

C-297-2005

18 de agosto de 2005

MSc. Jinney Castillo Rojas

Directora Ejecutiva a.i.

Fondo Nacional de Becas

S. O.

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Procuradora General, me refiero a su atento oficio N° DE-818-05 de 6 de julio pasado, mediante el cual comunica el Acuerdo N° 271 de la Junta Directiva de FONABE. Por medio de ese oficio, FONABE decide consultar a la Procuraduría General de la República “si el artículo 127, inciso e) de la Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos, Ley N° 8131 del 2001, derogó expresamente el artículo 10 de la Ley 7658, Ley de creación del Fondo Nacional de Becas, tomando en consideración que el artículo 127 inciso e) es una norma genérica y el fideicomiso que da contenido al artículo 10 tiene como fundamento una norma de rango legal anterior y específica (1.997) (sic) e inmersa en la Administración Central, de conformidad con el propio artículo 14 de la Ley 8131 indicada”.

Adjunta Ud. el criterio de la Asesoría Jurídica, de 8 de julio anterior. En dicho oficio se señala que FONABE es un órgano desconcentrado máximo, creado por ley especial, al cual se le establece el deber de desarrollar un fideicomiso de inversión, que permita potenciar el establecimiento de un fondo de becas para la población estudiantil del sistema educativo público. Agrega que la Ley 8131 establece tres elementos importantes en la materia: el artículo 66 establece la obligación de cumplir con el principio de caja única del Estado. El artículo 127, inciso e) deroga cualquier disposición que permita manejar fondos públicos con prescindencia del principio de caja única del Estado. El artículo 14 de dicha Ley establece como regla general la prohibición de que existan fideicomisos en la administración pública, salvo que exista una norma legal que expresamente lo autorice. Añade que los fideicomisos que se establezcan por ley responden a una razón política superior para el país, por lo que deberá ser admitida aún en detrimento de la caja única del Estado. FONABE responde a una razón política superior de orden social, que permite generar recursos para el establecimiento de un programa de becas estudiantiles, que potencie el desarrollo humano y social costarricense a través de la educación. Es criterio de la Asesoría que, de conformidad con una correcta interpretación de los principios de aplicación de las normas en el tiempo y el espacio, el artículo 10 de la Ley de Creación de FONABE no ha sido derogado por el artículo 127, inciso e) ni por ninguna otra norma de la Ley de Administración Financiera, ya que cumple con el requisito general establecido en el artículo 14 de la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos de estar constituido por norma de rango legal. Agrega que cualquier disposición que permita desobedecer el artículo 10

de la Ley de FONABE sería ilegal, ya que induciría a ese órgano a renunciar al cumplimiento de los deberes públicos que le son exigibles. Por lo que se considera que el artículo 10 de mérito se encuentra vigente y constituye una norma de excepción a la regla general de caja única. El fideicomiso de inversión garantiza la continuidad, eficacia y eficiencia social de la gestión de becas, lo que justifica el mantenimiento del fideicomiso, continuidad que no se garantizaría con la aplicación del principio de caja única, ya que no se podrían multiplicar los recursos con una inversión sana y prudente.

Se adjunta, además, el oficio N° DDJ-1547-05 de 12 de julio último, por medio del cual la Directora de la División Jurídica del Ministerio de Educación Pública oficializa el anterior criterio legal, reafirmando la vigencia del artículo 10 de mérito.

Por oficio N° ADPb-1722-2005 de 19 de julio siguiente, esta Procuraduría otorgó audiencia a la Tesorería Nacional, a efecto de que se pronunciara sobre el mantenimiento del fideicomiso o su funcionamiento bajo el esquema de caja única, a efecto de que se satisfaga el interés público presente en la constitución del Fondo.

Mediante oficio N° TN-1434-2005 de 27 de julio, recibido el día 5 de agosto siguiente, la Tesorería Nacional evacua la audiencia. En dicho oficio se refiere a la comunicación que ha mantenido con el Fondo de Becas para efectos de su sujeción al principio de caja única. En orden a la operación del fideicomiso dentro de la caja única se sostiene que el principio de caja única es un principio de gestión de liquidez, que procura una mayor eficiencia en los recursos líquidos del Gobierno, mediante la centralización de dichos recursos en una caja única, tratando de evitar la existencia de recursos ociosos o destinados a inversiones mientras que el Gobierno debe recurrir al endeudamiento, por la insuficiencia de recursos corrientes. La figura del fideicomiso "per se" no se opone al principio de caja única, pero sí se opone el que se mantengan los recursos no utilizados en el cumplimiento del fin de fideicomiso en forma ociosa o destinados a la inversión. Para que un fideicomiso opere dentro de caja única debe ajustarse a los aspectos operativos ya reglamentados y en ejecución con las entidades cubiertas por el principio de caja única: sea el traslado de los recursos hacia la caja única y la programación que prepara la propia entidad. La Tesorería garantiza la disponibilidad de los fondos para cuando el titular de los fondos los requiera según la programación establecida. Para la utilización de los fondos existen dos posibilidades: que se trasladen los recursos a una cuenta bancaria para que desde ésta se realicen los pagos o que se envíen pagos contra lo depositado en la cuenta de caja única. Opción que garantiza que los fondos salgan de caja únicamente cuando se realizan pagos a terceros. La aplicación del principio de caja única elimina la generación de intereses por parte de las entidades, ya que los depósitos en caja única no reconocen ningún rendimiento como si sucede en las inversiones. Se afirma al respecto que lo que se deja de percibir como ingreso se deja de erogar como gasto, dado que las entidades públicas financieras estaban obligadas a invertir en títulos del mismo Gobierno. En el caso de los excedentes en cuentas corrientes, los bancos reconocen una tasa de interés mucho más baja de la que cobran al Gobierno en las adquisiciones de valores de deuda interna, lo que implica una transferencia de recursos hacia los bancos. Por otra parte, los intereses son una fuente residual que no puede considerarse fundamental para el cumplimiento de los cometidos institucionales. Los resultados presupuestarios de los últimos años de FONABE lo confirman, ya que ha generado superávits presupuestarios en algunos años, por lo que ha tenido más recursos de los que ha utilizado para el cumplimiento de sus fines y los intereses solo representan un 3.01% de los gastos. Agrega que la operatoria del Fondo no se afecta por la incorporación de los recursos a la caja única. Desde la perspectiva de manejo de fondos la existencia de un fideicomiso de administración u operativo, diferenciado del de inversión, no roza con el principio de caja única y desde esa perspectiva la Tesorería mantiene que es posible mantener el fideicomiso para realizar

funciones operativas, para lo cual se debe modificar el convenio de fideicomiso. Añade que la Contraloría ha establecido en su informe DFOE-EC-23/2004 que con el fideicomiso se creó una ficción jurídica, para simular transacciones y obligaciones propias del FONABE como propias del Fideicomiso. Enfatiza que la figura del fideicomiso se opone al principio de caja única en cuanto a la posibilidad de mantener recursos ociosos o invertidos en títulos valores, mientras que el Gobierno en su conjunto debe endeudarse para financiar su déficit. Concluye que el artículo 127 de la Ley N° 8131 no deroga en sí mismo las autorizaciones para crear fideicomisos, sino la operatoria de los mismos al margen de dicho principio, lo cual se reduce a la administración de las disponibilidades de recursos líquidos como parte de la caja única y no como recursos ociosos en cuentas bancarias o inversiones en valores. Por lo que son incompatibles con caja única per se los fideicomisos de inversión puros. En su criterio, el cumplimiento de los cometidos de FONABE no se pone en peligro por la administración del principio de caja única en la administración de los recursos líquidos. Termina señalando que el cumplimiento de ese principio no sólo responde a principios constitucionales sino que representa una de las más importantes transformaciones en la gestión pública en los últimos años.

