

**Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología
Facultad de Ciencias Empresariales
Licenciatura en Finanzas**

**Propuesta para implementar un Ordenamiento Administrativo en la
operación y control de un Fideicomiso en el Poder Ejecutivo.**

**Marietta Tencio Olivas, 930106
1-828-688**

**Informe técnico de graduación para optar por el grado de Licenciatura en
Finanzas**

**San José, Costa Rica
Noviembre, 2001**

TRIBUNAL ACADEMICO

M.B.A. Bernardo Marquez Colochio
Representante Rector
Director del CIDE

Dr. Juan Ricardo Wong Ruíz
Director Escuela de Ciencias Empresariales

M.B.A. Juan José del Valle Granados
Tutor Académico

Dr. Willy Soto
Tutor de Investigación

AGRADECIMIENTO

A Dios, infinitas gracias por haberme permitido desarrollar y concluir este trabajo; sin su ayuda no hubiese podido lograr un peldaño más en vida.

A mi esposo y mi hija por su comprensión y amor; a mis padres por el apoyo incondicional.

A mis compañeros y amigos por brindarme su mano cuando sentí desmayar.

A mi profesor, MBA Juan José del Valle Granados, por su verdadera dedicación y ayuda para llegar al feliz término de mi trabajo.

DEDICATORIA

A Dios, por su fortaleza e iluminación en el desarrollo y conclusión de una nueva etapa en mi vida como persona y profesional.

A mi esposo Maynard, por su amor, comprensión y fortaleza en el diario vivir.

A mi hija Melannie, por su amor y comprensión, por cada día que no pude estar con ella.

A mis padres Manuel y María, por sus oraciones y estímulo constante en el desarrollo de este trabajo.

A todos ellos muchas gracias porque de una u otra forma mi logro se lo debo a ellos.

Los amo

PRESENTACIÓN

El presente trabajo constituye el informe de la Práctica Profesional y Trabajo Comunal requerido para la obtención del grado universitario de Licenciatura en Finanzas, en la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología (U.L.A.C.I.T.).

Este informe se refiere a un análisis del manejo de los fideicomisos en el Poder Ejecutivo, con la finalidad de dar a conocer sus regulaciones y lineamientos establecidos y obtener una expresión real de las inversiones.

La propuesta es determinar cuáles son los procedimientos previos para la colocación de Fondos del Estado en inversiones como los fideicomisos, teniendo en cuenta el papel que cada uno de los elementos tiene en esta inversión, a saber, fideicomitente, fiduciario y fideicomisario.

TABLA DE CONTENIDO

<u>CONTENIDO</u>	<u>PAGINA</u>
INTRODUCCIÓN	1
A. <i>CAPITULO I: FORMULACION DEL PROBLEMA Y OBJECTIVOS</i>	3
A. El Problema y su importancia	4
1. Aspectos Situacionales	4
2. Antecedentes	6
3. Delimitación del Problema	7
a. Problema General	7
4. Justificación	8
B. Propósito del Estudio	10
1. Objetivos	10
a. Objetivo General de Diagnóstico	10
b. Objetivo General de Propuesta	10
c. Objetivos Específicos	10
2. Cuadro de Variables	11
3. Hipótesis	18
CAPITULO II: MARCO TEORICO	19
A. Introducción al Marco Teórico	20
1. Entorno	20
a. Oportunidades	22
b. Amenazas	23
2. Entes Reguladores de los Fideicomisos con Fondos Públicos	24
a. Asamblea Legislativa	24
a.1 Deberes de la Asamblea Legislativa	24
a.2 Atribuciones de la Asamblea Legislativa	25

b. La Contraloría General de la República o El Control Superior de la Hacienda Pública	28
b.1 Reseña Histórica	28
República en 1951	31
República	32
la República	33
República	34
General de la República	34
de la República	36
b.7.1 Contralor General	36
b.7.2 Sub Contralor General	37
b.7.2.1 Unidades que dan apoyo y asesoría al Despacho	37
b.7.3 División de Asesoría y Gestión Jurídica	38
b.7.4 División de Fiscalización Operativa y Evaluativa	38
b.7.4.1 Tiene a su cargo las siguientes unidades	38
b.7.5 División Desarrollo Institucional	39
b.7.5.1 Tiene a su cargo las siguientes unidades	39
b.7.6 División General Administrativa	40
B. Administración	40
1. Proceso Administrativo	41
a. Planificación	42
b. Organización	42
c. Dirección	43
d. Control	43
2. Tipos de Administración	44
a. Administración Privada	44
b. Administración Mixta	44
c. Administración Pública	45

C. Fideicomisos	46
1. Antecedentes	46
2. Definición y Concepto de Fideicomiso	49
a. Definición de Fideicomiso	49
b. Concepto de Fideicomiso	50
3. Objetivo y Finalidad del Fideicomiso	51
a. Objetivo del Fideicomiso	51
b. Finalidad del Fideicomiso	55
4. Elementos Subjetivos y Objetivos del Fideicomiso	57
a. Elementos Subjetivos	58
a.1 El Fideicomitente, Constituyente o Fiduciante	58
a.1.1 Los Deberes especiales del Fideicomitente	60
a.1.2 Las Obligaciones del Fideicomitente	61
a.2 El Fiduciario	62
a.2.1 Las Responsabilidades del Fiduciario	63
a.2.2 Las Obligaciones del Fiduciario	63
a.2.3 Principios rectores de la Gestión del Fiduciario	65
a.3 El Fideicomisario o Beneficiario	65
a.3.1 Los Derechos del Fideicomisario	66
b. Elementos Objetivos	67
b.1 Patrimonio Autónomo	67
b.2 Patrimonio Afectado	69
b.3 Patrimonio Fiducia	69
5. Marco Legal y Características del Fideicomiso	70
a. Marco Legal	70
b. Características del Fideicomiso	71
b.1 Las principales características del Fideicomiso	71

	6. Marco Operacional y Clasificación de los Fideicomisos	73
	a. Marco Operacional	73
	b. Clasificación de los Fideicomisos	75
	b.1 Fideicomisos Mortis Causa	75
	b.1.1 Fideicomiso Testamentario	76
	b.1.2 Fideicomiso Basado en Póliza de Vida	76
	b.2 Fideicomiso Inter Vivos	77
	b.2.1 Fideicomiso de Garantía	77
de menores	b.2.2 Fideicomiso para asegurar la educación	78
pensiones	b.2.3 Fideicomiso para jubilaciones o	78
	b.2.4 Fideicomiso de Beneficio de la familia	79
	b.3 Fideicomiso de Titularización	79
	b.3.1 Fideicomiso para la compra de inmuebles	80
Frescos	b.3.2 Fideicomiso de la Obtención de Recursos	80
	b.4 Fideicomisos Públicos	81
	b.4.1 Fideicomiso de Crédito de desarrollo	82
Pública	b.4.2 Fideicomiso de Concesión de Obra	83
	b.5 Otros	84
	7. Extinción y Prohibición del Fideicomiso	84
	a. Extinción del Fideicomiso	84
	b. Fideicomisos Prohibidos	85
	8. Los Fideicomisos con Fondos Públicos	86
	a. Constitución de Fideicomisos con Fondos Públicos	86
con Fondos Públicos	b. Ordenamiento Jurídico Administrativo de los Fideicomisos	92
República	b.1 Ley Orgánica de la Contraloría General de la	93
	b.2 Ley General de Administración Pública	94
	b.3 Ley Administración Financiera de la República	95

Fiscalización	c. Componentes del Ordenamiento de Control y	97
	c.1 Control Interno	99
	c.1.1 Las Potestades de la Auditoría Interna	100
	c.1.2 Los Deberes de la Auditoría Interna	101
	c.2 Control Externo	102
	c.3 Refrendo del Contrato de Fideicomiso	102
	c.4 Régimen de Responsabilidad	105
CAPITULO III: METODOLOGIA		109
	A. Metodología para la realización del Diagnóstico	110
	1. Tipos de Investigación	110
	a. Investigación Exploratoria	110
	b. Investigación Descriptiva	111
	c. Investigación Aplicada	113
	2. Origen de los Datos	114
	a. Sujetos	115
	b. Fuentes de Información	116
	b.1 Las Fuentes de Investigación se clasifican según su procedencia	117
	b.1.1 Fuentes Primarias	117
	b.1.2 Fuentes Secundarias	118
	3. Descripción de los Instrumentos	119
	a. Entrevista	119
	b. Cuestionario	120
	4. Validez de los Instrumentos	121
	5. Análisis de Contenido y Análisis Estadístico	123
	a. Análisis de Contenido	123
	b. Análisis Estadístico	124
	6. Alcances y Limitaciones	124
	a. Alcances	124
	b. Limitaciones	125
	B. Metodología para elaboración de la propuesta	125

CAPITULO IV: ANALISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS DATOS	127
A. Análisis e Interpretación de los Datos	128
1. Cuestionario	128
2. Entrevista	155
CAPITULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	161
Conclusiones y Recomendaciones	162
A.Conclusiones	163
Referente No. 1 – Responsabilidades del Fideicomitente	163
Referente No. 2 – Fideicomitente, Fiduciario y Fideicomisario	164
Referente No. 3 – Ejecución de los Fideicomisos	164
Referente No.4 – Fondos Públicos	166
Referente No.5 – Fideicomisos en el Poder Ejecutivo	167
Referente No.6 – Políticas de Ejecución y Control	169
B. Recomendaciones	170
Referente No.1 – Responsabilidades del Fideicomitente	170
Referente No.2 – Fideicomitente, Fiduciario y Fideicomisario	170
Referente No.3 – Ejecución de los Fideicomisos	170
Referente No.4 – Fondos Públicos	171
Referente No.5 – Fideicomisos en el Poder Ejecutivo	171
Referente No.6 – Políticas de Ejecución y Control	172
CAPITULO VI: PROPUESTA	173
BIBLIOGRAFIA	191
Bibliografía Consultada	192

LISTA DE CUADROS Y GRAFICOS

CUADROS

CUADROS	TITULO	PAGINA
Cuadro No. 1	Qué es para usted el Fideicomiso	131
Cuadro No. 2	Marco Legal Costarricense que rige los Fideicomisos Con Fondos Públicos	133
Cuadro No. 3	Fondos Públicos que pueden colocarse como Fideicomiso	135
Cuadro No. 4	Quién autoriza la colocación de los Fondos Públicos en Fideicomiso	137
Cuadro No. 5	Requisitos primordial para la colocación de Fondos Públicos en inversiones como fideicomisos	139
Cuadro No. 6 a	Se debe refrendar el contrato de fideicomiso con Fondos Públicos	141
Cuadro No. 6b	Quién da ese refrendo	141
Cuadro No. 7	Quién firma el contrato de fideicomiso con Fondos Públicos	143
Cuadro No. 8	Cuál es la institución a la que le corresponde la Fiscalización y Control de los Fideicomisos con Fondos Públicos	145
Cuadro No. 9	A quién le corresponde la verificación del buen uso Del fideicomiso dentro de la Institución	147
Cuadro No.10a	Cree usted que los Fondos Públicos pierden su origen De Públicos cuando e invierten en Fideicomisos	149
Cuadro No.10b	Por qué?	150
Cuadro No. 11	Procedimiento para elegir al Fiduciario	153

LISTA DE CUADROS Y GRAFICOS

GRAFICOS

GRAFICOS	TITULO	PAGINA
Gráfico No. 2	Marco Legal Costarricense que rige los Fideicomisos Con Fondos Públicos	134
Gráfico No. 3	Fondos Públicos que pueden colocarse como Fideicomiso	136
Gráfico No. 4	Quién autoriza la colocación de los Fondos Públicos en Fideicomiso	138
Gráfico No. 5	Requisitos primordial para la colocación de Fondos Públicos en inversiones como fideicomisos	140
Gráfico No. 6 a	Se debe refrendar el contrato de fideicomiso con Fondos Públicos	142
Gráfico No. 6b	Quién da ese refrendo	142
Gráfico No. 7	Quién firma el contrato de fideicomiso con Fondos Públicos	144
Gráfico No. 8	Cuál es la institución a la que le corresponde la Fiscalización y Control de los Fideicomisos con Fondos Públicos	146
Gráfico No. 9	A quién le corresponde la verificación del buen uso Del fideicomiso dentro de la Institución	148
Gráfico No.10a	Cree usted que los Fondos Públicos pierden su origen De Públicos cuando e invierten en Fideicomisos	152
Gráfico No. 11	Procedimiento para elegir al Fiduciario	154

LISTA DE APENDICE

- Apéndice No. 1** **Cuestionario dirigido a los Oficiales Presupuestales de los Ministerios del Poder Ejecutivo**
- Apéndice No. 2** **Entrevista realizada a los encargados de los Fideicomisos existente en el Poder Ejecutivo**
- Apéndice No. 3** **Entrevista realizada a un funcionario de la Contraloría General de la República**

INTRODUCCION

Se han creado una serie de expectativas en el Sector Público costarricense alrededor de la utilización de los Fideicomisos, con el fin de que se conviertan en un importante instrumento de inversión.

El presente trabajo aborda parte de esa problemática desde la óptica central de que el Fideicomiso es un negocio jurídico mercantil, figura que implica el traspaso de bienes de una persona física o jurídica a otra (Fideicomitente al Fiduciario).

En ese sentido, el análisis de la ejecución del Fideicomiso en el Poder Ejecutivo persigue dar a conocer los mecanismos que se pueden seguir para obtener resultados eficientes cuando se utilice dicha figura.

La investigación está dividida en seis capítulos estructurados de la siguientes forma:

En el primer capítulo del trabajo se formula el problema y los objetivos del estudio tales como aspectos situacionales, antecedentes, delimitación del problema, justificación, objetivos, hipótesis y definición de variables.

En el segundo capítulo se presenta el marco teórico en donde se destaca el entorno del Sector Público.

En el tercer capítulo se da una explicación de los métodos e instrumentos que se utilizaron para la investigación (entrevista y cuestionario).

El cuarto capítulo presenta el análisis e interpretación de los datos, originados con la aplicación de un cuestionario y la utilización de una entrevista formal y estructurada.

En el quinto se brinda un breve comentario y recomendación de las diversas preguntas planteadas en el capítulo anterior. Por último en el capítulo sexto se plantea la propuesta para la guía de la implementación de un fideicomiso en el Poder Ejecutivo.

CAPITULO I
FORMULACION DEL PROBLEMA Y
OBJETIVOS DEL ESTUDIO

A. El problema y su importancia

1. Aspectos Situacionales

En Costa Rica existe un grupo de funcionarios de distintas entidades financieras y bancarias que se dedican al negocio fiduciario e integran la Asociación Nacional de Fiduciarios.

El Fideicomiso en Costa Rica es regulado por el Código de Comercio en su capítulo Doceavo (El Fideicomiso) entre los artículos 633 al 662 y en lo que corresponde a fiduciarios bancarios, en el artículo 116 inciso 7 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional.

Según el Código de Comercio en su artículo 633,

“Por medio del fideicomiso el fideicomitente transmite al fiduciario la propiedad de bienes o derechos; el fiduciario queda obligado a emplearlos para la realización de fines lícitos y predeterminados en el acto constituido”. 1998.206.¹

Para el Sector Público, las regulaciones del Fideicomiso también están apegadas a las disposiciones emitidas por la Contraloría General de la República y la Ley y Reglamento de Contratación Administrativa.

¹ Código de Comercio, San José, IJSA, 9na Edición, 1998.

El fideicomiso es “la comisión de confianza”. En el artículo 637 del Código de Comercio establece que no solamente los bancos pueden actuar como fiduciarios, sino que lo puede ser cualquier “persona física o jurídica”.

En Costa Rica, lo usual hoy en día es que esta figura Fiduciaria sea utilizada y desarrollada por los bancos, en razón de la importancia que estas Entidades Financieras le han otorgado como fuente generadora de negocios, valiéndose de las ventajas y versatilidad que la figura ofrece. Así, esta figura se ha convertido en un producto bancario de mayor dinamismo y crecimiento en el sistema financiero, respecto a otros instrumentos de inversión.

Según el Lic. Jorge Porras Zamora, *“El Fideicomiso se realiza por algo y para algo”*. San José, 1998.²

Lo anterior se refiere a que todo fideicomiso que se establezca debe ser por y para un fin determinado. Esto se define en el contrato que se firma entre las partes: a saber, persona que coloca sus fondos (fideicomitente) y la persona que administrará esos fondos (fiduciario).

² Jorge Porras Zamora, **El Fideicomiso en Costa Rica**, San José, 1ª Edición, 1998.

Es importante reconocer que aún queda mucho camino por recorrer para el desarrollo pleno del Fideicomiso y el conocimiento más profundo de la figura, y por ende el establecimiento de las normas y procedimientos para el control de la ejecución de los mismos en el Sector público.

En América Latina, Costa Rica es uno de los países que ha tenido mayor desarrollo en esta actividad y como líderes se encuentran México y Venezuela.

2. Antecedentes

En las últimas décadas, el país ha experimentado importantes avances en su nivel de desarrollo Financiero, con resultados satisfactorios en materia de Fideicomisos.

No obstante, a pesar de estos avances el ente regulador de los Fideicomisos que es la Contraloría General de la República, cuenta con una serie de problemas que han agudizado la regulación de dicha figura de inversión. Entre ellos se puede mencionar el desconocimiento de los fideicomisos que se han establecido con el pasar de los años y la finalización de otros que han cumplido su razón de ser.

Además, se puede considerar la falta de control sobre la ejecución de los fideicomisos establecidos en las leyes especiales de Gobierno, es decir, no se cuenta con mecanismos que controlen el uso, la asignación racional de los recursos invertidos y el fin determinado de los Fideicomisos.

Al no tener la Contraloría General de la República vastos conocimientos en el manejo de las inversiones de fondos públicos a través de los Fideicomisos, no han normado ni planteado lineamientos por seguir ya que ellos mismos son cambiantes en sus opiniones y recomendaciones al pronunciarse acerca de dichas inversiones, esto se nota en consultas realizadas a la Contraloría General de la República y en directrices emitidas por este Ente.

Según la Contraloría General de la República, el fideicomiso se debe enmarcar únicamente en los principios generales de la Ley de Contratación Administrativa, a saber, eficiencia, igualdad, libre competencia y publicidad.

3. Delimitación del Problema

a. Problema General

Es importante establecer mecanismos y disposiciones escritas que normen la ejecución y colocación de dineros en inversiones de Fideicomisos, debido a

que el Sector Público carece de información detallada para conocer en mayor escala las ventajas y desventajas que posee dicho instrumento.

Así que la demarcación de los procedimientos por seguir en el Código de Comercio y las disposiciones Generales de la Ley de Contratación Administrativa y pronunciamientos emitidos por la Contraloría General de la República, no son suficientes lineamientos para el buen desempeño de la ejecución de los Fideicomisos en el Poder Ejecutivo.

La interrogante ahora es: ¿Cómo implementar los fideicomisos en las Instituciones del Gobierno, especialmente en el Poder Ejecutivo, sin incurrir en errores de operatividad?

4. Justificación

Es de fundamental importancia para cualquier institución pública o privada, independientemente del ámbito en que se desenvuelve, contar con información sobre la implementación y operatividad de los Fideicomisos, para así tener una opción de inversión.

La operatividad de los Fideicomisos en Costa Rica se apega a los lineamientos establecidos en el Código de Comercio por ser éste de carácter privado. Pero en el Poder Ejecutivo se reciben a su vez recomendaciones de la Contraloría General de la República y la Procuraduría General, para el buen proceder con los fondos públicos invertidos en Fideicomisos.

Dicha operatividad se inicia con el establecimiento de los lineamientos que delimitan el camino por seguir con base en:

¿cuáles son los fondos por invertir?

¿qué regulaciones se deben seguir?

¿quién autoriza la utilización de los fideicomisos en el Poder Ejecutivo?

¿dónde se va a invertir?

¿porqué se va a invertir en fideicomisos?

¿cuál es el monto a invertir?

¿quién regulará su ejecución?

¿a quién le corresponde el control de esta inversión?

¿quién es el responsable de lograr el fin determinado?

entre otras interrogantes.

B. Propósito del Estudio

1. Objetivos

a. Objetivo General de Diagnóstico

Diagnosticar la operatividad de los Fideicomisos en las Instituciones del Poder Ejecutivo, con el propósito de verificar su correcta aplicación.

b. Objetivo General de la Propuesta

Diseñar una guía para el ordenamiento Administrativo, determinando los mecanismos de operación y control de los Fideicomisos en el Poder Ejecutivo.

c. Objetivos Específicos

- Diferenciar los derechos y obligaciones de las partes: Fideicomitente y Fiduciario, para evitar la evasión de responsabilidades.
- Determinar las responsabilidades que debe tener toda persona que opere los Fondos Públicos del Poder Ejecutivo, para realizar con ejecutividad las labores asignadas.

- Señalar las regulaciones actuales para la ejecución de los Fideicomisos, con el propósito de obtener un mejor control previo y posterior a las inversiones realizadas.
- Determinar los requisitos previos al procedimiento de inclusión de los Fondos Públicos en la modalidad de Fideicomisos, para que los ante proyectos no tengan errores de aprobación.
- Establecer lineamientos para la operatividad de los fideicomisos en el Poder Ejecutivo, con la finalidad de que las personas encargadas de operarlo conozcan sus alcances y limitaciones.
- Señalar las políticas de ejecución y control requeridas, con la finalidad de lograr la mayor eficiencia y eficacia en la aplicación de los Fondos Públicos en Fideicomisos.

2. Cuadro de Variables

Se realiza una descripción conceptual de los referentes y variables que se utilizarán para el desarrollo del fideicomiso con fondos públicos, utilizados en el Poder Ejecutivo. Esto con el afán de definir los conceptos que se enmarcan dentro de la figura fiduciaria.

Objetivo Específico	Referente	Definición	Variable	Definición Conceptual	Definición Operacional
<p>Diferenciar los derechos y obligaciones de las partes: Fideicomitente y Fiduciario, para evitar la evasión de responsabilidades</p>	<p>Fideicomitente y Fiduciario</p>	<p><u>Fideicomitente</u> Conceptual: “A quién podríamos llamar también constituyente y que en algunas legislaciones llaman además como fiduciante. Es la persona capaz de disponer de bienes o derechos para que con ellos se pueda cumplir con un fin lícito determinado en el acto constitutivo.” Operacional: En adelante se conocerá como fideicomitente a los Ministerios que integran el Poder Ejecutivo. <u>Fiduciario</u> Conceptual: “ Es la persona (física o jurídica) que recibe los bienes o derechos, constituyéndose en titular de los mismos, para realizar las finalidades que se persiguen con la constitución del</p>	<p>Derechos y Obligaciones</p>	<p><u>Derechos</u> “Títulos que dan derecho a una persona emprender una acción concreta”</p> <p><u>Obligaciones</u> “Imperativo que manda a obedecer leyes o dar pasos concretos.”</p>	<p>Se conoce el derecho como lo que cada una de las parte que integran el fideicomiso puede realizar acorde a las regulaciones existentes.</p> <p>Es toda acción que realiza el fideicomitente, fiduciario y fideicomisario en procura de guiar el fideicomiso a cumplir el fin determinado.</p>

Objetivo Específico	Referente	Definición	Variable	Definición Conceptual	Definición Operacional
		<p>fideicomiso.” Operacional: En adelante se entenderá como fiduciario al Banco o ente financiero que administra los fondos fideicomitidos por los Ministerios.</p>			
<p>Determinar las responsabilidades que debe tener toda persona que opere los Fondos Públicos del Poder Ejecutivo, para realizar con ejecutividad las labores asignadas.</p>	<p>Responsabilidades de las partes</p>	<p>Responsabilidades Conceptual: “ Es una obligación, no puede delegarse, ningún superior puede evitar, mediante delegación, las responsabilidades por las actividades de sus subordinados, porque es el superior quien ha delegado autoridad y asignado obligaciones.” Operacional: Se determinará los responsabilidades de los funcionarios públicos y se dará a conocer lo que le compete.</p>	<p>Fondos Públicos</p>	<p>“Los recursos, valores, bienes y derechos que se originan en virtud de potestades de imperio o por la explotación de servicios o bienes en general, o que por cualquier título pertenezcan o se encuentren en custodia o bajo la Administración del Estado”.</p>	<p>Se conocerán adelante como fondos públicos los valores o bienes que fiscaliza y controla la Contraloría General de la República.</p>

Objetivo Específico	Referente	Definición	Variable	Definición Conceptual	Definición Operacional
<p>Señalar las regulaciones actuales para la ejecución de los Fideicomisos, con el propósito de obtener un mejor control previo y posterior a las inversiones realizadas.</p>	<p>Ejecución de los Fideicomisos</p>	<p><u>Ejecución</u> Conceptual: “Que una persona realice un trabajo”, Operacional: “ Es la forma por la cual se realizan las gestiones de los trámites dentro del fideicomisos. <u>Fideicomiso</u> Conceptual: “ Por medio del fideicomiso el fideicomitente transmite al fiduciario la propiedad de bienes o derechos; el fiduciario queda obligado a emplearlos para la realización de fines lícitos y predeterminados en el acto constituido”, 1997 Operacional: El fideicomiso e el instrumento que se desea utilizar en el Poder Ejecutivo para llevar a cabo todas las actividades con mayor eficiencia y dinamismo.</p>	<p>Regulaciones Actuales</p> <p>Control de Inversión</p>	<p><u>Regulaciones</u> “Sistema de control y coordinación del comportamiento de los empleados mediante el establecimiento de normas”, <u>Control</u> “Un proceso, que en cualquier parte que e encuentre y cualquiera que sea el objetivo de sus constricciones, puede deducirse a tres partes: establecimiento de normas, medición de la actuación contra normas, medición de la actuación contra las normas y corrección de las desviaciones de las normas y los planes.” <u>Inversión</u> “Adquisición de medios de producción. Por</p>	<p>Políticas previamente establecidas para enmarcar dentro de la legislación las acciones sobre los fideicomisos.</p> <p>Pasos a seguir para la verificación del buen uso de los recursos invertidos en fideicomisos.</p> <p>Colocación de los recursos financieros en un Banco para obtener una</p>

Objetivo Específico	Referente	Definición	Variable	Definición Conceptual	Definición Operacional
				extensión, adquisición de un capital para conseguir una renta.”	adecuada administración de los fondos y a su vez lograr un mejor rendimiento de los mismos.
Determinar los requisitos previos al procedimiento de inclusión de los Fondos Públicos en la modalidad de Fideicomiso, para que los ante proyectos no tengan errores de aprobación.	Fondos Públicos	<p>Fondos</p> <p>Conceptual: “Dinero en efectivo, valores o en otros activo depositados a nombre del apoderado o administrador fiduciario, con el objeto de que los administre de la forma que el contrato de fideicomiso establezca” 190</p> <p>Operacional: es todo aquellos valores o recursos utilizados para realizar transacciones dentro del Poder Ejecutivo.</p>	<p>Requisitos Previos</p> <p>Procedimiento de inclusión</p>	<p>Requisito</p> <p>“Circunstancia o condición necesaria para una cosa”</p> <p>Procedimiento</p> <p>“Manera de hacer algo. Sección de un programa que realiza una operaciones bien definidas y enfocadas a un fin”</p>	<p>Acción que se debe conocer y cumplir antes de realizar una cosa (fideicomiso).</p> <p>Es la forma o pasos a seguir para instaurar un fideicomiso.</p>

Objetivo Específico	Referente	Definición	Variable	Definición Conceptual	Definición Operacional
<p>Establecer lineamientos para la operatividad de los fideicomisos en el Poder Ejecutivo, con la finalidad de que las persona encargadas de operarlo conozcan sus alcances y limitaciones.</p>	<p>Poder Ejecutivo</p>	<p>Conceptual: “El Poder Ejecutivo lo ejercen en nombre del pueblo, en Presidente de la República y los Ministros de Gobierno en calidad de obligados colaboradores.” Operacional: El Poder Ejecutivo es un de los tres poder que integran el Gobierno de la República, allí encontraremos los dieciocho Ministerio que lo integran.</p>	<p>Lineamientos de operatividad</p> <p>Alcances y Limitaciones</p>	<p><u>Lineamientos</u> “Líneas generales de una política, orientación o directriz.”</p> <p><u>Operatividad</u> “ Que tiene la virtud de producir el efecto deseado.”</p> <p><u>Alcances</u> “ Alcance de trabajo, número de operaciones individuales que requiere un trabajo particular y la frecuencia con que ha de repetirse el ciclo de trabajo.”</p> <p><u>Limitaciones</u> “Fijar la extensión de atribuciones, derechos, jurisdicción, funciones, etc.</p>	<p>En adelante se definirá el lineamiento como los pasos que se deben seguir para llevar la ejecución a cabo los fideicomisos.</p> <p>La operatividad es la forma en que se deben operar los fideicomisos sin incurrir en los errores y a la luz de las regulaciones.</p> <p>Encontrares los alcances de cada uno de la personas involucradas en el contrato de fideicomiso y se entenderá como lo que cada uno de ellos puede o no debe dejar de hacer.</p> <p>Hasta donde llegan los alcances del trabajo de cada uno de las partes o sea, el límite establecido para operar los fideicomisos.</p>

Objetivo Específico	Referente	Definición	Variable	Definición Conceptual	Definición Operacional
<p>Señalar las políticas de ejecución y control requeridas, con la finalidad de lograr la mayor eficiencia y eficacia en la aplicación de los Fondos Públicos en fideicomisos.</p>	<p>Políticas de ejecución y control requeridas</p>	<p><u>Políticas</u> Conceptual: “Un plan permanente que establece lineamientos generales para la toma de decisiones.” Operacional: Se utilizarán en el señalamiento de política para poder implementar y operar los fideicomisos en el Poder Ejecutivo. <u>Ejecución</u> Conceptual: “Que una persona realice un trabajo.” 156 Operacional: La ejecución se determinará en la manera en se podrá invertir los fondos fideicomitidos.</p>	<p>Eficiencia y Eficacia</p>	<p><u>Eficiencia</u> “Criterio para juzgar la calidad de la producción, basado en el cumplimiento de los plazos que marca la dirección pero en la calidad producto.” <u>Eficacia</u> “La medida de producción en relación a los inputs humanos y otros tipos de recursos.”</p>	<p>Se entenderá como la agilización y la calidad con que se ejecutan los fondos públicos.</p>

3. Hipótesis

Algunas instituciones públicas y empresas privadas invierten sus Fondos en Fideicomisos que actualmente son administrados por los Bancos del Sistema Bancario Nacional.

