

San José, 09 de setiembre del 2021
Oficio DJMH-1829-2021

Señor:
Elian Villegas Valverde
Ministro

Asunto: *Solicitud de criterio*

Estimado señor:

A efectos de emitir el criterio de esta Dirección Jurídica sobre algunos alcances relacionados con los entes públicos no estatales, se procede a dar respuesta a las siguientes interrogantes:

1 ¿Cuál es el alcance (o ámbito de aplicación) de la Ley N°8131 para los entes públicos no estatales que no reciben o manejan fondos públicos?

Bajo la denominación “ente público no estatal” se reconoce la existencia de una serie de entidades, normalmente de naturaleza corporativa o profesional, a las cuales, si bien no se les enmarca dentro del Estado, se les reconoce la titularidad de una función administrativa, y se les sujeta –total o parcialmente- a un régimen publicístico en razón de la naturaleza de tal función. En otras palabras, el ente público no estatal tiene naturaleza pública en virtud de las competencias que le han sido confiadas por el ordenamiento jurídico. El ejemplo típico, lo constituyen los Colegios Profesionales.

Así, a pesar de que el origen del ente público no estatal puede ser privado, sus fondos privados y responder a fines de grupo o categoría, es considerado público porque es titular de potestades administrativas; sean éstas de policía, disciplinarias, normativas, entre otras. En ejercicio de esas potestades, el ente público no estatal emite actos administrativos y es, en esa medida, que se le considera parte de la Administración Pública.

Ahora bien, como parte integrante de la Administración Pública, a los entes públicos no estatales les resultan aplicables la normativa de Derecho Público, en particular la administrativa y sus principios, con todas las consecuencias jurídicas que ello trae consigo, como por ejemplo el sometimiento al principio de legalidad y el control de legalidad contencioso-administrativo.

No obstante, como bien lo ha señalado la Sala Constitucional, las referidas corporaciones o entes públicos no estatales “[...] participan de la naturaleza de la Administración Pública, pero sólo en cuanto ejercen funciones administrativas [...]” (Sentencia N° 5483-95, de las 9:33 horas del 5 de octubre de 1995). Por ello, únicamente en tal ámbito estarían sujetas a los indicados bloque y principio de legalidad; fuera del mismo, actúan sin estar revestidas de potestades de imperio, vinculándose con otros sujetos sobre la base del principio de autonomía de la voluntad y dando lugar a relaciones disciplinadas por el Derecho Privado.

La Procuraduría General de la República, en diversos pronunciamientos (dictámenes y opiniones jurídicas), ha tenido oportunidad de definir qué debe entenderse por un ente público no estatal. Por ejemplo, en la Opinión Jurídica N° 015-96 de fecha 17 de abril de 1996, en lo que interesa, se afirma:

“La distinción de los entes públicos en estatales o no estatales tiene su origen en la doctrina sudamericana, particularmente en Sayagués Laso. Este autor, a partir de la observación de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, que reconoce la titularidad de una función administrativa en entes privados (arrets Monpeurt, Bouguen, Comité de défense des libertés professionnelles des experts comptables, Magnier, entre otros) normalmente de naturaleza corporativa o profesional, concluye que existen entes públicos que no se enmarcan en el Estado, por lo que considera que no integran la Administración Pública, pero que están sujetos, total o parcialmente, a un régimen publicístico en razón de las funciones que desempeñan:

«Pero además de esas entidades existen otras personas colectivas que indudablemente no son estatales, que no pertenecen a la colectividad ni integran la administración pública, sea porque el legislador las creó con ese carácter, sea porque su propia naturaleza resulta incompatible con la calidad estatal. No obstante, dichas instituciones en todo o en parte se regulan por normas de derecho público [...]» E, SAYAGUES LASO: Tratado de Derecho Administrativo, I, Montevideo, Martin Bianchi Altuna, 1953, p. 175 (...)

Y es que como señala don Eduardo Ortiz: «No debe hablarse de entes públicos estatales, si por ello quiere decirse pertenecientes o encuadrados en el Estado como sujeto público. Todo ente público, por el hecho de ser persona, es jurídicamente independiente del Estado, en punto a imputación de conducta y de situaciones jurídicas. Es decir, todo ente menor es centro de su conducta y de derechos y obligaciones propios, que sólo a él pueden imputarse, con entera independencia del Estado. En tal sentido, ningún ente menor es ni puede ser estatal». Los sujetos del Derecho Administrativo, Publicaciones de la Universidad de Costa Rica, San Pedro de Montes de Oca, 1971, p. 64.

Ahora bien, la razón por la cual los llamados «entes públicos no estatales» adquieren particular relevancia para el Derecho Público reside en que, técnicamente, ejercen función administrativa. En ese sentido, sus cometidos y organización son semejantes a los de los entes públicos.» (Lo subrayado no es del original).

