

Al contestar refiérase
al oficio N° 06495

28 de junio, 2013
DFOE-SOC-0524

AUDITORIA INTERNA

Priscila M

08 JUL 2013 09:00

Master
Edgardo Herrera Ramírez
Auditor General
INSTITUTO MIXTO DE AYUDA SOCIAL

Estimado señor:

Asunto: Consulta sobre procedimiento de pago a terceros.

Se atiende su oficio N° AI.111-03-2013 del 07 de marzo de 2013, mediante el cual plantea ante la Contraloría General de la República (CGR) una serie de interrogantes relacionadas con el instrumento de "autorización de pago a proveedores o terceros", que utiliza el Instituto Mixto de Ayuda Social (IMAS) para el otorgamiento de "beneficios individuales". Las consultas puntuales se enumeran a continuación:

- 1- ¿Cuáles son los atributos, elementos y características principales que, desde el punto de vista legal, permiten determinar una transferencia de fondos del sector público al privado, gratuita o sin contraprestación alguna?
- 2- ¿El uso del instrumento de autorización de pago, constituye de hecho una transferencia de fondos del sector público al privado, gratuito o sin contraprestación alguna?
- 3- ¿Se encuentra el IMAS obligado a cumplir las disposiciones establecidas en la circular N° 14299, emitida por el Órgano Contralor, al girar los fondos a una persona jurídica de naturaleza privada, por los servicios prestados a los beneficiarios individuales, aunque éstos hayan autorizado al Instituto a cancelar estos servicios?

I- Motivo y antecedentes de la consulta

En el marco de un estudio que realiza esa Auditoría Interna, señala que el IMAS, desde su creación, entrega subsidios económicos a individuos, familias u organizaciones, para lo cual ha establecido una serie de procedimientos y modalidades de entrega de recursos, que según sea el caso, tienen diferentes requisitos y procedimientos de control para garantizar la correcta utilización de los fondos públicos y con ello, asegurar que se dirijan al combate de la pobreza.

Agrega que el IMAS se apoya en organizaciones coadyuvantes (personas jurídicas de naturaleza privada) para ejecutar programas directamente relacionados con la atención de personas y grupos en condición de pobreza, transfiriendo recursos a esas organizaciones en los términos que establece el artículo 5 la Ley Orgánica de la

Contraloría General de la República, N° 7428, y como mecanismos de control aplica las disposiciones emitidas por la CGR en las circulares N° 14299 y N° 14300.

Subraya que en otros programas el IMAS opta por transferir directamente los fondos al beneficiario directo (persona física), a través de instrumentos financieros como cuentas de ahorro o tarjetas. En ese contexto y con fundamento en el “Manual único para el otorgamiento de beneficios institucionales” ha establecido como medida alternativa, un instrumento denominado “autorización para el pago a proveedores o terceros”, el cual consiste en que el beneficiario autoriza por escrito a que el subsidio que va a recibir, sea entregado directamente por el IMAS a una organización o a un tercero responsable de suministrar los bienes (materiales de construcción, vestido, etc.) o servicios (capacitación, alimentación, cuidado).

Indica, que este instrumento fue concebido como una medida de control, para garantizar el correcto uso de los recursos por parte del beneficiario y en aquellos casos en donde el beneficiario tenga limitaciones para administrar adecuadamente los subsidios.

Por su parte, la Asesoría Legal de ese Instituto concluye que la aplicación del instrumento de cita no es una transferencia de recursos en los términos de la Ley N°. 7428 antes señalada, sino más bien, un instrumento para otorgar los beneficios individuales, diferentes de los beneficios grupales y que requieren atención y controles diferentes.

