

**Al contestar refiérase
al oficio N° 11770**

31 de julio, 2020
DFOE-PG-0357

Señor
Randall Otárola Madrigal
Presidente del Consejo Directivo
INSTITUTO COSTARRICENSE SOBRE DROGAS (ICD)
CORREO:consejodirectivoicd@presidencia.go.cr

Estimado señor:

Asunto: Consulta referente a la disposición de fondos destinados a fines específicos por parte del ICD

Se procede a dar respuesta a la gestión planteada mediante el oficio Nro. ICD-CD-024-2020 de 28 de abril del año en curso, en el que solicita el criterio de la Contraloría General de la República referente a la posibilidad de trasladar recursos con fines específicos a la Comisión Nacional de Emergencias.

I. MOTIVO DE LA GESTIÓN

Solicita el Instituto Costarricense sobre Drogas que el Órgano Contralor le evacue las siguientes consultas:

1. ¿Es posible el traslado de los fondos destinados a fines específicos de acuerdo a la Ley No. 8204, para trasladarlos al Fondo Nacional de Emergencia en el marco de la pandemia?
2. Sobre la mención de este asunto, ¿cuáles serían las vías legales para realizarlo?

Aporta en conjunto con la consulta, criterio jurídico CL-001-2020 del 24 de abril del presente, emitido por la Asesoría Legal de dicho Instituto, en el que se expone de manera detallada las diferentes fuentes de ingresos que posee el ICD de conformidad con la Ley No. 8204 "Reforma integral Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo"; así como el marco legal de la declaratoria de emergencia nacional para hacer así referencia a la posibilidad de traslados de dineros específicos establecidos a la Comisión Nacional de Emergencia.

En cuanto al primer tema, refiere puntualmente a los ingresos percibidos por el ICD mediante las figuras del comiso y del decomiso, así como las reglas dispuestas por el legislador para su uso, de conformidad con lo dispuesto por los numerales 85 y 87 de la Ley No 8204

“Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo” y del artículo 36 de la Ley N° 8754 “Ley Contra la Delincuencia Organizada”. En cuanto a los recursos provenientes del comiso señala que es posible para el ICD invertirlos en el Sistema Bancario Nacional y que los intereses que produzca dicha inversión tiene fijado un destino específico, misma situación se presenta con los bienes comisados y los intereses derivados de su posible inversión.

Respecto del resto de fuentes de financiamiento del ICD indicadas en el numeral 145 de la Ley 8204, afirma la Asesoría Legal que también tienen un destino fijado por ley, por lo que “recalca que en la Ley sobre Estupefacientes en el artículo 150 se establece una prohibición expresa de darle un destino diferente a los bienes o recursos de esta, pues los mismos deben ser empleados en los fines que el legislador estableció en la norma”.

Expresa que sin perjuicio de lo anterior, y considerando que el Consejo Directivo del ICD ostenta una duda razonable sobre “si ante la declaratoria de estado de emergencia nacional, producto de la pandemia por COVID-19 se puede trasladar de manera eficiente y eficaz los fondos con destinos específicos del ICD, a la Comisión Nacional de Prevención de Riesgos y Atención de Emergencias, con el único y primordial propósito de poder dar un aporte solidario a los costarricenses afectados, salvaguardando la vida humana”, procede a emitir el criterio jurídico.

Con ese propósito, en el apartado sobre el análisis del marco legal de la declaratoria de emergencia, luego de hacer un análisis de la Ley 8488, su objetivo y principios; así como algunas resoluciones de la Sala Constitucional, criterios de la Procuraduría General y de este Órgano Contralor, indica que cuando exista un decreto ejecutivo de declaratoria de emergencia nacional se crea un régimen de excepción debido a los estados de urgencia y necesidad. Además, indica que de los principios rectores que sirven de fundamento a Ley 8488, se logra evidenciar la supremacía de la protección ineludible a la vida humana y a la salud, por lo que el Decreto Ejecutivo 42227-MP-S del día dieciséis de marzo del año 2020 declarando la emergencia nacional y el artículo 47 de la Ley 8488 constituyen el fundamento que posibilita el traslado al Fondo Nacional de Emergencia de fondo con fines específicos definidos por la Ley 8402 a cargo del ICD.

