

Al contestar refiérase
al oficio No. **12089**

30 de noviembre, 2011
DFOE-EC-0580

Señora
Hannia M. Durán
Jefe de Área
Comisión Permanente de Asuntos Agropecuarios
ASAMBLEA LEGISLATIVA

Estimado señor:

Asunto: Criterio solicitado por la Asamblea Legislativa sobre el proyecto de ley *“Modificación del Capítulo IX de la Ley No. 2035, Ley Orgánica del Consejo Nacional de Producción, para conceder personalidad jurídica instrumental a la Fábrica Nacional de Licores”*, expediente Nro. 18.202.

Nos referimos a su oficio Nro. AGR-218-2011, fechado 3 de noviembre de 2011, recibido en esta Contraloría General el día siguiente, mediante el cual solicita nuestro criterio sobre el proyecto de ley denominado *“Modificación del Capítulo IX de la Ley No. 2035, Ley Orgánica del Consejo Nacional de Producción, para conceder personalidad jurídica instrumental a la Fábrica Nacional de Licores”*, que se tramita bajo el expediente Nro. 18.202.

I. SOBRE EL OBJETO DEL PROYECTO DE LEY

En la exposición de motivos del proyecto de ley bajo estudio, se indica que la Fábrica Nacional de Licores (FANAL) *“...está cada día más restringida y maniatada por los vaivenes que experimenta cada cuatro años, lo que origina inestabilidad y gran incertidumbre sobre su futuro”*, por lo que estiman que se le deben *“...quitar las amarras y transformarla en una empresa más sólida con agilidad administrativa, financiera y presupuestaria que permita acceder en forma eficiente y competitiva, en igualdad de condiciones, en el mercado”*, siendo que la figura jurídica que encajaría con su carácter de tipo empresarial, es la personalidad jurídica instrumental, para que le permita la administración de sus propios recursos, lograr una mayor eficiencia, celeridad y agilidad en su actuar.

II. SOBRE LA PERSONALIDAD JURÍDICA INSTRUMENTAL

Esta Contraloría General considera necesario reiterar la preocupación que hemos venido manifestando a lo largo del tiempo, por la proliferación de leyes que otorgan a órganos, tanto de la Administración Pública central como de la descentralizada,

personalidad jurídica instrumental, toda vez que ello se aparta de la correcta técnica jurídica, al atribuírsele a un órgano características que son propias de la naturaleza jurídica de un ente, sin que aquel cuente con la verdadera autonomía de éste.

Así por ejemplo, en el año 2002, en oficio Nro. 11413 (CO-285), se manifestó a esa Asamblea Legislativa, entre otras consideraciones, que se trata de una figura jurídica cuyos límites no están claramente definidos a nivel legislativo, doctrinal y jurisprudencial, lo cual puede conllevar a una inseguridad jurídica, pudiendo verse esta forma de organización como una vía de “escape” del régimen ordinario del Presupuesto de la República y de la normativa que lo regula, sin que se expongan estudios técnicos que permitan al legislador valorar la necesidad y pertinencia de adoptar decisiones de esta índole.

Debido a lo anterior, hemos reiterado en varias oportunidades, la necesidad de valorar detenidamente los proyectos de ley que persiguen este fin, preocupación que incluso se hizo ver en las Memorias Anuales de los años 2001 y 2002, en donde se manifestó, entre otras consideraciones, que los problemas que produce esta técnica jurídica incorrecta, asociada con la proliferación desordenada de entes públicos menores, son particularmente serios desde la perspectiva de la articulación de la acción estatal, lo cual complica la posibilidad de poner en marcha una actuación estatal coordinada que permita atender de la mejor manera posible los intereses públicos que persiguen.

Además, en muchas ocasiones también se confunde los alcances de la personalidad jurídica instrumental, pretendiendo otorgar funciones como se si trate de un órgano descentralizado, como sucede en el presente proyecto ley, debiendo tenerse presente que al pretender otorgar la titularidad de un presupuesto propio, no constituye un elemento para considerar que se está ante un proceso de descentralización de competencias y, por ende, que se ha constituido una nueva persona jurídica.

A lo sumo, señala la Procuraduría General de la República¹, lo que podría considerarse es que el órgano goza de una personalidad jurídica instrumental, dirigida precisamente a la gestión del presupuesto, la cual va unida a las competencias desconcentradas, sin que pueda hablarse de una descentralización.

En ese mismo sentido, también esta Contraloría General ha manifestado que:

“(...) en lo que atañe a la personalidad jurídica instrumental, cabe recordar que usualmente ésta obedece no a un fenómeno de descentralización (que ocurre cuando se crea un institución nueva con personalidad jurídica plena), sino que, aunque entraña deficiencias desde el punto de vista de la técnica jurídica, se explica y justifica por criterios generalmente de tipo financiero.