Asimismo, y en atención a un requerimiento de información solicitado por la Contraloría General, esa Auditoría Interna indicó, mediante oficio AI.208-05-2013 del 8 de mayo de 2013, que el instrumento de autorización de pagos a proveedores o terceros, es para el componente “Beneficios Individuales” (Manual Único) entre los que se detallan los siguientes: mejoramiento de vivienda, ideas productivas, compra de materiales, Red de Cuido, Avancemos, indocumentados, emergencias, procesos socioeducativos, gastos de implementación mejoramiento de vivienda, capacitaciones, alquileres, indigentes documentados, prótesis, pago de funerales y medicamentos. Indicó además, que no tiene conocimiento de que la Administración pretenda ampliar el uso del instrumento en mención a otros componentes.

II- Criterio del Área

De previo a atender su consulta debe indicarse que la Contraloría General de la República, en el ejercicio de la potestad consultiva que le confiere el artículo 29 de su Ley Orgánica¹ y conforme lo dispone el Reglamento sobre la recepción y atención de consultas dirigidas a la Contraloría General de la República, promulgado mediante la resolución No. R-DC-197-2011, no puede pronunciarse ni resolver sobre circunstancias concretas. Así las cosas, el presente criterio se emite con el objetivo de brindar una orientación general que coadyuve en la toma de decisiones en relación con el asunto planteado.

¹ Ley N° 7428 del 4 de setiembre de 1994.

DFOE-SOC-0524

3

28 de junio, 2013

Aclarado lo anterior, se procede a dar respuesta a sus consultas en el mismo orden en que fueran planteadas:

- 1- **¿Cuáles son los atributos, elementos y características principales que, desde el punto de vista legal, permiten determinar una transferencia de fondos del sector público al privado, gratuita o sin contraprestación alguna?**

Entiende el Órgano Contralor, que su consulta hace referencia al modelo de Administración concedente, contemplado y desarrollado en los artículos 5, 6 y 7 de la Ley N° 7428, y que establece la posibilidad de que sujetos privados reciban beneficios patrimoniales gratuitos o sin contraprestación o liberación de obligaciones (fondos de origen público), con fundamento en una norma de rango legal, los principios constitucionales y bajo los parámetros de selección, evaluación y control establecidos por las propias instituciones públicas, conforme al interés público que exista sobre la actividad privada que realiza una organización de índole privado y sin fines de lucro.

En esa línea, la Contraloría General ha sido reiterativa en el sentido de que, aún y cuando esos recursos llegan a integrar el patrimonio del ente privado, el control sobre ellos se mantiene, toda vez que se trata de fondos que son de origen público y que en la especie están ligados por disposición legal a un fin o destino de interés público que se pretende satisfacer. Este control, radica en verificar que la finalidad y destino que el legislador concibió como causa justa para otorgar un beneficio patrimonial o la liberación de una obligación a favor de un sujeto privado, en la práctica se consiga.

Bajo esa perspectiva, se puede decir que el modelo de Administración concedente, contempla en esencia, un trabajo conjunto del sector privado y del Estado, que nace de la iniciativa del sujeto privado de ejercer una actividad privada sin fines de lucro, y por otro lado, de una decisión del Estado en colaborar con esa actividad, sobre la cual pesa un interés público claramente definido.

En consonancia con lo anterior, y de interés para responder esta primera interrogante, vale recordar lo ya indicado en anteriores ocasiones por la Contraloría General, tal y como se transcribe de seguido:

“(…)

a) Supuesto contemplado en el artículo 5 de la LOCGR:

(…)

En el tanto los sujetos particulares reciben beneficios patrimoniales gratuitos o sin contraprestación alguna, o se les libera de obligaciones, en el caso de los beneficios patrimoniales, éstos llegan a integrarse con el patrimonio propio del sujeto privado en razón de que así lo ha dispuesto una ley.

En estos casos, el control se mantiene porque se trata de fondos que son de origen público pero también porque se han incorporado al patrimonio privado del sujeto por disposición legal, en tanto en ese otorgamiento el legislador

encuentra algún ligamen con un fin o destino de interés público que se pretende satisfacer por medio de ese acto. En otras palabras, esa disposición legal permite el otorgamiento de este tipo de beneficios patrimoniales o liberación de obligaciones, en la medida en que el legislador encuentra o crea un vínculo entre la actividad de este sujeto privado y un destino o fin público que considera relacionado con esa actividad.