Concluye el criterio jurídico que “la protección al valor constitucional de la vida debe sobreponerse a cualquier otro interés que derive de dicho derecho, por lo que es necesario que la Contraloría General de la República brinde certeza de los movimientos financieros que esta Dirección Jurídica considera posibles, legales y dentro del marco de actuar administrativo. Por ende, en caso de una negativa de parte de dicho órgano fiscalizador, se considera que deberá recurrirse a la Asamblea Legislativa para que resuelva si autoriza el giro extraordinario de dichos recursos mediante una reforma a la Ley de Estupefacientes.”

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 en 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 Nro. 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: 1. Tratarse de asuntos de competencia del órgano contralor, 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.

En el caso concreto, resulta evidente que el criterio deberá vertirse considerando una lectura del marco jurídico particular del ICD y de los fondos públicos bajo las figuras de comiso y decomiso, lo cual en principio podría entenderse como un motivo de rechazo al considerarse

un caso concreto, sin embargo, la atención de la consulta formulada se realiza, bajo el entendido que se trata de consideraciones y observaciones que se esbozan desde una perspectiva general sobre la disposición de recursos con finalidades específicas para su traslado a la Comisión Nacional de emergencias en el marco de una declaratoria de emergencia nacional.

III. CRITERIO DEL ÓRGANO CONTRALOR

En la formulación de la consulta que se atiende expresamente se lee que el ICD solicita criterio sobre el traslado de los fondos destinados a fines específicos de acuerdo a la Ley No. 8204; adicionalmente, del criterio jurídico aportado se desprende que los recursos que pueden ser objeto de traslado -y por tanto sobre ellos se rinde el criterio- “son concretamente aquellos que se encuentran en el **superávit de ICD** que al día de hoy no han sido utilizados por los destinatarios de esos recursos, los cuales incluso aprobaron que se trasladen, así como aquellos dineros que por las condiciones actuales de la emergencia nacional **no podrán utilizarse** para los proyectos de prevención que originalmente estaban destinados.”

Parte entonces este Órgano Contralor de la premisa de que se trata de recursos que tienen estados distintos desde la perspectiva de la técnica presupuestaria. Es decir, se trata por un lado de ingresos estimados en el presupuesto institucional para el ejercicio económico 2020 y, por otro, de ingresos que fueron percibidos en ejercicios económicos anteriores pero que al no ser ejecutados en ese momento se han constituido en superávit.

Al respecto, la Contraloría General ha señalado que los “destinos específicos son todas aquellas asignaciones presupuestarias predefinidas, tanto por la Constitución Política como por alguna Ley, que disponen la realización de un gasto en particular” su creación se debe a que el legislador busca “asegurar en alguna medida el financiamiento a importantes funciones que son consubstanciales de todo Estado, o que el Estado Costarricense ha asumido en el contexto de su tradicional vocación social (justicia, infraestructura, educación y asistencia social, por ejemplo)”¹

Se trata entonces de recursos que cada vez que se recauden o reciban serán integrados como ingresos nuevos en el ejercicio económico correspondiente.

Por otra parte, el concepto de superávit específico, describe una condición distinta de ese mismo recurso, que se aclara en el concepto que brindan las Normas Técnicas de Presupuesto Público al señalar que refiere “...*al exceso de ingresos ejecutados sobre los gastos ejecutados al final de un ejercicio presupuestario, que por disposiciones especiales o legales tienen que destinarse a un fin específico*”.²

¹ Ver Informe DFOE-SAF-OS-02-2018 Destinos específicos del Presupuesto del Gobierno Central. En la búsqueda de un gasto público flexible y vinculado a principios fundamentales del gasto.

² Emitidas mediante resolución R-DC-24-2012 de la Contraloría General de la República de las nueve horas del veintiséis de marzo de dos mil doce.

Ya sea que el ingreso se perciba y gaste en el mismo período presupuestario o no, lo relevante es que por existir una decisión del legislador sobre sus posibilidades de uso -destino específico-, en ambos casos, la característica es la ausencia de libre disponibilidad por parte de la administración activa.

En ese sentido, el Órgano Contralor ha sostenido el criterio de que las normas del ordenamiento jurídico -de rango constitucional o legal- que definen la forma en la que deben ejecutarse ciertos recursos “se constituyen en la base que define el fin específico que debe dársele a los recursos y por lo tanto viene a ser la normativa que limita su disponibilidad para otra finalidad”³. Obsérvese incluso que según en determinadas circunstancias el uso de los fondos públicos con finalidades diferentes a aquellas a las que están destinados por ley, reglamento o acto administrativo singular, eventualmente puede generar responsabilidad administrativa, según lo dispuesto en el artículo 110 de la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos.