La Tesorería remite copia del oficio N° TN-1124-2004 de 16 de junio de 2004 dirigido al Fondo de Becas. En dicho oficio se hace referencia al principio de caja única contenido en los artículos 185 de la Carta Política y 66 de la Ley de Administración Pública. Se afirma que caja única cubre a la totalidad de las oficinas estatales que forman parte de la Administración Central concentrada o desconcentrada. Se señala que el objetivo primordial es lograr una administración más eficiente de los fondos públicos y contar con mayores controles sobre esos fondos. Además de conseguir una disminución del déficit fiscal. En orden al Fondo Nacional de Becas se sostiene que se trata de un órgano de los señalados en el artículo 1 del inciso a) de la Ley N° 8131 por lo que debe incorporar sus recursos a la caja única del Estado. Los recursos de FONABE están cubiertos por el objetivo de satisfacer necesidades de interés social. Para cuyo logro se le faculta a obtener recursos del Presupuesto de la República, del FODESAF, así como invertirlos en títulos de Gobierno y de los bancos del Estado. Lo cual se hace a través de un fideicomiso. Se indica que este es “el aspecto medular donde se contraponen los objetivos de la caja única y el Fideicomiso de FONABE”. El objetivo del fideicomiso es dar tratamiento ágil y oportuno a sus recursos bajo figuras del Derecho Privado que le dan facilidades en los procesos de administración, contratación y disposición, aprovechando las oportunidades de inversión en valores de los dineros que se encuentren ociosos. El artículo 14 de la Ley 8131 permite que existan fideicomisos pero los que estén a cargo del Gobierno Central deben armonizarse con la aplicación del principio de caja única. Por lo que estima que FONABE debe ingresar sus recursos a la caja única, con la opción de mantener el fideicomiso. Se considera que ese fideicomiso debe seguir operando durante el 2004 en los términos en que ha venido haciéndolo. Para respetar la Ley N° 8131 a partir de 2005 debía ingresar a caja única. FONABE debe negociar una nueva figura contractual con uno de los bancos estatales, de manera que los recursos se administren en un fideicomiso operativo. Se agrega que la Tesorería autorizaría a FONABE a abrir una cuenta en una entidad bancaria en la cual estarían los ingresos del fideicomiso y debe enviar la programación financiera mensual y depositar los excedentes mensuales en el Banco Central de Costa Rica.

Asimismo se remite oficio N° TN-2428-2004 de 17 de diciembre siguiente. En dicho oficio se reafirma que FONABE debe ingresar a caja única. Se enfatiza en que los fines de la Ley N° 7658 no se limitan a la constitución de un fideicomiso, que es más bien un medio para administrar los recursos que conforman el fondo de becas. Dicha Ley no especifica el tipo de fideicomiso a constituir por parte de FONABE. Al sugerir la figura del fideicomiso operativo, la Tesorería pretende “hacer caer en conciencia” de que no puede mantenerse un fideicomiso de inversión, ya que al ingresar a caja única no existe posibilidad de realizar inversiones en títulos de deuda pública del Estado. El artículo 14 de la Ley N° 8131 no faculta a FONABE para constituir un fideicomiso, ya que ese artículo no es una norma autoritativa de la constitución de un fideicomiso. El objeto de la

norma es sentar que el fideicomiso requiere de una ley especial que debe contener determinadas disposiciones. El artículo 14 contiene una prohibición implícita de constituir fideicomisos, el cual cede con autorización de ley expresa. El ingreso de FONABE a caja única no pretende “desfinanciar el fondo ni mucho menos cambiar el destino del mismo pues la titularidad del fondo se mantiene conforme a lo dispuesto en su Ley de Creación”. Como el fideicomiso es una figura comercial, se propone al FONABE que mantenga el fideicomiso pero que se renegocie la modalidad, de manera que se ajuste a la caja única. De esa forma los recursos líquidos se administrarían en una cuenta de caja única y no en una cuenta del banco fiduciario, manteniéndose una cuenta corriente para la realización de pagos. FONABE deberá enviar la programación de caja mensual y no se realizarán inversiones financieras de recursos excedentes, sino que se mantendrán los recursos en caja única mediante la figura de depósitos.

FONABE requiere el criterio de la Procuraduría a efecto de determinar si debe sujetarse al principio de caja única. Dicho principio de origen constitucional rige en el tanto se esté en presencia de recursos líquidos correspondientes al Estado. Carácter que tienen los recursos de FONABE. La aplicación del principio de caja única prevalece sobre normas que hayan autorizado una forma de gestión diferente a la prevista en ella.

A.-

FONABE ESTA SUJETO A CAJA UNICA

Al plantear su consulta, FONABE afirma que el principio de caja única debe ceder ante los fines sociales del programa que administra. En su análisis se deja de lado el valor constitucional del principio, reafirmado por la jurisprudencia constitucional y administrativa y su ámbito de aplicación. Un ámbito determinado por la pertenencia a la Administración Central, como es lo propio de FONABE.

1.-

Un principio de rango constitucional

El principio de caja única tiene su fundamento constitucional en el artículo 185 de la Carta Política:

"La Tesorería Nacional es el centro de operaciones de todas las oficinas de rentas nacionales, este organismo es el único que tiene facultad legal para pagar a nombre del Estado y recibir las cantidades que a título de rentas o por cualquier otro motivo deban ingresar a las arcas nacionales".

Además, la Sala Constitucional se ha referido en forma reiterada a ese principio, incluso confundiendo con los principios propiamente de unidad y universalidad presupuestarias (así, por ejemplo, las resoluciones Ns. 6240-93 de cita, 7596-94 de 11:18 hrs. del 23 de diciembre de 1994 y más recientemente N° 9530-99 de 9:15 hrs. del 3 de diciembre de 1999). La Sala ha indicado sobre este principio:

“...El principio constitucional de Caja Única determina que todos los ingresos del Estado central, así como todos sus egresos de dinero, deberán ser canalizados a través de una oficina especializada por Ministerio de Hacienda, la Tesorería Nacional, de modo que para las autoridades de control de la Hacienda Pública, en especial para la Contraloría General de la República, resulte más eficaz la vigilancia sobre el buen uso que se dé de los fondos públicos. La Sala Constitucional ha reconocido en su jurisprudencia que son contrarias al derecho de la Constitución las normas o prácticas públicas que permitan que fondos del Presupuesto de la República sean manejados por órganos diversos de la Tesorería Nacional. (Cfr. sentencias números 04907-95, 05399-95, 04528-99, 04529-99, etc.)...”. Sala Constitucional, resolución N° 8675-2005 de 9:56 hrs. de 1 de julio de 2005.

