, en este supuesto la actividad de contratación administrativa que el sujeto privado deba realizar en virtud de la administración y custodia de los fondos públicos, debe guiarse por los principios constitucionales de contratación administrativa y no así por los procedimientos establecidos por la Ley de Contratación Administrativa, resultando de aplicación obligatoria 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 se clarifica 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 las entidades están sujetas tanto a la aplicación de los citados principios pero también de los procedimientos regulados en esa legislación.

Así, debe considerarse 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.

Además, en aplicación del principio de transparencia 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.¹

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. 8422.²

¹ Oficio no. 04128 (DAGJ-0564-2009) del 23 de abril de 2009.

² 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.

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.

2. El supuesto de 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 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 LOCGR a los sujetos privados se les reconoce 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.

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 y 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.

De acuerdo con lo que establece la LOCGR, 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 no. 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 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 1° 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.

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.

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 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.

En ese orden de ideas, en punto a la interrogante de su consulta sobre si las referidas Circulares han sido afectadas de modo alguno por los criterios sobre fondos públicos o privados que se vienen manejando actualmente o si prevalecen tal y como están, especificando para qué casos sería aplicable cada circular y de requerirse su adecuación, es pertinente señalar que las Circulares de interés no han sido derogadas ni dejadas sin efecto de modo alguno, priva solamente su interpretación y aplicación de conformidad con los criterios que el órgano contralor ha emitido para su aplicación, entre estos, el que hemos comentado líneas atrás sobre los dos escenarios que clarifican las normas y principios aplicables cuando estamos de frente a fondos públicos o a fondos de origen público.

Para efectos de información y valoración de su parte, le transcribimos lo manifestado por este órgano contralor en el oficio no. 01121-2010, DJ-0455 del 3 de febrero de 2010, sobre el caso de DINADECO en específico:

“(…) Sobre lo consultado, se advierte que la Ley no. 3859 sobre el Desarrollo de la Comunidad establece en su artículo 19 una obligación para el Estado de incluir en el presupuesto nacional un partida equivalente al 2% del estimado del impuesto sobre la renta de ese período, el cual se gira al Consejo Nacional de Desarrollo de la Comunidad, quien lo administra para las asociaciones de desarrollo de la comunidad debidamente constituidas y legalizadas. Este Consejo debe girarlos exclusivamente a este tipo de asociaciones de Desarrollo de la Comunidad y a la vez debe crear un fondo de garantía e incentivos que permita financiar o facilitar el financiamiento de proyectos que le presenten las mismas asociaciones, de acuerdo con la respectiva reglamentación³.

La reglamentación vigente, es la que desarrolla el decreto ejecutivo no. 32595-G, el cual contempla el desembolso de estos recursos a través del denominado “fondo por girar” (artículos 4 a 9 del Reglamento) destinado al cumplimiento de los planes anuales de trabajo aprobados por las organizaciones comunales en la asamblea general de la asociación, incluyendo los gastos administrativos propios del quehacer de la organización. Asimismo, los recursos que contempla el artículo 19 citado, llegan hasta las asociaciones de desarrollo de la comunidad por medio del fondo de proyectos.

De acuerdo con el artículo 10 del mencionado decreto, el cincuenta por ciento de los recursos asignados por el Estado —según el artículo 19 de la Ley sobre Desarrollo de la Comunidad— ingresan al fondo de proyectos para ser distribuidos a su vez “en proyectos empresariales, de infraestructura, capacitación, adquisición de bienes inmuebles y compra de maquinaria y equipo, dando prioridad a los que sean más acordes con las políticas de desarrollo del país, de conformidad con los lineamientos

³ Véase oficio no. 0678, DAGJ-0956-2009 del 30 de junio de 2009.

o directrices emanadas de las autoridades correspondientes de Desarrollo Social con quienes se coordinará, o en actividades específicas de desarrollo comunal, de esfuerzo conjunto y organizado, en los campos económico, social y cultural. Cualquier cambio de destino o redistribución de fondos que se pretenda hacer, requerirá la aprobación previa del Consejo.” (Artículo 10 del decreto ejecutivo no. 32595-G).

La entrega de estos recursos económicos a las asociaciones, corresponde a beneficios patrimoniales que se otorgan sin exigir a cambio una contraprestación monetaria o de algún servicio de parte de la organización beneficiaria, es decir, se trata de fondos no reembolsables. Estos fondos que reciben las asociaciones de desarrollo de la comunidad, se incorporan a su patrimonio privado y siendo sujetos privados, aun cuando mantengan su declaratoria de interés público, se rigen por reglas distintas a las que se le aplica a los sujetos de Derecho Público, y de conformidad con lo dispuesto en nuestra Ley Orgánica, su actividad no está exenta de control por el hecho de que los beneficios patrimoniales que reciben ingresan a su patrimonio y se convierten en parte de él. Por el contrario, el control persiste y se da sobre los fondos de origen público y sobre la actividad que se realiza con ellos.

Así las cosas, 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 y se orienta a la verificación del cumplimiento del destino o la finalidad pública que originó y fundamentó el beneficio. Es precisamente ahí donde radica el sustento del control facultativo que la Contraloría General ejerce. En así que se trata de un control referido a verificar la finalidad y destino que el legislador concibió como causa justa para otorgar un beneficio patrimonial a un determinado sujeto particular o grupo, como sucede con las asociaciones de desarrollo de la comunidad.

