

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: SOBRE LA ADMINISTRACIÓN DE RECURSOS PÚBLICOS Y PRIVADOS EN  
LOS ENTES PÚBLICOS NO ESTATALES**

### **Índice de contenido**

RECURSOS DE LA HACIENDA PÚBLICA EN LOS ENTES PÚBLICOS NO ESTATALES.....	2
COMPONENTES SUBJETIVO Y OBJETIVO DE LA HACIENDA PUBLICA.....	2
EL CONTROL DE LA HACIENDA PÚBLICA.....	3
ADMINISTRACIÓN EN CUENTAS SEPARADAS CASO DE TRANSFERENCIA DE FONDOS PÚBLICOS A SECTOR PRIVADO I.....	9
ADMINISTRACIÓN EN CUENTAS SEPARADAS CASO DE TRANSFERENCIA DE FONDOS PÚBLICOS A SECTOR PRIVADO II.....	13

## **RECURSOS DE LA HACIENDA PÚBLICA EN LOS ENTES PÚBLICOS NO ESTATALES**

[LEY ORGÁNICA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.]<sup>i</sup>

### **“Artículo 8.-Hacienda Pública (\*)**

La Hacienda Pública estará constituida por los fondos públicos, las potestades para percibir, administrar, custodiar, conservar, manejar, gastar e invertir tales fondos y las normas jurídicas, administrativas y financieras, relativas al proceso presupuestario, la contratación administrativa, el control interno y externo y la responsabilidad de los funcionarios públicos.

Respecto a los entes públicos no estatales, las sociedades con participación minoritaria del sector público o las entidades privadas, únicamente formarán parte de la Hacienda Pública los recursos que administren o dispongan, por cualquier título, para conseguir sus fines y que hayan sido transferidos o puestos a su disposición, mediante norma o partida presupuestaria, por los Poderes del Estado, sus dependencias y órganos auxiliares, el Tribunal Supremo de Elecciones, la administración descentralizada, las universidades estatales, las municipalidades y los bancos del Estado. Los recursos de origen distinto de los indicados no integran la Hacienda Pública; en consecuencia, el régimen jurídico aplicable a esas entidades es el contenido en las Leyes que las crearon o los ordenamientos especiales que las regulan.

El patrimonio público será el universo constituido por los fondos públicos y los pasivos a cargo de los sujetos componentes de la Hacienda Pública. Serán sujetos componentes de la Hacienda Pública, el Estado y los demás entes u órganos públicos, estatales o no, y las empresas públicas, así como los sujetos de Derecho Privado, en cuanto administren o custodien fondos públicos por cualquier título, con las salvedades establecidas en el párrafo anterior.

(\*) El presente artículo ha sido reformado mediante Ley No. 8131 de 18 de setiembre del 2001. LG #198 de 16 de octubre del 2001”

## **COMPONENTES SUBJETIVO Y OBJETIVO DE LA HACIENDA PUBLICA**

[SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA]<sup>ii</sup>

“...la “Hacienda Pública” es un concepto indeterminado cuya concreción le corresponde, entre otros, al legislador. Así, en lo referente al alcance subjetivo del concepto, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en su numeral 4º, indica que ese órgano ejerce su competencia “(...) sobre todos los entes y órganos que integran la Hacienda Pública” –sujetos pasivos de su

