



Informe de Investigación

Título: LA COOPERACIÓN FINANCIERA NO REEMBOLSABLE.

Rama del Derecho: Derecho Internacional Público	Descriptor: Derecho Económico Internacional.
Tipo de investigación: Compuesta	Palabras clave: Cooperación Financiera No reembolsable.
Fuentes: Normativa, Jurisprudencia	Fecha de elaboración: 03/2010

Índice de contenido de la Investigación

1 Resumen.....	1
2 Normativa.....	1
a) Reforma Reglamento del Artículo 11 de la Ley de Planificación Nacional N° 5525 del 2 de Mayo de 1974.....	1
3 Jurisprudencia.....	2
a) Opinión Jurídica No 67 de la Procuraduría General de la República.....	2
b) Opinión Jurídica No 67 de la Procuraduría General de la República.....	15

1 Resumen

En el presente informe se recopila la información disponible acerca del término de Cooperación Financiera Internacional, de esta manera se incluye la normativa que señala el tema en estudio y los criterios de la Procuraduría General de la República que lo desarrollan, anexado a este documento se encuentran artículos de doctrina nacional, lo cuales realizan un análisis a ciertos aspectos de la figura.

2 Normativa

a) Reforma Reglamento del Artículo 11 de la Ley de Planificación Nacional N° 5525 del 2 de Mayo de 1974



[PODER JUDICIAL]¹

Decreto N° 35777-PLAN-RE

“Artículo 13.—Cooperación No Reembolsable otorgada por organismos financieros internacionales. Las solicitudes de Cooperación No Reembolsable de proyectos aprobados por MIDEPLAN que deban ser presentadas ante organismos financieros internacionales, serán comunicadas por el Ministerio de Hacienda, que formalizará la operación en caso de que resulte aprobada por la fuente, de lo cual informará a MIDEPLAN y al MRREE. Cuando se trate de nuevos contactos con organismos financieros internacionales, que incluyan medidas de Cooperación No Reembolsable, el MRREE será encargado de realizar las gestiones para formalizar las correspondientes relaciones; posteriormente, el Ministerio de Hacienda realizará las solicitudes de Cooperación No Reembolsable que resulten procedentes, según lo dispuesto en este artículo”.

3 Jurisprudencia

a) Opinión Jurídica No 67 de la Procuraduría General de la República.

[PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA]²

Opinión Jurídica:OJ-108-2008

27 de octubre, 2008

Licenciado

Alberto Salom Echeverría

Diputado Asamblea Legislativa

Estimado señor Diputado:

Con la aprobación de la señora Procuradora General, me refiero a su atento oficio 314-ASE-2008 de 2 de septiembre último, mediante el cual solicita una aclaración de la Opinión Jurídica N ° OJ-067-2008 de 8 de agosto anterior.



En ese sentido, es interés del consultante que se establezca:

- 1-. Si la Opinión Jurídica contradice lo dispuesto en el artículo 480 del Código Civil.
- 2-. “¿Cuál es el fundamento para interpretar que un desembolso pueda referirse a bienes o servicios valorados al costo en los que incurre el donante?”.
- 3-. “¿Cuál es la razón para que no pueda interpretarse que el Convenio claramente establecía distintas modalidades de desembolso (en los términos lingüísticos del concepto) de una suma de un millón de dólares?”
- 4-. Si de acuerdo con la definición de presupuesto del artículo 176 de la Constitución Política, “¿las donaciones realizadas al Estado de Costa Rica podrían considerarse como ingresos probables? ¿Existiría entonces el deber de presupuestar las donaciones que esperaba recibir el Gobierno?”.
- 5-. De ser así “¿debería cumplir el Gobierno las disposiciones de los artículos 8, inciso a) y 66 de la Ley de Administración Financiera N° 8131, que establece la obligación de presupuestar cualquier ingreso independientemente de la fuente, incluyendo las donaciones?”.
- 6-. “Desde cuándo se puede entender que esos bienes y servicios (donados) son recibidos por el Gobierno de Costa Rica? ¿Es a partir de que se realiza la designación en los términos de referencia de las personas contratadas, o bien hasta que el servicio es recibido a satisfacción?”.

Interrogantes que serán analizadas por la Procuraduría en el orden que se indica:

- Sobre el concepto de desembolso.
- La obligación de presupuestar.
- La eficacia de la donación.

I.- SOBRE EL DESEMBOLSO

Dado el contenido de las preguntas 2 y 3, la Procuraduría se referirá de seguido al concepto de desembolso, para luego referirse a lo dispuesto en el Convenio de Cooperación Financiera suscrito entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Banco Centroamericano de Integración Económica.



A.- EL CONCEPTO DE DESEMBOLSO

La discusión en orden al concepto de desembolso se presenta respecto de un convenio de cooperación financiera. Consecuentemente, el concepto de desembolso que la Procuraduría debe manejar es el usual en este ámbito, aun cuando pueda no ser el de uso común. Cabe aclarar, sin embargo, que aún cuando la acepción más común es la que señala que desembolsar es entregar dinero efectivo y al contado, lo cierto es que desembolso no significa solo entrega de dinero. Es también gasto, según la transcripción del Diccionario de la Real Academia Española que se hace en su oficio. El término gasto refiere al empleo de dinero para la adquisición de bienes y servicios. Es por ello que se define desembolso como el gasto para la adquisición o el aumento de bienes, servicios o bienes recibidos (Cfr. Diccionario de Administración y Finanzas, Editorial Océano, p. 163).

Ahora bien, por estarse en el ámbito de cooperación internacional, la Procuraduría ha partido, como se indicó, de la definición que se utiliza en dicho ámbito. En ese sentido, corresponde señalar lo dispuesto por la Organización de Naciones Unidas a propósito de la cooperación financiera no reembolsable prestada como ayuda al desarrollo. Así:

“Por desembolso se entiende la entrega de fondos a un receptor, o la compra de bienes y servicios para un receptor y, por extensión, la suma gastada. Los desembolsos registran la transferencia internacional real de recursos financieros, o de bienes y servicios valorados al costo para el donante. En el caso de actividades realizadas en los países donantes, tales como programas de capacitación, administración o sensibilización de la opinión pública, se considera que el desembolso se ha producido cuando se han transferido los fondos al proveedor del servicio o al receptor. El desembolso debe registrarse como cantidad neta, es decir, la suma total desembolsada durante un ejercicio contable determinado menos las amortizaciones del principal durante ese mismo período”. United Nations Department of Economic and Social Affairs. Division for Sustainable Development: Cooperación Internacional. Recursos y Mecanismos de financiación. (cfr. www.un.org/esa/sustdev/natlinfo/indicators/indisd/spanish/capitu33.htm - 57k).

Esta definición de Naciones Unidas está implícita en la definición de desembolso referida a la cooperación internacional que tradicionalmente se ha utilizado en Costa Rica. Así, el Glosario que utiliza el Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica en orden a la cooperación internacional, define:

“Desembolsos (Disbursement): Representa la actual transferencia internacional de recursos financieros, o de bienes o servicios valorados al costo en el cual incurre el donante. En el caso de las actividades que se llevan a cabo en el país donante, tales como la cooperación técnica, el desembolso es considerado en el momento en que los fondos son transferidos al proveedor de servicios o al receptor”.
http://www.mideplan.go.cr/images/stories/mideplan/coop_internacional/pdfs/glosario_terminos.pdf.



En igual sentido, se le conceptualiza como la transferencia internacional de recursos financieros o de bienes o servicios valorados al costo en el cual incurre el donante. (cfr. www.monografias.com/.../glosario-cooperacion-tecnica-internacional.shtml - 126k).

Es a partir del concepto y procedimientos de desembolso a nivel de la cooperación internacional, que en la página 40 de la Opinión Jurídica de mérito, indicamos:

“Se dispone que el desembolso –término que normalmente se asocia a la transferencia internacional efectiva de recursos financieros, pero que puede referirse a bienes o servicios valorados al costo en el cual incurre el donante- puede tener lugar de diversas formas. La elección de esta forma queda a cargo del beneficiario y debe tender a la ejecución de los recursos, lo cual es consecuencia del Acuerdo del Directorio del Banco”.

En consecuencia, el desembolso de la cooperación internacional puede consistir en la entrega de recursos líquidos o en la entrega de otros recursos, sean estos bienes materiales o servicios, valorados al costo para el cooperante. Se sigue de lo expuesto que las partes en la cooperación internacional podían pactar un desembolso consistente en entrega de bienes, sin por ello desnaturalizar o desvirtuar el concepto de desembolso. Del concepto técnico de desembolso, se sigue que la Procuraduría no ha incurrido en un uso inapropiado del referido término.

B.- EL CONVENIO PERMITIA DIVERSAS MODALIDADES DE DESEMBOLSO

Se consulta literalmente:

“¿Cuál es la razón para que no pueda interpretarse que el Convenio claramente establecía distintas modalidades de desembolso (en los términos lingüísticos del concepto) de una suma de un millón de dólares?”.

Lo consultado no se comprende. A partir del Acuerdo del Directorio del BCIE, de una parte, y del Convenio de Cooperación Financiera no Reembolsable, la Procuraduría ha indicado que las Partes tenían frente sí varias modalidades de desembolso, no una sola relativa a la entrega directa de los recursos líquidos al Gobierno de la República. En efecto, en las páginas 40-42 nos referimos a las posibilidades en que podía realizarse el desembolso, señalando que podía consistir en la entrega de un millón de dólares al Estado o bien, en el pago a un tercero por los bienes y servicios entregados o bien en la entrega de bienes y servicios valorados hasta por un monto de un millón de dólares. Recuérdese que se dispuso como una de las Condiciones de la Cooperación:

“C. Los desembolsos de los recursos se efectuarán de conformidad con el plan de inversión y el cronograma de actividades que presente cada Estado fundador, los cuales se podrán hacer efectivos a las entidades gubernamentales encargadas de la ejecución de los programas o proyectos, o bien en forma directa a los proveedores de los bienes y servicios o a los beneficiarios de los recursos, cuando así lo soliciten los países para facilitar su ejecución. En todo caso, la Administración del Banco velará porque los recursos desembolsados se destinen a cubrir los propósitos establecidos en cada solicitud”.

En la Opinión Jurídica de mérito se indicó que la esta cláusula era “ambigua”, producto de la equivocidad del acuerdo mismo del Directorio del BCIE, del cual se hizo eco. Por lo que no podía interpretar que existía una única modalidad de desembolso hasta por un millón de dólares. En consecuencia, la Procuraduría no puede establecer que necesariamente el desembolso debía tener lugar mediante la entrega de un millón de dólares en dinero efectivo. Una interpretación restrictiva como la que se propone implica desconocer la cláusula antes transcrita. Es por ello que en la Opinión Jurídica se concluyó que: “Conforme el Acuerdo del BCIE, el Convenio estipula las formas en que podría tener lugar el desembolso de los recursos. El desembolso podía tener lugar en forma directa al beneficiario, sea la República de Costa Rica, en forma directa a los proveedores de los bienes y servicios requeridos o a los beneficiarios de los recursos. La forma de desembolso debía ser escogida por el beneficiario”. Así como en la página 46 indicamos que por la redacción de la sección 2.5.3, el objeto de la donación se precisa más por la interpretación realizada por las partes que por la literalidad del texto, agregándose que “se hubiera ganado en claridad y transparencia si en el Convenio de Cooperación se hubiera estipulado expresamente que lo donado serían bienes y servicios contratados por el BCIE”.

Por iguales consideraciones, la Contraloría General de la República, en Informe N° DFOE-SOC-43-2008 de 22 de octubre del presente año, la División de Fiscalización Operativa y Evaluativo, Área de Servicios Sociales, manifestó:

“Sobre lo descrito en este aparte, es importante señalar que en los dos Convenios suscritos con el BCIE, no existe claridad sobre la modalidad de ejecución de la donación, es decir si la cooperación no reembolsable era líquida (en efectivo) o en especie, así como tampoco la forma en que se harían las contrataciones de los consultores y el mecanismo para cancelar tales servicios. Al respecto, en el aparte 3.1.2. siguiente, se detalla lo relativo a la modalidad de ejecución y en el 3.2 se comenta lo referente a las al (sic) proceso utilizado en las contrataciones.

Una de las razones de la falta de claridad de los citados Convenios es, que dichos documentos son una literal transcripción de las Resoluciones previamente adoptadas por el Directorio. Al respecto, se considera aceptable, que esas Resoluciones establecieron una diversidad de opciones, partiendo de que las decisiones que adoptó el máximo órgano ejecutivo del BCIE, debían ser implementadas de acuerdo con las particulares necesidades y realidades de los ordenamientos jurídicos de los cinco Estados fundadores.

No obstante, no parece igualmente comprensible que al momento de concertar los términos del Convenio, el Banco y el Estado no hubieren especificado, dentro de las opciones brindadas por las Resoluciones, cuál de ellas se utilizaría para el caso costarricense. Sobre ese particular, lo pertinente hubiese sido que las partes especificaran en cada uno de los Convenios objeto de



análisis, la modalidad de administración a utilizar y las obligaciones de las partes”.

Consideraciones que reitera en las páginas 12 y 13 del Informe.

II.- LA OBLIGACION DE PRESUPUESTAR

Consulta Ud. si de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 176 de la Constitución, las donaciones realizadas al Estado de Costa Rica podrían considerarse como ingresos probables. Si existiría el deber de presupuestar las donaciones que esperaba recibir el Gobierno, así como si el Gobierno debía cumplir con lo dispuesto en los artículos 8, inciso a) y 66 de la Ley de la Administración Financiera que establece la obligación de presupuestar cualquier ingreso, independientemente de la fuente.

Estas preguntas parten de que el Convenio de Financiamiento dispuso la donación de hasta un millón de dólares, que sería desembolsado directamente al Gobierno de la República. Al consultar en los términos que se hace, se dejan de lado las otras posibilidades abiertas por el Convenio. En la Opinión Jurídica cuya aclaración se pide, la Procuraduría se refirió a los diversos supuestos comprendidos por el Convenio y las consecuencias que de ellos se derivan.

Para el caso de que el desembolso se hubiera hecho efectivo entregando recursos financieros en forma directa al Gobierno, la Procuraduría reiteró su criterio tradicional en el sentido de que, en este caso, a partir de que la donación se haga efectiva, se está en presencia de fondos públicos, que ingresan a caja única y que en su momento deben ser presupuestados. Presupuestados los recursos, tendrían que ser ejecutados en los términos en que lo disponen las normas costarricenses (así, página 39).

No obstante, lo cierto es que esa no fue la modalidad de desembolso que las Partes decidieron. Por el contrario, como consecuencia del Convenio de 23 de octubre de 2006, las Partes dispusieron el 31 de octubre del mismo año que la donación consistiría en bienes y servicios adquiridos por el BCIE con sus recursos. Por lo que indicamos que “no habrá fondos públicos que presupuestar y gestionar con base en las normas constitucionales y legales de Costa Rica. Pero sí bienes o servicios que constituirán fondos públicos”.

En vista de que la donación no consistiría en recursos financieros sino en bienes y servicios, se sigue como lógica consecuencia que no hubo ingresos que presupuestar. Al respecto es importante recalcar que el concepto de fondos públicos no se identifica con dinero en efectivo. Los recursos

financieros son una especie de los fondos públicos, término que comprende todos los bienes inmuebles y muebles (corporales e incorporales) propiedad de la Administración Pública.

Luego, no todos los fondos públicos se presupuestan. Se presupuestan los ingresos, que son aquéllos fondos cuya efectividad fiscal puede ser certificada. De conformidad con los artículos 176 y 180 de la Constitución Política, el contenido mínimo del presupuesto está dado por los ingresos probables y la autorización de gastos. El concepto de ingresos probables hace referencia a los ingresos cuya percepción es probable o que en tratándose de los ingresos extraordinarios se presume. Esa probabilidad o presunción de percepción determina que los ingresos deban ser estimados, certificándose su efectividad fiscal, para efectos de que sean ingresados al presupuesto.

Puesto que sólo se presupuestan los ingresos probables y a este concepto al que alude el artículo 8, inciso a) de la Ley N. 8131: la donación se presupuesta cuando lo donado son ingresos

Consecuentemente, la presupuestación hubiera sido necesaria si la donación fuere en dinero efectivo, desembolsado directamente al Gobierno de la República. En ese supuesto, el Gobierno hubiese tenido que ingresar los recursos en el proyecto de presupuesto que fuere procedente (Sala Constitucional, resolución N. 1716-90 de 15:00 de 27 de noviembre de 1990), para efecto de su aprobación por la Asamblea Legislativa. En ese supuesto, de no haber presupuestado no hubiera podido disponer de esa suma.

No obstante, al acordar las Partes que la donación consistiría en bienes y servicios, devino en innecesario preparar un proyecto de presupuesto extraordinario o bien, modificar el proyecto de Presupuesto Ordinario que estaba en conocimiento de la Asamblea Legislativa.

Precisamente, porque se convino que no habría donación de recursos financieros, no existen ingresos del Gobierno que deban formar parte de la caja única en los términos de los artículos 185 de la Constitución y 66 de la Ley de la Administración Financiera y Presupuestos Públicos.

Sobre estos mismos temas, la Contraloría en el Informe antes citado señala:

“En efecto, si el desembolso se hubiera dispuesto directamente a las entidades gubernamentales, habríamos estado ante una donación en efectivo que habría requerido que los recursos ingresaran al Presupuesto de la República y luego se ejecutaran en observancia de toda la normativa que rige la ejecución de fondos públicos, entre ella, la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos y la Ley de Contratación Administrativa.