El principio de caja única implica una centralización de las diversas operaciones financieras, presupuestarias o extrapresupuestarias, que impliquen manejo o disposición de fondos públicos. El objetivo es facilitar el manejo transparente de los fondos públicos y posibilitar el control del Ministerio de Hacienda sobre las distintas operaciones financieras a cargo de esos fondos (M. ROJAS: "Los principios presupuestarios en la jurisprudencia constitucional", La jurisdicción constitucional y su influencia en el Estado de Derecho, EUNED, 1996, p. 245). En ese sentido, contribuye a dar claridad, transparencia a la gestión de los recursos públicos y permite un control más efectivo de dicha gestión. Lo que se logra precisamente al reunir todos los recursos en un único fondo para ser administrado por un único organismo: la Tesorería Nacional. En ese sentido, la resolución N° 6869-96 de 14:51 hrs. del 18 de diciembre de 1996 de la Sala Constitucional enfatiza que la violación al principio de caja única “puede propiciar incluso situaciones de irregularidad en la custodia y manejo de esos recursos, a los que se aplicarán criterios más laxos y por ello, más fáciles de alterar o suavizar, según convenga al momento...”.

A este órgano de relevancia constitucional le corresponde el movimiento de fondos, particularmente en su función tradicional de cajero del Estado. Como cajero conserva, administra los fondos y paga los gastos del Estado. En su papel financiero, le corresponde la gestión de los bonos públicos, lo que permite solventar los problemas de liquidez que puedan presentarse y, por ende, cumplir con los pagos y velar por la disponibilidad de los recursos. Estas funciones y la gestión de la deuda del Estado posibilitan una participación en la regulación de la circulación de la moneda.

No obstante que el principio de caja única está contenido en la Constitución Política y a pesar de su reiteración en los artículos 10 y siguientes de la anterior Ley de Administración Financiera, es lo cierto que diversas leyes han permitido la creación de fondos o cuentas especiales o bien, que órganos del Estado administren los recursos asignados con absoluto desconocimiento del principio de caja única. La creación de recursos con destino específico se acompañó normalmente de una autorización para que esos recursos fuesen recaudados en una cuenta especial o para que el Banco Central, como recaudador de impuestos, girase directamente los recursos. De ese hecho, éstos no ingresaban a caja única. A lo anterior se unió, sobre todo a partir de la década de los noventa, la costumbre de otorgar personalidad jurídica instrumental a

determinados órganos de los Ministerios. Aspectos todos que contribuyeron a vaciar parcialmente de contenido el principio constitucional de caja única. Diversas disposiciones de la Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos pretenden hacer realidad el principio constitucional y la jurisprudencia que sobre él se ha desarrollado. Entre ellos el artículo 66 a cuyo tenor:

“ARTÍCULO 66.-

Caja única

Todos los ingresos que perciba el Gobierno, entendido este como los órganos y entes incluidos en los incisos a) y b) del artículo 1º de esta Ley, cualquiera que sea la fuente, formarán parte de un fondo único a cargo de la Tesorería Nacional. Para administrarlos, podrá disponer la apertura de una o varias cuentas en colones o en otra moneda.

Los recursos recaudados en virtud de leyes especiales que determinen su destino, se depositarán en cuentas abiertas por la Tesorería Nacional en el Banco Central de Costa Rica. Estos recursos financiarán total o parcialmente, según lo disponga la ley respectiva, el presupuesto de gastos del ente responsable de la ejecución del gasto. La Tesorería Nacional girará los recursos a los órganos y entes, de conformidad con sus necesidades financieras según se establezca en la programación presupuestaria anual”.

La aplicación del artículo 66 está en relación con el artículo 1 de la Ley. Lo que obliga a considerar la clase de organismos allí contemplados y en particular, si comprende a FONABE

2.-

Los recursos de FONABE forman parte de “caja única”

En orden al principio de caja única cobra extraordinaria importancia su ámbito de aplicación y en particular, si se aplica el principio de personalidad jurídica. Es decir, si es cada ente público-persona jurídica el obligado a tener su propia caja, centralizando ingresos o pagos. O si por el contrario, la centralización es en una única caja, independientemente de la personalidad jurídica. Este aspecto es normado por cada ordenamiento.

En nuestro medio, el ámbito de aplicación del principio es determinado por lo dispuesto en el artículo 66 antes transcrito en relación con el 1 de la Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos, tal como se indicó en el dictamen N° C-280-2002 de 18 de octubre de 2002.

En dicho dictamen manifestamos que la centralización de los ingresos concierne aquéllos del Gobierno, entendido este como los órganos y entes incluidos en los incisos a) y b) del artículo 1º de esta Ley. Lo que implica que el principio abarca los recursos del Poder Ejecutivo y de sus órganos desconcentrados. La personalidad jurídica instrumental no es un obstáculo para que dicho principio se aplique a dichos órganos. Y ello en el tanto la persona jurídica instrumental continúa formando parte de la Administración Central. En efecto, en los diversos dictámenes que la Procuraduría ha emitido en relación con la personalidad instrumental o la personificación presupuestaria en el seno del Estado, ha sido clara en cuanto que en estos casos la personalidad no se manifiesta, ni lleva implícita, una descentralización de funciones. Por consiguiente, en sentido estricto no puede considerarse que los órganos que son dotados de personalidad jurídica instrumental formen parte de la Administración Descentralizada. No puede sino considerarse que esas personas instrumentales forman parte de la Administración Central, constituyendo normalmente órganos del Poder Ejecutivo y como tales dependencias de éste. Ante la imposibilidad de considerar las personas instrumentales como Administración Descentralizada, debe entenderse que están comprendidos en el inciso a) del artículo 1ª de la Ley y no en el c) de ese mismo artículo. Para efectos del artículo 66 los ingresos de las personas jurídicas instrumentales son ingresos del Gobierno Central. Por consiguiente, deben ingresar a caja única. En ese sentido, el dictamen C-280-2002 expresa:

“Puede, entonces, decirse, que a partir de la reforma al artículo 66 de la Ley de la Administración Financiera se ha producido una modificación sensible respecto de los alcances de la personalidad jurídica instrumental, puesto que si bien se mantiene la facultad de tener un presupuesto propio, de administrar los recursos que por disposición de la ley le corresponden, los ingresos correspondientes forman parte de la caja única correspondiente. El punto es qué significa esa integración a caja única”.

En consecuencia, para que un organismo no resulte concernido por el principio de caja única se requiere que constituya parte de la Administración Descentralizada o que constituya una empresa pública. La titularidad de la personalidad instrumental o presupuestaria no afecta esta conclusión. Ello en el tanto en que los organismos a quienes se atribuye una personalidad de esa naturaleza no forman parte de la Administración Descentralizada.

El Fondo Nacional de Becas creado por la Ley N° 7658 de 11 de febrero de 1997 constituye un órgano administrativo (artículo 1), a cuyo favor se opera una desconcentración de funciones en grado máximo, artículo 2. A dicho órgano se le reconoce personalidad jurídica instrumental:

“ARTICULO 2.-

Naturaleza

El Fondo Nacional de Becas será un órgano de máxima desconcentración, con personería jurídica instrumental y adscrito al Ministerio de Educación Pública. Su domicilio estará en San José.

Las juntas administrativas y las juntas de educación del país deberán fungir como representantes del Fondo, para informar sobre las becas y canalizar las solicitudes”.

La competencia transferida en “grado máximo” concierne la administración de becas, fundamentalmente la formulación de políticas y concesión de becas (artículos 4 y 5). El Fondo recibe ingresos para destinarlos a otorgar becas a estudiantes de escasos recursos económicos; en ese sentido, responde a un fin de claro contenido social (artículo 4 de la Ley).

