

Al contestar refiérase  
al oficio N° **6166**

31 de mayo, 2017  
DFOE-PG-0213

Señor  
Carlos Valverde González  
Presidente  
**ASOCIACIÓN OLIMPIADAS ESPECIALES COSTA RICA**  
Correo: [notijudiciales@gmail.com](mailto:notijudiciales@gmail.com)  
[presidencia@borismolinaabogados.com](mailto:presidencia@borismolinaabogados.com)

Estimado señor:

**Asunto:** Emisión de criterio solicitado por el Presidente de la Asociación Olimpiadas Especiales, mediante oficio sin número de fecha 19 de abril de 2017.

Se refiere esta Área de Fiscalización al oficio sin número de fecha 19 de abril del presente año, mediante el cual se consulta el criterio de la Contraloría General de la República en relación a los controles y aplicación de principios correspondientes a la fiscalización, que realiza la Administración concedente como el Instituto Costarricense del Deporte y Recreación (en adelante Icoder), sobre un sujeto de derecho privado con las características de la Asociación Olimpiadas Especiales (en adelante AOE).

#### I. MOTIVO DE LA GESTIÓN

En el texto de la consulta realizada, se plantean las siguientes interrogantes:

*"1- ¿Si le está prohibida a la Administración del ICODER y a su Auditoría Interna, como concedentes, aplicar los alcances de la Ley de Contratación Administrativa y sus principios, frene a la Asociación Olimpiadas Especiales (AOE), **cuáles son los principios de la sana administración aplicables en una fiscalización a un ente privado de las características de la Asociación Olimpiadas Especiales y con base en qué normativa?***

*2- Al ser la Asociación Olimpiadas Especiales un ente privado que está supeditado a la Ley 7092, en cuanto a su declaración D151, **no sería ese su marco regulatorio para fiscalizarlo por la autoridad competente? Obviamente acompañado de todo el contenido de la Ley de la administración financiera de la República y Presupuestos Públicos o Ley 8131, como norma específica que establece los principios rectores a aplicarse sobre la fiscalización de nuestra organización por parte de los órganos estatales.***

*3- **Cuáles serían esos controles razonables y proporcionales que se deben utilizar por parte de ICODER y su Auditoría Interna para cumplir con una adecuada fiscalización como concedentes frente a la Asociación Olimpiadas Especiales?**"*, (la negrita corresponde al original).

Sobre este particular, señalan que tales dudas surgieron con base a tres criterios emitidos por la Contraloría General (oficios n.º 6035 (DFOE-PG-217) del 6 de julio de 2011, n.º 7293 (DFOE-PG-294) del 17 de julio de 2012 y n.º 17225 (DFOE-PG-0497) del 25 de setiembre de 2015). Adicionando la consideración que son víctimas de un abuso de poder por el Icoder, quienes han retenido los fondos que les corresponden por Ley y que sobrepasan los tres mil millones de colones, causándoles daños y perjuicio incalculables a los beneficiarios de los programas; esto como consecuencia de persistir en aplicarles los principios de la contratación administrativa y que funcionen como una institución estatal o pública.

## II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En primer término, se señala que el ejercicio de la potestad consultiva de la Contraloría General se encuentra regulada en el artículo 29 de la Ley Orgánica (Ley n.º 7428 del 4 de setiembre de 1994) y el Reglamento sobre la recepción y atención de consultas dirigidas a la Contraloría General de la República (Resolución n.º R-DC-197-2011), publicado en el Diario Oficial La Gaceta n.º 244 del 20 de diciembre de 2011.

Según lo dispuesto en la normativa citada, el Órgano Contralor emite criterios vinculantes en el ámbito de su competencia cuando se cumplen los siguientes requisitos:

- a) Cuando la temática tenga relación con los componentes de la Hacienda Pública y en general con el ordenamiento de control y fiscalización superior de la Hacienda Pública.
- b) Cuando la consulta la hayan planteado los sujetos pasivos de fiscalización de la Contraloría General, según definición presente en el artículo 4 de la Ley n.º 7428. Deben entenderse incluidos el auditor y subauditor interno de las instituciones públicas.

Aunado a lo anterior, cabe señalar que el inciso 2 del artículo 8 del Reglamento de referencia, establece como uno de los requisitos de obligatorio cumplimiento para la presentación de las consultas dirigidas al Órgano Contralor, lo siguiente:

*"Artículo 8º—**Requisitos para la presentación de las consultas.** Las consultas que ingresen para su atención conforme al artículo 29 de la Ley No. 7428, deberán cumplir los siguientes requisitos:*

*(...)*

*2. Plantearse en términos generales, sin que se someta al órgano consultivo a la resolución de circunstancias concretas propias del ámbito de decisión del sujeto consultante, o que atañen a la situación jurídica del gestionante.*

*(...)."*

De lo cual se desprende la obligación de plantearse las consultas en términos generales, sin que se someta al Órgano Consultivo a la resolución de circunstancias concretas propias del ámbito de decisión del sujeto consultante, o que atañen a la situación jurídica del gestionante.