Si se hubiera optado porque los recursos se mantuvieran en el BCIE y que este actuara como mero agente pagador o que se transfiriera directamente a los beneficiarios, la donación igualmente habría sido en efectivo por el monto de la cooperación, si bien no se habría presupuestado pero su ejecución se habría tenido que haber hecho acorde con las regulaciones que para esos efectos rigen la ejecución con recursos públicos.

Mas al haberse acordado entre las partes que el BCIE contrataría y en consecuencia pagaría directamente a los proveedores de los bienes y los servicios hasta agotar el límite económico o bien el plazo de la cooperación, nos enfrentamos a un caso en el cual las partes dispusieron la existencia de una donación en especie, en la cual el objeto de cada Convenio no era una cooperación no reembolsable en efectivo de un millón de dólares, sino una cooperación no reembolsable en bienes y servicios de hasta por un millón de dólares.

En este último supuesto, el producto de la cooperación debería formar parte de la Hacienda Pública, cuando los bienes y servicios donados, una vez aceptados, pasaran a formar parte del patrimonio estatal”. La cursiva no es del original.

III.- LA EFICACIA DE LA DONACIÓN

Las dudas en orden a la eficacia de la donación abarcan no sólo la recepción de los bienes y servicios y su integración a la Hacienda Pública, sino también si esa recepción puede surtir sus efectos con el solo consentimiento en orden a la transmisión de la propiedad. Dudas a las que nos referimos de seguido.

A.- EL CONVENIO NO TRASLADA LA PROPIEDAD EN FORMA DIRECTA

Consulta Ud. si la afirmación de que la firma del Convenio de Cooperación Financiera no traslada la propiedad del millón de dólares contradice lo dispuesto en el artículo 480 del Código Civil.

El artículo 480 ciertamente consagra el sistema consensual puro “nudo consenso” o traslativo, de acuerdo con el cual la transferencia del dominio se realiza al perfeccionarse el contrato, sea con la manifestación de consentimiento de las partes, sin que sea necesaria ni la tradición ni la inscripción, la cual sí es necesaria para darle eficacia frente a terceros. Debe entenderse, sin embargo, que eso es así cuando las Partes manifiestan su decisión de trasladar la propiedad con el solo consentimiento. Empero, no lo es cuando el consentimiento condiciona el traslado al cumplimiento de determinadas condiciones. De allí que sea importante tomar en cuenta cuál es el contenido del consentimiento.

El Directorio del BCIE acordó destinar a la cooperación financiera no reembolsable una suma de cinco millones de dólares cuyos beneficiarios serían los países centroamericanos. Con este Acuerdo determina el destino de los recursos: los fondos se destinan a financiar programas o proyectos del sector público de asistencia técnica y de desarrollo económico o social que cada país fundador defina, en concordancia con los planes estratégicos del Banco Centroamericano (Acuerdo del Directorio punto Primero IV-. Destino). Pero el Acuerdo no solo definió el destino de los proyectos, sino que determinó cuáles condiciones debían cumplirse para formalizar el convenio de cooperación financiera no reembolsable (cfr. VI Condiciones Especiales). El cumplimiento de estas condiciones determinaba la eficacia de la cooperación acordada.



De conformidad con ese Acuerdo, el Convenio de Cooperación Financiera no reembolsable dispuso que la cooperación sería por un monto de “hasta un millón de dólares”. Dicho monto estaría destinado:

“... exclusivamente para financiar proyectos y programas del sector público de asistencia técnica y de desarrollo económico o social que el Beneficiario defina en concordancia con los planes estratégicos del BCIE”.

La donación tiene como objeto financiar proyectos o programas específicos del sector público de asistencia técnica y de desarrollo económico o social que el Beneficiario (sea la República de Costa Rica) definiera en concordancia con los planes estratégicos del Banco. Estos proyectos y programas debían ser aprobados por el BCIE a efecto que se acreditaran los recursos a favor del Gobierno de la República. Solo una vez cumplidos estos actos y satisfechas las condiciones previas al primer desembolso, la donación podía ser efectiva. En efecto, es a partir del cumplimiento de todas esas condiciones que puede tener lugar el desembolso como transferencia internacional efectiva de los recursos financieros por parte del donante.

Nótese que si el acuerdo entre Partes tuviere como efecto directo e inmediato el traslado de la propiedad del millón de dólares, desde esa firma Costa Rica hubiera podido reclamar la entrega del referido monto. El millón de dólares sería propiedad del Gobierno, por lo que este hubiera podido solicitar su desembolso inmediato, o bien que si el desembolso se difería, el Banco le reconociera un estipendio por el depósito. Pero es claro que un reclamo con ese contenido no correspondería a lo pactado. La firma del Convenio da a Costa Rica no un derecho de propiedad sobre el millón de dólares, sino la expectativa de que si cumple con las condiciones fijadas en el Convenio podrá recibir hasta un millón de dólares. Si bien Costa Rica podía definir proyectos y programas de asistencia técnica y de desarrollo económico y social, estos debían ser aprobados por el Banco donante. Pero, además, aun cuando los planes o proyectos hubieran sido compatibles con los planes estratégicos del BCIE, Costa Rica no podía exigir la entrega del dinero si no había cumplido con las condiciones pactadas. En particular, si no se habían producido las condiciones necesarias para que se diera el primer desembolso. La eficacia de la donación estaba condicionada al cumplimiento de lo pactado.

Cabe recordar que en ningún momento se acordó que la totalidad de recursos debía ser trasladada en un solo acto. Por el contrario, se dispuso que el desembolso de los recursos se produciría con un plan de inversión y el cronograma de actividades. En los términos del convenio, Costa Rica sólo podía pretender el desembolso de los recursos en tanto esa pretensión fuere conforme con el plan de inversión y hubiere cumplido los actos requeridos para el desembolso de los recursos. Es claro que si por alguna razón ese plan de inversión o incluso el cronograma no se cumpliera, el desembolso podría no tener lugar, circunstancia que no es extraña a los convenios de cooperación financiera, sean estos reembolsables o no.

Precisamente porque la donación está condicionada por su destino y por el cumplimiento de las condiciones especiales, bien podría suceder que Costa Rica –conforme lo pactado- no recibiera la

totalidad de la suma de referida cita. El Convenio es claro en cuanto que la donación es hasta por el monto de un millón de dólares, suma máxima. Puesto que la donación es hasta por un millón de dólares al final del período bien podría suceder que el monto efectivamente donado fuere inferior a esa suma. Circunstancia que podría derivar, sea del proyecto o programa que se solicita financiar, sea por aspectos atinentes a la ejecución financiera y contable de los mismos. El monto que no hubiere sido desembolsado no pertenece al Gobierno, por lo que carecería de fundamento toda pretensión de la República de Costa Rica de reclamar que los montos no ejecutados le sean transferidos de manera de completar un millón de dólares. Simplemente los montos que no se llegaran a desembolsar son propiedad del Banco y no del Gobierno de la República. Todo lo cual es consecuencia de que la sola suscripción del convenio no traslada la propiedad de los recursos. La donación es efectiva a partir de que se dan las condiciones para que los fondos donados puedan ser utilizados.

Resulta claro que si las Partes someten su acuerdo de voluntad al cumplimiento de determinadas condiciones, solo en tanto estas se cumplan puede darse el traslado de la propiedad. Sencillamente, el condicionamiento producto del consentimiento difiere o impide, según la condición, que el traslado se produzca.

Además, como lo pone en evidencia el Informe del Organismo Contralor, la eficacia del Convenio requería que se precisara el mecanismo de desembolso aplicable a esa donación. Decisión fundamental porque de ella dependía la naturaleza de lo donado:

“A mayor abundamiento, obsérvese que al ser la precitada sección 2.5.3 una copia expresa de la cláusula V, Apartado C de las resoluciones que les dieron sustento, que como se dijo anteriormente contienen una redacción amplia, visto que debían ser implementadas en cinco ordenamientos diferentes, se requería necesariamente de previo a su ejecución, un comunicado del Gobierno beneficiario en donde se definiera la modalidad de desembolso que se utilizaría, al igual que una respuesta del BCIE, aceptando dicha modalidad.

Ello resulta de gran importancia, por cuanto no es sino hasta el momento del canje de notas, posterior a la rúbrica de los convenios entre la Presidencia de la República y el Banco Centroamericano de Integración Económica, en que quedó definida para el caso de Costa Rica la modalidad desembolso; luego, no sería aceptable una interpretación que pretendiera sostener que desde la rúbrica de los convenios de donación nos encontramos ante recursos pertenecientes a la Hacienda Pública, dado que, como se ha expuesto, existía una definición precisa todavía no adoptada que determinaría la naturaleza de los citados fondos.

La diferencia no es solamente un asunto de semántica jurídica, sino de claras implicaciones de frente a lo que la voluntad de las partes y las consecuencias que de ello resulten aplicables”.

Si era necesario precisar la modalidad de desembolso y es esta modalidad la que define y precisa lo donado, se sigue como lógica consecuencia que el Convenio suscrito entre las partes no tiene el efecto traslativo a que se refiere su consulta.

B.- LA INTEGRACION DE LOS BIENES A LA HACIENDA PÚBLICA

Se consulta a partir de cuándo debe entenderse que los bienes y servicios donados por el Banco Centroamericano de Integración Económica al Gobierno de la República son recibidos por este. En ese sentido, se tiene duda si es a partir de la designación de las personas contratadas o si es a partir de que el servicio es recibido a satisfacción.

La donación de bienes y servicios contratados por el donador a un ente público determina que estos pasen a integrar la Hacienda Pública. El punto es cuándo debe tenerse por recibido el bien o servicio por el Gobierno de la República. Aspecto que no es claro en nuestro ordenamiento.

El artículo 19 del Reglamento para el Registro y Control de Bienes de la Administración Central, Decreto Ejecutivo N° 30720 de 26 de agosto de 2002, dispone que para recibir bienes, obras y servicios a título gratuito se requiere cumplir los requisitos que allí se enumeran. Así, se diferencia entre los bienes que requieren inscripción en un Registro Público y aquéllos que no. En cuanto a los primeros, del texto se desprende que el recibo de los bienes se produce una vez autorizada la correspondiente escritura. No hay una disposición expresa para los casos en que la inscripción en el Registro Público no es requerida por el ordenamiento. Lo que podría plantear la duda de si la recepción tiene lugar con la emisión del acta de recibo de los bienes firmada por el donante y por el donatario. Lo que implicaría que tratándose de un servicio también habría que documentar la donación en un acta de recibo.

Del texto del referido artículo 19 se deriva, sin embargo, que el procedimiento allí previsto es más apropiado para los bienes inmuebles y los muebles corporales. Pero esa regulación podría no adaptarse a la generalidad de los servicios, en particular asesorías o consultorías. Se trata, en consecuencia, de un tema que requiere precisión, máxime que servicio es un conjunto de actividades que tienden a llenar necesidades de un tercero. Por consiguiente, hay servicios que no se materializan en un producto o prestación y que se identifican por ser instantáneas o en todo caso perecederas, así como no poder ser inventariadas o ser representadas fácilmente o medida su calidad antes de la prestación (servicios de información, seguros, salud, monitoreo).

En consecuencia, se trata de un punto en que se requiere precisión por parte del ordenamiento. No obstante, nota la Procuraduría que en Informe de la Contraloría a que se ha hecho referencia se indica que los bienes y servicios donados pasarán a formar parte del patrimonio estatal “una vez aceptados”.

En todo caso, puesto que la consulta ha sido planteada respecto de los servicios que fueron contratados en el marco de la donación, procede recordar que la Procuraduría es incompetente para pronunciarse sobre casos concretos y que, en consecuencia, no puede entrar a analizar el contenido y razón de ser de tales servicios, así como tampoco establecer por esta vía si los servicios de mérito ingresaron a la Hacienda Pública a partir de su recepción por el Gobierno de la República o si a partir de que los servicios fueron o pueden considerarse contratados y puestos a disposición del Gobierno.

CONCLUSION:

Por lo antes expuesto, es criterio no vinculante de la Procuraduría General de la República, que:

1. El concepto de desembolso utilizado en la Opinión Jurídica N° OJ-067-2008 de 8 de agosto anterior corresponde al utilizado para efectos de la cooperación financiera internacional reembolsable o no reembolsable. En ese contexto, desembolso no es solo la entrega de dinero efectivo y al contado a un receptor (que es la acepción común del término), sino también la compra de bienes y servicios para un receptor y, por extensión, la suma gastada. Los desembolsos registran la transferencia internacional real de recursos financieros o de bienes y servicios valorados al costo para el donante.
2. Por demás, esa definición de desembolso no se aleja sustancialmente de la segunda acepción de desembolso que registra el Diccionario de la Real Academia Española, sea el gasto, dispendio. Gasto que se refiere al empleo de dinero para la adquisición de bienes y servicios.
3. En el ámbito de la cooperación financiera, las partes pueden pactar un desembolso consistente en entrega de recursos líquidos o en la entrega de otros recursos, sean estos bienes materiales o servicios, valorados al costo para el cooperante, sin que en este último supuesto se desnaturalice o desvirtúe el concepto de desembolso.
4. El Convenio de Cooperación Financiera no Reembolsable suscrito entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Banco Centroamericano de Integración Económica permitía un desembolso en forma directa al beneficiario, sea la República de Costa Rica, pero también facultaba un desembolso a los proveedores de los bienes y servicios requeridos o a los beneficiarios de los recursos.
5. Dichas Partes convinieron en que el Banco otorgaría la cooperación mediante la contratación de proveedores de bienes y servicios que requiriera el beneficiario para los programas que llegaran a ser aceptados, así como efectuaría los pagos en forma directa a los proveedores contratados. Ergo, no habría entrega de dinero al Gobierno de la República de Costa Rica.
6. Cuando las partes han acordado que el traslado de la propiedad queda sujeto al cumplimiento de determinadas condiciones, resulta claro que el convenio no tiene el efecto de trasladar en forma inmediata la propiedad del bien de que se trate. Es decir, debe entenderse que al estar condicionado el traspaso al cumplimiento de determinadas condiciones, el traspaso queda diferido al cumplimiento de las condiciones.



7. La firma del Convenio Financiero no Reembolsable no tiene como efecto directo e inmediato la transmisión de la propiedad de hasta un millón de dólares, de manera que Costa Rica pudiera reclamar la titularidad del dinero en cuestión y la posibilidad de disponer de él. Esa eficacia requería la precisión de la modalidad de desembolso y del cumplimiento de las condiciones pactadas.

8. El contenido mínimo del presupuesto está dado por la estimación de los ingresos y la autorización de gastos. El concepto de ingresos probables hace referencia a los ingresos cuya percepción es probable o que en tratándose de los ingresos extraordinarios se presume. Esa probabilidad o presunción de percepción determina que deban ser estimados, certificándose su efectividad fiscal, para efectos de que sean ingresados al presupuesto.

9. De los artículos 176 de la Constitución Política y 8, inciso a) de la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos se deriva el deber de presupuestar los ingresos probables, independientemente de su origen. Ese deber comprende los ingresos provenientes de donaciones.

10. Puesto que se convino entre las Partes que la donación no consistiría en recursos financieros sino en bienes y servicios, se sigue como lógica consecuencia que no había ingresos que presupuestar.

11. Por el contrario, si se hubiere donado dinero en efectivo, el Gobierno de la República hubiera tenido que ingresar los recursos en el proyecto de Ley de presupuesto que fuere procedente.

12. Puesto que se convino que no habría donación de recursos financieros, no existen ingresos del Gobierno que deban formar parte de la caja única en los términos de los artículos 185 de la Constitución y 66 de la Ley de la Administración Financiera y Presupuestos Públicos.

13. Los bienes y servicios donados a un ente público integran la Hacienda Pública.

14. De conformidad con el artículo 19 del Reglamento para el Registro y Control de Bienes de la Administración Central, Decreto Ejecutivo N° 30720 de 26 de agosto de 2002, los bienes donados que requieren inscripción en un Registro Público, son recibidos por la Administración Pública una vez autorizada la correspondiente escritura.

15. Respecto de los bienes que no requieren inscripción en el Registro Público debe entenderse que el recibo tiene lugar con el acta de recibo de los bienes firmada por el donante y por el donatario.



16. De aplicarse esa norma, se tendría que los servicios, independientemente de que se materialicen o no en un producto o se incorporen a un bien material, pasarían a formar parte de la Hacienda Pública a partir de la aceptación formal por el donatario.

b) Opinión Jurídica No 67 de la Procuraduría General de la República.

[PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA]³

Opinión Jurídica: OJ-067-2008

8 de agosto, 2008

Licenciados

Alberto Salom Echeverría

Sergio Alfaro Salas

Diputados Asamblea Legislativa

Estimados señores Diputados:

Con la aprobación de la señora Procuradora General, me refiero a su atento oficio 195-ASE-2008 de 9 de julio último, mediante el cual solicitan que, de conformidad con el marco de legalidad vigente, la Procuraduría se pronuncie sobre la “legalidad de las donaciones del BCIE y la República de China y cómo se han administrado y ejecutado estos recursos”.