En un pronunciamiento posterior, la Procuraduría General de la República, en el Dictamen N° C-052-2002, de fecha 21 de febrero del 2002, indicó:

“Para conocer si un ente público es no estatal, el operador debe analizar si presenta los rasgos anteriores y particularmente la forma de ente de que se trata. Lo anterior sin desconocer que tradicionalmente el legislador ha recurrido al procedimiento de calificar un ente público como no estatal, aun cuando en razón de su competencia, origen de los fondos y organización deba considerarse un «ente estatal», con el objeto de eximirlo de la aplicación de determinadas disposiciones de Derecho Público. En el estado actual del ordenamiento ese objetivo no es aceptable sobre todo porque la tendencia es a uniformar

el régimen público, de manera tal que la excepción respecto de una determinada Ley debe provenir de la expresa indicación del legislador y no de la caracterización del ente como no estatal. Tal es el caso de la sujeción al control de la Contraloría General de la República, de la Ley de la Contratación Administrativa o en su momento de la Ley de la Autoridad Presupuestaria, por ejemplo.”

Por otro lado, la Sala Constitucional, en diferentes sentencias –las cuales coinciden con la línea de pensamiento de la Procuraduría- ha sostenido también la falta de rigor por parte del legislador nacional en la utilización del concepto de “ente público no estatal”. Por ejemplo, en la sentencia N° 2004-13660, de las 18:21 horas del 30 de noviembre del 2004, en lo que interesa, indicó:

“Ahora bien, cabe precisar que, tradicionalmente, el legislador ha recurrido al procedimiento de calificar un ente público como no estatal, aun cuando en razón de su competencia, origen de los fondos y organización deba considerarse un ‘ente estatal’, con el objeto de eximirlo de la aplicación de determinadas disposiciones de Derecho Público. En el estado actual del ordenamiento, ese objetivo no es aceptable sobre todo porque la tendencia es uniformar el régimen jurídico público aplicable, de manera tal que la excepción respecto de una determinada Ley debe provenir de la expresa indicación del legislador y no de la caracterización del ente como no estatal.” (Lo subrayado no es del original).

Como bien se indicó en el dictamen C-380-2004 del 21 de diciembre del 2004:

(...) En referencia a los fines del ente y los intereses bajo los que actúa, el ordenamiento diferencia entre entes públicos estatales y entes públicos no estatales. Conforme esa doctrina, el ente público no estatal tiene naturaleza pública en razón de las competencias que le han sido confiadas por el ordenamiento. Es decir, es titular de potestades administrativas, en cuyo ejercicio puede emitir actos administrativos, sin que al efecto se diferencie de un ente público ‘estatal’. Y es que de existir diferencia, ésta radicaría en la titularidad de los fines, que han de ser de ‘interés general’, pero sin que sea necesario que coincidan en todo o en parte con los fines del Estado. Se considera que los fines son de un interés general menos intenso que el que satisface el Estado. Tal es el caso de los colegios profesionales o entidades representativas de sectores productivos (...)” (Dictamen no. C-397-2005 de 15 de noviembre de 2005. En igual sentido, véanse los dictámenes nos. C-303-2012 de 6 de diciembre de 2012 y C-203-2013 de 26 de setiembre de 2013).

En resumen, los entes públicos no estatales, no integran la Administración Pública, pero están sujetos a un régimen de Derecho Público en razón de las funciones públicas asignadas, estos entes pueden emitir actos administrativos, de igual forma que lo hace un ente público estatal. De ese hecho, la diferencia entre ente público estatal y ente no estatal vendría dada fundamentalmente por los fines que se satisfacen. El ente no estatal satisface fines de interés general, pero esos fines no tienen que coincidir con los fines del Estado. Se considera que los fines son de un interés general menos intenso que el que satisface el Estado.

La condición de entidad pública no estatal se manifiesta sobre todo en los ámbitos profesionales y productivos. Es decir, entes de base asociativa, una asociación obligatoria, por cuanto las personas

concernidas deben afiliarse o incorporarse a la entidad creada y contribuir a la integración de su patrimonio. Es lo que sucede con los colegios profesionales y entidades representativas de intereses productivos, como la Liga Agrícola Industrial de la Caña o el Instituto del Café.

Dada esa base asociativa podría afirmarse que el ente no estatal presenta un carácter corporativo. Por su parte, el ámbito general de la Ley de la Administración Financiera está definido en el artículo 1° de esta Ley.

Dispone el artículo de mérito:

“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:

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

b. 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.

c. La Administración Descentralizada y las empresas públicas del Estado.

d. 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 ni al Instituto Nacional de Seguros, 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.

