

**Al contestar refiérase
al oficio Nro. 02769**

25 de febrero, 2020
DFOE-DI-0334

Señor
Denunciante

Estimado señor:

Asunto: Respuesta a su gestión.

Esta Contraloría General recibió su denuncia, relacionada con el presunto manejo irregular de los fondos transferidos por el Ministerio de Ambiente y Energía (Minae) a la Fundación Pro Zoológicos (Fundazoo), entidad privada que administra los zoológicos Simón Bolívar y Santa Ana; según lo dispuesto en la Ley que autoriza el traslado de la administración de esos zoológicos, Ley Nro. 7369; y el contrato suscrito en el año 1994, prorrogado en 2004 y 2014, que se encuentra vigente hasta el 10 de mayo de 2024.

Se mencionan varias situaciones, entre otras cosas, que el monto transferido por el Minae a Fundazoo para el pago de 14 plazas, no habrían sido utilizadas para el pago de empleados por planilla sino para cancelar servicios de tercerización. Así como la falta de entrega de información financiera en los términos solicitados por el Minae. Además, según lo indicado en su denuncia ese Despacho Ministerial inició el procedimiento administrativo tendiente a la resolución contractual.

Finalmente, requiere investigar lo correspondiente sobre la gestión de la Fundazoo en el manejo de fondos públicos, la protección y custodia de los bienes que se encuentran bajo su administración en virtud del contrato vigente con el Minae para la administración del Parque Zoológico Simón Bolívar y el Centro de Conservación Santa Ana. Asimismo, que se autorice una medida cautelar para la suspensión de las transferencias de fondos del Minae a la Fundazoo según la obligación derivada de la cláusula décima sexta del referido contrato.

De previo a valorar su gestión, se le informa que este órgano contralor emitió los "*Lineamientos para la atención de denuncias planteadas ante la Contraloría General de la República*"¹, en los cuales se delimita la potestad de investigación, y en particular se definen los requisitos esenciales para la interposición de denuncias relativas a situaciones que afecten la hacienda pública, de cuyo cumplimiento se puede determinar si procede o no su verificación por parte de esta Área de Denuncias e Investigaciones. De manera que, para el análisis de su gestión se observaron las normas contenidas en los referidos *Lineamientos* y lo dispuesto en el marco jurídico aplicable.

¹ Resolución Nro. R-CO-96, publicada en *La Gaceta* 238 del 9 de diciembre de 2005.

1. Antecedentes relevantes

En primer término, mediante la Ley que autoriza el traslado de la administración de los zoológicos Parque Simón Bolívar y el de Santa Ana, Nro. 7369, se autorizó al Ministerio del Ambiente y Energía a suscribir convenios renovables, por diez años, con instituciones estatales, municipalidades, universidades y organismos sin fines de lucro, tales como asociaciones y fundaciones con experiencia en el apoyo y manejo de zoológicos para que se encarguen de la administración, el manejo y el desarrollo del Parque Zoológico y Jardín Botánico Nacional Simón Bolívar y el Parque Zoológico de Santa Ana.

Entonces, el 7 de marzo de 1994 el Minae suscribió un contrato con la Fundazoo para la administración y desarrollo de los zoológicos nacionales, el cual fue adicionado por adenda del 20 de abril de 1994 y refrendado por esta Contraloría General de la República conforme los términos y condiciones del oficio Nro. 5402 del 10 de mayo de 1994; el cual se encuentra vigente.

En dicho contrato se reconoce que el propietario de los bienes muebles e inmuebles que comprenden ambos zoológicos es el Minae, y esto incluye tanto las fincas donde se encuentran localizados como la infraestructura, los semovientes y demás animales que allí se conservan, los cuales se entregan en posesión a la Fundazoo, a la que se le traslada la administración de estos parques con el fin de que desarrolle su infraestructura y organización de acuerdo con la oferta que presentó, así como los ingresos derivados de la operación de los zoológicos, los cuales deben ser utilizados exclusivamente para fines propios de estos zoológicos. Debido a la naturaleza sin fines de lucro, la fundación contratada se comprometió a no cobrar contraprestación, precio o cualquier otro concepto por sus labores de administrar y desarrollar los zoológicos estatales, y únicamente podrá deducir de los ingresos obtenidos: las cargas fijas de la operación de los zoológicos (salarios u otros), así como la compra, reparaciones o sustitución de equipos.

Así, el contrato suscrito entre el Minae y la Fundazoo es uno de los medios con que cuenta la Administración para cumplir sus objetivos, siendo que la Ley Nro. 7369 autorizó la suscripción de este contrato. De manera que lo regulado en dicha norma y el contrato de cita son el marco de acción que tiene la entidad privada para su actuación.