En tanto los fondos que se integran al patrimonio privado están ligados a un destino o una finalidad pública y son además de origen público, la necesidad de control sobre dichos fondos y la actividad del privado —respecto a ellos— persiste, dado que es preciso verificar el cumplimiento del destino o la finalidad pública que originó y fundamentó el beneficio. Justamente ahí radica el sustento del control facultativo que la Contraloría General mantiene.

(...)

En ese orden de ideas, debe tenerse presente que en la aplicación del artículo 5 mencionado, estamos frente a una alteración legítima del principio constitucional de igualdad, toda vez que media aquí una decisión del legislador de otorgar un determinado beneficio patrimonial gratuito o sin contraprestación, para favorecer a un determinado sujeto particular. Lo mismo sucede cuando lo libera de alguna obligación.

(...)

Ahora bien, justamente por tratarse aquí de un control que se ejerce sobre patrimonio privado, éste se encuentra limitado. La fiscalización que aquí se da, encuentra su fundamento jurídico en los artículos 18, 25, 140 y 183 constitucionales y está también delimitado por lo que disponen los artículos 24 y 45 también de la Constitución Política.

(...)

Es por ello que aquí encontramos un régimen de control que en la práctica se traduce a la aplicación de las medidas que específicamente disponen los artículos 5, 6 y 7 de la LOCGR. Es una fiscalización facultativa que se ejerce sobre la parte del patrimonio privado que efectivamente puede ser objeto de control, pero a partir de los mecanismos previstos en esas normas, a saber: la administración separada de los recursos en una cuenta corriente abierta en cualquiera de los bancos estatales; los registros del empleo de esos recursos independientes de los que corresponden a otros fondos de su propiedad o administración, así como el sometimiento a la aprobación de esta Contraloría General del presupuesto correspondiente al beneficio concedido.

El artículo 6 mencionado, también aclara que el control que se ejerce sobre estos fondos y actividades privadas, es de legalidad, contable y técnico, con especial énfasis en la verificación del cumplimiento del destino legal asignado al beneficio patrimonial o a la liberación de obligaciones a favor del sujeto particular. Y

puede también fiscalizarse el cumplimiento del fin, a través de reglas elementales de lógica, justicia y conveniencia, para evitar abusos, desviaciones o errores manifiestos en el empleo de éstos. Pero aun dentro de ese marco de fiscalización, debe respetarse la libertad de iniciativa del sujeto privado beneficiario en la elección y el empleo de los medios y métodos para la consecución del fin asignado, precisamente porque se trata de un patrimonio privado desde el momento mismo en que se concreta el beneficio. (...)²". El resaltado no es del original.

Así las cosas, y sin pretender mencionar una lista taxativa de elementos, por cuanto dependerá de cada caso en particular, de la transcripción anterior se pueden colegir, de manera general, los atributos, elementos y características que desde el punto de vista legal, permiten determinar si una transferencia de fondos del sector público al privado, es gratuita o sin contraprestación alguna, según el modelo de administración concedente consagrado en la Ley Orgánica del Órgano Contralor:

- a) El sujeto privado, por iniciativa propia ejerce una actividad privada de interés público
- b) En virtud de ese interés público, existe una alteración legítima del principio constitucional de igualdad.
- c) Media aquí una habilitación legal y una decisión para otorgar un determinado beneficio patrimonial gratuito o sin contraprestación, o bien, una liberación de obligaciones.
- d) Bajo el modelo de administración concedente, existe un trabajo conjunto y una colaboración bilateral entre el Estado y el sector privado para llevar a cabo una actividad privada de interés público.
- e) Los recursos transferidos al sujeto privado se integran al patrimonio de éste y se transforman en fondos privados de origen público.
- f) El control sobre dichos fondos y la actividad del privado —respecto a ellos— persiste, dado que es preciso verificar el cumplimiento del destino o la finalidad pública que originó y fundamentó el beneficio.
- g) Existe un régimen de control que en la práctica se traduce a la aplicación de las medidas que específicamente disponen los artículos 5, 6 y 7 de la LOCGR, y que sobre **estos fondos y actividades privadas, es un control de legalidad, contable y técnico**, con especial énfasis en la verificación del cumplimiento del destino legal asignado al beneficio patrimonial o a la liberación de obligaciones a favor del sujeto.