(Así reformado el párrafo anterior por el artículo 51 de la "Ley Reguladora del Mercado de Seguros, incluye reforma integral a la Ley N° 12 del 30 de octubre de 1924", N° 8653 del 22 de julio de 2008)

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”.

Podemos interpretar de la norma transcrita que, 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. 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. Ergo, la ley no se aplica respecto de los entes que no administren o custodien fondos públicos, pero tampoco debería aplicarse respecto a los fondos no públicos de que sea titular, administre o custodie. Simplemente, si no hay fondos públicos pareciera que no se justifica el régimen "económico-financiero" en que consiste la ley.

Pareciera que la norma genera incertidumbre al pretender referirse al origen de los fondos de los entes no estatales. En efecto, el artículo hace referencia a los recursos de la Hacienda Pública y a que estos recursos hayan sido transferidos o puestos a su disposición "mediante partida o norma presupuestaria" por los órganos y entes a que se refieren los incisos a, b, c y d) o los "presupuestos institucionales de los bancos del Estado".

En virtud de lo anterior, se puede decir que para conocer el alcance de la norma, hay que aclarar el contenido del término recursos de la Hacienda Pública.

Para aclarar el término referido en el párrafo anterior, podemos recurrir al artículo 8 de la Ley Orgánica de la Contraloría General 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.

(Así reformado por el inciso d) del artículo 126 de la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, N° 8131 de 18 de setiembre del 2001)”

De la redacción del artículo 1° de la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos podría intentarse una interpretación en el sentido de que los fondos públicos de los entes no estatales son también aquellos creados por normas no presupuestarias y que no requieren una transferencia presupuestaria. Y es que la presencia de fondos públicos puede originarse no sólo en normas y partidas presupuestarias. Empero, al remitirse al criterio legal de "hacienda pública", puede interpretarse que los fondos a que se refiere la Ley de la Administración Financiera –y que son los que determinan la aplicación de la Ley-, son los provenientes de una transferencia presupuestaria o de una disposición presupuestaria que así lo establezca.

Por lo anterior es viable señalar que, si hubiere fondos públicos a favor de los entes no estatales que no deban ser transferidos por normas o partidas del Presupuesto del Estado o de los presupuestos de la Administración Descentralizada, las universidades del Estado, las municipalidades y los bancos del Estado, estos fondos no integrarían la Hacienda Pública y, por ende, respecto de ellos no se aplicaría la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos.

Pero más allá de la valoración que pueda merecer la restricción legal al concepto de fondos públicos, lo cierto es que 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. Por ello, los alcances del artículo 21 y siguientes de la Ley N° 8131 deben estar referidos a los entes no estatales que reciban fondos públicos en los términos indicados.

Dispone en lo conducente dicho numeral:

“ARTÍCULO 21. Autoridad Presupuestaria

Para los efectos del ordenamiento presupuestario del sector público, existirá un órgano colegiado denominado Autoridad Presupuestaria. Además de asesorar al Presidente de la República en materia de política presupuestaria, tendrá las siguientes funciones específicas:

Formular, para la aprobación posterior del órgano competente según el inciso b) del presente artículo, las directrices y los lineamientos generales y específicos de política presupuestaria para los órganos referidos en los incisos a), b) y c) del artículo 1, incluso lo relativo a salarios, empleo, inversión y endeudamiento. No estarán sujetos a los lineamientos de la Autoridad Presupuestaria los órganos mencionados en el inciso d) del artículo 1, además de los entes públicos, cuyos ingresos provengan, mediante una legislación especial, del aporte de los sectores productivos a los que representan. Se exceptúa de lo establecido en este inciso lo referente a la remuneración del Presidente de la República, que se regirá por ley especial.

(Así reformado el inciso anterior por el artículo 3° del título III de la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, N° 9635 del 3 de diciembre de 2018, que adicionó el numeral 57 aparte j) a la Ley de Salarios de la Administración Pública, N° 2166 del 9 de octubre de 1957) (...)

Se exceptúa del ámbito de competencia de la Autoridad Presupuestaria las universidades estatales, las municipalidades y la Caja Costarricense de Seguro Social; así como los entes públicos cuyos ingresos provengan del aporte de los sectores productivos a los que representan.

En ese orden de ideas, la Ley se refiere a los recursos de la Hacienda Pública. Y asocia la titularidad o administración de esos recursos a un origen particular de éstos: sea 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. Lo que implica que el ente debe haber recibido transferencias presupuestarias.