Agregan Uds. que tienen un interés específico en que se “investiguen los programas “Fortalecimiento del liderazgo y procesos de toma de decisiones” y “Gobernabilidad y reforma del Estado como herramienta del desarrollo”, así como el Contrato de Fideicomiso suscrito por la República de China, el BCIE y el MIVAH”. Asimismo, requieren que la Procuraduría General de la República determine la naturaleza de los recursos, públicos o privados y la legalidad de la administración y ejecución de los mismos.



Entiende la Procuraduría que la consulta que se le somete tiene como objeto obtener un pronunciamiento sobre la naturaleza de los recursos que han sido dirigidos a los programas antes mencionados. Por esa vía determinar el régimen jurídico aplicable. Como allí se indica, es interés de los consultantes que la Procuraduría analice la regularidad jurídica del procedimiento seguido para la ejecución de los recursos y los programas que a tal efecto se crearon.

Definido así el objeto de la consulta, debe enfatizarse que la Procuraduría es incompetente para emitir un pronunciamiento sobre los programas indicados y, en particular, sobre la ejecución de los recursos de mérito. Dicha competencia corresponde a la Contraloría General de la República. La Procuraduría se pronuncia sólo por vía general respecto de la naturaleza que pueden tener los recursos donados.

I-LA FUNCIÓN CONSULTIVA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.

La “función consultiva” de la Procuraduría General se materializa en la emisión de dictámenes y opiniones jurídicas para las diferentes autoridades administrativas que componen la Administración Pública activa y que, por disposición de ley, se encuentran legitimadas para solicitar el criterio de este Órgano Consultivo.

El fin último que se persigue con la emisión de dictámenes y opiniones jurídicas es el de ayudar a esclarecer a la autoridad administrativa, mediante el criterio técnico jurídico, sobre los principios y modalidades de sus competencias al momento de emitir un acto administrativo, así como sobre el alcance de las diversas normas que integran el ordenamiento jurídico. Es así como:

“Función de asesoramiento, el acto consultivo debe preceder la adopción de la decisión. Los imperativos de buena administración, exigen que la autoridad administrativa pueda obtener, previamente a la toma de la decisión, una opinión que le aclare sobre los fundamentos y consecuencias de su actuación. En ese sentido, se ha indicado que “difícilmente puede ilustrarse (función propia del órgano consultivo) si ya se ha adoptado la decisión por parte del órgano activo” (E, GARCIA TREVIJANO GARNICA: “La función consultiva de las Administraciones Públicas”, in Revista de Administración Pública, N° 133, 1994, p. 138). Desde luego que no le corresponde al órgano consultivo valorar lo actuado por la Administración sin sujeción a ninguna formalidad consultiva. Por el contrario, el órgano consultivo debe asesorar para que la Administración adopte la decisión que en Derecho proceda. En ese sentido, la función de orientación y la función consultiva tienen de común que ambas preceden la decisión administrativa. Pero eso no significa que ambas se confundan, de modo tal que pueda afirmarse que el acto consultivo es una línea de orientación.

(....).



Podría estimarse que en el tanto se asesora, se ilustra a la Administración, se le está informando del estado de un asunto o negocio y que en ese sentido, el que asesora orienta. Así, por ejemplo, el órgano consultivo señala cuáles son las normas aplicables a una situación o relación determinada, cuáles son las posibles consecuencias de un accionar, cuáles son las relaciones entre las normas del ordenamiento, por ejemplo”. Dictamen N° C-329-2002 de 4 de diciembre de 2002.

El sustento normativo de la función consultiva se encuentra en los artículos 2, 3, 4 y 5 de nuestra Ley Orgánica. A efecto del presente análisis es importante citar el artículo 4:

“ARTÍCULO 4°.-

CONSULTAS:

Los órganos de la Administración Pública, por medio de los jefes de los diferentes niveles administrativos, podrán consultar el criterio técnico-jurídico de la Procuraduría; en cada caso, deberán acompañar la opinión de la asesoría legal respectiva, salvo el caso de los auditores internos, quienes podrán realizar la consulta directamente”.

(Así reformado por el inciso c) del artículo 45 de la Ley N° 8292 de 31 de julio del 2002, Ley de Control Interno).

Al tenor del citado artículo, la consulta a la Procuraduría General debe reunir una serie de requisitos a cumplir por parte de la Administración consultante. Entre ellos:

Las consultas deben ser formuladas por los jefes de la respectiva Administración Pública

Se debe acompañar la opinión de la asesoría legal respectiva. Se exceptúa el caso de los auditores internos

Las consultas no deben versar sobre casos concretos

Debe respetarse la competencia consultiva de otros órganos, por ejemplo la de la Contraloría General de la República en materia de hacienda pública.

La consulta debe plantearse en ejercicio de las funciones de la Autoridad consultante.

Para efectos de la consulta que nos ocupa, interesan tres aspectos: la competencia para consultar, la competencia consultiva de la Contraloría General de la República, a la que nos referiremos en el siguiente parágrafo y la consulta sobre casos concretos.

A.-UNA ASESORIA A LA ADMINISTRACION PÚBLICA

De conformidad con nuestra Ley Orgánica, la función consultiva se ejerce en relación con la Administración Pública y a solicitud de la autoridad administrativa. Lo anterior tiene consecuencias respecto de la Asamblea Legislativa y los señores Diputados. La Asamblea Legislativa sólo excepcionalmente puede ser considerada Administración Pública. Para tal efecto se requiere que ejerza función administrativa. Por demás, la calidad de diputado es incompatible con la de autoridad administrativa.

No obstante, en un afán de colaborar con los señores miembros de la Asamblea Legislativa, la Procuraduría ha venido evacuando las consultas que formulan los señores diputados, a efecto de facilitarles el ejercicio de las altas funciones que la Constitución les atribuye. Es este el caso de las opiniones no vinculantes que se rinden en relación con un determinado proyecto de ley o en relación con aspectos que pueden considerarse cubiertos por la función de control político y que razonablemente puedan considerarse de interés general. Es claro que esta forma de colaboración no dispuesta en la Ley tiene como objeto, reiteramos, colaborar en la satisfacción de las funciones parlamentarias y ello mediante un asesoramiento de índole estrictamente jurídico. Asesoramiento que no puede desnaturalizar la función consultiva de la Procuraduría y particularmente mediatizar su función, al punto de impedirle suministrar la asesoría a quien está legitimado para solicitarla, sea la Administración Pública. En ese sentido, el asesoramiento a los señores diputados tiene como límite el contenido propio de la función consultiva, su eficiente ejercicio respecto de la Administración Pública y la razonabilidad y medida de la consulta que se formule.

De lo anterior se desprende que el ejercicio de la función consultiva a solicitud de los señores Diputados no sólo no es ilimitado sino que debe respetar la competencia de la Procuraduría. Y en ese sentido cobra particular importancia el objeto de la consulta: el interés de los consultantes es que la Procuraduría emita un pronunciamiento sobre los programas denominados “Fortalecimiento del liderazgo y procesos de toma de decisiones” y “Gobernabilidad y reforma del Estado como herramienta de desarrollo”, en particular sobre los contratos que respecto de ellos se han realizado.

B.- INCOMPETENCIA PARA PRONUNCIARSE SOBRE LOS PROGRAMAS

Ha sido reiterado el criterio de la Procuraduría en orden a su incompetencia para pronunciarse sobre situaciones concretas que deben ser resueltas o son objeto de conocimiento por la Administración Activa. Es por ello que al determinar la Procuraduría que la Administración consulta sobre un caso o asunto concreto, declara la inadmisibilidad de la consulta. Sobre nuestra competencia, hemos indicado:

“ La Procuraduría General de la República es el órgano superior consultivo en materia jurídica de la Administración Pública. De ese hecho está habilitada para conocer de las consultas que sobre las distintas regulaciones jurídicas le presenten las autoridades administrativas y, por ende, sobre la competencia, en tanto conjunto de poderes, facultades, deberes y obligaciones, de dichas autoridades. Por ello, en ejercicio de su función consultiva le corresponde interpretar las distintas normas jurídicas, asesorando a la Administración sobre el contenido de las regulaciones jurídicas y los efectos que éstas pueden producir.



No obstante la competencia consultiva general que el artículo 3 de la Ley Orgánica le atribuye, la Procuraduría ha señalado reiteradamente que en virtud del efecto vinculante de sus dictámenes no le corresponde entrar a pronunciarse sobre situaciones concretas, así como tampoco le está permitido dirimir los distintos conflictos que se sometan a decisión de los entes públicos. La función consultiva no puede, en efecto, llevar a un ejercicio efectivo de la función de administración activa. Ejercicio que implicaría una sustitución de la Administración activa, única competente de acuerdo con el ordenamiento jurídico para resolver los casos sometidos a su conocimiento. La Procuraduría desconocería su propia competencia si entrara a sustituir a la Administración, resolviendo los casos concretos”. Dictamen C-141-2003 de 21 de mayo de 2003.

Corresponde a la Procuraduría analizar y precisar los distintos institutos, principios y reglas jurídicas, abstractamente considerados. La regla es, entonces, que la Procuraduría se pronuncie por vía general, no sobre casos concretos. La sola excepción está referida a los supuestos establecidos en los artículos 173 y 183 de la Ley General de la Administración Pública. La declaratoria de nulidad absoluta, evidente y manifiesta de los actos administrativos declaratorios de derechos prevista en el artículo 173 de dicha Ley General es el supuesto más usual en que el Órgano Consultivo conoce de un acto concreto. Obsérvese que en dicho supuesto no se está ante el ejercicio normal de la función consultiva. Por el contrario, el dictamen, obviamente vinculante, que emita la Procuraduría es un elemento del procedimiento del acto administrativo (así, Sala Constitucional, resolución N° 4639-2003 de 8:30 hrs. de 23 de mayo de 2003).

Fuera de ese supuesto y de lo indicado en el numeral 183 de la Ley General de cita, la Procuraduría no puede pronunciarse sobre casos concretos, aun cuando la consulta sea formulada por la autoridad administrativa competente. Y si no puede hacerlo a solicitud de la Administración Pública, menos procede hacerlo a solicitud de un señor Diputado, a quien el ordenamiento no le ha confiado la posibilidad de consultar a la Procuraduría.

Lo antes expuesto no excluye, obviamente, que en ejercicio de otras competencias distintas de la consultiva, la Procuraduría pueda conocer de actuaciones concretas de la Administración Pública y, en particular, de los funcionarios públicos. Se encuentra dentro de ese supuesto no solo la función litigiosa sino ante todo las facultades que la Ley otorga a la Procuraduría de la Ética.

Se solicita de la Procuraduría que “investigue” y se pronuncie sobre la legalidad de los programas denominados “Fortalecimiento del liderazgo y procesos de toma de decisiones” y “Gobernabilidad y reforma del Estado como herramienta de desarrollo, así como de un contrato de Fideicomiso suscrito por la República de China, el BCIE y el MIVAH.

La función consultiva implica interpretar el ordenamiento jurídico, no determinar cómo se ha formulado o desarrollado un programa concreto o bien, los contratos que en ejecución de ese programa han sido suscritos. El análisis de la legalidad de los programas de mérito excede el ámbito de la función consultiva, según lo indicado. En efecto, puede considerarse que enmarca como un asunto concreto, con el agravante de que se tiene conocimiento de que esos programas están siendo objeto de análisis por parte de la Contraloría General de la República. Un análisis que,



en todo caso, ya ha realizado el Órgano de Control sobre el contrato de fideicomiso supra citado.

C.- COMPETENCIA CONSULTIVA DE LA CONTRALORIA

En virtud de lo dispuesto en los artículos 5 de nuestra Ley Orgánica y 29 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, ha sido criterio reiterado de la Procuraduría que corresponde a dicho Órgano Contralor la competencia para evacuar consultas sobre el “ámbito de su competencia”. Una competencia que está referida a la función de control, más específicamente, de control de la Hacienda Pública en los términos en que la define el artículo 8 de su Ley Orgánica. Esa competencia ha sido reafirmada por el propio Órgano de Control, al expresar luego de la entrada en vigencia de su Ley Orgánica:

"(...) la competencia que ejerce la Contraloría General sobre la Hacienda Pública, debe entenderse referida, para efectos prácticos, a tres grandes áreas en las que constitucional y legalmente ésta resulta indiscutible, a saber, en materia de interpretación de normas de ejecución y liquidación presupuestaria, en todo lo concerniente al área de fiscalización y, por último, en todo lo relacionado con el área de la contratación administrativa" (Contraloría General de la República, Dirección de Asuntos Jurídicos, oficio N° 698-DAJ-96, del 23 de marzo de 1996).

Criterio que también se encuentra presente en el oficio DAGJ-2267-2001 del 5 de diciembre de 2001.

En el dictamen N° C C-268-2003 de 10 de septiembre de 2003 indicó la Procuraduría sobre esa distribución de competencias:

“ La consulta gira en torno a aspectos estrechamente ligados a la disposición y manejo de recursos públicos mediante actividad contractual, y la competencia exclusiva y prevalente sobre la materia de la contratación administrativa está claramente delimitada a favor de la Contraloría General de la República (véase, entre otros, los dictámenes C-114-96 de 19 de julio de 1996, C-120-96 de 24 de julio de 1996, OJ-031-97 de 9 de julio de 1997, OJ-036-98 de 8 de agosto de 1998, OJ-032-98 de 23 de abril de 1998 y OJ-019-98, Op. cit., C-016-98 de 6 de marzo de 1998 y OJ-125-200 de 14 de noviembre del 2000; así como los artículos 12 y 29 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República –N° 7428 de 7 de septiembre de 1994-, 3º, 22 y 23 de la propia Ley de Contratación Administrativa).

Por consiguiente, esta Procuraduría no puede ni debe ejercer su función consultiva. “En primer término, porque la competencia en las materias aludidas atrás (hacienda pública y contratación administrativa), es exclusiva y prevalente de la Contraloría General de la República. En segundo lugar, porque, en el eventual caso de que la haya ejercido y exista un criterio del órgano contralor, y éste fuera discrepante del nuestro, podría crear confusión a los operadores jurídicos. Por último, y ante la ausencia de criterio de la Contraloría General de la República sobre el tema, se podría inducir a error a los operadores jurídicos, en el sentido de que la Procuraduría General de la República avala los convenios celebrados por la Municipalidad, así como el procedimiento seguido. En vista de lo anterior, lo más recomendable y oportuno, en este asunto, es darle la oportunidad al

órgano contralor para que se pronuncie en las materias propias de su competencia.” (Dictamen N° C-051-2002 del 20 de febrero de 2002).

En el presente caso, se solicita de la Procuraduría pronunciarse sobre la legalidad de donaciones recibidas del exterior, su administración y ejecución. Asimismo, sobre los programas de la Administración Pública a que se refieren esas donaciones, así como a la naturaleza de los recursos allí presentes.

Es público y notorio que el Órgano de Control ha asumido el conocimiento de esas donaciones y, por ende de diversos contratos suscritos al amparo de los programas denominados “Fortalecimiento del liderazgo y procesos de toma de decisiones” y “Gobernabilidad y reforma del Estado como herramienta de desarrollo”. En ejercicio de su competencia, tendrá que determinar la legalidad de los referidos contratos y, en general, de los programas en cuestión.

Por otra parte, existe un pronunciamiento de la Contraloría sobre la legalidad del contrato de Fideicomiso suscrito por la República de China, el Banco Centroamericano de Integración Económica y el Ministerio de Vivienda y Asentamientos Humanos. En efecto, mediante el oficio N° 5018 (FOE-SOC-0387 de 16 de mayo de 2007, a solicitud del Auditor Interno del Ministerio de Vivienda y Asentamientos Humanos (MIVAH), la Contraloría se pronunció sobre diversos aspectos relacionados con el citado Contrato. Entre ellos la legalidad de que funcionarios del Ministerio prestaren servicios de consultoría al fideicomiso y la competencia de la Auditoría para auditar los fondos del fideicomiso, así como la procedencia del refrendo por parte de la Contraloría. Es este último punto lo que permite al Órgano de Control referirse a la naturaleza de los recursos del Fideicomiso. Al efecto, indicó la Contraloría:

“En cuanto al origen de los recursos fideicometidos, es criterio de este órgano contralor, que los mismos no pueden ser considerados como recursos públicos pertenecientes al Gobierno de Costa Rica. En este caso, tenemos que el Gobierno de la República de China (Fideicomitente), aporta y traspasa la suma de dos millones cuatrocientos ochenta y ocho mil quinientos dólares exactos al BCIE (Fiduciario) para que administre dichos recursos en apoyo al Sector Social y Lucha contra la Pobreza, en beneficio del Gobierno de Costa Rica a través del MIVAH (Fideicomisario)”. La negrita es del original.

Ese criterio se apoya en la opinión de la División de Contratación Administrativa externada con motivo del refrendo de un contrato relacionado con recursos aportados por la Comunidad Europea. En oficio N° DCA-0101 (00231) de 15 de enero de 2007 se consideró que los recursos aportados no constituyen fondos públicos pertenecientes al Estado costarricense.