El Sector Público para sus contrataciones ordinarias se apega a la Ley y Reglamento de Contratación Administrativa, que regulan la operatividad y ejecución de los fondos públicos, pero las inversiones realizadas a través de Fideicomisos solamente se regulan por los principios de la contratación Administrativa, de allí que se han venido presentando falta de conocimiento para la utilización de esta figura fiduciaria.

Si bien es cierto que para que el Gobierno invierta en fideicomisos debe de ser autorizado por una ley especial, después de esta autorización no existe control alguno en el gasto realizado ya que no se determinan los lineamientos por seguir cada vez que se realice un egreso del propio fideicomiso.

CAPITULO II
MARCO TEORICO

A. Introducción al Marco Teórico

Con la finalidad de determinar y ampliar más los conceptos utilizados en la concepción de los fideicomisos en el Poder Ejecutivo, se recopiló una serie de información, emitida en primera instancia por los libros, leyes y reglamentos nacionales, de los cuales se derivan las necesidades de conocer y tener una guía para poder utilizar ésta figura fiduciaria con mayor seguridad que otras figuras de inversión, esto por cuanto no existen documentos formales de consulta que enmarque el fideicomiso como tal.

1. Entorno

El entorno de toda empresa es complejo, inevitable y dinámico.

Complejo por cuanto son múltiples sus elementos, sus interrelaciones y los efectos sobre la empresa. Inevitables, por que quiérase o no, es aquí donde se encuentra situado el desarrollo de la empresa. Dinámico, ya que los cambios pasados posibilitan los cambios presentes y futuros.

Según J.M. Rosenberg, el entorno se define como,

“Todas las fuerzas y factores externos a la organización, importantes para la toma de decisiones directas” Océano Grupo Editorial, 163³

³ J.M.Rosenberg, Diccionario de Administración y Finanzas, España.

El gran reto de toda empresa es vivir, crecer y sobrevivir en un entorno que presenta serias dificultades y que requiera ser convertido en un campo fértil de acción.

El entorno es el lugar en el cual se encuentran las necesidades, los consumidores y lo que ellos desean pagar por satisfacer sus necesidades. Para que la empresa viva, crezca, sobreviva se debe de tomar en cuenta los elementos primordiales que orientarán su acción; a saber, oportunidades y amenazas.

El significado de los elementos del entorno está en función de lo que la empresa haya venido haciendo; lo que puede hacer y lo que querría hacer.

Según Stoner- Freeman – Gilbert,

“ Todos los elementos ajenos a la organización que son relevantes para su funcionamiento; incluyen elementos de acción directa y de acción indirecta” Sexta Edición, 1996,68⁴

⁴ Stoner-Freeman-Gilbert. Administración. México. Sexta Edición.1996.

a. Oportunidades

Según Álvaro Cedeño Gómez,

“Una oportunidad es cualquier elemento externo a la empresa, que sirve para satisfacer mejor al cliente, para aumentar las ganancias, para disminuir el riesgo, para mejorar las posibilidades de sobrevivir a largo plazo”
1993.71⁵

Se satisface mejor a los clientes cuando se atienden bien las necesidades existentes.

El elemento oportunidad es la posibilidad de la disminución del riesgo; es decir, se pretende ofrecer la mejor mercadería al menor precio y así que el cliente pueda aumentar el número de satisfacciones que presta un artículo.

Según Alvaro Cedeño Gómez,

*“Todos los elementos existentes en el entorno, que puedan contribuir a aumentar las posibilidades de supervivencia, son oportunidades. 1993.72.”*⁶

⁵ Cedeño Gómez, Alvaro. Administración de la Empresa. Tercera Edición. 1993.

⁶ Ibid.

La existencia de cualquier elemento del entorno que posibilite la disminución del riesgo, es una oportunidad, así como también todos los elementos del entorno, que pueden contribuir a aumentar las posibilidades de supervivencia, son considerados oportunidades.

b. Amenazas

Situación que se puede considerar como amenaza y que aumenta el riesgo de la Institución, puede ser: la inestabilidad cambiaria, políticas entre otros aspectos más.

Según Alvaro Cedeño Gómez,

“Una amenaza es un elemento del ambiente que rodea a la empresa, cuyo efecto potencial es el hacer que nuestros productos pierdan valor relativo, o que disminuyan las posibilidades de supervivencia a largo plazo”, 1993.⁷

La finalidad primordial de señalar una o varias amenazas es poder elaborar un plan de acción para minimizar el peligro operante que estas representan.

⁷ Gómez,C. Op. Cit., p.22.

2. Entes Reguladores de los Fideicomisos con Fondos Públicos

a. La Asamblea Legislativa

La Asamblea Legislativa es aquella organización del Poder Legislativo que tiene la facultad de legislar, y es elegida mediante el sufragio; está compuesta por cincuenta y siete diputados y son asignados a las diferentes provincias en proporción a la población.

Según la Constitución Política, en su artículo 105,

“La potestad de legislar reside en el pueblo, el cual la delega, por medio del sufragio, en la Asamblea Legislativa”, 1980,28.⁸

a.1 Deberes de la Asamblea Legislativa

- ◆ Elegirá su Directorio al iniciar cada legislatura. El presidente prestará juramento ante el Presidente de la República y los diputados ante éste.
- ◆ Se reunirá cada año el día primero de mayo, aún cuando no haya sido convocada.

⁸ Constitución Política de la República de Costa Rica. San José. 1980

- ◆ No podrá efectuar sus sesiones sin la concurrencia de dos tercios del total de sus miembros.
- ◆ Deberá sesionar cuando el Poder Ejecutivo la convoque.

Según la Constitución Política en su artículo 119,

“Las resoluciones de la Asamblea se tomarán por mayoría absoluta de votos presentes, excepto en los casos en que esta Constitución exija una votación mayor”, 32, 1980⁹

a.2 Atribuciones de la Asamblea Legislativa

- ◆ Dictar las leyes, reformarlas, derogarlas y darles interpretación auténtica.
- ◆ Designar el recinto de sus sesiones, abrir y cerrar éstas, suspenderlas y continuarlas cuando así lo acordare.
- ◆ Nombrar a los Magistrados.
- ◆ Aprobar o improbar los convenios internacionales, tratados públicos y concordatos.
- ◆ Dar o no su asentimiento para el ingreso de tropas extranjeras al territorio nacional y para la permanencia de naves de guerra en los puertos aeródromos.

⁹ Constitución Política, Op. Cit., p.24

- ◆ Autorizar al Poder Ejecutivo para declarar el estado de defensa nacional y para concertar la paz.
- ◆ Suspender por votación no menor de los dos tercios de la totalidad de sus miembros, en caso de evidente necesidad pública, los derechos y garantías individuales.
- ◆ Recibir el juramento de la ley y conocer de las renunciaciones de los miembros de los Supremos Poderes, con excepción de los ministros de Gobierno.
- ◆ Admitir o no las acusaciones que se interpongan contra quien ejerza la Presidencia de la República, Vicepresidencia, Miembros de los Supremos Poderes y Ministros Diplomáticos.
- ◆ Decretar la suspensión de cualquiera de los funcionarios que se mencionan anteriormente por delitos comunes.
- ◆ Dictar los presupuestos ordinarios y extraordinarios de la República.
- ◆ Nombrar al Contralor y Subcontralor de la República.
- ◆ Establecer los impuestos y contribuciones nacionales, y autorizar los municipales.
- ◆ Decretar la enajenación o la aplicación a usos públicos de los bienes propios de la Nación.
- ◆ Aprobar o improbar los empréstitos o convenios similares que se relacionen con el crédito público.

-
- ◆ Conceder la ciudadanía honorífica por servicios notables prestados a la República.
 - ◆ Determinar la ley de la unidad monetaria y legislar sobre la moneda, el crédito, las pesas y medidas. Para determinar la Ley de la unidad monetaria se debe hacer previa opinión del organismo técnico encargado de la regulación monetaria.
 - ◆ Promover el progreso de las ciencias y de las artes.
 - ◆ Crear establecimientos para la enseñanza y progreso de las ciencias y las artes.
 - ◆ Crear los tribunales de justicia y los demás organismos para el servicio nacional.
 - ◆ Otorgar por votación no menor de las dos terceras partes de la totalidad de sus miembros, amnistía e indulto generales por delitos políticos.
 - ◆ Darse el reglamento para su régimen interior.
 - ◆ Nombrar comisiones de su seno par que investiguen cualquier asunto que la Asamblea le asigne.
 - ◆ Formular interpelaciones a los Miembros de Gobierno.

b. La Contraloría General de la República o El Control Superior de la Hacienda Pública

Este Ente define el control como,

El Control, “ En el caso de los Fondos Públicos, el control tiene como objetivo conocer y evaluar las diferentes actividades que desarrolla una institución pública, con el propósito de observar si se ejecutan adecuadamente y poder garantizar el uso eficiente, eficaz y económico con que cuenta esa institución”. Internet, 1.¹⁰

b.1. Reseña Histórica

Según El Instituto Latinoamericano de Ciencias Fiscalizadoras (OLACEFSE) el Control Externo,

“Es el conjunto de procedimientos, medidas y métodos coordinados, aplicados por un organismo superior de control, con el propósito de evaluar la situación financiera, los resultados de las operaciones, comprobar el cumplimiento de las disposiciones legales y el logro de las metas y objetivos programados, con el máximo grado de eficiencia, efectividad y economía de las entidades sujetos a control”.¹¹

¹⁰ El Control Superior de la Hacienda Pública y sus antecedentes Históricos en Costa Rica.
[Http://www.cgr.go.co/paginas/de_lo_nuestro/antecedentes/antecede.html](http://www.cgr.go.co/paginas/de_lo_nuestro/antecedentes/antecede.html)

¹¹ Ibid.

Debido a la necesidad de que existiera una entidad que se encargara de regular los fondos públicos, se dio origen a la creación de organismos superiores de control, entre los cuales pueden encontrarse contralorías, tribunales o cortes de cuentas.

Es un derecho de los ciudadanos conocer cómo se administran y manejan los fondos en cada una de las Instituciones Públicas, así que los entes de control deben velar porque el uso de los fondos entregados por los contribuyentes al Estado para las diferentes actividades, se realicen en forma eficiente y eficaz en apego al ordenamiento jurídico y poder evitar la corrupción y malversación de éstos.

Desde el tiempo de la Colonia existían disposiciones en procura del correcto manejo de los asuntos públicos.

En 1825 se promulgó la 1ª Ley Fundamental de Costa Rica, el Pacto Social Interino o Pacto de Concordia, donde se procuraba salvaguardar el orden en la Hacienda Pública.

En 1922, mediante la Ley No. 8 de mayo, se creó la Oficina de Control que asumió las funciones de Contaduría Mayor, ejercía el control del presupuesto y aprobaba anticipadamente el del año siguiente. Dependía del Poder Ejecutivo y tenía rango Constitucional.

En 1929 se dio la necesidad de contar un una Institución que se encargara permanentemente de la vigilancia de la inversión, procedencia, manejo financiero, económico y legal de los fondos públicos, y así se incluyó en la Ley Fundamental, la creación de la Contraloría General de la República.

Según la Constitución Política, artículo No.183,

“ La Contraloría General de la República es una Institución auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública, pero tiene absoluta independencia funcional y administrativa en el desempeño de sus labores”
1980, 56.¹²

En 1950 mediante la Ley No. 1252 del 23 de diciembre, la cual empezó a regir el 1 enero de 1951, se emite la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. Esta Ley fue sustituida por la Ley 7428 del 7 setiembre este año, en dicha Ley se señalan los objetivos, funciones, atribuciones, procedimientos y organización de la Contraloría.

En 1951 da inicio el funcionamiento de la Contraloría General de la República con un presupuesto de C300.000.00, bajo la dirección del Señor Amadeo Quirós Blanco, Contralor General y como Sub Contralor General, el Señor Roberto Castaing Castro.

¹² Constitución Política, Op. Cit., p. 24

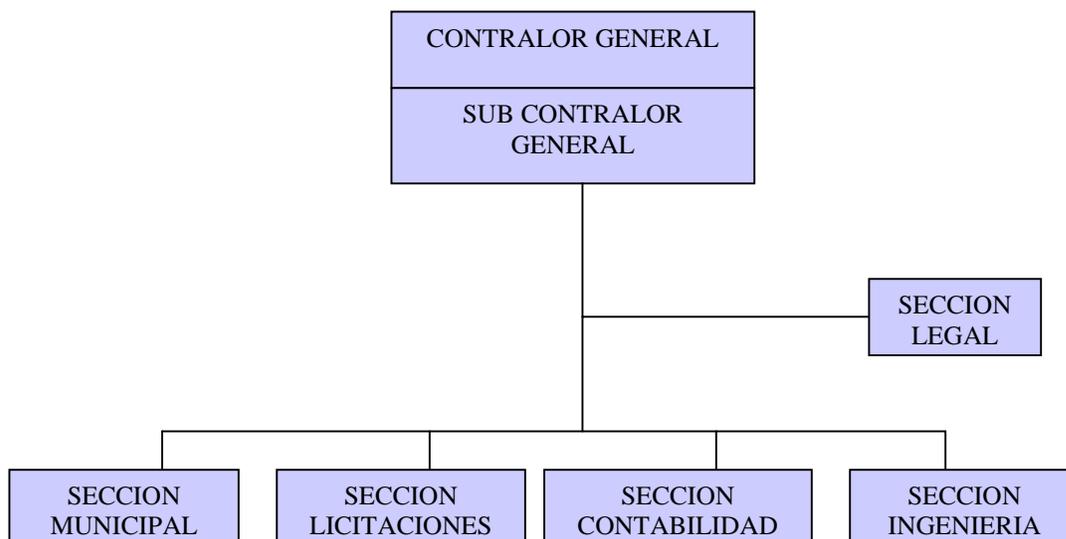
Según el artículo 183 de la Constitución Política,

“La Contraloría está a cargo de un Contralor y un Subcontralor. Ambos funcionarios serán nombrados por la Asamblea Legislativa, dos años después de haberse iniciado el período presidencial, para un término de ocho años, pueden ser reelectos indefinidamente, y gozarán de las inmunidades y prerrogativas de los miembros de los supremos Poderes.

El Contralor y Subcontralor responden ante la Asamblea por el cumplimiento de sus funciones y pueden ser removidos por ella, mediante votación no menos de las dos terceras partes del total de sus miembros, si en el expediente creado al efecto se les comprobare ineptitud o proceder incorrectos”. 1980,56¹³

b.2 Organigrama de la Contraloría General de la República en

1951



Fuente: Memoria anual de la Contraloría General del año 1951

¹³ Constitución Política, Op. Cit., p. 24

Los principales marcos legales del Organo Contralor, son La Ley Orgánica, la Ley de la Administración Financiera de la República y la Constitución Política de 1949; posteriormente se agregarían la Ley General de la Administración Pública y el Reglamento de la Contratación Administrativa.

b.3 Las Funciones de la Contraloría General de la República

Según los artículos 179 y 181 de la Constitución Política,

- ◆ “La Asamblea Legislativa no podrá aumentar los gastos presupuestos por el Poder Ejecutivo, si no es señalando los nuevos ingresos que hubieren de cubrirlos, previo informe de la Contraloría General de la República sobre la efectividad fiscal de los mismos.

- ◆ El Poder Ejecutivo enviará a la Contraloría la liquidación del presupuesto ordinario y de los extraordinarios que se hubieran acordado, a más tardar el primero de marzo siguiente al vencimiento del año correspondiente; la Contraloría deberá remitirla a la Asamblea, junto con su dictamen, a más tardar el primero de mayo siguiente. La aprobación o improbación definitiva de las cuentas correspondiente a la Asamblea Legislativa”, 1980, 55.¹⁴

¹⁴ Constitución Política. Op. Cit., p. 24

b.4 Las Atribuciones y deberes de la Contraloría General de la República

Según el artículo 184 de la Constitución Política,

- ◆ “Fiscalizar la ejecución y liquidación de los presupuestos ordinario y extraordinario de la República. No se emitirá ninguna orden de pago contra los fondos del Estado sino cuando el gasto respectivo haya sido visado por la Contraloría; ni constituirá obligación para el Estado la que no haya sido refrendada por ella;
- ◆ Examinar, aprobar o improbar los presupuestos de las Municipalidades e instituciones autónomas y fiscalizar su ejecución y liquidación;
- ◆ Enviar anualmente a la Asamblea Legislativa, en su primera sesión ordinaria, una memoria de movimiento correspondiente al año económico anterior, con detalle de las labores del Contralor y exposición de las opiniones y sugerencias que éste considere necesarias para el mejor manejo de los fondos públicos;
- ◆ Examinar, glosar y fenecer las cuentas de las instituciones del Estado y de los funcionarios públicos;
- ◆ Los demás que esta Constitución o las leyes le asignen”, 1980,56,57.¹⁵

¹⁵ Constitución Política. Op. cit., p. 24

b.5 Visión y Misión de la Contraloría General de la República

En 1999, en vista del cumplimiento de los 50 años de la creación de la Contraloría General de la República, se redefinió su visión y misión de la siguiente manera:

“Visión: promoveremos una gestión efectiva y transparente en el manejo de la hacienda pública, para facilitar el bienestar de la sociedad costarricense, por medio de una actuación en donde la excelencia y oportunidad, la agilidad y la técnica y justicia y el sentido de servicio, constituyan pilares fundamentales en la consecución de sus cometidos superiores de fiscalización y control”.

*“Misión: Somos órganos de fiscalización superior de la hacienda pública que le permite a la sociedad costarricense conocer qué hacen los gobernantes y los funcionarios públicos, con el mandato que les ha otorgado para el manejo de los recursos al amparo del régimen democrático”.
Antecedentes, Internet, 6.¹⁶*

b.6 La Competencia facultativa de la Contraloría General de la República

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

- ◆ “Los entes públicos de cualquier tipo,

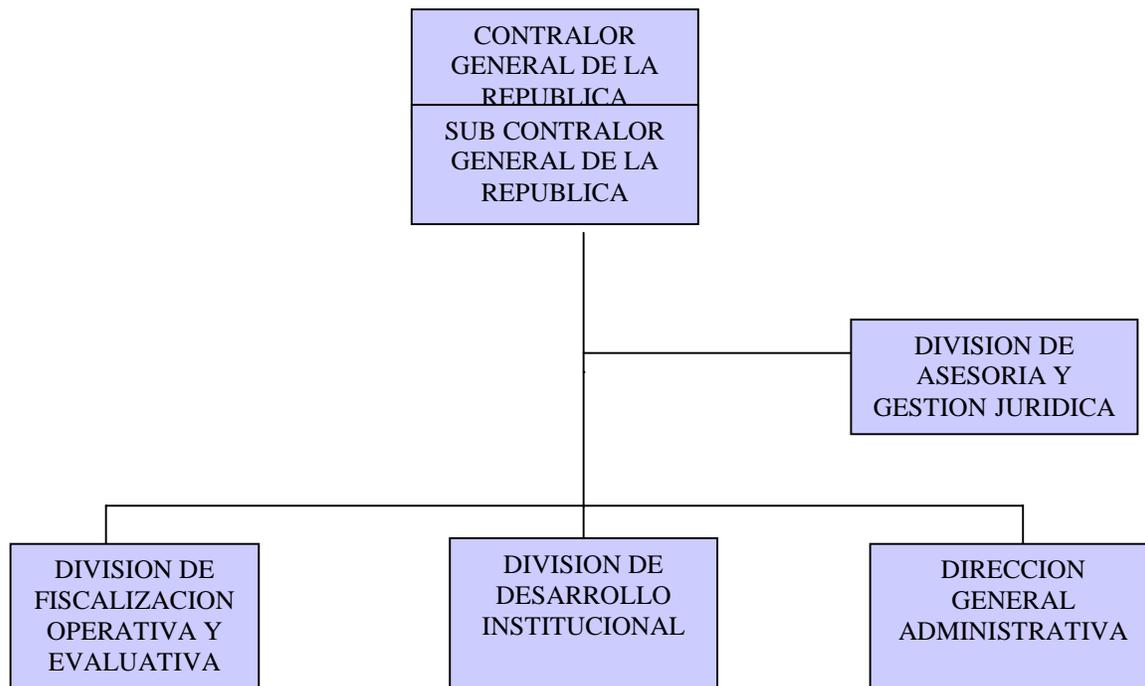
¹⁶ El Control . Op. cit., p. 28

- ◆ Los sujetos privados, que sean custodios o administradores, por cualquier título, de los fondos y actividades públicas que indica la Ley Orgánica de la Contraloría.
- ◆ Los entes y órganos extranjeros integrados por entes u órganos públicos costarricenses dominados mayoritariamente por estos, o sujetos a su predominio legal, o cuya dotación patrimonial y financiera esté dada principalmente con fondos públicos costarricenses, aún cuando hayan sido constituidos de conformidad con la legislación extranjera y su domicilio sea en el extranjero. Si se trata de entidades de naturaleza bancaria, aseguradora o financiera, la fiscalización no abarcará sus actividades sustantivas u ordinarias.
- ◆ Las participaciones minoritarias del Estado o de otros entes u órganos públicos, en sociedades mercantiles, nacionales o extranjeras.
- ◆ Si se trata de entidades de naturaleza bancaria o financiera y que sean extranjeras, la competencia facultativa de la Contraloría se ejercerá sobre ciertas actividades de las mismas”. Antecedentes, Internet, 8.¹⁷

Se puede determinar como ente público, las instituciones descentralizadas, las del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, entre otras.

¹⁷ El Control. Op. cit., p. 28

b.7 Organigrama actual de la Contraloría General de la República



Fuente: El Control Superior de la Hacienda Pública y sus antecedentes Históricos en Costa Rica.
[Http://www.cgr.go.co/paginas/de_lo_nuestro/antecedentes/antecede.html](http://www.cgr.go.co/paginas/de_lo_nuestro/antecedentes/antecede.html)

b.7.1. Contralor General

Es la máxima autoridad de la Contraloría General de la República y le corresponden todas las acciones internas y externas que le permitan ejercer sus labores de fiscalización superior de la Hacienda Pública y la rectoría del Ordenamiento de Control y Fiscalización Superior, según la Constitución Política y su Ley Orgánica.

b.7.2 Sub Contralor General

Es el inmediato colaborador sustituto o asistente del Contralor General. Tiene las siguientes atribuciones: sustituir al Contralor General con toda la responsabilidad que conlleva su sustitución, asistir al Contralor General, colaborar en la formulación de política de fiscalización y control, entre otros.

b.7.2.1 Unidades que dan apoyo y asesoría al

Despacho

- ◆ Auditoría Interna: evalúa el sistema de control interno y la calidad de la ejecución de la organización del cumplimiento de las responsabilidades asignadas.
- ◆ Prensa y comunicaciones: pretende mantener una comunicación fluida con la sociedad costarricense.
- ◆ Estrategia Institucional: coordina la planificación institucional en el quehacer de la Institución.
- ◆ Consejo Consultivo: asesora a los Despachos, cuando éstos crean conveniente su intervención.

- ◆ Cooperación Internacional: maneja la relación de la Contraloría con otras instituciones y organizaciones internacionales.

b.7.3 División de Asesoría y Gestión Jurídica

Procura la aplicabilidad y perfeccionamiento del ordenamiento jurídico de la Hacienda Pública, verificando que todas las decisiones que se tomen, se realicen de la mejor manera, especialmente las relacionadas con la fiscalización y control que éste Ente ejerce.

b.7.4 División de Fiscalización Operativa y Evaluativa

Atiende criterios de efectividad, transparencia, orientación al usuario y de legalidad. Así también dirige las labores de fiscalización operativa y evaluativa de las áreas de fiscalización superior.

b.7.4.1 Tiene a su cargo las siguientes unidades

- ◆ La Secretaría Técnica, asesorar y da apoyo a los asuntos técnicos relativos al proceso de fiscalización operativa y evaluativa y así asegurar la calidad de los servicios y productos que ofrece la Institución.

- ◆ Las Areas de Fiscalización Superior, se asegura que el patrimonio público se efectúe con criterio de efectividad, legalidad, transparencia y rendición de cuentas.

b.7.5 División de Desarrollo Institucional

Da soporte técnico a la fiscalización, así como las acciones necesarias para el pleno ejercicio de la rectoría del Ordenamiento de Control y Fiscalización Superiores.

b.7.5.1 Tiene a su cargo la siguiente unidades

- ◆ Centro de Capacitación: brindan un servicio de transformación y mejoramiento de la gestión pública mediante la capacitación a los funcionarios públicos.
- ◆ Autorizaciones y Aprobaciones: lograr que la gestión pública sea más eficiente mediante el refrendo, autorización y aprobación de actos administrativos en conformidad al ordenamiento jurídico.
- ◆ Servicios de Información: administra una plataforma de servicios de información que brinda la Contraloría a los usuarios de ésta.
- ◆ Sistema y Tecnología de Información: brinda soluciones basadas en sistemas y tecnología de información y telecomunicaciones.

b.7.6. División General Administrativa

Es una Dirección de apoyo; administra, coordina y controla el sistema financiero contable y la ejecución del presupuesto de la Contraloría. Administra todo lo relacionado con la compra, almacenamiento y distribución de bienes; la contratación de servicios y la administración de la prestación de servicios generales.

B. Administración

La administración es esencial en toda cooperación organizada, así como también en todos los niveles de la organización de una empresa.

Según Idalberto Chiavenato la administración se define como,

“ Cumplimiento de una función bajo un mando de otro, esto es, prestación de un servicio a otro.

La tarea actual de la administración es interpretar los objetivos propuestos por la organización y transformarlos en acción organizacional a través de la planeación, la organización, la dirección y control de todos los esfuerzos realizados en todas las áreas y niveles, de la organización, con el fin de alcanzar tales objetivos de la manera más adecuada a la situación”1995.8¹⁸

¹⁸ Chiavenato. Idalberto. Introducción a la Teoría General de la Administración. Cuarta Edición. 1995.

La administración es un sistema abierto que opera dentro de un medio ambiente e interactúa con él; es lo que permite que se logren las cosas por medio de las personas.

Para lograr relaciones significativas es importante ordenar los esfuerzos, los eventos aislados y la información objetiva y así poder enfrentar los problemas inmediatos e indicar los obstáculos que deben vencer en el futuro.

Según J.M. Rosenberg,

“Administración y disposición de los bienes de una persona que ha fallecido sin testar, por parte de una comisión nombrada por la autoridad facultada para ello”, Océano Grupo Editorial, 12¹⁹

1. Proceso Administrativo

La Administración se describe con una serie de funciones individuales que integran un proceso total y así se determina que las principales actividades administrativas son: planear, organizar, dirigir y controlar.

¹⁹ J.M.Rosenberg. Op. cit., p. 20

a. Planeación

Primeramente se debe presentar la selección de las metas, fijar los objetivos y después la fijación de programas.

Según James A.F. Stoner,

“ Para los gerentes poder organizar, dirigir o controlar, antes deben elaborar planes que den dirección y propósito a la organización, que decidan qué debe hacerse, cuándo y cómo ha de hacerse y quién lo hará”. 1989.100²⁰

b. Organización

Una vez determinadas las metas, objetivos y programas, se debe diseñar y desarrollar una organización que les ayude a llevarlos a feliz término.

La organización implica establecer una estructura de los papeles que deben desempeñar las personas en una organización.

Según Koontz - O'Donnell – Weihrich,

“ Con el objeto de que las personas trabajen en forma coordinada para el logro de metas, se debe diseñar y mantener una estructura de papeles o puestos”. 1983. 199.²¹

²⁰ Stoner James A.F.-Wankel Charles. Administración. Tercera Edición. 1989.

²¹ Koontz, Harold- O'Donnell- Weihrich Heinz. Elementos de Administración. 1983.

c. Dirección

La Dirección es el avance de las metas definidas. Se conoce también con el nombre de liderazgo, motivación y/o estimulación.

Es la influencia que se ejerce sobre las personas para que ayuden a la obtención de las metas de la organización.

Según Stoner y Wankel,

“ Consiste en hacer que los miembros de la organización actúen de modo que contribuyan al logro de los objetivos”.
1989, 15²²

d. Control

Esta función consta de tres elementos: establecer las normas del desempeño; medir el desempeño actual y compararlo con las normas establecidas; tomar medidas para corregir el desempeño que no cumpla con esas normas.

Es cerciorarse de que las metas determinadas se obtengan a cabalidad, es decir, es un método de fiscalización y vigilancia de los planes establecidos.

²² Stoner, Op. cit., p. 42

Según Robert M. Fulmer se define como,

“Un proceso, que en cualquier parte que se encuentre y cualquiera que sea el objetivo de sus constricciones”. 1980. 306.²³

2. Tipos de Administración

El gran desarrollo y surgimiento de todo tipo de organismos y la gran multiplicidad entre sus funciones ha dado lugar a la existencia de diferentes tipos de administración.

a. Administración Privada

La administración privada concierne a las actividades de los particulares en todos sus órdenes y es, por lo tanto, también muy amplia.

b. Administración Mixta

La administración mixta se refiere a las actividades de aquellos organismos que están bajo la jurisdicción tanto del poder público, como del sector privado, y a ellos corresponden las instituciones de participación estatal, descentralizadas o autónomas.

²³ Fulmer, Robert M. Administración Moderna. Editorial Diana. 1980.

La administración mixta puede ser de carácter internacional, nacional y regional y por la estructura del organismo a que sirve, puede ser de tipo descentralizado, autónomo o semi oficial de participación.

c. Administración Pública

La administración pública consiste en realizar el trabajo del gobierno coordinando los esfuerzos de modo que puedan colaborar unidos en el logro de los propósitos, es decir, es la ejecución y observancia de las políticas gubernamentales; es la ley en acción.