Por su parte, la Procuraduría General también ha manifestado que “en cuanto al superávit específico, habría que agregar el fin mismo fijado por la norma legal, que impide a la Administración darles un destino distinto al establecido por el legislador”⁴.

En el caso particular del ICD, se observa que la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo, No. 8204, determina un destino específico para los ingresos del Instituto en las normas 84, 85, 87 y 88, adicionalmente, el artículo 150 de su Ley constitutiva refuerza la indisponibilidad del ICD sobre los bienes y recursos para los cuales el legislador dispuso un fin determinado, al señalar: “*Artículo 150.-Prohíbese destinar bienes y recursos del Instituto Costarricense sobre Drogas a otros fines que no sean los previstos en esta Ley.*”

Según lo indicado supra, no identifica el Órgano Contralor una habilitación del legislador que permita a la administración activa variar ese destino.

En este punto, debe introducirse al análisis la Ley Nacional de Emergencias y Prevención del Riesgo No. 8488 la cual según lo indica expresamente su artículo primero, brinda el marco legal para que el Estado realice acciones ordinarias asociadas a la prevención de riesgos “así como la actividad extraordinaria que el Estado deberá efectuar en caso de estado de emergencia, para lo cual se aplicará un régimen de excepción.”

³ Oficio DFOE-ST-0055-2011 (3075)

⁴ Opinión Jurídica OJ-062-2015 y en el mismo sentido Opinión Jurídica OJ-115-2002 de 9 de agosto de 2002.

En adición, y de interés para la presente consulta, debe tenerse presente que en cuanto a este último caso, es decir, un estado de emergencia que amerite la aplicación de un régimen de excepción, la Ley 8488 establece en su numeral 47 que de “ocurrir una situación de emergencia decretada por el Poder Ejecutivo, las mismas instituciones señaladas en este artículo entregarán, a la Comisión, la suma que se requiera para atender la emergencia, sin necesidad de cumplir ningún requisito previo, ni contar con partida presupuestaria aprobada; deberán informar a la Contraloría General de la República de esta transferencia dentro de los tres días siguientes.”

En relación, según lo apunta la Asesoría Legal del ICD en el criterio legal que se adjunta a la presente consulta, de la jurisprudencia de la Sala Constitucional relativa a la emergencia y, en particular, de las situaciones cuya gravedad han ameritado la declaratoria formal de emergencia por parte del Poder Ejecutivo, se identifica un reconocimiento a la existencia de un régimen de excepción que tiene su fundamento en el estado de necesidad que obliga a la realización de acciones extraordinarias por parte del Estado para su atención.

Sin embargo, advierte este Órgano Contralor que de dicho desarrollo jurisprudencial así como de la misma Ley 8488 no se identifica una disposición del legislador de la que se derive que ese régimen sobreviniente de excepción alcance a los destinos específicos o al superávit específico. Aspecto que es de suma importancia, considerándose que los destinos específicos por definición refieren a una decisión del Estado -por Constitución Política o por Ley- de asegurar el financiamiento de funciones o actividades que se han considerado de suma relevancia.

Se comprende entonces que esa excepcionalidad y flexibilidad necesaria en el régimen ordinario para la atención de una emergencia declarada, es indispensable y razonable en pro de una atención ágil del estado de necesidad, y por tanto, proporcional a este. Sin embargo, de los casos resueltos por la Sala Constitucional y de los cuales se ha derivado su jurisprudencia en la materia, no identifica este Órgano Contralor alguno en el que se haya pronunciado sobre recursos con destino específico o superávit específico, los cuales, según se anotó anteriormente se caracterizan por que existe una ausencia de disponibilidad en favor de la administración pública a la que han sido asignados lo que resultaría un impedimento para disponer su donación en los términos descritos por el artículo 47 de la Ley 8488.

Sin perjuicio de lo anterior, en el caso particular del ICD se presenta una particularidad derivada de la voluntad expresa del legislador. Al respecto, señala el numeral 84 sobre los bienes decomisados, en lo que resulta de interés para la presente consulta:

“(…) El ICD deberá destinar estos bienes de forma exclusiva al cumplimiento de los fines descritos en la presente ley, **salvo casos muy calificados determinados y aprobados por el Consejo Directivo**; asimismo, podrá administrarlos o entregarlos en fideicomiso a un banco estatal, según convenga a sus intereses.(…)” (El resaltado no corresponde al original)

Con lo anterior, el legislador ha otorgado al Consejo Directivo del ICD un espacio de discrecionalidad en la disposición de los bienes decomisados, al permitir que en casos “**muy calificados determinados y aprobados por el Consejo Directivo**” pueda destinar esos recursos a fines diferentes a los determinados por la Ley 8204.