Dicho proceder, obedece a la finalidad propia del proceso consultivo, que no pretende sustituir a la Administración en la toma de decisiones respecto de las competencias que le han sido asignadas en el ordenamiento jurídico, a la vez que se trata de evitar el riesgo que genera la emisión de un criterio vinculante sobre la base de supuestos fácticos y jurídicos que no se conocen a plenitud, y por ende, puede generar un pronunciamiento errado en sus conclusiones. De manera que se reitera el carácter general de las observaciones y el análisis que aquí se plantea sobre los temas en consulta.

Por ello, la potestad consultiva no debe verse como un medio por el cual la Contraloría General sustituye a las Administraciones Públicas en el manejo de situaciones particulares en el plano meramente administrativo, la resolución de los conflictos internos que se puedan generar entre las diferentes instancias en el seno de la administración consultante, o la validación o confirmación de conductas previamente adoptadas por la Administración activa.

En ese tanto, lo anterior no impide emitir un criterio vinculante respecto a consultas relacionadas con el ámbito competencial del Órgano Contralor, máxime cuando se trata de temas o materias abordados previamente en el ejercicio de su potestad consultiva, bajo el entendido que se trata de consideraciones y observaciones que se esbozan desde una perspectiva general, y no de una situación específica e individualizada; para que sea utilizado en el análisis sobre la legalidad de las conductas administrativas que serán adoptadas por el sujeto competente, a quien corresponde finalmente tomar las decisiones que considere más ajustadas a derecho

### **III. CRITERIO JURÍDICO DE LA CONTRALORÍA GENERAL**

Como se indicó en el apartado anterior, siendo que por esta vía consultiva se están realizando manifestaciones sobre situaciones particulares que requiere de un pronunciamiento que no corresponde definir por competencia al Órgano Contralor, y que se atañe a la adopción de conductas administrativas con efectos concretos, resulta importante resaltar que la respuesta a la consulta se atiende en términos generales.

Expuestas tales observaciones, se procede a rendir criterio sobre el tema consultado, siendo necesario de previo señalar que los oficios citados en la consulta, de número 6035 (DFOE-PG-217) del 6 de julio de 2011, 7293 (DFOE-PG-294) del 17 de julio de 2012 y 17225 (DFOE-PG-0497) del 25 de setiembre de 2015, deben ser observados integralmente, señalándose al respecto las siguientes consideraciones en relación a las preguntas planteadas.

Como se ha indicado en el pasado por el Órgano Contralor -inclusive por los oficios citados en el párrafo anterior, así como de referencia general el 04188 (DJ-1715) del 10 de mayo de 2010, 09908 (DJ-3822) del 12 de octubre de 2010 y 13164 (DJ-1698-2016) del 10 de octubre de 2016-, como sujeto privado la AOE recibe fondos que le son transferidos por Icoder en virtud de la disposición legal del inciso e) del artículo 87 de la Ley de Creación del Instituto del Deporte y Recreación y su régimen jurídico, Ley n.º 7800, en el que por ser un sujeto

privado que recibe un beneficio patrimonial, gratuito o sin contraprestación, o una liberación de obligaciones por parte de los componentes de la Hacienda Pública, le aplica lo regulado en el artículo 5 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Ley n.º 7428.

Por lo que en primer término debe advertirse que, si bien es cierto estos fondos pierden su naturaleza de públicos para pasar a ser fondos privados (incorporándose al patrimonio privado), están sujetos a un régimen especial en virtud de su origen público, debiendo el sujeto privado atender una serie de reglas específicas para la administración de los recursos, así como normas de control, lo cual resulta imprescindible para verificar que se cumpla a cabalidad con el fin o destino de interés público que motivó el otorgamiento del beneficio y que se pretende satisfacer por medio de ese acto.

Esto obedece al reequilibrio que debe darse en el otorgamiento de un beneficio o liberación de esta naturaleza, ligado al destino o fin señalado en el párrafo anterior; por tratarse de un interés general en concordancia con el cumplimiento de la finalidad pública, inmersa en la decisión legislativa que favoreció al sujeto privado en específico.

Es así que, en concordancia como marco básico el citado numeral 5, dice expresamente lo siguiente: "(...) *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*", (el subrayado no corresponde al original).