Los Entes u Organos Públicos pueden abarcar ámbitos políticos distintos y así la administración pública puede ser de carácter Nacional o Internacional, Federal o Central, Estatal o Departamental, Municipal o Urbana.

La actualidad específica en el ámbito legal puede ser: ejecutiva, legislativa, judicial o militar, también puede referirse a administración de recursos humanos, presupuesto, materiales, financieros, entre otros más.

C. Fideicomisos

1. Antecedentes

En el 282 a.C. se publicó en Roma la “Ley Poetelia Papiria”, la cual eliminó la antigua costumbre del principio de la “ Responsabilidad patrimonial”, esto se traduce como que el deudor responde con sus bienes por el incumplimiento de sus obligaciones.

Según el artículo 38 de la Constitución Política de la República de Costa Rica, *“Ninguna persona puede ser reducida a presión por deuda”*. 1949. 13²⁴.

Para subsanar los vacíos jurídicos que dejó la Ley Poetelia Papiria, se creó un nuevo contrato en el Derecho Romano, “La Fiducia cum creditore”, o “El Pacto de Fiducia”, según en el cual el deudor entrega un bien de su propiedad a su acreedor con el fin de garantizar el cumplimiento de la obligación y en el entendido de que al cumplimiento del compromiso, el acreedor devolverá el bien a su legítimo dueño, sin embargo, al no existir esta condición en el derecho civil Romano, no existía forma de tomar acciones a favor del deudor para la devolución del bien en garantía.

²⁴ Constitución Política, Op. cit., p. 24

Así, se creó la figura de garantía que aún se aplican en la actualidad, a saber, la hipoteca, la prenda y la fianza.

En los primeros siglos de la era cristiana se constituyó el Fideicommissum, del latín “fides” que significa “confianza, fe” y “commissum” que significa “encargado o misión”.

Este contrato se utilizaba en casos en los cuales las personas carecían de derecho para heredar o disponer de sus bienes, los cuales eran entregados a una persona con capacidad plena de actuar (Fiduciario), para que lo administrase a favor de las personas inhibidas para hacerlo.

En la Edad Media surgió el Mayorazgo, de origen español, esto es una forma de fideicomiso utilizada por los nobles para proteger y mantener los bienes familiares, en el caso de que el primogénito hiciera mal uso de los bienes familiares en perjuicio de sus descendientes y del prestigio de la familia noble.

En el siglo XIII da inicio el trust, figura jurídica importante para la conformación de la figura fiduciaria actual, como respuesta del pueblo inglés contra los señores feudales. También se utilizó como un forma de protección de los bienes de los ciudadanos ante las persecuciones religiosas en los siglos XVI, XVII y de esta manera se constituyó como una figura de mayor uso en el derecho anglosajón.

En los Estados Unidos se utilizó el Trust en una forma más profesional, por aquellos que lo hacían como negocio en los campos financieros y familiares, entre otros.

En Costa Rica el fideicomiso surgió en respuesta ante el crecimiento económico que estaba pasando el país en la década de los setenta.

A pesar de que en 1964 se incluyó fideicomiso como contrato típico mercantil, en el Código de Comercio no fue sino hasta 1971, en la reforma del artículo 116 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, que se aprobó que los bancos fungieran como sus administradores.

Según la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, en su artículo 116,

“Los bancos comerciales podrán efectuar las siguientes comisiones de confianza: ...7) Realizar contratos de fideicomisos, conforme a lo dispuesto en el Código de Comercio y las demás normas legales y reglamentarias aplicables.”, 170, 2000²⁵

El Banco Nacional de Costa Rica, pionero en el ámbito fiduciario, crea una Sección de Fiduciario en 1971, la cual le da servicio a todo el país en materia de fideicomisos.

²⁵ Ley Orgánica del Sistema Bancaria Nacional, San José, IJSA, 2000

2. Definición y concepto del Fideicomiso

a. Definición de Fideicomiso

Según J.M. Rosenberg,

Fideicomiso, “es la relación de confianza en dos personas, por la que una cede a la otra la propiedad de una cosa para que la administre en beneficio de un tercero”. Océano Grupo Editorial, 187²⁶

El fideicomiso es un contrato en el cual se establece la voluntad de una de las partes llamada Fideicomitente, para que le sean administrados sus bienes o derechos por un Fiduciario (persona física o jurídica), usualmente un Banco, a favor de un tercero llamado Fideicomisario o Beneficiario; esta administración debe ser en los términos designados en el contrato respectivo.

El Contrato de Fideicomiso es una transmisión temporal de bienes a otra persona física o jurídica para su administración bajo instrucciones y lineamientos del creador del fideicomiso, a favor de un tercero.

²⁶ J.M.Rosenberg, Op. cit., 20

Es una relación contractual por medio de la cual una persona le otorga a otra (persona física o jurídica) títulos valores, propiedades, dinero, o cualquier otro tipo de bien comercial o derechos, según disposiciones expresas en el Código de Comercio, para administrar según las condiciones previamente determinadas en el contrato, bajo las normas y legislación atinente a estos casos.

Según el artículo 635 del Código de Comercio,

*“ El fideicomiso se constituirá por escrito, mediante acto entre vivos o por testamento. Las causales de indignidad que consagra el Código de Civil se aplicarán al fideicomisario”,
173, 1996²⁷*

Una vez concluida la finalidad del fideicomiso, los bienes fideicomitidos se trasladan nuevamente a la persona que dio su origen.

b. Concepto de Fideicomiso

El fideicomiso es la forma por la cual una persona somete a otra sus bienes en calidad de administración, en beneficio de un tercero o de la misma propietaria de los bienes.

²⁷ Código de Comercio, Op. cit., p. 4

En el fideicomiso se pueden desarrollar infinidad de finalidades lícitas que la imaginación o las necesidades de los clientes determinen.

El fideicomitente traslada al fiduciario la propiedad de acciones, derechos o bienes para administrarlos y éste queda obligado a emplearlos en fines lícitos y de acuerdo con lo establecido en su propio contrato.

Se ha encontrado que la figura fiduciaria es una herramienta que permite administrar los recursos públicos de una manera más eficiente y con menos costos.

La utilización de esta figura fiduciaria, queda bajo entera y exclusiva responsabilidad de la Administración.

3. Objetivo y Finalidad del Fideicomiso

a. Objetivo del Fideicomiso

El verdadero objeto del fideicomiso son los bienes y derechos que se puedan administrar dentro de éste.

Se conoce como bienes fideicomitidos, aquellos que constituyen el objeto del fideicomiso.

Según Rodolfo Tacsan,

“...Toda clase de bienes o derechos que legalmente estén dentro del comercio pueden ser objeto de fideicomiso”. 1984.121.²⁸

Todos los bienes fideicomitidos formarán un patrimonio autónomo, o sea, separado del patrimonio de la empresa, contabilizados por aparte y manejados únicamente para los propósitos del fideicomiso.

Por esa razón, en nuestro país, el fideicomiso cuenta con patrimonio y contabilidad independientes del banco y los bienes fideicomitidos son inembargables.

Según el artículo 634 del Código de Comercio,

“Puede ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes o derechos que realmente estén dentro del comercio. Los bienes fideicomitidos constituirán un patrimonio autónomo apartado para los propósitos del fideicomiso”. 176, 1996²⁹

²⁸ Tacsan Chen, Rodolfo. Banca, Instituciones e Instrumentos Financieros. San José. EUNED. 1984.

²⁹ Código de Comercio. Op. cit., p. 4

Los objetos del fideicomiso pueden ser entre otros: efectivo, bonos, certificados de depósito a plazo, acciones, bienes raíces.

Cuando el fideicomiso está constituido por bienes sujetos a inscripción, éste se realizará ante un notario público y se inscribirá en el Registro respectivo a nombre de la persona o institución que actúa como fiduciario, en este caso deben ser inscritos en el Registro Nacional en la Sección Propiedad.

Según el artículo 636 del Código de Comercio,

“El fideicomiso de bienes sujetos a inscripción deberá ser inscrito en el Registro respectivo. En virtud de la inscripción el bien quedará inscrito en nombre del fiduciario en su calidad de tal”, 177, 1996.³⁰

Para la suscripción del contrato deben estar presentes y por voluntad propia el Fideicomitente y el Fiduciario; no será necesaria la presencia del Fideicomisario pero sí debe figurar en el contrato.

Se debe dejar por escrito con las instrucciones pertinentes de la operatividad del fideicomiso, de lo contrario queda a discreción del fiduciario, y la inversión que se realice debe ser hecha en valores de la más absoluta y notoria

³⁰ Código de Comercio, Op. cit., p. 4

solidez. No podrá invertir en bienes especulativos, bienes raíces para revender o en empresas en formación.

Según Ronald Drake, la legislación de Costa Rica no prohíbe que el Fideicomitente sea a la vez el Fiduciario, pero desde el punto de vista práctico no debería darse dicha confusión, lo que si se prohíbe es la condición de Fiduciario y Fideicomisario a la vez, ya que puede generar intereses propios en perjuicio del fideicomitente.

En Costa Rica se ha brindado hace varios años el servicio de fiduciario por parte del Estado, pero no ha sido muy productiva esa experiencia, ya que se ha notado la influencia política en las decisiones financieras y una gran afinidad entre fideicomitente, fiduciario y órganos reguladores, por el poco cuestionamiento de las actuaciones de ellos, ya que todos pertenecen al propio Estado.

Para reducir el riesgo de posibles pérdidas en inversiones de fideicomisos, el fiduciario deberá diversificarlas, es decir, no podrá invertir en un sólo negocio más de la tercera parte del patrimonio del fideicomiso, salvo que sea una Institución Bancaria, pero ésta no debe mantener dinero ocioso o no invertido. Si esto sucediera se deberá invertir de inmediato en bonos con pacto retrocompra y posteriormente se deberá hacer inversiones en valores de mayor rentabilidad, ya que el fiduciario puede variar el objeto del fideicomiso cuando éste vea que es de beneficio y seguro para el fideicomisario.

Según el Código de Comercio en su artículo 649,

“ En las inversiones, para reducir el riesgo de posibles pérdidas, el fiduciario deberá diversificarlas. No podrá en ningún caso, invertir en un solo negocio más de la tercera parte del patrimonio del fideicomiso”, 180 , 1996.³¹

El otorgamiento de créditos dentro del fideicomiso, no se da con recursos propios, por ende no se aplican las disposiciones de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, ya que según la Sala Constitucional, el Banco que funja como Banco Fiduciario no es un Banco en el sentido estricto de dicha Ley, por lo que se deben estipular los lineamientos en el contrato de fideicomiso.

El fideicomiso representa una modalidad de derecho de propiedad, y debería ser desarrollado por un banco, por su seguridad y garantía, sobre todo por la experiencia que da el mejor desenvolvimiento de este instrumento.

b. Finalidad de Fideicomiso

El fideicomiso se constituye para realizar un fin lícito y determinado, es decir, que no sea contrario a las leyes y que claramente se indique la finalidad que se persigue. Por lo tanto, el fin es la meta; el resultado que busca con el establecimiento del fideicomiso, que el Fideicomitente expresa en el acto

³¹ Código de Comercio, Op. cit., p. 20

constitutivo que debe realizar el fiduciario a favor del o los fideicomisarios o beneficiarios en forma lícita y determinada.

El negocio fiduciario implica la obligación impuesta al fiduciario de afectar los bienes o derechos recibidos con un fin lícito determinado.

Se dice que el límite del fideicomiso es hasta donde pueda llegar la imaginación de una persona que desee utilizar esta figura como instrumento de inversión para un fin determinado (fideicomitente).

La figura del fideicomiso es muy flexible; permite que se ajusten los requerimientos particulares de las entidades o personas para su constitución.

En Costa Rica, generalmente la finalidad de los fideicomisos se establece para el auxilio financiero a los pequeños y medianos trabajadores, en campos diferentes, a saber, forestales, sanidad vegetal, vivienda, entre otros, su finalidad es brindar apoyo al desarrollo, en beneficio de las clases sociales marginadas del país.

El fideicomitente traslada la titularización de los bienes al fiduciario para que los administre en forma lícita y para que se lleve a cabo el fin determinado en el contrato.

Se conoce como titularización la cualidad jurídica que determina la entidad del poder de una persona sobre un derecho público, dentro de una relación jurídica.

4. Elementos Subjetivos y Objetivos del Fideicomiso

Es necesario que en todo contrato de fideicomiso intervengan dos elementos primordiales como son el Fideicomitente y el Fiduciario, así como un tercer elemento que es el Fideicomisario o Beneficiario.

En la legislación costarricense se destaca que el Fideicomiso que instituye como fideicomisario a una persona jurídica, tiene como plazo máximo de vigencia 30 años, salvo de que se trate de una entidad pública o privada de beneficencia o sin fin de lucro.

El fideicomiso a favor de una persona física no tiene limitaciones de plazo pero por uso mercantil se estipula un plazo máximo de noventa y nueve años.

Los bienes que se entregan al Fiduciario en fideicomiso y como propiedad fiduciaria, salen del patrimonio del Fideicomitente y constituyen un Patrimonio autónomo, separado del patrimonio del fiduciario y del patrimonio del fideicomisario.

El titular del patrimonio autónomo es precisamente el fideicomiso que está representado por el fiduciario.

El fiduciario se convierte por virtud del contrato de fideicomiso en propietario fiduciario de los bienes fideicometidos; sin embargo, la propiedad que el fiduciario adquiere la debe ejercer en forma limitada, de acuerdo con lo que estipula el contrato de fideicomiso.

El fiduciario recibe muchas facultades de las ordinarias para el manejo del fideicomiso para lograr el fin lícito determinado, pero no debe abusar de esas facultades, aún cuando adquiera una autoridad plena y sea el propietario por ley, dispone de ellas como se establece en el acto contractual.

a. Elementos Subjetivos

a.1 El Fideicomitente, Constituyente o Fiduciante

Es el cliente de la fiduciaria y se le conoce también con el nombre de “fiduciante” o “constituyente”.

Es la persona física o jurídica que destina los bienes o derechos entregados al fiduciario y de los cuales tiene capacidad para disponer; y es la persona con

quien se tiene el primer contacto y por consiguiente con quien el fiduciario firmará un contrato de fideicomiso, por lo tanto es aquel que entrega los bienes o derechos para que se destinen a un fin lícito y previamente determinado.

El Fideicomitente debe indicar en el contrato que celebre con la fiduciaria, las instrucciones a las cuales ésta debe sujetarse para la ejecución de la tarea encomendada.

El fideicomitente tiene todos aquellos derechos que se desprendan del contrato celebrado y de la naturaleza de la gestión encomendada a la fiduciaria.

Según el artículo 639 del Código de Comercio,

“El fideicomitente puede designar varios fiduciarios para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso y establecer el orden y las condiciones en que deben sustituirse”, 177,1996.³²

El fideicomitente puede ser el Estado, el cual busca el beneficio de las clases sociales marginadas en el país, con la constitución de fideicomisos que posteriormente se conviertan en programas permanentes de apoyo al desarrollo social, por medio de las ayudas de organismos internacionales.

³² Código de Comercio, Op. cit., p. 20

Estos órganos internacionales, a través de convenios, usualmente no permiten que los recursos facilitados sean parte de la caja única del Estado, ya que se deberían canalizar a través de la estructura burocrática y así no se podría contar con los recursos en el momento requerido, debido a que se tendrían que presupuestar anualmente a través de proyectos de ley y ser autorizados por la Contraloría General de la República.

En este caso, el Estado por ser el dueño de los bienes fideicomitidos, deberá definir las políticas crediticias, el sector de la población por beneficiar, la región del país y el tipo de actividad financiera, entre otros.

a.1.1 Los derechos especiales que el Fideicomitente

- ◆ Señalar en qué tipo de inversiones debe el fiduciario colocar las sumas fideicomitidas y definir su concentración de plazos.
 - ◆ Revocar en cualquier momento la Fiducia, cuando así lo haya previsto el contrato.
-

- ◆ Solicitar la remoción de la sociedad fiduciaria cuando haya una causa justificada, y nombrar otra que sustituya a la primera.
- ◆ Obtener, al término del negocio fiduciario, la devolución de los bienes que hubiere entregado a la fiduciaria a menos que en el contrato se hubiera estipulado que deben entregarse a otra persona.
- ◆ Exigir al ente fiduciario que, con la periodicidad acordada, le rinda cuentas de la gestión administrativa del Fideicomiso.

a.1.2 Las obligaciones del fideicomitente

- ◆ Nombrar al sucesor del fiduciario, si por cualquier causa éste faltare, o bien en su defecto, por un juez civil.
- ◆ Remunerar al fiduciario por la labor desempeñada como administrador de los bienes fideicomitados, si la administración de los bienes no alcanza para pagarle, el fideicomitente asume el costo de la gestión.
- ◆ Realizar el reembolso de los gastos incurridos por el fiduciario en el desempeño de sus labores en relación con el fideicomiso establecido.

a.2 Fiduciario

Según el Código de Comercio en su artículo 637,

*“ Puede ser fiduciario cualquier persona física o jurídica, capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones. En el caso de personas jurídicas, su escritura constitutiva debe expresamente capacitarlas para recibir por contrato o por testamento la propiedad fiduciaria”, 177, 1996.*³³

Si se establece en el contrato el acto constitutivo, cuando se designen dos fiduciarios, éstos deberán obrar conjuntamente. Si se nombrara más de tres fiduciarios las decisiones las tomarán por mayoría. El empate lo decidirá el nombrado en primer lugar.

El fiduciario no podrá delegar sus funciones pero sí designar, bajo su responsabilidad, a los auxiliares y apoderados que demande la ejecución de determinados actos del fideicomiso.

El Estado puede tomar la figura de fiduciario, por medio de los Bancos Estatales, como administradores de recurso de origen estatal.

No es recomendable que los Bancos Estatales sean fiduciarios de recursos del mismo Estado, ya que la influencia política puede provocar uniformidad de criterios en la ejecución de los fondos fideicomitidos.

³³ Código de Comercio, Op. cit., p. 20

a..2.1 Las responsabilidades del fiduciario

- ◆ Este responderá por cualquier pérdida que fuere ocasionada por su culpa o negligencia en la inversión o en el manejo y atención de los bienes fideicomitidos.
- ◆ En toda operación que implique adquisición o sustitución de bienes o derechos, o inversiones de dinero o fondos líquidos, debe el fiduciario ajustarse estrictamente a las instrucciones del fideicomiso.
- ◆ Diversificar las inversiones para reducir el riesgo de posibles pérdidas
- ◆ Debe pagar los impuestos y tasas correspondientes, a los bienes fideicomitidos.

a.2.2 Las obligaciones del fiduciario

- ◆ Llevar a cabo todos los actos necesarios para la realización del fideicomiso, el fiduciario tiene la obligación de realizar todas las gestiones necesarias para cumplir con el fin del fideicomiso.
 - ◆ Identificar los bienes fideicomitidos, registrarlos, mantenerlos separados de sus bienes propios y de los correspondientes a otros fideicomisos que tenga, e identificar su gestión al fideicomiso en nombre del cual actúa.
-

Según Alvarado Acosta,

“una vez que el fideicomiso ha quedado inscrito como contribuyente ante el Registro Único de la Dirección de Tributación Directa, se gestiona la legalización de los libros contables del fideicomiso. De esta manera la contabilidad del fideicomiso se lleva separada de la contabilidad del fideicomitente, del fiduciario, así como del fideicomisario. Esta obligación del fiduciario afirma una vez más la separación del patrimonio fideicomitado del resto de los patrimonios de las partes involucradas en la relación fiduciaria”, 115-116³⁴

- ◆ Rendir cuenta de gestión al fideicomisario o su representante, y en su caso, al fideicomitente o a quien éste haya designado. Esas cuentas se rendirán, salvo estipulación en contrario, por lo menos una vez al año.
- ◆ Con preferencia a los demás acreedores, cobrar la retribución que le corresponda.
- ◆ Ejercitar los derechos y acciones necesarios legalmente para la defensa del fideicomiso y de los bienes objeto de éste.
- ◆ Guardar el secreto fiduciario.
- ◆ Actuar en la administración y manejo del Fideicomiso como un buen padre de familia.

³⁴ Alvarado Acosta, (María Lilly) Op. Cit., 115 –116.

El fiduciario será removido del cargo cuando no cumpliera con las disposiciones estipuladas en el acto constitutivo, por un juez competente a solicitud del fideicomitente o de cualquier interesado, por los trámites establecidos para los actos de jurisdicción voluntaria. Una vez aceptado el acto, éste no podrá renunciar si no es por justa causa que el fideicomitente o el juez, en su caso, calificarán.

a.2.3 Principios rectores de la Gestión del Fiduciario

- ◆ La Prudencia es el cuidado que debe tener el fiduciario a la hora de ejercer su administración.
- ◆ La Lealtad pues todos los rendimientos obtenidos mediante la gestión fiduciaria deben ser dirigidas al fideicomisario o beneficiario. Esto implica la separación del patrimonio, rendimiento de cuentas, forma de invertir los bienes, entre otros.
- ◆ Confidencialidad, el fiduciario debe tener respeto por los negocios de su cliente, o sea, no incurrir en divulgación de información.
- ◆ Representatividad, el fiduciario debe actuar en nombre y en representación del patrimonio del cual es titular.

a.3 Fideicomisario o beneficiario

Es la persona a favor de la cual se constituye el fideicomiso, es decir, la persona que hará uso de los bienes o derechos que le fueron traspasados al fiduciario.

A este también se le conoce como “Beneficiario”. Puede ser el mismo fideicomitente o la persona que éste designe, quien es la persona que se beneficiará de los resultados económicos, producto de la buena administración del fideicomiso por medio del fiduciario.

El Estado también puede ser fideicomisario cuando es el beneficiario de los recursos fideicomitados; por ejemplo, la creación hace varios años del fideicomiso de Canje de Deuda Externa por concepto de Recursos Naturales, los cuales ingresaron al Banco Fiduciario, el cual adquirió la Deuda Externa y canjeó al Banco Central de Costa Rica por títulos valores en moneda local, y así se financiaron las obras de conservación de los recursos naturales en nuestro país.

a.3.1 Los derechos del fideicomisario

- ◆ Exigir del fiduciario el fiel cumplimiento de sus obligaciones.
- ◆ Perseguir los bienes fideicomitados para reintegrarlos al patrimonio fideicomitado, cuando hayan salido indebidamente de éste.
- ◆ Pedir la remoción del fiduciario cuando proceda.
- ◆ Oponerse a cualquier embargo o ejecución de los bienes dados en Fiducia.

Si el Fideicomisario es la misma persona que el Fideicomitente, éste posee todos los derechos que le corresponden al último, como tal.

b. Elementos Objetivos

Según el artículo 634 del Código de Comercio,

“ Puede ser objeto de fideicomiso toda clase de bienes o derechos que legalmente estén dentro del comercio. Los bienes fideicomitidos constituirán un patrimonio autónomo apartado para los propósitos del fideicomiso.”^{176, 1996.}³⁵

Los bienes transmitidos por el fideicomitente al fiduciario, constituyen un patrimonio autónomo y van a formar un nuevo régimen de propiedad.

Existe una separación de patrimonios de cada fideicomiso. En caso de que ocurra la quiebra del fiduciario, los bienes y derechos que los integran no se consideran dentro del patrimonio del fiduciario fallido.

b.1 Patrimonio Autónomo

Los bienes tanto del fideicomitente, fiduciario y del fideicomisario, serán patrimonio independiente o autónomo.

³⁵ Código de Comercio, Op. cit., p. 20

Según Villagordoa,

“Las personas pueden ser titulares de varias masas patrimoniales, de las cuales cada una tiene un tratamiento y finalidad jurídica diferente; así nace la figura del patrimonio separado, es decir patrimonio distinto del restante de la persona, capaz de tener relaciones jurídicas y deudas propias y además completamente ajeno a las vicisitudes que graven el patrimonio personal del sujeto en cuyo seno existe”, 1995, 7.³⁶

Asimismo, se define que los bienes fideicomitidos deben ser inscritos en el Registro de la Propiedad, a nombre del fiduciario en su calidad de tal.

Para poder disponer de los bienes fideicomitidos, es importante que el fideicomitente haya determinado su finalidad en el contrato, y el fiduciario en su calidad de administrador deberá realizar las gestiones tendientes a que se cumpla dicho fin.

El patrimonio autónomo es entonces una especie de bolsa que contiene los bienes entregados por un solo cliente y que es administrado por la fiduciaria, sin que ello implique que ésta pase a ser su dueña absoluta. Una misma fiduciaria puede administrar varias de estas bolsas o patrimonios autónomos.

³⁶ Villagordoa, Joé M. Revista Eficiencia Empresaria, San José. 1995.

b.2 Patrimonio de Afectación

El fin del contrato debe ser lícito, o sea, con apego a la Ley que lo regula.

El contrato de fideicomiso debe ser administrado con base en el Código de Comercio y en los lineamientos establecidos en el mismo contrato.

b.3 Propiedad Fiduciaria

Según Rodríguez Azuero,

“aquella que está sujeta a la carga de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición”, 605, 1990.³⁷

La propiedad fiduciaria se crea debido a que el fideicomitente coloca los bienes fideicomitados a nombre del fiduciario y éste pasa a ser el propietario de los bienes como único titular, con el fin de administrar y utilizarlos conforme a lo estipulado en el contrato. Pero estos bienes deben ser colocados en un patrimonio independiente, es decir, mantenerlos separados y cumplir con el fin por el cual se estableció.

³⁷ Rodríguez Azuero, Sergio. Contratos Bancarios: su significación en América Latina. Bogotá. Editorial ABC Ltda. 4 Edición. 1990

Esta propiedad fiduciaria no es una propiedad plena ya que el fiduciario en su calidad de administrador, cuando se cumple el período establecido, deberá trasladar los bienes fideicomitidos al fideicomisario para que se cumpla la finalidad del contrato.

5. Marco Legal y Características del Fideicomiso

a. Marco Legal

Un fideicomiso es un hecho jurídico que se cataloga en los actos de voluntades libres, en los cuales se manifiesta plenamente la autonomía del sujeto, que tiende a un fin práctico tutelado por el ordenamiento jurídico y produce determinados efectos jurídicos.

El fideicomiso es un acto jurídico en donde se firma un contrato en virtud del cual el fideicomitente trasmite al fiduciario la titularidad de los bienes o derechos, para que éste los destine a la consecución de un fin lícito y predeterminado en dicho contrato, en beneficio del fideicomisario.

Los contratos de fideicomisos están legislados por el Código de Comercio en los artículos 633 al 666 y por el artículo 116 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional y sus reformas.

Los fideicomisos en un principio se conocían como negocios atípicos e innominados, pero posteriormente se han reglamentado por parte de los legisladores.

b. Características del Fideicomiso

b.1 Las principales características del Fideicomiso

- ◆ **La confianza:** de doble vía, del cliente hacia la fiduciaria y viceversa. Desde los inicios el fideicomiso se ha caracterizado por este elemento.

Según el artículo 645 del Código de Comercio,

“El fiduciario deberá emplear en el desempeño de su gestión el cuidado de un buen padre de familia...”, 179, 1996.³⁸

- ◆ **Una finalidad para cumplir:** debe existir para que se pueda realizar un negocio fiduciario. La transferencia de los bienes cuando la hay, sólo busca el cumplimiento de una finalidad.

³⁸ Código de Comercio, Op. cit., p. 20

La Finalidad deberá estar claramente definida en el contrato fiduciario que se desea celebrar, y es importante conocer que todas las normas legales que regulan la Fiducia, las facultades y los derechos de los clientes, las obligaciones de la fiduciaria y las atribuciones de las autoridades que controlan y vigilan en negocio, están condicionadas a que la finalidad señalada se cumpla.

- ◆ **Un gestor profesional:** la sociedad fiduciaria gestiona y cumple en forma profesional los encargos que le encomiendan sus clientes, en la forma en que éstos o la ley les señale.

- ◆ **Una separación absoluta de bienes:** El fiduciario debe mantener una separación total entre su propio patrimonio y los bienes que le entregan los clientes para su administración.

Esto obliga a la fiduciaria a llevar cuentas independientes de cada uno de los negocios y una cuenta de su propio patrimonio. Esta es la característica que distingue los negocios fiduciarios de los bancarios.

- ◆ **Conformación de un patrimonio autónomo:** sólo se presenta cuando el fideicomiso se hace a través de un contrato de fideicomiso mercantil, y consiste en la creación de un patrimonio propio para la figura utilizada, completamente autónomo de los bienes del fideicomitente, asumiendo las atribuciones que para tal efecto este conlleva.

Este patrimonio autónomo es también llamado patrimonio especial o patrimonio de afectación.

6. Marco Operacional y Clasificación de los Fideicomisos

a. Marco Operacional

El eventual Fideicomitente plantea ante la entidad Fiduciaria sus necesidades. Dicha entidad procede a confeccionar un borrador de contrato que contemple lo requerido por el cliente, todo para concretar la firma de dicho contrato, una vez que el cliente haya aceptado los términos.

Dentro de tal contrato se deben establecer varias cláusulas, de acuerdo con los procedimientos y usos de la entidad Fiduciaria. Sin embargo, como mínimo se contemplan las siguientes:

- ◆ Partes del Contrato: se destaca quiénes son las personas que integran el contrato, es decir, quién es el fideicomitente, el fiduciario y quién o quiénes los fideicomisarios.
- ◆ Objeto del Contrato: se destaca en forma detallada cuáles son los bienes que se traspasan al Fiduciario en calidad de fiduciaria y que van a constituir el patrimonio fideicomitado.

- ◆ Finalidad del Contrato: se detalla cuáles serán los fines del fideicomiso y cuáles son las funciones que debe cumplir el fiduciario. La finalidad está estrechamente relacionada con el tipo o clase de fideicomiso que se haya suscrito.

- ◆ Plazo del Contrato: se detalla el plazo por el cual se suscribe el fideicomiso y automáticamente su posibilidad de prórroga.

- ◆ Honorarios del Fiduciario: se indica cuál es la comisión que devengará el fiduciario por su gestión dentro del fideicomiso, cabe mencionar que el fiduciario no puede recibir más comisión que la señalada en el contrato.

