

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)
<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA: CONSIDERACIONES JURÍDICAS SOBRE LAS ASOCIACIONES

RESUMEN: En el siguiente informe investigativo, se abordan algunas consideraciones acerca de las asociaciones, que se regulan por la Ley No. 218 de 1939. A los efectos se trata el tema de la capacidad civil de las mismas, así como de la legalización de los libros. Posteriormente se incorpora la normativa relacionada, así como los artículos que versan sobre la fiscalización estatal a la que están supeditadas las asociaciones. Por último, se incorporan extractos jurisprudenciales y una opinión jurídica donde se analizan algunos de los temas citados, con mayor preponderancia sobre la fiscalización de las asociaciones.

Índice de contenido

1. Doctrina.....	2
a. Capacidad Civil de las Asociaciones.....	2
b. Legalización de Libros.....	4
2. Normativa.....	6
a. Ley de Asociaciones.....	6
3. Jurisprudencia.....	7
a. Fiscalización Estatal de las Asociaciones.....	7
b. Asamblea Efectuada antes de la Legalización de Libros.....	8
c. Deber de Fiscalización de la Contraloría General de la República.....	10

DESARROLLO:

1. Doctrina

a. Capacidad Civil de las Asociaciones

[RUIZ BONILLA, Jorge Luis]¹

“La capacidad jurídica de la Asociación deviene de que es considerada por la ley como una persona jurídica.

Habíamos dicho líneas atrás que la Asociación existe legalmente cuando el Estado le da su reconocimiento, tenemos entonces que la existencia de la persona jurídica se le da la ley, ya que esta no puede apreciarse materialmente, no se puede ver, pero existe si legalmente así se determina.

De todo esto podemos definir a la persona jurídica como aquella entidad que sin ser una persona física, está jurídicamente facultada para adquirir derechos y obligaciones.

En nuestra ley de Asociaciones la personería jurídica de las Asociaciones, así como las de sus representantes deviene con su inscripción en el Registro Público.

Esta capacidad se manifiesta en todos los ámbitos del Derecho. Empezaremos por hablar de la capacidad civil de la Asociación. La capacidad civil va involucrada en la atribución de personalidad, ya que ésta tiene por objeto principal la concesión de capacidad jurídica. De acuerdo a esta capacidad la Asociación gozaría, de los mismos derechos que un particular para adquirir bienes, conservar su posesión, recibir usufructos de propiedades ajenas, constituir servidumbres reales, adquirir por donación, legado o testamento, crear obligaciones, ejercer acciones civiles y ejecutarse sus bienes.

De acuerdo a nuestra legislación, una Asociación cualquiera que sea su finalidad, podría adquirir todos los inmuebles que desee, sin más límite que el que le fije su capacidad financiera.

Como la Asociación es un ente colectivo sus órganos actúan por ella y la obligan con sus acciones.

La capacidad civil de la Asociación se puede inferir del artículo 26 de la Ley de Asociaciones, el cual dice:

Las asociaciones pueden adquirir toda clase de bienes, celebrar contratos de cualquier índole y realizar operaciones lícitas de todo tipo, encaminadas a la consecución de sus fines.

Esta capacidad solo es limitada por aquellos actos que, no puede realizar, ya que son exclusivos de la persona física, como por

ejemplo, los derechos de familia.

Esta actividad civil son:

“actos dirigidos a un fin de lucro, pero con los cuales se pretende simplemente procurarse los medios para conseguir su fin, que bien puede ser el más ideal”.

Esta capacidad civil le acarrea al ente colectivo una responsabilidad civil. Así tenemos que:

“si se reflexiona que la persona jurídica adquiere la posibilidad de conseguir sus fines obrando solo por medio de sus representantes, no se puede dudar en encontrar justo que la persona jurídica tome sobre sí los efectos dañosos de estos actos, como tiene ella las ventajas”.

Esta responsabilidad puede devenir de un hecho doloso o culposo, el primero cuando hay la intención de dañar y se llama delito civil; el segundo cuando el acto no es intencional y si se causa el daño a otra persona es solo por negligencia de parte del autor y se llama cuasidelito civil.