Lo anterior, por cuanto los órganos generalmente creados como personificaciones presupuestarias tienen como objeto permitir la titularidad de un presupuesto y una ejecución presupuestaria autónoma, de tal forma que sea la

¹ Ver oficio Nro. C-037-2008

nueva persona la que tome las decisiones fundamentales en materia presupuestaria, así como que esta ejecución resulte liberada de los controles aplicables a la ejecución de la Ley de Presupuesto.

Las personas así creadas no constituyen entes descentralizados, sino que a lo sumo puede hablarse de una desconcentración funcional (si se ha desconcentrado la competencia material) unida a una 'personalidad' para efectos presupuestarios.

En este sentido, se considera que la personalidad jurídica instrumental constituye una personalidad presupuestaria, que permite al órgano desconcentrado administrar un propio presupuesto y, por ende, con independencia del Presupuesto del ente público al que pertenece. La personalidad instrumental permitiría al órgano disponer de determinados bienes en forma separada del ente al que pertenece. Y si es titular de bienes, es titular de un patrimonio y de un presupuesto que le permita manejar ese patrimonio."

Con base en todo lo anteriormente expuesto, reiteramos la necesidad de valorar cuidadosamente el otorgamiento de personalidad jurídica instrumental, a órganos de la Administración Pública, como sucede con la presente iniciativa legislativa.

III. SOBRE EL ARTÍCULO SEGUNDO

El artículo 2 del proyecto, adiciona los artículos 50 bis, 50 ter y 50 quáter al Capítulo IX de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de Producción, Nro. 6050² y sus reformas. En el primero de ellos se propone la composición de la Junta Directiva; en el segundo el nombramiento del director ejecutivo y la constitución del patrimonio de la FANAL y el tercero refiere a la necesidad de que las organizaciones representantes en la Junta Directiva no emitan su voto y se retiren de la sesión en el momento en que vayan a discutir y/o aprobar transacciones financieras en las que tengan intereses personales directos o afines; además, prohíbe a la Junta Directiva realizar condonaciones.

Para analizar la presente propuesta, es importante tener presente lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley Nro. 6050, que dispone, en lo que interesa, lo siguiente:

"En tanto no se dé una nueva ley sobre el monopolio de licores nacionales y la Fábrica Nacional de Licores pertenezca al Consejo Nacional de Producción, éste la administrará como una unidad adscrita al Consejo, a fin de que cuente con medios propios y organización suficiente para bastarse por sí misma, en lo administrativo."

Lo que quiere decir que al mantenerse a la fecha el monopolio de licores nacionales en manos de la FANAL y ésta continúa perteneciendo al Consejo Nacional de Producción (CNP), su administración estará a cargo de ese Consejo, administración que se mantiene

² Dado que la Ley Nro. 2035 fue reformada íntegramente por la Ley Nro. 6050, hacemos alusión a esta última.

DFOE-EC-0580

4

30 de noviembre, 2011

con la presente iniciativa, por cuanto no se contempla modificación alguna a este artículo 50, ni se busca otorgar a la FANAL una personería jurídica propia, cuya característica es de un ente descentralizado.

Con base en lo anterior, preocupa a esta Contraloría General que las propuestas de las adiciones normativas contempladas en este artículo, pretendan otorgar competencias a la FANAL como si se tratara de un ente descentralizado, cuando en realidad no lo es, ni busca el proyecto que así sea, de ahí que recomendamos analizar los referidos artículos. Sobre este particular, interesa enfatizar en lo dispuesto en los incisos, b), c) y e) del artículo 50 ter, relativos a la conformación del patrimonio de la FANAL.

En cuanto al **artículo 50 bis**, llama la atención que se incorpore dentro de la integración de la junta directiva, un representante de las organizaciones de pequeños y medianos productores de caña de azúcar y otro de los industriales de la caña de azúcar, por cuanto ello puede generar un eventual conflicto de interés, a pesar de que el artículo 50 quáter establece la prohibición de votar cuando el asunto esté relacionado con intereses personales. Tampoco encontramos justificación alguna dentro del proyecto, para que la Junta Directiva sea integrada a su vez con un representante de la Municipalidad de Grecia. Aparte de ello, el proyecto es omiso en asignarle funciones a la Junta Directiva.

En lo que se refiere al artículo 50 ter, nos permitimos realizar las siguientes observaciones:

- Se contempla la posibilidad de nombrar un director ejecutivo para que administre la FANAL y a su vez el mismo artículo incorpora aspectos relativos al patrimonio de la FANAL, lo cual, por técnica legislativa, deben tratarse en artículos independientes.

- Sobre la autorización para que la FANAL constituya fideicomisos, remitimos a lo establecido en el artículo 14 de la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, que establece la necesidad de que la ley que autoriza tal posibilidad, debe regular las condiciones generales que se incluirán en el contrato respectivo.