Encontrándose un régimen de control que en la práctica se complementa en la aplicación de las medidas que específicamente los ordinales 6 y 7 de la misma Ley Orgánica disponen, en el sentido que muestran los parámetros a los que deben sujetarse los sujetos privados, los cuales corresponden al riguroso régimen de administración y control diseñado para garantizar el cumplimiento del fin público, que justificó el otorgamiento del beneficio patrimonial. Estableciéndose además una serie de responsabilidades y sanciones por el uso indebido de los fondos, así como por la falta de controles que le corresponde instaurar a la Administración otorgante (en relación el segundo párrafo del artículo 4 de la Ley General de Control Interno, Ley n.º 8292).

Cabe subrayar, la particular importancia que lo apuntado tiene en la especie, habida cuenta que lo previsto en los artículos 5, 6 y 7 de referencia, es una manifestación de lo tutelado a nivel constitucional (artículo 50), en cuanto a las formas de control por parte del Estado sobre el patrimonio privado, que por su origen público se concentra en los fines o finalidades, procurándose el adecuado reparto de la riqueza a través de involucrar a sujetos privados que por su condición reciben un beneficio especial, pero siempre ligado a un fin de interés general.

En suma a lo indicado, y como segundo punto de interés para la atención de la presente consulta, cabe señalar que además del control y fiscalización potestativa del Órgano Contralor que pueda realizar sobre dichos recursos, el ordenamiento jurídico también le ha establecido una serie de disposiciones específicas a la Administración concedente que debe cumplir.

Es decir, la Administración debe exigir -dentro de un marco de razonabilidad, proporcionalidad, lógica y conveniencia-, que tales 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 delimita a partir de la valoración de riesgos que haya efectuado la misma Administración concedente, así como una valoración de los fines que se deben cumplir al entregar los recursos.

En razón de lo anterior, no puede la Contraloría General delimitarle a la Administración las condiciones, requisitos ni principios, que debe exigir, pues como se indicó en líneas atrás, ello depende de la justificación legal que hay de por medio, los fines involucrados y los riesgos presentes. Elementos que la Administración conoce y valora a plenitud.

Ahora bien, como se indicó inicialmente, no se puede desatender que una vez que los recursos ingresan al patrimonio del sujeto privado, éstos se convierten en fondos privados, por lo que también deberá 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. Es por ello que se ha indicado en el pasado, que no podría pedirse la aplicación taxativa de los principios de contratación administrativa al amparo del numeral 1° de la Ley de Contratación Administrativa, así como las obligaciones similares a las que en materia de control interno en atención al primer párrafo del artículo 4 de la Ley General de Control Interno, se le exigen a los órganos o entes de la Administración, o de los sujetos que administran o custodian por cualquier título, fondos que sí son públicos.

Sin embargo, bajo la misma tesitura se retoma y se hace especial énfasis, que esto no significa de modo alguno, que la Administración a la que alude el artículo 5 de la Ley Orgánica de la Contraloría General, no tenga la potestad y hasta el deber de imponer ciertas condiciones y requisitos para otorgar esos beneficios. Pues en razón de la naturaleza que adquirirán los fondos por entregar y de acuerdo con el fin de carácter público que justifica la entrega, la Administración concedente define bajo qué condiciones otorgará los beneficios, y qué tipo de idoneidad deberá exigir a los sujetos privados que se van a beneficiar con ellos, dado que es su obligación el definir los 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.

Dicho en otras palabras, es la Administración y sus servidores los encargados de diseñar el sistema para ejercer, dentro del marco legal impuesto, el control de dichas transferencias y garantizar que se está logrando el fin propuesto.

En razón de lo indicado, la Administración en esta etapa, podría supeditar la entrega de dichos beneficios a que el sujeto privado cumpla con una idoneidad mínima, una solvencia moral y material para el cumplimiento del fin perseguido, pero también, a una disposición de aplicar principios de sana administración de recursos, que son inherentes al uso y gestión de cualquier recurso material. Decisión que es de competencia de la Administración concedente.

De esta forma, en consonancia con lo dicho, el alcance de una fiscalización se restringe a un control de legalidad, contable y técnico, y en especial, velándose por el cumplimiento del destino legal asignado al beneficio patrimonial o a la liberación de obligaciones, operando las reglas elementales de la lógica, justicia y conveniencia, sin desvirtuarse el fin público instaurado por el Legislador para el cual se realizó la transferencia, pero sí evitándose el abuso, desviaciones o errores manifiestos en el empleo de los beneficios recibidos.

Por su parte y desde el posicionamiento de las Auditorías Internas, el inciso a) del ordinal 22 de la Ley General de Control Interno, les confiere la competencia para realizar auditorías y estudios especiales, sobre los fondos transferidos a los sujetos privados, señalando que efectuarán: "(...) *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 desatender el respeto a los lineamientos generales a los que se ha hecho referencia, pues no dejaría de ser una fiscalización de fondos y actividades privadas, aunque su origen haya sido público.