Puesto que el Fondo es un órgano desconcentrado del Ministerio de Educación Pública no cabe duda de que está comprendido dentro del artículo 1 de la Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos. Se sigue de ello que resulta concernido por el numeral 66 de la citada Ley en relación con los ingresos que recibe. Ingresos que son de origen estatal, según se desprende del artículo 9 de su Ley de creación:

“ARTICULO 9.-

Financiamiento

El Fondo Nacional de Becas se financiará con los siguientes recursos:

- a) Donaciones, legados y aportes de personas y entidades públicas y privadas, nacionales e internacionales.*
- b) Partidas que se le asignen en los presupuestos ordinarios y extraordinarios de la República. Para tal efecto, los Poderes del Estado, las instituciones autónomas y semiautónomas, las municipalidades, los bancos estatales y las empresas públicas quedan autorizados para efectuar donaciones, mediante su inclusión en los respectivos presupuestos, para que su aprobación quede sujeta a la Contraloría General de la República.*
- c) El uno por ciento (1%) de los presupuestos ordinarios y extraordinarios del Fondo de Desarrollo Social de Asignaciones Familiares y de sus modificaciones presupuestarias, se girará directamente al Fondo Nacional de Becas. La Contraloría General de la República velará porque se cumpla con esta disposición.*
- d) Los recursos que genere por la operación y administración de los bienes y las inversiones transitorias.*

Cuando los recursos del Fondo se encontraren ociosos, podrán invertirse únicamente en títulos del Gobierno Central y de los bancos del Estado”.

El Transitorio de la Ley obliga a FODESAF a transferir el 1% del presupuesto anual del Fondo de Desarrollo Social de Asignaciones Familiares.

El accionar de FONABE no genera recursos propios ni podría generarlos en razón de su fin, por lo que su financiamiento proviene de las transferencias vía presupuesto nacional y FODESAF. Así, en el "Presupuesto ordinario y extraordinario de la República para el ejercicio económico del 2005" se contempló una transferencia por ¢2.757.477.6 miles. Asimismo, el Fondo de Desarrollo Social y Asignaciones Familiares (FODESAF), le transfirió ¢2.657.753.7 miles. Sea estos dos rubros suman ¢ 5. 415. 321.3 miles, monto significativo dentro del presupuesto total de FONABE, que presupuestó para este año ¢640.603.2 miles (cfr. Oficio N° 1183 de 2 de febrero de 2005, FOE-EC-0036 de la División de Fiscalización Operativa y Evaluativa de la Contraloría General de la República).

Empero, FONABE cuestiona dicho ingreso en virtud de que su ley de creación autoriza la constitución de un fideicomiso y en razón de sus fines sociales.

B.-

LA CONSTITUCION DE FIDEICOMISOS Y CAJA UNICA

La consulta tiene como objeto se determine si el artículo 127, inciso e) de la Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos derogó el artículo 10 de la Ley de Creación del Fondo Nacional de Becas. Lo anterior a efecto de establecer si FONABE puede continuar administrando sus recursos a través de un fideicomiso.

1.-

En orden al fideicomiso de FONABE

Es interés de FONABE que la Procuraduría General establezca que los recursos que le corresponden deben ser manejados por medio de un fideicomiso y que no deben integrar a caja única.

El fideicomiso es un negocio jurídico comercial financiero, de naturaleza fiduciaria y dirigido a crear un patrimonio de afectación. El contrato de fideicomiso tiene como objeto la creación de un patrimonio autónomo para el cumplimiento de determinados fines. En ese sentido, es un negocio traslativo de la propiedad para disponer de bienes dentro de los límites y con sujeción a las modalidades previstas para el cumplimiento de los fines. Empero, se trata de una propiedad imperfecta o limitada. El fideicomiso se constituye para la ejecución de un encargo respecto de un bien, por lo que la facultad de disposición del fiduciario es reducida.

El contrato de fideicomiso es un contrato de naturaleza eminentemente privada en tanto su regulación se encuentra establecida en el Código de Comercio (ver dictamen C-261-2000 de 23 de

octubre del 2000). Lo cual implica que al constituir este contrato, las partes se someten a la legislación correspondiente, salvo disposición legal que ampare lo contrario. Además, los contratos que realice el fideicomiso son, en principio, operaciones sujetas al Derecho Privado. En orden a esa sujeción se han pronunciado los Tribunales de Justicia al señalar que los bancos estatales al suscribir contratos de fideicomiso actúan como personas de derecho privado, ajustando su operar al Derecho Comercial (así, Sala Constitucional, resolución 853-94 de 9:09 hrs. de 11 de febrero de 1994, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución N° 120-98 de las 15 120-98 de las 15: 05 hrs. de 25 de noviembre de 1998).

La actividad de los entes públicos está sujeta al principio de legalidad. Como es sabido, dicho principio implica que la Administración sólo puede realizar los actos que están expresamente autorizados por el ordenamiento jurídico. Conforme lo cual podría establecerse que los entes públicos sólo pueden constituir fideicomisos si una norma legal expresamente los autoriza, posición que la Procuraduría General ha mantenido en diversos dictámenes a partir del N° C. 188-97 de 2 de octubre de 1997, máxime que el fideicomiso permite que un tercero participe en la administración de parte de su patrimonio. Requisito legal que está presente en la Ley de la Administración Financiera y Presupuestos Públicos, al disponer:

“ARTÍCULO 14.-

Sistemas de contabilidad

Los entes establecidos en el artículo 1 no podrán constituir fideicomisos con fondos provenientes del erario de no existir una ley especial que los autorice. Dicha ley regulará las condiciones generales que se incluirán en el contrato de fideicomiso. Estos entes se sujetarán a la legislación vigente en lo relativo a la contratación tanto de bienes y servicios como del recurso humano necesario para la consecución de los objetivos. Asimismo, dichos contratos de fideicomiso serán de refrendo obligado por parte de la Contraloría General de la República, la cual, para todos los efectos y en acatamiento del mandato constitucional, deberá fiscalizar el uso correcto de los dineros, aprobar los presupuestos de ingresos y egresos, así como emitir las directrices atinentes a procurar un manejo sano de ellos”

El principio es que los organismos sujetos a la Ley 8131 (entre los cuales se encuentra FONABE) requieren de una autorización legal, norma expresa, para constituir fideicomisos. Para la creación del fideicomiso, el organismo debe sujetarse a la legislación sobre contratación administrativa y una vez suscrito el contrato de fideicomiso, debe someterlo a refrendo de la Contraloría General de la República. Lo cual impide que el fideicomiso se convierta en un mecanismo para obviar el régimen relativo a la administración de los recursos públicos. En ese sentido y a través de una prohibición implícita de crear fideicomisos sin ley, el artículo 14 es una norma de protección de los fondos públicos (Cfr. C-201-2003 de 27 de junio de 2003, C-286-2002 de 23 de octubre de 2002, C- 95-2002 de 10 de abril de 2002. y C-296-2001 de 26 de octubre de 2001). Norma que establece cómo se crearán y operarán los fideicomisos pero que no autoriza la constitución de ningún fideicomiso. Antes bien, remite al legislador para que autorice dicha constitución.

Se sigue de lo expuesto que el artículo 14 no puede constituir el fundamento de la constitución de un fideicomiso por parte de un órgano público como FONABE. Este ha constituido un fideicomiso con base en su Ley de creación. Sostiene FONABE que dicha ley cumple con lo dispuesto por el artículo 14 de mérito, por lo que debe considerarse plenamente vigente. Dispone el artículo 10 de la Ley de creación de FONABE:

“ Fideicomiso

Los recursos del Fondo Nacional de Becas serán administrados por un fideicomiso que la Junta Directiva creará en uno de los bancos comerciales del Estado. De los recursos que se perciban, de conformidad con lo establecido en el artículo 9, únicamente podrá destinarse hasta un diez por ciento (10%), a gastos de administración y operativos del Fondo.