El artículo 8 de esta Ley, determina que en el caso de los entes no estatales los recursos de la Hacienda Pública serán aquéllos transferidos o puestos a disposición del ente por los poderes del Estado, sus órganos, el Tribunal Supremo de Elecciones, la administración descentralizada, las universidades estatales, las municipalidades o los bancos del Estado. La redacción total del artículo no es muy clara y puede conducir a problemas de gestión financiera y presupuestaria, máxime en los casos en que la ley de creación de los entes no estatales permita afirmar la naturaleza pública de los recursos del ente.

Puede interpretarse entonces, que dependiendo del origen de los fondos que administra o dispone un ente público no estatal, éste estará o no sujeto a lo dispuesto por la Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos.

2. ¿Los entes públicos no estatales que no reciben o manejan fondos públicos estarían afectados a la Regla Fiscal?

La regla fiscal es un instrumento que busca ayudar a las economías a equilibrar las finanzas públicas y dar sostenibilidad a la deuda pública. Constituye una herramienta que favorece el logro de la consolidación fiscal, al limitar la posibilidad de que los gobiernos incurran en grandes

desequilibrios fiscales, que se acumulan como una creciente deuda pública, la cual limita el desempeño económico del país.

Sin embargo, para lograr ese cometido, la regla fiscal debe definirse con claridad y ser de fácil aplicación. Una regla confusa, con espacios para interpretación, o muy estricta, podría deteriorar, en vez de mejorar, la situación fiscal del país.

Ahora bien, se debe tomar en consideración que la Ley N° 9635 denominada “*Fortalecimiento de las Finanzas Públicas*”, tiene como espacio de aplicación al sector público no financiero.

El Título IV de la Ley N° 9635 no rige para ninguna entidad privada, pero tampoco rige para todos los organismos públicos. En principio, comprende todo organismo del sector público no financiero, salvo lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley.

Ergo, para que la Ley 9635 sea aplicable, debe estarse ante organismos públicos y éstos deben ubicarse dentro del sector de actividad no financiero y, para esos efectos, los artículos 5° y 6° de la Ley, disponen:

“Artículo 5°- Ámbito de aplicación. La regla fiscal será aplicable a los presupuestos de los entes y los órganos del sector público no financiero.”

“Artículo 6°- Excepciones. Quedan exentas del ámbito de cobertura del presente título, las siguientes instituciones:

a) La Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS), únicamente en lo que se refiere a los recursos del régimen de invalidez, vejez y muerte (IVM) y el régimen no contributivo que administra dicha institución.

b) Toda empresa pública que participe de forma directa en cualquier actividad abierta al régimen de competencia, pero solo en lo relativo a dicha actividad. Esta norma dejará de aplicar cuando la empresa solicite un rescate financiero al Poder Ejecutivo o cuando su coeficiente deuda sobre activos sea superior al cincuenta por ciento (50%).

c) La Refinadora Costarricense de Petróleo (Recope) únicamente en lo que corresponde a la factura petrolera.

d) Las municipalidades y los concejos municipales de distrito del país. No obstante, el presente título será aplicable a aquellos recursos de los presupuestos de las municipalidades y concejos municipales de distrito, provenientes de transferencias realizadas por el Gobierno central. (Así adicionado el inciso anterior por el artículo 11 de la Ley para apoyar al contribuyente local, y reforzar la gestión financiera de las municipalidades, ante la emergencia nacional por la pandemia del covid-19, N° 9848 del 20 de mayo del 2020)

e) Los comités cantonales de deportes. (Así adicionado el inciso anterior por el artículo 11

de la Ley para apoyar al contribuyente local, y reforzar la gestión financiera de las municipalidades, ante la emergencia nacional por la pandemia del covid-19, N° 9848 del 20 de mayo del 2020)”

Por su parte, el Reglamento Ejecutivo al Título IV de la Ley 9635, Decreto Ejecutivo N° 41641 de 9 de abril de 2019, dispone en lo que interesa:

“Artículo 1º.-Ámbito de aplicación: *La Regla Fiscal para el control del crecimiento del gasto corriente presupuestario, se aplicará al Sector Público no Financiero (SPNF), que según lo dispuesto en el clasificador institucional comprende:*

El Gobierno Central, entendido como el Poder Ejecutivo y sus dependencias, así como todos los órganos de desconcentración adscritos a los distintos ministerios, el Poder Legislativo, el Poder Judicial, el Tribunal Supremo de Elecciones, y las dependencias y los órganos auxiliares de estos.

Instituciones Descentralizadas No Empresariales y sus órganos desconcentrados.

Gobiernos Locales.

Empresas Públicas no Financieras”.