- ◆ Rendición de Cuentas: se establece la periodicidad en que el fiduciario entregará informes o cuentas sobre el manejo y administración del Fideicomiso.

- ◆ Auditorías: en algunos casos se indica la obligación del fiduciario a contratar con cargo al fideicomiso, auditorías externas, por lo menos una vez al año, para la fiscalización del fideicomiso.

- ◆ Modificaciones al contrato: se establece si el contrato tiene posibilidad o no de que se le hagan modificaciones, las cuales deben ser por acuerdo entre las partes.

- ◆ Resolución de conflictos: se establece el procedimiento para resolver los conflictos que se puedan presentar con respecto a la administración y manejo del fideicomiso. Es usual que se contemple la posibilidad de que de no llegarse a un acuerdo entre las partes, el conflicto se dirija ante un Tribunal Arbitral, fuera de los Tribunales de Justicia.

b. Clasificación de los Fideicomisos

El ordenamiento jurídico costarricense no contiene clasificación alguna sobre fideicomisos; sin embargo, su aplicación práctica ha generado una clasificación.

Según la experiencia desarrollada en nuestro país, se clasifican de la siguiente manera:

b.1 Fideicomisos Mortis Causa

Son aquellos que según la Doctrina del Negocio Jurídico, producen sus efectos jurídicos a la muerte del fideicomitente y que se constituye en vida o no del mismo.

b.1.1 Fideicomiso testamentario

Se constituye para que comience a operar una vez fallecido el fideicomitente y se cumplan las condiciones que se encuentran determinadas en el testamento; el fiduciario entregará los bienes fideicomitados a la persona o personas que se hayan determinado como fideicomisarios. En virtud de que por el contrato de fideicomiso, los bienes fideicomitados salen del patrimonio del fideicomitente y a su muerte no forman parte del proceso sucesorio. El fiduciario sin requerir para la apertura mortual, cumple la finalidad del contrato, entregando directamente dichos bienes a los fideicomisarios o beneficiarios.

b.1.2 Fideicomisos basados en Póliza de Vida

El Fideicomitente, quien ha suscrito de antemano una póliza de vida, designa en ella como beneficiario a una entidad fiduciaria, la cual, a su muerte, recibe el monto de la póliza respectiva y constituye con él un fideicomiso para los fines que ha establecido de previo el fideicomitente.

Este fideicomiso resulta de gran aplicación para el caso de menores de edad que, a la postre, son los beneficiarios finales de la póliza de vida relacionada, ya que posibilitan una administración de los recursos más correcta y técnica, en su beneficio y hasta el momento en que adquieran la mayoría de edad.

b.2 Fideicomisos Inter vivos

Son aquellos que se constituyen y generan sus efectos en vida del fideicomitente.

b.2.1 Fideicomisos de Garantía

Los constituye el fideicomitente que vaya a ser deudor de una obligación crediticia. El fideicomitente entrega al fiduciario los bienes en fideicomiso y designa como fideicomisario a la persona o personas que sean sus acreedores. La finalidad del fideicomiso es garantizar el cumplimiento del deudor; el fiduciario procede a la venta de los bienes fideicomitados para con su producto cancelar la deuda incumplida por el fideicomitente deudor.

El fiduciario no es fiador o avalista de la obligación. Su responsabilidad se limita a vender los bienes fideicomitados y pagar al acreedor, hasta donde alcance el producto de la venta.

Si se da el incumplimiento del deudor, el acreedor no deberá recurrir a la engorrosa ejecución judicial, que necesariamente debe darse en el caso de las garantías tradicionales.

b.2.2 Fideicomisos para asegurar la educación de menores

El fideicomitente, generalmente un padre de familia, constituye el fideicomiso; entrega al fiduciario dinero en efectivo o títulos valores de fácil liquidación para que éste invierta el patrimonio fideicomitado y destine sus recursos a la creación de un fondo para atender los gastos de estudios de los fideicomisarios designados, generalmente hijos menores de edad del fideicomitente.

b.2.3 Fideicomisos para jubilaciones o pensiones

Generalmente es utilizada por las operadoras de pensiones para la administración de los recursos que reciben de los ahorrantes.

Se constituye un fideicomiso abierto, en el cual se da un número indeterminado de fideicomitentes, tantos como ahorrantes se inscriban en el fideicomiso y según su capacidad económica quienes aportan diferentes sumas en dinero efectivo al patrimonio fideicomitado, formándose un fondo común que será invertido por el fiduciario quien capitalizará los rendimientos que se generen. Al vencer el plazo que cada fideicomitente, otorgará a éste una suma determinada como pensión complementaria. Esta pensión complementaria será pagada por el

fiduciario hasta donde alcance el monto principal e intereses que tenga el fideicomitente dentro del fideicomiso.

b.2.4. Fideicomisos en beneficio de la familia

Generalmente constituido por el padre o la madre, con el fin de que sus hijos, principalmente menores de edad o discapacitados, solventen sus necesidades básicas de vestido, alimentación, vivienda y estudio.

b.3 Fideicomisos de Titularización

Se clasifican dentro de los fideicomisos de inter vivos, pero por su importancia dentro de la realidad financiera y económica del país se analizará esta línea.

Son aquellos mediante los cuales el fideicomitente entrega los bienes de cualquier tipo al fiduciario para que este, con base en el valor real de esos bienes, emita certificados de participación, certificados de inversión o cualquier otro título valor que corresponda, y los coloque en el mercado, por ventanilla o a través de la Bolsa Nacional de Valores con el fin de captar recursos líquidos que transmitirá al fideicomitente.

b.3.1 Fideicomisos para la compra de inmuebles

Son aquellos en los cuales el fiduciario capta recursos del público para destinarlos al otorgamiento de créditos a los usuarios que lo soliciten, para la compra de inmuebles, preferiblemente vivienda. El patrimonio está constituido por las hipotecas que a favor del fideicomiso otorgan los deudores del mismo.

Los recursos captados por el fiduciario sirven para pagar a las empresas vendedoras de las viviendas su precio. Sin embargo, dichas empresas son conscientes en la escritura de venta de que la hipoteca que se otorga en garantía del préstamo por parte del deudor adquirente de la vivienda forma parte del patrimonio del fideicomiso.

b.3.2 Fideicomisos de la Obtención de Recursos

Frescos

Se constituyen por parte del fideicomitente para que el fiduciario, con garantía de los bienes fideicomitidos, capte recursos públicos a través de la colocación de títulos valores en el mercado bursátil, traspasándose esos recursos al fideicomitente para hacer llegar así liquidez a su empresa y cumplir los fines de esta, a un costo mucho menor que el que tendría el crédito bancario tradicional.

b.4 Fideicomisos Públicos

Son aquellos en los cuales el fideicomitente es un órgano o ente estatal que destina recursos públicos a la creación de un fideicomiso para el cumplimiento de los fines que corresponda.

El Estado en Costa Rica puede tomar las siguientes posiciones según el fideicomiso de que se trate:

- ◆ Puede ser fideicomitente en el caso de que, como tal, constituya un fideicomiso, traspasando al fiduciario, debidamente autorizado para ello, bienes públicos.
- ◆ Puede ser fiduciario, en el caso de que tal papel, dentro del fideicomiso, lo asuma de los Bancos Comerciales del Estado, tales el caso del Banco Nacional de Costa Rica, el Banco de Costa Rica o el Banco Crédito Agrícola de Cartago, fungiendo como Instituciones Autónomas descentralizadas, dentro de la Administración Pública en Lao Sensu.
- ◆ También como fideicomisario, en el tanto se haya designado como tal por el fideicomitente, no importa que éste sea una persona privada.

b.4.1 Fideicomisos para crédito de desarrollo

Son aquellos en los cuales el Estado, que ha obtenido recursos de un gobierno extranjero o de una entidad financiera internacional – vía empréstito o donación – destina esos recursos a la constitución de un fideicomiso, para que el fiduciario cumpla los fines que se estipularon en el contrato de empréstito o donación, según el caso. El fiduciario auxiliado generalmente por un Comité Técnico integrado por representantes del Estado y de la entidad fiduciaria, otorga créditos para el desarrollo productivo en diferentes regiones del país. El fiduciario por lo general, debe brindar asistencia técnica a los deudores, fiscalizar el cumplimiento del plan de inversión y recuperar en forma efectiva las acreencias del fideicomiso, de modo tal que se genere un fondo revolutivo para créditos, que en realidad beneficie a una determinada región por el plazo más amplio posible.

Este tipo de fideicomiso resulta muy beneficioso para el país por cuanto se eliminan los compadrazgos políticos en el otorgamiento de los créditos y se cumplen bajo criterios técnicos y racionales, con la finalidad estipulada en los convenios firmados por el Estado.

b.4.2 Fideicomisos de Concesión de Obra Pública

Son aquellos que se constituyen en virtud de una concesión de obra pública, a favor de una persona de Derecho Privado.

Estos fideicomisos fueron posibles, en virtud de la Ley de Concesión de Obra Pública promulgada en 1993.

El Estado, de acuerdo con las potestades que dicha Ley le concede, promueve una Licitación Pública para la construcción de determinadas obras públicas. La empresa adjudicataria, con sus propios recursos, debe construir la obra de que se trate en las condiciones que el respectivo cartel haya establecido. El Estado interviene como un fiscalizador en la construcción de la obra, velando porque se cumplan con las especificaciones del caso, pero no aporta recursos públicos. La adjudicataria en compensación por la construcción realizada con sus propios recursos, obtiene por un plazo determinado, la concesión del usufructo de la obra. Por ejemplo: la adjudicataria de una carretera obtiene los dineros que provengan del cobro del peaje que pagarán los usuarios de dicha carretera.

La concesión se puede aplicar en dos sentidos:

- ◆ Para que se administren los recursos provenientes del cobro de peajes.
- ◆ Para garantizar contra los derechos que ésta haya contraído para la realización de la obra.

b.5 Otros

La clasificación anterior no agota en modo alguno la lista de los fideicomisos que pueden implementarse atendiendo las necesidades de los distintos usuarios de la figura como podrían ser: asociaciones, fundaciones, cooperativas, entre otros, las cuales para el cumplimiento de sus objetivos encuentran en la figura de fideicomiso una opción para la adecuada y correcta administración de sus bienes.

7. Extinción y Prohibición de los Fideicomisos**a. Extinción de los Fideicomisos**

Los fideicomisos se extinguirán por:

- ◆ La realización del fin para el que fue constituido.

- ◆ Convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario. En este caso, el fiduciario puede oponerse a su extinción, cuando pueda quedar sin garantía los derechos de terceras personas, nacidos durante la gestión del fideicomiso
- ◆ Revocación que haga el fideicomitente cuando se haya reservado ese derecho en el acto constitutivo. Es por este motivo que en el momento de realizar un contrato debe tenerse mucho cuidado en este punto, pues solamente cuando el fideicomitente exprese que se reserva el derecho de revocarlo, puede hacerlo.
- ◆ Por falta de fiduciario, cuando se haga imposible sustituirlo.

b. Fideicomisos Prohibidos

No se podrán realizar los siguientes fideicomisos:

- ◆ Los fideicomisos con fines secretos.
- ◆ Los fideicomisos en los cuales los beneficios se sucedan a diferentes personas que deban sustituirse por fallecimiento de la anterior, salvo en el caso de que la sustitución se haga a personas que a la muerte del fideicomitente estén vivas o concebidas.
- ◆ Los fideicomisos cuya duración sea mayor a 30 años, cuando se designe como fideicomisario a una persona jurídica, salvo que ésta sea una institución del Estado, de beneficencia, científica, cultural o artística, constituida con fines no lucrativos.

- ◆ Cuando el fiduciario se le asignen ganancias o ventajas económicas no establecidas en el contrato.

8. Los Fideicomisos con Fondos Públicos

a. Constitución de los Fideicomisos con Fondos Públicos

Según el artículo 9 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República,

“Fondos Públicos son los recursos, valores, bienes y derechos propiedad del Estado, de órganos, de empresas o de entes públicos”, 3, 1994.³⁹

Se faculta al Estado para suscribir un contrato en función de fideicomiso con fondos públicos solamente cuando se autoriza por medio de una Ley especial.

Para poder determinar si los fondos son públicos es necesario que el ente u organismo que los posee sea de Derecho Público o se enmarque dentro de él.

³⁹ Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. Ley 7428. San José.

No todo bien o servicio que esté a cargo de los organismos públicos podría ser considerado como Fondo Público, debido a que estos deben estar integrados por tres factores: los fondos y valores, la posesión de estos por parte de organismos públicos y que esta posesión se ejerce a título de propiedad.

Se entiende como recursos, todo medio de pago de curso legal y forma de riqueza que un país explota para producir bienes y servicios; los valores, el poder adquisitivo, bienes, servicios y/o propiedades; y por último los bienes son propiedades inmuebles o muebles que existen y se pueden tocar.

Los fondos son públicos cuando el titular se caracteriza como un ente u organismo público también, por ende pertenecen a la Hacienda Pública.

La Contraloría General de la República es el ente encargado de la vigilancia superior de la Hacienda Pública, que dicta y da pronunciamientos de obligatorio acato para las entidades y órganos públicos; es la rectora del sistema de fiscalización y auxiliar de la Asamblea Legislativa.

Será ante cada situación que podrá valorarse si el contrato de fideicomiso cumple con las estipulaciones mercantiles y las normas que el ordenamiento jurídico administrativo aplique.

Se pueden constituir Contratos de Fideicomisos con fondos públicos, según el artículo 3 de la Ley de Contratación Administrativa,

“La actividad de contratación administrativa se somete a las normas y los principios de ordenamiento jurídico administrativo.

Cuando lo justifique la satisfacción del fin público, la Administración podrá utilizar, instrumentalmente, cualquier figura contractual que no se regule en el ordenamiento jurídico- administrativo. En todos los casos, se respetarán los principios, los requisitos y los procedimientos ordinarios establecidos en esta Ley, en particular en lo relativo a la formación de la voluntad administrativa...”,2,1996.⁴⁰

Todo acto o contrato en que se vea vinculado el Estado, debe estar enmarcado de conformidad con el principio de Legalidad. Debido a este principio, todo acto donde el Estado funja como Fideicomitente, será autorizado por medio del ordenamiento jurídico; así que para invertir en Fideicomisos con fondos públicos debe celebrarse un contrato de fideicomiso, previa autorización mediante Ley.

⁴⁰ Ley de la Contratación Administrativa. Ley 7612. Gaceta 148. San José. 1996.

Según el artículo 3 de la Ley General de Administración Pública,

“El derecho público regulará la organización y actividad de los entes públicos, salvo norma expresa en contrario. El derecho privado regulará la actividad de los entes que por su régimen de conjunto y los requerimientos de su giro puedan estimarse como empresas industriales o mercantiles comunes.”,5, 1980.⁴¹

Aunque se celebre un contrato fundamentado en el artículo tres de la Ley de Contratación Administrativa, no se puede dar dicha autorización de forma genérica.

Según el artículo 10 de la Ley General de Administración Pública,

“La normativa administrativa deberá ser interpretada en la forma que mejor garantice la realización del fin público a que se dirige, dentro del respeto debido a los derechos e intereses del particular. Deberá interpretarse e integrarse tomando en cuenta las otras normas conexas y la naturaleza y valor de la conducta y hechos a que se refiere”, 6, 1980.⁴²

Para los entes privados el principio es que todo lo que no está prohibido, está permitido, pero para el órgano público se entenderá prohibido solamente lo que no constituye el campo de especialidad del ente.

⁴¹ Ley General de la Administración Pública, Decreto Ejecutivo 8979-P. San José. Imprenta Nacional. 1980.

⁴² Ibid.

La Contraloría General de la República dice que si el objeto de la actividad es diferente al despliegue de contratación administrativa, se podría realizar siempre y cuando esté permitido en alguna otra ley atinente a la materia, es decir, como una autorización a la Administración, esto dentro del contexto jurídico del cual se otorga una autorización de voluntad legislativa y de ley.

Según el artículo 2.3 del Reglamento General de Contratación Administrativa,

“Solamente en ausencia de disposición expresa de estos cuerpos normativos, se podrá aplicar las disposiciones pertinentes del derecho privado. Cuando se utilice algunas de las figuras contractuales privadas, se entenderá que se hace con un sentido instrumental, prevaleciendo en todo caso, la regulación de derecho público en lo que concierne la formación de la voluntad administrativa, y el respeto de los principios y procedimientos propios de la contratación administrativa”, 2, 1996.⁴³

La Contraloría General de la República, establece que después de la promulgación de la Ley de Contratación Administrativa, la figura contractual del fideicomiso es totalmente válida para ser utilizada por el Estado, quedando bajo entera y exclusiva responsabilidad de la Administración respectiva.

La decisión de utilizar la figura de fideicomiso corre por cuenta de la Administración, ya que ni a la Contraloría General de la República, ni a ninguna otra entidad le corresponde la responsabilidad de inversión.

⁴³ Reglamento General de la Contratación Administrativa. Decreto 25083-H. Gaceta 62. 1996.

Debido a que el desempeño de la administración de los bienes fideicomitidos por parte del Fiduciario requiere el pago de comisiones, se deberá escoger éste mediante los procedimientos ordinarios de contratación, de los cuales se hace mención a la licitación pública, por registro o restringida.

Según el artículo 28.1 del Reglamento General de Contratación Administrativa,

“Los procedimientos de contratación que podrá emplear la administración pública, son la licitación pública, la licitación por registro, la licitación restringida...”, 16, 1996.⁴⁴

La Contraloría General de la República determina que se podrá recurrir a la contratación directa únicamente cuando se verifique que se está ante alguno de los supuestos de excepción que también contempla la Ley.

Según el artículo 75.1 del Reglamento de Contratación Administrativa,

“Las materias exclusivas legalmente de los procedimientos ordinarios de contratación, podrán ser objeto de negociación directa entre la Administración y el contratante, con tal que la administración actúe en ejercicio de su competencia y el contratante reúna los requisitos legales y reglamentarios para celebrar el respectivo contrato”, 46, 1996.⁴⁵

⁴⁴ Reglamento, Op. cit., p. 90

⁴⁵ Ibid.

Los bienes fideicomitidos no podrán ser gravados ni sujeto de embargo, sino con autorización o en caso de emergencia calificada del fiduciario, esto para la obtención de fondos.

Los bienes fideicomitidos deben pagar el impuesto de la Renta, y este debe ser declarado por el Fiduciario cada término del período fiscal de cada año.

La Contraloría General de la República considera de ilógico el otorgar personería jurídica instrumental a un órgano, con el objeto de que sus gestiones financieras sean más eficientes y flexibles, y a la vez le permitan trasladar dicha gestión a un fideicomiso. Esta práctica resulta inconstitucional, ya que transgrede los principios constitucionales en materia presupuestaria y el funcionamiento en general de la Hacienda Pública.

b. Ordenamiento jurídico administrativo de los Fideicomisos con Fondos Públicos

En nuestro país existen varias instancias que establecen los lineamientos de fiscalización y control en el manejo de los Fondos Públicos, a saber:

b.1 Ley Orgánica de la Contraloría General de la República

La Contraloría General de la República es el auxiliar de la Asamblea Legislativa y la encargada de vigilar la Hacienda Pública.

Según el artículo primero de la Ley Orgánica de la Contraloría,

“La Contraloría General de la República es un órgano constitucional fundamental del Estado, auxiliar de la Asamblea Legislativa en el control superior de la Hacienda Pública y rector del sistema de fiscalización que contempla esta Ley”, 1, 1994⁴⁶

También ejerce la facultad de fiscalización y control a los entes privados que administren los fondos o actividades públicas que indica la Ley.

Según el artículo 10 de la Ley Orgánica de la Contraloría,

“El ordenamiento de control y de fiscalización superiores de la Hacienda Pública comprende el conjunto de normas, que regulan la competencia, la estructura, la actividad, las relaciones, los procedimientos, las responsabilidades y las sanciones derivados de esa fiscalización o necesarios para esta.

Este ordenamiento comprende también las normas que regulan la fiscalización sobre entes y órganos extranjeros y fondos y actividades privados, a los que se refiere esta Ley, como su norma fundamental, dentro del marco constitucional”, 4, 1994.⁴⁷

⁴⁶ Ley, Op. cit., p. 86

⁴⁷ Ibid.

Los fines primordiales del ordenamiento son garantizar la legalidad y la eficiencia de los controles internos y del manejo de fondo públicos en los entes sobre los cuales tiene jurisdicción la Contraloría General de la República.

b.2 Ley General de la Administración Pública

Es la encargada de regular la organización y la actividad de la Administración Pública.

Según el artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública,

“La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico y sólo podrá aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus funciones. Se considerara autorizado el acto regulado expresamente por norma escrita, al menos en cuanto a motivo o contenido, aunque sea en forma imprecisa”, 6, 1980.⁴⁸

Según el artículo 15 de la Ley General de Administración Pública,

“La discrecionalidad podrá darse incluso por ausencia de ley en el caso concreto, pero estará sometida en todo caso a los límites que le impone el ordenamiento expresa o implícitamente, para lograr que su ejercicio sea eficiente y razonable...”, 7, 1980.⁴⁹

⁴⁸ Ley, Op. cit., p. 89

⁴⁹ Ibid.

Es decir, es de acatamiento obligatorio para los órganos del sector público velar por la correcta utilización de los recursos.

Así mismo la Ley General de Administración Pública determina que todo funcionario público debe desarrollar sus tareas o actividades de la mejor manera posible satisfaciendo el interés público, en conformidad con el ordenamiento jurídico establecido.

Según el artículo 113 de la Ley General de Administración Pública,

“El servidor público deberá desempeñar sus funciones de modo que satisfagan primordialmente el interés público, el cual será considerado como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados.

El interés público prevalecerá sobre el interés de la Administración Pública cuando pueda estar en conflicto.

En la apreciación del interés público se tendrá en cuenta, en primer lugar, los valores de seguridad jurídica para la comunidad y el individuo, a los que no puede en ningún caso anteponerse la mera conveniencia”, 24, 1980.⁵⁰

b.3 La ley de Administración Financiera de la República

Las normativas aplicables en el manejo de fondos públicos y fiscalización también se establecen en la Ley de Administración Financiera de la República.

⁵⁰ Ley, Op. cit., p. 89

Según el artículo 5 de la Ley de Administración Financiera de la República,

“Sin perjuicio de la fiscalización superior que corresponde a la Contraloría General de la República, cada una de las oficinas que en conjunto forman la organización financiera del Estado está obligada a ejercer vigilancia y la fiscalización internas de todas las operaciones de cualquier naturaleza que estas sean, procurando que ellas se realicen dentro de los mandatos legales vigentes y en beneficio del Estado. Especialmente están en la obligación de velar porque la actividad que específicamente se encomienda a cada una de ellas se realice en la mejor forma posible. En el desempeño de esta gestión podrán realizar revisiones y arqueos, verificaciones, comprobaciones y toda clase de actos que normalmente conduzcan a un mejor cumplimiento de su misión, sin perjuicio de los que las leyes o los reglamentos les confieren en forma expresa y particular”, 10, 1989.⁵¹

Es decir, toda organización financiera básica del Estado también está encargada de la fiscalización del buen uso de los recursos públicos. Estas organizaciones son: La Tesorería Nacional, La Oficina del Presupuesto, La Contabilidad Nacional, La Proveeduría Nacional, entre otras que el Ministerio de Hacienda crea necesarias y convenientes.

Es importante que quede claro que si no existe una adecuada fiscalización y control de los fondos públicos, estos pueden ser objeto de abusos, errores y en desviaciones en su empleo.

⁵¹ Ley General de la Administración Financiera. San José. Imprenta Nacional. 1989.

La fiscalización debe ser constante, debido a que se resguardan los fondos públicos y tiene prevalencia en el interés público, así como aplicar los principios constitucionales como la debida razonabilidad en los gastos públicos.

c. Componentes del Ordenamiento de Control y fiscalización

Según el artículo 5 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República,

“Todo otorgamiento de beneficios patrimoniales, gratuito o sin contraprestación alguna, y toda liberación de obligaciones, por los componentes de la Hacienda Pública, a favor de un sujeto privado, deberán darse por ley o acuerdo con una ley, de conformidad con los principios institucionales, y con fundamento en la presente Ley estarán sujetos a la fiscalización facultativa de la Contraloría General de la República.

Cuando se otorgue el beneficio de una transferencia de fondos del sector público al privado, gratuita o sin contraprestación alguna, la entidad privada deberá administrarla en una cuenta corriente separada, en cualquiera de los bancos estatales; además llevará registros de su empleo, independientes de los que corresponden a otros fondos de su propiedad o administración. Asimismo, someterá a la aprobación de la Contraloría General de la República, el presupuesto correspondiente al beneficio concedido.”, 2, 1994.⁵²

El ordenamiento de control y fiscalización superior de la Hacienda Pública es competencia de la Contraloría General de la República, y comprende una serie de normas que regulan sus procedimientos, actividades y responsabilidades.

⁵² Ley, Op. cit., p 86

Los fines primordiales del ordenamiento de control y fiscalización serán garantizar la legalidad y eficiencia de los controles internos y manejo de los fondos públicos.

Según el artículo 18 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República,

“La Contraloría General de la República examinará y aprobará, total o parcialmente, los presupuestos de la Administración, conforme lo determina el artículo 184 de la Constitución Política; los de los entes que por ley deban cumplir con tal requisito y los de las empresas públicas de cualquier tipo, salvo ley especial en contrario respecto a estas.

La Contraloría General de la República fiscalizará que esos presupuestos sean organizados y formulados para cada ejercicio, de conformidad con las prescripciones técnicas y con los planes de desarrollo o, en su defecto, con los lineamientos generales de política del desarrollo nacional, según la jerarquía de tales planes y lineamientos.

Los presupuestos deberán presentarse balanceados y con el financiamiento asegurado para el año fiscal correspondiente. Cuando se trate de programas o proyectos, cuya ejecución se extienda más allá de dicho período, la entidad que formule el presupuesto deberá demostrar, a satisfacción de la Contraloría, que dispondrá de la financiación complementaria para la terminación del programa o del proyecto respectivo.”, 4, 1994.⁵³

⁵³ Ley, Op. cit., p. 86

c.1 Control Interno

El control interno está conformado por la Administración y las unidades de auditoría interna.

Según el artículo 59 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República,

“El ordenamiento de control interno es el conjunto de normas que regulan el control dentro de un ente, empresa u órgano público.”, 13, 1994.⁵⁴

Los jefes de cada ente u órgano de Gobierno son los encargados y responsables de establecer, mantener y perfeccionar sus sistemas de control interno, con base en el ordenamiento que dicta la Contraloría General de la República y de acatamiento obligatorio para la Administración, en los cuales se deben observar los sujetos pasivos e implantación del control interno.

⁵⁴ Ibid, p. 98

Según el artículo 61 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República,

“Cada sujeto componente de la Hacienda Pública tendrá una auditoría interna, la cual deberá contar con los recursos necesarios para el cumplimiento adecuado de sus funciones. Como excepción, la Contraloría General de la República podrá disponer, por vía reglamentaria o por disposición singular, los casos en que no se justifique la existencia de una auditoría interna.”, 14, 1994.⁵⁵

La auditoría interna ejercerá sus funciones con independencia funcional y de criterio, respecto al jerarca, pero se organizará y funcionará conforme a lo establecido en el Manual de Auditoría Interna y disposiciones de la Contraloría General de la República.

El auditor y sub auditor dependerán del jerarca unipersonal y son nombrados por tiempo indefinido.

c.1.1 Las potestades de la Auditoría Interna

- ◆ Libre acceso a toda información que se maneje en el ente público relacionadas con su actividad.

⁵⁵ Ley, Op. cit., p. 86

- ◆ Solicitar información a los funcionarios en la forma, condiciones y plazo que crea más conveniente, para el cumplimiento de sus funciones.
- ◆ Cualquier otra necesaria en el cumplimiento de sus deberes.

c.1.2 Los deberes de la Auditoría Interna

- ◆ Controlar y evaluar el sistema de control interno y proponer medidas de corrección.
- ◆ Cumplir con las normas de auditoría.
- ◆ Realizar auditorías y estudios especiales.
- ◆ Asesorar en la materia al jerarca de la Institución.
- ◆ Autorizar la apertura de los libros contables y de actas que debe llevar el ente en forma reglamentaria.
- ◆ Otros.

La Auditoría Interna tiene prohibición de realizar funciones de Administración Activa, con excepción de cuando esté cumpliendo con sus propias funciones.

c.2 Control Externo

La Contraloría General de la República no solamente tiene como deber realizar el control externo en los entes de Gobierno, sino que también están involucradas las instituciones de control y regulación externa como: Autoridad Presupuestaria, la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos, la Superintendencia General de Entidades Financieras y los contadores públicos autorizados, cuando ejercen sus funciones en el Sector Público.

c.3 Refrendo del Contrato de Fideicomiso

El Contrato Administrativo es aquel que se celebra entre una Administración y otra Administración.

Es decir, un contrato celebrado entre la Sector Público (fideicomitente) y una institución financiera (fiduciario).

El artículo 184 de la Constitución Política señala que uno de los deberes de la Contraloría General de la República es fiscalizar la ejecución y liquidación de los presupuestos ordinarios y extraordinarios de la República.

Según el artículo 20 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República,

“Dentro de un plazo que no podrá exceder de treinta días hábiles, la Contraloría aprobará los contratos que celebre el Estado y los que por ley especial deben cumplir con este requisito. No están sujetos a este trámite obligatorio, los contratos de trabajo ni los que constituyan actividades ordinarias, de conformidad con la Ley. La falta de pronunciamiento dentro de este plazo de lugar al silencio positivo.

La Administración obligada deberá gestionar y obtener la aprobación, previamente a dar la orden de inicio de ejecución del respectivo contrato.

La Contraloría General de la República determinará, reglamentariamente, las categorías de contratos que, por su origen, naturaleza o cuantía, se excluyan de su aprobación; pero, en este caso, podrá señalar, por igual vía, cuáles de estas categorías estarán sometidas a la aprobación por un órgano del sujeto pasivo.

