



ASESORÍA JURÍDICA

San José, 21 de junio del 2011
MAG-AJ-421-2011

Señor
Mario Molina Bonilla
Auditor Interno
Ministerio de Agricultura y Ganadería
Su Oficina.

Estimado señor auditor:

Por este medio, me permito dar respuesta a su Oficio AI 061-2011, mediante el cual, solicita a esta Asesoría, criterio legal en relación a la naturaleza y régimen jurídico aplicable a los recursos que el Ministerio de Agricultura y Ganadería otorgó a la Corporación Hortícola Nacional por medio del Presupuesto Ordinario y Extraordinario de la República para Ejercicio Económico del año 2004, Ley N°8398, con el fin de mantener o modificar las recomendaciones dadas en su momento, lo anterior en vista de pronunciamientos de la Contraloría General de la República en cuanto a la naturaleza de los fondos públicos que se transfieren a sujetos privados, según sea el caso y en cuanto a la naturaleza jurídica de la Corporación Hortícola Nacional, como ente público no estatal, definido por dictamen C-056-2008 de la Procuraduría General de la República.

En primer lugar es importante definir de modo general algunos conceptos jurídicos en cuanto a la materia que se nos somete a consideración.

1. De los Entes Públicos No Estatales

Se reconoce doctrinalmente el concepto de institución pública no estatal como aquella que si bien se rige por el Derecho Público, no pertenece al encuadramiento estatal. Así: "Si bien es frecuente en el lenguaje común hablar indistintamente de *"entes públicos"* y *"entes estatales"* como sinónimos, tales conceptos no son intercambiables entre sí. El mérito de haber señalado la diferencia pertenece a SAYAGUEZ LASO, quien expresa en lo siguiente: "La doctrina clásica sostenía que las personas eran del Estado, creadas por el Estado y para el Estado. Ello llevaba a una perfecta coincidencia de los conceptos de persona pública y entidad estatal. En otras palabras toda entidad estatal era pública y toda persona pública era necesariamente estatal. Como corolario, si una entidad no era estatal, forzosamente se regulaba por el derecho privado, no podría ser pública. En definitiva público y estatal venía a ser la misma cosa "El concepto

ASESORÍA JURÍDICA

tradicional pudo ser exacto durante el siglo pasado, cuando existían solamente las entidades estatales territoriales. No lo es ahora por que como ya hemos dicho, existen entidades no estatales reguladas indudablemente por el derecho público..." "... personas colectivas que indudablemente no son estatales, que no pertenecen a la colectividad ni integran la administración pública, sean porque el legislador las creó con ese carácter, sea porque su propia naturaleza resulta incompatible con calidad estatal. No obstante dichas instituciones en todo o en parte se regulan por normas de derecho público". (GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, EDICIONES Machi, Buenos Aires, 1977, pág. XI-8).

Queda claro de lo expuesto, que una institución puede estar regida por normativa de Derecho Público, y por ende ser considerada de carácter público, sin que ello conlleve a la necesaria conclusión de que está adscrita al Estado.

En el caso concreto, el artículo 1 de la ley N° 7628 dispone expresamente la creación de la Corporación Hortícola Nacional, como una corporación de interés público, con personalidad jurídica y patrimonio propio.

En relación con las organizaciones corporativas, la Procuraduría General de la República en el dictamen N° C-328-82 del 30 de noviembre de 1982, explicó de forma general, lo siguiente:

"(...) Las Corporaciones constituyen entes públicos no estatales, integrados por grupos de personas con intereses comunes; su substrato es personal, lo que importa sobretudo porque es el grupo el que concurre a formar la voluntad interna del ente. A diferencia de las Asociaciones privadas, la pertenencia a la corporación depende de una cualidad objetiva y es de carácter compulsiva. En efecto, para ser miembro de una Corporación se requiere ser titular de un interés común que defiende la Corporación, o bien, poseer un oficio o profesión en un campo específico del quehacer humano(...). (Ver en similar sentido el dictamen N° C-062-2002 del 26 de febrero del 2002)

De lo anterior se deduce que la Corporación Hortícola Nacional, se ha definido, en cuanto a su naturaleza jurídica, como un ente público no estatal en virtud de que "es creado por ley (N° 7628, artículo 1), tiene un fin público (artículo 2), está sujeto al Derecho Público en cuanto a la administración de fondos públicos (artículo 3), algunas de sus funciones son de naturaleza pública (artículo 5), el Estado y sus instituciones le otorgan recursos públicos (artículos 22 incisos c y g y 29) y goza de ciertos privilegios (artículo 25)".

2. Del Régimen Jurídico aplicable a los entes públicos no estatales.

Sobre el alcance del régimen jurídico aplicable a los entes públicos no estatales, la situación actual ha cambiado en forma significativa. En primer lugar porque la Ley N° 7494 de 02 de mayo de 1995 y sus reformas, Ley de Contratación Administrativa, incluye dentro de los órganos y entes que están sujetos a esa normativa, a los entes público no estatales (artículo 1).



ASESORÍA JURÍDICA

Por otra parte la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, N°7428 de 07 de setiembre de 1994, en su artículo 4, señala que el órgano contralor tiene competencia facultativa sobre los entes públicos no estatales de cualquier tipo.

En materia presupuestaria, por regla general, los presupuestos de los entes públicos no estatales no son aprobados por la CGR, salvo que exista norma legal que así lo establezca, como ocurre con el Banco Popular y de Desarrollo Comunal (artículo 2 de la Ley N°4351 de julio de 1969) o el Banco Hipotecario de la Vivienda o la Academia Nacional de las Ciencias, aunque en este último supuesto, la aprobación se limita, exclusivamente, aquellos gastos que se van a financiar con recursos públicos, no así los que se financian con recursos privados.

Por su parte, en relación con la aplicación de la Ley de la Administración Financiera y Presupuestos Públicos, Ley N°8131 del 18 de setiembre del 2001, a los entes públicos no estatales se encuentra definido en su artículo 1:

"Ámbito de aplicación

La presente Ley regula el régimen económico-financiero de los órganos y entes administradores o custodios de los fondos públicos. Será aplicable a:

La Administración Central, constituida por el Poder Ejecutivo y sus dependencias.

Los Poderes Legislativo y Judicial, el Tribunal Supremo de Elecciones, sus dependencias y órganos auxiliares, sin perjuicio del principio de separación de Poderes estatuido en la Constitución Política.

La Administración Descentralizada y las empresas públicas del Estado.

Las universidades estatales, las municipalidades y la Caja Costarricense de Seguro Social, únicamente en cuanto al cumplimiento de los principios establecidos en el título II de esta Ley, en materia de responsabilidades y a proporcionar la información requerida por el Ministerio de Hacienda para sus estudios. En todo lo demás, se les exceptúa de los alcances y la aplicación de esta Ley.

También esta Ley se aplicará, en lo que concierna, a los entes públicos no estatales, las sociedades con participación minoritaria del sector público y las entidades privadas, en relación con los recursos de la Hacienda Pública que administren o dispongan, por cualquier título, para conseguir sus fines y que hayan sido transferidos o puestos a su disposición, mediante partida o norma presupuestaria, por los órganos y entes referidos en los incisos anteriores o por los presupuestos institucionales de los bancos del Estado.

Las disposiciones de esta Ley no serán aplicables a los bancos públicos, excepto en lo correspondiente al trámite de aprobación de sus presupuestos, así como a lo ordenado en los artículos 57 y 94 y en el título X de esta Ley.



ASESORÍA JURÍDICA

Las normas técnicas básicas para aplicar esta Ley serán dictadas por los órganos competentes del Poder Ejecutivo, previa consulta a la Contraloría General de la República, la cual dictará las correspondientes a las universidades, municipalidades y los bancos públicos.

En cuanto al ámbito de aplicación de esta Ley, rigen las restricciones dispuestas en este artículo para el resto de las disposiciones establecidas".

Con las excepciones previstas, el principio es que en tanto haya fondos públicos por ser administrados o custodiados la ley es eficaz y debe ser aplicada. Este elemento fundamental, fondos públicos, determina que se haya previsto la aplicación de la ley a sujetos privados en tanto dispongan o administran fondos públicos, así como a las sociedades en que los entes públicos tienen una participación minoritaria (lo que determinaría que no puedan ser consideradas técnicamente como empresas públicas). Empero, lo que interesa es la sujeción a la ley cuando se trata de entes públicos no estatales.

De la redacción de la Ley se desprende que a los entes públicos no estatales se les aplicará la ley en la medida en que estén administrando o custodiando fondos públicos. Simplemente, si no hay fondos públicos no se justifica el régimen "económico-financiero" en que consiste la ley.

El artículo 8 de la Ley de la Contraloría General establece que la Hacienda Pública está constituida tanto por los fondos públicos, como por un conjunto de potestades referidas a esos fondos y el régimen jurídico que los rige (párrafo primero). Obviamente, recursos de la Hacienda Pública está referido a los fondos públicos, cuya regulación hace el artículo 9 de la Ley de la Contraloría. Empero, el párrafo segundo del artículo viene a regular lo relativo a la Hacienda Pública de los entes públicos no estatales, disponiendo:

"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".

Ahora bien, en tanto estemos en presencia de fondos provenientes de una norma o partida presupuestaria, los entes públicos no estatales estarán sujetos a la Ley de la Administración Financiera, lo que en principio permitiría considerar que resulta aplicable el capítulo referente a la Autoridad Presupuestaria. (Artículo 21 y siguientes de la Ley N°. 8131)



ASESORÍA JURÍDICA

3. Ley de Control Interno y entidades públicas no estatales.

La Ley de Control Interno tiene como objeto consolidar el concepto de sistema de control interno que estableció la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, precisando en mejor manera los elementos integrantes del sistema, sus objetivos y funciones. La Ley pretende reforzar la responsabilidad de los órganos de control interno (administración activa y auditorías internas) en esta función. El control interno no depende de un órgano específico, la auditoría, sino de toda la organización y fundamentalmente de la jerarquía del ente. La administración activa se convierte, así, en un elemento esencial para el establecimiento del sistema de control interno y para su funcionamiento efectivo y eficiente, todo con el objeto de proteger los fondos públicos y garantizar la eficacia y eficiencia del aparato administrativo. Objetivos que no corresponden a una Administración Pública en concreto, sino que deberían ser propios de toda organización administrativa.

Ahora bien, el sistema de control interno que regula la ley es aquél de los "entes y órganos sujetos a la fiscalización de la Contraloría General de la República", según se desprende del artículo 1ª de la Ley, a cuyo tenor:

"Contenido y ámbito de aplicación. Esta Ley establece los criterios mínimos que deberán observar la Contraloría General de la República y los entes u órganos sujetos a su fiscalización, en el establecimiento, funcionamiento, mantenimiento, perfeccionamiento y evaluación de sus sistemas de control interno".

Son estos entes los obligados, conforme el artículo 7, a disponer de un sistema de control interno, que resulte integrado y congruente con sus competencias y proporcione seguridad en el cumplimiento de éstas.

Cobra, entonces, particular importancia la determinación de cuáles son los entes sujetos a la fiscalización de la Contraloría General de la República, aspecto que no encuentra respuesta en la Ley de Control Interno, sino en la propia Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

Los artículos 4 y siguientes de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República regulan su competencia. En ese sentido, se dispone que

"ARTICULO 4.-

AMBITO DE SU COMPETENCIA

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



ASESORÍA JURÍDICA

La Contraloría General de la República tendrá competencia facultativa sobre:

a) Los entes públicos no estatales de cualquier tipo.

(...).

Se entenderá por sujetos pasivos los que están sometidos a la fiscalización de la Contraloría General de la República, de acuerdo con este artículo.

(...)".

En la medida en que un ente integre la Hacienda Pública, en los términos del artículo 8 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, ya mencionado, puede entenderse que está sujeto a la competencia de ese órgano contralor y que, por ende, para todo efecto, se trata de un sujeto pasivo. Esa sujeción determinará la aplicación de la Ley de Control Interno. Empero, al emitir la Ley Orgánica de la Contraloría General se diferencié entre los entes estatales y los no estatales para efectos de la fiscalización de los fondos públicos. Los entes públicos no estatales forman parte de la Hacienda Pública en la medida en que administren fondos públicos, como ya lo mencionamos anteriormente, para lo cual se considera que estos fondos son los administrados, por cualquier título y han *"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..."*.

Siendo la Corporación Hortícola Nacional un sujeto pasivo, sujeto a la fiscalización facultativa de la Contraloría General de la República, de conformidad con el artículo 4 de la Ley Orgánica de ese órgano contralor, aun cuando ya se dijo que los entes públicos no estatales integran el concepto de Hacienda pública en los términos supra señalados y al enmarcarse la Corporación Hortícola Nacional dentro de esos supuestos, debe ésta Administración fiscalizar la observancia por parte de ese ente, de la Ley General de Control Interno, obligándola a disponer de sistemas de control interno.



ASESORÍA JURÍDICA

Asimismo, consideramos que el régimen jurídico aplicado por éste Ministerio a la CHN, cuando se le otorgaron recursos mediante Ley N°8398, Ley de Presupuesto Ordinario y Extraordinario de la República, para el ejercicio económico del año 2004; independientemente de su naturaleza de ente público no estatal, sino como "sujeto privado administrador o custodio de fondos públicos, por cualquier título", debió ser sometido al escenario que se enmarca en el artículo 4 inciso b) de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y por ende ser sometida a los lineamientos y normativa técnica vigente de control interno.

No obstante, se señala que la aplicabilidad de las leyes es hacia futuro, desde el momento de su promulgación.

Sin otro particular, atentamente




Julieta Murillo Zamora

Jefe Asesoría Jurídica

DCS/dcs*