Serán consideradas dentro del ámbito de aplicación de la Regla Fiscal para el período correspondiente, todas las entidades listadas en el detalle del Clasificador Institucional y sus anexos que correspondan al SPNF, así como aquellas no incluidas pero que ya cuenten con un código pre-asignado provisional otorgado por la Comisión de Clasificadores y que para su formalización como parte del SPNF, solo esté pendiente su publicación en el citado clasificador y que asimismo cuenten con un presupuesto ordinario aprobado que cubra todo el período. (Así reformado por el artículo 1º del decreto ejecutivo N° 42745 del 19 de noviembre del 2020)”

Para atender la consulta que nos ocupa, también es de importancia tener claro que la ley mencionada, ha considerado que un ente público no estatal, con patrimonio propio, que forma parte de la administración descentralizada y que ejerce una función pública delegada por el Estado, es una institución perteneciente al Sector Público no Financiero, clasificada dentro del subsector Gobierno General y dentro de las denominadas Instituciones Descentralizadas no Empresariales.

En consecuencia, al tenor literal de las normas expuestas, un ente público no estatal en tales condiciones, está sujeto a las disposiciones del Título IV de la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas.

No obstante lo anterior, al realizar un análisis del título IV denominado *Responsabilidad Fiscal de la República*, es necesario traer a colación el concepto de **Hacienda Pública**, en lo que éste se relaciona con los entes públicos no estatales.

Como se indicó anteriormente el artículo 1 de la Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos, en el párrafo sexto establece lo siguiente:

“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.”

(El subrayado no es del original)

Y es justamente acá, en donde retomaremos el término de Hacienda Pública y el tipo de recursos o fondos públicos que la conforman; así como su relación con los entes públicos no estatales.

El artículo 8 de la ley referida, dispone sobre la Hacienda Pública:

“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.”

La Contraloría General de la República, en el oficio FOE-AM-308 del 8 de julio del 2002, realizó un importante estudio sobre este tema, el cual ayuda mucho a comprender el sentido de la norma en estudio y el concepto de Hacienda Pública:

“En lo que respecta a los entes públicos no estatales, el párrafo segundo del artículo reformado (se refiere al artículo 8 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República) establece que únicamente formarán parte de la Hacienda Pública los recursos que éstos 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, con lo cual surge el cuestionamiento acerca de la eventual afectación de las competencias de esta Contraloría General en la fiscalización de estos entes y en general con respecto a los alcances de la reforma operada.

Con el fin de determinar los verdaderos alcances del cambio de concepto de Hacienda Pública, se procedió a realizar un estudio de las Actas Legislativas y posteriormente, a partir de una interpretación sistemática de la reforma, a ubicarla en el contexto completo de la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos y de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

Estudio de las Actas Legislativas.

Del estudio de las actas legislativas de la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, se derivan dos conclusiones de importancia con respecto al cambio de concepto de Hacienda Pública en lo que respecta a los entes públicos no estatales:

- 1. La reforma lo que pretende es eximir a los entes públicos no estatales de los trámites presupuestarios en aquellos casos en que sus recursos no han sido transferidos o puestos a su disposición mediante norma o partida presupuestaria.*
- 2. La exclusión de los recursos de los entes públicos no estatales del concepto de Hacienda Pública en aquellos casos en que no han sido transferidos o puestos a su disposición mediante norma o partida presupuestaria, pero sería sin perjuicio de las competencias de fiscalización de esta Contraloría General.*

A continuación se procede al análisis de los textos de mayor relevancia presentes en las actas legislativas de la reforma en comentario con el fin de sustentar las conclusiones antes señaladas.

En la Sesión Nº 44 del 5 de agosto de 1999, durante la discusión de la reforma al artículo 8 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, el Diputado Gerardo Campos Chavarría sostuvo:

"En ese sentido es necesario, por lo menos, que los compañeros diputados, tengan conocimiento de la reacción que se generó en varias de las instituciones que lograron ponerse de manifiesto y pedir que, en el envío a la Sala Constitucional, se excluyeran las universidades, no así otras organizaciones que han venido en un proceso para ganar independencia y tener sus propios recursos.

Esta Ley de Presupuestos Públicos tiene un gran sentido, especialmente para todas las entidades del gobierno central y de las autónomas, pero pierde claridad y objetividad cuando son recursos propios del sector, que agregan recursos para lograr mayor eficiencia en la ejecución presupuestaria.

A lo largo de muchos años se ha logrado determinar que la ejecución centralizada es deficiente y muy enredada y se ha logrado un proceso de independencia, por medio de los entes públicos no estatales o de entes públicos con recursos propios del sector.

Así se ha desarrollado la Oficina Nacional de Semillas, la Oficina del Arroz y algunas instituciones como el ICAFE, LAICA y CORBANA.