control o fiscalización-, con lo cual incluye a todo ente u órgano público y empresas públicas extendiéndose, incluso, a sujetos de Derecho privado cuando administren, custodien fondos públicos o reciban transferencias públicas (artículo 8º, párrafo 3º, de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República). En lo tocante a la vertiente objetiva de la Hacienda Pública el artículo 8º de la supracitada ley estatuye que "(...) estará constituida por los fondos públicos, las potestades para percibir, administrar, custodiar, conservar, manejar, gastar e invertir tales fondos y las normas jurídicas administrativas y financieras, relativas al proceso presupuestario, la contratación administrativa, el control interno y externo y la responsabilidad de los funcionarios públicos (...) (la cursiva no es del original). Adicionalmente, el artículo 10º, párrafo 1º, del pluricitado texto legal dispone que el ordenamiento de control y fiscalización superior comprende, entre otros aspectos, "(...) el conjunto de normas que regulan (...) los procedimientos, las responsabilidades y las sanciones derivados de esa fiscalización o necesarios para éste " (la cursiva no es del original). Bajo esta inteligencia, si las normas jurídicas y financieras relativas a la contratación administrativa, los procedimientos, responsabilidades y sanciones de los funcionarios que en la gestión y disposición de los fondos públicos destinados cometen alguna irregularidad, forman parte integral de la Hacienda Pública, no cabe la menor duda que la Contraloría General de la República tiene una indeclinable e indiscutible competencia en la fiscalización y control de tales extremos, siendo que tales atribuciones lejos de quebrantar el Derecho de la Constitución lo actúan. En aras de hacer efectiva la competencia de vigilancia de la Hacienda Pública de la Contraloría General de la República y, más concretamente, de las normas jurídicas y técnicas sobre la contratación administrativa, los procedimientos, responsabilidad y sanciones de los funcionarios públicos que intervengan en un eventual y presunto manejo irregular, indebido o impropio de los fondos públicos, su ley orgánica habilita o faculta, expresa e inequívocamente, a ese órgano para realizar auditorias (financieras, operativas y especiales) o incoar procedimientos o sumarios administrativos sobre los sujetos pasivos (órganos y entes públicos) y sus funcionarios o agentes públicos (artículos 21 y 22)."

## **EL CONTROL DE LA HACIENDA PÚBLICA**

[PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA]<sup>iii</sup>

"De lo dispuesto en los artículos 183 y 184 de la Carta Política y de su desarrollo jurisprudencial procede reconocer la existencia de una función de control. Una función que es de "orden público", según lo ha establecido la Sala Constitucional en su resolución N° 998-98 de las 11:30 hrs. de 16 de febrero de 1998. La integración

al orden público deriva de que, hoy día, la fiscalización sobre la gestión económico-financiera de los entes públicos es indispensable para la supervivencia y el buen funcionamiento del sistema democrático. La utilización correcta y racional de los fondos públicos constituye una condición para garantizar el buen manejo de las finanzas públicas y la eficacia de las decisiones públicas. Y ello no se puede lograr sin una función de control ejercida por organismos independientes. Así, el control es parte de la estructura racional que subyace en las Constituciones de los Estados Democráticos de Derecho.

La declaración constitucional de la Contraloría General de la República como institución auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública, con absoluta independencia funcional y administrativa en el desempeño de sus labores, es una de las garantías del Estado Social Democrático de Derecho consagrado en la Constitución Política. Conforme los postulados del Estado Social, se debe asegurar el adecuado manejo de los fondos públicos, tanto por parte de los órganos y entes públicos como de las entidades privadas que administren fondos públicos o que hayan recibido algún beneficio patrimonial del sector público.

Esa función de control se ejerce en el tanto en que existan fondos que jurídicamente deban ser considerados como públicos. Por ello, su ámbito se extiende a los distintos entes públicos, independientemente de cuál sea su especialidad funcional, o de que se trate de un ente autónomo, en cuanto sus recursos, valores, patrimonio como fondos públicos integran la Hacienda Pública. En el mismo sentido, la existencia de fondos de origen público determina el control sobre las entidades privadas que administran, manejan o reciben fondos de origen público.

Dada la definición constitucional de la función de control se debe establecer qué es Hacienda Pública. Como indicamos en el dictamen N° C-269-2003 de 12 de septiembre de 2003, el término "Hacienda Pública" puede ser definido a partir de diversos criterios: institucional, orgánico, funcional y ordinamental.

El criterio orgánico hace referencia a los organismos que forman parte de la Hacienda Pública. Entes que satisfacen los fines públicos correspondientes mediante recursos de carácter público. Se trata esencialmente del Estado y los demás entes públicos o bien, entes privados que reciben transferencias de los presupuestos públicos o que administran o custodian fondos públicos.

Por el contrario, el criterio objetivo hace alusión sobre todo al patrimonio del organismo y por ende, al conjunto de derechos y obligaciones de contenido económico de que es titular el organismo.

El criterio funcional está determinado por la actividad financiera, ya se le considere como "conjunto de funciones dirigida a la organización y administración de los derechos y obligaciones de contenido económico de los entes públicos..." (M. T. SOLER ROCH, Voz Hacienda Pública, Enciclopedia Jurídica Básica, II, Editorial Civitas, 1995, p. 3293). O bien, como la acción de las entidades públicas dirigida a la obtención e inversión de los medios económicos destinados a financiar las funciones públicas y los servicios públicos.