En todos los casos en que un acto o contrato exija legalmente la aprobación de la Contraloría General de la República o de otro ente u órgano de la Hacienda Pública, la inexistencia o la denegación de la aprobación, impedirá la eficacia jurídica del acto o contrato y su ejecución quedará prohibida, so pena de sanción de nulidad absoluta. Cuando la ejecución se dé, mediante actividades o actuaciones, estas generarán responsabilidad personal del servidor que las ordene o ejecute.”, 6, 1994.⁵⁶

El refrendo se entiende como el medio por el cual se verifica la legitimidad de un acto de una institución o ente público, y funge como un acto de fiscalización superior, ejecutado por la Contraloría General de la República, en los contratos celebrados bajo la Ley de Contratación Administrativa la cual en su artículo 3 dice que en la actividad ordinaria se justifica la satisfacción del fin público, la

⁵⁶ Ley, Op. cit., p. 86

Administración puede utilizar otro tipo de figura contractual que no se regule en el ordenamiento jurídico administrativo.

La actividad ordinaria se entiende como el accionar diario y directo de la Administración hacia el usuario final, dentro de los fines establecidos para la Administración.

El refrendo contralor constituye un requisito de eficacia obligatorio para aquellos contratos administrativos que celebre los Supremos poderes de la República, el Tribunal Supremo de Poderes, la Defensoría de los Habitantes y la Contraloría General de la República.

La falta de refrendo por parte de la Contraloría General de la República deriva en la nulidad de la ejecución, la imposibilidad de pago y la responsabilidad personal del servidor.

Los contratos de trabajo; las actividades ordinarias de conformidad con la Ley, los empréstitos, las concesiones de servicios públicos regulados por leyes especiales, no serán objeto de refrendo.

c.4. Régimen de Responsabilidad

Según el artículo 7 de la Ley Orgánica de la Contraloría General,

“Aparte de las otras sanciones que pueda establecer el ordenamiento jurídico, la desviación del beneficio o de la liberación de obligaciones otorgadas por los componentes de la Hacienda Pública, hacia fines diversos del asignado, aunque estos sean también de interés público, facultará a la entidad concedente para suspender o revocar, la concesión, según gravedad de la violación cometida. También facultará a la Contraloría General de la República para ordenar que se imponga la sanción.

Cuando la desviación se realiza en beneficio de intereses privados, el sujeto agente o de terceros, la concesión deberá ser revocada y el beneficiario quedará obligado a la restitución del valor del beneficio desviado, con los daños y perjuicios respectivos. En este caso, la recuperación del monto del beneficio desviado podrá lograrse, además, en la vía ejecutiva, con base en la resolución certificada de la Contraloría General de la República, a que se refiere el artículo 76 de esta Ley.

*Los servidores de los sujetos pasivo concedentes de los beneficios, que e refiere este artículo, serán responsables por conducta indebida, dolosa o gravemente culposa, en el ejercicio de los controles tendientes a garantizar el cumplimiento del fin asignado al beneficio concedido”, 3, 1994.*⁵⁷

Las Instituciones Públicas y Privadas son los entes responsables de verificar que el fin determinado para el fideicomiso se cumpla tal y como se dispuso en el acto de constitución.

⁵⁷ Ley, Op. cit., p. 86

Según el artículo 190 de la Ley General de Administración Financiera

“La Administración responderá por todos los daños que cause su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero...”,35, 1980.⁵⁸

Asimismo, los artículos 191 al 213 de la Ley General de Administración Pública se refieren a las responsabilidades de los servidores públicos, entre ellas se encuentran la responsabilidad de la Administración por conducta ilícita y por conducta lícita.

A su vez, el Código Penal en sus artículos 352 y subsiguientes, indica que cualquier funcionario público que realizara peculado o malversación de fondos, en su conducta diaria, tendrá su responsabilidad penal.

Según el artículo 6 de la Ley General de Administración Financiera,

“Todo funcionario, empleado o agente del Gobierno encargado de recibir, custodiar, o pagar bienes o valores del Estado o cuyas atribuciones permitan o exijan su tenencia será responsable de ellos y de cualquier pérdida, daño, abuso, empleo o pago ilegal que sea o sean imputables a su dolo, culpa o negligencia; como empleo ilegal se considerará, además de otros, el manejo de los bienes y valores en forma distinta a la prescrita por las leyes, reglamentos o disposiciones superiores; incurrirá en igual responsabilidad quien permita a otra persona manejar usar los bienes públicos en forma indebida. En estos casos procederá la destitución del responsable sin perjuicio de la sanción judicial correspondiente...”,10, 1989.⁵⁹

⁵⁸ Ley, Op. cit., p. 96

⁵⁹ Ibid.

Las Instituciones Públicas y sus funcionarios son los responsables del manejo y ejecución de los fondos públicos, según el ordenamiento jurídico establecido.

Según el artículo 8 de la Ley de Administración Financiera,

“Ningún funcionario, empleado o agente será relevado de responsabilidad por haber procedido contra la Ley o disposiciones reglamentaria en virtud de orden superior al pago, uso o disposición de fondos o bienes a su cuidado, o a rebajas ilegales de impuestos, salvo que compruebe haber objetado, por escrito, la orden recibida y comunicado el texto de su oposición al superior que impartió la orden y al Contralor General de la República. En tal caso, el funcionario que mantiene la orden será el responsable de sus consecuencias.”, 10, 1989.⁶⁰

La Administración Fraudulenta es cuando teniendo a su cargo la administración o cuidado de bienes ajenos, se perjudique el estado normal de los bienes, como alteraciones de los precios o condiciones de los contratos, suponiendo operaciones falsas, reteniendo los fondos, acciones abusivas o exagerando los valores.

⁶⁰ Ibid. P. 106

Así, todo funcionario privado que administre fondos públicos es sujeto pasivo de fiscalización por parte de la Contraloría General de la República. Los sujetos pasivos son los que están sometidos a la fiscalización de la Contraloría General de la República.

Según el artículo 5 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República,

“Todo otorgamiento de beneficios patrimoniales, gratuitos o sin prestación alguna, y toda liberación de obligaciones, por los componentes de la Hacienda Pública, en favor de un sujeto privado, deberán darse por ley o de acuerdo con una ley, de conformidad con los principios institucionales, y con fundamento en la presente Ley estarán sujetos a la fiscalización facultativa de la Contraloría General de la República.

Cuando se otorgue el beneficio de una transferencia de fondos del sector público al privado, gratuita o sin contraprestación alguna, la entidad privada deberá administrarla en una cuenta corriente separada, en cualquier de los bancos estatales, además llevará registros de su empleo, independientes de los que corresponden a otros fondos de su propiedad o administración. Asimismo, someterá a la aprobación de la Contraloría General de la República, el presupuesto correspondiente al beneficio concedido.”, 2, 1994.⁶¹

⁶¹ Ley, Op. cit., p. 86

**CAPITULO III
METODOLOGIA**

A. Metodología para la realización del Diagnóstico

1. Tipo de Investigación

Hay distintas formas y propósitos para hacer investigación en Finanzas, lo cual permite identificar diferentes tipos de investigación.

Dadas las características del presente estudio se consideró necesario e importante utilizar varios tipos de investigación.

Según Kerlinger la investigación es,

“El manejo de cosas, conceptos o símbolos, con el propósito de obtener generalizaciones que permitan extender, corregir o verificar el conocimiento, ya sea que éste auxilie en la construcción de una teoría o en la práctica de un arte...”,330,1992.¹

a. Investigación Exploratoria

La investigación exploratoria es utilizada para examinar un tema poco estudiado, sirve para conocer el comportamiento en situaciones donde hay poca información y se caracteriza por ser más sensible y amplia que el método descriptivo.

¹ Fred N. Kerlinger. Investigación del Comportamiento. Tercera Edición. Editorial McGraw-Hill Iberoamericana. México. 1992.

Según Ana Bavaresco de Prietto,

“La investigación exploratoria es la que sirve de base para la formulación de un problema más preciso, para establecer objetivos y definir las prioridades que me permitan, la realización de la investigación”, 1986, 5.²

En el presente estudio se formuló un problema general; luego se establecieron los objetivos generales de diagnóstico y de propuesta y los objetivos específicos. Se prosiguió con la definición de los referentes y variables que se orientan hacia su elaboración y son la base para el desarrollo de la presente investigación.

Este método es utilizado en los tres primeros capítulos del presente estudio, a saber, Formulación del Problema y Propósito del Estudio; Marco Teórico y Metodología.

b. Investigación Descriptiva

Según John Best dice,

“La investigación descriptiva refiere minuciosamente e interpreta lo que es. Está relacionada con condiciones o conexiones existentes, punto de vista o soluciones que mantienen, procesos en marcha, efectos que se sienten o tendencias que se desarrollan”, 92, 1982.³

² Ana Bavaresco de Prietto. Las Técnicas de Investigación. Editorial Iberoamericana. . 1986.

³ Best. John W. Cómo Investigar en Educación. Novena Edición Ediciones Morata. 1982.

La investigación descriptiva proporciona información, que además de recopilada, debe ordenarse y tabularse para determinar su importancia en la investigación. También establece como llegar a conclusiones significativas, las cuales se basan en comparaciones, contrastes o relaciones de diferentes especies o situaciones.

Según Ezequiel Ander dice,

“ La investigación descriptiva trata no solamente de medir sino también de comparar resultados e intervalos para un mejor conocimiento de la situación” 25, 1989.⁴

El proceso de investigación descriptiva se guía de acuerdo con una secuencia de pasos y procedimientos como los siguientes:

- ◆ Se recolectan los datos
- ◆ Se tabulan y organizan los datos
- ◆ Se analizan los datos
- ◆ Se llega a conclusiones que dan solución al problema propuesto

⁴ Ezequiel Ander- Egg. Técnicas de Investigación Social. Vigésima Primera Edición. Buenos Aires. 1989.

Mediante el desarrollo de este trabajo de investigación se pretende describir una situación real en un determinado momento, tratando de obtener soluciones viables al problema planteado.

Este informe emplea el método de investigación descriptiva en los capítulos del I al IV, permitiendo hacer mediciones y descripciones de todo tipo, donde los resultados obtenidos sirven para analizar la información y llegar a las conclusiones y recomendaciones requeridas.

En este trabajo lo que se pretende es elaborar una guía para la implementación de los fideicomisos en el Poder Ejecutivo (Ministerios), con la finalidad de dar a conocer más ampliamente la figura fiduciaria y así obtener mayores beneficios financieros en las inversiones que se plantan.

c. Investigación Aplicada

Según Pedro Venegas,

“También conocida como investigación práctica, se realiza, como su nombre lo indica con fines prácticos, tanto para resolver un problema, como para tomar decisiones, evaluar programas y en general para mejorar un producto o proceso”, 1986,23.⁵

⁵ Venegas Jiménez, Pedro. Algunos Elementos de Investigación. San José. EUNED. 1986.

A través de esta metodología se busca tener un criterio más amplio sobre los aspectos sociales que involucran el entorno de la investigación.

Según Ander Egg,

*“La investigación aplicada busca el conocer para hacer, para actuar (modificar, mantener, reformar o cambiar radicalmente algún aspecto de la realidad social. Le preocupa la aplicación inmediata sobre una realidad circunstancial antes que el desarrollo de la teoría”, 1989, 68.*⁶

La investigación aplicada toma la información recolectada y analizada con el fin de hacer una propuesta que permita determinar la utilidad de dicha información para la aplicación en la investigación que se está llevando a cabo.

2. Origen de los Datos

Según Jaime Arellano,

*“ Es un conjunto particular de unidades estadísticas, que ni ha sido concebido como población o universo, ni tampoco ha sido seleccionada como una muestra de una determinada población. Es simplemente un conjunto que el investigador tiene a mano y quiere estudiar con fines descriptivos, en el mejor de los casos para agregar un resultado más a lo ya disponibles en la literatura”, 1990, 116.*⁷

⁶ Ander E., Op. cit., p. 112

⁷ Arellano, Jaime. Elementos de Investigación. EUNED. San José. 1990.

El origen de los datos puede provenir de una población o una simple muestra.

Así que se logra determinar las fuentes y objetos de investigación, de los cuales se obtiene la información necesaria para el proyecto.

a. Sujetos

Según Miguel Gómez,

*“La población, es un conjunto, universo o población de personas, animales, organizaciones, objetos, mediciones o elementos, cuyas características se desean conocer y a la cual se pretende aplicar los resultados o conclusiones que se tengan”, 1990, 20.*⁸

Para lograr obtener una recopilación de los datos, fue necesario realizar una encuesta y entrevista a los diferentes funcionarios del Poder Ejecutivo y los Ministerios que tienen relación con el proceso de inversión en Fideicomisos, a saber, oficiales presupuestales, auditores internos, representantes de los comités especiales.

⁸ Gómez. Miguel. Elementos de Investigación. La investigación a través de su informe. Octava Edición. EUNED. San José. 1990.

Además se consideró necesario complementar la información con entrevistas a funcionarios de la Contraloría General de la República.

b. Fuentes de Información

La información para realizar la presente investigación se obtuvo de fuentes primarias confiables, como fueron: libros, oficios emitidos por la Contraloría General de la República, leyes y reglamentos, códigos y La Constitución Política.

En la elaboración de los primeros capítulos se utilizaron El Código de Comercio, La Constitución Política, La Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, La Ley de Contratación Administrativa, Ley General Financiera, Ley General de Administración Pública, en los cuales se destacó el surgimiento de los fideicomisos en Costa Rica a través de los años.

Según Helio Gallardo,

“Llamamos fuentes de información a cualquier objeto, persona, situación o fenómeno cuyas características me permiten leer información en él y procesarla como conocimiento acerca de un objeto de discernimiento o estudio”, 1991, 67.⁹

⁹ Gallardo Helio. Elementos de Investigación Académica. EUNED. San José. 1991.

Además para la definición y caracterización de variables, se utilizó otro tipo de fuentes de información como lo son: libros, revistas, folletos, reglamentos, tesis, diccionarios y otra información complementaria y la observación directa de las diferentes variables, que permitieron en primera instancia, tener conceptos claros que fortalecieran el desarrollo de la investigación.

Asimismo, se obtuvo información del Despacho del Señor Vice Ministro del Ministerio del Ambiente y Energía.

Las fuentes de información constituyen la materia prima de los procesos de investigación con la cual se logra describir, explicar los hechos o fenómenos que describen el problema de investigación.

b.1 Las fuentes de investigación se clasifican según su procedencia

b.1.1 Fuentes Primarias

Las fuentes primarias son aquellas que se encuentran en forma original, como las leyes, libros, revistas, entre otras.

Según Ana Bavaresco de Prietto,

“Las primarias son aquellas que contienen información no abreviada y en su forma original. Son todos los conocimientos científicos o hechos e ideas estudiadas bajo nuevos aspectos” 1986,36.¹

b.1.2. Fuentes Secundarias

Según Quintana,

“...aquella oficina, persona o agencia que hace publicaciones o trabajos que resumen o presentan informaciones originalmente recopilada por otros que son productores del dato”, 29, 1983.²

Las fuentes secundarias sirven para suministrar información sobre documentos primarios y sólo contienen información abreviada.

A efectos del desarrollar esta investigación se utilizaron ambos tipos de fuentes de información para así poder brindar mayor información de calidad.

¹ Bavaresco, Op.cit., p. 111

² Quintana, Juan. Elementos de Investigación. EUNED. San José. 1983.

3. Descripción de los Instrumentos

El instrumento es la herramienta de la investigación que tiene como propósito recolectar o recoger la información en forma ordenada con el fin de que sea útil a los objetivos, metas y propósitos del estudio.

En esta investigación los instrumentos que se utilizaron fueron:

a. Entrevista

Según Canales – Alvarado – Pineda,

“Es la comunicación interpersonal establecida, entre el investigador y el sujeto de estudio a fin de obtener respuestas verbales a las interrogantes planteadas sobre el problema propuesto”, 1989, 163.¹²

Se realiza una entrevista estructurada y dirigida a los sujetos, con temas de interés tanto para el entrevistado como para el entrevistador.

¹² Canales, Francisca H - Alvarado, Eva Luz – Pineda Beatriz, Elías. Metodología de la Investigación. 1989.

Se realizó la entrevista a los sujetos que estaban vinculados en el proceso de autorización de los fideicomisos en la Contraloría General de la República y a los sujetos de los diferentes Ministerio que actualmente no han utilizado inversiones en fideicomisos para el manejo de los fondos asignados a ellos, a fin de obtener información más compleja y detallada acerca de la problemática del desconocimiento de éste instrumento de inversión. Además. Se complementó con una información obtenida a través del cuestionario y las entrevistas no estructuradas o informales.

b. Cuestionario

Según William Goode y Paul Hatt,

*“Es un instrumento destinado a conseguir respuestas y preguntas, utilizando para ello un impreso o formulario que el contestador llene por sí mismo”, 1990, 235.*¹³

Es una técnica de investigación conformada por un sistema de preguntas que tiene como finalidad obtener datos y cuyas preguntas van de lo general a lo específico.

¹³ Goode William J. Hatt Paul K. Métodos de Investigación Social. Editorial Trillas. México.1990.

A través del cuestionario se logra determinar diversas opiniones y niveles de percepción de los entrevistados sobre la realidad del manejo de los fideicomisos en el Poder Ejecutivo.

En la investigación se utilizaron preguntas cerradas, abiertas y mixtas, las cuales se aplicaron a funcionarios de los diferentes Ministerios que componen el Poder Ejecutivo.

Las preguntas abiertas son las que permiten libremente expresarse al entrevistado, no se fijan respuestas con anterioridad.

Las preguntas cerradas son las que limitan la respuesta, encasillando a quien se le aplica para que responda según las alternativas ya propuestas.

Las preguntas mixtas consisten en plantear una interrogante que necesariamente requiere de una respuesta concreta y su justificación.

4. Validez de los instrumentos

Según Jaime Arrellano,

*“La validez de los instrumentos de medición se refiere a su capacidad de medir efectivamente lo que queremos medir con él. Para que un instrumento sea válido, tiene que ser confiable”, 1990, 125.*¹⁴

¹⁴ Arellano, Op. cit., p. 114

El propósito de dar validez a los cuestionarios y a las entrevistas es lograr que a través de ellos, como instrumentos de análisis de los fideicomisos, se obtenga una información más precisa y veraz y un conocimiento de los recursos para la toma de decisiones.

La confiabilidad de un instrumento, que tiene estabilidad, es decir, un instrumento mensurador, a pesar de ser válido pudiera no demostrar certeramente las medidas o resultados que logren acercar a la investigación lo más posible a la verdad.

Según Jaime Arellano,

“La confiabilidad... supone, por tanto, que el instrumento tiene “estabilidad” como mensurador”, 1990, 125.¹⁵

La validez de contenido es el procedimiento a través del cual se logra medir el grado de confiabilidad de los instrumentos que se utilizaron para verificar la situación real del manejo de los fideicomisos y de los cambios o modificaciones que se requieren realizar.

¹⁵ Ibid, p. 121

Según Jaime Arellano,

“Validez de contenido: para establecerla, se analiza el contenido de lo diversos ítemes del instrumento. El análisis confronta dicho contenido con el conjunto de factores que teóricamente constituyen la variable que pretendemos medir”, 1990, 124.¹⁶

5. Análisis de Contenido y Análisis Estadístico

a. Análisis de Contenido

Para el análisis de contenido se recogieron, ordenaron y clasificaron datos, documentos e informes de los funcionarios del Poder Ejecutivo.

Según John Best,

“El análisis de contenido conocido como análisis de documentos se refiere al examen sistemático de informes y documentos como fuentes de datos”, 1982, 90.¹⁷

El análisis de contenido en el presente trabajo se aplicó a la información recopilada por medio de entrevistas y cuestionarios.

¹⁶ Ibid, p. 122

¹⁷ Best. Op. cit, p. 111

b. Análisis Estadístico

Según Fred Kerlinger,

“La teoría y el método de análisis de datos cuantitativos obtenidos de muestras, de observaciones para estudiar y comparar fuentes de varianza de los fenómenos, contribuir en la toma de decisiones para aceptar o rechazar relaciones hipotéticas entre los fenómenos y ayudar a realizar inferencias de observaciones empíricas”, 1979, 197.¹⁸

Se realizó un análisis en el cual se determina el grado de concordancia o desviación de los criterios de los sujetos investigados.

Con el fin de dar a conocer los comentarios efectuados por los entrevistados, la información se transcribió en forma detallada.

6. Alcances y Limitaciones

a. Alcances

La presente investigación es de vital importancia para el desarrollo de los fideicomisos en el Poder Ejecutivo.

¹⁸ Kerlinger, Op. cit., p. 110

El objetivo primordial es implementar una guía para la implementación de la figura fiduciaria como instrumento de inversión en el Poder Ejecutivo, que determine la operatividad de esta figura y así establecer su correcta aplicación.

b. Limitaciones

Las limitaciones encontradas en la presente investigación son las siguientes:

- ◆ Escasa bibliografía para el desarrollo de ciertos temas de la investigación.
- ◆ Disposición de tiempo ajustado, de los diversos funcionarios a los cuales se requería aplicar la entrevista y/o el cuestionario, debido a que siempre se encuentran inmersos en sus quehaceres cotidianos.
- ◆ Poco tiempo para desarrollar con más detalle el tema de los fideicomisos, instrumento que es para muchos desconocido.

B. Metodología para la elaboración de la propuesta

Para llevar a cabo dicha investigación se optó por realizar una revisión en los diferentes libros, leyes y reglamentos que regulan y ordenan los fideicomisos en el Poder Ejecutivo, con el fin de poseer los datos básicos, relevantes e históricos acerca de los mismos.

En el presente trabajo se utilizó la investigación descriptiva, para obtener la mayor cantidad de datos posibles y reales, reflejados en la aplicación y desarrollo de un cuestionario y entrevista.

Dichos cuestionarios y entrevistas se aplicaron en un conjunto investigado, cuyos componentes se ubican administrativamente en un nivel jerárquico superior, el cual refleja con mayor conocimiento y realidad la información requerida para el presente trabajo.

La recopilación de información para obtener los datos requeridos se ubica en áreas que involucran aspectos de orden tales como: operatividad, ejecución, jurisdicción administrativa, control y fiscalización de los fideicomisos en el Poder Ejecutivo.

CAPITULO IV
ANALISIS E INTERPRETACION
DE DATOS

A. Análisis e Interpretación de Datos

Debido a que la población que compete a este trabajo es pequeña, se decidió realizar la investigación a toda la población, es decir, los 18 Ministerios que pertenecen al Poder Ejecutivo.

1. CUESTIONARIO

Se presentó un cuestionario de diez preguntas generales acerca de la utilización de esta figura fiduciaria en el Poder Ejecutivo, de los cuales solamente respondieron once Oficiales Presupuestales, ya que ellos son los encargados de velar por la correcta ejecución de los fondos públicos clasificados en presupuestos ordinarios y extraordinarios aprobados anualmente para la operatividad de cada uno de los Ministerios.

Se obtuvo respuesta por parte de once Oficiales Presupuestales, a saber:

Lic. Luis Castro, Ministerio de Gobernación y Policía

Lic. Tomas Brealey, Ministerio de Seguridad Pública

Lic. Jorge Araya, Ministerio de Salud

Lic. Giovanni Barroso, Ministerio de Planificación

Lic. Gerardo Quesada Leal, Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes

MBA. Mariela Rojas Segura, Ministerio de Comercio Exterior

Lic. Carlos Marín, Ministerio de Economía, Industria y Comercio

Lic. Carlos Madriz Salas, Ministerio de Vivienda y Urbanismo

Licda. Dora Emilia Orozco Sánchez, Ministerio de Trabajo

Licda. Sonia Calderon, Ministerio de Educación Pública

Lic. Alexander Porras, Ministerio de Agricultura y Ganadería

Cuestionario aplicado a los Oficiales
Presupuestales

Cuadro No.1**¿Qué es para usted un fideicomiso?**

Lic. Luis Castro, Ministerio de Gobernación y Policía,

“Fondos que se incrementan constantemente para lograr un fin o proyecto.”

Lic. Tomas Brealey, Ministerio de Seguridad Pública

“Es una figura para administrar recursos para un fin determinado, que tenga objetivos.”

Lic. Jorge Araya, Ministerio de Salud

“Es el destino de un fondo, de dos o tres entidades jurídicas que tengan relación para manejar fondos, en un contrato de derecho administrativo.”

Lic. Giovanni Barroso, Ministerio de Planificación

“Es un fondo con un fin determinado y es administrado en forma diferente al Estado, debido a la ejecución y utilización; se realiza con una periodicidad que no permite a los Entes Estatales utilizar esos mismos recursos, tiene rentabilidad que permite mantener los colones constantes.”

Lic. Gerardo Quesada Leal, Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes

“Son comisiones de confianza, tiene su razón de ser, son inversiones u operaciones con autorización del fideicomitente.”

MBA. Mariela Rojas Segura, Ministerio de Comercio Exterior

“Es un financiamiento extra que no sea Presupuesto Nacional.”

Lic. Carlos Marín, Ministerio de Economía, Industria y Comercio

“Documento financiero para colocar fondos ociosos que tiene una Empresa”

Lic. Carlos Madriz Salas, Ministerio de Vivienda y Urbanismo

“Es una herramienta financiera y su objetivo es la generación de recursos para el fiduciario vía comisiones y la satisfacción de necesidades del fideicomitente.”

Licda. Dora Emilia Orozco Sánchez, Ministerio de Trabajo

“Inversión en una Institución Bancaria a través de un puesto de Bolsa o directamente.”

Licda. Sonia Calderon, Ministerio de Educación Pública

“Es una figura de administración de fondos, creados con una finalidad específica.”

Lic. Alexander Porras, Ministerio de Agricultura y Ganadería

“Es una modalidad de manejo de fondos, en el caso del Gobierno, fondos públicos.”

Se evidencia la falta de conocimiento en materia de fideicomisos por parte de los entrevistados, debido a que en el Sector Público es un instrumento relativamente nuevo, aunque en el país se utiliza esta figura pero en lo que corresponde a actividades privadas.

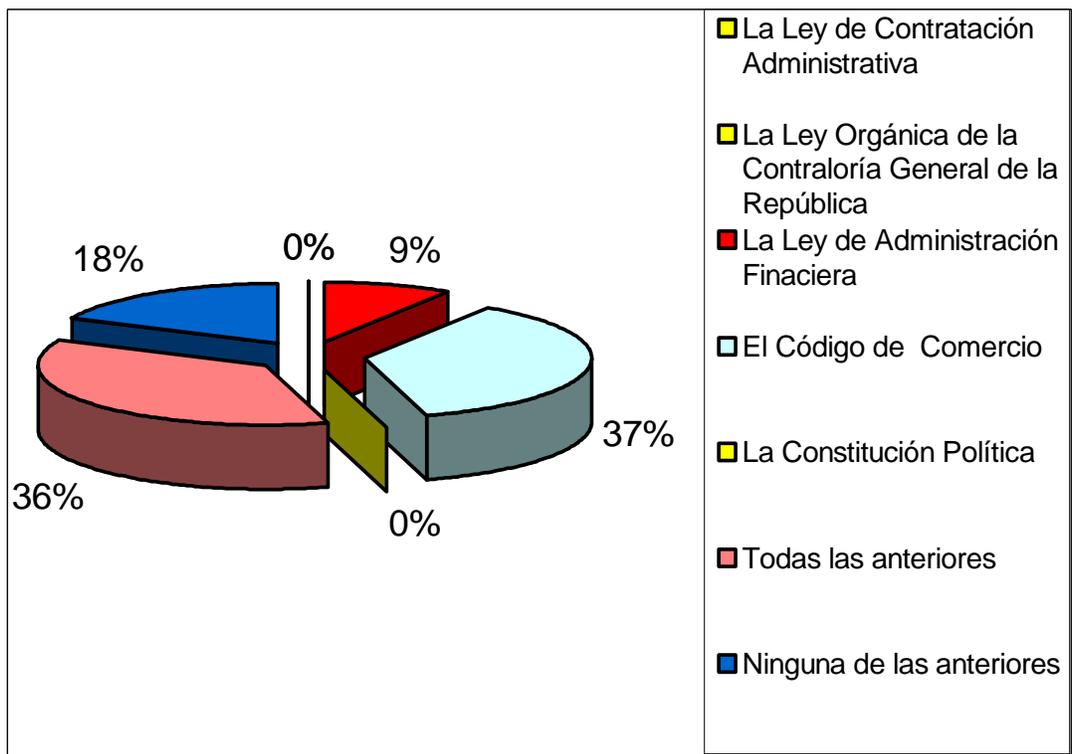
Cuadro No.2
Marco Legal costarricense que rige los fideicomisos con fondos públicos

	Absoluta	Relativa
La Ley de Contratación Administrativa	0	0.00%
La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República	0	0.00%
La Ley de Administración Financiera	1	9.09%
El Código de Comercio	4	36.36%
La Constitución Política	0	0.00%
Todas las anteriores	4	36.36%
Ninguna de las anteriores	2	18.18%
Total	11	100.00%

Fuente: Cuestionario propio

El 36.36% de los oficiales presupuestales de cada Ministerio entrevistado, opina que el marco legal que rige a los fideicomisos es el Código de Comercio. Para presentar un criterio diferente otro 36.36% afirma que es La Ley de Contratación Administrativa, La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, La Ley de Administración Financiera, El Código de Comercio y La Constitución Política. El 18.18% de la población opina que ninguna de las leyes señalada rigen los fideicomisos en nuestro país. De aquí se desprende una gama de opiniones y se nota la falta de información acerca del marco legal que actualmente regula esta figura fiduciaria en el Gobierno.