En adición a todo lo anterior, la Contraloría General de la República emitió las Normas de Control Interno para el Sector Público, aprobado mediante la resolución R-CO-9-2009 del 26 de enero de 2009 emitida por el Despacho Contralor, en las se dispone (punto 4.5.3), los controles sobre fondos concedidos a sujetos privados, en el que tanto el Jearca como los titulares subordinados, deben establecer los mecanismos de control sobre el uso de los fondos que la institución conceda a sujetos privados; debiéndose contemplar en las regulaciones contractuales, convenios, acuerdos u otros instrumentos jurídicos que se definan para la relación con los sujetos privados, el asegurar el debido cumplimiento del destino legal al que se ha hecho referencia en el presente oficio, así como evitar abusos, desviaciones o errores en el empleo de tales fondos.

Asimismo, la circular n.º 14299 de fecha 18 de diciembre de 2001, lleva por razón las regulaciones sobre la fiscalización y el control de los beneficios patrimoniales, gratuitos o sin contraprestación alguna, otorgados a sujetos privados; las cuales establecen la obligación para las entidades u órganos públicos concedentes de recursos a sujetos privados, en implementar los mecanismos de control que resulten necesarios y suficientes, para verificar la correcta utilización y destino de todos los beneficios que otorgan. Obedeciendo a un control legal, contable y técnico, dirigido esencialmente a verificar el cumplimiento del destino legal.

Finalmente, sobre el tema consultado en relación a la aplicación de la Ley n.º 7092 y de la declaración informativa D-151, es menester indicar que se trata de un marco jurídico que le aplica a la AOE sobre asuntos específicos, como lo es el pago del impuesto sobre la renta, y no es parte del marco regulatorio para ejercer la fiscalización en los términos anteriormente señalados. Debe tenerse presente que la fiscalización de los fondos públicos que le son transferidos a un sujeto privado, se fundamenta principalmente en los artículos 5, 6 y 7 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en las circulares n.º 14298, 14299 y 14300, además de la normativa específica que emita el sujeto concedente.

#### IV. CONCLUSIONES

1. En razón que la Asociación de Olimpiadas Especiales recibe fondos que le son transferidos por el Instituto Costarricense de Deporte y la Recreación, en aplicación del artículo 5 de la Ley Orgánica de la Contraloría General, están sujetos a un régimen especial en virtud del origen público de los fondos que le son transferidos, por lo que debe atender una serie de reglas específicas para la administración de éstos, así como normas de control. Lo cual se complementa con los artículos 6 y 7 de la misma Ley.
2. La Administración concedente tiene la obligación -dentro de un marco de razonabilidad, proporcionalidad, lógica y conveniencia-, de asegurar que los recursos privados de origen público que son transferidos al sujeto privado, 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 delimita a partir de la valoración de riesgos que haya efectuado, así como una valoración de los fines que se deben cumplir al entregar los recursos. Diseñando al efecto el sistema para ejercer, dentro del marco legal impuesto, el control de dichas transferencias y garantizar que se está logrando el fin propuesto, sin desnaturalizar la figura que el legislador instauró.
3. Frente a los fondos de origen público, la Administración concedente y su Auditoría Interna deben fiscalizar el correcto uso de esos fondos, siguiendo las reglas que establecen los artículos 5, 6 y 7 de la Ley Orgánica de la Contraloría General; en el contexto que 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.
4. La aplicación de la Ley n.º 7092 y de la declaración informativa D-151, se trata de un marco jurídico que le aplica a la AOE sobre asuntos específicos, como lo es el pago del impuesto sobre la renta, y no es parte del marco regulatorio para ejercer la fiscalización en los términos señalados en el presente oficio. Resaltándose, que la fiscalización de los fondos públicos que le son transferidos a un sujeto privado, se fundamenta principalmente en los artículos 5, 6 y 7 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en las circulares n.º 14298, 14299 y 14300, además de la normativa específica que emita el sujeto concedente.

Finalmente, le recordamos la importancia de registrarse y utilizar el Sistema de la Potestad Consultiva, de manera que se le pueda brindar un servicio más oportuno y eficiente en la atención de su gestión. El mismo lo encuentra en nuestro sitio web [www.cgr.go.cr](http://www.cgr.go.cr).

Atentamente,

Lic. José Luis Alvarado Vargas  
**GERENTE DE ÁREA**



Licda. Marjorie Gómez Chaves  
**ASISTENTE TÉCNICO**

Licda. Hilda Natalia Rojas Zamora  
**FISCALIZADORA**

/aam

**Ci:** Área Secretaría Técnica, DFOE-CGR

Archivo

**G:** 2017001674-1

**Exp:** CGR-CO-2017002918

**NI:** 9592 (2017)