Desde el punto de vista ordinamental, la Hacienda Pública es el ordenamiento jurídico que regula lo relativo al gasto público, el Tesoro Público, la actividad financiera, tributaria y presupuestaria de los entes públicos. Puede considerarse que la Hacienda Pública es un subsistema del ordenamiento jurídico. En sentido institucional reafirma ese carácter, ya que la Hacienda Pública es:

"el ordenamiento jurídico de los recursos económicos de que disponen el Estado y los demás entes públicos para la satisfacción de las necesidades colectivas. O, si se prefiere, de modo más sintético, el ordenamiento jurídico de los recursos financieros públicos. Es decir, en este sentido, hacienda pública es lo mismo que ordenamiento jurídico-financiero, que derecho Financiero, en sentido estricto". 1997...", L. SANCHEZ SERRANO: Tratado de Derecho Financiero y Tributario Constitucional, I, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S. A., Madrid, p. 52.

Los distintos criterios están presentes en el artículo 8 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, que dispone:

"Artículo 8.-

Hacienda Pública

La Hacienda Pública estará constituida por los fondos públicos, las potestades para percibir, administrar, custodiar, conservar, manejar, gastar e invertir tales fondos y las normas jurídicas, administrativas y financieras, relativas al proceso presupuestario,

la contratación administrativa, el control interno y externo y la responsabilidad de los funcionarios públicos.

Respecto a los entes públicos no estatales, las sociedades con participación minoritaria del sector público o las entidades privadas, únicamente formarán parte de la Hacienda Pública los recursos que administren o dispongan, por cualquier título, para conseguir sus fines y que hayan sido transferidos o puestos a su disposición, mediante norma o partida presupuestaria, por los Poderes del Estado, sus dependencias y órganos auxiliares, el Tribunal Supremo de Elecciones, la administración descentralizada, las universidades estatales, las municipalidades y los bancos del Estado. Los recursos de origen distinto de los indicados no integran la Hacienda Pública; en consecuencia, el régimen jurídico aplicable a esas entidades es el contenido en las Leyes que las crearon o los ordenamientos especiales que las regulan.

El patrimonio público será el universo constituido por los fondos públicos y los pasivos a cargo de los sujetos componentes de la Hacienda Pública. Serán sujetos componentes de la Hacienda Pública, el Estado y los demás entes u órganos públicos, estatales o no, y las empresas públicas, así como los sujetos de Derecho Privado, en cuanto administren o custodien fondos públicos por cualquier título, con las salvedades establecidas en el párrafo anterior".

El límite objetivo de la fiscalización está constituido por la presencia de fondos públicos, cualquiera que sea la naturaleza del sujeto que los administra o custodia.

Dicha presencia justifica un tratamiento especial en torno a la información. La información referida a los fondos públicos es de interés público porque afecta a toda la colectividad en su conjunto; criterio que reitera la Sala Constitucional en resoluciones Ns. 2107-2000 de 9:15 hrs. de 8 de marzo de 2000 y 2182-01 de 14:34 hrs. del 21 de marzo del 2001. En esa resolución indicó el Tribunal Constitucional:

"III.-

En el caso en estudio, lo requerido no se trata de una información confidencial que obre en poder de la Administración, sino de una información de carácter público que deber ser suministrada a quien así lo requiera, como son los gastos en publicidad y publicaciones de diversa índole que realiza la Caja, los cuales evidentemente se financian con fondos públicos, de modo tal que cualquier administrado tiene el derecho de saber qué monto invierte la

Institución en ese campo. De igual modo, el pago a entidades privadas de salud lo realiza la Caja con fondos públicos, por lo que también esa información debe ser brindada a quien la requiera. Todo habitante de la República tiene el derecho de conocer los destinos que se le dan a los fondos públicos, a fin de ejercer una función fiscalizadora de las actuaciones de los funcionarios públicos, quienes son simples depositarios de la autoridad (artículo 11 de la Constitución Política)".

En consecuencia, la Administración Pública está obligada a informar en orden a esos fondos, máxime si quien solicita la información es la Contraloría General de la República.

Pero, además, el interés público presente en los fondos públicos justifica la fiscalización sobre los fondos de origen público, así como el derecho de información sobre las entidades privadas en tanto entren en relación con fondos públicos. Dispone el artículo 24 constitucional, en lo conducente:

"La ley fijará los casos en que los funcionarios competentes del Ministerio de Hacienda y de la Contraloría General de la República podrán revisar los libros de contabilidad y sus anexos para fines tributarios y para fiscalizar la correcta utilización de los fondos públicos".