El faltante que se requiriere para el funcionamiento eficaz del Fondo, será proveído por el Ministerio de Educación Pública, tanto para gastos materiales como de personal.

En el contrato de fideicomiso, deberá establecerse la responsabilidad del banco en cuanto a la colocación, el seguimiento y la recuperación de los fondos correspondientes. La firma del contrato no relevará a la Junta Directiva de las responsabilidades de manejo eficiente de los recursos que le establece esta ley”.

De la norma en cuestión se derivan los siguientes aspectos:

- Autorización de crear un fideicomiso.
- El fiduciario debe ser un banco comercial del Estado.
- Corresponde al fiduciario colocar, seguir y recuperar los fondos fideicometidos. De lo que se deriva que el fideicomiso es de inversión.
- Fuera de lo indicado, no se establecen las condiciones generales que deberá comprender el contrato de fideicomiso y, en concreto, en qué bienes podrán invertirse los recursos.
- FONABE mantiene su obligación de manejo eficiente de los recursos asignados.
- Los gastos administrativos no pueden exceder el 10% de los recursos propios del Fondo.

Como bien señala la Tesorería Nacional, FONABE no ha sido creado para administrar o constituir un fideicomiso. Este es simplemente un instrumento que el legislador autoriza a emplear a efecto de la administración de los recursos que deben destinarse al suministro de ayudas para los estudiantes de menos recursos. En ese sentido, no es función de FONABE, la inversión de recursos. Si la inversión se permite es relación con los recursos ociosos para evitar su desvalorización, por ende, mientras se otorgan las becas. De modo que FONABE no puede privilegiar esa inversión por sobre el cumplimiento del fin público.

Empero, debe analizarse si el fideicomiso de inversión es compatible con el principio de caja única.

2.-

El fideicomiso y caja única

Al hacer referencia a lo dispuesto en los artículos 14 y 66 de la Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos, FONABE replantea el problema de la relación entre constitución de fideicomisos y caja única.

La Contraloría General de la República en su "Informe del Estudio Efectuado sobre la Administración del Fideicomiso del Fondo Nacional de Becas", oficio DFOE-EC-23/2004 del 8 de setiembre del 2004, comunicado por oficio 10692 (FOE-EC-418) de misma fecha, consideró que FONABE debe tomar las medidas pertinentes para ajustar el funcionamiento del fideicomiso a la aplicación del principio de caja única, "ingresando sus dineros a la caja única del estado, con la opción de mantener el fideicomiso."

Luego se encomienda a la Junta Directiva del FONABE:

"4.1. A la Junta Directiva.

a) Hacer los ajustes correspondientes al contrato de fideicomiso, de conformidad con lo indicado en el punto 2.1. de este informe, en vista de que el addendum al contrato de fideicomiso con el Banco Nacional tiene vicios de nulidad absoluta, por cuanto le otorga al Fideicomiso atribuciones que no tienen asidero en la Ley 7658, ya que la autorización que otorga esta ley es para la creación de un fideicomiso de inversión, cuya finalidad es el manejo de los fondos que obtenga el FONABE y el logro de una rentabilidad de los fondos ociosos mediante la inversión en títulos valores. Además, el contrato de fideicomiso debe cumplir con lo indicado por la Tesorería Nacional, en el oficio No. TN-1124-2004, de manera que se ajuste al principio de caja única."

De lo cual se desprende que puede mantenerse el contrato de fideicomiso, en tanto se hagan ajustes que solucionen los problemas de nulidad que, afirma la Contraloría, presenta dicho contrato. La Contraloría parte de que la Ley ha autorizado la constitución de un fideicomiso de inversión, dirigido al logro de la rentabilidad de los fondos y no el ejercicio de funciones administrativas por parte del fideicomiso.

Con base en el principio de unidad de caja, la Procuraduría ha objetado la constitución de fideicomisos, particularmente con recursos estatales. En este sentido, se ha indicado:

“El artículo 36 de la Ley de Biodiversidad autoriza al Sistema Nacional de Áreas de Conservación a administrar los fondos que se indican en el artículo 35 de la misma Ley, en forma independiente y con prescindencia de la Tesorería Nacional. La norma parte de que dichos recursos no están cubiertos por el principio de caja única. La posibilidad de administrar los recursos con prescindencia de ese principio, de las funciones de la Tesorería y con libertad de selección del instrumento que el propio Sistema considere más adecuado, se contrapone a la centralización de los fondos y a las funciones administradoras de la Tesorería Nacional. Desde el punto de vista lógico y material está excluido que los mismos recursos puedan ingresar simultáneamente a la caja única del Estado y a un fideicomiso contratado por el Sistema. Puede considerarse, entonces, que el artículo 36 de la Ley de Biodiversidad y el numeral 66 de la Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos resultan antinómicos, por lo que sus efectos son incompatibles entre sí” (Dictamen N° 286-2002 de 23 de octubre de 2002).

En igual forma, ante un proyecto de ley dirigido a circunscribir la aplicación de la Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos a los fideicomisos financiados por el Presupuesto Nacional, manifestamos en la Opinión Jurídica N°165-2002 de 25 de noviembre de 2002:

“3.-

En cuanto a los fideicomisos financiados por el Presupuesto Nacional

Como se ha indicado, la reforma no incidiría sobre los organismos públicos financiados con recursos del presupuesto nacional, los cuales continuarían requiriendo de una ley para constituir fideicomisos. Entendemos que esa aplicación se refiere tanto a los fideicomisos que los Ministerios pretendan constituir, como aquellos que los entes descentralizados pretendan constituir en tanto los financien con recursos del presupuesto nacional. Debe tomarse en cuenta que en virtud de los principios que rigen los fondos del Estado, la constitución de fideicomisos es cuestionable. Ello en cuanto a que conforme el principio de universalidad presupuestaria, todos los recursos del Estado deben estar previstos en el Presupuesto de la República. Pero, además, en virtud del principio de caja única, el manejo de estos recursos pasa necesariamente por la Tesorería Nacional. Dispone al efecto el artículo 185 constitucional. (...).

Y es razón de estas disposiciones que la Procuraduría considera que debe analizarse la posibilidad de que personas jurídicas instrumentales constituyan fideicomisos. Si bien los recursos de estas personas pueden ser considerados como recursos del Estado, es lo cierto que al otorgarles personalidad jurídica instrumental también el legislador ha incurrido en la práctica de dotarlos de recursos propios. Estos pueden consistir en rentas especiales de origen tributario (los conocidos generalmente como tributos con destino específico), pero también puede atribuirles recursos no tributarios, producto de su propio accionar. La Sala Constitucional ha señalado que los recursos con destino específico deben ser incluidos en el Presupuesto Nacional. De ese hecho, los entes descentralizados y las personas instrumentales que se vean beneficiadas con esos destinos no podrían orientarlos a la constitución de fideicomisos. Ergo, por efectos de la presupuestación, el fideicomiso no sería en ningún momento un mecanismo para administrar los recursos con destino específico, lo cual viene a ser reafirmado por el artículo 66 de la Ley de la Administración Tributaria. El ente descentralizado tendrá que administrar los destinos específicos en consonancia con lo allí dispuesto y que viene a reforzar el numeral 43 de la propia Ley y no por medio de fideicomisos”.