2. Consideraciones con respecto de su denuncia.

Partiendo de lo anterior, el contrato de comentario encomendó al entonces Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas (actual Minae), la labor de supervisar, controlar y fiscalizar las labores de la Fundazoo (cláusula séptima inciso a), pues esa cartera ministerial es la propietaria de los bienes muebles e inmuebles del Parque Zoológico y Jardín Botánico Nacional Simón Bolívar y del Parque Zoológico de Santa Ana, de ahí que el Minae puede requerir directamente a la Fundazoo que le entregue toda la información técnica, administrativa, contable o financiera que la administración, operación y desarrollo de los zoológicos produzca, así como los informes técnicos y contables, a su conveniencia, sin necesidad de razonar esa solicitud (cláusula séptima incisos ch y d; y el artículo 5 de la Ley Nro. 7369).

Asimismo, también existe una obligación contractual de esa Fundación para brindar el informe semestral que contiene, como mínimo, una copia de los estados financieros, informe de ingreso de visitantes, y el informe de ejecución presupuestaria (cláusula décima quinta). En consecuencia, si la Fundazoo se niega a facilitar al Minae la información derivada del informe semestral, se podría configurar un incumplimiento contractual por parte de dicha fundación, situación que el ministerio debe resolver por la vías correspondientes.

En otro orden de ideas, tal como lo señala en su denuncia existe una transferencia de fondos públicos, cuyo origen deviene de una obligación consignada en la cláusula octava, inciso b) del contrato, que lo de interés, señala que el Minae debe “... *Mantener como mínimo durante la vigencia de este contrato los funcionarios enlistados en el anexo No. 3 salvo las causas de muerte, invalidez, pensión, o renuncia en cuyo caso las plazas serán sustituidas.*”. Por su parte, en el párrafo tercero de la décimo sexta, modificado por la séptima de la adenda, se indica que: “*DEL PERSONAL MIRENEM se compromete a mantener como mínimo 14 plazas en los Zoológicos. (...)*”.

Con respecto de esta obligación, la Fundazoo planteó un demanda en sede judicial, por el incumplimiento del Minae de mantener como mínimo las catorce plazas en los zoológicos administrados por la fundación; producto de esta disputa se tiene la resolución Nro. 609-2010-I del 8 de diciembre de 2010, del proceso de ejecución de sentencia tramitado bajo el expediente Nro. 05-000322-163-CA; que para el caso concreto, es relevante traer a colación el siguiente extracto:

“(...) se modifica el elenco de hechos probados, para que se lean de la siguiente forma: 1) Que mediante resolución del Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, número 702-07 de las ocho horas del veintitrés de mayo del dos mil siete, se declaró con lugar la demanda interpuesta por Fundación Pro Zoológicos contra el Estado, condenándose a

*este último al pago de los daños y perjuicios causados por su incumplimiento, que serían liquidados en la fase de ejecución de sentencia (folios 111 al 126 del principal). 2) Que mediante fallo del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección sexta, número 53-2008 de las once y treinta horas del treinta y uno de julio del dos mil ocho, se revocó parcialmente el fallo supracitado y se modificó el parámetro de cuantificación para los daños y perjuicios, estableciéndose que el Estado deberá pagarle a la fundación actora los salarios de los funcionarios a partir del once de junio de mil novecientos noventa y ocho hasta que finalice el contrato, según se acreditan en la certificación elaborada por el contador público Lic. Jorge Monge Nájera, más los intereses al tipo legal a partir del once de junio de mil novecientos noventa y ocho (folios 162 al 171 ibid). 3) Que habiéndose formulado recurso de casación en contra del fallo número 53-2008 dictado por el Tribunal Contencioso Administrativo, el mismo se declaró sin lugar (folios 178 al 229 ibid). (...) / **POR TANTO** / En lo impugnado y por lo expuesto se modifica la sentencia apelada para otorgar por concepto de daños y perjuicios el monto de cuatrocientos noventa y cuatro millones cuatrocientos cincuenta mil cuatrocientos veinticuatro colones, por costas personales del proceso ordinario la cantidad de cincuenta y tres millones novecientos cuarenta y cinco mil cuarenta y dos colones con cuarenta céntimos y por costas personales de la acción de ejecución la suma de cuarenta millones cuatrocientos cincuenta y ocho mil setecientos ochenta y un colones con ochenta céntimos. En lo demás se confirma. (El destacado es del original)*

Entonces, la sentencia de cita confirma que el marco de actuación de las partes se rige por la Ley Nro. 7369, y el contrato específico con las entidades autorizadas en dicha Ley, que para el caso que nos ocupa, refiere al contrato y la adenda suscrita por el entonces Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas y la Fundazoo, vigentes desde el año 1994.

Ahora bien, de lo expuesto anteriormente, se tiene que los hechos denunciados se enmarcan en situaciones que deben ser atendidas por la máxima autoridad del Ministerio de Ambiente y Energía, como responsable por el control interno, puesto que debe tomar las acciones necesarias para la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 8 de la Ley General de Control Interno, Nro. 8292, entre estos "(...) a) Proteger y conservar el patrimonio público contra cualquier pérdida, despilfarro, uso indebido, irregularidad o acto ilegal./ (...) c) Garantizar eficiencia y eficacia de las operaciones./ d) Cumplir con el ordenamiento jurídico y técnico."

Asimismo, considera esta Contraloría General que todos los asuntos denunciados están vinculados a presuntos incumplimientos contractuales por parte de la Fundazoo, motivo por el cual lo que corresponde es que sean discutidos en aquellas vías previstas

DFOE-DI-0334

5

25 de febrero, 2020

por el ordenamiento jurídico para que las partes dentro de un contrato público puedan exigir el cumplimiento de las obligaciones contractuales y procurar la defensa de sus intereses e inclusive el resarcimiento de daños y perjuicios, razón por la que no procede la apertura una investigación más profunda en esta sede para la atención de lo denunciado.

En efecto según lo señalado por su persona, con motivo de las situaciones denunciadas, ese despacho ministerial inició el proceso de resolución contractual, lo cual es conteste con la cláusula décima cuarta del contrato, modificada por la sexta bis de la adenda. Consecuentemente, todos aquellos aspectos derivados de la relación contractual entre el Minae y la Fundazoo deben ser objeto de análisis dentro del proceso de resolución, sea en vía administrativa o en la sede jurisdiccional competente; de manera que procede la desestimación de su denuncia, en aplicación de los incisos 3 y 7 del artículo 12°, de los citados Lineamientos, que a la letra señalan lo siguiente:

*“Artículo 12.—**Archivo y desestimación de la denuncias:** El Área de Denuncias y Declaraciones Juradas² desestimará o archivará las denuncias que se remitan a la Contraloría General cuando se presente alguna de las siguientes condiciones: (...) 3) Si los hechos denunciados corresponde investigarlos o ser discutidos exclusivamente en otras sedes, ya sean administrativas o judiciales./ (...) 7) Si el asunto planteado ante la Contraloría General, se encuentra en conocimiento de otras instancias con competencia para realizar la investigación, ejercer el control y las potestades disciplinarias. (...)”.* (El destacado es del original).

3. Sobre la medida cautelar solicitada.

De acuerdo con su escrito, se pretende que este órgano contralor dicte medidas cautelares para suspender las transferencias de fondos del Minae a la Fundazoo según la obligación derivada de la cláusula décima sexta del contrato de marras.

Al respecto, es importante mencionar que para la procedencia de la adopción de una medida cautelar, este órgano contralor debe considerar los tres presupuestos señalados por la jurisprudencia³ como aspectos de valoración indispensable para determinar si procede o no toda medida cautelar.

Estas tres consideraciones esencialmente son las siguientes: a) En primer lugar, se tiene la apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*, que implica la existencia de una probabilidad de acogimiento de la cuestión principal para la posible derivación de

² Actualmente Área de Denuncias e Investigaciones, según la resolución del despacho contralor Nro. R-DC-20-2009 del 23 de julio de 2009.

³ Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda. Resolución Nro. 113-F-TC-2008 de las ocho horas cincuenta minutos de setiembre de dos mil ocho.

DFOE-DI-0334

6

25 de febrero, 2020

responsabilidades, por lo cual se vuelve necesario que la solicitud de medida cautelar planteada no sea temeraria o carente de seriedad. b) Como segundo presupuesto, se tiene el peligro en la demora o *periculum in mora*, este elemento se refiere a la afectación o lesión que podría sufrir la hacienda pública por el curso del tiempo que acontece entre el inicio del proceso de investigación y su resultado final y, c) En último lugar, se encuentra la ponderación de intereses como un elemento esencial; esto quiere decir, que con la medida cautelar pretendida debe tutelarse el interés público y con ello el ejercicio de las potestades de fiscalización y los intereses de la hacienda pública.

Es importante tomar en cuenta, que solo en la concurrencia de estos tres presupuestos, se puede tener por procedente la tutela cautelar. Es por este motivo que, en consonancia con lo expuesto en el punto 2 de este oficio, y considerando que no se han aportado suficientes elementos técnicos y jurídicos que permitan suponer alguna irregularidad manifiesta, diferente a la exigencia del cumplimiento de las obligaciones contractuales que están en conocimiento del Minae, derivada de la gestión de la Fundazoo; por ello se carece indicios suficientes que justifiquen la apertura de una investigación en esta sede y por lo tanto, tampoco se justifica la adopción de medidas cautelares como las solicitadas, por lo que corresponde su rechazo..

Finalmente, de acuerdo con lo expuesto en los párrafos precedentes, esta Área de Denuncias e Investigaciones da por atendida su gestión, al igual que la solicitud de información sobre el avance de esta, remitida con el oficio del 3 de febrero pasado (Nro. de ingreso 2989-2020).

Atentamente,



Lic. Rafael Picado López
Gerente de Área

FVO/AAP/agc

Ce: Expediente
G: 2019004801
C: 1245-2019
NI: 35937 (2019)