Los entes colectivos son capaces de delito y cuasidelito civil y como tal deben de responder por ellos.

La capacidad civil que la ley otorga a las Asociaciones los lleva a tener una serie de relaciones; estas relaciones son llevadas a cabo por sus representantes; si le otorgamos esta capacidad a la Asociación, debemos también otorgarles la responsabilidad que esta capacidad civil le acarrea cuando existe un delito o un cuasidelito civil.

Como lo decíamos, la forma de actuar de las personas morales lo es por medio de personas físicas que las representan, con respecto a esto nos dice Bonet:

“las personas jurídicas sin distinción de clases, no pueden querer y obrar más que por medio de personas físicas, las personas físicas que quieren y obran por la persona jurídica, se llaman órganos de ésta”.

Observamos que la capacidad de actuar dada a la Asociación es una capacidad plena, semejante a la del hombre, claro está con las limitaciones inherentes a la misma como serían los derechos de familia, políticos, etc., que solo pueden ser ejercidos por personas físicas y nunca jurídicas.

Conforme a esto la ley patria reconoce a las personas jurídicas el pleno goce de la capacidad de querer y actuar.

En igual posición podemos ver a Luis Díez - Picazo y Guiseppe Branca, ya que se considera que el derecho:

"Concede o reconoce en numerosos casos la personalidad jurídica a esa agrupación de personas o a ese patrimonio adscrito a un fin".

Por lo cual, se le concede una capacidad de obrar para el desarrollo de su fin ideal.

Debido a esta capacidad de obrar tan amplia que tiene la Asociación, esta puede convertirse en patrono al contratar servicios de personas físicas que han de trabajar para ella, como por ejemplo, secretarías, misceláneos, contadores, administradores, etc., también puede la Asociación entrar en una relación contractual al dar en arrendamiento inmuebles de su propiedad, o al alquilar un local donde establecer su centro de operaciones y así como esto podemos establecer una serie de relaciones que se pueden hacer amparados a la personalidad jurídica de la persona moral."

b. Legalización de Libros

[ROJAS RODRÍGUEZ, Georgina y VARGAS RIVERA, Milenia]²

"Una vez inscrita la asociación, se debe proceder a realizar el trámite de legalización de libros. El artículo 21 del Reglamento a la Ley de Asociaciones establece que todas las asociaciones deberán llevar los siguientes libros: actas de la asamblea general, actas del órgano directivo y actas de asociados; así como los siguientes contables: Mayor, Diario e Inventarios y Balances.

Para obtener estos libros, lograda la inscripción de la asociación, se presenta ante el Registro de Asociaciones, el juego de libros para que los autorice. Los libros podrán ser empastados, en cuyo caso no podrán exceder de 300 páginas o de hojas sueltas. (Artículo 22 del Reglamento a la Ley de Asociaciones).

La solicitud de autorización de libros debe cumplir con los siguientes requisitos, según lo establece el mismo Registro de Asociaciones.

- Solicitud firmada por el presidente y el secretario, donde se indique el número de expediente y de cédula jurídica de la asociación, debidamente autenticada por un abogado y copia de la misma.
- Las especies fiscales correspondientes.
- Seis libros, tres de actas y el mayor, inventarios y balances y diario.
- Transcribir a partir de la línea 13 de uno de los libros de actas, el acta constitutiva de la Asociación con las firmas de los electos para ocupar los cargos directivos.

Los libros serán autorizados en el plazo de cinco días hábiles (artículo 23, del Reglamento a la Ley de Asociaciones), si no se retiran un mes después, el Registro no se responsabiliza de la pérdida de los mismos y si transcurren dos meses sin ser retirados, se publica un aviso en el Diario Oficial 15 días antes de ser incinerados (artículo 24 del Reglamento a la Ley de Asociaciones). Si los libros se agotan, se presenta una renovación de éstos con los mismos requisitos señalados para la solicitud por primera vez y se adjunta:

El libro que se concluye, dejando la última hoja en blanco.

- El nuevo libro.

Las especies fiscales correspondientes.

- Certificación de contador público autorizado declarando que los registros contables se encuentran al día.(

Cuando una asociación se encuentra inscrita y no cuente con libros y su personería está vencida, podrá solicitar al Registro de Asociaciones una AUTORIZACIÓN EXTEMPORÁNEA DE LIBROS dentro del año siguiente al vencimiento del término del ejercicio del órgano directivo; suscrita por el presidente, el secretario y el fiscal, o al menos dos de ellos, siempre que su nombramiento conste en el Registro. Dichas firmas deben ser autenticadas por un abogado y en la solicitud se debe indicar la situación, adjuntar los libros y las especies respectivas. Como la personería está vencida, se autoriza primero el libro de asambleas generales ; para que celebren la asamblea y elijan los nuevos miembros del órgano directivo. Luego, se autorizan los postenores.

Si lo que sucede, no es que se agotan los libros, sino que se pierden, se puede solicitar la reposición. Para ello se debe cumplir con los requisitos que señala el artículo 27 del Reglamento a la Ley de Asociaciones, cuales son :

- Solicitud expresa del representante legal, si no se encuentra, hacer dos miembros del órgano directivo actuando conjuntamente, cuya firma o firmas autenticará un abogado.

- Publicar un aviso una vez en el Diario Oficial y en un periódico de circulación nacional.

- Si no hay oposiciones ocho días después de la publicación, se presenta el aviso con la fecha respectiva al Registro.

- Si los libros contables no se perdieron, se debe adjuntar certificación de un contador público de que los requisitos contables están al día.

- Presentar los demás libros que están en uso, el o los nuevos a

autorizar y las especies fiscales correspondientes.

La importancia de los libros legales radica en que, los acuerdos posteriores a la asamblea constitutiva deben incluirse en ello, para luego proceder a su protocolización o presentación mediante acta autenticada ante el registro, según corresponda."

2. Normativa

a. Ley de Asociaciones³

Artículo 4.-

El control administrativo de las asociaciones corresponde al Poder Ejecutivo, quien es el encargado de autorizar la creación de asociaciones nacionales y la incorporación de las extranjeras, de fiscalizar las actividades de las mismas y de disolver las que persigan fines ilícitos o lesionen la moral o el orden público, todo de acuerdo con lo dispuesto por esta ley.

Artículo 11.- (*)

Mientras no se haya inscrito la asociación, ni las resoluciones, ni los pactos, ni los documentos sociales producirán efecto legal alguno en perjuicio de terceros y los asociados fundadores, en aquellos en que intervinieren, responderán a dichos terceros por las obligaciones que en tales circunstancias se contrajeren, en nombre de la asociación.

Una vez inscrita la asociación, ésta responde de los actos ejecutados por sus órganos en ejercicio de las funciones propias que le estén encomendadas y la responsabilidad de los asociados se limitará únicamente al aporte o aportes que cada uno haya hecho a la asociación, salvo la que les resultare por culpa o por dolo en los actos consentidos expresa y personalmente por el asociado.

(*) El presente artículo ha sido reformado mediante Ley No. 6020 de 3 de enero de 1977.

Artículo 22.- (*)

Además del libro que indica el artículo 17, y sin perjuicio de los demás registros y libros que consideren conveniente tener, las asociaciones deberán llevar libro de actas de Asamblea General y de la Directiva, a cargo del Secretario, y los libros de Contabilidad a cargo del Tesorero. Estos libros deberán ser autorizados por el Gobernador de la provincia respectiva.

(*) El presente artículo ha sido reformado mediante Ley No. 6020 de 3 de enero de 1977.

Artículo 26.- (*)

Las asociaciones pueden adquirir toda clase de bienes, celebrar contratos de cualquier índole y realizar operaciones lícitas de todo tipo, encaminadas a la consecución de sus fines.

Las donaciones, subvenciones, transferencias de bienes muebles e inmuebles u otros aportes económicos del Estado o sus instituciones, deberán ser fiscalizados por la Contraloría General de la República y debidamente liquidados por la Asociación beneficiaria ante el ente contralor, según los fines previstos y los principios de la sana administración.

De no presentarse las liquidaciones correspondientes dentro del mes siguiente al cierre del año fiscal, el ente controlador lo informará de oficio a la administración activa respectiva y a la vez, la asociación que incumpla quedará imposibilitada para percibir fondos del Estado o sus instituciones, hasta que satisfaga la información requerida.

(*) El presente artículo ha sido reformado mediante ley No. 8007 de 4 de julio del 2000. LG# 141 de 21 de julio del 2000.

3. Jurisprudencia

a. Fiscalización Estatal de las Asociaciones

[SALA CONSTITUCIONAL]⁴

"TERCERO. En nuestro Ordenamiento Jurídico toda Asociación debe constituirse mediante un ordenamiento básico que rija sus actividades, el que ha sido denominado Estatutos; y para que ejerza lícitamente sus funciones se exige su inscripción en el Registro de Asociaciones. A su vez, y ya específicamente en la Ley de Asociaciones, el artículo 4 de la misma establece que el control administrativo de las asociaciones corresponde al Poder Ejecutivo el que es el encargado de: autorizar la creación de asociaciones nacionales y la incorporación de las extranjeras, fiscalizar las actividades de las mismas y disolver las que persigan fines ilícitos o lesionen la moral o el orden público; norma que debe ser entendida en relación con el artículo 7 inciso e) de la Ley Orgánica del Ministerio de Justicia No.6739 de 28 de abril de 1982 que establece como una función del Ministerio de Justicia la de autorizar el funcionamiento de la Asociaciones. Respecto de la facultad de fiscalización que tiene el Poder

Ejecutivo respecto de las Asociaciones, la Procuraduría General de la República en fecha 10 de julio de 1979 estableció que esa potestad se debía entender en forma amplia y comprendía todas acepciones tales como criticar, enjuiciar, inspeccionar, revisar, vigilar, cuidar, estar al tanto, seguir de cerca. A su vez, y respecto de esa potestad de fiscalización, en el artículo 36 del Reglamento a la Ley de Asociaciones se establece que es competencia del Ministerio de Justicia y Gracia, el control administrativo y la fiscalización de las asociaciones en los siguientes supuestos:

"Podrá considerar, investigar y resolver las denuncias de los asociados o de terceros con interés legítimo. Al efecto hará toda clase de investigaciones para resolver conflictos, pudiendo llegar a acordar la suspensión temporal del funcionamiento de la asociación, así como decretar la disolución de la asociación en vía administrativa... b) podrá intervenir de oficio en las asociaciones declaradas de utilidad pública, las que ejecuten programas conjuntamente con el Estado o hayan recibido bienes o fondos del Estado o sus instituciones... c) convocar, a través del órgano directivo de la asociación, a asamblea general extraordinaria de asociados, en los siguientes supuestos: 1- por solicitud formal y razonada de un asociado activo. 2- cuando por cualquier medio constatare irregularidades graves y estime imprescindible la medida..." (artículo 36 del Reglamento de la Ley de Asociaciones No.218 de 8 de agosto de 1939).

Actualmente este trámite de autorización, inscripción, fiscalización y control administrativo de las asociaciones se ha centralizado en el Registro de Asociaciones de la Dirección General del Registro Nacional, dependencia que está adscrita al Ministerio de Justicia."

b. Asamblea Efectuada antes de la Legalización de Libros

[SALA PRIMERA]⁵

"I.- Por escritura otorgada ante el Notario [...], a las 15 horas del 2 de mayo de 1989, se protocolizó Asamblea General Ordinaria de Asociados, mediante la cual la "Asociación de Vecinos de Barrio [...]", eligió Junta Directiva. Ese documento no fue inscrito por cuanto la Registradora apuntó como defecto, la circunstancia de que la Asamblea fue celebrada con anterioridad a la fecha en que se legalizaron los libros de la Asociación. La señora Subdirectora del Registro mantuvo el susodicho criterio y denegó formalmente su inscripción, mediante fallo que fue confirmado posteriormente por el Tribunal Superior. El interesado formula recurso de casación por el fondo, aduciendo aplicación indebida del artículo 22 de la Ley de Asociaciones, número 218 de 8 de agosto de 1939 y sus