2- ¿El uso del instrumento de autorización de pago, constituye de hecho una transferencia de fondos del sector público al privado, gratuito o sin contraprestación alguna?

En relación con esta consulta se han analizado varios criterios de la Asesoría Jurídica del IMAS en torno al instrumento de "autorización de pago a proveedores o terceros".

² Oficio N° 04128 (DAGJ-0524-2009) del 23 de abril de 2009.

DFOE-SOC-0524

6

28 de junio, 2013

Sobre el particular, se asume que el instrumento en mención, sólo es utilizado cuando se trata de beneficios individuales y no para aquellas transferencias en beneficio de sujetos privados que realizan una actividad privada de interés público, bajo el modelo de administración concedente y en los términos del artículo 5 de la Ley N° 7428 antes señalada.

Así, y en los términos consultados, se puede concluir que el instrumento en mención es un mecanismo para hacer efectivo el beneficio otorgado por parte del IMAS a los beneficiarios individuales directos (es decir, personas físicas), de forma más ágil, como un medio de pago y de control para garantizar que se está utilizando el subsidio de forma correcta.

Bajo esa perspectiva, no encuentra la Contraloría General que la aplicación de ese instrumento, constituya “*per se*” una transferencia gratuita o sin contraprestación a favor de un sujeto privado o de alguna organización de bien social, que ejerza alguna actividad privada de interés público, tal y como se extrae de los elementos indicados en el apartado anterior.

Lo anterior, deriva propiamente de que su concepción deviene en un mecanismo de pago por un bien o servicio, en favor de una persona física que ha sido definida como beneficiaria del IMAS, situación que no se enmarca en los supuestos que establece el artículo 5 de la Ley N° 7428. No obstante, esto no significa que el IMAS puede mermar los controles para garantizar que el beneficio otorgado cumpla el fin para el cual está dispuesto tal y como se indicará más adelante.

3- ¿Se encuentra el IMAS obligado a cumplir las disposiciones establecidas en la circular N° 14299, emitida por el Órgano Contralor, al girar los fondos a una persona jurídica de naturaleza privada, por los servicios prestados a los beneficiarios individuales, aunque éstos hayan autorizado al Instituto a cancelar estos servicios?.

Como consecuencia de las respuestas anteriores se debe inferir entonces, que en el caso de los beneficios individuales donde se utiliza el instrumento de “autorización de pago a proveedores o terceros” no se puede aplicar la circular N° 14299 emitida por el Órgano Contralor.

No obstante lo anterior, y dado el interés público que existe para verificar que el subsidio estatal se esté utilizando en forma correcta, la Administración debe idear y ejercer los medios de control que considere pertinentes, no sólo para verificar que el beneficio llegue a la persona acreedora del derecho, sino también para verificar que los bienes y servicios sean los que cumplan con la finalidad en cuanto a calidad y cantidad; además de aquellos casos en que el “Manual único para el otorgamiento de beneficios institucionales” del IMAS así lo requiera, por la naturaleza del subsidio.

Lo anterior es coincidente con su consulta cuando indica que *“este instrumento fue concebido como una medida de control, para garantizar el correcto uso de los recursos por parte del beneficiario, en subsidios como el otorgado por el IMAS, para el mejoramiento de vivienda, pues con vista en varias cotizaciones de materiales de*

construcción que el beneficiario aportaba, se seleccionada aquella que tenía mejores condiciones y el beneficio autorizaba al IMAS a transferir el dinero directamente al local comercial, para adquirir y pagar los materiales.”.