Gráfico No.2
Marco Legal costarricense que rige los fideicomisos con fondos públicos



Fuente: Cuestionario propio

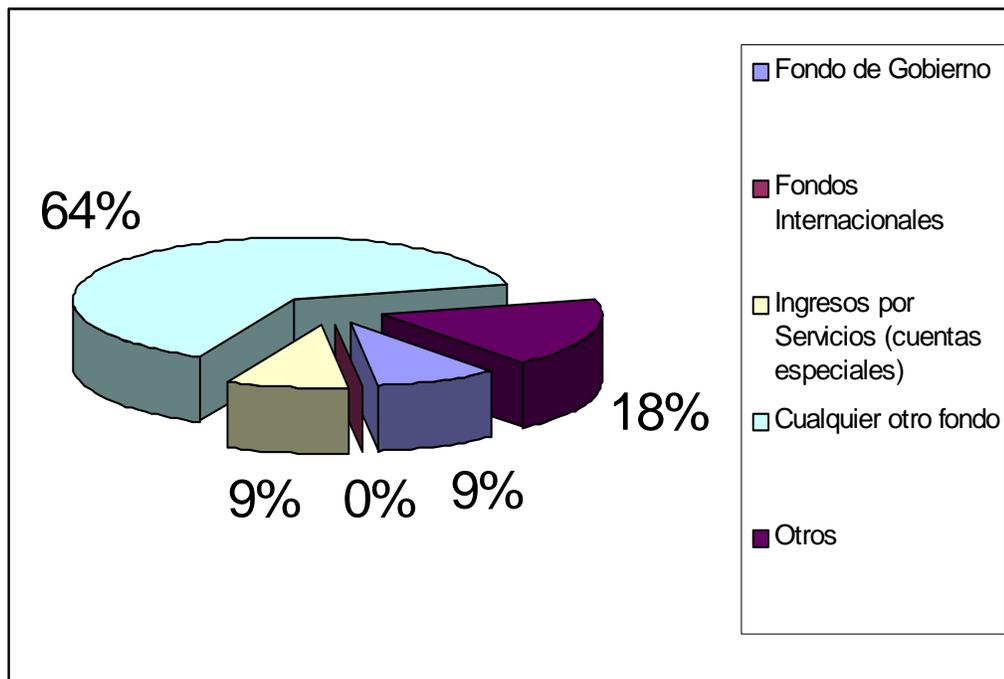
Cuadro No.3
Fondos Públicos que pueden colocarse como fideicomiso

	Absoluta	Relativa
Fondo de Gobierno	1	9.09%
Fondos Internacionales	0	0.00%
Ingresos por Servicios (cuentas especiales)	1	9.09%
Cualquier otro fondo	7	63.64%
Otros	2	18.18%
Total	11	100.00%

Fuente: Cuestionario propio

Con el objeto de conocer cuáles son los fondos que se pueden invertir como un fideicomiso, el 63.64% de la población opina que cualquier fondo, por el contrario el 18.18% se refiere a que otros fondos no mencionados pueden ser objeto de inversión fiduciaria. Así también el 9.09% opina que solamente pueden invertirse fondos de Gobierno. Diferente criterio es el de los oficiales presupuestales, ya que se refieren a que solo se invertirán en fideicomisos los fondos por ingresos de servicios o los llamados también, de cuentas especiales. Se nota que la mayoría absoluta de los encuestados conoce cuáles son los fondos públicos que se pueden invertir en los fideicomisos.

Gráfico No.3
Fondos Públicos que pueden colocarse como fideicomiso



Fuente: Cuestionario propio

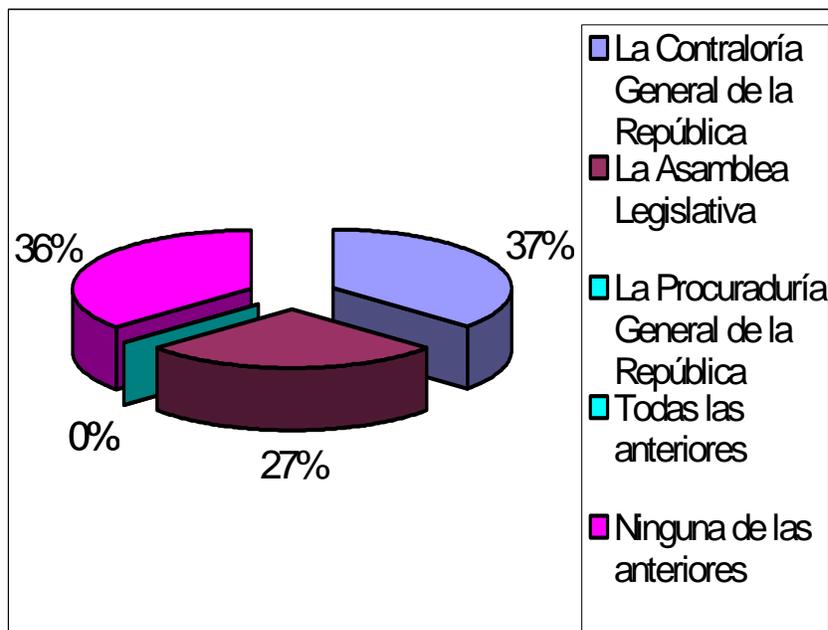
Cuadro No.4
¿Quién autoriza la colocación de los fondos públicos como fideicomiso?

	Absoluta	Relativa
La Contraloría General de la República	4	36.36%
La Asamblea Legislativa	3	27.27%
La Procuraduría General de la República	0	0.00%
Todas las anteriores	0	0.00%
Ninguna de las anteriores	4	36.36%
Total	11	100.00%

Fuente: Cuestionario propio

En relación con la pregunta planteada de quién autoriza la colocación de los fondos públicos como fideicomisos, el 36.36% se refiere a que es La Contraloría General de la República la encargada de brindar dicha autorización. El mismo porcentaje (36.36%) opina que ninguna de las instituciones de Gobierno mencionada, es la que autoriza la inversión. Por el contrario, el 27.27% de la población se refiere a que sólo la Asamblea Legislativa brinda esa autorización. Esta información revela que los encargados del manejo de fondos públicos desconoce las funciones y responsabilidades del órgano contralor y en general de la materia de fideicomiso.

Gráfico No.4
¿Quién autoriza la colocación de los fondos públicos como fideicomiso?



Fuente: Cuestionario propio

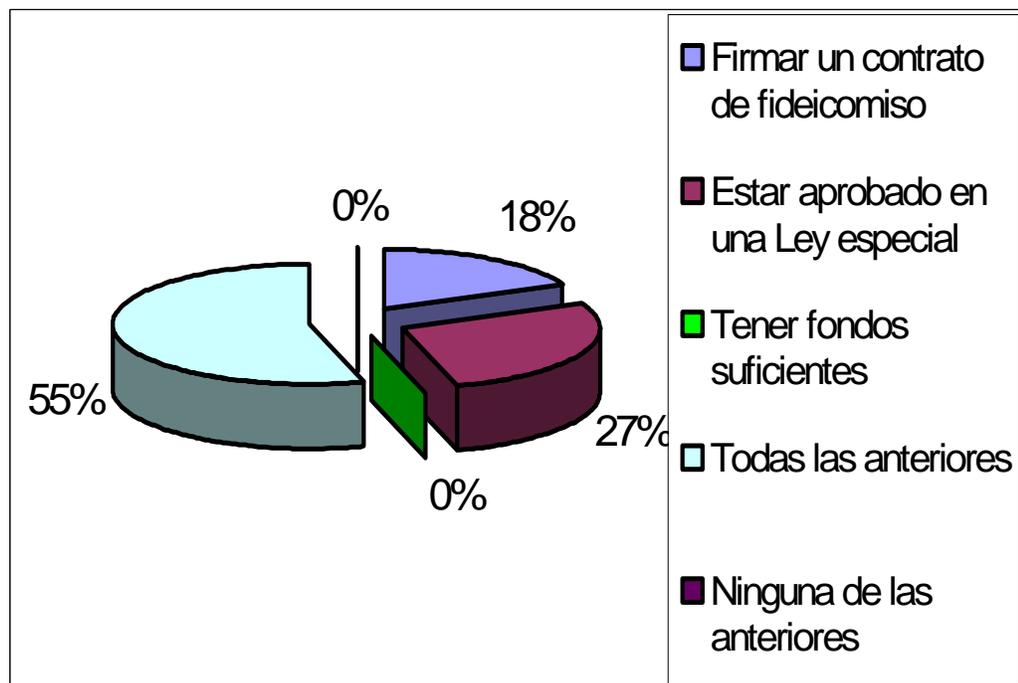
Cuadro No.5
Requisito primordial para la colocación de fondos públicos en inversiones,
como el fideicomiso

	Absoluta	Relativa
Firmar un contrato de fideicomiso	2	18.18%
Estar aprobado en una Ley especial	3	27.27%
Tener fondos suficientes	0	0.00%
Todas las anteriores	6	54.55%
Ninguna de las anteriores	0	0.00%
Total	11	100.00%

Fuente: Cuestionario propio

Del total de los entrevistados el 54.55% opina que los requisitos primordiales para la colocación de fondos públicos como fideicomiso son: firmar un contrato de fideicomiso, estar aprobado en una ley especial y tener fondos suficientes. Otra parte (27.27%) afirma que solamente se requiere de una Ley especial que contemple la creación de un fideicomiso con esos fondos. El 18.18% de la población opina que es necesario sólo la concertación y firma de un contrato de fideicomiso. Los funcionarios públicos conocen muy poco de los fideicomisos, ya que establecen que para la colocación de los fondos públicos en fideicomisos se debe, en primera instancia, tener aprobada una ley que respalde esta inversión, por supuesto, contar con antelación con los fondos suficientes y la firma de un contrato posterior a la creación de la Ley.

Gráfico No.5
Qué requisito primordial debe cumplirse para la colocación de fondos público en inversiones, como el fideicomiso



Fuente: Cuestionario propio

Cuadro No. 6a
Se debe refrendar el contrato de fideicomiso con fondos públicos

	Absoluta	Relativa
Si	8	72.73%
No	3	27.27%
Total	11	100.00%

Fuente: Cuestionario propio

En esta pregunta, el 72.73% de los oficiales presupuestales opinan que sí debe ser refrendado un contrato de fideicomiso con fondos públicos. Y el porcentaje restante (27.27%) opina negativamente.

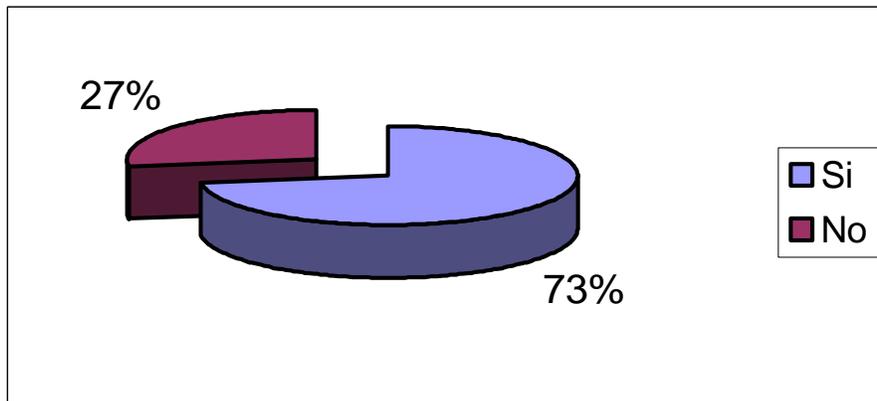
Cuadro No.6b
¿Quién da ese refrendo?

	Absoluta	Relativa
La Asamblea Legislativa	1	12.50%
El Ministerio de Hacienda	1	12.50%
La Contraloría General de la República	6	75.00%
La Procuraduría General de la República	0	0.00%
Ninguna	0	0.00%
Otro	0	0.00%
Total	8	100.00%

Fuente: Cuestionario propio

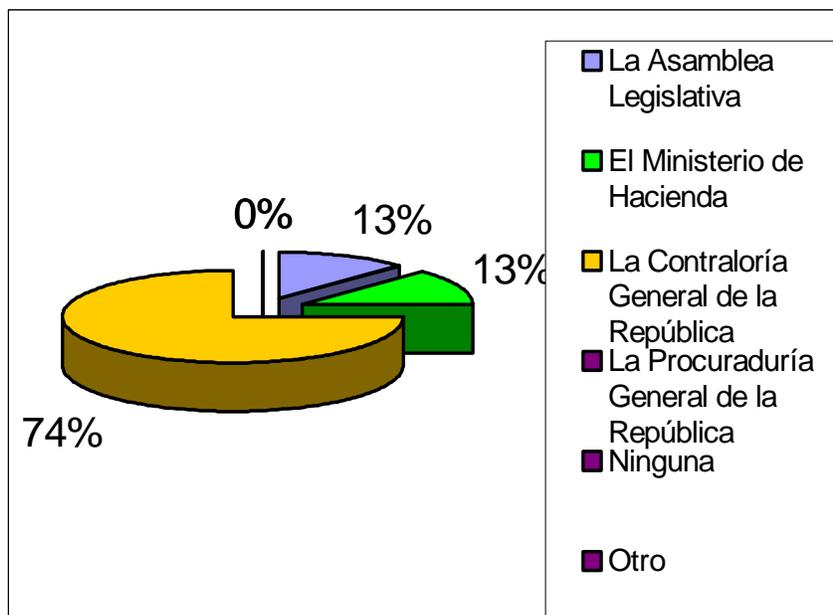
El 75% de los entrevistados contesta que ese refrendo solamente lo da La Contraloría General de la República. Un 12.50% opina que el refrendo es dado por el Ministerio de Hacienda. Y otro 12.50% afirma que recae sobre La Asamblea Legislativa. La mayoría de los funcionarios públicos entrevistados definen a la Contraloría General de la República como ente encargado de autorizar toda transacción que se realice con fondos públicos.

Cuadro No. 6a
Se debe refrendar el contrato de fideicomiso con fondos públicos



Fuente: Cuestionario propio

Gráfico No. 6b
¿Quién da ese refrendo?



Fuente: Cuestionario propio

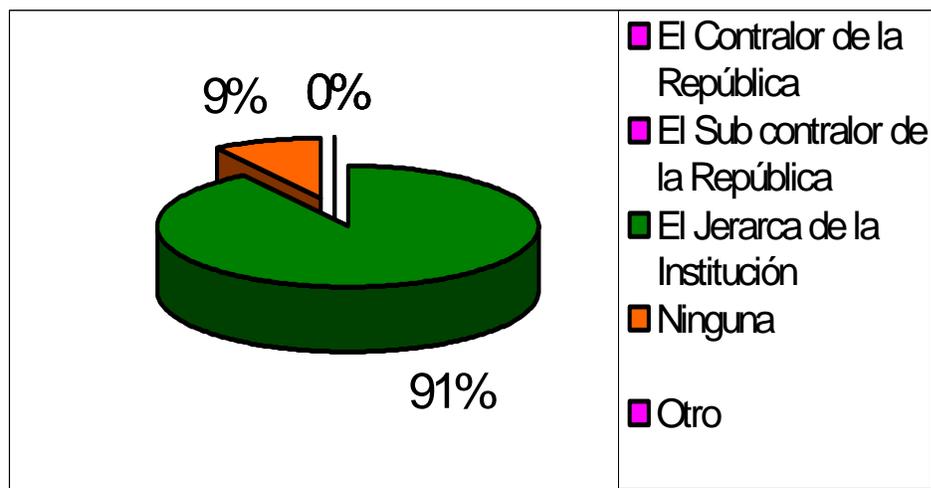
Cuadro No.7
¿Quién firma el contrato de fideicomiso con fondos públicos?

	Absoluta	Relativa
El Contralor de la República	0	0.00%
El Sub contralor de la República	0	0.00%
El Jerarca de la Institución	10	90.91%
Ninguna	1	9.09%
Otro	0	0.00%
Total	11	100.00%

Fuente: Cuestionario propio

En lo que respecta a la firma del contrato de fideicomiso efectuado con fondos públicos, el 90.91% de los entrevistados contesta que la responsabilidad recae sobre el Jerarca de la institución. El otro 9.09% opina que ninguna de la personas mencionadas es la encargada de firmar un contrato de fideicomiso con fondos públicos. La mayor parte de los encuestados indicaron que el jerarca de la institución es el responsable de firmar los contratos de fideicomisos, ya que él es la persona que responde por la sana ejecución de los fondos públicos asignados a cada Ministerio.

Gráfico No.7
¿Quién firma el contrato de fideicomiso?



Fuente: Cuestionario propio

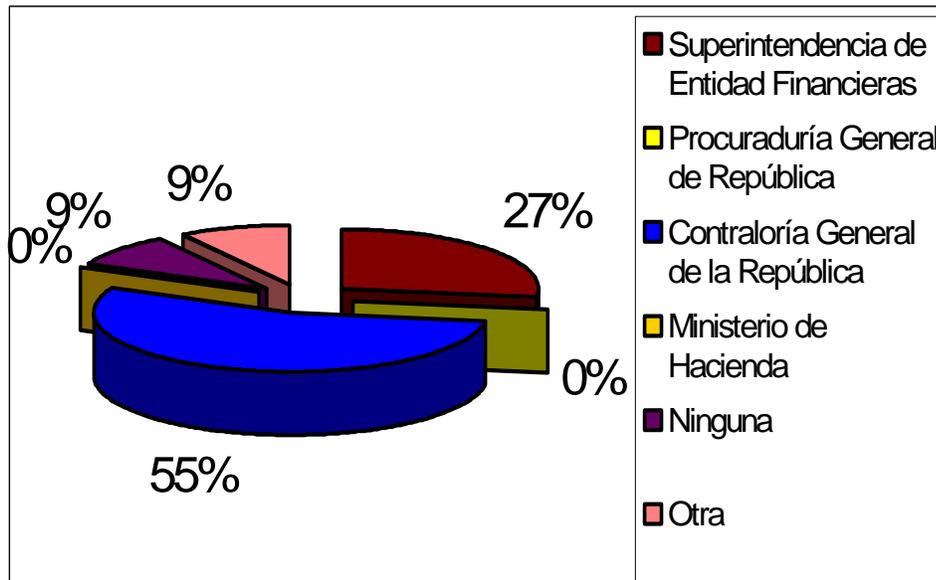
Cuadro No. 8
¿Cuál es la institución a la que le corresponde la fiscalización y el control de fideicomiso con fondos públicos?

	Absoluta	Relativa
Superintendencia de Entidades Financieras	3	27.27%
Procuraduría General de República	0	0.00%
Contraloría General de la República	6	54.55%
Ministerio de Hacienda	0	0.00%
Ninguna	1	9.09%
Otra	1	9.09%
Total	11	100.00%

Fuente: Cuestionario propio

En esta pregunta, el 54.55% de los oficiales presupuestales contestó que a la Contraloría General de la República le corresponde la fiscalización y control de los fondos públicos invertidos como fideicomiso. El 27.27%, opina que le corresponde únicamente a la Superintendencia de Entidades Financieras. También el 9.09%, se refiere a que ninguna de las Entidades destacadas le corresponde esa fiscalización y control. Otros entrevistados contestaron que estas funciones le competen a otra institución. De ahí se desprende que la Contraloría General de la República es el Ente encargado de la fiscalización y control de los fondos públicos en Costa Rica.

Gráfico No. 8
Cuál es la institución que le corresponde la fiscalización y el control de fideicomiso con fondos públicos



Fuente: Cuestionario propio

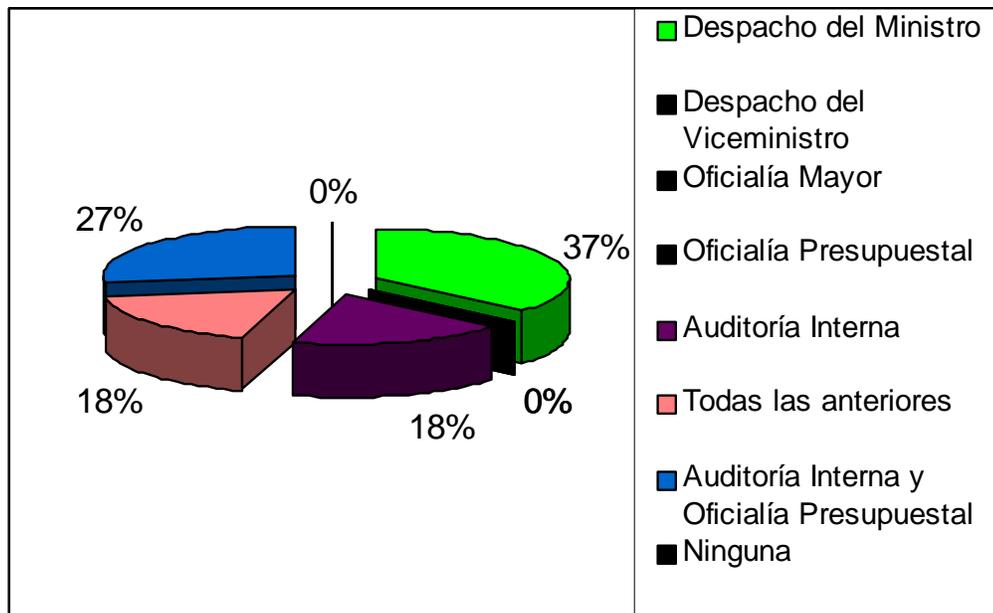
Cuadro No.9
A quién le corresponde la verificación del buen uso del fideicomiso dentro de la institución

	Absoluta	Relativa
Despacho del Ministro	4	36.36%
Despacho del Viceministro	0	0.00%
Oficialía Mayor	0	0.00%
Oficialía Presupuestal	0	0.00%
Auditoría Interna	2	18.18%
Todas las anteriores	2	18.18%
Auditoría Interna y Oficialía Presupuestal	3	27.27%
Ninguna	0	0.00%
Total	11	100.00%

Fuente: Cuestionario propio

La verificación del buen uso del fideicomiso instaurado en el Ministerio le corresponde al Despacho del Ministro, según contesta el 36.36% de la población. El 27.27%, opina que esa función le corresponde tanto a la Auditoría Interna como a la Oficialía Presupuestal. También el 18.18%, afirma que la responsabilidad recae sobre la Auditoría Interna de cada Ministerio. Otros entrevistados opinan que la verificación le corresponde al Despacho del Ministro, Despacho del Viceministro, Oficialía Mayor, Oficialía Presupuestal y a la Auditoría Interna conjuntamente. Si bien es cierto, todos los departamentos internos de cada Ministerio están en la obligación de velar por la ejecución de los fondos públicos, una minoría confirma que la responsabilidad recae sobre la Auditoría Interna, que es el departamento auxiliar de la Contraloría General de la República.

Gráfico No.9
A quién le corresponde la verificación del buen uso del fideicomiso dentro de la institución



Fuente: Cuestionario propio

Cuadro No.10a
Cree usted que los fondos públicos pierden su origen de públicos cuando se invierten en fideicomisos

	Absoluta	Relativa
Si	2	18.18%
No	9	81.82%
Total	11	100.00%

Fuente: Cuestionario propio

El 81.82% de los oficiales presupuestales opina que no pierden su origen de públicos los fondos invertidos como fideicomiso, debido a que esta inversión tiene su origen público y son creados para un fin público; también por que el Estado responde por esos fondos, así que el fideicomiso no es una figura pública ni privada. Por el contrario el 18.18% de la población contesta que sí se pierde ese carácter de público, ya que los fondos públicos tienden a ser lentos en su ejecución y se pierden recursos, también porque se convierten en transferencia para brindar préstamos, y esto es privado.

Cuadro No.10b
¿Porqué?

Lic. Luis Castro, Ministerio de Gobernación y Policía,

“Son creados y proviene de lo público, tienen un fin público.”

Lic. Tomas Brealey, Ministerio de Seguridad Pública

“Por su lentitud en la ejecución y se pierden recursos.”

Lic. Jorge Araya, Ministerio de Salud

“El fideicomiso no es ni público ni privado.”

Lic. Giovanni Barroso, Ministerio de Planificación

“No dejan de ser fondos públicos y deben marcarse los controles.”

Lic. Gerardo Quesada Leal, Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes

“Contrato firmado como público, el que responde es el Estado por estos fondos.”

MBA. Mariela Rojas Segura, Ministerio de Comercio Exterior

“Siguen siendo públicos”

Lic. Carlos Marín, Ministerio de Economía, Industria y Comercio

“Se debe convertirlo a transferencia para dar préstamos y sí es privado.”

Lic. Carlos Madriz Salas, Ministerio de Vivienda y Urbanismo

“Se libera de muchas presiones, pero siguen siendo públicos y se sujetan al contrato.”

Licda. Dora Emilia Orozco Sánchez, Ministerio de Trabajo

“Se regulan como privados (liquidez, rentabilidad y solidez).”

Licda. Sonia Calderon, Ministerio de Educación Pública

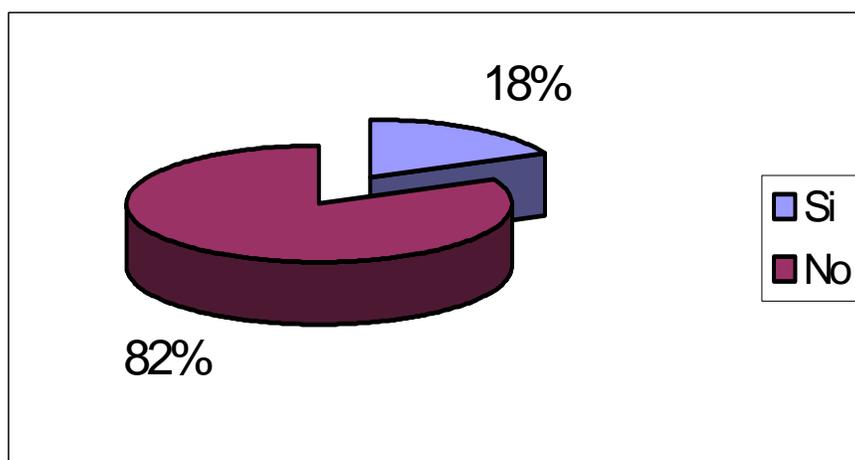
“El origen seguirá siendo público. Lo que es diferente es la ejecución y administración de estos. Se rigen por los principios de la Ley de Contratación Administrativa, no los procedimientos.”

Lic. Alexander Porras, Ministerio de Agricultura y Ganadería

“Por que aunque se inviertan en fideicomisos siguen siendo públicos y ese carácter no se pierde.”

Se dice que todo fondo público, tiene el carácter de público independientemente que se utilice en inversiones que las lleve a cabo instituciones privadas como lo son los bancos, esto por cuanto todo fondo que ingrese directamente a la caja única del Estado es regulado y controlado por los Ente Estatales.

Gráfico No.10a
¿Cree usted que los fondos públicos pierden su origen de públicos cuando se invierten en fideicomisos?



Fuente: Cuestionario propio

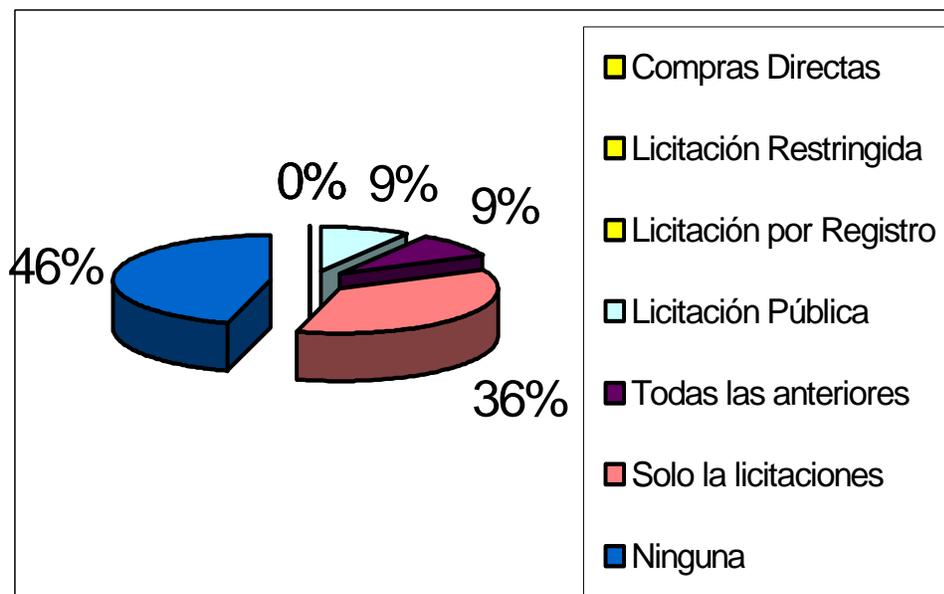
Cuadro No.11
Procedimiento para elegir al fiduciario

	Absoluta	Relativa
Compras Directas	0	0.00%
Licitación Restringida	0	0.00%
Licitación por Registro	0	0.00%
Licitación Pública	1	9.09%
Todas las anteriores	1	9.09%
Solo las licitaciones	4	36.36%
Ninguna	5	45.45%
Total	11	100.00%

Fuente: Cuestionario propio

De la población entrevistada, el 45.45% opina que ninguno de los procedimientos ordinarios de contratación, es el instrumento adecuado para poder elegir al fiduciario que tendrá a cargo la administración de los fondos invertidos como fideicomiso. El 36.36% contesta que el fiduciario es escogido por medio del procedimiento de licitación, a saber, restringida, por registro o la pública. Así también, el 9.09% responde que todos los procedimientos de contratación (compras directas, licitación: restringida, por registro y la pública) son utilizados para la elección del fiduciario. Solamente el 9.09% opina que se escoge por medio de la licitación pública. A pesar de diversidad de criterios, la forma en que se escoge al fiduciario es por medio de la licitación, según el monto que se desea invertir, tal como lo establece en el Ley de Contratación Administrativa.

Gráfico No.11
Procedimiento para elegir al fiduciario



Fuente: Cuestionario propio

2. ENTREVISTA

La población total es de 18 Ministerios de los cuales solamente 4 invierten algunos fondos públicos en fideicomisos, a saber:

El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social con PRONAMIPE.

El Ministerio de Agricultura y Ganadería con PIPA, Fitosanitario entre otros

El Ministerio de Educación Pública con FONABE

El Ministerio de Ambiente y Energía con FONAFIFO

De estos cuatro Ministerios se entrevistó a los encargados de dos de los fideicomisos PRONAMIPE y FONAFIFO.

Se les presentó una entrevista estructurada de 10 preguntas en la cual se solicitaba información acerca de los procedimientos previos a la colocación de los fondos públicos en fideicomisos.