Más recientemente, en la Opinión Jurídica N° OJ-077-2005 de 14 de junio de 2005, se cuestionó un proyecto de ley, en virtud de que autorizaba la constitución de un fideicomiso con recursos fiscales:

“En el proyecto de ley se propone una “descentralización” de los fondos públicos, en la cual el fiduciario suplanta al Tesorero Nacional en la disposición del gasto (ejecución contable). Por lo que cabe afirmar que el artículo 8° del proyecto de Ley viola en forma flagrante el artículo 185 de la Carta Política”.

Criterio que debe mantenerse en el tanto sea el fiduciario, por los medios que el mismo disponga conforme el contrato de fideicomiso, el que administra la liquidez del fondo que se constituye con los recursos estatales y pueda invertir dichos recursos. Es decir, en tanto sea el fiduciario quien decida los pagos por realizar, sin intervención de la Tesorería, sin que haya una centralización en dicho órgano de las decisiones sobre los pagos ni sobre la administración de los recursos líquidos. Bajo esos supuestos, el fideicomiso descarta la aplicación del principio de unidad contable y de dirección en la gestión de los flujos financieros y la distribución de los recursos públicos derivables de la competencia propia de la Tesorería Nacional.

Se afirma, empero, dicha compatibilidad en tanto se esté ante un fideicomiso de administración.

Los fideicomisos de administración tienen como objeto la transferencia de bienes para que sean administrados conforme lo establecido en el contrato de fideicomiso. Su objeto es la administración de los bienes para un fin determinado. Villegas señala al efecto:

“Son aquellos en virtud de los cuales se transmiten al fiduciario ciertos bienes o derechos, para que éste proceda a efectuar las operaciones de guarda, conservación o cobro de los productos o rentas de los bienes fideicometidos, entregando el producido al beneficiario”. C, VILLEGAS, Operaciones Bancarias, II, Rubinzal-Culzoni Editores, 1996, p. 16.

En el mismo sentido, Barbier indica que estos fideicomisos responden a la conveniencia del fideicomitente, que por diversas razones, no tiene interés en la administración de sus bienes (E.A. BARBIER: *Contratación Bancaria*, 2, Astrea, 2002, p. 369).

Es claro que, en tratándose de un organismo público, la constitución de un fideicomiso de esa naturaleza no puede tener como objeto la gestión propia del fideicomitente; simplemente un contrato de naturaleza comercial no puede ser el medio para trasladar facultades propias del organismo público. Lo que comprende obviamente la responsabilidad última por la administración de los fondos públicos.

El fideicomiso de inversión es una modalidad del fideicomiso de administración (Barbier y Villegas, loc cit. y Bollini-Boneo *Manual para operaciones bancarias y financieras*, Abeledo-Perrot,, p. 444) y su objeto es procurar el rendimiento de esos recursos a través de un manejo profesional. La inversión de los recursos financieros según las instrucciones, pautas o reglamentos establecidos por el fideicomitentes para su propio beneficio o para el beneficio de terceros (beneficiario o fideicomisario), de manera de satisfacer fines predeterminados.

Naturaleza que, como se dijo, tiene el fideicomiso autorizado en el artículo 10 de la Ley N° 7658. Lo propio de este fideicomiso es la inversión de los recursos (el fiduciario debe “colocarlos”) para obtener un rendimiento, siendo que la obligación del fiduciario es de medios, no de resultado. El rendimiento que así se genere ingresa al Fondo con base en el artículo 9 de su ley.

La Ley de FONABE no ha autorizado la creación de un fideicomiso para permitirle a éste descargarse de su obligación de administrar los bienes o de cumplir las funciones previstas en el artículo 4 de su Ley. La propia Ley, en sus artículos 3 y 10, establece la responsabilidad de la Junta Directiva por el manejo eficiente de los recursos asignados y el cumplimiento de las funciones. El objeto del fideicomiso es, simplemente la inversión de los fondos recibidos. La idea es que el Fondo haga inversiones transitorias (artículo 9), que generen un rendimiento y acrecienten los recursos del Fondo. No se autoriza la constitución de cualquier fideicomiso de administración: la autorización es para un fideicomiso de inversión. Por ello, cabría cuestionarse cuál es el fundamento jurídico para constituir un fideicomiso que no sea de inversión.

Puesto que la autorización legal es para un fideicomiso de inversión, la Procuraduría debe referirse al problema de antinomia objeto de la consulta. Una antinomia que existiría entre el artículo 10 de mérito y el 127, inciso e) de la Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos. Este numeral establece:

“ARTÍCULO 127.-

Derogaciones

Deróganse las siguientes disposiciones legales:

(....).

e) *Las disposiciones que otorguen a órganos de los entes y órganos incluidos en los incisos a) y b) del artículo 1 la facultad de manejar recursos financieros sin que estos ingresen a la caja única del Estado.*

f) *Cualquier otra norma referida a la administración de los recursos financieros del Estado que se oponga a la presente Ley”.*

Existe antinomia normativa cuando un mismo supuesto de hecho es regulado por dos normas jurídicas de forma contradictoria. Los efectos de ambas disposiciones se excluyen entre sí, resultando imposible jurídicamente la aplicación de ambas, con permanencia de los efectos de cada una de ellas. Por consiguiente, una debe prevalecer sobre la aplicación de la otra.

La autorización para constituir un fideicomiso de inversión establecida en el artículo 10 de la Ley N° 7658 implica el manejo de recursos financieros sin necesidad de que ingresen a la caja única del Estado, permitiendo una administración de los recursos en forma diferente a lo preceptuado por la Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos, en sus artículos 66 y 127, inciso e). Por consiguiente, el artículo 10 produce el efecto no querido por estos numerales, por lo que debe considerarse derogado tácitamente, conforme lo dispuesto en el 127, inciso e) de mérito.

3.-

Caja única y fin social

La plena eficacia del principio de caja única ha sido afectada por la presunción de que dicho principio se contrapone a los fines sociales. En otras palabras, la sujeción a dicho principio volvería nulo el financiamiento a las actividades y servicios de carácter social asumidas por el Estado o bien, constituiría un mecanismo para burlar el destino específico de recursos estatales. Un destino que normalmente tiene alcances sociales.

La correcta comprensión del principio, sin embargo, no puede conducir ni a una ni a otra situación.

La actividad financiera del Estado y de los entes públicos no financieros es de carácter instrumental. En ese sentido, el ordenamiento administrativo- financiero establece los principios y normas de administración y manejo de los recursos públicos, con el objeto de satisfacer los fines públicos. Estos no pueden ser alcanzados sin sujeción a esas normas y principios jurídicos y técnicos. En contraposición, la regulación financiera no puede ser de tal envergadura que se convierta en un fin en sí misma, imposibilitando el cumplimiento de los fines públicos. Si ello sucediere, se estarían desconociendo los principios constitucionales y no sólo legales referidos a la actividad financiera y presupuestaria de los entes públicos. Si esa situación fuere producto de las autoridades del Ministerio de Hacienda, tendríamos además una pérdida de la autoridad técnica y moral para exigir a otros organismos públicos el cumplimiento de los principios y normas propias de la actividad financiera.