Agrega la Contraloría en el oficio 5018 que los recursos fideicometidos no son fondos públicos porque el propio fideicomitente decidió ubicarlos directamente en el fiduciario, sin que en el traslado de los recursos se haya dado una participación de un ente público que cambie la naturaleza de los recursos. Por lo que “en ningún momento pasan a ser parte del patrimonio público”. Se añade que los recursos no son administrados por un ente público y en cuanto al Ministerio como

fideicomisario, lo que importa es que los controles relativos a la planificación y ejecución garanticen que los recursos sean utilizados para los fines previstos. Analiza la Contraloría las potestades propias de la Hacienda Pública para concluir que esas potestades corresponden al Banco Centroamericano de Integración Económica en su condición de Fiduciario, lo que contribuye a concluir que los recursos no son de naturaleza pública, “por cuanto su origen y administración no ha estado a cargo de un ente del Estado costarricense”. Por lo que dichos recursos no reúnen las características a que se refieren los artículos 1, 8 y 9 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. De esa forma, se determina que ni la Contraloría ni la auditoría interna son competentes para auditar los recursos fideicometidos y administrados por el BCIE.

Sin embargo, la Contraloría considera que dichos recursos están previstos y revestidos de un fin público, cual es el apoyar el Sector Social y Lucha contra la Pobreza. La Auditoría Interna puede fiscalizar el cumplimiento de los fines previstos en el contrato de Fideicomiso. En particular, fiscalizar la planificación y ejecución del proyecto por parte del MIVAH y el aporte que este debe realizar al proyecto.

Puesto que el órgano competente se ha pronunciado sobre la legalidad del Contrato de Fideicomiso suscrito por la República de China, el Banco Centroamericano de Integración Económica y el Ministerio de Vivienda y Asentamientos Humanos, la Procuraduría está impedida de pronunciarse sobre dicho punto. Importa destacar, empero, que dicho Contrato no se financia con fondos públicos.

Cabe referirnos a la situación del Banco Centroamericano de Integración Económica respecto de su cooperación para Costa Rica.

II.-EL BCIE: UNA PERSONA JURÍDICA INTERNACIONAL CUYOS FONDOS NO SON COSTARRICENSES

Como se indicó, la consulta solicita que la Procuraduría General de la República se pronuncie sobre la legalidad de las donaciones del Banco Centroamericano de Integración Económica y la República de China y se determine la naturaleza de los recursos, públicos o privados, y la legalidad de la administración y ejecución de estos recursos. De acuerdo con los párrafos anteriores, este Órgano Consultivo no puede pronunciarse sobre la legalidad de la administración y ejecución de los recursos en cuestión. Luego, la Contraloría ya indicó que los recursos donados por la República de China no son fondos públicos para efectos del ordenamiento costarricense.

Temas pendientes son la procedencia de la donación y la naturaleza de los recursos que habría donado el Banco Centroamericano de Integración Económica.

Puesto que el primer aspecto que debe dilucidar la Procuraduría es el de su propia competencia, tiene que determinar si puede pronunciarse sobre la naturaleza de los recursos, a efecto de establecer si son públicos o no.



Ha sido criterio recurrente de la Procuraduría General que en materia de definición de fondos públicos existe una competencia prevalente de la Contraloría General de la República. De conformidad con dicho criterio, debe concluirse que el Órgano de Control es el competente para pronunciarse sobre la naturaleza de los recursos donados por el Banco Centroamericano de Integración Económica.

No obstante, la Procuraduría entra a pronunciarse por vía general, tomando en cuenta la naturaleza del convenio de cooperación financiera y sin perjuicio de lo que determine la Contraloría en ejercicio de su competencia, a efecto de establecer la procedencia de la donación de conformidad con el ordenamiento jurídico costarricense.

Procede recordar, en este orden de ideas, que la Procuraduría ya ha tenido oportunidad de referirse a ese Ente y a su relación con el Estado costarricense. En efecto, ante una consulta de la Dirección Ejecutiva de la Asamblea Legislativa, la Procuraduría se refirió a la naturaleza jurídica del Banco Centroamericano de Integración Económica y a su capacidad para contratar en el Derecho Costarricense.

El dictamen C-210-2005 de 30 de mayo de 2005 afirma la naturaleza jurídica internacional del BCIE, su capacidad para contratar en el Derecho Interno, lo que le permite ser parte en contratos administrativos suscritos con el Estado costarricense. A efecto de clarificar cualquier duda que hubiere surgido sobre estos puntos, la Procuraduría retoma los aspectos antes indicados:

A.- EL BCIE ES UNA PERSONA JURÍDICA INTERNACIONAL

A partir del análisis del Convenio Constitutivo del BCIE, la Procuraduría ha señalado en el dictamen de mérito:

“El Banco Centroamericano de Integración Económica surge a la vida jurídica dentro del proceso de integración económica centroamericana. En el Tratado General de Integración Económica encontramos la expresa manifestación de voluntad de los Estados Partes dirigida a crear un organismo de Derecho Internacional de carácter financiero:

“Artículo XVIII

Los Estados signatarios acuerdan establecer el Banco Centroamericano de Integración Económica que tendrá personalidad jurídica propia. El Banco actuará como instrumento de financiamiento y promoción del crecimiento económico integrado sobre una base de equilibrio regional.

Con ese fin suscribirán el Convenio Constitutivo de dicha institución, el cual quedará abierto a la firma o a la adhesión de cualquier otro Estado centroamericano que desee ser miembro del Banco.



(....)”.

Producto del acuerdo de los Estados Partes del proceso de integración, la personalidad jurídica del Banco es propia del Derecho Internacional, tal como resulta del artículo primero de su Convenio Constitutivo, aprobado por Ley N° 3152 de 6 de agosto de 1963. Establece dicho artículo:

Artículo 1.-

El Banco Centroamericano de Integración Económica, es una persona jurídica, de carácter internacional, que ejercerá sus funciones conforme al presente Convenio Constitutivo y sus Reglamentos”.

Conforme las disposiciones de Derecho Internacional, los tratados públicos y convenios internacionales son fuente creadora de personas jurídicas internacionales. Dado que el Derecho Comunitario es parte del Derecho Internacional Público, el Banco es una persona de Derecho Internacional Público. Lo que explica el régimen jurídico particular que le rige. Un régimen jurídico diferente y que no se subsume en el Derecho Interno de ninguno de los países que concurren a su constitución. Diferente también al régimen jurídico de las personas de Derecho Internacional Privado. Esas particularidades han sido reconocidas por nuestros tribunales, en especial en materia laboral. (....).

La subjetividad internacional requiere que el Derecho Internacional regule la actividad del ente, tanto acordándole derechos como imponiéndole obligaciones. En tanto esos dos aspectos -derechos y obligaciones- no sean establecidos directamente por el Derecho Internacional, no cabe hablar de una subjetividad internacional. En el caso del Banco Centroamericano su organización, patrimonio, el régimen jurídico de funcionamiento son establecidos por el Convenio Constitutivo y los Reglamentos que lo ejecutan. Normas que son parte del Derecho Comunitario Centroamericano; por ende, es el Derecho Internacional, no un Derecho Interno, el que determina su marco de acción.

Ese régimen propio del Derecho Comunitario no excluye que al contratar con los Estados Partes el Banco se someta a disposiciones del derecho interno del Estado correspondiente”.

Si analizamos los diversos instrumentos comunitarios, se detecta que estos categorizan al Banco como una institución especializada del Sistema de Integración Económica; así, artículo 37 del Protocolo del Tratado General de Integración Económica Centroamericana (Protocolo de Guatemala) de 29 de octubre de 1993, aprobado por Ley N° 7629 de 26 de septiembre de 1996. El artículo 48 de ese Protocolo, en su segundo párrafo, reafirma la “plena autonomía funcional” del Banco de conformidad con el convenio constitutivo. Plena autonomía que no excluye su sujeción a los instrumentos comunitarios y a las “políticas y directrices regionales adoptadas en el Subsistema de Integración Económica Centroamericana”. Por su parte, el artículo 9 del Tratado de Integración Social Centroamericana, firmado el 30 de marzo de 1995 y aprobado por la Ley N° 7631 de 26 de septiembre de 1996, señala que el Banco es una institución que cumple funciones sociales.



La condición de persona jurídica internacional que ostenta el Banco Centroamericano de Integración Económica no excluye que celebre contratos con un Estado o con sujetos particulares de un Estado. Aspecto a que se hizo referencia en el dictamen N. C-210-2005: el BCIE puede celebrar contratos administrativos sujetos a la Ley de Contratación Administrativa.

“En el criterio de la Asesoría Legal se hace referencia a la posibilidad de suscribir contratos administrativos sujetos a la Ley de Contratación Administrativa. En efecto, en virtud de la personalidad jurídica reconocida en su Convenio, el Banco puede realizar con la administración pública de los Estados Parte contratos administrativos en la medida en que el objeto del contrato sea conforme con los fines del Banco, salvo que existan limitaciones internas.

En lo que se refiere al Derecho costarricense procede recordar que el artículo 2, inciso b) de la Ley de la Contratación Administrativa permite la contratación directa con otros Estados o con “sujetos de derecho público internacional”. Categoría en la que se enmarca el Banco Centroamericano. Dado que dicha Ley no regula los convenios de crédito público, se entiende que los contratos que pueden ser realizados carecen de naturaleza financiera. De esa forma, es posible concebir que entre la Administración Pública y una entidad de Derecho Público Internacional se suscriba un contrato administrativo referido a la adquisición de bienes o la prestación de servicios. Contratos que no requerirán aprobación legislativa en tanto no se esté en presencia de crédito externo u otra forma de financiamiento externo.

Corresponde a la Contraloría General de la República, en el ejercicio de su competencia prevalente en materia de contratación administrativa, pronunciarse sobre la contratación administrativa que pretenda llevar a cabo la Asamblea Legislativa con el BCIE.

Como cocontratante de la Administración, el sujeto de Derecho Internacional se sujeta al ordenamiento costarricense, tanto en lo que se refiere a los procedimientos de contratación administrativa como a los controles que establezca el ordenamiento. Esto último se indicó en la Opinión Jurídica N° OJ-105-2004 de 30 de agosto de 2004:

“De la normativa transcrita se desprende con claridad, que los acuerdos de marras se encuentran efectivamente sometidos a la legislación nacional. En primer lugar, porque someten a las leyes laborales de Costa Rica las relaciones de servicio del personal que labora en la ejecución de ambos convenios, en vez de ser sometidos al régimen especial que establece el artículo 22 de la Ley N° 7231 del 9 de mayo de 1991 - que aprueba el Convenio para la Constitución del OIRSA - que otorga la condición de funcionarios internacionales al personal de dicho Organismo. En segundo término, porque la puesta en aplicación de los referidos acuerdos - así como sus modificaciones en el caso del Convenio de Programas Fito y Zoonosanitarios, aún cuando sea facultativa - se encuentra condicionada a que los mismos sean refrendados por la Contraloría General de la República. Lo que no sucedería, si esos Convenios se encontraran regulados por el Derecho Internacional, caso en el cual el Órgano Contralor no tendría facultad de aprobación sobre éstos, en razón de que sería la Asamblea Legislativa - mediante Ley de la República - la que tendría dicha competencia, de conformidad con los artículos 7 y 121 inciso 4 de la Constitución



Política”.

(...).

Al respecto, debe tomarse en cuenta que como sujeto de Derecho Internacional, OIRSA no integra la Hacienda Pública costarricense. Por otra parte, como sujeto de Derecho Internacional es titular de privilegios (artículo 31 del Convenio de constitución), entre los cuales se incluye lo dispuesto en el artículo 24 del Convenio de Viena sobre relaciones internacionales, referido a los documentos de la organización:

“Los archivos y documentos de la misión son siempre inviolables, dondequiera que se hallen”.

Es de advertir, sin embargo, que esos privilegios se otorgan para el ejercicio de las funciones que competen a la misión conforme el Derecho Internacional. Supone, entonces, que la entidad actúa las competencias que le corresponden a nivel internacional. Dichos privilegios no han sido previstos en relación con la actuación de la entidad como parte en un contrato administrativo.

Por otra parte, la Constitución establece la función de control sobre la Hacienda Pública. El contrato administrativo es un instrumento que forma parte de la Hacienda Pública en sentido funcional y objetivo. La existencia de un contrato administrativo determina la competencia de la Contraloría General de la República tanto respecto de su formación como de su ejecución. Y ese control debe predicarse aún más si los fondos que el convenio genera son administrados por una tercera entidad que no adquiere la titularidad de los mismos. El ejercicio de esos controles no puede ser imposibilitado por el hecho de que los fondos públicos sean administrados o custodiados por una entidad internacional conforme un contrato administrativo. En efecto, la función de control es de rango constitucional y su ejercicio no tiene como límite la naturaleza internacional de quien custodie o administre tales fondos. De lo contrario, la Administración Pública podría recurrir a la contratación administrativa de entidades internacionales como artificio para substraerse al ordenamiento constitucional y legal sobre la Hacienda Pública”.

Se reafirma, así, que la Contraloría General de la República puede ejercer los controles que la Constitución y la Ley prevén sobre los contratos suscritos por la Administración Pública costarricense con una entidad de Derecho Internacional, así como sobre los fondos públicos que esa entidad administre o custodie.

Va de suyo, además, que salvo que exista disposición en contrario, el Organismo Financiero puede ser parte en contratos con particulares, sea dirigidos a satisfacer sus necesidades instrumentales como persona; por ejemplo, arrendamientos, compra ventas, sea en supuestos en que está autorizado, contratos comerciales como el fideicomiso. Al comparecer en esos contratos, el Banco se sujeta al ordenamiento jurídico nacional.

En resumen, por su acto de constitución, el Banco Centroamericano de Integración Económica es una persona de Derecho Internacional Público. Para su constitución no se aplicaron las reglas del

Derecho Costarricense, más aún no es persona jurídica costarricense. Por su personalidad, es un sujeto de Derecho Internacional Público, del cual debe predicarse la independencia respecto del Estado Costarricense, pero puede entrar en contrataciones con diversas personas, físicas y jurídicas, de nacionalidad costarricense; en cuyo caso, se le aplicará el ordenamiento costarricense.

B.-UNA PERSONA INDEPENDIENTE DEL ESTADO COSTARRICENSE

De acuerdo con el texto original del Convenio Constitutivo del Banco Centroamericano de Integración Económica, el Gobierno de Costa Rica no concurrió a la creación del Banco Centroamericano de Integración Económica. No obstante, a partir de la integración del país al Sistema de Integración Económica Centroamericana, Costa Rica es considerada Estado Fundador del BCIE. En efecto, el texto actual del artículo 4 del Convenio estipula en lo que aquí interesa:

“Miembros, capital, reservas y recursos

Artículo 4º—

a) Son países fundadores del Banco las repúblicas de Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica, en adelante llamados "países fundadores". Cada vez que en el texto de este Convenio se lea "estado fundador", "estados fundadores", "miembro fundador" o "miembros fundadores" debe entenderse referido al término "países fundadores".

La condición de país fundador que ostenta Costa Rica, la calidad de miembro afirmado por otras normas del Convenio, podría llevar a interpretar que entre el Banco y el Gobierno de Costa Rica se establece una relación similar a la que corre entre el Estado y las entidades creadas por él. En concreto, que el Banco podría ser considerado una entidad de capital costarricense y ser asimilado, entonces, a una institución pública. El aporte del Estado costarricense determinaría, bajo esa interpretación, que el Banco es una entidad pública para los efectos de nuestro ordenamiento y, consecuentemente, sus recursos y patrimonio serían públicos conforme nuestro ordenamiento.

Una interpretación en ese sentido no se conforma, ciertamente, con el estado actual del ordenamiento. Como ya se indicó, el Banco no sólo es persona jurídica sino que es persona jurídica internacional. Su personalidad jurídica no deriva de una norma de Derecho costarricense. Luego, su independencia, definida por el Derecho Comunitario, se impone al Estado costarricense. Pero, además, la condición de miembro fundador que tiene el Estado costarricense no puede ser asimilada a la condición de socio de una sociedad comercial pública. El Banco Centroamericano de Integración Económica no es una entidad financiera de capital costarricense.

Normalmente se considera que una entidad empresarial es entidad pública cuando su capital social es dominado si no en su integridad al menos en su mayoría por entes públicos; de lo que se sigue un dominio, un poder preponderante, mejor dicho casi absoluto, de decisión o de gestión sobre la entidad. Cuando una de esas dos condiciones (dominio del capital o dominio del poder de decisión)

se produce, se está en presencia de un ente público. Es claro que estos elementos no se presentan en la relación entre el Estado costarricense y el BCIE.

Costa Rica no solo no detenta la titularidad del capital social sino que tampoco es titular de potestades que le permitan dominar la adopción de decisiones por parte del Banco.

En orden a la participación financiera de Costa Rica en el capital social del Banco, cabe recordar que esa participación está representada por acciones expedidas a favor de los respectivos Estados. Los Estados fundadores, entre los que se encuentra Costa Rica, han suscrito “por partes iguales”, mil veinte millones de dólares de los dos mil millones de dólares que constituye el capital social autorizado del Banco. Puesto que el aporte es por partes iguales, se sigue como lógica consecuencia que Costa Rica no es el socio mayoritario del Banco, máxime si no ha aportado efectivamente el monto que le corresponde. Su participación financiera no le permite dominar dicho capital. Circunstancia que va de suyo puesto que el Banco es una entidad del Sistema de Integración Económica, no es el Banco de un Estado específico ni ha sido constituido para que sea dominado por un determinado Estado centroamericano o extraregional.

Por otra parte, desde el punto de vista de la toma de decisiones, debe indicarse que conforme con el artículo 4 de mérito cada acción equivale a un voto.