En ese tanto, corresponderá al Órgano Colegiado del ICD, en uso de esa salvedad, valorar si la atención de la emergencia COVID-19 es un caso muy calificado por el cual aprobará expresamente el uso de los bienes decomisados -únicos en los que aplica la salvedad- para su traslado al Fondo Nacional de Emergencias. Lo anterior aplicará tanto para los recursos de esa naturaleza que se perciban en el período presupuestario 2020 como para aquellos que se hayan percibido en ejercicios económicos anteriores y, por no haberse ejecutado, se encuentran ya clasificados como superávit específico.

Asimismo, no pasa desapercibido para el Órgano Contralor, que el ICD mediante oficio Nro. ICD-CD-010-2019 de 24 de mayo de 2019, realizó una consulta a la Procuraduría General de la República sobre la aplicación del artículo 84 de la Ley 8204; sobre la posibilidad de utilizar recursos financieros comisados e intereses de dineros decomisados para fines operativos del ICD, o sea fines distintos de la prevención y represión en casos de urgencia y necesidad; vía decisión del Consejo Directivo. Siendo que la conclusión del Órgano Procurador fue un dictamen negativo por cuanto no se dieron los elementos normativos para establecer que se estaba en presencia de un caso de necesidad y urgencia que amerite excepcionar el destino legal de esos recursos.

No obstante dicho criterio, el elemento normativo del estado de necesidad y urgencia en este caso del contexto de la consulta sí está presente, por lo que se impone un tipo de ponderación distinto para la administración del ICD en la aplicación de las facultades otorgadas por el artículo 84 de la ley 8204; donde existe un estado de necesidad decretado por el Poder Ejecutivo. (Ver Dictamen C-200-2019 de 8 de julio, 2019. PGR).

Valga indicar que si la decisión del Consejo Directivo, en uso de la salvedad otorgada por el legislador, tuviera incidencia sobre recursos que por disposición legal deban ser transferidos a otras instituciones, se impone la obligación de realizar un análisis conjunto y asegurar una toma de decisión consensuada con las demás instituciones.

Finalmente, en cuanto a la segunda consulta formulada sobre las vías legales para realizar el traslado de los recursos, según se indicó anteriormente, la Ley Nacional de Emergencias y Prevención del Riesgo, N ° 8488 establece en su numeral 47 las condiciones en las que las instituciones públicas señaladas en dicha norma pueden donar recursos al Fondo Nacional de Emergencia, una vez que exista el correspondiente decreto del Poder Ejecutivo.

En ese sentido, las instituciones del Estado realizarán la transferencia directamente al Fondo sin necesidad de requisito o control previo alguno, pero están obligadas a informar a la Contraloría General de la República de esta transferencia dentro de los tres días siguientes a su realización; para ello deben registrar los movimientos presupuestarios correspondientes -ya sea que incorporen ingresos o ajustes en partidas de gastos- en el documento denominado "Documento atención normativa específica", que la Contraloría General de la República ha creado en el Sistema de Información sobre Planes y Presupuestos (SIPP).

Se reitera que este documento es de carácter informativo, por lo que no será sujeto a aprobación externa por parte de la CGR.

Adicionalmente, deberán también atender lo indicado por la Procuraduría General de la República en sus criterios en cuanto a los requisitos de la aplicación de la figura de la donación para estos casos⁵.

De esta forma se deja por atendida la presente consulta;

Atentamente,

Falon Stephany Arias Calero
GERENTE DE ÁREA



Mari Trinidad Vargas Álvarez
ASISTENTE TÉCNICO

Pablo Pacheco Soto
FISCALIZADOR

FSAC/MTVA/PPS/ghj
Ce: Archivo
Exp: **CGR-CO-2020003323**
G: 2020002062-1
Ni: 12205 (2020)

⁵ Ver entre otros el dictamen C-252-2011 del 13 de octubre de 2011 y el C-298-2012 del 4 de diciembre de 2012 así como opinión jurídica OJ-014-2013 del 13 de marzo del 2013. Procuraduría General de la República.