En cuanto a este aspecto, es importante aclarar que tal situación se daría en el entendido de que no existe una relación contractual entre la Administración y el local comercial o proveedor de los bienes y servicios, por cuanto la aplicación del instrumento de “autorización de pago a proveedores o terceros” obedece principalmente a la potestad de la Administración de controlar que la inversión pública está cumpliendo con su finalidad; lo cual también depende de la naturaleza del subsidio estatal y de la suscripción por parte del beneficiario directo, cuando corresponda conforme al Manual antes indicado. De lo contrario, la Administración tendría que aplicar todos los controles y procedimientos que estipula la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento N° 7494.

III- Conclusiones

1- Entre los elementos y características que en sentido general se presentan para determinar si existe una transferencia gratuita y sin contraprestación o liberación de obligaciones, en los términos del artículo 5 de la Ley N° 7428, se encuentran los siguientes: el sujeto privado, por iniciativa propia ejerce una actividad privada de interés público; en virtud de ese interés público, existe una alteración legítima del principio constitucional de igualdad; media una habilitación legal y una decisión para otorgar un determinado beneficio patrimonial gratuito o sin contraprestación, o bien, una liberación de obligaciones; en el modelo de administración concedente, existe un trabajo conjunto y una colaboración bilateral entre el Estado y el sector privado para llevar a cabo una actividad privada de interés público; los recursos transferidos al sujeto privado se integran al patrimonio de éste y se transforman en fondos privados de origen público; el control sobre dichos fondos y la actividad del privado —respecto a ellos— persiste, dado que es preciso verificar el cumplimiento del destino o la finalidad pública que originó y fundamentó el beneficio y existe un régimen de control que en la práctica se traduce a la aplicación de las medidas que específicamente disponen los artículos 5, 6 y 7 de la LOCGR, y que sobre estos fondos y actividades privadas, corresponde a un control de legalidad, contable y técnico, con especial énfasis en la verificación del cumplimiento del destino legal asignado al beneficio patrimonial o a la liberación de obligaciones a favor del sujeto.

2- La aplicación del instrumento “autorización de pago a proveedores o terceros”, no hace que una transferencia sea gratuita o sin contraprestación a favor de un sujeto privado o de alguna organización de bien social, que ejerza alguna actividad privada de interés público, en los términos del artículo 5 de la Ley N° 7428.

3- Dicho instrumento está concebido como un medio de control y como un mecanismo de pago por un bien o servicio, en favor de una persona física que ha sido definida como beneficiaria del IMAS, situación que no se enmarca en los supuestos que establece el artículo 5 de la Ley N°. 7428.

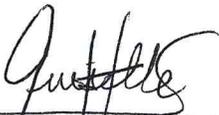
DFOE-SOC-0524

8

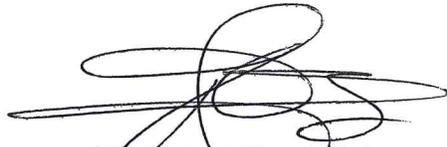
28 de junio, 2013

4- En el caso de los beneficios individuales en los que se utiliza el instrumento de "autorización de pago a proveedores o terceros" no se puede aplicar la circular N° 14299 emitida por el Órgano Contralor. No obstante el IMAS debe ejercer los controles que considere pertinentes para verificar que el subsidio estatal cumpla con su objetivo de combatir la pobreza y que los beneficiarios directos reciban en calidad y cantidad los bienes o servicios requeridos para cumplir dicha finalidad.

Atentamente,


Licda. Giselle Segnini Hurtado
GERENTE DE ÁREA




Lic. Rafael Picado López
ABOGADO

RGBI/RPL/tlp

Ci: Expediente

NI: 5900, 10532

G: 2013000940-2