Como se indicó, el BCIE tiene hoy día socios extraregionales. A efecto de mantener el carácter centroamericano del Banco, se ha dispuesto que cada vez que se produzca un aumento de capital, “siempre quedará para los países fundadores un porcentaje equivalente al cincuenta y uno por ciento (51%) del aumento”, artículo 4 del Convenio Constitutivo. Esta mayoría del capital social en manos de los Estados fundadores es reafirmada por el artículo 35 del Convenio, en tanto dispone que para modificar esa mayoría se requiere el voto de las tres cuartas partes de la totalidad de los socios, que incluya el voto favorable de los cinco países fundadores.

La mayoría de capital social debe quedar entre los países fundadores, pero es contrario a la lógica comunitaria que ese 51 % corresponda a uno sólo de estos países. Ergo, Costa Rica no domina ni puede dominar el capital social del Banco. Si esto llegare a suceder, se desnaturalizaría este Instituto Comunitario.

Para concluir este acápite sobre la participación financiera de Costa Rica en el Banco, cabe recordar que la condición de Estado Fundador no otorga al Estado un derecho sobre las utilidades o rendimientos que el accionar del Banco genere. El artículo 5 del Convenio Constitutivo dispone que:

“Artículo 5º—Las acciones del Banco no devengarán intereses ni dividendos y no podrán ser dadas en garantía, ni gravadas, ni en forma alguna enajenadas y, únicamente, serán transferibles al Banco, salvo lo establecido en el literal g) del artículo 4º.



Las utilidades netas que el Banco obtenga en el ejercicio de sus operaciones se llevarán a una reserva de capital.

La responsabilidad de los socios del Banco, como tales, estará limitada al importe de su suscripción de capital". (Así reformado por el inciso 1) del artículo primero de la Ley N° 8223 de 7 de marzo del 2002). La cursiva no es del original.

Los rendimientos, utilidades que el Banco genere deben dirigirse a su objeto social y por ende, al cumplimiento de los fines financieros y sociales definidos por el Sistema de Integración. Los socios no tienen derecho a dividendos, sino a los servicios que la entidad financiera debe suministrar.

Por otra parte, ninguna de las normas del Convenio permite afirmar que Costa Rica tiene la posibilidad de dominar la adopción de las decisiones por el Banco.

El segundo párrafo del artículo 14 del Convenio regla lo relativo a la forma de adopción de los acuerdos de la Asamblea de Gobernadores. Se dispone:

“Artículo 14.—El quórum para las reuniones de la Asamblea de Gobernadores será la mitad más uno de la totalidad de los Gobernadores que incluya, por lo menos, tres Gobernadores de los estados fundadores y que representen, como mínimo, dos terceras partes de la totalidad de votos de los socios.

En las votaciones de la Asamblea de Gobernadores las decisiones se adoptarán por la mayoría de votos del capital suscrito por los socios presentes en la reunión, salvo el caso que en este Convenio se disponga otro tipo de mayoría.

Asimismo, la Asamblea de Gobernadores está facultada para establecer otras mayorías calificadas, en casos específicos, en las reglamentaciones y disposiciones que emita”. (Así reformado por el inciso 1) del artículo primero de la Ley N ° 8223 de 7 de marzo del 2002)

En la estructura organizativa del Banco no se reconoce ningún poder preponderante al Estado Costarricense ni a ningún otro Estado fundador. De conformidad con el artículo 10 del Convenio Constitutivo, la Asamblea de Gobernadores es la autoridad máxima del Banco. Cada país fundador tiene un Gobernador titular y un suplente. Los países extraterritoriales nombran también un Gobernador titular y un suplente. Los suplentes participarán en las reuniones de la Asamblea, con voz pero sin voto, salvo en ausencia del titular. No se ha establecido que Costa Rica tenga un situación diferente a la del resto de los Estados miembros para efecto de las toma de decisiones que corresponden a la Asamblea de Gobernadores conforme lo dispuesto en el artículo 11 del Convenio.

Costa Rica tampoco tiene una posición predominante en el Directorio. El Directorio está integrado por 9 miembros, cinco elegidos a propuesta de los Estados fundadores, a razón de uno por cada Estado fundador, artículo 16. El Directorio, artículo 19, decide por mayoría de los votos representados por los Directores presentes en la sesión, sin que se reconozca una posición especial a Costa Rica.

Por otra parte, la independencia de los funcionarios superiores del Banco se impone frente a cualquier gestión o pretensión del Estado costarricense. Sobre este pesa el deber de respetar la independencia del Banco y de su Administración Superior. Dispone el numeral 22 del Convenio:

“Artículo 22.-

El Presidente Ejecutivo, los funcionarios y los empleados del Banco, en el desempeño de sus funciones, dependerán exclusivamente del Banco y no reconocerán ninguna otra autoridad. Los Estados miembros deberán respetar el carácter internacional de dicha obligación”.

Nótese que la independencia del Banco adquiere una mayor relevancia a partir del momento en que el capital social del Banco se abre a socios extrarregionales. A partir del Protocolo de reforma al Convenio Constitutivo, suscrito en Managua el 2 de septiembre de 1989, aprobado por Ley N° 7258 de 9 de octubre de 1991, los países fundadores aceptaron permitir la participación de países extrarregionales como socios del Banco. Esta reforma explica la incorporación como socios extrarregionales de los Estados de Méjico, Argentina, Colombia, la República de China y el Reino de España. Una incorporación que ha permitido un aumento sustancial del capital social del Banco, robusteciendo su solidez y estabilidad financiera y permitiéndole acceder en mejor forma a los mercados financieros internacionales. Pareciera obvio que los miembros extrarregionales no van a contribuir con el capital social del Banco si este puede ser dominado o si se reconoce una posición preponderante a un único socio, al punto de que pueda considerarse que es un bien de ese Estado socio. Una situación de ese tipo no le permitiría a los socios extrarregionales participar en las decisiones del Ente Financiero y por ende, controlar que los fondos aportados al capital social se destinen a los fines que justificaron su integración al Banco.

En consecuencia, puesto que los criterios tradicionalmente utilizados para determinar la naturaleza pública de una entidad empresarial no resultan de aplicación respecto del Banco Centroamericano de Integración Económica, el Banco no puede ser considerado ni una institución ni un bien del Estado costarricense. Condiciones que, obviamente, son incompatibles con la afirmación de la personalidad jurídica internacional por parte de una norma comunitaria.

C.-LOS RECURSOS DEL BANCO NO SON PARTE DE LA HACIENDA PUBLICA

Tanto del Convenio Constitutivo como de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República se deriva que los recursos del Banco Centroamericano de Integración Económica no son fondos públicos costarricenses, incluso en el monto del capital social que haya sido efectivamente pagado



por el país.

El Convenio Constitutivo define la naturaleza de los bienes y activos del Banco como propiedad pública internacional. Dispone el artículo 29:

“Artículo 29.-

Los bienes y demás activos del Banco, donde quiera que se hallen y quienquiera los tuviere, gozarán de inmunidad con respecto a comiso, secuestro, embargo, retención, remate, adjudicación o cualquier otra forma de aprehensión o de enajenación forzosa mientras no existiere sentencia firme contra el Banco.

Los bienes y demás activos del Banco serán considerados como propiedad pública internacional y gozarán de inmunidad con respecto a pesquisa, requisición, confiscación, expropiación o cualquier otra forma de aprehensión o enajenación forzosa por acción ejecutiva o legislativa.

Los bienes y demás activos del Banco estarán exentos de toda clase de restricciones, regulaciones y medidas de control o moratorias, salvo que en este Convenio se disponga otra cosa”.

Esta disposición excluye considerar los bienes y activos del Banco como fondos costarricenses. Nótese que esos bienes han sido calificados de públicos. Ello se deriva de la personalidad jurídica del Banco que es de Derecho Internacional Público. Se especifica que la propiedad pública es internacional, porque esa propiedad se rige por las propias disposiciones del Convenio Constitutivo, norma internacional, y, en todo caso, esos bienes y activos no pueden ser considerados bienes de los Estados miembros.

En igual forma, cabe señalar que la norma se refiere a “bienes y demás activos”, lo que implica que todo tipo de activo está comprendido dentro de la norma, aspecto que es relevante en el tanto en que el BCIE debe tener activo circulante como efectivo, cuentas y documentos por cobrar e inversiones transitorias. Todos los cuales deben ser considerados como propiedad pública internacional de acuerdo con el artículo 29 de cita.

Luego, conforme la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República dichos bienes y sus recursos no forman parte de la 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".



Los criterios orgánico e institucional, así como el objetivo impiden considerar que el Banco Centroamericano de Integración Económica es parte de la Hacienda Pública costarricense. Nótese que el Banco no es un ente público costarricense ni tampoco es un sujeto de Derecho Privado que administra o custodia fondos públicos en los términos del artículo de mérito. Este hecho impide considerar que sus recursos y bienes sean fondos públicos. Dispone el artículo 9 de la misma Ley Orgánica:

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

De esa forma, la definición de fondos públicos está en relación directa con un criterio orgánico: se trata de determinados bienes corporales o incorporeales, en el tanto que están en relación de propiedad con una organización pública. Esa organización debe ser Hacienda Pública desde el punto de vista orgánico. Situación que no acontece con el Banco Centroamericano.

El hecho de que Costa Rica sea miembro fundador del Banco y como tal esté obligado a hacer los aportes de capital que establezca el Convenio Constitutivo no puede significar en modo alguno que ese Banco sea parte de la Hacienda Pública o que sus bienes y recursos sean fondos públicos costarricenses.

El Estado costarricense cubre su participación accionaria con recursos de su presupuesto, que como tales son fondos públicos, sujetos a la regulación prevista en nuestro ordenamiento. No obstante, una vez que procede a realizar su aporte de capital, los fondos correspondientes dejan de pertenecerle pasando a formar parte del patrimonio de una entidad que no integra la Hacienda Pública. Puesto que se trata de un aporte a un organismo internacional, los fondos correspondientes dejan de ser fondos públicos costarricenses. Consecuentemente, no están sujetos al régimen correspondiente.

Puesto que el Banco es un sujeto público internacional, el aporte de capital tampoco puede ser conceptualizado como una transferencia de fondos públicos a un sujeto privado. Tómese nota que los sujetos privados solo integran la Hacienda Pública cuando el sector público pone a su disposición recursos por medio de norma o partida presupuestaria. En ese sentido, la entidad privada que recibe transferencias presupuestarias es considerada Hacienda Pública respecto de los recursos de origen público recibidos. La transferencia presupuestaria hace referencia a pagos que se hacen sin contrapartida directa en bienes, servicios o derechos por parte de los agentes receptores. En este sentido, el sujeto privado es parte de la Hacienda Pública porque es financiado a través de transferencias presupuestarias por un ente público. El elemento de ausencia de contraprestación, de gratuidad en el beneficio patrimonial acordado al sujeto privado es, así, fundamental en la aplicación del régimen de la Hacienda Pública y el control propio de la Contraloría General de la República (artículos 4, 5 y 6 de su Ley Orgánica).

Empero, en tratándose del BCIE debe tomarse en cuenta que no es un sujeto privado. El Estado no otorga a su favor transferencias presupuestarias como mecanismo de financiamiento. Los pagos

que el Estado hace en su favor tienen como objeto cumplir con las obligaciones en que ha incurrido. Para efectos de la consulta, cabría decir que esas obligaciones pueden derivar de la pertenencia misma al sistema de integración centroamericana, integrado –entre otros organismos– por el Banco. En la medida en que Costa Rica decidió participar en el proceso comunitario y formar parte de sus organismos, adquiere obligaciones. Así, debe cubrir los aportes para la constitución y funcionamiento de esas entidades. Su aporte le permite participar con voz y voto en los organismos correspondientes y, además, en el caso del BCIE acceder a los servicios financieros que este presta. Otros pagos que realiza el Estado costarricense a favor del BCIE tienen su origen, precisamente, en la actividad financiera del Banco, concretamente el otorgamiento de créditos.

Se sigue de lo expuesto que, conforme el Convenio Constitutivo del Banco y el ordenamiento jurídico nacional, los recursos del BCIE no son fondos públicos ni fondos de origen público para los efectos de su administración y fiscalización.

III.-EL REGIMEN DE LA COOPERACION NO REEMBOLSABLE

El Banco Centroamericano de Integración Económica decide hacer una donación al Estado Costarricense, ante lo cual se cuestiona cuál es la naturaleza de esos bienes a partir de esa donación. Como se indicó, la Contraloría General de la República tiene una competencia prevalente para pronunciarse sobre esa naturaleza. La Procuraduría se centra en determinados aspectos que conciernen la competencia: facultad para donar, para ser donatario y controlar lo donado. No obstante, dado que en ocasiones anteriores nos hemos pronunciado sobre la naturaleza de lo donado, se harán algunas manifestaciones sobre el tema, sin perjuicio de lo que disponga el Órgano Contralor en el ejercicio de su función contralora.

A.- CAPACIDAD DEL BCIE PARA DONAR

De conformidad con el artículo 2 del Convenio Constitutivo, el Banco tiene como “objeto promover la integración económica y el desarrollo económico y social equilibrado de los países centroamericanos”. Para lo cual atenderá programas relacionados con la infraestructura, la inversión en industrias de carácter regional o de interés para el mercado centroamericano, la inversión en el sector agropecuario, el financiamiento de empresas que requieran ampliar su ámbito de acción o modernizarse; el financiamiento de servicios necesarios para el desarrollo de la región; la complementación económica entre los países centroamericanos, en general su desarrollo social, así como financiar estudios relacionados con los proyectos a que se refiere el artículo 2 o aquellos programas o proyectos que autorice la Asamblea de Gobernadores.

Tomando en cuenta ese objetivo, los artículos 7, 8 y 34 autorizan la realización de operaciones financieras con los recursos del Banco o administrados por éste. Se dispone al efecto:

“Artículo 7.-



El capital, las reservas de capital y demás recursos del Banco o administrados por éste, se utilizarán exclusivamente para el cumplimiento del objetivo enunciado en el artículo 2 de este Convenio.

Con tal fin, el Banco podrá:

- a) Estudiar y promover las oportunidades de inversión en los países centroamericanos, estableciendo la debida programación de sus actividades y las prioridades necesarias de financiamiento;
- b) Otorgar préstamos a corto, mediano y largo plazo o participar en ellos;
- c) Emitir obligaciones;
- d) Intervenir en la emisión y colocación de toda clase de títulos de créditos;
- e) Obtener empréstitos, créditos y garantías de gobiernos e instituciones financieras;
- f) Actuar de agente financiero o como intermediario en la concertación de empréstitos y créditos para los gobiernos, las instituciones públicas y las empresas establecidas en los países centroamericanos. Con este fin establecerá las relaciones que para ello sean aconsejables con otras instituciones, y podrá participar en la elaboración de los proyectos concretos correspondientes;
- g) Actuar como fiduciario;
- h) Otorgar su garantía a las obligaciones de instituciones y empresas públicas o privadas, hasta por el monto y plazo que determine la Asamblea de Gobernadores;
- i) Obtener la garantía de los Estados miembros para la contratación de empréstitos y créditos provenientes de otras instituciones financieras;
- j) Proporcionar asesoramiento a los solicitantes de créditos; y
- k) Llevar a cabo todas las demás operaciones que, de acuerdo con el presente Convenio y sus Reglamentos, fueren necesarias para su objeto y funcionamiento. (Así reformado por el artículo 1º de ley N° 7258 de 9 de octubre de 1991).

En todas sus operaciones el Banco tendrá la garantía de libre convertibilidad de moneda en los estados fundadores y en los países beneficiarios". Así reformado por el inciso 1) del artículo primero de la Ley N° 8223 de 7 de marzo del 2002.

"Artículo 8.-

El Banco financiará exclusivamente programas o proyectos económicamente sanos y técnicamente viables y se abstendrá de hacer préstamos o de adquirir responsabilidad alguna por el pago o refinanciamiento de obligaciones anteriores.

Las operaciones del Banco deberán basarse exclusivamente en criterios técnicos, financieros y económicos; consecuentemente, no deberán influir en las mismas criterios de carácter político relacionados con cualquier Estado miembro". (Así reformado por el artículo 1º de ley N° 7258 de 9 de octubre de 1991).



“Artículo 34 .—Podrán obtener garantías o préstamos del Banco, personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, establecidas en los estados fundadores o en cualquier otro estado beneficiario.

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 7º, el Banco, conforme las normas que apruebe la Asamblea de Gobernadores, podrá otorgar préstamos y garantías a entidades financieras extrarregionales que actúen en Centroamérica para atender programas y proyectos de desarrollo e integración en los estados fundadores. Asimismo, el Banco, conforme las normas que apruebe previamente la Asamblea de Gobernadores, podrá otorgar préstamos y garantías a instituciones financieras centroamericanas, a instituciones financieras extrarregionales que actúen en Centroamérica y a instituciones financieras de estados beneficiarios, conforme los criterios de elegibilidad del Banco, así como a instituciones financieras calificadas de primer orden establecidas fuera de los estados fundadores y de los beneficiarios, con el objeto de que destinen recursos para financiar los programas y proyectos que a continuación se señalan:

- a) Inversiones o coinversiones de personas centroamericanas, cuyo patrimonio principal se encuentre en Centroamérica, a realizarse fuera de los estados fundadores en apoyo a las exportaciones de los países fundadores; y,
- b) Apoyo a las exportaciones de los estados fundadores hacia terceros países.

Al considerar el financiamiento de estos rubros, se analizará el grado de complementariedad de los programas y proyectos con las economías de los países centroamericanos, su prioridad con relación al objeto del Banco enunciado en el artículo 2º de este Convenio, así como que sean elegibles para el Banco conforme sus políticas.