Cuando estuvo en discusión el proyecto, se dijo claramente que este esfuerzo de organizar las finanzas públicas, es un esfuerzo que inclusive data de la Administración anterior, pero que con el ánimo de controlar, se había excedido y había incluido a entidades que no tienen razón de ser, que estén en este proyecto.

Tengo notas del Instituto del Café, de LAICA, de CORBANA, gestiones de la Oficina Nacional de Semillas, que no reciben recursos del gobierno central sino, que son contribuciones de la actividad propia del sector. (...).

Estos recursos les ha permitido consolidar organización y darles músculo en un ambiente de difícil acción en el ámbito gubernamental y salirse de una serie de marañas como la Autoridad Presupuestaria, el Ministerio de Planificación y Política Económica, de las directrices del Ministerio de Hacienda y salirse también de la muestra del Fondo Monetario Internacional."⁽¹⁾

Durante esa misma Sesión, y siempre en referencia a la reforma al artículo 8 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, el Diputado Guido Octavio Vargas Artavia indicó:

"Hemos votado afirmativamente la dispensa de trámite del proyecto de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, porque lleva la intención de modificar lo que se establece en ese proyecto de Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, que criticamos por incluir a las organizaciones productivas que se financian con sus propios recursos.

Vemos positiva la reforma propuesta, que da una clara intención de buena voluntad de darle al sector productivo una herramienta para que pueda manejar su presupuesto sin mayor intervención. Importante reconocer que este concepto es moderno y le ayudaría mucho al sector productivo.

Hemos visto como en el caso del café, que su financiamiento por el productor, por la mata y tenemos grandes reservas de que nos vuelvan a incluir en la Autoridad Presupuestaria. No obstante, todavía a esta reforma de Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, hay que hacerle algún cambio menor, y ahí le pedimos al señor Trejos que nos colabore pues habría que mocionar vía artículo 137 para mejorar la redacción del artículo 8. Que habla con respecto a los entes públicos no estatales o a las entidades privadas, que únicamente formarán parte de la hacienda pública, aquellos recursos administrativos que dispongan, o cualquier título para la consecución de sus fines y que hayan puesto a su disposición mediante acto legislativo o administrativo.

⁽¹⁾ Actas de la Asamblea Legislativa, folios 4390 y 4391.

En la parte de acto legislativo o acto administrativo, es dónde (sic) tenemos duda, porque si hay un acto legislativo de la Ley N° 2762, en el artículo 8, inciso a) se refiere a esta materia. Por lo tanto, hay que dejar claridad en el espíritu del legislador que dice: ‘toda aquella institución que se financie con los recursos propios de sus productores queda exenta de las obligaciones que contempla la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos’.

En principio estamos de acuerdo, en espera de que mocionemos para hacerle ese cambio tan necesario y quiero reiterar que veo intención de que esta situación de las organizaciones de productores que se financian con sus propios recursos no tengan mayores problemas en la Administración”⁽²⁾

Queda claro que la voluntad del legislador con respecto a la reforma al artículo 8 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, al menos en lo que a este punto se refiere, está dirigida a sustraer a los entes públicos no estatales de la aplicación de la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, al menos de los recursos propios, y dotarlos de cierto grado de autonomía en el manejo de esos recursos.

Esta visión se encuentra también en el Acta de la Sesión N° 46 del 10 de agosto de 1999, donde el Diputado Guido Octavio Vargas Artavia sostuvo:

“El sector cafetalero desfiló aquí por la Asamblea Legislativa pidiendo esa flexibilidad para que esos recursos de la mata de café pudieran invertirse en la actividad y no estuvieran ahí con su ejecución de presupuestos y que no le permitían utilizar los recursos para la sostenibilidad de la actividad, para la promoción del café de Costa Rica y también para lograr una mejor eficiencia en todo lo que era tratamiento de aguas y de beneficios.

Ahora mismo hemos visto la buena voluntad para buscarle una salida en la reforma de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. Hemos consultado al sector y se considera insuficiente la modificación presupuestaria. Ahora mismo hemos estado aquí con el sector cañero y ellos han manifestado que se requiere una modificación, que se eliminen los incisos e) y f) del artículo 1 del proyecto de ley en mención.

Si no logramos un acuerdo para que el sector productivo, tenga esa tranquilidad de que los recursos que pone el productor pueda utilizarlos con una mejor oportunidad, inteligente, no podría estar yo apoyando este proyecto de Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, sino (sic) logramos garantizar eso.”⁽³⁾

Como puede apreciarse, la reforma al concepto de Hacienda Pública debe ubicarse dentro de su justo contexto. Con el cambio de concepto de Hacienda Pública, lo que el legislador pretendió fue sustraer a los entes públicos no estatales de gran parte de la aplicación de la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, otorgándoles la posibilidad de administrar alguna parte de sus recursos sin sujeción a lo indicado en esa Ley.”