Debe ser claro que el Estado Social de Derecho supone el apego a los principios y normas que rigen la administración financiera. Ello aún cuando se trate de servicios o funciones expresión clara de los principios de solidaridad y justicia social. La naturaleza social del fin, de la actividad o de la función no justifica la prescindencia de esas normas, particularmente de las que están

dirigidas a regular la administración financiera y entre ellas, las referidas a caja única (cfr. Sala Constitucional, resolución N° 5500-2000 de 14:33 hrs. de 5 de julio de 2000).

Al conocer de una Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por la Procuraduría General contra los artículos 19, párrafo segundo, de la Ley de FODESAF, N° 5662 de 28 de noviembre de 1974 y sus reformas, y 9 de la Ley 6914 de 21 de diciembre de 1983, por considerarlos contrarios a los principios de unidad y universalidad presupuestarias y de caja única establecidos en los artículos 176, 180 y 185 de la Constitución Política, la Sala Constitucional resolvió:

"Ivo.-

Ambas normas violan también el principio de caja única, conforme al cual la recaudación y pago de los ingresos debe centralizarse en la Tesorería Nacional, que es el centro de operaciones de todas las oficinas y rentas nacionales; único con facultad legal para pagar a nombre del Estado y recibir los recursos que por cualquier otro motivo deban ingresar a las arcas nacionales (artículo 185 de la Constitución Política). Se deriva entonces de este principio que los ingresos que los órganos del Gobierno Central perciban deben depositarse en la Tesorería Nacional, a quien le corresponde girarlos conforme a los destinos predeterminados en la ley ordinaria, o de acuerdo a las autorizaciones presupuestarias existentes, lo que supone necesariamente que los ingresos han sido incorporados previamente en la Ley de Presupuesto. Vo.-

Conforme a lo expuesto, el artículo 19 párrafo segundo de la Ley 5662 de 28 de noviembre de 1974 y el artículo 9 de la Ley 6914 de 21 de diciembre de 1983, violan los principios contenidos en los artículos 176, 180 y 185 de la Constitución Política, en cuanto permiten que ingresos fiscales que son ordinarios, sean contemplados en presupuestos distintos a la Ley de Presupuesto y permiten un giro directo de los mismos en favor del Fondo de Asignaciones Familiares y Desarrollo. Lo anterior, en razón de que son recursos ordinarios del Estado y como tales, deben incluirse en el Presupuesto de la República y estar sujetos a las restricciones que la misma Constitución Política establece para disponer de ellos (determinación de sumas líquidas y retenciones constitucionales para el Poder Judicial, la Educación y cualesquiera otras de igual rango)". Resolución N° 4529-99 de 14:57 hrs. de 15 de junio de 1999.

Es por ello que en dictamen N° C-341-2003 de 31 de octubre de 2003 manifestamos que FODESAF debe sujetarse al artículo 66 de repetida cita:

"Dado lo resuelto por la Sala y los efectos que el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional atribuye a sus resoluciones, no debería existir duda alguna de que los fondos correspondientes deben ingresar a la caja única del Estado. Observamos, al efecto, que la resolución de la Sala es anterior a la entrada en vigencia de la Ley N° 8131, de modo que el ingreso a la caja única no es consecuencia de la Ley de Administración Financiera, sino que es producto del carácter imperativo de las normas y principios constitucionales y, entre estos, del principio de caja única consagrado en el numeral 185 de la Carta Política. Ciertamente, en otros supuestos en que existen disposiciones legales que autorizan a depositar recursos en cuentas independientes puede plantearse la discusión respecto de la sujeción o no a lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley N° 8131. Empero, en los supuestos en que las normas que así lo disponían han sido declaradas inconstitucionales y se ha ordenado ingresar los recursos a la caja única, la discusión que se presenta resulta temeraria, máxime que implica desconocer lo resuelto por la Sala Constitucional. Y es que, en la práctica, se ha actuado como si la Sala no se hubiese referido a la

Ley de FODESAF y sentado principios sobre los recursos de que el Fondo se nutre. Lo que explica que el razonamiento jurídico que niega la sujeción a caja única no haga siquiera una ligera mención a la resolución de la Sala Constitucional, aunque fuese para argumentar por qué no resulta aplicable o correcta.

(....).

Los recursos del Fondo de Desarrollo Social y Asignaciones Familiares constituyen recursos del "Gobierno Central" en los términos del artículo 66 de la Ley 8131, de lo que se sigue que también desde el punto de vista legal y no sólo constitucional, deben ingresar a la caja única. Advertimos, al efecto, que ni el Fondo ni la DESAF constituyen personas jurídicas instrumentales. Por ende, la pertenencia a la caja única es más evidente que en tratándose de los órganos-personas".

Resulta contrario al principio de razonabilidad que rige la actuación administrativa el que los recursos de FODESAF deban ingresar a caja única, tal como lo indica la jurisprudencia constitucional y administrativa, y estimar como inconstitucional e ilegal que dicho ingreso deba darse respecto de los fondos que FODESAF transfiere a FONABE. Máxime, repetimos, que el fin social a que se destinan los recursos del artículo 9 no se contrapone al principio de caja única. Si en el presente caso se ha presentado un problema ello se origina no en la contraposición entre principio presupuestario-contable y fin social, sino en razón del medio privilegiado para la administración de los recursos que debían ingresar a caja única: el fideicomiso de inversión.

Por demás, la violación al fin social puede provenir también del propio mecanismo del fideicomiso de inversión. El interés de recibir rendimientos podría fundamentar el mantener invertidos importantes sumas de dinero cuando hay estudiantes que requieren prontamente la ayuda estatal para mantenerse en el sistema educativo. La inversión transitoria tiende a evitar la desvalorización monetaria, pero también podría suceder que instrumentalice el cumplimiento del fin público. Podría arguirse que la inversión permite contar con mayores recursos para conceder más becas en el futuro. Empero, impide la satisfacción del fin en el presente, y para el estudiante a quien no se consideró o se giró la ayuda estatal, una violación potencial o efectiva de su derecho a la educación.

No escapa a la Procuraduría que la negativa a sujetarse a las normas sobre administración financiera puede motivarse en el temor de que la Tesorería Nacional no gire los recursos necesarios para la atención de las becas estudiantes, desconociendo las disposiciones expresas del legislador. Se afirma, al efecto, que la sujeción a caja única es un mecanismo para desconocer el destino específico creado por ley.

Empero, debe confirmarse que legalmente caja única no es incompatible con ingresos con destino específico, tal como señalamos en el dictamen de FODESAF antes citados. Baste recordar que se trata de aspectos diferentes dentro del proceso presupuestario. Definir el destino de un recurso es parte del proceso de formulación presupuestaria y enmarca la ejecución del presupuesto. Por ende, determina el objeto del gasto. Por el contrario, caja única es un aspecto de tesorería y como tal, administración de recursos financieros (artículo 58 de la Ley 8131). De lo anterior se sigue que el hecho de que los recursos líquidos se administren en las cuentas de la Tesorería no autoriza a este órgano ni a ninguna autoridad administrativa a desconocer la afectación de los recursos dispuesta legalmente o bien a determinar qué gastos serán realizados. Los recursos del Fondo no

pueden ser destinados a otros fines distintos de los establecidos legalmente, porque ello equivaldría a una modificación de la Ley por vía administrativa. Además, la utilización de la caja única para violentar el destino específico de los recursos implicaría, en términos de la Ley General de Administración Pública, una desviación de poder (artículo 131.3).