La potestad de la Contraloría para revisar documentos privados es constitucional y tiene como objeto "fiscalizar la correcta utilización de los fondos públicos". En desarrollo de esa potestad dispone el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Contraloría:

#### "GARANTIA DE ACCESO Y DISPOSICION DE INFORMACION

Con las salvedades de orden constitucional y legal para cumplir con sus cometidos, la Contraloría General de la República tendrá acceso a cualquier fuente o sistema de información, registro, documento, instrumento, cuenta o declaración de los sujetos pasivos públicos.

Con las salvedades de orden constitucional y legal, la Contraloría General de la República tendrá acceso a la contabilidad, correspondencia y en general a los documentos emitidos o recibidos por los sujetos pasivos privados, para el ejercicio del control y la fiscalización aquí contemplados.

Para el cumplimiento de las anteriores atribuciones, sólo estarán investidos de autoridad los servidores de la Contraloría General de la República acreditados para ello.

Los funcionarios, empleados o particulares que sean requeridos al efecto, deberán suministrar, en el plazo que ella les fije, la información o piezas documentales o instrumentales solicitadas”.

De los artículos 24 constitucional y 13 antes transcritos se deriva que los particulares no pueden oponer la inviolabilidad de los documentos e información privada cuando se trate de la revisión los libros de contabilidad y sus anexos para fiscalizar el correcto uso de los fondos públicos. Dicha potestad puede ser ejercida en relación con los sujetos privados susceptibles de ser considerados sujetos pasivos de la fiscalización de la Contraloría, sea aquéllos que custodien o administren fondos públicos, que reciban beneficios patrimoniales o sean liberados de obligaciones por parte de un sujeto integrante de la Hacienda Pública (artículo 5 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República), o que reciban transferencias de los presupuestos públicos.

En el dictamen N° C-007-2003 de 16 de enero de 2003 indicamos sobre el acceso a información sobre fondos públicos:

“En materia de derecho a la información, el principio constitucional es la inviolabilidad de la documentación privada y el derecho de intimidad. Ello determina que terceras personas carezcan de un derecho a acceder esa información. Empero, la Constitución se encarga de establecer los casos de excepción. En el caso de la Contraloría, el constituyente consideró conveniente que el Órgano de Control accediese a la información privada, partiendo de la relevancia de las funciones que desempeña, el que se considere que la fiscalización superior de la Hacienda Pública es un elemento indispensable para el pleno ejercicio del régimen democrático y tomando en cuenta que cada vez más, entidades privadas participan en la gestión de los fondos públicos. Ciertamente, la Constitución atribuye una potestad a la Contraloría y al hacerlo, establece un límite para el ejercicio de uno de los derechos fundamentales por parte de las personas privadas. Éstas no pueden oponer a la Contraloría su derecho a la inviolabilidad de los documentos privados, cuando éstos tienen relación con los fondos públicos”.



A efecto de determinar si los recursos generados por los contratos correspondientes pueden ser objeto del sistema de fiscalización de la Hacienda Pública, interesa determinar si, de conformidad con la definición del artículo 8 antes transcrito, esos recursos son parte de esa Hacienda. En consecuencia, si OIRSA es sujeto fiscalizable por la Contraloría General de la República y en qué términos.(...)"

## **ADMINISTRACIÓN EN CUENTAS SEPARADAS CASO DE TRANSFERENCIA DE FONDOS PÚBLICOS A SECTOR PRIVADO I.**

[CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA]<sup>iv</sup>

"Como se desprende de lo expuesto en el apartado anterior, es claro que la negativa del Fondo de admitir el estudio programado por la Auditoría Interna de RECOPE, se basa en resoluciones de la Sala Segunda y de la Sala Constitucional, así como en criterios del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y de esta Contraloría General, que indican que una vez que los recursos públicos transferidos ingresan al Patrimonio del Fondo, pasan a ser privados, lo que los exime del control de la Auditoría Interna, y si se sigue esa línea de pensamiento, de la propia Contraloría.