reformas, e interpretación errónea del artículo 21 de su Reglamento, contenido en el Decreto Ejecutivo número 18670-J de 20 de diciembre de 1988. La Asamblea General Ordinaria de Asociados de la Asociación de Vecinos de Barrio [...], se llevó a cabo el 30 de junio de 1988, fecha en la cual sus libros, incluidos el de actas, no estaban legalizados. El acta de esa Asamblea fue protocolizada el 2 de marzo de 1989 y en la escritura respectiva, el Notario da fe, con vista del libro citado, "... que el acta se encuentra debidamente asentada en el libro correspondiente y firmada". Esa razón notarial en modo alguno puede ser cuestionada, dado que los libros fueron autorizados el 24 de enero próximo anterior a esa fecha, y desde entonces la Asociación los tenía a su disposición. Es aceptable, entonces, que tiempo después el acta estuviera asentada en el libro dicho y el Notario protocolizante diera fe de ello. Sin embargo, tocante a la cuestión en debate, es menester considerar lo que sigue. El artículo 22 de la Ley de Asociaciones dispone que éstas deben llevar, entre otros, un libro de actas, y el canon 21 de su Reglamento, Decreto Ejecutivo 18670-J, de 20 de diciembre de 1988, en lo que al caso interesa, establece: "Solamente los acuerdos constantes en los libros de actas referidos, con fecha posterior a su autorización, podrán inscribirse en el Registro, a excepción del acta constitutiva y el estatuto de la Asociación". De conformidad con esa norma, la Asamblea General Ordinaria de comentario debió celebrarse con posterioridad a que el Registro de Asociaciones autorizara legalmente los libros de la Asociación, para que los acuerdos en ella tomados pudieran ser inscritos. No es suficiente que esos acuerdos hubieran sido consignados en el libro de actas. Preciso era, para su validez, por disposición expresa de ley, que a la fecha de celebración de la Asamblea los libros estuvieran legalizados en debida forma. Tal requisito se explica, si se tiene presente que éste entraña fines de seguridad y protección, incluso para los mismos asociados, porque los libros así legalizados llevan el sello del Registro y la foliatura autorizada por él, acción que tiende a evitar una eventual sustitución de ellos y un cambio que desvirtúe la voluntad de los asambleístas. Por ello, la objeción que hacen tanto el Registro como el Tribunal Superior a la inscripción, es correcta. Para bonificar el acta cuestionada, resulta imprescindible la realización de una asamblea extraordinaria que ratifique los acuerdos tomados en la ordinaria. La excepción a esa regla la configuran la Asamblea constitutiva y la aprobación del estatuto, porque precisamente esos son los actos que originan el nacimiento a la vida jurídica de la Asociación. Por ende, la Ley permite su inscripción a posteriori, ya que constituyen ellos presupuesto para la emisión y autorización de los libros."

c. Deber de Fiscalización de la Contraloría General de la República

[PROCURADURÍA GENERAL]⁶

"C-. FISCALIZACIÓN SOBRE LOS FONDOS PÚBLICOS Y PRIVADOS

El Banco Popular plantea sus dudas en relación con el control que puede ejercer sobre las asociaciones solidaristas y cooperativas. Una duda sobre la procedencia de ese control puede motivarse en la naturaleza de los fondos o bien en la existencia de entes y órganos de control sobre esas asociaciones. Considera la Procuraduría que la respuesta positiva respecto del control que el Banco ejerce, debe partir tanto de la naturaleza de los fondos como por el hecho mismo de que el sistema de fiscalización corresponde también a los entes públicos, en particular el control interno.

El sistema de fiscalización de la Hacienda Pública es un todo coherente sustentado en la Constitución Política y desarrollado en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Ley No. 7428 del 7 de setiembre de 1994, que al tener en mira el adecuado manejo de los recursos públicos conlleva, necesariamente, la garantía de que su utilización se ajuste a las disposiciones de la ley. Se trata de un sistema de fiscalización que encuentra uno de sus fundamentos en la naturaleza del objeto mismo de fiscalización. El origen público de los fondos o su "publicidad", califican el ámbito de acción del Organismo Contralor. Así, el artículo 4 de la Ley otorga competencia facultativa a la Contraloría General de la República incluso sobre los sujetos privados que administren o custodien fondos y actividades públicas:

"Artículo 4.-

Ambito de su competencia

La Contraloría General de la República ejercerá su competencia sobre todos los entes y órganos que integran la Hacienda Pública.

La Contraloría General de la República tendrá competencia facultativa sobre:

(...).

b) los sujetos privados, que sean custodios o administradores, por cualquier título, de los fondos y actividades públicas que indica esta ley" (la negrilla no es del original).

Por su parte, como se ha indicado, el artículo 9 de la Ley define qué debe entenderse por fondos públicos:

"Artículo 9.-

Fondos Públicos

Fondos públicos son los recursos, valores, bienes y derechos propiedad del Estado, de órganos, de empresas o de entes públicos."

El sistema de fiscalización de la Hacienda Pública traspasa o rompe el criterio orgánico, que podría estar presente en la Constitución, para efectos de definir la competencia del Organo de Control. Como vemos, la Ley Orgánica extiende la fiscalización más allá de los entes y órganos públicos. El elemento "fondos públicos" se constituye en criterio de guía que define y determina el ámbito de fiscalización, aun y cuando los recursos se encuentren en manos de sujetos de derecho privado, como expresamente dispone el artículo 4 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. Más aún, el ámbito de fiscalización se extiende más allá de la vigilancia sobre los fondos públicos para abarcar, igualmente, el control sobre los fondos y actividades privadas cuando éstos sean producto del otorgamiento de un beneficio patrimonial en favor de un sujeto privado, por parte de un componente de la Hacienda Pública. Se puede afirmar, en este caso, que el origen público de los fondos impregna su utilización futura aun y cuando los recursos hayan sido trasladados a sujetos de derecho privado y pasen a formar parte del patrimonio de la entidad privada, razón por la cual calificarían como recursos privados de origen público. Y es, precisamente, esta "publicidad" originaria de los fondos la que sigue permitiendo y exigiendo el control de su adecuada utilización y destino por parte de los sujetos de derecho privado que ostenten la titularidad de los recursos. Al efecto, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República dispone:

"Artículo 5: 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".

"Artículo 6: En materia de su competencia constitucional y legal,

el control sobre fondos y actividades privados, a que se refiere esta Ley, será de legalidad, contable y técnico y en especial velará por el cumplimiento del destino legal, asignado al beneficio patrimonial o a la liberación de obligaciones. La Contraloría General de la República 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. Dentro del marco y la observancia de estas reglas elementales, tanto la Contraloría General de la República como la entidad pública concedente del beneficio respetarán la libertad de iniciativa del sujeto privado beneficiario, en la elección y empleo de los medios y métodos para la consecución del fin asignado."

De esta forma, es claro que tanto los fondos públicos como los fondos y actividades privados que sean de origen público se encuentran bajo la competencia facultativa de la Contraloría General de la República. El Organismo Contralor puede, entonces, ejercer los controles que considere convenientes para verificar que el destino de los dineros se adecue a las disposiciones de la ley, así como adoptar las medidas necesarias para garantizar la adecuada utilización de los recursos. De allí que el asunto que se consulta haya sido analizado en anteriores ocasiones por el referido órgano, dada la trascendencia legal de la fiscalización sobre los fondos públicos que se encuentran dentro del ámbito de administración de los sujetos privados, como se verá luego.

En razón de lo anterior, los fondos que el Banco traslade a las asociaciones solidaristas y a las cooperativas de ahorro y crédito, a fin de que administren los fondos del auxilio de cesantía de sus trabajadores, se encuentran sujetos a la fiscalización de la Contraloría General de la República.

El control de la Contraloría es un control externo y el Banco Popular consulta sobre el control ejercido por el propio Banco. Ante lo cual debe tomarse en cuenta que el sistema de control no sólo se integra con el control externo, sino que comprende el control interno, que está a cargo de la propia entidad y particularmente de su auditoría interna. Es el concepto de sistema de fiscalización lo que permite al Banco y a la auditoría interna ejercer el control que se cuestiona.