- Al contemplar esta iniciativa, la autorización para que la FANAL contrate su administración financiera y contable, con uno o varios bancos estatales del Sistema Bancario Nacional, procedemos a hacer alusión a lo señalado sobre el particular por esta Contraloría General, en el oficio Nro. 08435 (DFOE-EC-0403) del pasado 6 de setiembre, en donde se aclaró que únicamente podrían ser contratados los servicios auxiliares, ajustados al ordenamiento jurídico que rige la materia:

“En relación con la contratación de servicios auxiliares por parte de las instituciones públicas, es importante tener presente que dentro del proceso de reforma del Estado y en consideración con los programas de movilidad laboral, el legislador ha aprobado varias leyes tendientes a favorecer las organizaciones de trabajadores, en el tanto éstas sean de carácter empresarial, entre ellas la Ley Marco de Transformación Institucional, Nro. 7668, que en su artículo 1 dispone:

ARTICULO 1.- Transferencia de prestación de servicios y actividades auxiliares

*Facúltase a los órganos del Estado, las instituciones públicas descentralizadas, autónomas y semiautónomas, las empresas públicas del Estado y las municipalidades para transferir, mediante actos de concesión o contratación administrativa de conformidad con la ley, **la prestación de servicios y actividades auxiliares en favor de las siguientes organizaciones sociales: asociaciones de desarrollo comunal, cooperativas, asociaciones, fundaciones y sociedades anónimas laborales.***

Esta transferencia no perjudicará el obligado control y la regulación de la actividad transferida, para proteger el interés público y el ejercicio de potestades de imperio y las atribuciones de la Administración, que son indelegables, imprescriptibles e irrenunciables.

Los superiores jerárquicos deberán definir cuáles actividades y servicios son auxiliares y cuáles, fundamentales para el quehacer institucional, de conformidad con el reglamento que se dictará para tal efecto.

En ningún caso, podrán transferirse los bienes de dominio público, en particular los referidos en el inciso 14) del artículo 121 de la Constitución Política. Tampoco podrá contratarse la prestación de servicios y actividades en los que el Estado y las instituciones ejerzan potestades de imperio o de naturaleza regulatoria, las cuales no podrán ser delegadas.´ (Los destacados son del original del oficio)

Por su parte, el Reglamento a dicha Ley, emitido por medio del Decreto Ejecutivo Nro. 26893, reformado por el Decreto Ejecutivo Nro. 33713, indica, entre otras consideraciones:

´Artículo 7º Los órganos del Estado, las instituciones públicas descentralizadas, autónomas y semiautónomas, las empresas públicas del Estado y las municipalidades podrán transferir la prestación de servicios y actividades auxiliares a favor de las organizaciones sociales establecidas en el artículo 1º de la Ley N° 7668, siempre que conduzca a mejorar la calidad del servicio y se respeten los principios y normas establecidos.´

´Artículo 8º Los Jerarcas de los órganos del Estado y de las entidades públicas señaladas en el artículo 1º de la Ley N° 7668 serán responsables de prever y establecer los mecanismos de inspección y vigilancia necesarios para el obligado control, regulación y evaluación de la prestación de los servicios y las actividades auxiliares transferidos. Los contratos que se suscriban para tales propósitos, deberán cumplir en lo que sea aplicable, con los requisitos de contratación establecidos en el Reglamento de la Ley de Sociedades Anónimas Laborales y deberán contener la obligación de las organizaciones sociales

DFOE-EC-0580

6

30 de noviembre, 2011

contratantes, de brindar toda la información que se les requiera para comprobar la debida ejecución de los servicios y de las actividades transferidas.

Con base en lo expuesto, queda claro que compete a los superiores jerárquicos de las instituciones, definir cuales actividades y servicios son auxiliares y cuales fundamentales para el quehacer institucional, pudiendo contratar los primeros, acorde con el ordenamiento jurídico que rige la materia.”.

Así las cosas, en concordancia con todo lo expuesto, recomendamos a los señores legisladores analizar esta propuesta, para efectos de ajustarla a la normativa vigente sobre la materia.

En cuanto a exención del pago de impuestos de ventas en las compras de bienes muebles que realiza la FANAL para el desempeño de sus funciones, recomendamos valorar esta posibilidad de cara a la situación de las finanzas públicas del Estado, máxime que no refiere a ningún estudio técnico que mida tales efectos.

Sobre el párrafo segundo del artículo 50 quáter, en el que se prohíbe a la FANAL realizar condonaciones, consideramos bastante acertada esta limitación, sin embargo, en el presente proyecto no se autoriza a la FANAL para que pueda conceder créditos, situación que además, debe ser valorada a efecto de determinar si es viable tal competencia.

Finalmente, en criterio de este órgano contralor, la función que se le pretende asignar en el Transitorio primero a la Gerencia de la FANAL, para que proceda a convocar a una asamblea de los sectores u organizaciones no estatales, con el propósito de que se nombre el representante de esos sectores, consideramos que resulta improcedente por cuanto carece de competencia para tales fines, razón por la que recomendamos analizar lo aquí dispuesto.

Atentamente,

Lic. Manuel Corrales Umaña, MBA
GERENTE DE ÁREA

MCU/MMC/OLAS/mmd

Ci: Expediente (G-2011000539-13)

Ni: 19744