La discusión acerca de la naturaleza jurídica del patrimonio de los Fondos ha sido amplia. Ahora, en el caso concreto que nos ocupa, tal y como lo señala el Gerente del Fondo, la Sala Constitucional, en resolución No. 228 de las 15 horas del 26 de febrero de 1990, resolvió el tema en los siguientes términos: '...es lo cierto que el "Fondo de Ahorro, Préstamo, Vivienda y Garantía" que existe en la Refinadora Costarricense de Petróleo (RECOPE), tiene su origen en la Convención Colectiva de Trabajo vigente en esa empresa, y una vez que los recursos con que se nutre se integran a él, son propiedad de los trabajadores, valga decir, no son públicos....'.

Sin embargo, lo que se ha perdido de vista es que el tema de la 'privatización' de los fondos transferidos sólo es importante, desde la perspectiva del control, para determinar si el beneficiario está sujeto a los controles típicos de cualquier administración pública, o si, como en el caso del Fondo de los trabajadores de RECOPE, le aplica el régimen de control previsto por el legislador para los casos de fondos privados originados en transferencias de fondos públicos.

Esto quiere decir que incluso las transferencias de fondos públicos a sujetos de derecho privado, que una vez incorporadas al

patrimonio particular pierden la naturaleza pública, están sujetas al control y fiscalización por parte de los componentes del sistema de control y fiscalización superiores de la Hacienda Pública.

Ahora, ese control va dirigido a la verificación del cumplimiento del fin que originó la transferencia.

Sobre el particular, nuestra División de Asesoría y Gestión Jurídica, en oficio No. GJ-408-2000 del 21 de julio anterior, señaló:

'En relación con este tema, es necesario indicar que el patrimonio del Estado está afectado al cumplimiento de los fines públicos previstos en la Constitución Política y en el resto del ordenamiento jurídico. Esto quiere decir que en materia de gestión de fondos públicos no se puede incurrir en liberalidades, pues no se trata de la administración de un patrimonio privado, disponible según la simple voluntad de los funcionarios.

La administración de los fondos públicos debe respetar principios como el de legalidad y de igualdad. O sea, no es posible transferir fondos públicos a ciertos sujetos privados, si tal actuación no se encuentra autorizada por una norma jurídica y si además, no es compatible con los fines previstos por el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, cuando se otorgan beneficios económicos, ya sea transferencias de recursos o exenciones de cargas tributarias, debe mediar un interés público que lo justifique.

En vista de esa debida correlación entre la gestión del patrimonio público y los fines del Estado, es que se hace necesario establecer, como en cualquier clase de organización humana, mecanismos de control que permitan verificar la actuación legítima de la administración. Desde esta perspectiva, el control es garantía para los titulares del patrimonio, presupuesto para sentar responsabilidades e insumo para enderezar la gestión administrativa.

En el caso de la administración financiera costarricense, el órgano rector del sistema de fiscalización superior lo es la Contraloría General de la República, según lo define la propia Constitución Política y nuestra Ley Orgánica. Por su parte, los alcances del control están definidos claramente en esos cuerpos normativos.'

A nivel de la legislación, esta problemática quedó debidamente resuelta en los artículos 5 y 6 de nuestra Ley Orgánica. Ahí se define el alcance del control sobre fondos y actividades privados. Sobre el particular, en el oficio de la División de Asesoría y Gestión Jurídica antes citado, se indicó:

'En este sentido, de acuerdo con el artículo 5 de nuestra Ley Orgánica, es competencia del órgano contralor el control sobre fondos y actividades privadas, en los casos en que los sujetos privados perciban beneficios patrimoniales gratuitos o sin contraprestación alguna, o se les haya liberado de obligaciones, por parte de los componentes de la Hacienda Pública. Lo que se pretende es verificar el cumplimiento del fin que originó el beneficio patrimonial o la liberación de obligaciones, pues si éste no se cumple, el beneficio se convierte en una liberalidad que quiebra los principios básicos del ordenamiento jurídico, según lo expuesto anteriormente.

(...)

Ahora, ¿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. No obstante, se indica que 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.

Además de lo señalado, el artículo 13 del mismo cuerpo normativo contempla la garantía de acceso y de información por parte del órgano contralor, con las salvedades de orden constitucional y legal, para el cumplimiento de las tareas de fiscalización y control, potestad que indudablemente es aplicable en los casos de la fiscalización que se debe ejercer sobre los fondos y actividades privados que se comentan. Esta garantía es básica, pues sin el acceso a la información el control mismo resultaría imposible.'