En efecto, el "sistema de fiscalización" consagrado en la ley exige el funcionamiento armónico de sus componentes con el objetivo de alcanzar el fin que le dio origen, o sea, la fiscalización de los fondos públicos y de las actividades y fondos privados de origen público. Razón por la cual el adecuado funcionamiento de las auditorías internas de las instituciones

públicas resulta indispensable para el funcionamiento del sistema. La organización y funcionamiento de esta unidad de auditoría interna está determinado por el Manual para el Ejercicio de la Auditoría Interna y por las disposiciones que emita la Contraloría General de la República (artículo 62 de su Ley Orgánica). A lo cual se une lo dispuesto en el inciso f) del artículo 63 de la Ley 7428:

"Compete primordialmente a las auditorías internas:

(...).

Las demás que contemplen las normas del ordenamiento de control y fiscalización y los manuales sobre la materia, emitidos por la Contraloría General de la República".

Y es con base en lo dispuesto en su Ley Orgánica, que la Contraloría General de la República, órgano con competencia prevalente en la materia que se consulta, ha manifestado en diversas ocasiones que las auditorías internas de las instituciones públicas tienen entre sus funciones el fiscalizar la utilización de los dineros trasladados a las entidades privadas por concepto del auxilio de cesantía de sus empleados (Oficios No. FOE-PR-0150 del 23 de noviembre del 2000, DAJ-0930 del 05 de mayo de 1999, No. 05178/96, No. 10268/98, oficio No. 11192 del 26 de setiembre de 1988). Se trata no solo de una facultad sino de un deber de fiscalizar la legalidad de la utilización de los fondos otorgados a entidades privadas:

"En cuanto a las atribuciones concretas de la Auditoría Interna en esta materia, en algunas ocasiones se ha pretendido limitar el accionar de esas unidades a partir de una interpretación restrictiva del concepto de "jurisdicción institucional" al que hace referencia el artículo 63 citado. Sin embargo, desde la perspectiva de un "sistema" de fiscalización, las labores de control de sus componentes, en este caso de la auditoría interna, se orientan a garantizar la legalidad y la eficiencia de los controles internos y del manejo de los fondos públicos y de las actividades y fondos privados en cuanto tengan su origen en beneficios patrimoniales acordados por entes públicos. De esta manera, el tema de la jurisdicción institucional de las auditorías debe enfocarse necesariamente desde el punto de vista del "sistema de fiscalización", donde se espera la interacción de sus componentes alrededor de un mismo objeto. No puede suponerse que sólo la Contraloría General puede realizar estudios directamente, pues el concepto mismo de "sistema", según lo indicado, obliga a todos los componentes a cumplir con una específica finalidad."

(Oficio No. FOE-PR-0150 del 23 de noviembre del 2000).

Claro está que esta potestad de fiscalización debe ejercerse de

forma exclusiva sobre los montos correspondientes al beneficio trasladado por la institución pública a la entidad privada:

"Dicha potestad, llevada al campo de los fondos que administran las organizaciones de trabajadores cuya finalidad responde al pago de cesantía, ahorro, vivienda u otros beneficios sociales, claro está, debe entenderse limitada en cuanto al aporte patronal que realiza el ente u órgano público, no así respecto de los aportes que hagan los servidores de su propio peculio, por cuanto estos últimos no pueden catalogarse como recursos públicos."

De esta forma, es claro que las instituciones públicas y, dentro de éstas, las auditorías internas, son responsables de la fiscalización del uso y destino de los recursos financieros trasladados a las entidades privadas, por lo que no es de recibo la afirmación realizada en la Opinión Jurídica No. OJ-016-1998 del 6 de marzo de 1998 sobre la falta de competencia de las auditorías internas sobre la fiscalización del uso y destino de los recursos trasladados por las instituciones públicas a las asociaciones solidaristas

En orden a un control ejercido por la administración del Banco debe estarse al sistema de fiscalización establecido por la Ley Orgánica de la Contraloría General. El artículo 25 de esa consagra la potestad de fiscalización del Organismo Contralor sobre el accionar de las dependencias de la administración activa encargadas de fiscalizar el uso y destino de los recursos otorgados a sujetos privados:

"Artículo 25.-

La Contraloría General de la República podrá fiscalizar si los responsables dentro de la administración activa, encargados de la determinación, gestión de cobro, percepción, custodia y depósito de las rentas y de otros fondos públicos, cumplen a cabalidad sus funciones.

La Contraloría, de conformidad con la disponibilidad de sus recursos, fiscalizará que las dependencias de la administración activa encargadas de otorgar a sujetos privados, beneficios patrimoniales, gratuitos o sin contraprestación alguna, ajusten su acción al ordenamiento y realicen, en forma eficiente, el control sobre el uso y el destino de esos beneficios, dentro de los límites señalados en esta Ley."

Si la Contraloría puede efectuar control sobre la administración activa, es porque ésta está obligada a velar porque se respete el destino legal de los fondos que transfiere, así como es responsable de la gestión de esos recursos por parte de los beneficiarios. En aplicación de ese artículo, el Banco Popular debe controlar "el uso y el destino" de los recursos que

transfiere a las asociaciones solidaristas y cooperativas, para efectos del derecho de cesantía de sus servidores.

Conforme lo cual si los dineros son administrados por una cooperativa de ahorro y préstamo, el Banco Popular y su auditoría interna deben controlar que la cooperativa invierta los recursos en préstamos para los trabajadores depositantes de los fondos o en títulos o valores del Estado, en cuyo caso deberán depositarse en una central de valores de un banco del Sistema Bancario Nacional. En todo caso, deberán fiscalizar que la cooperativa cree un fondo con estados contables separados, según lo requiere expresamente el artículo 23;ch) de la Ley de Regulación de Intermediación Financiera de las Asociaciones Cooperativas. Por su parte, si los recursos son administrados por una asociación solidarista deberá regir lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, según el cual la entidad privada que reciba una transferencia de fondos del sector público al privado, gratuita o sin contraprestación alguna, deberá administrarla en una cuenta corriente separada, en cualquiera de los bancos estatales. En ambos casos, y por disposición del mismo artículo 5, tanto la cooperativa como la asociación deberán llevar registros del empleo de los fondos de la cesantía de forma independiente del empleo de los otros fondos de su propiedad o de los que se encuentren bajo su administración. Y es, precisamente, en este sentido que se pronunció la Contraloría General de la República en los oficios No. FOE-PR-0150 del 23 de noviembre del 2000 antes transcrito al responder el cuestionamiento de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos sobre el ámbito de fiscalización de la auditoría interna sobre la asociación solidarista. En dicho informe se transcribe parte del documento N° GJ-408-2000 del 21 de julio de 2000, en el cual se indica:

"...Ahora bien, ¿cuáles son los mecanismos de control aplicables en estos casos? En primer término, el párrafo segundo del artículo 5 citado, ordena que cuando se otorgue el beneficio de una transferencia de fondos del sector público al privado, gratuito o sin contraprestación alguna, la entidad privada deberá administrarla en una cuenta corriente separada, en cualquiera de los bancos estatales. Además, se ordena al sujeto beneficiario llevar registros del empleo de los recursos, independientes de los que corresponden a otros fondos de su propiedad o administración. Tales obligaciones resultan ineludibles. De igual forma, el artículo 6 señala que el control sobre los fondos y actividades privados -cuyo origen es público- será 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. Se establece también que la 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 o empleo de los beneficios recibidos...".

Controles que, reiteramos, corresponden también a los órganos internos encargados del control, como son la propia Administración y su auditoría."

FUENTES CITADAS:

- 1 RUIZ BONILLA, Jorge Luis. La Actividad Mercantil de las Asociaciones sin Fines de Lucro. Tesis para optar al grado de Licenciatura en Derecho. San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1991. pp. 104-108.
- 2 ROJAS RODRÍGUEZ, Georgina y VARGAS RIVERA, Milenia. Análisis Jurídico y Registral de las Asociaciones Civiles en Costa Rica. San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1996. pp. 202-204.
- 3 Ley Número 218. Costa Rica, 8 de agosto de 1939.
- 4 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución No. 1124-1995, de las once horas con veintiún minutos del veinticuatro de febrero de mil novecientos noventa y cinco.
- 5 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución No. 59-1991, de las quince horas con diez minutos del diecinueve de abril de mil novecientos noventa y uno.
- 6 PROCURADURPIA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Opinión Jurídica 042-2001, de veinte de abril de dos mil uno.