Pero, no se trata sólo de violaciones legales. Es ante todo el respeto a los Derechos Fundamentales y a los principios constitucionales. Las becas estudiantiles se otorgan porque el acceso y disfrute del derecho a la educación requiere condiciones económicas y sociales mínimas. Sin esas condiciones se vacía el derecho a la educación. Un Derecho Fundamental que integra nuestra Constitución formal y material. Por consiguiente, desconocer administrativamente las disposiciones que financian dicha ayuda implica una violación del derecho a la educación de que son titulares los posibles destinatarios de las becas estudiantiles; así como un desconocimiento de los principios de solidaridad y justicia social base de nuestro Estado Social de Derecho. No escapa a la Procuraduría que dicha violación puede implicar en el fondo una modificación de las bases de nuestro Estado y ello por un medio no previsto ni constitucional ni legalmente.

La jurisprudencia constitucional es reiterada en cuanto que el desconocer los destinos específicos (sea la elaboración del presupuesto, sea en su ejecución) que tienden a dar sustento a prestaciones sociales entraña una violación de los Derechos Fundamentales. Así, recientemente y nuevamente sobre FODESAF manifestó:

“.-

En el marco de cualquier Estado Democrático de Derecho el legislador está limitado por los derechos fundamentales, límite que opera como una barrera, pero también como un mandato y un principio rector. El legislador, está obligado así, al desarrollar los derechos fundamentales, a velar por su progresiva intensificación, a extender su eficacia y su plena efectividad, para evitar cualquier regulación regresiva y restrictiva. Bajo esta inteligencia, son acordes al Derecho de la Constitución, los destinos tributarios específicos que desarrollen y fortalezcan los derechos fundamentales, especialmente los de prestación. Como bien lo dice el consultante, ni el Poder Ejecutivo -en lo que a la formulación del proyecto de presupuesto se refiere- ni el legislador presupuestario, pueden arrogarse la facultad de modificar el destino específico legalmente establecido a favor de FODESAF y por su vía a favor de los costarricenses de escasos recursos, puesto que esta actuación violenta, además de las normas y principios constitucionales sobre materia presupuestaria, el Principio impuesto al Estado de protección y consecución del bienestar de todos los habitantes, que se cumple mediante programas de FODESAF. De esta forma, mediante el Plan Nacional de Desarrollo y el mismo artículo 50 y 51 constitucionales se constata la existencia de una política estatal cuyo fin es la lucha contra la pobreza, estableciéndose por ley que uno de los medios para lograr ese fin es el Fondo de Asignaciones Familiares y Desarrollo, por lo tanto, mientras ese fin y ese medio existan, el hecho de que el legislador presupuestario desconozca ese medio conlleva una violación del fin, es decir, no destinar los fondos legalmente establecidos a FODESAF implica una violación a los principios y derechos fundamentales derivados de los artículos 33, 50, 51 y 74 de nuestra Constitución Política en cuanto a los derechos de igualdad real y efectiva, solidaridad y justicia sociales y el principio de protección y consecución del bienestar de todos los habitantes.

X.-

En conclusión.- De lo expuesto por el consultante, se tiene que la alegada violación procedimental es en realidad una violación sustancial. De esta forma, del proyecto consultado, se constata efectivamente una violación sustancial en un doble sentido, primero en cuanto al principio constitucional de respeto del legislador presupuestario a los destinos específicos establecidos por el legislador ordinario y segundo , en cuanto a los derechos fundamentales asociados al Fondo de Desarrollo Social y Asignaciones Familiares, a saber, igualdad real y efectiva, solidaridad y justicia sociales y el principio de protección y consecución del bienestar de todos los habitantes (artículos 33, 50, 51 y 74 de la Constitución Política)". Sala Constitucional, resolución N° 14247- 2004 de 14:10 hrs. de 15 de diciembre de 2004.

Por consiguiente, las autoridades financieras tendrán que presupuestar los fondos para suministrar la ayuda estudiantil en los términos del artículo 9 de la Ley N° 7658; dichos recursos ingresarán a caja única y el monto presupuestado no podrá ser desconocido por la Tesorería, aún cuando su giro se dé dentro de la programación financiera (artículo 43 de la Ley 8131) establecida en primer término por el Fondo Nacional de Becas. Este aspecto es sumamente importante: la administración financiera implica programación no sólo en la elaboración del presupuesto sino también en su ejecución y la administración de la liquidez (artículos 19, 20, 23, 42, 43 y 66 de la Ley 8131). Es con base en esa programación que se deben girar los recursos. Esa programación debe asegurar la disponibilidad de los recursos. No constituye un fin de la administración de los recursos el acumular disponibilidades. Los recursos son para cumplir los fines públicos, dando debida satisfacción a las obligaciones suscritas por las autoridades competentes en el momento debido según la programación.

CONCLUSIÓN:

Por lo antes expuesto, es criterio de la Procuraduría General de la República, que:

1.-

Los órganos del Poder Ejecutivo dotados de personalidad jurídica instrumental no constituyen Administración Descentralizada, por lo que debe tenerseles como parte de la Administración Central.

2.-

Por lo anterior, para efectos del artículo 66 de la Ley de la Administración Financiera y Presupuestos Públicos, sus recursos forman parte de los recursos del Gobierno Central y en esa condición están sujetos al principio de caja única.

3.-

La administración de la caja única corresponde a la Tesorería Nacional. Dicha administración abarca la liquidez y la realización efectiva de los pagos correspondientes.

4.-

Dado que la personalidad jurídica instrumental de que goza no convierte al Fondo Nacional de Becas en un ente descentralizado, se sigue que continúa constituyendo una dependencia del Poder Ejecutivo, tal como señala el artículo 2 de su Ley de creación.

5.-

En consecuencia, sus recursos constituyen recursos financieros del Gobierno y deben ser administrados como tales. Lo que significa que deben ingresar a la caja única del Estado, donde serán administrados por la Tesorería Nacional.

6.-

La gestión de los recursos líquidos mediante un fideicomiso de inversión resulta contraria al principio de caja única y a las competencias propias de la Tesorería Nacional.

7.-

El artículo 10 de la Ley N° 7658 de 11 de febrero de 1997, al autorizar el manejo de los recursos financieros mediante un fideicomiso de inversión, faculta una administración sin ingreso a la caja única del Estado. Por lo que conforme a lo dispuesto expresamente en el artículo 127, inciso e) de la Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos debe considerarse derogado.

8.-

En razón de su naturaleza contractual, respecto del contrato de fideicomiso vigente debe estarse a lo que resuelva la Contraloría General de la República en el ejercicio de sus competencias.

9.-

En cumplimiento de sus funciones, la Tesorería Nacional debe respetar el destino de los recursos previstos en el artículo 9 de la Ley N° 7658 de cita, girando los recursos requeridos para las becas estudiantes en los términos establecidos por FONABE en la programación correspondiente.

10.-

El incumplimiento de esa obligación podría implicar una violación al Derecho Fundamental a la educación de los destinatarios y un desconocimiento de los principios constitucionales de solidaridad y justicia social, base de nuestro Estado Social de Derecho; así como de los principios y normas que regulan el sistema de administración financiera del país.

De Ud. muy atentamente,

Dra. Magda Inés Rojas Chaves

Procuradora Asesora

MIRCH/mvc

Copia: Licda. Rocío Aguilar Montoya,

Contralora General de la República

Licdo. José Adrián Vargas Barrantes,

Tesorero Nacional