⁽²⁾ Actas de la Asamblea Legislativa, folios 4396 y 4397.

⁽³⁾ Actas de la Asamblea Legislativa, folio 4442.

Se deduce de la cita transcrita que la voluntad del legislador con respecto a la reforma al artículo 8 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, al menos en lo que a este punto se refiere, está dirigida a sustraer a los entes públicos no estatales de la aplicación de la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, al menos de los recursos propios, y dotarlos de cierto grado de autonomía en el manejo de esos recursos.

Como puede apreciarse, la reforma al concepto de Hacienda Pública debe ubicarse dentro de su justo contexto. Con el cambio de concepto de Hacienda Pública, lo que el legislador pretendió fue sustraer a los entes públicos no estatales de gran parte de la aplicación de la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, otorgándoles la posibilidad de administrar alguna parte de sus recursos sin sujeción a lo indicado en esa Ley.

Ahora bien, a partir de lo expuesto entonces ¿tiene relación este concepto de la Hacienda Pública con lo indicado en el Título IV de la ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas?

El artículo 4 del Título IV de la Ley N° 9635 dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 4- Objeto. Establecer reglas de gestión de las finanzas públicas, con el fin de lograr que la política presupuestaria garantice la sostenibilidad fiscal.

Podemos advertir que el artículo tiene tres conceptos fundamentales en la gestión financiera de un Estado: Las Finanzas Públicas, la Política Presupuestaria y la Sostenibilidad Fiscal.

Por otra parte, no es casualidad que el Título XIII de la Constitución Política, al hacer referencia al concepto de Hacienda Pública, remita a las reglas y principios fundamentales que rigen el Presupuesto Ordinario de la República:

“Artículo 176- La gestión pública se conducirá de forma sostenible, transparente y responsable, la cual se basará en un marco de presupuestación plurianual, en procura de la continuidad de los servicios que presta.

El presupuesto ordinario de la República comprende todos los ingresos probables y todos los gastos autorizados de la Administración Pública, durante todo el año económico. En ningún caso, el monto de los gastos presupuestos podrá exceder el de los ingresos probables.

La Administración Pública, en sentido amplio, observará las reglas anteriores para dictar sus presupuestos.

El presupuesto de la República se emitirá para el término de un año, del primero de enero al treinta y uno de diciembre”.

Así las cosas, es válido señalar que si el diseño de la Hacienda Pública a nivel constitucional remite a las reglas del Presupuesto Ordinario de la República, con mayor razón se debe interpretar que el concepto legal de Hacienda Pública que contiene el artículo 8 de la Contraloría General de la

República, se refiere, en términos muy generales, al Presupuesto Ordinario de la República, es decir, aquél que se tramita conforme a las leyes correspondientes, en estricto cumplimiento de la Constitución Política.

Por lo tanto, tal y como se indicó anteriormente, la voluntad del legislador al modificar el artículo 8 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, fue *“sustraer a los entes públicos no estatales de la aplicación de la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, al menos de los recursos propios, y dotarlos de cierto grado de autonomía en el manejo de esos recursos”*.

De lo anterior se puede concluir, que pareciera que el concepto de “sector público no financiero” no tiene un fundamento legal expreso, el hecho de incorporar a dicho sector a los entes públicos no estatales que no administran fondos de la Hacienda Pública, genera una contradicción, pues se les estaría aplicando un régimen jurídico, económico y financiero a un sector de la Administración Pública cuya naturaleza jurídica es hasta cierto punto incompatible con las normas generales reservadas para las entidades que cumplen sus fines con recursos de la Hacienda Pública.

Por otro lado, la definición que contiene el inciso d) del artículo 8 de la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, referido a la Responsabilidad Fiscal:

(...) d) Responsabilidad fiscal: conducta de los tomadores de decisiones en materia de Hacienda Pública, que propicia la asignación y la ejecución del presupuesto público, conforme a los principios de equilibrio, economía, eficacia, eficiencia, transparencia y demás principios presupuestarios de rango constitucional y legal (...)”

Lo anterior nos conduce a interpretar que la regla fiscal, contenida en el Título IV denominado Responsabilidad Fiscal de la República, hace referencia expresamente a la relación que existe entre los tomadores de decisiones en materia de Hacienda Pública, en relación con la asignación y la ejecución del presupuesto público, conforme a los principios de equilibrio, economía, eficacia, eficiencia, transparencia y demás principios presupuestarios de rango constitucional y legal.

Además, como parte de esta interpretación jurídica, resta solamente hacer referencia a las consecuencias del incumplimiento de la regla fiscal, regulación contenida en el siguiente artículo:

ARTÍCULO 26- Sanciones. El incumplimiento injustificado de la regla fiscal y del control de esta constituye una falta grave contra la Hacienda Pública, y serán sancionadas según lo indicado en el artículo 68 de la Ley N.° 7428, Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, de 7 de setiembre de 1994. Lo anterior, sin demérito de lo dispuesto en el artículo 339 de la Ley N.° 4573, Código Penal, de 4 de mayo de 1970.

Le corresponde a la Asamblea Legislativa proceder contra el contralor y el subcontralor general de la República que incumplan con su deber de controlar debidamente el cumplimiento de la regla fiscal, en los términos que establece el artículo 43 de la Ley N.° 7428, y considerando lo dispuesto en la Ley N.° 8292, Ley General de Control Interno, de 31 de julio de 2002.

De manera tal, que el incumplimiento injustificado de la regla fiscal se reputa como una falta grave contra la Hacienda Pública. Dicho en otras palabras, si la regla fiscal alude a la Hacienda Pública en los términos del artículo 8 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, es lo cierto que este eventual incumplimiento en el caso de los entes públicos de carácter no estatal, que no reciben ni administran fondos públicos, adolecería de cierta atipicidad.

Lo dicho anteriormente no quiere decir en modo alguno que no exista responsabilidad administrativa por el manejo de los fondos públicos que componen el patrimonio de un ente público no estatal. Únicamente se desea subrayar que el incumplimiento de la regla fiscal carece de sentido e incluso de sustancia jurídica para este tipo de entidades públicas.

Entonces se puede argumentar que los entes públicos no estatales, forman parte de la Hacienda Pública en la medida en que administren fondos públicos. 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 universidades, las estatales, las municipalidades y los bancos del Estado...", excluyéndose, por tanto, los recursos públicos obtenidos por otras fuentes.

Sobre este particular el ente Contralor en el oficio N° 8002-2002, señaló que la delimitación de la Ley N° 8131 en los términos apuntados, está dirigida a sustraer a los entes públicos no estatales de gran parte de la aplicación de esa Ley, *"otorgándoles la posibilidad de administrar alguna parte de sus recursos sin sujeción a lo indicado en esa Ley"*.

Se puede destacar entonces que, los entes públicos no estatales pueden tener distintas fuentes de financiamiento de acuerdo con su marco normativo. Por ejemplo, recursos privados resultantes de las cuotas o aportes de sus agremiados, así como recursos públicos provenientes de ingresos parafiscales, pero no precisamente todos son obtenidos mediante norma o partida presupuestaria de instituciones públicas.

A partir de todo lo expuesto, es viable decir entonces, que los entes públicos no estatales resultan vinculados por la Ley en tanto administren o dispongan recursos de la Hacienda Pública, si los recursos de los entes públicos no estatales no han sido transferidos mediante norma o partida presupuestaria por los entes autorizados, no se está en presencia de "recursos de la Hacienda Pública". Por consiguiente, falta el elemento fundamental para que se consideren sujetos de aplicación de la regla fiscal.

De lo hasta aquí expuesto, se tiene que, si bien la legislación que regula la materia, pretendió una misma regulación del régimen económico-financiero de los fondos públicos para todos los entes y órganos públicos, lo cierto es que, al delimitar su ámbito de aplicación bajo ciertas condiciones, se puede concluir que conllevó a que no se constituyera en un marco normativo uniforme de la actividad económico-financiera para el sector público.

Consecuentemente, los entes públicos no estatales que obtienen los recursos de otras fuentes diferentes de la Hacienda Pública, deberían considerarse exentos de la Ley de cita, es decir, y para ello se debe analizar el régimen jurídico contenido en la ley de creación del ente o de los ordenamientos especiales que los regulan, ya que en ese tanto su contenido presupuestario no genera afectación a la Hacienda Pública, ni a las políticas del contención del gasto que se han implementado en los últimos tiempos por parte del Poder Ejecutivo respaldado por la legislación vigente relacionado con la materia.

Por último, es importante considerar que actualmente, el país se encuentra atravesando un momento propicio para abrir un espacio de diálogo nacional con visión prospectiva para analizar los retos y bondades que implica la implementación de la regla fiscal, en el marco de la sostenibilidad de las finanzas públicas del país.

Esperando haber aclarado su consulta se despide,

Cordialmente,

Licda. Dagmar Hering Palomar
Directora Jurídica

<i>Elaborado por</i> <i>Wendy Elena Pérez Cubero</i> <i>Abogada</i>	<i>V°B°</i> <i>Evelyn Montes de Oca Mejías</i> <i>Coordinadora de Área</i>

Wepc/Emm
EXP21-2102
Notificar al correo oficial para notificaciones del Despacho.