En ese orden de ideas, en el caso de las asociaciones la entrega de estos fondos se condiciona a que éstos cumplan los fines que el legislador estimó relevantes, de ahí que debe acudirse a la letra del texto y al espíritu con el que se crearon este tipo de asociaciones y al respecto tenemos que estas asociaciones -enmarcadas en la Ley no. 3859- nacen concebidas como grupos o entidades que han querido dedicarse al desarrollo de la comunidad. La citada ley crea un sistema alrededor del concepto de desarrollo de la comunidad, que aunque no define como tal, tiene actores fundamentales como la Dirección Nacional de Desarrollo de la Comunidad encargada de fomentar, orientar, coordinar y evaluar la organización de las comunidades del país, para lograr su participación activa y consciente en la realización de los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo Económico y Social (artículo 1°); y el Consejo Nacional de Desarrollo de la Comunidad, que entre otras funciones tiene la de determinar cuáles programas y servicios de los organismos públicos deben entenderse como parte específica del plan nacional de desarrollo de la comunidad (artículo 10 de la Ley N° 3859).

En ese contexto, las asociaciones son sujetos privados declarados de interés social, en tanto son un medio de estimular a las poblaciones a organizarse para luchar, a la par de los organismos del Estado, por el desarrollo económico y social del país (artículo 14 de la Ley no. 3859). Conviene señalar que el artículo 23 de esta ley, les permite para su funcionamiento, adquirir toda clase de bienes, celebrar contratos de cualquier tipo y realizar toda clase de operaciones lícitas dirigidas a la consecución de sus fines. La vinculación que hay entre el funcionamiento y la existencia de estas asociaciones y el desarrollo de la comunidad es clave. Sus fines tienden a ese propósito, pero además sus actuaciones están ligadas y hasta limitadas por el plan nacional de desarrollo económico y social, entre otras cosas.

Así las cosas, bajo el marco de la autonomía de la voluntad que es el principio jurídico que rige las actuaciones de los sujetos privados y que bien remarca el artículo 23 de la Ley no. 3859 para el caso de las asociaciones de desarrollo de la comunidad, su existencia no puede justificar tampoco cualquier tipo de actuación desligada de esos límites que el mismo legislador impuso. Uno de ellos, concluyó el órgano contralor en esa oportunidad es la conexión que obligatoriamente debe darse entre sus proyectos y el plan nacional de desarrollo económico y social.

Otro de los límites que se le dan a sus actuaciones, se ve reflejado de manera muy clara en el artículo 24 de la Ley, que dispone que su existencia y el funcionamiento se subordinan al exclusivo cumplimiento de sus fines y en consecuencia les prohíbe utilizar la asociación para fines distintos a los indicados en los estatutos y reglamentos y en especial para promover luchas políticas electorales, realizar proselitismo religioso o fomentar la discriminación racial; realizar actividades con fines de lucro en favor de los miembros directivos o de cualquiera de sus asociados; y promover, o de cualquier modo estimular, las divergencias locales o regionales, tomando como pretexto el desarrollo de las comunidades.”

En consecuencia, sin entrar a valorar los criterios que Dinadeco haya emitido y su justificación al respecto, por no ser parte de esta consulta, consideramos que en su caso, se 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.

Lo anterior, por cuanto como ya hemos señalado 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.

Y 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, no. 7428. No les resultan aplicables las normas jurídicas y técnicas de control interno, pero lo anterior no exime de modo alguno 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.

En consecuencia, las circulares referidas sí resultan de aplicación en ambos supuestos pero a partir de la delimitación de los escenarios en que nos encontremos actuando, deberá valorarse la aplicación de las normas y principios que establecen éstas. En ese sentido, en el caso de los fondos de origen público, aún cuando no resulten aplicables los principios de contratación administración –los cuales si son de aplicación obligatoria cuando estamos frente

al manejo total o parcial de fondos públicos- la administración concedente tiene la responsabilidad de verificar en una etapa previa la idoneidad del sujeto a quien se transfiere el beneficio⁴, aparte de lo expuesto anteriormente.

Conclusiones:

Las Circulares de referencia se mantienen vigentes y resultan de aplicación, no han sido derogadas ni dejadas sin efecto de modo alguno, priva solamente su interpretación y aplicación de conformidad con los criterios que el órgano contralor ha emitido para su aplicación, entre estos, los dos escenarios que clarifican las normas y principios aplicables cuando estamos de frente a fondos públicos (artículo 4 de la Ley Orgánica de la Contraloría General) o a fondos de origen público (artículos 5, 6 y 7 de la Ley Orgánica de la Contraloría General).

Aún en este último supuesto -transferencias de fondos de origen público, incluso en los casos que éstas están establecidas por ley-, que no resultan aplicables las normas jurídicas y técnicas de control interno ni los principios de contratación administrativa, ello no exime de modo alguno a la administración concedente de su obligación, en el supuesto que interesa, Dinadeco, 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. Roberto Rodríguez Araica
Gerente Asociado

SCHC/ysp
Cc División de Fiscalización Operativa y Evaluativa
NI: 18861
G: 2010002560-1

⁴ “Sin embargo, ello no releva al Jerarca de responsabilidad, pues al ordenar el pago de la transferencia debe hacer cumplir los requisitos que considere necesarios para velar que se cumpla el interés público y evitar poner en riesgo la satisfacción de los fines públicos y el manejo mismo de los recursos. En ese sentido, el Jerarca puede solicitar lo que considere necesario, en el marco de la razonabilidad, proporcionalidad, lógica y conveniencia, para corroborar que el fin perseguido va a ser cumplido. Asimismo, debe definir el control sobre los fondos girados, el cual 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” (véase oficio no. 9015, DFOE-PGAA-609 del 21 de setiembre de 2010).