El Banco, con base en la reglamentación que apruebe previamente la Asamblea de Gobernadores, podrá actuar como fiduciario de recursos de fuentes externas cuyos beneficiarios sean terceros países, siempre que exista interés centroamericano y un beneficio financiero para el Banco”. (Así reformado por el inciso 1) del artículo primero de la Ley N ° 8223 de 7 de marzo del 2002.

En el dictamen C-210-2005 antes citado, indicamos sobre el funcionamiento del Banco:

“De acuerdo con los artículos citados, la constitución y el operar del Banco están referidos fundamentalmente al otorgamiento de créditos. Lo que no excluye que pueda actuar como fiduciario de recursos de fuentes externas cuyos beneficiarios sean terceros países, cuando exista interés centroamericano y a condición de que exista “un beneficio financiero para el Banco”. Aspecto que reafirma su condición de entidad financiera”.

No se autoriza expresamente al Banco Centroamericano para otorgar una cooperación financiera no reembolsable. Una cooperación en recursos financieros, asignación de recursos en efectivo, que no entraña contraprestación por parte del beneficiario y que se enmarca, normalmente, en el interés de atender las necesidades que plantea el desarrollo del beneficiario.

No obstante, en tanto esa cooperación se enmarque dentro de los objetivos de la integración económica y social y el desarrollo de la Región derivados del artículo 2 de mérito, bien podría el Banco acordar una cooperación de esa naturaleza, artículo 7, inciso k) del Convenio. Y, en efecto, ha sido una práctica remarcada en el Banco otorgar a los países fundadores una colaboración financiera de carácter no reembolsable para distintos proyectos que, en su criterio, se enmarcan dentro del objetivo de desarrollo económico y social de la Región.

Según la información que nos ha sido suministrada por la Contraloría General de la República, el Directorio del Banco Centroamericano de Integración Económica acordó autorizar el otorgamiento de una cooperación financiera no reembolsable a las Repúblicas de Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica (cfr. oficio N° DIRCR-028-2006 de 2 de octubre de 2006 del Banco Centroamericano de Integración Económica, Dirección Costa Rica). La cooperación fue acordada por un monto de cinco millones de dólares, distribuido en un millón de dólares para cada país, en cuentas separadas. Esta ayuda tenía como destino el financiamiento de:

“proyectos y programas del sector público de asistencia técnica y de desarrollo económico o social que cada país fundador defina, en concordancia con los planes estratégicos del Banco”.

El Estado receptor de la ayuda es libre para definir el proyecto o programa que requiere financiamiento, pero esa definición debe hacerse en consonancia con los planes estratégicos del Banco.

Como una de las Condiciones de la Cooperación se dispuso que:

“C. Los desembolsos de los recursos se efectuarán de conformidad con el plan de inversión y el cronograma de actividades que presente cada Estado fundador, los cuales se podrán hacer efectivos a las entidades gubernamentales encargadas de la ejecución de los programas o proyectos, o bien en forma directa a los proveedores de los bienes y servicios o a los beneficiarios de los recursos, cuando así lo soliciten los países para facilitar su ejecución. En todo caso, la Administración del Banco velará porque los recursos desembolsados se destinen a cubrir los propósitos establecidos en cada solicitud”.

El Directorio acuerda que la donación se hará efectiva sea a las entidades encargadas de la ejecución de los programas o proyectos, sea en forma directa a los proveedores de bienes y servicios o bien, podría ser efectiva desembolsándose directamente los recursos a favor de los beneficiarios. Esa distinta forma de hacer efectiva la donación tiene como objeto facilitar la ejecución de los recursos y queda condicionada a la solicitud que haga el Estado donatario.

El Acuerdo designa como organismo ejecutor a las Presidencias de cada uno de los países beneficiarios o los Gobernadores titulares del BCIE de tales países, indistintamente. Estos organismos ejecutores tendrían como contraparte en todos los asuntos relacionados con la cooperación a las gerencias regionales del BCIE en sus respectivos países (punto VIII). Correspondía a la Administración del Banco vigilar porque los recursos se destinen a los proyectos o programas por los cuales se solicita la cooperación.

Con base en dicho Acuerdo, el Banco y el Gobierno de la República suscribieron el 23 de octubre de 2006 un “Convenio de Cooperación Financiera no reembolsable”.

Mediante el “Convenio de Cooperación Financiera no reembolsable”, el Banco otorga a favor del Gobierno de la República de Costa Rica una cooperación financiera no reembolsable hasta por un millón de dólares, moneda de los Estados Unidos de América. Para lo cual se designa como Organismo Ejecutor al Ministerio de la Presidencia. La Sección dos punto tres define la finalidad de la Cooperación:

“Los fondos de la Cooperación Financiera no Reembolsable serán utilizados exclusivamente para financiar proyectos y programas del sector público de asistencia técnica y de desarrollo económico o social que el Beneficiario define en concordancia con los planes estratégicos del BCIE”.

Este es el destino de la cooperación financiera: se otorga la ayuda para financiar proyectos y programas de asistencia técnica y desarrollo económico y social. Dicho Convenio fue prorrogado el 23 de noviembre de 2007, manteniéndose el clausulado originalmente firmado, salvo en el plazo que se prorroga hasta el 30 de junio de 2008.

Expresamente el punto 2.5.1 estipula que el “financiamiento de la cooperación financiera se otorga sobre la base no reembolsable”. La cooperación no es onerosa para el Estado, que no está obligado a devolver los montos recibidos. Es una donación en los términos en que se conceptualiza dicho contrato, sea transferencia a título gratuito de dinero, bienes o servicios, artículo 1394 del Código Civil.

B.-EL ESTADO PUEDE RECIBIR DONACIONES

Se solicita un pronunciamiento sobre la legalidad de la donación y la naturaleza de los recursos a que esta se refiere.

Un primer punto que podría plantearse es si el Gobierno de la República podía aceptar la donación de mérito y, por ende, proceder a suscribir el Convenio.

El Estado requiere autorización legal expresa para donar, lo que se explica porque la donación implica una liberalidad y en tratándose de entes públicos, esa liberalidad comprendería bienes o fondos públicos. Por el contrario, el Estado como persona jurídica puede recibir donaciones, siempre y cuando no exista una disposición expresa que lo prohíba o limite. Sobre la posibilidad de recibir donaciones hemos indicado:

“La facultad de la Administración Pública de recibir donaciones no puede considerarse ilimitada. Por consiguiente, no puede hablarse de que exista una discrecionalidad absoluta que permita a la

Administración decidir aceptar cualquier donación que se le haga.

En primer término, esa facultad está referida al cumplimiento del fin público que justifica la existencia del Ente. En ese sentido, la Junta no puede aceptar ninguna donación que venga a restringir, limitar o impedir el cumplimiento del citado fin y que, como se indicó, se concreta en la administración y distribución de las loterías nacionales, a fin de colaborar con la asistencia social. Pero, incluso más allá de la referencia al fin público, la donación debe ser incondicionada. La Junta no puede aceptar donaciones condicionadas, carácter que no podría atribuirse a las liberalidades que pretendan establecer un ligamen con el cumplimiento del fin público o de las atribuciones que el ordenamiento expresamente establece a favor del Ente. Por el contrario, deberá considerarse como condicionada, cualquier donación –particularmente si proviene de entes privados o extranjeros- que determine cómo debe cumplir la Junta sus funciones o hacia qué debe dirigir los fondos recibidos.

Asimismo, la Junta debe considerar lo dispuesto en el Código Civil, en orden a las limitaciones para donar (artículos 1395 y siguientes). Así como le corresponde cuestionarse la procedencia de recibir donaciones de personas cuestionadas o de bienes cuya procedencia no es clara, aspectos que podrían comprometer a la Junta. Cabe recordar, al respecto, que la Entidad debe guiar su actuación no sólo por las normas escritas y no escritas, sino también por los principios y valores que informan el ordenamiento y que deben llevar a rechazar cualquier acto que pueda considerarse inconveniente para los intereses de la Junta o bien, para el país en general”. Dictamen C-246-2000 de 4 de octubre de 2000.

Como es sabido, los Estados desarrollados y otros sujetos de la Comunidad Internacional, entre los que se encuentran los organismos financieros internacionales, han establecido programas de cooperación financiera no reembolsable, como ayuda al desarrollo de terceros países o para efectos de colaborar en la atención de emergencias que afronten otros Estados. Esta es una práctica muy usual dentro de la cooperación para el desarrollo, de la cual Costa Rica se ha beneficiado en diversas oportunidades. A este efecto, el país ha suscrito diversos convenios con sujetos de la Comunidad Internacional para tal fin. En algunos casos, los convenios son ejecución de convenios marcos de asistencia técnica y/o financiera.

En ausencia de disposiciones específicas que regulen la donación por parte del Estado, ese contrato se rige por el Código Civil. Este cuerpo normativo permite afirmar que el Estado puede aceptar una donación, entendiendo por tal un convenio traslativo de la propiedad de un bien a título gratuito. El carácter traslativo de dominio deriva de lo dispuesto en el artículo 1404 del Código Civil:

“La donación trasfiere al donatario la propiedad de la cosa donada”.

En el tanto en que el Estado o ente público receptor no asuma obligación financiera alguna el convenio respectivo no requiere, en principio, la aprobación legislativa. Una aprobación que se necesitaría si, por ejemplo, el convenio contiene disposiciones dirigidas a dar un tratamiento de excepción en materia impositiva o migratoria o en otro ámbito. Si no se está ante los supuestos indicados, el Estado puede convenir ser beneficiario de una donación sin requerir de una



autorización específica por ley.

Empero, la donación debe estar dirigida al cumplimiento de los fines públicos encomendados a la Administración. Por ende, el destino de la donación debe estar en relación con las funciones que corresponden al organismo público receptor.

Según se ha indicado, la cooperación no reembolsable acordada por el BCIE tiene como objeto proyectos o programas de asistencia técnica y de desarrollo económico y social. Definidos en esos términos generales y sin que corresponda a la Procuraduría analizar la naturaleza, contenido y alcances de los proyectos o programas que hayan sido financiados con la donación (lo que corresponde a la Contraloría General de la República) cabría decir que la cooperación para el desarrollo puede constituirse en un medio para la satisfacción de intereses generales y, por ende, de fines públicos. En esa medida, sea la satisfacción del interés general, el Gobierno de la República podía aceptar la donación.

C.- NATURALEZA DE LO DONADO

Una donación puede tener como objeto un bien material, un servicio, un recurso financiero, sean valores, dinero en efectivo. Cuando la donación se otorga a un ente público, el bien donado tiene como destino el patrimonio del ente, un patrimonio público, y como tal puede ser considerado fondo público en los términos del artículo 9 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, antes transcrito. Lo donado, entonces, es parte de la Hacienda Pública a partir de la eficacia de la donación.

Se ha anotado que la donación puede consistir en recursos financieros líquidos o consistir en un bien o servicio. Es decir, puede transferirse al donatario un derecho real sobre cosa material o inmaterial, o bien, puede referirse a una cosa que debe constituirse ex novo a favor del donatario; o en su caso, consistir en un derecho.

La distinción entre donación de dinero y donación de bienes y servicios ha sido analizada por la Procuraduría en diversos pronunciamientos para efectos de determinar si procede o no el cobro de tributos nacionales. Este fue el análisis que se hizo, por ejemplo, en el dictamen C-330-2004 de 12 de noviembre de 2004 acerca de una donación de servicios de consultoría por parte del Gobierno de los Países Bajos en el marco del Convenio de Cooperación Técnica entre la República de Costa Rica y el Reino de los Países Bajos, aprobado por Ley N° 7541 de 14 de septiembre de 1995.

La Procuraduría diferencia el supuesto en que el Gobierno recibe dinero de la situación en que se recibe un servicio que es contratado por el donante, quien paga a quien presta el servicio:

“Se consulta también en relación con los pagos que corresponden a la empresa con fondos no reembolsables. En relación con este punto, considera la Procuraduría que debe diferenciarse entre la donación de fondos y la donación de un bien o servicio. En caso de que se donaran fondos, cabría considerar que a partir de que la donación se haga efectiva, se está en presencia de fondos



públicos, que ingresan a caja única y que en su momento deben ser presupuestados. En caso de que el Gobierno de la República contrate comprometiendo esos fondos, los contratos correspondientes quedan sujetos a las normas tributarias, salvo que haya una norma de exención que los ampare. Lo anterior porque a partir de que los fondos ingresan al Gobierno adquieren la categoría de fondos costarricenses.

Para el supuesto de la donación de bienes o servicios, estima la Procuraduría que estos bienes y servicios no pueden ser considerados como pagados con recursos de fuente costarricense. Consecuentemente, no estarían sujetos al pago de los tributos relacionados con esa fuente. La situación se resolvería conforme lo expuso la Procuraduría respecto de las donaciones del Gobierno de Taiwán para la construcción del Puente sobre el Río Tempisque. En el dictamen N° C-141-2000 de 23 de junio de 2000, la Procuraduría se pronunció sobre el pago del impuesto sobre la renta por parte de la empresa encargada de la ejecución de dicho puente, un proyecto donado llave en mano:

“De la relación de los artículos 1° y 2° de la Ley y 5 del Reglamento, salta a la vista que nuestro legislador, para efecto de gravar las utilidades de las personas físicas con actividades lucrativas y de las personas jurídicas, incorpora los tres aspectos antes enunciados, a nuestro juicio, con carácter de requisitos esenciales, para que surja la obligación de pago a cargo de los contribuyentes. Es decir, las rentas gravadas por el artículo primero, son aquellas que provengan estrictamente de fuente costarricense, percibidas por personas domiciliadas en el país y que provengan de la explotación de una actividad lucrativa.

Al exigir el legislador tanto en la ley como en el Reglamento, que la fuente de las rentas sea costarricense, debemos entender con ello, que la titularidad de goce o disfrute de las rentas, o la titularidad de disposición que constituye el cauce jurídico de la obtención de plusvalías, no es suficiente para determinar la sujeción pasiva, en concepto de obligación personal, por cuanto de acuerdo a la ley, resulta necesario que las rentas que se obtengan durante el ejercicio fiscal de bienes situados o capitales utilizados sean localizados en territorio costarricense.

Ahora bien en relación con el caso que se analiza, debemos de determinar, si con respecto a la empresa RSEA Engineering Corporation, se cumplen los tres requisitos básicos a que se ha hecho referencia para establecer si está sujeta o no al pago del impuesto previsto en el artículo 1° de la Ley N° 7092.

En primer lugar podemos decir, que el capital, mediante el cual se va a llevar a cabo la ejecución del puente sobre el Río Tempisque y sus vías de acceso no es de fuente costarricense, por cuanto tal y como ha quedado acreditado con el Acuerdo de Donación suscrito entre el Gobierno de la República de China y el Gobierno de Costa Rica, y en el oficio N° DCI-481-00 de 26 de abril de 2000, el Gobierno de la República de China, dona al de Costa Rica la suma de veintidós millones de dólares para costear la construcción del puente sobre el Río Tempisque y sus rutas de acceso bajo la modalidad "llave en mano". Si bien es cierto, el capital aportado por el Gobierno de China va a estar situado en Costa Rica, desde ningún punto de vista, puede argüirse que el mismo es de fuente costarricense, por cuanto tienen su origen en fondos provenientes del Gobierno de la República de China, es decir, tal capital no puede tenerse entonces como una manifestación de riqueza relacionada con el territorio costarricense, por cuanto no existe un nexo directo entre la



fuelle productora de la renta con el territorio del Estado costarricense.

Por otro lado, si bien de conformidad con el inciso g) del artículo 2 de la Ley y 5 inciso h) del Reglamento, eventualmente la empresa RSEA Engineering Corporation encargada de la ejecución de la obra puede considerarse como una empresa domiciliada en Costa Rica para efectos tributarios y por ende contribuyente del impuesto sobre las utilidades, bien puede decirse que no se cumple otro de los requisitos esenciales contenidos en el artículo 1°, 2 de la Ley y 5 del Reglamento a fin de considerar la sujeción de las sumas donadas al pago del tributo, cual es el desarrollo de una actividad lucrativa de parte del contribuyente.

Según se desprende del Acuerdo de Donación, los fondos donados por el Gobierno de la República de China, tienen un fin específico, es decir, la construcción del puente sobre el Río Tempisque y sus vías de acceso (Artículo Primero del Acuerdo). Aparte de ello, como requisito sine qua non para cumplir con lo convenido, la empresa ejecutora de la obra debe ser una entidad de la República de China, y tal y como se ha acreditado (ver oficio N° 108-RE/214-OCE suscrito por el señor Embajador de China) la RSEA Engineering Corporation es una compañía constructora estatal de la República China. Lo anterior garantiza no solo el cumplimiento de la obra conforme a lo convenido, sino que también que la empresa encargada de la obra no va a obtener ninguna rentabilidad de los fondos donados, ni va a lucrar con la obra realizada. Al contrario, quien va a obtener los beneficios derivados de la construcción de la obra, va a ser directamente el Gobierno de Costa Rica.

Lo anteriormente expuesto, significa que los desembolsos que realice la Embajada de la República de China con cargo a los fondos donados para la construcción del puente sobre el Río Tempisque y sus vías de acceso, por no provenir de fuente costarricense y no ser el producto del desarrollo de una actividad lucrativa, no están sujetos al pago del impuesto sobre las utilidades previsto en el artículo 1° de la Ley de Impuesto sobre la Renta”.

Dicho criterio fue reiterado en el dictamen N° C-179-2001 de 25 de junio de 2001, dirigido al Ministerio de Hacienda. Asimismo, por dictamen N° C-358-2003 de 13 de noviembre de 2003, se aplicó dicho criterio a la Sección II del Proyecto de Construcción de Carretera Naranjo-Florencia, donada por el Gobierno de la República de China.

Los elementos así establecidos para la improcedencia del pago de impuestos son: el hecho de que se esté en presencia de una donación bajo el esquema de llave en mano, no ingresan recursos al Estado Costarricense, no hay recursos de fuente costarricense y en último término, el objeto del contrato es propiedad del Estado costarricense.

Dichos elementos están presentes en la situación que se nos presenta. En efecto, se está en presencia de la donación de un servicio que hace el Reino de los Países Bajos al Gobierno de la República. La suma de 140.000,00 euros es el estimado por los “servicios donados”. No se dona esa suma, sino los servicios estimados en ese monto. Dado que se trata de una donación de servicios, el Gobierno de Costa Rica no recibe recursos financieros. Adquiere un servicio pero no recursos financieros. Consecuentemente, los recursos con que se financió el servicio no pueden



ser considerados recursos de fuente costarricense”.

Conclusión que necesariamente habría sido diferente si los servicios se hubieran cubiertos con fondos públicos costarricenses.

Cuando se donan bienes o servicios, como sucede en los convenios de cooperación mencionados anteriormente, los recursos que financian la contratación de lo donado no constituyen fondos públicos y, por ende no se sujetan al régimen jurídico costarricense. Estos recursos se regirán, entonces, por las normas que regulan al donante y, consecuentemente, será con base en esas normas que podrá establecerse la naturaleza de los fondos. Lo importante es que en esos supuestos el dinero con que se paga no es un fondo público costarricense y, por ende, no se rige por nuestra legislación. Por el contrario, cuando el bien o servicio se done a un ente público, a partir de la eficacia de la donación, este formará parte de la Hacienda Pública, sea porque pasa a ser un bien de patrimonio público, sea porque respecto de él podrán ejercerse las potestades propias de la Hacienda Pública según define el artículo 8 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. Consecuentemente, la eficacia de la donación permite a la Contraloría General ejercer sus potestades sobre el bien o servicio donado. Es el caso, por ejemplo, de la donación de un vehículo, de un estudio técnico o de un puente, cuyo carácter público deriva del traslado de propiedad a favor de un organismo público. Con lo anterior indicamos, además, que puede haber cooperación técnica no reembolsable y que esta puede consistir en asesorías, estudios de factibilidad de proyectos, entre otros aspectos.

En ese orden de ideas, cabe recordar que la donación de bienes y servicios contratados por el donador es una práctica habitual dentro de la cooperación internacional. A través de este mecanismo, el donador se asegura que sus recursos –que cuando se trata de un Estado extranjero son cubiertos por sus contribuyentes- se utilicen para el destino por el que se donó y, en su caso, que las compras de bienes y servicios favorezcan a sus empresas. Esta posibilidad no es, entonces, excepcional ni irrazonable desde la perspectiva de la cooperación internacional. No sería razonable que un Estado adujera que como donación únicamente puede recibir dinero en efectivo. Resulta claro, empero, que ese Estado donatario y, en concreto, Costa Rica debe asegurarse que la donación no implique un límite a sus potestades de imperio y que lo donado sea necesario y susceptible de satisfacer el interés público nacional. Una exigencia que debe considerarse como de principio. Simplemente, si el bien o servicio no satisface el interés público, puede lesionarse la Hacienda Pública tanto porque no se obtiene lo requerido como porque recibir lo donado puede obligar a realizar erogaciones no previstas o cuya necesidad podría haberse evitado.

En orden al régimen de estos bienes, obras o estudios, cabe recordar, al efecto, que el artículo 103 de la Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos dispone:

“ARTÍCULO 103.-

Trámite de donaciones

Todos los bienes, las obras o los servicios que la Administración Central reciba en carácter de

donaciones nacionales o internacionales, deberán tramitarse según los lineamientos que determine para este efecto la Dirección General de Administración de Bienes”.

Por su parte, el Reglamento para el Registro y Control de Bienes de la Administración Central, Decreto Ejecutivo N° 30720 de 26 de agosto de 2002, en su artículo 19 establece el procedimiento que debe seguirse en esos casos, que concluye con la inclusión del bien en el Sistema Informático de Administración de bienes e inventarios, cuando fuere procedente.

Pero también la donación puede consistir en dinero efectivo. En este caso, la Procuraduría ha sido del criterio de que a partir de que la donación se haga efectiva, se está en presencia de fondos públicos, que ingresan a caja única y que en su momento deben ser presupuestados. En el dictamen C-210-2005 indicamos al efecto:

“Es de advertir que dicha aprobación no se requiere cuando se está en presencia de un convenio de cooperación financiera no reembolsable. Si el Estado o la Administración no asumen obligación financiera alguna, no se está ante un crédito externo que requiera la aprobación legislativa. Es el supuesto de la donación. Supuesto bajo el cual se requiere que los fondos donados sean incorporados al presupuesto de la entidad correspondiente, a efecto de que se administren con sujeción a las disposiciones constitucionales y legales establecidas para la administración de los fondos públicos. Es de anotar que a partir de que los fondos donados ingresen al patrimonio del organismo público no pueden ser administrados por terceros, salvo una autorización expresa del ordenamiento”.

Se sigue de lo expuesto que el régimen jurídico de lo donado no es el mismo cuando se trata de una donación de un bien o servicio que cuando se trata de dinero. Por lo que para determinar ese régimen debe determinarse cuál es el objeto de la donación.

En consecuencia, para efectos de la presente consulta es importante conocer qué fue lo donado.

Si nos atenemos al Acuerdo del Directorio del BCIE y a la cláusula I del Convenio de Cooperación Financiera no Reembolsable que nos ocupa, el objeto de la donación es una suma de dinero: hasta un millón de dólares moneda de los Estados Unidos de América. Dispone la Sección 2.1 de esa cláusula I:

“El Banco, con base en la resolución de Directorio N° DI-03/2008, de fecha 29 de enero de 2008, y con arreglo a lo estipulado en este documento, conviene en otorgar a favor del Beneficiario, una Cooperación Financiera no reembolsable, por la cantidad de hasta UN MILLON DE DOLARES (US \$1,000.000.00) moneda de Estados Unidos de América”.

La donación consiste en una suma de dinero. Dado el objeto de la donación establecido en esa cláusula, la conclusión que se impone al operador jurídico es que, una vez que cobrara eficacia la donación, los recursos debían ingresar al Estado costarricense y, consecuentemente, deberían ser presupuestados y ejecutados en los términos en que lo disponen las normas costarricenses. Bajo esa conclusión, el punto sería cuándo adquiere eficacia la donación? En consecuencia, cuándo

adquiere el Estado costarricense la titularidad de ese millón de dólares? Sin perjuicio de lo que se dirá de seguido, debe tenerse claro que la firma del Convenio no tiene el efecto de trasladar la propiedad de ese millón de dólares en forma inmediata. Por consiguiente, resulta claro que por la sola firma del Convenio, Costa Rica no adquiere un derecho a que ese millón de dólares ingrese a sus arcas.

Es de advertir, sin embargo, que la afirmación de acuerdo con la cual Costa Rica recibe la donación de recursos financieros por un millón de dólares que debían ser presupuestados y administrados según nuestras normas, puede ser contradicha a partir de otras cláusulas del Convenio de Cooperación y de la interpretación que de ellas hicieron las Partes.

La Sección 2.5, en su punto 3 estableció que los recursos podrían hacerse “efectivos” a la entidad gubernamental encargada de la ejecución del programa o proyecto o “bien en forma directa a los proveedores de los bienes y servicios o a los beneficiarios de los recursos”. Se pactó al efecto:

“Los desembolsos de los recursos de esta Cooperación Financiera no Reembolsable se efectuarán de conformidad con el plan de inversión y el cronograma de actividades que presente el Beneficiario, los cuales se podrán hacer efectivos a las entidades gubernamentales encargadas de la ejecución de los programas o proyectos, o bien en forma directa a los proveedores de los bienes y servicios o a los beneficiarios de los recursos, cuando así lo solicite el Beneficiario para facilitar su ejecución. En todo caso, la Administración del Banco velará porque los recursos desembolsados se destinen a cubrir los propósitos establecidos en cada solicitud”.

Esta cláusula que se hace eco del punto C de las Condiciones de la Cooperación determinadas por el Directorio del BCIE no tiene, en criterio de la Procuraduría General, la claridad que hubiese deseado, antes bien es equívoca.

Se dispone que el desembolso –término que normalmente se asocia a la transferencia internacional efectiva de recursos financieros, pero que puede referirse a bienes o servicios valorados al costo en el cual incurre el donante- puede tener lugar de diversas formas. La elección de esta forma queda a cargo del beneficiario y debe tender a la ejecución de los recursos, lo cual es consecuencia del Acuerdo del Directorio del Banco.

Así, el desembolso puede hacerse directamente a favor del beneficiario de la cooperación; en cuyo caso dichos recursos pasan a ser fondos públicos a partir de la eficacia de la donación. Al efecto, debe tomarse en cuenta que el desembolso se realiza de acuerdo con un plan de inversión y un cronograma. La donación supone la aprobación de un proyecto o programa del sector público de asistencia técnica y de desarrollo económico o social que el Beneficiario (sea la República de Costa Rica) definiera en concordancia con los planes estratégicos del Banco y se desembolsa conforme una programación de la ejecución del proyecto. Estos proyectos y programas debían ser aprobados por el BCIE a efecto que se acreditaran los recursos a favor del Gobierno de la República. Solo una vez cumplidos estos actos y satisfechas las condiciones previas al primer desembolso, la donación podría ser efectiva. En efecto, es a partir del cumplimiento de todas esas condiciones que puede tener lugar el desembolso como transferencia internacional efectiva de los recursos financieros por parte del donante. Desde el punto de vista jurídico, los recursos no ingresan a propiedad del



Gobierno por la sola firma del Convenio el 23 de octubre de 2006, sino que se transferirían cuando se cumplieran esas condiciones. Empero, una vez desembolsados, los recursos serían incorporados al presupuesto y administrados conforme lo dispone el ordenamiento nacional.

En apoyo a esta posibilidad, sea el desembolso efectivo de recursos financieros en el beneficiario, tenemos diversas disposiciones del Convenio suscrito. Se está en presencia de una cooperación financiera no reembolsable, que normalmente consiste en la asignación de recursos financieros o fondos a determinados proyectos o programas. Se ha designado al Ministerio de la Presidencia como Organismo Ejecutor. Luego, se establece un procedimiento para el trámite de las solicitudes de desembolso; el Organismo Ejecutivo asume la obligación de presentar informes sobre los proyectos o programas concluidos, que debe acompañarse de la “respectiva liquidación de gastos de las actividades realizadas” (punto 6 de la sección 2.5 de la cláusula primera), lo que hace presumir que se trasladan recursos. Asimismo, en la cláusula II se establecen condiciones para los desembolsos. Por otra parte, por la cláusula III se dispone que el Organismo Ejecutor o el Beneficiario deben presentar al Banco “informes trimestrales de la utilización de los recursos de esta cooperación, así como la respectiva liquidación de gastos o cargos a la Gerencia Regional del BCIE en Costa Rica”. Si el Organismo Ejecutor o el Beneficiario están obligados a presentar liquidaciones de gastos, cabría considerar que ejecutan recursos financieros que han recibido. Es decir, diversas estipulaciones llevan a considerar que se traslada la titularidad de recursos financieros líquidos, que serían gestionados por el Organismo Ejecutor conforme lo dispuesto por las normas constitucionales y legales.

Empero, no puede dejarse de lado que además del desembolso de dinero efectivo al beneficiario, los desembolsos pueden hacerse en forma directa a los proveedores de los bienes o servicios o a los beneficiarios de los recursos. Dada su ambigüedad, la frase admite varias interpretaciones.

En efecto, el punto 3 de la sección 2.5 puede ser interpretado en el sentido de que el Banco traslada recursos, pero en el trámite de esa ejecución, el Gobierno podía solicitar que los recursos no se girarán a sus cuentas, sino que se pagara directamente al proveedor de los bienes o servicios. Proveedor que el Organismo Ejecutor habría contratado con los fondos de la donación. Es decir, la ejecución del gasto estaría a cargo del Organismo Ejecutor. La intervención del Banco estaría referida a la etapa de pago y concretamente al giro de los recursos. Se estaría ante un pago a favor de terceros por cuenta de beneficiario. Nota la Procuraduría que esta forma de pago es usualmente utilizada por los organismos financieros internacionales, tanto en tratándose de contratos de préstamo como de donaciones. Así, por ejemplo, artículo 4.06 de las Normas relativas a desembolsos de las Condiciones Generales de los Contratos de Préstamo del Banco Interamericano de Desarrollo, artículo 5.09 de las Condiciones Generales de los Contratos de Préstamo del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento y Directrices del Banco Mundial sobre desembolsos para proyectos, mayo de 2008; así como artículo 7 del Convenio marco relativo a la Ejecución de la Ayuda Financiera y Técnica y de la Cooperación Económica en Costa Rica en virtud del Reglamento “ALA”, referido a la ayuda de la Comunidad Europea al Gobierno de Costa Rica, aprobado por la Ley N° 8342 de 12 de diciembre de 2002.

Pero también cabría interpretar que el Banco mantiene la titularidad de los recursos para adquirir bienes y servicios. El Banco transferirá no recursos financieros sino estos recursos expresados en

bienes y servicios. Para ello, el Banco procede a contratar los proveedores de los bienes y servicios requeridos por los proyectos o programas financiados. En cuyo caso lo donado no serían los recursos financieros, sino los servicios o bienes que el Banco hubiere contratado para el programa con los fondos en cuestión. Consecuentemente, los recursos financieros –cuya titularidad mantendría el Banco- serían gestionados conforme las propias normas del donante. El desembolso operaría así cuando los fondos son transferidos no al beneficiario u organismo ejecutor, sino al proveedor de servicios o bienes.

Una de las formas de interpretación posible frente a cláusulas como las que nos ocupa es atenerse a la interpretación que las partes han dado a lo acordado.

Si partimos de que el convenio de cooperación financiera es un convenio entre dos sujetos de Derecho Internacional Público (el Estado de Costa Rica y el Banco Centroamericano de Integración Económica), cabe admitir que ese convenio constituye un tratado en los términos del artículo 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aprobada por la Ley N ° 7615 de 24 de julio de 1996. En efecto, un tratado se define como un:

“ARTICULO 2.-

Términos empleados.

1.- Para los efectos de la presente Convención:

a) Se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular;”.

Pues bien, una de las reglas de interpretación de los tratados obliga a considerar cómo las Partes han interpretado lo pactado. Dispone el artículo 31 de la referida Convención:

“ARTICULO 31.-

Regla general de interpretación.

1.- Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2.- Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) Todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;

b) Todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.

3.-Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

- a) Todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;
- b) Toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;
- c) Toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4.- Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes”.

Debe estarse a los acuerdos posteriores entre las partes acerca de la interpretación o aplicación del tratado y a las prácticas seguidas en la aplicación de ese tratado, en el tanto en que de ellas puede determinarse un acuerdo sobre la interpretación del tratado.

Al referirse a las reglas de interpretación de la Convención, de La Guardia señala como reglas auxiliares el “principio de la conducta ulterior de las partes”, considerado un método de interpretación auténtica pero implícita (El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena), La Ley, Sociedad Anónima Editora e Impresora, 1970, p. 317). En ese sentido, anota respecto de los artículos 31 y 32:

“El sistema contemplado por estos dos artículos de la Convención prescribe sucesivamente (y en este orden): la buena fe, el sentido corriente de los términos, tener en cuenta el contexto y el objeto y fin (artículo 31, párr. 1); definición del contexto (id. párr. 2); la interpretación auténtica explícita (id. párr. 3, ap. “a”) o implícita por conducta ulterior (id. ap. “b”); recurso a trabajos preparatorios (art. 32); búsqueda del efecto útil (id. ap. “b”). Ibid. p. 319.

Agregándose:

“Finalmente, y en lo que concierne a los elementos que habrán de tenerse en cuenta “juntamente con el contexto” –y que, por ende, no forman parte del mismo- el art. 31 determina que serán (a) los acuerdos ulteriores entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones (interpretación auténtica); (b) la práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la que conste un acuerdo sobre interpretación de este (interpretación por conducta ulterior de las partes; práctica o cuasi -auténtica, según Ehrlich), y (c) toda otra norma pertinente del derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes (puede consistir en otro tratado, una norma consuetudinaria, una sentencia que vincule a ambas partes, etc, y cuya aplicación incida sobre el tratado en cuestión)”. p. 321. La cursiva es del original.

Sobre la práctica ulterior de las partes, el autor transcribe el criterio de Ehrlich, para quien la práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado “constituye una prueba objetiva del acuerdo de las partes en cuanto al sentido del tratado” (loc. cit).