También se planteó una entrevista a un representante de la Contraloría General de la República, en la cual se realizaron trece preguntas acerca del proceder de este Ente fiscalizador y controlador, con respecto al buen uso de los fondos públicos invertidos en fideicomisos.

1. En la entrevista realizada al Licenciado Edgar Toruño, representante del Fideicomiso instaurado por el Ministerio del Ambiente y Energía (FONAFIFO), comenta:

Que los fideicomisos se crean solamente con justificar detalladamente la necesidad de contar con esa figura fiduciaria en la Institución, la Contraloría General de la República aprueba la creación del fideicomiso. En el contrato que se firma se debe establecer cuáles son los deberes, obligaciones y responsabilidades del fideicomitente y fiduciario. Asimismo es necesario la descripción detallada de las personas que van a ser los beneficiarios o fideicomisarios. Dentro del contrato de fideicomiso que suscribe el fideicomitente y fiduciario, se determina los aspectos generales de contratación y posteriormente en un reglamento de interno de la Institución se detalla en forma clara los puntos importantes a seguir.

La forma en que se escoge los fiduciarios es por medio del proceso ordinario de contratación administrativa, pero la ejecución propiamente del fideicomiso se realiza según lo establece la Ley de Contratación Administrativa en su artículo de principio de legalidad.

El control de los fondos fideicomitados lo ejerce la junta directiva del órgano junto al fiduciario, asimismo, lo ejerce periódicamente las Auditorías Externas, la

Auditoría Interna y un control posterior por parte de la Contraloría General de la República.

El fideicomiso es una herramienta con mucha flexibilidad en su operatividad, por lo que es conveniente que sea utilizada, ya que no es necesario regirse por lo establecido en la Ley de Contratación Administrativa. El manejo de los fondos lo tiene a cargo el fiduciario, el cual es el responsable del fideicomiso.

El impacto socioeconómico que tiene la utilización del fideicomiso es que el banco cuenta con personal capacitado para realizar las operaciones y gestiones para invertir de la mejor manera.

2. En la entrevista realizada al Licenciado Edgar Briceño, representante del Fideicomiso instaurado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (PRONAMIPE), comenta:

Existen fondos que son donaciones hechas por Instituciones Internacionales que no permiten que estos fondos sean incluidos en la caja única del Estado, debido a que se entraba mucho y lo que se requiere es agilidad en la ejecución de los mismos, entonces solicitan que se incluyan dichos fondos en un fideicomiso, el cual tiene mayor flexibilidad que a través del mismo gobierno.

El control del fideicomiso está centralizado en el representante del alto jerarca de la Institución que desea realizar el fideicomiso. Se realizan auditorias internas, externas y posteriormente la Contraloría General de la República, realiza algunas preguntas y revisiones acerca del manejo del fideicomiso.

El Ministro que funge como fideicomitente del fideicomiso es el que firma el contrato del fideicomiso.

El impacto socioeconómico es que el fideicomiso permite según su finalidad prestar servicios crediticio a los pequeños productores, los cuales no son sujetos de crédito en las Instituciones Financieras.

3.En la entrevista realizada al Licenciado William Harbotle Quirós,MBA, representante de la Contraloría General de la República, comenta:

La Contraloría General de la República es el Ente encargado de la fiscalización y el control de los fondos públicos, independientemente de quién sea el ente administrador de dichos fondos, es decir, puede ser un ente privado como uno público, siempre la Contraloría tendrá ingerencia sobre los fondos invertidos debido a que siguen siendo fondos públicos.

En el derecho privado existen regulaciones, detalladas en el Código de Comercio pero en lo que respecta a los aspectos públicos se carece de un marco legal para los fideicomisos con fondos públicos.

En el Código de Comercio se menciona que se deben determinar las tres partes importante del fideicomiso dentro del contrato fiduciario, a saber, fideicomitente, fiduciario y fideicomisario.

Para la creación de un fideicomiso se debe plantear la necesidad, tener los fondos suficientes, detallar la finalidad del mismo, se debe verificar que no sea la función sustantiva de la Institución, ya que en la Ley de Administración Pública, señala que toda entidad pública es creada para que desarrolle funciones propias y diferentes otros entes, por lo cual no es permitido que el fideicomiso se cree para desarrollar funciones similares a la de la misma Institución.

La Contraloría General de la República es la encargada de refrendar todo contrato que se realice con fondos públicos, por ende los contratos de fideicomiso son refrendados por este Ente. En dicho contrato se define todas las cláusulas que se deben cumplir para llegar a fin determinado del propio fideicomiso.

Los fideicomisos son inversiones que no son gravadas debido a que pertenecen a un patrimonio autónomo, pero si debe de darse la presentación de

las declaraciones del Impuesto sobre la Renta y esta declaración debe ser realizada por el fiduciario.

En el Código de Comercio se establece que hasta un tercio del capital fiduciario se puede interponer para operaciones crediticias dentro del mismo banco que administra estos fondos.

**CAPITULO V
CONCLUSIONES Y
RECOMENDACIONES**

Conclusiones y Recomendaciones

En primer lugar, se realizó una recopilación de información, la cual se encontraba dispersa entre varios libros de texto, leyes, reglamentos, pronunciamientos y circulares.

Posteriormente se investigó en forma práctica a los funcionarios del Sector Público, específicamente los Ministerios del Poder Ejecutivo, para comparar la información ya obtenida teóricamente y la información brindada por estos acerca del tema en cuestión: “los fideicomisos con fondos públicos”.

Una vez realizado el análisis, se generó una serie de resultados de los cuales se desprenden las conclusiones y recomendaciones de las variables en estudio.

Estos datos son una forma de visualizar el panorama del Sector Público, planteado en los objetivos generales y específicos, y poder determinar su cumplimiento.

A. Conclusiones

Se toma en consideración los resultados obtenidos de las entrevistas y cuestionarios realizados a los funcionarios del Poder Ejecutivo para establecer las conclusiones.

1. Responsabilidades del Fideicomitente

Se basan única y exclusivamente en lo que se define como responsabilidades de los funcionarios públicos.

No se conoce definición para la responsabilidad que debe tener el fideicomitente en el manejo de los fondos públicos fideicomitados.

Se debe hacer conciencia a toda persona que integre el Gobierno, en especial a los encargados de velar por el buen funcionamiento y cumplimiento del fin determinado para los fideicomisos, que la responsabilidad no se puede delegar, que cada uno de ellos es responsable por las actividades realizadas.

2. Fideicomitente, Fiduciario y Fideicomisario

Debido a que en el derecho público no se cuenta con un documento que establezca los derechos y obligaciones de cada una de las figuras que integran el fideicomiso, entonces se basan éstas en lo que reza el Código de Comercio, pero a su vez, los que ejecutan los fondos públicos son funcionarios de Gobierno, entonces deben cumplir con las obligaciones y derechos, que dicta la Ley de Administración Financiera, Ley de Administración Pública, Ley y Reglamento de Contratación Administrativa.

3. Ejecución de los Fideicomisos

En la realidad se utiliza la figura fiduciaria basada en la creación de una Ley específica para cada fideicomiso en específico.

Una deficiencia importante es la inexistencia de una Ley marco que establezca o regule todo lineamiento necesario para la creación de un fideicomiso, es decir, que se dé a conocer cómo se debe iniciar un fideicomiso, cuál es la necesidad que tiene el Ministerio para utilizar el fideicomiso como instrumento de ejecución presupuestaria y no otro instrumento establecido para esos efectos.

La falta de una Ley general que defina cómo se debe realizar, cuáles son los pasos por seguir, quiénes son los encargados de la fiscalización y el control de

los recursos, quién es la persona responsable de los fondos, entre otras interrogantes, permite que haya puntos sin contemplar o aspectos no regulados en las leyes específicas actuales, lo cual genera su control sea ineficiente.

En la actualidad no existe una ley que defina claramente las regulaciones específicas para los fideicomisos con fondos públicos, pero se enmarcan dentro de los lineamientos establecidos para la ejecución de los fondos públicos en general.

En el caso del derecho privado se puede encontrar literatura regulada para esos efectos en el Código de Comercio, al contrario de los casos de derecho público, no se ha definido algún documento que sustenta y respalde las inversiones en fideicomisos.

Así, se puede concluir que sin Ley General para los fideicomisos, no se puede optar por el mejoramiento de los controles y la utilización de esta figura con mayor amplitud.

Se desconocen los personeros encargados del control de los fondos fideicomitidos, según se demuestra en las entrevistas, el ente que se encarga de esa función de fiscalización y control es la Contraloría General de la República, pero no en todos los casos la Contraloría conoce o le sigue en pulso a la ejecución de los fideicomisos.

Las Unidades de Auditoría Interna realizan periódicamente un auditoraje, para determinar que todo lo realizado en el fideicomiso se ajusta a lo establecido en la Ley y contrato mismo.

4. Fondos Públicos

Se concluye que los funcionarios que están involucrados en el manejo de fondos públicos de cada uno de los Ministerios que pertenecen al Poder Ejecutivo, no tienen claro cuáles son los requisitos previos que se deben cumplir para colocación de los fondos públicos en las inversiones como fideicomisos.

Debido a la falta de información escrita de los requisitos que se deben cumplir para que cualquier entidad pública pueda utilizar la figura fiduciaria como instrumento de ejecución de fondos, los funcionarios públicos demuestran el desconocimiento de los pasos por seguir. Por ejemplo, muchos Ministerios no han podido incorporar fondos donados por Instituciones Internacionales en fideicomisos por no tener conocimiento de los requisitos del inicio de este proceso.

La Contraloría General de la República no cuenta con un sistema de fiscalización y control específico para verificar los fondos públicos colocados en fideicomisos, de ahí que cada vez que un fideicomiso se crea, los Ministerios realizan una serie de cuestionamientos y la Contraloría, a su vez una serie de

circulares o contestaciones a las petitorias planteadas, que muchas veces son criterios no claros que se prestan para malas interpretaciones.

Debido a estas interpretaciones erróneas, los Ministerios plantean fideicomisos para manejar los fondos asignados; lo cual no es correcto debido a que los fondos asignados son recursos para invertir en las actividades propias o sustantivas, por lo que es rechazada la petitoria por parte de la Contraloría, ya que no se puede manejar fondos de las actividades sustantivas en fideicomisos porque se estaría creando otra entidad paralela al Ministerio y éste perdería su razón de ser.

Muchas veces se piensa que los fideicomisos en el Sector Público, en este caso Poder Ejecutivo, son creados para evadir los procedimientos de contratación, topes presupuestarios y controles establecidos; cuando por el contrario son utilizados por su flexibilidad y agilidad, para brindar prontitud de ejecución y poder llegar al producto final de la mejor manera.

5. Fideicomiso en el Poder Ejecutivo

Debido a la falta de una Ley general de fideicomisos con fondos públicos, no se tienen lineamientos establecidos, sino que para cada uno de los fideicomisos creados, se confecciona un contrato entre el fideicomitente y el fiduciario, en el cual se describen algunas cláusulas que protegen ese fideicomiso,

pero esto no es general, es decir, no todas las cláusulas establecidas para un fideicomiso deben de determinarse en otro fideicomiso, ya que cada Entidad tiene su propia necesidad de inversión y por ende así será su seguridad en el contrato.

Es necesario que se determinen los lineamientos estándares por seguir, para los casos de fideicomisos con fondos públicos.

Es de suma importancia determinar cuáles son los alcances y limitaciones que se tienen cuando se utiliza la figura fiduciaria, ya que muchas de las personas entrevistada desconocen estos puntos.

Uno de los alcances que se obtiene con los fideicomisos es que es una figura de inversión flexible y ágil, lo cual hace que la ejecución del presupuesto se dé con mayor rapidez.

Así, también el fideicomiso es seguro, debido a que se tienen varios auditorajes en el año de los entes encargados del control, a saber, la Contraloría General de la República, las Auditorías Internas del Fiduciario y las Auditorías Externas.

Por el contrario, las limitaciones que se tienen es que si no existe una Ley o un fin específico que no sea la actividad sustantiva de la Institución un Contrato

debidamente refrendado, no se puede utilizar este instrumento de inversión en el Sector Público.

6. Políticas de Ejecución y Control

Como ya es conocida la falta de una Ley general para fideicomisos, las políticas de ejecución son emanadas por la Contraloría General de la República cada vez que un Ministerio desea recurrir a inversiones utilizando la figura fiduciaria.

Estas políticas no son en todos los casos las mismas, ya que cada Ministerio por aparte trata de incorporar sus fondos en fideicomisos, de la mejor manera posible.

Como la Contraloría General de la República no cuenta con un documento de soporte técnico de fideicomisos, entonces se pronuncia conforme a las solicitudes y planteamientos de los Entes Estatales.

Las políticas de control que realiza la Contraloría no son muy acertadas, ya que cada uno de los comités especiales destinados a la autorización de ejecutar los fondos fideicomitados, no presentan periódicamente informes al Ente Contralor para que éste se entere de todo su desarrollo.

B. Recomendaciones

1. Responsabilidades del Fideicomitente

Si bien es cierto que todo funcionario público tiene su responsabilidad cuando se ejecutan fondos públicos y que esta responsabilidad no se transfiere, es necesario hacerlo del conocimiento de todo trabajador del gobierno, ya que ningún funcionario puede negar desconocimiento de las leyes de Costa Rica.

2. Fideicomitente, Fiduciario y Fideicomisario

Se recomienda determinar en forma escrita los derechos, responsabilidades y obligaciones que tiene cada una de las figuras vinculadas en la implementación del fideicomiso, con el fin de cada uno de ellos sea capaz de actuar de la mejor manera posible.

3. Ejecución de lo Fideicomisos

Según los datos obtenidos se puede determinar que el fideicomiso es una figura segura, sólida y confiable en cuanto a administración de bienes se refiere; siempre y cuando se establezcan controles adecuados.

Al no existir suficiente jurisprudencia en materia fiduciaria para el Sector Público, se recomienda por seguridad de los fondos públicos fideicomitidos que se establezca una Ley general que mencione claramente cuáles son los requisitos, regulaciones y controles que se deben dar para la implementación de esta figura fiduciaria para el Gobierno; para trabajar bajo un patrón de desarrollo y satisfacer eficientemente las necesidades institucionales y de la población en general.

4. Fondos Públicos

Se recomienda que la Contraloría General de la República defina cuáles son los fondos públicos que se pueden invertir como fideicomisos y así los Ministerios no incurrirán en errores al utilizar fondos no autorizados para este fin.

Además, enmarcar en una guía, los requisitos previos, procedimientos, instituciones controladoras, derechos, responsabilidades y obligaciones que deben cumplir las personas vinculadas en la ejecución de los fondos fideicomitidos.

5. Fideicomisos del Poder Ejecutivo

Dar a conocer por medio de una guía los alcances y limitaciones que se tienen cuando se invierten fondos públicos como fideicomiso.

6. Políticas de Ejecución y Control

La Contraloría General de la República debe establecer las políticas de ejecución y control para recibir periódicamente los informes de ejecución de los fondos fideicomitidos; de esta manera se podrá mantener un control cruzado entre los demás entes controladores.

**CAPITULO VI
PROPUESTA**

Introducción

A continuación se presenta la Propuesta de una guía que indique los pasos por seguir para la creación de un fideicomiso con fondos públicos.

Mediante la estrecha y directa vinculación entre los aspectos jurídicos con los aspectos administrativos del fideicomiso con fondos públicos, se desarrolla una guía en la cual se determinan los requisitos previos y procedimientos de control y fiscalización de la figura fiduciaria por medio del Poder Ejecutivo.

Esto permitirá dar a conocer a todos los Ministerios que integran el Poder Ejecutivo, de qué manera se instaura un fideicomiso con fondos públicos.

Esta guía básica ayudará a decidir cómo realizar las inversiones como fideicomisos con fondos públicos, sobre una base de la normativa jurídica legal, procurando obtener la mayor información posible para administrar y controlar los recursos fideicomitados.

Al desarrollar una guía, se cuenta con una serie de aspectos que son necesarios para conocer el desarrollo de las inversiones de fideicomisos con fondos públicos.

Desarrollo de la Propuesta

A. Del Fideicomiso

El Fideicomiso es una relación de confianza entre dos personas, por la que una cede a la otra la propiedad de una cosa para que la administre en beneficio de un tercero. Es el traslado temporal de los fondos públicos a una institución financiera para su administración.

Todo fondo público podrá ser criterio de inversión como figura fiduciaria. Se entenderá como fondos públicos los recursos, valores, bienes y derechos propiedad del Estado, de órganos, de empresas o de entes públicos.

Se entiende como recursos, todo medio de pago de curso legal y forma de riqueza que un país explota para producir bienes y servicios; los valores es el poder adquisitivo, bienes, servicios y/o propiedades; y los bienes son propiedades inmuebles o muebles que existen y se pueden tocar.

Esta herramienta es la que permite administrar los recursos públicos de una manera más eficiente y con menos costos.

La figura fiduciaria tiene su límite hasta donde le llegue la imaginación al fideicomitente.

El fideicomiso es una modalidad de derecho de propiedad y debería ser desarrollado por un banco, por su seguridad y garantía, sobre todo por la experiencia que da el mejor desenvolvimiento de este instrumento.

1. Las principales características del fideicomiso

- 👉 La confianza de doble vía: del cliente hacia la fiduciaria y viceversa. El fiduciario deberá emplear en el desempeño de su gestión el cuidado de un buen padre de familia.
- 👉 Una finalidad para cumplir: debe existir para que se pueda realizar un negocio fiduciario. La transferencia de los bienes cuando la hay, sólo busca el cumplimiento de una finalidad. Esta finalidad debe estar expresamente en el contrato fiduciario.
- 👉 Un gestor profesional: la sociedad fiduciaria gestiona y cumple en forma profesional los encargos que le encomiendan sus clientes, en la forma en que éstos o la ley les señale.
- 👉 Una separación absoluta de bienes: el fiduciario debe mantener una separación total entre su propio patrimonio y los bienes que le entregan los clientes para su administración, asimismo, las cuentas contables deben llevarse independientes.

- 👉 Conformación de un patrimonio autónomo: es crear un patrimonio propio para la figura fiduciaria.

2. Cláusulas mínimas en el contrato de fideicomiso

- 👉 Partes del contrato: se destaca quiénes son las personas que integran el contrato, es decir, quién es el fideicomitente, fiduciario y quién o quiénes los fideicomisarios.
- 👉 Objeto del contrato: se destaca en forma detallada cuáles son los bienes que e traspasan al fiduciario en calidad de fiduciaria y que van a construir el patrimonio fideicomitado.
- 👉 Finalidad del contrato: se detalla cuáles serán los fines del fideicomiso y cuáles son las funciones que debe cumplir el fiduciario. La finalidad está estrechamente relacionada con el tipo o clase de fideicomiso que se haya suscrito.
- 👉 Plazo del contrato: se detalla el plazo por el cual se suscribe el fideicomiso y automáticamente su posibilidad de prórroga.
- 👉 Honorarios del fiduciario: se indica cuál es la comisión que devengará el fiduciario por su gestión dentro del fideicomiso; cabe mencionar que el fiduciario no puede recibir más comisión que la señalada en el contrato.
- 👉 Rendición de cuentas: se establece la periodicidad en que el fiduciario entregará informes o cuentas sobre el manejo y administración del fideicomiso.

- 👉 Auditorías: en algunos casos se indica la obligación del fiduciario a contratar con cargo al fideicomiso, auditorías externas, por lo menos una vez al año, para la fiscalización del fideicomiso.
- 👉 Modificaciones al contrato: se establece si el contrato tiene posibilidad o no de que se le hagan modificaciones, las cuales deben ser por acuerdo entre las partes.
- 👉 Resolución de conflictos: se establece el procedimiento para resolver los conflictos que se puedan presentar con respecto a la administración y manejo del fideicomiso. Es usual que se contemple la posibilidad de que de no llegarse a un acuerdo entre las partes, el conflicto se dirima ante un Tribunal Arbitral, fuera de los Tribunales de Justicia.

3. Causas de la extinción del fideicomiso

- 👉 La realización del fin para el cual fue constituido.
- 👉 Derecho de revocatoria del fideicomitente, siempre y cuando se haya reservado ese derecho.
- 👉 Por falta del fiduciario, cuando se haga imposible sustituirlo.

B. De la Constitución del Fideicomiso

El fideicomiso debe ser constituido por escrito, mediante un documento llamado contrato, en el cual se estipulan las cláusulas que lo regula y se determina el fin de la inversión. Esta inversión debe ser de carácter lícito y por una necesidad del fideicomitente.

En la suscripción del contrato debe estar presente el fideicomitente y el fiduciario y se determina quién o quiénes serán los fideicomisarios.

Cuando el Fideicomiso se constituye con bienes sujetos a inscripción deberá ser inscrito en el Registro Público Nacional en la Sección de Propiedad, a nombre del fiduciario, en su calidad de administrador del fideicomiso.

Cuando se utilice alguna figura contractual privada, se entenderá que se hace con un sentido instrumental, prevaleciendo en todo caso las regulaciones de derecho público, en lo que concierne la formación de la voluntad administrativa y el respeto de los principios y procedimientos de la contratación administrativa.

Los fondos fideicomitados no podrán ser gravados ni sujetos de embargo, ya que integran un Patrimonio Autónomo, pero si deberán de rendir el debido impuesto de la Renta, el cual es declarado por el Fiduciario.

Es inconstitucional el otorgamiento de personería jurídica instrumental a un órgano que desea que sus gestiones sean más eficientes y flexibles y que la vez le permitan trasladar dicha gestión a un fideicomiso, esto porque transgrede los principios constitucionales en materia presupuestaria y el funcionamiento en general de la Hacienda Pública.

1. Pasos para la constitución de un fideicomiso con fondos públicos

Contar con los fondos necesarios para la creación del fideicomiso.

La institución que desea crear el fideicomiso debe tener bien clara la necesidad de utilizar esta figura.

Presentar ante la Asamblea Legislativa el proyecto de ley, previa revisión de la Contraloría General de la República.

Realizar el concurso para la contratación del fiduciario.

Confección el borrador del contrato.

Enviar el borrador del Contrato a la Contraloría General de la República, para su debido refrendo (cumplimiento del principio de legalidad).

C. Del Fideicomitente

El fideicomitente es conocido también como fiduciante o constituyente, éste es la persona o dueño de los recursos que se desean colocar en fideicomiso.

La constitución del fideicomiso queda bajo la responsabilidad del fideicomitente o la Administración que solicita su creación.

El Fideicomitente traslada la titularización de los bienes al fiduciario; se entenderá con titularización la calidad jurídica que determina la entidad del poder de una persona sobre un derecho público, dentro de una relación jurídica.

El Fideicomitente debe dejar claramente escritas las instrucciones pertinentes de la operatividad del fideicomiso y de la inversión que se realice, la cual en todo caso debe ser de absoluta y notoria solidez. La inversión no puede ser en bienes especulativos.

El Estado puede ser el constituyente del fideicomiso siempre y cuando, el fin de éste sea buscar el beneficio de las clases sociales marginadas del país.

Todo funcionario público deberá desarrollar sus tareas o actividades de la mejor manera posible, satisfaciendo el interés público, en conformidad con el ordenamiento jurídico establecido; los valores de seguridad jurídica para la

comunidad y el individuo, a los que no puede en ningún caso anteponer la conveniencia.

Para los entes privados el principio es que todo lo que no ésta prohibido, está permitido, pero para el órgano público se entenderá prohibido solamente lo que no constituye el campo de especialidad del ente.

1. Derechos del fideicomitente

- 👉 Señalar que en qué tipo de inversiones puede el fiduciario colocar los fondos fideicomitados y definir su concentración de plazos.
- 👉 Revocar en cualquier momento la Fiducia, cuando así lo haya previsto el contrato.
- 👉 Solicitar la remoción de la sociedad fiduciaria cuando haya una causa justificada, y nombrar a otro que sustituya a la primera.
- 👉 Obtener, al término del negocio fiduciario, la devolución de los bienes que hubiere entregado a la fiduciaria a menos de que en el contrato se hubiera estipulado que deben entregársele a otra persona.
- 👉 Exigir al ente fiduciario que con la periodicidad acordada, le rinda cuenta de la gestión administrativa del fideicomiso.

2. Obligaciones del fiduciante

- ☞ Nombrar al sucesor del fiduciario, si por cualquier causa éste faltare, o bien en su defecto, por un juez civil
- ☞ Remunerar al fiduciario por la labor desempeñada como administrador de los bienes fideicomitidos. Si la administración de los bienes no alcanza para pagarle, el fideicomitente asume el costo de la gestión.
- ☞ Realizar el reembolso de los gastos incurridos por el fiduciario en el desempeño de sus labores en relación con el fideicomiso establecido.

D. Del Fiduciario

El fiduciario es la entidad financiera encargada de administrar los fondos fideicomitidos.

El fideicomitente traslada al fiduciario la propiedad de acciones, derechos o bienes, para administrarlos y éste queda obligado a emplearlos en fines lícitos y de acuerdo con lo establecido en el propio contrato.

Los bienes fideicomitidos deben formar parte de un patrimonio autónomo, es decir, separado del patrimonio de la entidad financiera; tener libros contables de igual manera separados.

Debido a esta razón de separación de patrimonio, los bienes fideicomitidos no pueden ser embargables pero sí debe declarar cada período fiscal el impuesto de Renta, y éste será presentado por la entidad financiera.

El fiduciario deberá diversificar sus inversiones, es decir no podrá invertir más de la tercera parte del patrimonio autónomo del fideicomiso en un sólo negocio, esto con la finalidad de reducir los riesgos de posibles pérdidas.

1. Responsabilidades del fiduciario

- 👉 Este responderá por cualquier pérdida que fuere ocasionada por su culpa o negligencia en la inversión o en el manejo y atención de los bienes fideicomitidos.
- 👉 En toda operación que implique adquisición o sustitución de bienes o derechos, o inversiones de dinero o fondos líquidos, debe el fiduciario ajustarse estrictamente a las instrucciones del fideicomiso.
- 👉 Diversificar las inversiones para reducir el riesgo de posibles pérdidas
- 👉 Debe pagar los impuestos y tasas correspondientes, a los bienes fideicomitidos.

2. Las obligaciones del fiduciario

- 👉 Llevar a cabo todos los actos necesarios para la realización del fideicomiso, el fiduciario tiene la obligación de realizar todas las gestiones necesarias para cumplir con el fin del fideicomiso.
- 👉 Identificar los bienes fideicomitidos, registrarlos, mantenerlos separados de sus bienes propios y de los correspondientes a otros fideicomisos que tenga, e identificar su gestión al fideicomiso en nombre del cual actúa.
- 👉 Rendir cuenta de gestión al fideicomisario o su representante, y en su caso, al fideicomitente o a quien éste haya designado. Esas cuentas se rendirán, salvo estipulación en contrario, por lo menos una vez al año.
- 👉 Con preferencia a los demás acreedores, cobrar la retribución que le corresponda.
- 👉 Ejercitar los derechos y acciones necesarios legalmente para la defensa del fideicomiso y de los bienes objeto de éste.
- 👉 Guardar el secreto fiduciario.
- 👉 Actuar en la administración y manejo del Fideicomiso como un buen padre de familia.

3. Los principios rectores del fiduciario

- 👉 La prudencia es el cuidado que debe tener el fiduciario a la hora de ejercer su administración.
- 👉 La lealtad pues todos los rendimientos obtenidos mediante la gestión fiduciaria deben ser dirigidas al fideicomisario o beneficiario.
- 👉 Confidencialidad, el fiduciario debe tener respeto por los negocios de su cliente, es decir no incurrir en divulgación de información.

- 👉 Representatividad, el fiduciario debe actuar en nombre y en representación del patrimonio del cual es titular.

E. Del Fideicomisario o beneficiario

Es la persona a favor de la cual se constituye el fideicomiso, es decir, la persona que hará uso de los bienes o derechos que le fueron traspasados al fiduciario.

El fideicomisario puede ser el mismo fideicomitente, es decir, es la persona que se beneficiará económicamente del fideicomiso.

1. Los derechos del fideicomisario

- 👉 Exigir del fiduciario el fiel cumplimiento de sus obligaciones.
- 👉 Perseguir los bienes fideicometidos para reintegrarlos al patrimonio fideicomisado, cuando hayan salido indebidamente de éste.
- 👉 Pedir la remoción del fiduciario cuando proceda.
- 👉 Oponerse a cualquier embargo o ejecución de los bienes dados en Fiducia.

Si el Fideicomisario es la misma persona que el Fideicomitente, éste posee todos los derechos que le corresponden al último, como tal.

F. Del Órgano Controlador

La Contraloría General de la República es el ente auxiliar de la Asamblea Legislativa.

Establece la autorización de la utilización de la figura fiduciaria en el Sector Público, esto posterior a la promulgación de la Ley de Contratación Administrativa, brindando un refrendo al contrato.

La Contraloría General de la República asigna el debido refrendo o aprobación de los contratos celebrados por el Estado y los que por ley especial debe cumplir con este requisito, dentro de un plazo no mayor a 30 días hábiles.

El refrendo es el medio por el cual se verifica la legitimidad de un acto de una institución o ente público y constituye un requisito de eficacia obligatorio; la falta de refrendo por parte de la Contraloría General de la República deriva en la nulidad de la ejecución, la imposibilidad de pago y la responsabilidad personal del servidor.

La Contraloría General de la República es el ente encargado de la vigilancia de la Hacienda Pública, que dicta y da pronunciamientos de obligatorio acato para

las entidades y órganos públicos; es rectora del sistema de fiscalización y auxiliar de la Asamblea Legislativa.

Ejerce la facultad de fiscalización y control a los entes privados que administren los fondos o actividades públicas que indica la Ley.

La fiscalización y control que ejerce la Contraloría comprende el conjunto de normas que regulan la competencia, la estructura, la actividad, relaciones, procedimientos y responsabilidades de esa fiscalización.

La fiscalización debe ser constante, debido a que se resguardan los fondos públicos y tienen prevalencia en el interés público, así como aplicar los principios constitucionales como la debida razonabilidad en los gastos públicos.