En el caso concreto del Fondo de los trabajadores de RECOPE, su patrimonio se alimenta de transferencias de fondos públicos provenientes de la Refinería, que tienen un carácter indiscutiblemente público. Esa transferencia constituye un beneficio económico otorgado por la Empresa, con fundamento en una convención colectiva. Por su parte, está claro que esos recursos transferidos, al ingresar al patrimonio del Fondo, adquieren naturaleza privada. En consecuencia, el Fondo está sujeto al régimen de control y fiscalización de las actividades y fondos privados provenientes de transferencias de recursos públicos regulado en términos absolutamente claros en nuestra Ley Orgánica, según lo disponen los artículos 5 y 6.

Un último aspecto que resulta pertinente retomar en este apartado, es el problema que se ha presentado en otros fondos de similar naturaleza al que se estudia, por el incumplimiento de la obligación de llevar cuentas separadas para distinguir los fondos provenientes del erario público. Esa falta ha sido opuesta en reiteradas ocasiones como excusa para impedir el acceso de los fiscalizadores a las fuentes de información.

Debemos señalar que el incumplimiento por parte del sujeto privado beneficiario, de los requerimientos legales –como llevar cuentas separadas y registros contables independientes–, no puede servir de excusa para impedir el acceso de los fiscalizadores a la información necesaria para ejecutar el deber constitucional y legal de control que hemos comentado. Por el contrario, esa falta podría derivar en responsabilidad de los propios sujetos privados.

De tal manera que los fiscalizadores, con las salvedades de orden constitucional y legal, deben tener acceso a la información contable, correspondencia, y en general a los documentos emitidos o recibidos por el Fondo, relacionados con transferencias de fondos públicos, que sean estrictamente imprescindibles para el ejercicio del control y la fiscalización. El incumplimiento por parte del beneficiario de los requisitos legales previstos para circunscribir el estudio exclusivamente a los fondos públicos transferidos, es responsabilidad exclusiva del propio sujeto privado.

Por tanto, si el beneficiario sólo cuenta con registros generales, donde no es posible distinguir entre los recursos de origen público y los privados, pero se sabe que incluyen a los primeros, necesariamente aplica la garantía de acceso y disposición de información descrita en el párrafo anterior y contemplada en el artículo 13 de nuestra Ley Orgánica.”

## **ADMINISTRACIÓN EN CUENTAS SEPARADAS CASO DE TRANSFERENCIA DE FONDOS PÚBLICOS A SECTOR PRIVADO II**

[PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA]<sup>v</sup>

"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 y en la Ley General de Control Interno, 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 Órgano Contralor. Por ello, el sistema de fiscalización se filtra a lo largo y ancho de la Administración Pública y abarca tanto a los jefes de los entes, empresas u órganos públicos como a las auditorías internas de las respectivas administraciones. Esa expansión y la necesidad de asegurar un correcto manejo de la Hacienda Pública explica el control sobre los fondos privados de origen público. Dispone al efecto la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República:

"ARTICULO 5.-

### **CONTROL SOBRE FONDOS Y ACTIVIDADES PRIVADOS**

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.

ARTICULO 6.-

ALCANCE DEL CONTROL SOBRE FONDOS Y ACTIVIDADES PRIVADOS

En materia de su competencia constitucional y legal, el control sobre los 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 el empleo de los medios y métodos para la consecución del fin asignado".

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. Empero, 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 cumplirse los requisitos previstos en el artículo 5 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, para que el Órgano de Control ejerza plena fiscalización de los recursos transferidos, que son considerados fondos privados de origen público, se sigue necesariamente que dicho Órgano puede controlar las asociaciones solidaristas que hayan recibido dineros públicos para constituir fondos de auxilio de cesantía.

Control que también debe ser ejercido por las entidades administrativas y, en particular por la Administración activa y las auditorías internas del organismo público que transfiere los

recursos.

La Ley de Control Interno reafirma la función de control sobre los sujetos de derecho privado. Un control que se ejerce sobre quienes son custodios o administradores de fondos públicos (artículo 4 de la Ley), pero también sobre quienes reciban beneficios patrimoniales de entes públicos.

De ese hecho, las Auditorías Internas de los entes u órganos públicos devienen obligadas a ejercer su función de fiscalización sobre sujetos de derecho privado que reciban transferencias o beneficios del ente u órgano público de que se trate. Interesa al efecto, lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley de Control Interno, a cuyo tenor:

"Artículo 22.—Competencias. Compete a la auditoría interna, primordialmente lo siguiente:

1. Realizar auditorías o estudios especiales semestralmente, en relación con los fondos públicos sujetos a su competencia institucional, incluidos fideicomisos, fondos especiales y otros de naturaleza similar. Asimismo, efectuar semestralmente auditorías o estudios especiales sobre fondos y actividades privadas, de acuerdo con los artículos 5 y 6 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en el tanto estos se originen en transferencias efectuadas por componentes de su competencia institucional.

2. (...)"

El origen público de los fondos que se transfieren a un ente privado fundamenta que el auditor interno de un ente u órgano público tenga la facultad de revisar documentos privados y solicitar información que, de no existir fondos públicos, estaría cubierta por el principio de inviolabilidad de los documentos y el derecho a la privacidad. Dicha facultad no estaba expresamente establecida en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, pero en la medida en que el artículo 64 otorgaba competencia para revisar documentos y dicha revisión es imprescindible para el ejercicio del control, la Procuraduría consideró que las auditorías internas tenían facultad para dicha revisión. Empero, hoy día no puede existir duda de dicha facultad porque es expresamente establecida en el artículo 33 de la Ley de Control Interno:

"Artículo 33.-Potestades. El auditor interno, el subauditor interno y los demás funcionarios de la auditoría interna tendrán, las siguientes potestades

a) Libre acceso, en cualquier momento, a todos los libros, los archivos, los valores, las cuentas bancarias y los documentos de los entes y órganos de su competencia institucional, así como de los sujetos privados, únicamente en cuanto administren o custodien fondos o bienes públicos de los entes y órganos de su competencia institucional; también tendrán libre acceso a otras fuentes de información relacionadas con su actividad. El auditor interno podrá acceder, para sus fines, en cualquier momento, a las transacciones electrónicas que consten en los archivos y sistemas electrónicos de las transacciones que realicen los entes con los bancos u otras instituciones, para lo cual la administración deberá facilitarle los recursos que se requieran.

b) Solicitar, a cualquier funcionario y sujeto privado que administre o custodie fondos públicos de los entes y órganos de su competencia institucional, en la forma, las condiciones y el plazo razonables, los informes, datos y documentos para el cabal cumplimiento de su competencia. En el caso de sujetos privados, la solicitud será en lo que respecta a la administración o custodia de fondos públicos de los entes y órganos de su competencia institucional.

(...)" . La cursiva no es del original.

Con las disposiciones de la Ley de Control Interno, que como vimos son más amplias que las establecidas anteriormente por el artículo 64 de la Ley de la Contraloría, se determina que las asociaciones solidaristas de los entes públicos no pueden oponer a las auditorías internas el secreto bancario, a efecto de impedir que revisen las cuentas bancarias mediante las cuales administran el aporte público. Así, como tampoco pueden oponer el derecho a la inviolabilidad de los documentos privados que conciernan esos aportes o su gestión. El origen público de los fondos fundamenta estas restricciones a los derechos de la asociación como sujeto privado. El sistema de fiscalización establecido por el ordenamiento parte de que los sujetos privados no pueden mantener reserva sobre la administración y custodia de los fondos de origen público, máxime si dichos fondos tienen un destino predeterminado por el legislador. Origen público que determina, además, un interés



público en su gestión y, por ende, en su control. El medio para ejercerlo es, como se dijo la presentación de informes y documentos atinentes al manejo de los fondos de origen público y, por ende, la asociación no puede ampararse en su derecho a la intimidad para negar tal información o revisión.

En los documentos remitidos a la Procuraduría se muestra un particular interés en deslindar el control de la auditoría interna sobre los recursos que administra la asociación solidarista. Se indica, en ese sentido, que la fiscalización está limitada a los aportes patronales pero que no puede existir en tratándose del aporte de los trabajadores ni respecto de las inversiones que con dineros distintos del aporte patronal se realicen.

Puesto que la fiscalización se ejerce sobre los fondos de origen público, se sigue que los órganos de control no podrían ejercer control sobre fondos de origen no público, propiedad de la asociación o que ésta administra o custodia. No se estaría en presencia de Hacienda Pública y, por ende, el control se desnaturalizaría.

El control se ejerce, repetimos, en la medida en que la asociación solidarista ejerce la custodia y sobre todo la administración de esos fondos que en último término pertenecen a los trabajadores.

Por otra parte, si la asociación solidarista actúa de conformidad con el ordenamiento jurídico, no podría presentarse la posibilidad de que los órganos de control interno ejerzan sus facultades sobre recursos de origen no público. Cabe recordar que sobre los sujetos privados que reciben aportes de fondos públicos pesa el deber de manejar los citados fondos, en razón de su origen público, de manera separada del resto de los recursos, tal como lo dispone el artículo 5 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. El examen de las cuentas bancarias se facilita por el cumplimiento de esa obligación.

Pero, además, es necesario recordar que ese manejo separado se impone a las asociaciones solidaristas en virtud de su propia Ley de creación. Estas asociaciones deben 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. La facultad de revisión y de información del artículo 33 recae también sobre esos registros. En ese sentido, el control debe dirigirse a verificar que los aportes se manejen

mediante la figura del fondo de reserva que prevé la Ley de Asociaciones Solidaristas, al disponer en su artículo 21, primer párrafo:

"Las cuotas patronales se utilizarán para el desarrollo y cumplimiento de los fines de la asociación y se destinarán prioritariamente a constituir un fondo para el pago del auxilio de cesantía.

Este fondo se dispondrá de la siguiente manera:

Aspecto que también está presente en el numeral 18 de la Ley:

"Artículo 18:

Las asociaciones solidaristas contarán con los siguientes recursos económicos:(...).

b) El aporte mensual del patrono en favor de sus trabajadores afiliados, que será fijado de común acuerdo entre ambos de conformidad con los principios solidaristas. Este fondo quedará en custodia y administración de la asociación como reserva para prestaciones. Lo recaudado por este concepto, se considerará como parte del fondo económico del auxilio de cesantía en beneficio del trabajador, sin que ello lo exonere de la responsabilidad por el monto de la diferencia entre lo que le corresponda al trabajador como auxilio de cesantía y lo que el patrono hubiere aportado. (...)" . La cursiva no es del original.

De estas disposiciones se desprende que los distintos recursos de la asociación solidarista no pueden ser manejados en una sola cuenta, sino que los aportes para prestaciones laborales deben manejarse en forma separada.

Puesto que los recursos que la CCSS aporta a la asociación solidarista constituida por sus trabajadores son de origen público, se sigue que los órganos de control interno están facultados para ejercer sus potestades de fiscalización sobre los aportes acordados a la asociación. De modo tal que a través de esa fiscalización se asegure el Ente público que los recursos transferidos van a ser utilizados en el cumplimiento del destino que el legislador previó,

conforme los procedimientos establecidos y sean manejados de manera prudente y responsable, que no comprometa los fondos necesarios para el pago de cesantía a cargo de la CCSS y que, por consiguiente, en caso de que se rompa la relación de servicio, el trabajador de la Caja haga efectivo su derecho a la cesantía.

Ese control es tanto más necesario si se considera que el responsable del pago del auxilio de cesantía es el patrono. Por consiguiente, debe ejercer vigilancia sobre la correcta administración de los recursos que se traspasan a la asociación con un destino determinado. La ausencia de fiscalización entraña un incumplimiento de las obligaciones que pesan sobre dichos órganos. Incumplimiento que puede generar daños y en dicha medida, comprometer la responsabilidad de la Administración activa. No puede desconocerse que tanto la gestión de los citados recursos como el control sobre ellos deben conducir al pleno disfrute del fondo de cesantía por parte de los trabajadores, que son sus "propietarios".."

- <sup>i</sup> LEY ORGÁNICA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. N° 7428 de 26 de agosto de 1994. Art. 8
- <sup>ii</sup> SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución número 2004-2199 del 27 de febrero del 2004.
- <sup>iii</sup> PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Oficio n° OJ-105-2004, dirigido a la Diputados de la Asamblea Legislativa el 30 de agosto del 2004.
- <sup>iv</sup> CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Oficio n° ST-EA- 0124 de 8 de agosto de 2000/DDI [en línea] descargado el 17 de abril del 2008 de:  
[http://documentos.cgr.go.cr/documentos/control\\_interno/EST-EA-0124-00.doc](http://documentos.cgr.go.cr/documentos/control_interno/EST-EA-0124-00.doc)
- <sup>v</sup> PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Oficio n° OJ-161-2003, dirigido al presidente ejecutivo de la CCSS el 4 de septiembre del 2004.