La actuación de las partes como medio de interpretación de lo pactado constituye también un criterio de interpretación en materia contractual. Así, Díez Picazo nos indica que la intención de las partes al contratar, hay que buscarla “en los actos de ellas, coetáneos o posteriores al contrato” (L. DIEZ-PICAZO- A, GULLON Sistema de Derecho Civil, I, Tecnos, 1993, p. 85). En igual forma, Baudrit expresa que, de acuerdo con la jurisprudencia nacional, la interpretación de los contratos debe dirigirse hacia el sentido que las partes han dado a sus estipulaciones, “según que los contratantes hayan ejecutado el contrato, interpretando ellos mismos el contenido del acuerdo” (D. BAUDRIT: Teoría General del Contrato, Editorial Juricentro, 1982, p. 98).

La interpretación del acuerdo por la vía de la práctica seguida posteriormente por las partes es importante en virtud de las cartas que se cruzaron entre el Poder Ejecutivo y el Director del BCIE por Costa Rica. Por oficio sin número de fecha 31 de octubre de 2006, el señor Presidente de la República y el Ministro de la Presidencia comunicaron al Director por Costa Rica ante el Banco Centroamericano de Integración Económica que:

“Con relación a la Cooperación Financiera no Reembolsable aprobada por la resolución DI-163/2006 del BCIE, cuyo Convenio ha sido recientemente firmado, me permito indicar, que de conformidad a la cláusula I, Sección 2.5, Numeral 3, de dicho Convenio; solicito sea el Banco Centroamericano de Integración Económica el que contrate a los proveedores de bienes y servicios para esta asistencia técnica por el monto dispuesto”.

Mediante oficio DIRCR-030/2006 de misma fecha, el Director por Costa Rica ante el Banco comunicó al señor Presidente de la República y al Ministro de la Presidencia que:

“Doy respuesta a su nota de hoy referente a la Cooperación Financiera no Reembolsable.

Al respecto les informo que los desembolsos de los recursos se ejecutarán conforme al Convenio vigente.

La Gerencia Regional en Costa Rica del BCIE, como contraparte de todos los asuntos relacionados con la cooperación acordada, contratará los proveedores de bienes y servicios que requiera el Beneficiario, para los programas aceptados, conforme a los planes estratégicos del Banco, para facilitar su ejecución.

Asimismo, el Banco efectuará el pago en forma directa a los proveedores seleccionados conforme a los términos del Convenio indicado”.

Es decir, a pocos días de suscrito el Convenio de Cooperación Financiera no Reembolsable, que es de fecha 23 de octubre del mismo año, las partes concurren en que el Banco proceda a contratar los bienes y servicios que se requieran para los programas aceptados, con lo cual interpretan que la sección 2.5, numeral 3 del Convenio posibilita que sea el BCIE el que contrate a los proveedores de bienes y servicios y ello con sus propios recursos. En consecuencia, el Banco no sólo se compromete a pagar en forma directa a los proveedores seleccionados sino que

procederá a contratar los bienes y servicios que los programas aceptados requieran. En consecuencia, el desembolso no consistirá en recursos financieros sino en los bienes y servicios que el Banco llegare a contratar en el marco del proyecto o programa aprobado.

Decimos que se interpreta que el Convenio posibilita la contratación de los bienes y servicios por parte del BCIE para ser donados, porque la primera frase del oficio del Banco a través de su Director expresa que “los desembolsos de los recursos se ejecutarán conforme al Convenio vigente”. Ergo, se parte de que esa posibilidad –no transferencia de recursos financieros sino de bienes o servicios- está contenida en el Convenio suscrito. Dada la forma en que se redactó la sección 2.5.3., el objeto de la donación se precisa más que por la literalidad de su texto por la interpretación realizada por las partes. Ciertamente, se hubiera ganado en claridad y transparencia si en el Convenio de Cooperación se hubiera estipulado expresamente que lo donado serían bienes y servicios contratados por el BCIE.

El efecto de esta interpretación es, precisamente, que la donación no se hará efectiva en las cuentas del Gobierno de la República y, consecuentemente, que el Gobierno recibirá como donación los bienes y servicios requeridos por los proyectos o programas aprobados. Ergo, no habrá fondos públicos que presupuestar y gestionar con base en las normas constitucionales y legales de Costa Rica. Pero sí bienes o servicios que constituirán fondos públicos.

No desconoce la Procuraduría que podría cuestionarse si las partes y en particular, el Gobierno de la República, podían acordar que el monto de la donación se transfiriera en bienes y servicios contratados por el Banco y no en dinero en efectivo.

Al respecto, debe tomarse en consideración la ambigüedad de la Sección 2.5.3, equivocidad que es consecuencia del acuerdo mismo del Directorio del BCIE, según lo transcrito. Lo acordado por el Directorio y lo convenido por las partes impiden considerar que la donación debía consistir exclusivamente en dinero efectivo. Esta posibilidad está presente, como se indicó, pero no era la única.

Por otra parte, cuando la solicitud del Gobierno y la decisión del Banco se producen la donación no había ocurrido, en el sentido de que no había operado el traspaso de la titularidad de los recursos a favor de Costa Rica. El acuerdo del Directorio y el Convenio de cooperación obligaban a Costa Rica a definir un proyecto o programa para ser financiado. Estos debían ser formulados según los planes estratégicos del Banco y es este el que podía y debía determinar si el proyecto o programa era conforme con sus planes estratégicos. Por ende, el Banco debía definir si era financiable con base en el Acuerdo. Solo cuando esta aprobación hubiera tenido lugar y los recursos asignados por el Banco, podría hablarse de que la donación era efectiva. En ese sentido, los recursos no pasaron a propiedad del Gobierno de la República con la sola suscripción del Convenio el 23 de octubre de 2006. Este lo que genera es una expectativa de derecho.

Estos aspectos son importantes porque de haber operado el traslado de los recursos a propiedad de Costa Rica el 23 de octubre de 2006, el Gobierno no habría podido plantear la solicitud del 31 del mismo mes. Si los recursos hubieran sido propiedad de Costa Rica en ese momento, la solicitud de mérito tendría que ser analizada como una delegación de la administración de recursos públicos a favor del BCIE, que no está autorizada por el ordenamiento en vigor.

D.- EL CONTROL DE LO DONADO

Como se ha expuesto reiteradamente, en la donación de bienes y servicios debe diferenciarse entre el régimen de los recursos con los cuales los servicios y bienes son adquiridos y el régimen del bien o servicio una vez donado. Al acordar las partes que el Banco se comprometería a contratar y pagar a los proveedores de bienes y servicios, la donación consiste en esos bienes y servicios necesarios para los proyectos o programas aprobados. Como el Gobierno de la República no recibe recursos financieros, resulta improcedente la aplicación de las normas nacionales referidas a la presupuestación y gestión de esos recursos. Ergo, un control previo sobre la actividad de presupuestación y contratación.

Empero, las contrataciones realizadas por el BCIE en el marco del Convenio de Cooperación Financiera tienen como objeto dotar al Gobierno de la República de bienes o servicios dentro del marco de un proyecto o programa cuya naturaleza pública no puede ser cuestionada y que debe estar dirigido a la satisfacción de fines públicos. Una vez que estos bienes y servicios son recibidos por el Gobierno, deben ser tenidos para todos los efectos como parte de la Hacienda Pública. Es a partir del ingreso a esa Hacienda que dichos bienes y servicios quedan sujetos a las disposiciones sobre Hacienda Pública. Por consiguiente, esos bienes deben estar referidos a la satisfacción de las necesidades públicas y ser destinados, en forma exclusiva, al fin público que justifica la aceptación de la donación. Puesto que el bien o servicio forma parte de la Hacienda Pública, está sujeto a los controles internos y externos que esta dispone. Se sigue de lo expuesto, que esos bienes y servicios están sometidos al control tanto de la auditoría interna del donatario como al externo ejercido por la Contraloría General de la República. Lo anterior significa que sobre ese bien o servicio podrán ejercerse los controles de legalidad, contables, financieros y de eficiencia que determina el ordenamiento costarricense. Puede, entonces, controlarse la utilidad y racionalidad de las decisiones y su ejecución relativas a esos bienes.

Puesto que estamos en presencia de bienes públicos, la administración, manejo y uso de esos bienes y servicios donados, al igual que el programa o proyecto que los enmarca se sujeta a los principios de publicidad y transparencia que rigen el accionar administrativo. Sobre estos elementos indicamos en la Opinión Jurídica N° OJ-048-2002 de 15 de abril de 2002:

“Administrar correctamente los fondos públicos significa algo más que ajustarse a la ley en la ejecución de las diversas operaciones: Por el contrario, implica una gestión transparente, conformada a los principios de regularidad, rentabilidad, utilidad y racionalidad, por lo que aún cuando los recursos sean limitados, debe procurarse que su empleo tienda al mayor beneficio posible. Resultado éste que únicamente puede lograrse si la gestión de los recursos se realiza de manera eficiente y de conformidad con las reglas elementales de justicia, lógica y conveniencia.

(....).

Ahora bien, ¿cuál es la importancia de la función de vigilancia de la Hacienda Pública? Su importancia radica en que se trata de la fiscalización de los fondos públicos como forma de alcanzar el bien común: la utilización de los fondos públicos encuentra su justificación última en el bienestar general de la comunidad; ilegítima e inconstitucional resultaría la pretensión de que esos fondos sean destinados a la satisfacción de meros intereses privados o bien que esos fondos sean despilarrados o empleados para fines no necesarios, de allí las otras formas de control que se reconocen. Debido a lo anterior es que la Sala Constitucional ha señalado claramente que cuando



estén de por medio fondos públicos "[...] , el control que se ejerza sobre ellos es, sin lugar a dudas, un asunto de orden público" (Voto No. 2864-92, de las quince horas del nueve de septiembre de mil novecientos noventa y dos).

La función de control es de orden público (Sala Constitucional, resolución N° 998-98 de las 11:30 hrs. de 16 de febrero de 1998), lo que justifica el amplio acceso a la información sobre fondos públicos (entendiendo por tales no solo los recursos financieros sino también los bienes y derechos propiedad de los organismos públicos), que se reconoce a la Contraloría, indispensable para que determine la eficacia y razonabilidad de los servicios donados en relación con el interés público .

Así el control permitirá determinar si las decisiones adoptadas y los bienes recibidos se ajustan a los principios de eficiencia y razonabilidad, cumplen con las exigencias derivadas del principio de buena gestión administrativa y, por ende, si satisfacen el interés general. La Hacienda Pública es también las normas jurídicas, administrativas y financieras relativas al control interno y externo y la responsabilidad de los funcionarios públicos. Por ende, e n último término, es la Contraloría General de la República la que determinará si lo actuado ha generado una lesión en la Hacienda Pública y a los principios antes indicados.

CONCLUSION:

De conformidad con lo expuesto, es criterio no vinculante de la Procuraduría General de la República, que:

1. La Procuraduría es incompetente para pronunciarse sobre la legalidad de los proyectos y contratos que hayan sido financiados en el marco de un Convenio de Cooperación Financiera no Reembolsable suscrito entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Banco Centroamericano de Integración Económica.
2. Respecto de la legalidad del Contrato de Fideicomiso suscrito por la República de China, el Banco Centroamericano de Integración Económica y el Ministerio de Vivienda y Asentamientos Humanos, debe estarse a lo resuelto por la Contraloría General de la República.
3. En razón de su acto de constitución, el Banco Centroamericano de Integración Económica es una persona de Derecho Internacional Público. Las disposiciones que lo rigen integran el Derecho Comunitario. El Banco no es una persona jurídica costarricense.
4. No obstante, cuando el Banco participa en contrataciones administrativas o comerciales en el país, se somete al ordenamiento jurídico costarricense.
5. El Banco Centroamericano de Integración Económica es independiente del Estado Costarricense, el cual debe respetar y actuar en consonancia con esa independencia.

6. En concreto, dicho Banco no es una entidad financiera de capital costarricense, no es una institución ni una empresa del Estado de Costa Rica. El Banco tampoco puede ser considerado un bien de Costa Rica.

7. De conformidad con el Convenio Constitutivo de dicho Banco, sus bienes, incluidos sus recursos financieros, deben ser considerados propiedad pública internacional.

8. Dichos bienes no forman parte de la Hacienda Pública en los términos del artículo 8 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

9. El objeto del Banco es promover la integración económica y el desarrollo económico y social equilibrado de los países beneficiarios. Objeto que puede autorizar una cooperación financiera no reembolsable, con base en el artículo 7, inciso k) de su Convenio Constitutivo.

10. En tanto persona jurídica del ordenamiento jurídico, el Estado puede ser donatario de bienes y servicios.

11. En la medida en que la donación no implique obligación financiera alguna a cargo del donatario u otro organismo público, ni contenga disposiciones que impliquen un tratamiento de excepción en materia impositiva o migratoria, la donación no requiere aprobación legislativa.

12. La donación es un convenio traslativo de la propiedad de un bien, que puede ser una obra, un mueble, un servicio de cualquier naturaleza. Importa que la traslación de la propiedad sea a título gratuito.

13. Esa donación debe estar dirigida al cumplimiento de los fines públicos encomendados a la Administración. Por ende, el destino de la donación debe estar en relación con las funciones que corresponden al organismo público receptor y deben dirigirse a satisfacer el interés público.

14. Para efectos del régimen jurídico de una donación, debe diferenciarse entre la donación de un bien o servicio y la donación de recursos financieros (dinero).

15. Si la donación concierne bienes o servicios, estos formarán parte de la Hacienda Pública una vez que la donación se haga efectiva. Empero, los recursos que financian la contratación de lo donado no constituyen fondos públicos y, por ende, no son parte de la Hacienda Pública.

16. Si la donación consiste en recursos financieros, estos serán fondos públicos a partir de que la donación se haga efectiva, en cuyo caso los fondos deberán ingresar a las cuentas del beneficiario y ser debidamente presupuestados.

17. No obstante, en tratándose de la donación de recursos líquidos para proyectos que requieren la contratación de bienes y servicios, el donante puede reservarse la realización de los pagos en forma directa a los contratistas. En cuyo caso, los recursos no ingresarán a la caja única del Estado.

18. El Directorio del Banco Centroamericano de Integración Económica acordó autorizar el otorgamiento de una cooperación financiera no reembolsable a las Repúblicas de Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica, por un monto de cinco millones de dólares, distribuidos en un millón de dólares para cada país, en cuentas separadas. Esta ayuda tenía como destino el financiamiento de “proyectos y programas del sector público de asistencia técnica y de desarrollo económico o social que cada país fundador defina, en concordancia con los planes estratégicos del Banco”.

19. En ejecución de ese Acuerdo, el Banco Centroamericano de Integración Económica y el Gobierno de la República suscribieron el 23 de octubre de 2006 un Convenio de Cooperación Financiera no reembolsable, por un monto de hasta un millón de dólares.

20. Conforme el Acuerdo del BCIE, el Convenio estipula las formas en que podría tener lugar el desembolso de los recursos. El desembolso podía tener lugar en forma directa al beneficiario, sea la República de Costa Rica, en forma directa a los proveedores de los bienes y servicios requeridos o a los beneficiarios de los recursos. La forma de desembolso debía ser escogida por el beneficiario.

21. El Banco Centroamericano de Integración Económica por medio de su Director por Costa Rica y el Poder Ejecutivo (Presidente de la República y Ministro de la Presidencia), convinieron en que el Banco otorgaría la cooperación mediante contratación de proveedores de bienes y servicios que requiriera el beneficiario para los programas que llegaren a ser aceptados, así como efectuaría los pagos en forma directa a los proveedores contratados.

22. Si bien la sección 2.5, punto 3 de la cláusula I del Convenio de Cooperación Financiera no reembolsable es ambigua, la práctica seguida por las partes en el Convenio permite considerar que este permitía que el BCIE donara bienes y servicios contratados por él mismo con sus propios recursos. En consecuencia, que la donación no consistiera en recursos líquidos y, por el contrario, que el Gobierno recibirá como donación los bienes y servicios requeridos por los proyectos o programas aprobados.

23. Ergo, se acordó que no habría fondos públicos que presupuestar y gestionar con base en las normas constitucionales y legales de Costa Rica.

24. Los bienes y servicios contratados por el BCIE y donados al Gobierno de la República ingresan a la Hacienda Pública y quedan sujetos a sus disposiciones. Por consiguiente, esos bienes deben

estar referidos a la satisfacción de las necesidades públicas y ser destinados, en forma exclusiva, al fin público que justifica la aceptación de la donación.

25. Los bienes y servicios que han sido donados y los proyectos o programas en que están enmarcados se sujetan a los controles de la Hacienda Pública. Lo anterior significa que sobre ese bien o servicio donado podrán ejercerse los controles de legalidad, contables, financieros y de eficiencia que determina el ordenamiento costarricense. Puede, entonces, controlarse la utilidad y racionalidad de las decisiones y su ejecución relativas a esos bienes.

26. El control permitirá determinar si las decisiones adoptadas y los bienes recibidos se ajustan a los principios de eficiencia y razonabilidad y buena gestión administrativa y, por ende, si satisfacen el interés general.

27. Asimismo, programas, proyectos y bienes y servicios están sometidos a los principios de publicidad y transparencia que rigen el accionar administrativo.

ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

FUENTES CITADAS

- 1 Poder Ejecutivo. Reforma Reglamento del Artículo 11 de la Ley de Planificación Nacional N° 5525 del 2 de Mayo de 1974 Decreto Ejecutivo : 35777 del 08/01/2010.
- 2 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Opinión Jurídica: OJ-108-2008. 27 de octubre, 2008
- 3 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Opinión Jurídica: OJ-067-2008. 8 de agosto, 2008