Los fines primordiales del ordenamiento de control y fiscalización serán garantizar la legalidad y eficiencia de los controles internos y manejo de los fondos públicos.

G. De la Auditoría Interna

Los jefes de cada ente u órgano de Gobierno son los encargados y responsables de establecer, mantener y perfeccionar sus sistemas de control

interno, con base en el ordenamiento que dicta la Contraloría General de la República y de acatamiento obligatorio para la Administración.

La auditoría interna ejercerá sus funciones con independencia funcional y de criterio, respecto al jerarca pero se organizará y funcionará conforme a lo establecido en el Manual de Auditoría Interna y disposiciones de la Contraloría General de la República.

1. Potestades de la Auditoría Interna

- 👉 Libre acceso a toda información que se maneje en el ente público relacionadas con su actividad.
- 👉 Solicitar información a los funcionarios en la forma, condiciones y plazo que crea más conveniente, para el cumplimiento de sus funciones.
- 👉 Cualquier otra, necesaria en el cumplimiento de sus deberes.

2. Deberes de la Auditoría Interna

- 👉 Controlar y evaluar el sistema de control interno y proponer medidas de corrección.
- 👉 Cumplir con las normas de auditoría.
- 👉 Realizar auditoría y estudios especiales.
- 👉 Asesorar en la materia al jerarca de la Institución.

✎ Autorizar la apertura de los libros contables y de actas que debe llevar el ente en forma reglamentaria.

✎ Otros.

H. Del Marco Legal

1. Ordenamiento jurídico de los fideicomisos

Los contratos de fideicomisos están legislados por el Código de Comercio en los artículos 633 al 666 y por el artículo de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional y sus reformas.

2. Ordenamiento jurídico de los fondos públicos

✎ Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

✎ Ley General de Administración Pública.

✎ Ley de Administración Financiera de la República.

✎ Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento.



BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

Ana Bavaresco de Prietto. Las Técnicas de Investigación. Editorial Iberoamericana. . 1986.

Ander Egg, Ezequiel. Técnicas de Investigación Social. Vigésima Primera Edición. Buenos Aires. 1989.

Arellano, Jaime. Elementos de Investigación. EUNED. San José. 1990.

Barrantes Ramos, Roy. Sistema de presupuesto de operaciones y procedimientos de control interno para DISAMI comercial Ltda. Tesis. 1994.

Best. John W. Cómo Investigar en Educación. Novena Edición Ediciones Morata. 1982.

Canales, Francisca H - Alvarado, Eva Luz – Pineda Beatriz, Elías. Metodología de la Investigación. 1989.

Castro Alfaro, Isabel Odilie – Henríquez Araya, Alexander. Propuesta para la creación de un Fideicomiso de Administración de Cesantía en el Banco Internacional de Costa Rica. Tesis. 1999.

Cedeño Gómez, Alvaro. Administración de la Empresa. Tercera Edición. 1993.

Chiavenato, Idalberto. Introducción a la Teoría General de la Administración. Cuarta Edición. 1995.

Código de Comercio, San José, IJSA, 9na Edición, 1998.

Constitución Política. Imprenta Nacional. San José. 1980.

Drake López, Ronald. Administración Estratégica de Fideicomiso. Asecredi F&F s.a. 2000.

El Control Superior de la Hacienda Pública y sus antecedentes Históricos en Costa Rica. [Http://www.cgr.go.co/paginas/de_lo_nuestro/antecedentes/antecede.htm1](http://www.cgr.go.co/paginas/de_lo_nuestro/antecedentes/antecede.htm1)

Enciclopedia Salvat. Diccionario .

Fred N. Kerlinger. Investigación del Comportamiento. Tercera Edición. Editorial McGraw-Hill Iberoamericana. México. 1992.

Fulmer, Roberth M. Administración Moderna. Editorial Diana. 1980.

Gallardo Helio. Elementos de Investigación Académica. EUNED. San José. 1991.

Gamboa Chaverri, Roberto. Oficio DAJ- 1598. Sobre la naturaleza jurídica del Fideicomiso. Contraloría General de la República. Dirección General de asuntos jurídicos. 1999.

Godfrey Leal, Helen Noelia. Análisis del entorno empresarial de la Empresa Alvi s.a. para establecer un sistema de exportación de comedores rotativos para cerdos en Centroamérica y Panamá. Tesis. 1998.

Gómez. Miguel. Elementos de Investigación. La investigación a través de su informe. Octava Edición. EUNED. San José. 1990.

Goode William J. Hatt Paul K. Métodos de Investigación Social. Editorial Trillas. México. 1990.

J.M. Rosenberg. Diccionario de administración y finanzas. España.

Jorge Porras Zamora, El Fideicomiso en Costa Rica, San José, 1ª Edición, 1998.

Koonstz, Harold – O'Donnell, Cyril – Weirich, Heinz. Elementos de Administración. McGraw Hill. 1983.

Ley de la Contratación Administrativa. Ley 7612. Gaceta 148. San José. 1996. 89

Ley General de la Administración Financiera. San José. Imprenta Nacional. 1989.

Ley General de la Administración Pública. Decreto Ejecutivo 8979-P. San José. Imprenta Nacional. 1980.

Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. Ley 7428. San José. 86

Océano Uno Color. Diccionario Enciclopédico. Edición 1996.

Porras Zamora, Jorge. El Fideicomiso en Costa Rica. Primera Edición. Costa Rica. 1998.

Quintana, Juan. Elementos de Investigación. EUNED. San José. 1983.

Reglamento General de la Contratación Administrativa. Decreto 25083-H. Gaceta 62. 1996.

Rodríguez Azuero, Sergio. Contratos Bancarios: su significación en América Latina. Bogotá. Editorial ABC Ltda. 4 Edición. 1990

Stoner – Freeman – Gilbert. Administración. Sexta Edición. México. 1996.

Stoner James A.F. – Wankel Charles. Administración. Tercera Edición. 1989.

Tacsan Chen, Rodolfo. Banca, Instituciones e Instrumentos Financieros. EUNED. 1984.

Vega Bolaños, José A. Ley y Reglamento de Contratación Administrativa.

Venegas Jiménez, Pedro. Algunos Elementos de Investigación. San José. EUNED. 1986.

Villagordoa, Joé M. Revista Eficiencia Empresarial. San José. 1995.

Viquez Ugalde, Juan - Tencio Olivas, Marietta. Propuesta de una Guía para integrar el Plan Anual Operativo al Presupuesto del Ministerio de Salud. Tesis.1995.

Weston, F.J. – Brigham, E.F. Fundamentos de Administración Financiera. Séptima Edición. Mc Graw Hill. 1987.

Cuestionario dirigido a los Oficiales
Presupuestales de los Ministerios del
Poder Ejecutivo

CUESTIONARIO PARA LOS OFICIALES PRESUPUESTALES DE LOS DIFERENTE MINISTERIOS

Buenos días (tardes) :

El propósito del presente cuestionario es el análisis de los lineamientos de operación y control en el manejo de los fideicomisos en el Poder Ejecutivo, para ello le solicito fuera tan amable de contestar unas preguntas que no le tomará mucho tiempo. La información que nos proporcione será manejada confidencialmente.

1. Qué es para usted un fideicomiso?

2. Referente a la Ley Costarricense, Cuál es el marco legal básico que rige a los Fideicomisos?

- ◆ La Ley de Contratación Administrativa
- ◆ La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República
- ◆ La Ley de Administración Financiera
- ◆ El Código de Comercio
- ◆ La Constitución Política
- ◆ Todas las anteriores
- ◆ Ninguna de las anteriores

3. Cuáles son los Fondos que pueden colocarse en un fideicomiso?

- ◆ Fondos de Gobierno
- ◆ Fondos Internacionales
- ◆ Ingresos por Servicios (cuentas especiales)
- ◆ Cualquier fondos
- ◆ Otros

9. A quién le corresponde la verificación del buen uso del fideicomiso dentro de la Institución?

- ◆ Despacho del Ministro
- ◆ Despacho del Viceministro
- ◆ Oficialía Mayor
- ◆ Oficial Presupuestal
- ◆ Auditoría Interna
- ◆ Todas las anteriores
- ◆ Auditoría Interna y Oficial Presupuestal
- ◆ Ninguna

10. Cree usted que los fondos públicos pierden su origen de públicos cuando se invierten en fideicomisos?

- ◆ Si
- ◆ No

Porqué

11. El fiduciario debe ser escogido por medio de procedimiento ordinario de contratación, cuál es ese procedimiento?

- ◆ Compra Directa
- ◆ Licitación Restringida
- ◆ Licitación por Registro
- ◆ Licitación Pública
- ◆ Todas las anteriores
- ◆ Solo las licitaciones
- ◆ Ninguna

Entrevistas realizadas a los
Encargados de los Fideicomisos
existentes en el Poder Ejecutivo

En la entrevista realizada al Licenciado Edgar Toruño, representante del Fideicomiso instaurado por el Ministerio del Ambiente y Energía(FONAFIFO), comenta:

¿De qué manera se establece el contrato de fideicomiso con fondos públicos?

“Esto ha variado bastante, hace algunos años para abrir un fideicomiso en el Sector Público tenía que haber una Ley que así lo indicara, pero posteriormente ha ido variando la posición de la Contraloría, entonces ahora para abrir un fideicomiso, primero, que exista una justificación, de porqué se debe manejar los recursos en fideicomisos y de esa manera se obtiene la aprobación de la Contraloría, si se le justifica y de ahí se confecciona un contrato que debe llevar un refrendo del Ente Contralor. Esto ya que no es necesaria una Ley que respalde dicho fideicomiso.

El Contrato lleva varios puntos: cómo se va a manejar el fideicomiso, cuáles son las obligaciones, deberes y derechos del Ente Fiduciario, Fideicomitente y definir quiénes van a ser los Fideicomisarios, todo esto se estipula en el contrato, o bien se puede hacer más general y posteriormente se establece en reglamentos internas, como por ejemplo: dentro del reglamento interno de FONAFIFO, define el reglamento de crédito, el cual indica cuáles son las actividades que se van a financiar a qué tasa de interés, puntos específicos que no se incluyen dentro del contrato.”

¿Cómo se debe escoger el Ente Fiduciario?

“Se debe seguir un proceso de contratación, porque el que está contratando es el ente Público, y se deben seguir los lineamientos de contratación. Difiere un poco cuando se van a realizar contrataciones dentro del Fideicomiso, entonces lo que se debe seguir son los principios de Contratación Administrativa.”

¿Quién ejerce el control de la ejecución de los fondos colocados como fideicomiso?

“El fideicomiso tiene los recursos, el Ente Fiduciario actúa como un buen Padre, el contrato del fideicomiso le da ciertas potestades, La Junta Directiva es la que actúa como Fideicomitente de FONAFIFO, la cual le da directrices al Banco de cómo se va a ejecutar los fondos del fideicomiso y la Unidad Ejecutora de FONAFIFO presenta un presupuesto ante la Junta Directiva, la cual lo aprueba o desaprueba y se le comunica al Banco la decisión de la Junta Directiva, y el Banco Fiduciario registra el presupuesto aprobado, luego se presentan los gastos (factura de compra), el Banco lo revisa contra el presupuesto asignado y desembolsa el cheque.”

¿De qué manera se realiza el control de ejecución?

“Existe un doble control, el Banco como Fiduciario, lleva su control de ejecución del gasto, ya que si se va a gastar en una subpartida y no tiene contenido, ellos inmediatamente nos lo informan, pero a la vez nosotros llevamos otro control presupuestario para ver que no nos estamos sobre girando. El control de la ejecución interna lo lleva la unidad ejecutora y es informado a la Junta Directiva”

¿Cuáles son algunas de las causas para la finalización del fideicomiso?

“Porque así lo establece el contrato, generalmente el contrato tiene un plazo determinado, puede ser prorrogable por varios períodos, también por quiebra del banco, el mal manejo de los fondos por parte del Banco que no cumplan ciertos puntos que estén estipulados en el contrato y que sea causal de solicitar el cierre del fideicomiso para abrirlo en otro Banco, y así enumerables situaciones.”

¿Cree necesaria la intervención de la Auditoría Interna y la Oficialía Presupuestal en la ejecución de los fondos del Fideicomiso?

“Existe un control posterior de parte de la Contraloría General de la República, que en cualquier momento puede revisar las ejecuciones, también se hacen auditorías externas, en la cual indica la buena o mala ejecución de los recursos. Entonces se tiene el Control de la Contraloría, de Auditorías Externas, del Banco y de la Unidad Ejecutora.

Sería redundante el control de la auditoría interna del Ministerio ya que se tiene varias auditorías en el período, pero perfectamente lo puede hacer.

En este caso el Fideicomitente es FONAFIFO, en la Ley # 7575, exonera a FONAFIFO de todo pago de impuestos tasa o derecho, por lo tanto no tiene ninguna vinculación con la Oficialía Presupuestal, ahora con la nueva Ley de Simplificación Tributaria, eliminaron este artículo, por lo que estamos estudiando como queda FONAFIFO.”

¿Quién es el responsable de la mala ejecución de los fondos? ¿Quién resguarda documentación de cada egreso que se realice al presupuesto fideicomitido?

“El Fiduciario, ya que él lleva el control de los gastos. Este mismo ente es quien resguarda toda la documentación en FONAFIFO, no se guarda documentación original pero si nos dejamos un copia por seguimiento, entonces las auditorías revisan en el Banco. Así que todo desembolso que se realice tiene un documento de respaldo (factura) la cual queda en el Ente Fiduciario.”

¿Cuáles son los fines generales de la colocación de los fondos públicos en fideicomisos?

“El Fideicomiso es una herramienta que da cierta flexibilidad en su operación, esta flexibilidad es relativa al hacer un fideicomiso por hacerlo, existen muchas Instituciones que piensan que es evitar un poco los controles de Contraloría y otros. Todo esto es un proceso, de ir conociendo las ventajas y desventajas que ofrece el fideicomiso, permite cierta flexibilidad, por ejemplo, que no se tenga seguir completamente los procesos de contratación, ante Proveeduría Nacional, esto es una ventaja. También no se requiere una estructura administrativa ya que esa función la desempeña el Banco.”

¿Cuál es el impacto socioeconómico del uso de los recursos fideicomitidos?

“La mejor utilización de los recursos, por ejemplo, los bancos por ser Entes especializados, ya que algunos cuentan con puestos de bolsa y las inversiones que se pueden realizar, se hacen con mayor seguridad y detalle de lo que podría hacer un área o persona creada para tal efecto. Económicamente se mejora la función y las actividades inherentes a lo que es el fideicomiso y socialmente permite maximizar los recursos en determinadas actividades para el beneficio del fideicomisario, en este caso al cual van dirigidos los recursos.”

2. En la entrevista realizada al Licenciado Edgar Briceño, representante del Fideicomiso instaurado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (PRONAMIPE), comenta:

¿De qué manera se establece el contrato de fideicomiso?

“Hay algo más importante que es saber la razón del fideicomiso. Hay personas que creen y se dan cuenta que existe una figura exótica llamada fideicomiso y en realidad no saben para que es el fideicomiso. El fideicomiso debe de tener un propósito y tiene que estar ubicado en función de la libertad de trabajo que requiere una Institución o programa, tiene que haber siempre una razón especial o particular que permita decir, esto es mejor manejarlo por medio del fideicomiso. Existen dos razones fundamentales: una en el caso del Ministerio de Trabajo hay funciones que no son tan

fáciles de manejar en situaciones normales, por ejemplo, la Cooperación Internacional, le dice estoy dispuesto a cooperar con usted para desarrollar un programa de apoyo a la micro empresa, pero los fondos no deben llegar a las arcas del Gobierno, porque ahí pasan a caja única y esto es un problema. Ahí hay una función que no es de la naturaleza normal del Ministerio, se dice que se ingrese dentro de un programa, entonces un programa es diferente a una Institución, ya que la Institución es permanente, tiene un presupuesto definido, un plan operativo, plan de trabajo, ley orgánica y personería jurídica. En cambio el programa es algo que se supone que es algo temporal. El programa que con el tiempo ha dado origen a una Institución Pública, pero lo normal es que la Institución pública dé origen a programas. Dos es que los instrumentos que se generan en la Ley de Administración Pública y la Ley de Administración Financiera, son instrumentos que no son tan flexibles desde el punto de vista de lo que requiere un programa como este. Debe existir un propósito para la creación de un fideicomiso.” Los Gobiernos tienen la posibilidad de crear fideicomisos para administrar fondos en una comisión especial, debe que existir un acuerdo o contrato.

¿Quién ejerce el control de la ejecución de los fondos colocados en fideicomiso?

“Depende de la actividad específica que quiera incluir en fideicomiso (de inversión o gestión), porque el fideicomiso es una figura administrativa. Se supone que el Banco por ser el fiduciario debería de hacer la mayor cantidad de trabajo, pero como es un trabajo especializado, entonces nosotros contamos con personal de dos tipos, uno es el personal del banco estrictamente del departamento de fideicomisos(cajeros, tesorería, custodia de valores, etc.) y el segundo grupo es el personal que trabaja para el fideicomiso en específico y esto es gobernado por un comité especial, el cual está integrado por fiduciario, fideicomisario y fideicomitente. Hay dos tipos de ejecución: de políticas y control y políticas, las lleva a cabo el fideicomitente por medio del representante que nombra el Ministro.”

¿De qué manera se realiza ese control?

“Auditoría Interna del Banco realiza estudios de la parte operativa, la Auditoría Externa que audita todos los años la gestión de cada año y la Auditoría Interna del Ministerio. La Contraloría General de la República de vez en cuando pregunta sobre el cumplimiento de los extremos formales pero realmente no se involucra ya que considera que, uno de sus brazos ejecutores es Auditoría Interna del Ministerio de Trabajo y dos la Auditoría Externa le ofrece una muy buena garantía de que todo está bien.”

¿Quién es el responsable de la mala ejecución de los fondos?

“El Ministro es el que firma el contrato y nombra su representante, y éste tiene capacidad de para firmar cartas de intención y el convenio en sí lo sigue firmando el Ministro. El responsable del fideicomiso es el Ministro.”

¿Cuál e el costo beneficio de la utilización de esta figura contractual?

¿PRONAMIPE tiene personería jurídica? ¿Quiénes firman el contrato de fideicomiso?

“Se dan ahorros, en el fideicomiso cuando se necesita un cajero tiempo y se utiliza una octavo de tiempo, para que hacer todo un sistema informático para el programa, si solo lo que hacemos es una extensión del sistema que ya tiene el Banco y solo pago por una parte. Ahí es donde empieza un ahorro de costo pero lo más importante es que el Ministerio de Trabajo no podría llevar a cabo esta función sino es por medio de una figura de fideicomiso. PRONAMIPE no tiene personería jurídica depende de la personería jurídica del

Banco porque es un fideicomiso. Las personas que firma el contrato del fideicomiso son el Ministro y el Banco.”

¿Cuál es el impacto socioeconómico del uso de los recursos fideicomitidos?

“En PRONAMIPE, cada año hay 1.500 nuevos préstamos a personas de escasos recursos, que no son sujetos de préstamos o no son banqueables, a ellos se les brinda ese beneficio, o sea, tienen acceso a un crédito que en otras condiciones lo pueden conseguir más caro. Esto es una de las razones que justifica el PRONAMIPE.

Entrevista realizada al representante
de la Contraloría General de la
República

En la entrevista realizada al Licenciado William Harbotle Quirós. MBA, representante de la Contraloría General de la República, comenta:

¿Cómo se regulan los fideicomisos actualmente? ¿Es necesaria la implementación de un Ley General que regule los fideicomisos? ¿Cuál es el instrumento que regula actualmente el fideicomiso?

“No existe una regulación legal, específica o especial para la constitución de fideicomisos con fondos públicos pero el control y la fiscalización está claramente definida en la Constitución Política y la Ley Orgánica de la Contraloría General, específicamente en el artículo No. 9, se dice que fondos públicos son recursos, valores, bienes y derechos propiedad del Estado. Muchas personas piensan que el Estado es únicamente un Ministerio, pero no, la Administración Pública está compuesta por órganos Estatales y No Estatales, incluso la Contraloría tiene potestad de fiscalizar Entes Privados que administren recursos públicos. Así que la Contraloría no pierde el control o fiscalización, porque los recursos a pesar de que entran a un Patrimonio Autónomo, no pierden su naturaleza de público, esto sustentado en la Constitución Política en su artículo 11, como no hay ley específica para la regulación de fideicomisos, se regulan porque son fondos públicos.

Al no existir una Ley Marco General en materia de fideicomisos con fondos públicos, no se tiene material legal que defina cuáles son las formas para constituir, como se van a lograr los diferentes tipos fideicomisos (inversión, de titularización, garantía, administración, etc.), pero en este momento solo existe es la Ley que autorizó ese fideicomiso en particular; en materia de recursos públicos no hay nada escrito, de hecho lo único que está regulando los fideicomisos es el derecho privado el Código de Comercio y el artículo No.116 de la Ley Orgánica del Banco Central. Se puede decir que es materia del derecho privado que se puede aplicar en el derecho público, no existe una regulación

especial o específica para normar los aspectos de un fideicomiso con fondos públicos.

A pesar de que se tiene esa ausencia de legislación, básicamente por lo que se está regulando es por el contrato de fideicomiso, entonces el contrato del fideicomiso es un documento escrito, en él se deben especificar diferentes cláusulas, por ejemplo, cuáles son las partes que interviene, cuál es el objeto del fideicomiso (cartera de crédito, títulos valores), plazo, comisiones y una serie de aspectos más, si bien es cierto, que es un documento que contempla varias formas, se cree que este contrato debería de contemplar otros aspectos de carácter financiero y presupuestario.”

¿Existe actualmente una estructura organizacional que se debe cumplir dentro del fideicomiso?

“No, lo único que existe es lo que menciona el Código de Comercio, que son las tres partes: el fideicomitente, fiduciario y fideicomisario, y el comité especial que está en el artículo 116 de la Ley Orgánica del Banco Central, que habla de la posibilidad de constituir comités especiales o unidad técnica que vengán a administrar un poco más la operación o ejecución de esta actividad, por la magnitud del fideicomiso.”

¿Cuáles son los pasos por seguir para implantar un fideicomiso?

“En teoría, y se puede verificar en cada una de las leyes que han dado origen al fideicomiso, que algunos tienen aspectos regulados otros no. Por ejemplo, el primer paso es definir la necesidad básica para satisfacer a un fin público, si una Institución está dedicada a apoyar mediana empresa y esta es su actividad sustantiva u ordinaria, no puede constituir un fideicomiso que vaya a hacer esas mismas funciones, porque de acuerdo a la Ley Administración Pública establece que

cada órgano tiene responsabilidades establecidas y fueron creadas para alcanzar esos fines, entonces si como Institución tengo las atribuciones ya claramente definidas, y las voy a delegar en un fideicomiso, lo que se está haciendo es creando una estructura paralela y la Contraloría siempre se ha opuesto porque podría darse el caso de que se busque una forma alternativa para evadir responsabilidades, segundo que se demuestre que es el medio idóneo y tercero que no se utilice para evadir procedimientos de contratación, topes presupuestarios, controles de parte de la Contraloría o de la Auditoría Interna o de otro tipo, ni tampoco para constituir estructuras paralelas, son aspectos que se deben considerar, cuando se logra determinar que efectivamente no es para evadir ninguno de esos puntos, sino que es una forma de que se tenga que llegar a recurrir para administrar esos recursos para un fin determinado, entonces el paso por seguir es gestionar el proyecto de Ley, porque actualmente la Contraloría, con la aprobación en segundo debate de la Ley General de Administración Financiera y Presupuestos Públicos en el artículo 14, se dice que es obligatorio la aprobación de una Ley antes de constituir un fideicomiso. Entonces se debe enviar el ante proyecto de Ley a la Asamblea, previa revisión de la Contraloría, posteriormente aprobada la Ley se envía a la Contraloría el Contrato del fideicomiso con las partes porque ahí se debe seleccionar el fiduciario y se tiene que llegar a los acuerdos entre las partes de la comisiones y demás; la Administración fideicomitente debe velar para que se protejan los fondos públicos, no porque se ingreso a un fideicomiso, se acepta que el fiduciario imponga comisiones altas, etc. , se busca otro, pero tiene que existir una intención de velar por los fondos públicos; después de firmado el contrato y refrendado por la Contraloría, se traslada los recursos a un patrimonio autónomo. El refrendo del contrato debe ser previo a la firma del mismo, para la revisión de éste e impedir que tenga vicios.”

¿El Fideicomiso con fondos públicos puede ser gravado o encajado?

“Los recursos que se trasladan al fiduciario se convierten en un Patrimonio Autónomo, si bien es cierto que el titular es el fiduciario pero no es el dueño porque son recursos públicos, no por ello dejan de ser públicos, pero tampoco es ni del

fideicomitente ni del fiduciario sino del mismo fideicomiso. El fiduciario lo que hace es administrarlo de la forma más eficiente y el fideicomitente va a velar que se cumpla lo que se pactó. Entonces por ser un patrimonio autónomo no está afecto a embargo, por ejemplo, si el fiduciario o fideicomitente quebrara no va afectar el patrimonio autónomo, porque el fideicomiso como tal no es ni persona física ni persona jurídica es un patrimonio autónomo, el hecho de que el fideicomitente o fiduciario quiebran no van a afectar el patrimonio como tal. En cuanto al impuesto renta, la Ley del impuesto de Sobre la Renta No. 7092, del año 1980, establece que los fideicomisos van a pagar el impuesto de la Renta, el fiduciario es el responsable de reportar la declaración y la Ley de Simplificación de eficiencia Tributaria, establece que los fideicomisos deben pagar Renta.”

¿Se puede invertir los recursos líquidos en operaciones crediticias propias del fiduciario?

“En el Código de Comercio se establece hasta un tercio máximo, sin embargo no es conveniente que reinvierta en su propio banco, no es prohibido hasta cierto porcentaje.”

¿Quién asume el riesgo crediticio?

“El riesgo es algo que se puede medir pero no se puede eliminar, el hecho que se invierta 100% en títulos del Estado, le está dando mayor rentabilidad, confianza, mayor seguridad, pero no le está garantizando de que se vaya a perder ante una eventual crisis financiera, el riesgo es algo que está ahí y no se puede eliminar. El fiduciario asume el riesgo ya que debe de administrar de la mejor manera posible, como tal se le está contratando, porque es el especialista de la administración de recursos y es el órgano

que tiene la experiencia de ver el manejo; un Ministerio tiene tal vez otro tipo de actividades y no está muy metido en el Mercado Financiero.”

¿Al colocar fondos públicos en fideicomiso, se dice que no pierden su origen de públicos, por qué razón?

“Por la razón de que los fondos públicos, son públicos principalmente por que son aprobados por un presupuesto de la República y también por que debe satisfacer una necesidad pública, entonces en el momento de que una Institución demuestra o justifica que tiene que realizar determinado fin mediante un fideicomiso, se aprueba, una vez que esos recursos entran en el patrimonio autónomo, no pierde la naturaleza pública por que debe cumplir un fin público. El fideicomitente debe velar por que los fondos que salieron de su esfera van a ser administrados por un tercer (fiduciario) para la consecución de ese fin público, por eso es que no pierde su naturaleza de público.”

¿Cuándo es una Entidad Internacional la que aporta los fondos, pero no quiere que ingresen a las arcas del Gobierno, como se toman esos fondos, cómo públicos o privados?

“En este caso es un problema, por que por ejemplo, un Organismo Internacional no quería que ingresaran esos fondos a las arcas del Estado, entonces se estableció dentro del convenio de donación que los fondos se manejaran dentro de un fideicomiso privado y quedaba como un fideicomiso privado, en el entendido que el fideicomitente era privado.”

¿Cuáles serían los fondos que podrían conformar un fideicomiso público?

“En el cual el fideicomitente es el Estado y otorga esa transferencia para que se administren mediante fideicomiso.”

¿Existe algún documento en el cual se contemplen las obligaciones, deberes y derechos que obtienen del fideicomitente, fiduciario o fideicomisario, que utilice fondos públicos?

“Desde el punto de vista como funcionario público, está la Ley de Administración Pública, que habla del principio de legalidad y la responsabilidad de todo funcionario público de velar por el uso correcto de los recursos, la Ley de Administración Financiera, de los presupuestos públicos y la obligación de la Contraloría de Fiscalizarlos, La Ley de Contratación Administrativa y el Reglamento que también habla a lo que debe apegarse cualquier contratación y está la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, que también es muy clara en cuanto a las competencias en materia de recursos públicos.”

¿Cuáles tipos de fideicomisos son prohibidos para el Estado?

“Se ha dicho que los fideicomisos no tienen límites en el sentido de que el único límite es la imaginación, según dicen los expertos. Sin embargo la interpretación del Código de Comercio, se llega a la conclusión que tiene que ser para fines lícitos, que no afecten la moral y las buenas costumbres.”

ANEXO

INSTITUCIONES DEL GOBIERNO CENTRAL

PODER LEGISLATIVO



ASAMBLEA LEGISLATIVA
CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

PODER JUDICIAL



PODER JUDICIAL

PODER EJECUTIVO



PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA, MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, MINISTERIO DE GOBERNACION Y POLICIA, MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO, MINISTERIO DE SEGURIDAD PUBLICA, MINISTERIO DE HACIENDA, MINISTERIO DE AGRICULTURA Y GANADERIA, MINISTERIO DE ECONOMIA Y COMERCIO, MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTES, MINISTERIO DE EDUCACION PUBLICA, MINISTERIO DE SALUD, MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, MINISTERIO DE CULTURA, JUVENTUD Y DEPORTES, MINISTERIO DE JUSTICIA Y GRACIA, MINISTERIO DE VIVIENDA Y ASENTAMIENTOS HUMANOS, SERVICIO DE LA DEUDA PUBLICA, MINISTERIO DE COMERCIO EXTERIOR, MINISTERIO DE PLANIFICACION NACIONAL Y POLITICA ECONOMICA, MINISTERIO DE CIENCIA Y TECNOLOGICA, MINISTERIO DEL AMBIENTE Y ENERGIA

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA



TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA